



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

38. Jahrg.

September 2013

Heft 9

Aus dem Inhalt:

- | | |
|-------------------------|---|
| BGH: | Fehlende Baugenehmigung als Sachmangel |
| OLG Saarbrücken: | Zahlungsziel in Rechnung als Mahnung |
| BGH: | Unbefugte Datenerhebung bei GPS-Überwachung |
| OVG Koblenz: | Verbot eines Aufzugs der NPD am Volkstrauertag |
| BGH: | Restitutionsklage bei Auffinden einer Urkunde |
| OLG Köln: | Präventive Telefonüberwachung eines Strafverteidigers |
| OVG Lüneburg: | Übergang der Polizeipflicht bei Zustandshaftung |



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung der Kronzeugenregelung.....	1
--	---

Brandaktuell

BGH: Erwerb von Wohneigentum (keine Haftung für Hausgeldrückstände).....	2
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Fehlende Baugenehmigung als Sachmangel (Begriff der Arglist).....	3
OLG Saarbrücken: kein Verzug ohne Mahnung (Zahlungsziel in Rechnung).....	6

Strafrecht

BGH: Untreue (Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit).....	10
BGH: Unbefugte Datenerhebung/-verarbeitung (heimliche Überwachung mittels GPS).....	14

öffentl. Recht

OVG Koblenz: Verbot einer Versammlung (Aufzug der NPD am Volkstrauertag).....	21
OLG München: Verkehrssicherungspflicht der Gemeinde (Haftung für Straßenschäden bei Sturz eines Radfahrers).....	26

Kurzauslese I

OLG Karlsruhe: Erfüllungsort (Rücktritt vom Kaufvertrag).....	30
AG Wiesbaden: Schriftformerfordernis (mittels EGVP übersandter Schriftsatz).....	30
BGH: Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB ist Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB).....	30
OLG Bremen: Beleidigung (Unterstellung nationalsozialistischer Auffassungen).....	31
BGH: Ladendiebstahl (Vollendung der Wegnahme).....	31
KG: Versuchter Computerbetrug (Phishing).....	32
KG: Untreue (Gerichtsvollzieher).....	32
BGH: Vorenthaltung/Veruntreuung von Arbeitsentgelt (Arbeitgeberbegriff).....	32
BGH: Öffentlicher Verkehrsraum (Privatgelände).....	33
VGH Mannheim: Feuerwehreinsatz (Kostenfreiheit).....	33
VG Braunschweig: Auskunftsanspruch (kommunaler Abgeordneter).....	34

Zivilrecht

BGH:	Restitutionsklage (Auffinden einer Urkunde).....	36
OLG Hamm:	Sofortiges Anerkenntnis (unzureichendes Zugeständnis vor Klageerhebung).....	40

Strafrecht

OLG Köln:	Präventive Telekommunikationsüberwachung (Überwachung eines Strafverteidigers).....	43
-----------	--	----

öffentl. Recht

OVG Lüneburg:	Passivlegitimation (Geltendmachung eines Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs).....	45
OVG Lüneburg:	Übergang der Polizeipflicht bei Zustandshaftung (Eintritt des Suspensiveffekts bei feststellendem VA).....	47

Kurzauslese II

BGH:	Widerruf einer Erledigungserklärung (Zulässigkeit).....	50
BFH:	Klagebefugnis einer Personengesellschaft (Wegfall nach Vollbeendigung).....	50
VGH Mannheim:	Vollziehung einer einstweiligen Anordnung (Zustellung im Parteibetrieb).....	50
BGH:	Ablehnung eines Beweisantrags („In`s Blaue hinein“ aufgestellte Beweisbehauptung).....	51
BGH:	Protokollverlesung (Vernehmungsprotokoll).....	51
OLG Celle:	Sofortige Beschwerde (Unzulässigkeit im Zwischenverfahren gegen ergänzende Beweiserhebungen)...	51
OLG Brandenburg:	Berufungseinlegung („SMS-to-Fax-Service“).....	52
Bbg VerfG:	Verfassungsbeschwerdeverfahren (Akteneinsichtsrecht).....	53
BVerwG:	Planfeststellungsverfahren (erstinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG).....	53
BVerwG:	Tatbestandsberichtigung (Revisionsurteil).....	53
OVG Münster:	Rechtsschutzbedürfnis (Antrag auf Zuweisung eines Studienplatzes).....	54
OVG Berlin-Bbg:	Mutwillige Klageerhebung (Falschangaben im Verwaltungsverfahren).....	55
VG Darmstadt:	Allgemeine Leistungsklage (Klage auf Zulässigkeitserklärung eines Bürgerbegehrens).....	55

Weitere Schriftumsnachweise	56
--	----

Übersicht:	Gefahrbegriffe des POR.....	59
-------------------	-----------------------------	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Zivilrecht.....	60
Assessorprüfung:	Öffentliches Recht.....	61

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung der Kronzeugenregelung

Gesetz zur Beschränkung der Möglichkeit zur Strafmilderung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe vom 10.06.2013 (BGBl I, S. 1497); In-Kraft-Treten am 01.08.2013

I. Allgemeines

§ 46b StGB - die sog. Kronzeugenregelung - hat das **Ziel, potenziell kooperationsbereiten Tätern einen Anreiz dafür zu bieten, Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten** (vgl. § 100a StPO) **zu leisten**. Die Voraussetzungen, die an die Gewährung von Strafmilderung oder gar -freiheit im Gegenzug für die Aufklärungshilfe gestellt wurden, waren bislang überschaubar: **§ 46b StGB war auch dann anwendbar, wenn zwischen der Tat des „Kronzeugen“ und derjenigen, zu der er Aufklärungs- oder Präventionshilfe leistet, kein Zusammenhang besteht**. Damit sollten Täter zur Offenbarung auch solcher Delikte motiviert werden, die mit der eigenen Tat und damit der eigenen Schuld unmittelbar nichts zu tun haben.

Dies wird mittlerweile angesichts der von § 46b StGB in Aussicht gestellten Vergünstigungen als **zu weitgehend** angesehen, da **Aussagen zu völlig anderen Taten die Tatschuld nicht unmittelbar zu mindern vermögen** und daher die Regelung, insbes. aus Sicht des Opfers des „Kronzeugen“, eine **übermäßige Strafmilderung ermöglichen** kann; außerdem besteht die **Gefahr von Denunziantentum und Falschbelastungen**.

Schließlich steht die Privilegierung des Kronzeugen **mit dem in § 46 I 1 StGB normierten Schuldprinzip nicht mehr in nachvollziehbarem Einklang**. Es erscheint auch aus Gründen der Erforderlichkeit angezeigt, die Regelung stärker auf Fälle zuzuschneiden, in denen der „Kronzeuge“ eine **besondere Nähe zur offenbarten Tat** hat, weil er Teil einer kriminellen Struktur ist, für deren Aufdeckung der Staat in besonderem Maße auf Aufklärungs- und Präventionshilfe angewiesen ist. Daher soll für die Anwendung der Vorschrift zukünftig vorausgesetzt werden, dass zwischen der Tat des „Kronzeugen“ und der Tat, auf die sich seine Angaben beziehen, ein Zusammenhang besteht. Damit kann auch ein **Gleichklang mit der „kleinen Kronzeugenregelung“ des § 31 BtMG** hergestellt werden, wo eine solche Verbindung schon heute von der Rspr. als erforderlich und ausreichend angesehen wird.

II. Die gesetzliche Neuregelung

Ab dem 1. August 2013 ist die Kronzeugenregelung nur noch dann anwendbar, wenn **zwischen der Tat des Kronzeugen und derjenigen Tat, zu der er Aufklärungs- oder Präventionshilfe leistet, ein Zusammenhang besteht**.

Mangels Sonderregelung bestimmt sich die **Anwendbarkeit der Neuregelung** dabei nach **§ 2 StGB**: Dies bedeutet insbes., dass **§ 46b StGB in seiner alten Fassung weiterhin gilt, wenn die Tat des „Kronzeugen“ vor Inkrafttreten der Neufassung begangen** wurde, denn die tatbestandliche Verengung des § 46b I Nr. 1 StGB-E bedeutet für den Täter eine **Verschärfung, die ihm nicht rückwirkend auferlegt werden kann**; vielmehr hat es nach § 2 I u. III StGB **bei dem zum Tatzeitpunkt geltenden Recht** zu bleiben.

Brandaktuell**ZVG**
§ 10 I Nr. 2**Erwerb von Wohneigentum**
keine Haftung für Hausgeldrückstände**ZPO****(BGH in Pressemitteilung Nr. 148/2013; Urteil vom 13.08.2013. - V ZR 209/12)**

Fall: In dem zugrunde liegenden Verfahren war der Sohn des Beklagten Eigentümer einer Wohnung, die zu der Anlage der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft gehört. Im April 2010 wurde das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt hatte er – soweit von Interesse – Hausgelder für die Jahre 2009 und 2010 sowie die Nachzahlung aus der Jahresabrechnung für 2009 in Höhe von insgesamt rund 1.100 Euro nicht beglichen. Die Klägerin meldete die Forderungen in dem Insolvenzverfahren zur Tabelle an. Mit notariellem Vertrag vom 09.06.2010 erwarb der Beklagte die Wohnung von dem Insolvenzverwalter und wurde kurz darauf in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Die Wohnungseigentümergeinschaft ist der Auffassung, nunmehr hafte der Beklagte mit dem Wohnungseigentum für die Hausgeldrückstände des Voreigentümers und klagt auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum wegen der offenen Forderungen. Zu Recht?

In der Zwangsversteigerung hat die Wohnungseigentümergeinschaft hinsichtlich der Hausgeldrückstände nach § 10 I Nr. 2 ZVG ein Vorrecht. Allerdings liegt hier kein Fall der Zwangsversteigerung vor, sondern der Beklagte hat nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigentumswohnung erworben. Insofern stellt sich die Frage, ob auch bei einem Erwerb außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens ein Vorrecht der Wohnungseigentümergeinschaft wegen Hausgeldrückständen dergestalt besteht, dass diese ein dingliches Recht innehat, aus dem die Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum betrieben werden kann.

I. Bisheriger Meinungsstand

Diese Frage wurde bislang **in Rechtsprechung und Literatur** unterschiedlich beantwortet:

Überwiegend wird die Vorschrift so verstanden, dass durch sie die **Wohngeldverpflichtung** zum Teil „**verdinglicht**“ sei, d. h. der Hausgeldanspruch zum Teil „dinglichen Charakter“ habe (vgl. Schneider, ZMR 2009, 165). Diese „Verdinglichung“ soll wiederum so zu verstehen sein, dass damit eine **dingliche Haftung des Wohnungseigentums** selbst begründet worden sei (vgl. Palandt/Bassenge, WEG, 71. Aufl. (2011), § 16 Rn. 29 m. w.N.).

II. Rechtsprechung des BGH

Der BGH hat die Revision der Klägerin zurückgewiesen. Er hat entgegen einer in Rechtsprechung und Rechtsliteratur verbreiteten Auffassung entschieden, dass die Vorschrift des § 10 I Nr. 2 ZVG kein dingliches Recht der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft begründet. Der zum 01.07.2007 neu gefasste § 10 I Nr. 2 ZVG enthalte lediglich eine **Privilegierung** der dort aufgeführten schuldrechtlichen Ansprüche **sowohl im Zwangsversteigerungs- als auch im Insolvenzverfahren**. Der Gesetzgeber habe zwar eine begrenzte bevorrechtigte Beteiligung der Wohnungseigentümergeinschaft an dem Veräußerungserlös in der Zwangsversteigerung erreichen wollen, die sich gemäß § 49 InsO auch in der Insolvenz des säumigen Wohnungseigentümers auswirkt.

Er habe aber **keine sachenrechtlich bislang unbekannte private Last einführen** wollen. Ein neues dingliches Recht könne nicht im Weg der richterlichen Rechtsfortbildung geschaffen werden, eine solche Entscheidung sei dem Gesetzgeber vorbehalten.

Das Vorrecht der Wohnungseigentümergeinschaft für Hausgeldrückstände in der Zwangsversteigerung führt demnach nicht dazu, dass ein Erwerber von Wohnungseigentum für die Hausgeldschulden des Voreigentümers haftet

Ergebnis: Die Wohnungseigentümergeinschaft kann daher nicht in das Wohnungseigentum des Beklagten vollstrecken. Die Klage ist unbegründet.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§§ 434 I, 444

Fehlende Baugenehmigung als Sachmangel Begriff der Arglist

ZivilR

(BGH in NJW 2013, 2182; Urteil vom 12.04.2013 – V ZR 266/11)

1. Eine **fehlende Baugenehmigung** stellt regelmäßig einen **Sachmangel** des veräußerten Wohnungseigentums dar.
2. Dabei besteht der Sachmangel bereits darin, dass es an der **baurechtlich gesicherten Befugnis fehlt**, das Objekt für den vertraglich vorausgesetzten Zweck zu nutzen.
3. Die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit haben die Zivilgerichte in eigener Verantwortung – ohne Bindung an einen erst nach Gefahrübergang ergangenen baubehördlichen Bescheid – zu beantworten.
4. Liegt **bei Gefahrübergang** eine **Nutzungsuntersagung** vor, ist das Kaufobjekt **ohne Weiteres** mit einem **Sachmangel** behaftet.
5. **Arglist** setzt zumindest **Eventualvorsatz** voraus; dem steht es nicht gleich, wenn sich dem Verkäufer das Vorliegen von Tatsachen hätte aufdrängen müssen, die einen Mangel des Kaufobjekts begründen.
6. Ein arglistiges Verschweigen ist danach nur gegeben, wenn der **Verkäufer den Mangel kennt oder ihn zumindest für möglich hält** und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der **Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte**.
7. In aller Regel muss der Käufer dem arglistig handelnden Verkäufer **überhaupt keine Gelegenheit zur Nachbesserung** geben. Gewährt er gleichwohl eine Frist zur Nachbesserung, führt dies nach dem **Grundsatz von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) lediglich dazu, dass er eine fristgemäß erbrachte Nachbesserung, an der es hier fehlt, gelten lassen. Der Käufer darf sich nicht in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten setzen. Zu einem weiteren Entgegenkommen ist er dem arglistig täuschenden Verkäufer gegenüber grundsätzlich nicht gehalten.

Fall: Mit notariell beurkundetem Vertrag von Ende 2005 kauften die Kl. und ihr damaliger Lebensgefährte vom Bekl. eine von diesem sanierte Dachgeschosswohnung für 90 000 Euro. Die Haftung für Sachmängel war ausgeschlossen. Als die Kl. die Wohnung 2009 verkaufen wollte, stellte sich heraus, dass für die Wohnung und den dazu gehörenden Balkon keine Baugenehmigung vorlag. Ein von der Ehefrau des Bekl. gestellter Bauantrag war bereits im Februar 2000 zurückgewiesen worden, wovon der Bekl. jedoch keine Kenntnis erlangt haben will. Ob das Dachgeschoss vor der Sanierung als Wohnung genutzt worden war, ist streitig. Mit Schreiben vom 27.03.2009 forderten die Käufer den Bekl. auf, bis zum 15.04.2009 Baugenehmigungen beizubringen. Darauf ging der Bekl. nicht ein, sondern verwies mit Schreiben vom 15.04.2009 lediglich darauf, dass nur Wohnraum saniert und modernisiert, nicht aber in die Statik eingegriffen worden sei; gleiches gelte für die Balkone. Im Übrigen sei das Dachgeschoss bereits früher bewohnt gewesen. Mit Schreiben vom 17.04.2009 erklärten die Käufer den Rücktritt vom Kaufvertrag, forderten den Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises bis zum 25.04.2009 auf und boten an, Erklärungen für die Rückauflassung abzugeben.

Mit bestandskräftig gewordenem Bescheid vom 22.06.2009 untersagte das Bauamt gänzlich die Nutzung zu Wohnzwecken, hob diese Untersagung aber später hinsichtlich des Balkons wieder auf und erteilte schließlich am 23.09.2009 eine Baugenehmigung unter Auflagen. Den der Genehmigung zu Grunde liegenden Bauantrag nahm der Bekl. allerdings nach Widerspruchseinlegung zurück. Die Kl. hat aus eigenem Recht und in Prozessstandschaft für ihren früheren Lebensgefährten die Rückabwicklung des Kaufvertrags erstrebt und hierzu Zahlung von 102.490,28 Euro Zug um Zug gegen Rückauflassung der Eigentumswohnung verlangt. Sie behauptet, der Bekl. habe das Fehlen der Baugenehmigung arglistig verschwiegen. Hat sie einen Rückzahlungsanspruch?

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückauflassung und Rückgabe der Eigentumswohnung gem. §§ 346, 437 Nr. 2, 323, 346 I BGB haben.

I. Vorliegen eines Sachmangels

Dann müsste die Kaufsache nach § 434 BGB mit einem Sachmangel behaftet sein.

1. Fehlen der Baugenehmigung als Sachmangel

Als Sachmangel einer **Wohnzwecken dienenden Eigentumswohnung** kommt das Fehlen einer Baugenehmigung in Betracht. Hierin könnte ein Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB zu sehen sein. Danach ist eine Kaufsache mangelhaft, wenn sie sich nicht **für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet**. Hier war das Objekt als Wohnung verkauft worden. Zwar eignete sich das Objekt auch grundsätzlich zum wohnen, allerdings fehlte die für diese Nutzungsart erforderliche Baugenehmigung.

„Eine fehlende Baugenehmigung stellt regelmäßig einen Sachmangel des veräußerten Wohnungseigentums dar (vgl. Senat, NJW 2003, 2380 [2381] = NZM 2003, 725), weil die Baubehörde die Nutzung der Wohnung jedenfalls bis zur Erteilung der erforderlichen Genehmigung untersagen kann, und zwar unabhängig von der Frage, ob eine Genehmigung unter Zulassung einer Ausnahme hätte erteilt werden können (vgl. nur Senat, BGHZ 114, 260 [262] = NJW 1991, 2138). Dabei besteht der Sachmangel bereits darin, dass es an der baurechtlich gesicherten Befugnis fehlt, das Objekt für den vertraglich vorausgesetzten Zweck zu nutzen.“ (BGH aaO)

2. Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit durch das Zivilgericht

Die baurechtliche Genehmigungsbedürftigkeit sowohl von baulichen Veränderungen als auch einer Nutzungsänderung ist damit relevant für die Feststellung eines Sachmangels. Fraglich ist daher, ob und in welchem Umfang dies von den Zivilgerichten zu prüfen ist.

„Allerdings kommt es für die Frage des Sachmangels auf die Genehmigungsbedürftigkeit ausnahmsweise dann nicht an, wenn die Behörde bereits bei Gefahrübergang als dem auch bei Arglist nach § 434 I 1 BGB maßgeblichen Zeitpunkt (vgl. nur Westermann, in: MüKo-BGB, 6. Aufl., § 434 Rn. 51; Palandt/Weidenkaff, BGB, 72. Aufl., § 434 Rn. 8; ebenso zum früheren Recht Senat, BGHZ 114, 260 [262] = NJW 1991, 2138) eine rechtsverbindliche Entscheidung dazu getroffen hat, ob der nach dem Kaufvertrag vorausgesetzten Nutzung öffentlich-rechtliche Hindernisse entgegenstehen (vgl. BGH, NJW-RR 1988, 1290 = WM 1988, 1449 [1451]). Gewährleistet eine solche Entscheidung dem Käufer Bestandschutz, scheidet ein Sachmangel aus (vgl. Senat, NJW 2003, 2380 [2381] = NZM 2003, 725).

Liegt bei Gefahrübergang eine Nutzungsuntersagung vor, ist das Kaufobjekt ohne Weiteres mit einem Sachmangel behaftet.“ (BGH aaO)

Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Die Nutzungsuntersagungsverfügung ist erst nach Gefahrübergang ergangen ist. Die Annahme eines Sachmangels hängt daher davon ab, ob die von dem Bekl. vorgenommenen baulichen Veränderungen im Zeitpunkt des Gefahrübergangs genehmigungsbedürftig waren.

„Diese Frage haben die Zivilgerichte in eigener Verantwortung – ohne Bindung an einen erst später ergangenen baubehördlichen Bescheid – zu beantworten (vgl. nur Senat, BGHZ 114, 260 [261] = NJW 1991, 2138).“ (BGH aaO)

Allerdings kommt es auf die Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit nicht an, wenn die Berufung der Kl. auf ihre Sachmängelrechte aus anderen Gründen ausgeschlossen ist.

3. vertraglicher Ausschluss der Sachmängelgewährleistung

Die Parteien hatten im Kaufvertrag die **Sachmängelgewährleistung ausgeschlossen**. Dies war bei einem Vertrag zwischen Privatpersonen auch ohne weiteres möglich. Allerdings könnte der Berufung auf den Gewährleistungsausschluss **§ 444 BGB** entgegen stehen.

Danach kann sich der Verkäufer **nicht auf eine Vereinbarung berufen**, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, soweit er den **Mangel arglistig verschwiegen** oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Eine Beschaffenheitsgarantie wurde hier nicht übernommen, allerdings könnte der Bekl. als Verkäufer arglistig gehandelt haben. Immerhin war eine von seiner Frau **beantragte Baugenehmigung zuvor bereits abgelehnt** worden. Es kommt daher darauf an, welche Anforderungen an die Annahme von Arglist zu stellen sind.

„Diese setzt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH **zumindest Eventualvorsatz** voraus (so etwa Senat, BGHZ 193, 326 =NJW 2012, 2793; auch Westermann, in: MüKo-BGB, § 438 Rn. 26; jew. m. w.N.); **leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis genügt** dagegen **nicht** (vgl. Senat, NJW-RR 2012, 1078 =NZZ 2012, 469 = ZfIR 2012, 463 Rn. 24, 28). Ein arglistiges Verschweigen ist danach nur gegeben, wenn der **Verkäufer den Mangel kennt oder ihn zumindest für möglich hält** und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der **Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte** (so etwa Senat, WM 1983, 990 =BeckRS 1983, 05645; NJW-RR 2003, 989 [990]; vgl. auch Krüger, in: Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 10. Aufl., Rn. 35, 1003 ff.; jew. m. w.N.)“ (BGH aaO)

Der Bekl. hat hingegen die Wohnung selbst zuvor genutzt und auch umgebaut. Insofern stellt sich die Frage, ob er nicht hätte erkennen müssen, dass dem Umbau und der Nutzung eine erforderliche Baugenehmigung fehlt. Arglist könnte daher schon dann anzunehmen sein, wenn der Verkäufer hätte wissen müssen, dass die Sache mit einem Mangel behaftet ist.

Entgegen der Auffassung des BerGer. **genügt es [aber] nicht**, wenn sich dem Verkäufer das **Vorliegen aufklärungspflichtiger Tatsachen hätte aufdrängen** müssen, weil dann die Arglist vom Vorsatz abgekoppelt und der Sache nach durch leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis ersetzt würde.

Der Senat hat bereits entschieden, dass selbst ein **bewusstes Sichverschließen nicht den Anforderungen genügt, die an die Arglist zu stellen sind** (NJW-RR 2003, 989 [990]). Eine Gleichstellung mit der Kenntnis kommt lediglich in Betracht, soweit es bei bestimmten Tatbestandsmerkmalen um eine rechtliche (Gesamt-)Bewertung von Tatsachen geht. So erfordert etwa die Kenntnis davon, nicht zum Besitz berechtigt zu sein (§ 990 I 2 BGB) oder etwas rechtsgrundlos empfangen zu haben (§ 819 I BGB), nicht nur das Wissen um die tatsächlichen Umstände, aus denen auf die Nichtberechtigung zu schließen ist, sondern auch die **Kenntnis dieser Rechtsfolge selbst** (zu § 819 I BGB vgl. BGHZ 118, 383 [392] = NJW 1992, 2415 m. w. Nachw.; zu § 990 I 2 BGB vgl. BGHZ 32, 76 [92] = NJW 1960, 1105). Die **Kenntnis der Tatsachen ist dabei stets nötig**. Sie kann keinesfalls durch wertende Überlegungen ersetzt werden. Nur hinsichtlich des Schlusses von der Tatsachenkenntnis auf die Einschätzung der Rechtslage – in den Beispielen der Mangel des rechtlichen Grundes und die fehlende Besitzberechtigung – kommt eine Abmilderung des Erkenntnisgrades in Betracht. Um eine solche rechtliche Gesamtbewertung geht es bei § 444 BGB jedoch nicht. Bei der Frage der **Arglist ist allein entscheidend, ob der Verkäufer die den Mangel begründenden Umstände kennt** (Senat, NJW-RR 2003, 989 m. w. Nachw.), mögen diese auch im Einzelfall – wie hier die revisionsrechtlich zu unterstellende Genehmigungsbedürftigkeit – einen normativen Gehalt aufweisen. Liegt diese Kenntnis zumindest in der Form des Eventualvorsatzes vor, ist es unerheblich, ob der Verkäufer daraus den Schluss auf einen Sachmangel zieht (Senat, NJW-RR 2003, 989; Krüger, in: Krüger/Hertel, Rn. 1005).

Gemessen daran ist das Berufungsurteil auch insoweit rechtsfehlerhaft.“ (BGH aaO)

II. Ergebnis

Das Berufungsgericht hat damit **keine ausreichenden Feststellungen zur Beurteilung der Genehmigungsbedürftigkeit** getroffen. Zudem hat das BerGer nicht festgestellt, dass der Bekl. den **Sachmangel gekannt oder ihn wenigstens für möglich gehalten** hat. Es hat dies andererseits aber auch nicht verneint.

Da das Berufungsurteil auch nicht aus anderen Gründen richtig ist, unterliegt es der Aufhebung (§§ 561, 562 ZPO).

„Der Rechtsstreit ist **nicht** im Sinne des Bekl. nach § 563 III ZPO **zur Endentscheidung reif**. Nach allem ist die Sache an das BerGer. **zurückzuverweisen**, damit die für eine abschließende Entscheidung erforderlichen Feststellungen getroffen werden können (§ 563 I 1 ZPO).

Für die erneute Verhandlung und Entscheidung wird auf Folgendes hingewiesen:

Der **Käufer trägt die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich sämtlicher tatsächlicher Umstände, die ein arglistiges Verschweigen begründen** (dazu und zur sekundären Darlegungslast in bestimmten Konstellationen Senat, BGHZ 188, 43 [47 ff.] = NJW 2011, 1280 =NZZ 2011, 493).

Nicht zu beanstanden ist die Annahme des BerGer., wonach es in den Jahren 1999/2000 **zum Allgemeinwissen der Bürger in den neuen Bundesländern gehört** habe, dass **umfangreiche Bauarbeiten und Veränderungen an Gebäuden „genehmigungspflichtig sein können“**. Im Rahmen einer erneuten Beweiswürdigung zur Arglist wird das BerGer. jedoch gegebenenfalls zu beachten haben, dass der Schluss auf einen Eventualvorsatz zwar nicht allein auf Grund des festgestellten Allgemeinwissens, jedoch durchaus bei **Hinzutreten weiterer Umstände gerechtfertigt sein kann**.“ (BGH aaO)

(OLG Saarbrücken in NJW-RR 2013, 852; Urteil vom 17.04.2013 – 1 U 398/11)

1. Eine Bestimmung der Leistungszeit mit der Folge der Entbehrlichkeit der Mahnung nach § 286 II Nr. 1 BGB muss **durch Rechtsgeschäft** – in der Regel in dem zu Grunde liegenden Vertrag –, **durch Gesetz oder in einem Urteil** getroffen worden sein. Die **einseitige Festlegung** einer Leistungszeit durch den Gläubiger **reicht**, sofern dieser nicht nach § 315 BGB zur Bestimmung der Leistung berechtigt ist, **für die Anwendung der Vorschrift nicht aus**.
2. Eine Mahnung nach § 286 I BGB setzt eine **eindeutige und bestimmte Leistungsaufforderung** voraus. Eine Fristsetzung für die Leistung ist nicht notwendig. Der Gläubiger muss jedoch – für den Schuldner erkennbar – klar zum Ausdruck bringen, dass er die **Vornahme der geschuldeten Leistung verlangt**.
3. Die **Bestimmung einer Leistungszeit generell als Mahnung anzusehen**, würde die Grenze zwischen § 286 I BGB und § 286 III BGB verwischen
4. In der erstmaligen Übersendung einer Rechnung an einen Verbraucher mit der „**Bitte**“ **um Überweisung bis zu einem kalendermäßig festgelegten Termin** liegt grundsätzlich keine befristete Mahnung im Sinne von § 286 I BGB.
5. Mit Blick auf die mit dem Verzugseintritt für den Schuldner verbundenen negativen Folgen werden an das **Vorliegen einer Mahnung hohe Anforderungen**, insbesondere bezüglich der Bestimmtheit gestellt. Der Gläubiger soll **unzweideutig** zum Ausdruck bringen, was er will.

Fall: Der Kl. begehrt die Zahlung von Architektenhonorar. Im August 2007 schlossen die Parteien einen Architektenvertrag, welcher den Umbau, die Aufstockung, Sanierung und Nutzungsänderung einer Lagerhalle und mehrerer Wohneinheiten auf einem Grundstück in S. zum Gegenstand hatte. Die Bekl. hatte dieses Objekt kurz zuvor im Wege der Zwangsversteigerung erworben. Neben der Erstellung von Bestandsplänen beinhaltete die Beauftragung die Erbringung der Leistungsphasen eins bis fünf nach § 15 HOAI. Mit Schreiben vom 10.09.2007 übersandte der Kl. der Bekl. eine Abschlagsrechnung über 14.994 Euro brutto mit einer Zahlungsfrist bis zum 24.09.2007, mit der er „die am 10.09.2007 mit Ihnen vereinbarte erste Honorarabschlagszahlung für bisher erbrachte Teilleistungen“ abrechnete. In einem von der Bekl. unterzeichneten Schreiben vom 15.10.2007 ist festgehalten, dass die erste Abschlagsrechnung pauschal für die Erstellung der Bestandspläne vereinbart und zu zahlen sei. Die Bekl. glich weder diese Rechnung, noch Folgerechnungen vom 15.10.2007 und vom 21.11.2007 aus. Das Bauvorhaben wird nicht mehr realisiert werden. Der Kl. hat behauptet, bei der Rechnung vom 10.09.2007 handele es sich nicht um eine Vorschussanforderung auf später noch in Rechnung zu stellende Leistungen, sondern um die Entlohnung für die Erstellung der Bestandspläne

Der Kl. erhebt gegen den Bekl. Klage mit dem Antrag, diesen zu verurteilen, an ihn 14.994 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25.09.2007 zu zahlen. Hat er hierauf einen Anspruch?

I. Anspruch auf Zahlung von 14.944 Euro

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung seines Architektenhonorars von 14.994 Euro aus § 631 I BGB haben

„Ausweislich des Architektenvertrags vom 24.08.2007 ist die Erstellung von Bestandsplänen beauftragt. Ein der Vergütungsforderung entgegenstehender Widerspruch zwischen Rechnung und Begleitschreiben liegt nicht vor.

*Zwar wurde der Bekl. im Begleitschreiben alternativ angeboten, pro Quadratmeter Bruttogrundfläche abzurechnen statt nach Stunden. Die Rechnung enthält offensichtlich eine Abrechnung der geleisteten Stunden (200 Stunden à 60 Euro). Jedoch enthält das Begleitschreiben lediglich einen Vorschlag des Kl. zur Abrechnung. Hierauf ist die Bekl. nicht eingegangen. Sie hat vielmehr das **Begleitschreiben unterzeichnet** und auch in der Folgezeit nicht eingewandt, die Abrechnung basiere der Höhe nach nicht auf einer Parteivereinbarung.*

*Selbst wenn man vom Fehlen einer entsprechenden ursprünglichen Vereinbarung ausgeht, so wurde diese nachträglich getroffen. Aus dem **Schreiben vom 15.10.2007**, welches die Bekl. unterzeichnet hat, ergibt sich, dass die **erste Abschlagsrechnung pauschal für die Erstellung der Bestandspläne vereinbart** wurde. Entsprechendes findet sich im Schreiben vom 02.11.2007, worin nachmals festgehalten ist, dass die in der ersten Abschlagsrechnung vereinbarte Summe als Pauschalfestpreis für die Erstellung der Bestandspläne vereinbart sei. Gleiches ist im Zuge der Honorarermittlung vom 21.11.2007 festgehalten. Hieraus folgt, dass die Parteien die mit*

der ersten Abschlagsrechnung berechnete Summe auf die Erstellung der Bestandspläne bezogen haben und diese Leistung des Kl. pauschal vergütet werden sollte.

Selbst wenn man in dem Honorar eine besondere Leistung i. S. von § 5 IV HOAI a. F. sieht, ist nach Vorstehendem die **erforderliche Form gewahrt**. Die hiernach **notwendige schriftliche Vereinbarung** kann auch noch **nach Beendigung der Leistung wirksam getroffen** werden (vgl. Locher/Koebler/Fink, HOAI, 9. Aufl. [2005], § 5 Rn. 37). Angesichts des aus den vorgelegten Fotografien ersichtlichen Zuschnitts der Gebäulichkeiten erfordert die Erstellung von Bestandsplänen gegenüber den Grundleistungen auch einen erheblichen Arbeits- und Zeitaufwand. Zudem hat der Sachverständige F im Rahmen seiner mündlichen Anhörung ausgeführt, die Kosten für die Bestandsaufnahme seien nach seinem Dafürhalten richtig abgerechnet.“ (OLG Saarbrücken aaO)

Der Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung seines Architektenhonorars von 14.994 Euro aus § 631 I BGB.

II. Anspruch auf Verzinsung nach §§ 288, 280 I, III, 286 I BGB

Der Kl. könnte zudem einen Anspruch auf Verzinsung in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.09.2007 aus §§ 288, 280 I, III, 286 I BGB haben.

Dies setzt voraus, dass die Bekl. sich seit dem 25.09.2007 in Verzug befand. Grundsätzlich setzt der Eintritt von Verzug nach § 286 I 1 BGB eine Mahnung oder deren Entbehrlichkeit nach § 286 II, III BGB.

1. Entbehrlichkeit einer Mahnung

Allerdings könnte die Mahnung nach § 286 II Nr. 1 BGB entbehrlich sein. Danach bedarf es einer Mahnung nicht, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. Eine solche kalendermäßige Leistungsbestimmung könnte hier durch die Bitte zum Zahlung bis zum 24.09.2007 erfolgt sein.

a) keine einseitige Festlegung der Leistungszeit

„Eine solche Bestimmung muss **durch Rechtsgeschäft** – in der Regel in dem zu Grunde liegenden Vertrag –, **durch Gesetz oder in einem Urteil** getroffen worden sein. Die **einseitige Festlegung** einer Leistungszeit durch den Gläubiger reicht, sofern dieser nicht nach § 315 BGB zur Bestimmung der Leistung berechtigt ist, was regelmäßig bei Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge der Fall ist, **für die Anwendung der Vorschrift nicht aus** (vgl. BGH, NJW 2008, 50 [51]).

Ein Leistungsbestimmungsrecht des Kl. nach § 315 BGB ist vorliegend nicht gegeben. Da es auch an einem vertraglich eingeräumten Leistungsbestimmungsrecht des Kl. fehlt, konnte dieser in der Rechnung vom 10.09.2007 nicht einseitig eine verzugsbegründende Leistungszeit bestimmen.“ (OLG Saarbrücken aaO)

b) Einverständnis der Bekl.

Etwas anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn die Bekl. ihr Einverständnis mit dem gesetzten Zahlungsziel erklärt hätte.

„Der **Unterzeichnung des Begleitschreibens** vom gleichen Tag kann **nicht der Erklärungswert** beigemessen werden, die Bekl. akzeptiere auch die Bestimmung der Leistungszeit. Im Begleitschreiben wird lediglich auf die Rechnung Bezug genommen. Daraus folgt nicht, dass die Bekl. auch mit deren Inhalt, insbesondere der Leistungszeit einverstanden war.

Auch ihre **übrigen Erklärungen**, wonach sie einsehe, dass dem Kl. eine Vergütung zustehe, haben **keinen derartigen Erklärungsinhalt**. Einerseits bezieht sich dies nicht auf eine konkrete Summe. So äußert die Bekl. im Schriftsatz vom 18.02.2009, sie sei sich bewusst, dass sie trotz des Scheiterns des Vorhabens dem Kl. „das ihm zustehende Honorar“ zahlen müsse. Die Bekl. **behält sich jedoch vor**, das entsprechende **Honorar zu ermitteln**, so dass hieraus nicht geschlossen werden kann, sie sei mit der ersten Abschlagsrechnung in vollem Umfang einverstanden. Bereits in der Klageerwiderung beanstandet sie die Widersprüchlichkeit der ersten Abschlagsrechnung. Im Termin vom 21.01.2011 erklärte die Bekl. auch kein Einverständnis mit der Zahlung der streitgegenständlichen Rechnung. Sie gab an, die Rechnungen aus dem Jahr 2007 deshalb nicht bezahlt zu haben, da sie keine Geldmittel hatte und sie sich gerne mit dem Kl. einigen würde. Angesichts des bisherigen Prozessverhaltens kann hierin jedoch kein Anerkenntnis der Rechnungssumme gesehen werden. Die Erklärungen der Bekl. sind nicht eindeutig in diese Richtung zu verstehen. Es handelt sich um allgemeine Absichtserklärungen ohne konkreten Bezug zu einer bestimmten Forderung. Schließlich hat die Bekl. auch bezüglich des Antrags auf Erlass des Teilurteils Abweisung beantragt. Überdies beinhaltet der unterstellte Wille zur Leistung der in Rechnung gestellten Summe nicht ohne weiteres auch den Willen, innerhalb einer vorgegebenen Frist zu zahlen.“ (OLG Saarbrücken aaO)

Die Bitte um Zahlung bis zum 24.09.2007 stellt daher keine Bestimmung einer Leistungszeit i. S. von § 286 II Nr. 1 BGB dar, so dass eine Mahnung nicht entbehrlich war.

2. Entbehrlichkeit der Mahnung nach § 286 III BGB

Die Mahnung könnte allerdings nach § 286 III BGB entbehrlich sein.

Danach kommt der Schuldner einer Entgeltforderung spätestens in Verzug, wenn er **nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung** oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet. Allerdings gilt dies gegenüber einem Schuldner, der **Verbraucher** ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung **besonders hingewiesen** worden ist. Da die Bekl. nicht als Unternehmerin gehandelt, sondern als Verbraucherin nach § 13 BGB gehandelt hat, ein entsprechender Hinweis auf der Rechnung des Kl. aber fehlte, liegen die Voraussetzungen des § 286 III BGB nicht vor.

3. Mahnung im Schreiben vom 10.09.2007

Fraglich ist, ob die Bestimmung der Leistungszeit als solche Mahnung angesehen werden kann. In der Bitte um Zahlung bis spätestens 24.09.2007 könnte eine **befristete Mahnung** i. S. von § 286 I BGB zu sehen sein.

a) Begriff der Mahnung

*„Eine solche setzt eine **eindeutige und bestimmte Leistungsaufforderung** voraus. Eine Fristsetzung für die Leistung ist nicht notwendig. Der Gläubiger muss jedoch – für den Schuldner erkennbar – klar zum Ausdruck bringen, dass er die **Vornahme der geschuldeten Leistung verlangt** (vgl. Ernst, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. [2012], § 286 Rn. 48). Zwar bedarf es – anders als im Fall des § 286 III 1 BGB – keines Hinweises auf die Rechtsfolgen des Verzuges.“ (OLG Saarbrücken aaO)*

b) einseitige Bestimmung eines Zahlungsziels als Mahnung

Auch kann die **Mahnung mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden** und daher auch in einer Rechnung enthalten sein, selbst wenn nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen erst mit deren Zugang die Forderung fällig wird.

*„Hierbei handelt es sich jedoch um **Ausnahmefälle**. Die **erstmalige Zusendung einer Rechnung** – selbst mit Angabe eines Zahlungsziels – ist **regelmäßig nicht als Mahnung** anzusehen. In der kalendermäßigen Bestimmung eines Zahlungsziels in der Rechnung des Kl. ohne Hinweis auf einen Verzugsseintritt oder ähnliche Zusätze liegt daher nur ein Angebot zu einer Stundung oder einem pactum de non petendo, das die Bekl. als ihr günstig gem. § 151 BGB stillschweigend angenommen hat (vgl. BGH, NJW 2008, 50 [51 f.]).*

*Besondere Hinweise auf die Eindeutigkeit und Bestimmtheit der Leistungsaufforderung sind auch vorliegend nicht gegeben. Der Kl. „bittet“ die Bekl. um **Zahlung bis zu einem bestimmten Termin**, was keine eindeutige und bestimmte Leistungsaufforderung enthält. Auch aus dem Begleitschreiben vom gleichen Tag ergibt sich nichts, was die Leistungsaufforderung als Mahnung qualifizieren könnte.*

*Soweit der BGH in der **einseitigen Bestimmung eines Zahlungsziels** durch den Gläubiger dann eine **Mahnung** gesehen hat, wenn der Gläubiger den Schuldner auffordert, die **Rechnung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu begleichen**, und damit die für eine Mahnung erforderliche eindeutige Leistungsaufforderung zum Ausdruck bringt (vgl. BGH, NJW 2006, 3271 = NZBau 2006, 651 L; dieser Entscheidung im Vergleich zu o. G. zustimmend Gsell, NJW 2008, 52), ist diese **Entscheidung mit vorliegendem Fall nicht vergleichbar**.*

*Schuldner in vorgenannter Entscheidung des BGH war kein Verbraucher, sondern das Land B. Anhaltspunkte dafür, dass die Bekl. vorliegend bei der Beauftragung des Kl. als Unternehmerin gehandelt hat, liegen nicht vor. Die **Bestimmung einer Leistungszeit generell als Mahnung anzusehen**, würde auch die Grenze zwischen § 286 I BGB und § 286 III BGB verwischen. Gerade die in § 286 III 1 Halbs. 2 BGB aufgestellten **Hinweispflichten** würden durch eine erweiternde Auslegung des Begriffs der Mahnung umgangen. Mit Blick auf die mit dem Verzugsseintritt für den Schuldner verbundenen negativen Folgen werden an das **Vorliegen einer Mahnung hohe Anforderungen**, insbesondere bezüglich der Bestimmtheit gestellt. Der Gläubiger soll **unzweideutig** zum Ausdruck bringen, was er will. Im Interesse der Rechtsklarheit und Bestimmtheit dürfen diese strengen Voraussetzungen nicht durch eine ausweitende Interpretation des nicht hinreichend klaren Gläubigerhandelns aufgeweicht und § 286 II Nr. 1 BGB angewandt werden.*

*Überdies ist gerade bei der **erstmaligen Leistungsaufforderung Zurückhaltung bezüglich der Annahme einer Mahnung** geboten (auf den Unterschied zwischen erstmaliger und Folge-*

Leistungsaufforderung abstellend Faust, JuS 2008, 373 [374]; ebenso Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB, Neubearb. 2009, § 286 Rn. 30). Hierin kann bei fehlender Eindeutigkeit, insbesondere hinsichtlich des Wortlauts, regelmäßig nur die Angabe eines Zahlungsziels in vorgeanntem Sinne gesehen werden, wobei bei späteren Zahlungsaufforderungen eher von einer verzugsbegründenden Mahnung auszugehen ist. Besonderheiten, die es vorliegend erlauben würden, in der Angabe des Zahlungsziels auf der Rechnung vom 10.09.2007 eine Mahnung zu sehen, fehlen.“ (OLG Saarbrücken aaO)

Es liegt keine Mahnung nach § 286 I BGB vor.

4. Mahnung im Schreiben vom 15.10.2007

Möglicher Weise erfüllt das Schreiben vom 15.10.2007 die Anforderungen an eine Mahnung. In dem betreffenden Schreiben ist aber lediglich festgehalten, dass die Bekl. zugesagt habe, die 1. Abschlagsrechnung zeitnah zu begleichen, was bis dato noch nicht erfolgt sei. Eine eindeutige Leistungsaufforderung enthält das Schreiben nicht, kann daher auch nicht als Mahnung angesehen werden.

5. Mahnung im Schreiben vom 14.11.2007

Allerdings könnte das Schreiben vom 14.11.2007 eine hinreichend eindeutige Leistungsaufforderung enthalten.

*„Hierin wird die Bekl. „um unverzüglichen Ausgleich“ der Rechnung gebeten und eine **Frist bis zum 19.11.2007** gesetzt. Der Kl. führt weiter aus, dass hiermit weitere rechtliche Schritte und unnötige Kosten erspart werden sollen. Unter Berücksichtigung der ersten Rechnung und des zwischenzeitlichen Hinweises auf deren Nichtbezahlung, liegt im Schreiben vom 14.11.2007 eine **eindeutig bestimmte Leistungsaufforderung**. Der Bekl. musste hiernach klar sein, dass die Nichtzahlung mit Konsequenzen verbunden sein wird, zumal der Kl. rechtliche Schritte ansprach. In entsprechender Anwendung von § 187 I BGB befand sich die Bekl. somit ab dem 20.11.2007 in Verzug.“ (OLG Saarbrücken aaO)*

6. Ergebnis

Die Bekl. befand sich ab dem 20.11.2007 in Verzug und schuldet ab diesem Zeitpunkt nach § 288 I BGB Verzugszinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz. Die weitergehende Zinsforderung ist unbegründet.

(BGH in DB 2013, 1779; Urteil vom 28.05.2013 – 5 StR 551/11)

1. **Tatbestandsmäßig** i. S. des § 266 StGB ist eine **Pflichtwidrigkeit** nur dann, wenn sie **klar und evident** ist; deshalb reichen nur **schwere Pflichtverletzungen** aus.
2. Der **Vorsatz zur Pflichtwidrigkeit** einerseits **und zur Nachteilszufügung** andererseits ist **unabhängig voneinander zu prüfen**.
3. Für das **voluntative Element** kann es nicht ausreichen, dass der Betreffende allein die Gefährdungslage billigt; es kann vielmehr nur dann von einer billigenden Inkaufnahme eines Nachteils i. S. des § 266 StGB ausgegangen werden, wenn der Täter nicht nur die **konkrete Gefahr in Kauf nimmt**, sondern darüber hinaus auch die **Realisierung dieser Gefahr billigt**.

Fall: Die Angekl. waren Geschäftsführer bzw. Aufsichtsräte der «Immobilien- und Baumanagement der Bankgesellschaft Berlin GmbH» (IBG). Gesellschafterinnen der IBG waren die Landesbank Berlin (LBB), die Bankgesellschaft Berlin AG, die Berliner Bank und die Berlin Hannoversche Hypothekenbank (BerlinHyp). Einige Vorstände der Gesellschafterbanken waren Aufsichtsräte der IBG. Die IBG legte Immobilienfonds auf, für die sie in erheblichem Umfang bis zu 25 Jahre gültige Mietgarantien übernahm. Die Staatsanwaltschaft wirft den Angekl. vor, zwei Immobilienfonds in den Jahren 1997 bis 1999 unter Verstoß gegen die ihnen obliegenden Treuepflichten aufgelegt zu haben. Durch die nicht ausreichende Absicherung der Mietgarantien war die Existenz der IBG bedroht und den einstandspflichtigen Gesellschafterbanken drohte ein Gesamtschaden von über 60 Millionen EUR.

Die Angekl. haben sich wegen **Untreue nach § 266 StGB** nur dann strafbar gemacht, wenn sie vorsätzlich gehandelt haben, indem sie sowohl die **Dimension der Vermögensgefährdung erkannt** als auch einen **möglichen Schadenseintritt billigend in Kauf genommen** haben.

I. Dies setzt voraus, dass das **Vorgehen** der Angekl. **objektiv pflichtwidrig** war.

Tatbestandsmäßig i. S. des § 266 StGB ist eine **Pflichtwidrigkeit** allerdings nur dann, wenn sie **klar und evident** war (siehe dazu BVerfGE 126, 170). Deshalb reichen grds. **nur schwere Pflichtverletzungen** aus (BGHSt 47, 148; BGHSt 47, 187).

1. Im Rahmen des **subjektiven Tatbestands** sind der **Vorsatz zur Pflichtwidrigkeit** einerseits **und zur Nachteilszufügung** andererseits unabhängig voneinander zu prüfen; die innere Tatseite hinsichtlich des Merkmals des Nachteils darf nicht dergestalt in der des Merkmals der Pflichtwidrigkeit aufgehen, dass es seiner eigenständigen Bedeutung weitgehend beraubt wäre. Auch wenn die **Pflichtwidrigkeit in einem inneren Zusammenhang mit dem Nachteil** steht, weil die Pflichtwidrigkeit der Handlung sich häufig gerade aus der für das betreute Vermögen innewohnenden Gefährdung ergibt, ist auch in subjektiver Hinsicht zu **unterscheiden zwischen dem Vorsatz hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit und hinsichtlich der Nachteilszufügung**.
2. Hier kommt allenfalls **bedingter Vorsatz** in Betracht, der nach der **st. Rspr. des BGH** voraussetzt, dass der Täter die **Tatbestandsverwirklichung für möglich hält** und den **Erfolg billigend in Kauf nimmt** (BGHSt 36, 1). Damit muss die Prüfung eines bedingten Vorsatzes die beiden Vorsatzelemente, nämlich das kognitive und das voluntative Element umfassen. Der **Vorsatz** muss sich **auf sämtliche Merkmale des Untreuetatbestands beziehen**.
 - a) Bei **Risikogeschäften**, wie sie hier vorliegen, sind an die Feststellung der inneren Tatseite erhöhte Anforderungen zu stellen, was beide Vorsatzbestandteile betrifft.

„Die Möglichkeit einer Vermögensgefährdung ist dem Risikogeschäft immanent. Die bewusste Eingehung des immanenten Risikos kann deshalb für sich genommen nicht ausreichen, weil Risiken wesentliche Strukturelemente im marktwirtschaftlichen System sind und die Eingehung von Risiken notwendiger Bestandteil unternehmerischen Handelns ist.

Die Rspr. hat deshalb die innere Tatseite bei risikobehafteten unternehmerischen Entscheidungen besonderen Prüfungskriterien unterworfen. So ist auf der kognitiven Ebene zu verlangen, dass der Täter das von ihm eingegangene Risiko zutreffend bewertet hat. Da die Untreue ein Vorsatzdelikt ist, bildet der vom Tatgericht festzustellende Umfang der Kenntnis von den Risikofaktoren und dem Risikograd den Maßstab für die Prüfung des kognitiven Vorsatzelements (§ 16 StGB).“ (BGH aaO)

- b) Anders als z. B. bei Kapitaldelikten lässt sich das **voluntative Element** aber **nicht bereits** weitgehend aus dem **Gefährdungspotential der Handlung ableiten**.

„Der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts allein kann kein Kriterium für die Entscheidung der Frage sein, ob der Angekl. mit dem Erfolg auch einverstanden war. Es kommt vielmehr immer auch auf die Umstände des Einzelfalles an, bei denen insbes. die Motive und die Interessenlage des Angekl. zu beachten sind (BGHSt 46, 30; vgl. auch BGHSt 48, 331 - zum Betrug; vgl. auch Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, 2009, § 266 Rn 104). Dabei ist zudem bei der Beurteilung eines Geschäftsvorgangs, bei dem - wie hier - keine Indizien für einen auch nur mittelbaren persönlichen Vorteil der Beteiligten bestehen, besondere Skepsis hinsichtlich des voluntativen Elements geboten.

Für das voluntative Element kann es demnach nicht ausreichen, dass der Betreffende allein die Gefährdungslage billigt. Dies würde, da unternehmerische Entscheidungen regelmäßig einen Gefährdungsanteil aufweisen, dem subjektiven Untreuevorwurf nicht gerecht. Vielmehr kann nur dann von einer billigenden Inkaufnahme eines Nachteils i. S. des § 266 StGB ausgegangen werden, wenn der Täter nicht nur die konkrete Gefahr in Kauf nimmt, sondern darüber hinaus auch die Realisierung dieser Gefahr billigt, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des unerwünschten Erfolges abfindet (BGHSt 51, 100; BGHSt 52, 182; vgl. auch Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 266 Rn 155). Für die Kennzeichnung der Innentendenz ist dieses Erfordernis notwendig, zumal die Untreue - anders als der Betrug - keine Eigen- oder Fremdbereicherungsabsicht voraussetzt. Das gedankliche Hinnehmen einer Vermögensgefährdung ist für sich genommen nicht aussagekräftig, weil sie eine Begleiterscheinung unternehmerischen Handelns ist. Dem objektiven Tatbestandsmerkmal „Nachteil“ entspricht eine innere Einstellung, die dadurch geprägt ist, dass sie sich letztlich mit dem Verlust abfindet.

Für die beweismäßige Feststellung des voluntativen Vorsatzelements kommt freilich dem auch vom Täter erkannten Gefährdungsgrad ein erhebliches indizielles Gewicht zu. Für je wahrscheinlicher der Täter den Erfolgseintritt hält, umso mehr spricht dafür, dass er sich letztlich mit einem Schadenseintritt abfindet. Denn die bloße Hoffnung auf den guten Ausgang steht der Annahme eines Vorsatzes nicht entgegen (NK/Kindhäuser, StGB, 4. Aufl., § 266 Rn 122).“ (BGH aaO)

- c) Mit dieser Auffassung setzt sich BGH aaO nicht in Widerspruch zur Rspr. des 1. Strafsenats, soweit diese es hat genügen lassen, wenn sich auch das **voluntative Vorsatzelement allein auf die schadensgleiche Gefährdung bezieht**, ohne dass zugleich eine Billigung eines eventuellen Endschadens hinzutritt.

BGHSt 53, 199; vgl. zu diesem Problemkreis Fischer NSTz - Sonderheft 2009, 8; ders. StraFo 2008, 269; Nack StraFo 2008, 277; NK/Kindhäuser aaO, § 266 Rn 123; Hoyer, SK, 123. Lfg., § 266 Rn 55; Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 15 Rn 27

„Die maßgebliche Entscheidung erging zum Betrug und betraf eine Fallgestaltung, bei der eine versprochene Geldanlage gänzlich unterblieben ist. Zudem enthält auch die Auffassung des 1. Strafsenats eine Einschränkung, weil sie das voluntative Element auf die „nicht mehr vertragsimmanente Verlustgefahr“ bezieht; letztlich wird auf diese Weise eine Korrektur vorgenommen. Ungeachtet der Frage, ob durch die zwischenzeitlich ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 126, 170; BVerfGE 130, 1) im Blick auf die Schadensbestimmung eine Neuakzentuierung eingetreten ist, nötigt die hier vorliegende Fallgestaltung nicht zu einer Anfrage nach § 132 III VVG. Dies gilt schon deshalb, weil das Landgericht rechtsfehlerfrei das kognitive Vorsatzelement und zugleich schon eine Billigung der Existenzgefährdung verneint hat, mithin dieser Rechtsfrage im vorliegenden Fall die Entscheidungserheblichkeit fehlen würde.“ (BGH aaO)

- d) In dem hier vorliegenden Fall kann unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen ein **Untreuevorsatz nicht bejaht** werden.

aa) Im Hinblick auf den Untreuetatbestand kann nur eine solche **Gefährdung des Vermögens** der IBG relevant sein, die den **Grad der Existenzgefährdung erreicht**.

„Dies ergibt sich aus der Stellung der IBG im Verhältnis zu den Mutterbanken. Von dort wurde die IBG letztlich wie eine unselbständige Abteilung geführt, die einen bestimmten Aufgabenkreis im Gesamtkonzern zu erfüllen hatte. Deshalb kam es der Unternehmensleitung wie auch den Aufsichtsgremien nicht darauf an, das Verhältnis von Aufwendungen für die Mietgarantien und vereinnahmten Provisionen bezogen auf die IBG ausgeglichen zu gestalten. Die Auflage der Fonds war für die Konzerngesellschaft schon deshalb von hohem Nutzen, weil hieraus durch die Kreditierung der Fonds und die anfallenden Provisionen erhebliche Erträge gezogen werden konnten. Da sämtliche Gesellschafter in voller Kenntnis der Umstände und der wirtschaftlichen Kennziffern über ihre Repräsentanten im Aufsichtsrat der IBG den Fondsaufgaben zugestimmt hätten, läge ein den Tatbestand ausschließendes Einverständnis vor, das insoweit wirksam gewesen sei, als hierdurch keine Existenzgefährdung der Gesellschaft eingetreten sei. Jedenfalls aus der für den Vorsatz maßgeblichen Sicht der Angekl. ist hinreichend belegt, dass diese eine solche Existenzgefährdung der IBG nicht vorhergesehen haben.

Die gegen die Maßgeblichkeit der Grenze der Existenzgefährdung für die Wirksamkeit eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses gerichteten Einwände der Staatsanwaltschaft gehen fehl: Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die im Aufsichtsrat vertretenen Vorstände der Gesellschafterbanken ein solches Einverständnis erklären konnten, selbst wenn sie nicht alleinvertretungsberechtigt waren. Soweit die Banken nicht schon durch zwei Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsgremien vertreten wurden, die sich vorab und im Nachgang abgestimmt hatten, wurden die Entscheidungen in den jeweiligen Gesamtvorständen der Gesellschafterbanken kommuniziert und gebilligt.

Die **Existenzgefährdung** der IBG als **maßgebliche Belastungsgrenze** wird insbes. dann nachvollziehbar, wenn man die subjektive Sicht der Angekl. wie geboten berücksichtigt, die ersichtlich vom Gesamtkonzernnutzen her dachten. In diesem Zusammenhang spielte die IBG die eher unselbständige Rolle einer Kostenstelle, die tatsächlich so lange in dem Konzernzusammenhang funktionierte, als ihre Existenz gesichert war. Es lag deshalb bei der Betrachtung aus der Perspektive der Angekl. nahe, die wirtschaftlichen Belange der IBG erst dann ernst zu nehmen, wenn deren Existenzgefährdung drohte, weil ab diesem Zeitpunkt ein wichtiger Baustein in dem für den Konzern wichtigen und gewinnbringenden Fondsgeschäft wegzubrechen drohte.“ (BGH aaO)

bb) Der **existenzgefährdende Umfang der Risiken** aus den Mietgarantien war für die Angekl. jedoch **nicht erkennbar**.

„Das Landgericht stellt eine fundamentale Verschlechterung der prognoserelevanten Risikofaktoren ab spätestens 1998 fest. Es markiert das „Ende der Blütezeit von geschlossenen Immobilienfonds“ auf den Abschluss des Jahres 1998. In der Folge hätte neben dem Abbau steuerlicher Privilegien die hohe Arbeitslosigkeit, der Zusammenbruch des „Neuen Markts“ und eine stagnierende Wirtschaft zu einem zunehmend schwierigen Umfeld geführt. Nach Auffassung des Landgerichts haben sich die damals bekannten Risiken - jedenfalls aus der Sicht der Angekl. - zumindest in einem vertretbarem Maße in den hierfür bilanziell vorzunehmenden Rückstellungen (§ 249 HGB) niedergeschlagen (wird ausgeführt).

Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts bestand für die Annahme des Landgerichts, dass niemand die von den Mietgarantien ausgehenden Gefahren für die Existenz der IBG gesehen habe, demnach eine ausreichende Tatsachengrundlage. Ein Vergleich einerseits der Aufwendungen für die Mietgarantie und andererseits der Erträge hieraus ist aus dem angefochtenen Urteil ersichtlich; das Landgericht hat lediglich dem Resultat nicht das vom Generalbundesanwalt erwartete Gewicht beigemessen, weil es die Provisionen für die Mietgarantien anders gewertet hat. Aus subjektiver Sicht der Angekl. waren - weil diese aus der Perspektive des Konzernnutzens dachten - die Provisionen für die Mietgarantien keine echte, gar alleinige Gegenleistung für die damit verbundene Risikoübernahme, sondern die Preisfestlegung orientierte sich an Marktgesichtspunkten und an der steuerlichen Abzugsfähigkeit. Deshalb dürfen insoweit Aufwendungen und Erträge nicht ohne weiteres gegenübergestellt werden, maßgeblich ist vielmehr allein die bilanzielle Gesamtsituation und die Frage, ob sich insoweit eine existenzgefährdende Überschuldung ergibt.

Dieser Gesichtspunkt hat aber auch Auswirkungen auf die Frage, inwieweit die vereinnahmten Provisionen bilanziell in ihrer Gesamtsumme oder nur ratiertlich zu erfassen sind. Für eine ratiertliche Erfassung bestand jedenfalls aus der Sicht der Angekl. umso weniger Anlass, als sie die Provisionen nicht als kalkuliertes Risikoentgelt ansahen. Letztlich bedarf diese bilanzielle Frage hier aber weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht einer Vertiefung, weil auch bei einem ratiertlichen Ansatz zwar naturgemäß ein verringerter Überschuss hätte ausgewiesen werden können, aber auch dann noch keine existenzgefährdende Situation eingetreten wäre. Da auch insoweit noch nicht verbrauchte Beträge aus den dann anzusetzenden Rechnungsabgrenzungsposten bestanden hätten, hätte sich ein etwaiger Verstoß gegen Bilanzierungsvorschriften nicht ausgewirkt.

Soweit der Generalbundesanwalt weiter bemängelt, dass eine Begründung, die sich darauf stützt, das Risiko sei nicht konkret erkennbar gewesen, offen lasse, ob die Existenzgefährdung im Rahmen einer **ordnungsgemäßen Risikoanalyse** objektiv erkennbar gewesen wäre, verlässt er die Grenzen eines Vorsatzdelikts. Auch im Rahmen des bedingten Vorsatzes kommt es immer darauf an, dass der Betreffende die **Gefahrenlage tatsächlich erkannt** hat. Die bloße Erkennbarkeit ist allenfalls im Bereich der Fahrlässigkeitstaten relevant.“ (BGH aaO)

cc) Schließlich ist auch das Vorliegen des **voluntativen Vorsatzelements** zu verneinen.

„Die Angekl. [haben] in der Erkenntnis der von der IBG eingegangenen Risiken deren Existenzgefährdung mit adäquaten Mitteln zu verhindern [versucht], um dadurch das Fondsgeschäft im Gesamtkonzernnutzen weiter zu betreiben. Dabei zieht die Wirtschaftsstrafkammer vor allem aus den in den Jahren 1998 und 1999 durchgeführten Kapitalerhöhungen den Schluss auf einen ernsthaften Willen der Angekl., existenzgefährdende Verluste zu vermeiden.

Aus diesen Umständen hat das Landgericht rechtsfehlerfrei gefolgert, dass die Angekl. der erkannten Risikostruktur aufgrund der marktunüblichen Mietgarantien begegnen wollten. Damit hat es zugleich seine Annahme untermauert, dass die Angekl. sich nicht mit einer Existenzgefährdung der IBG abgefunden haben, sondern hierfür eine Risikovorsorge treffen wollten. Als die maßgeblichen

Entscheidungsträger der IBG hatten die Angekl. den tatbestandlichen Erfolg i. S. des § 266 StGB, nämlich die **Existenzgefährdung**, oder gar die **Existenzvernichtung** gerade **nicht gebilligt oder sich auch nur damit abgefunden**.

Die Verneinung des voluntativen Vorsatzelements wird zudem durch weitere vom Landgericht festgestellte Umstände bestätigt: Durch den Aufbau eines Risikocontrollings, mit dem die Leitungsebene der IBG der internen und externen Kritik nachkam, ist belegt, dass die Verantwortlichen nicht die Augen vor der möglichen Existenzbedrohung verschlossen haben, sondern bemüht waren, die Risiken aus diesen Geschäften steuerbar zu halten. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen wurden den Angekl. gegenüber kommuniziert bzw. von ihnen abgefragt. Auch dieser Umstand spricht dagegen, dass den Angekl. der tatbestandliche Erfolg des Eintritts eines Nachteils auch nur gleichgültig gewesen wäre (vgl. hierzu auch Puppe, NK, StGB, 4. Aufl., § 15 Rn 56 f.).

Schließlich war das gesamte Controlling- und Buchhaltungssystem auf Transparenz ausgelegt. Die erkannten **Risiken wurden sowohl konzernintern als auch gegenüber den Abschlussprüfern offen angesprochen und diskutiert**. Der Stand des Risikocontrollings und auch dessen Mängel waren stets sowohl auf der Ebene der Geschäftsleitung der IBG, des Aufsichtsrats der IBG und auch bei den Gesellschafterinnen der IBG gleichermaßen bekannt. [Es] gab es weder eine Verschleierung der Risiken aus dem Fondsgeschäfts innerhalb der IBG noch gegenüber den vier Gesellschafterteilkontrollbanken vor Auflage der anklagegegenständlichen Fonds. Gleichfalls herrschte auch innerhalb der Konzernbanken und gegenüber deren Aufsichtsgremien eine weitgehende Offenheit, weil auch ihnen die wesentlichen Revisionsberichte mitgeteilt wurden.

Diese Umstände haben **Auswirkungen auf die Prüfung des Willenselements beim Vorsatz**. Ebenso wie die Verschleierung von Risiken ein Anzeichen für das Vorliegen einer Billigung des Eintritts einer schadensgleichen Vermögensgefährdung sein kann (BGHSt 47, 148), gilt umgekehrt auch, dass eine transparente und ordnungsgemäße Bilanzierung indiziell gegen eine willentliche Schadenszufügung sprechen kann.“ (BGH aaO)

II. **Ergebnis:** Die Angekl. haben sich nicht wegen Untreue nach § 266 StGB strafbar gemacht.

BDSG
§§ 60 ff**Unbefugte Datenerhebung/-verarbeitung
Heimliche Überwachung mittels GPS**

StrafR

(BGH in NJW 2013, 2530; Urteil vom 04.06.2013 – 1 StR 32/13)

1. Die **heimliche Überwachung** einer „Zielperson“ **mittels eines GPS-Empfängers** ist **grds. strafbar**.
2. Nur bei **Vorliegen eines starken berechtigten Interesses an der Datenerhebung** kann sich im Zuge der Abwägung **ausnahmsweise** ergeben, dass das **Merkmal des unbefugten Handelns** bei derartigen Einsätzen von GPS-Technik **zu verneinen** ist.

Fall: Der Angekl. H betrieb eine Detektei, der Angekl. K war als Detektiv bei ihm angestellt. Die Detektei wurde häufig von Privatpersonen beauftragt, andere Personen (Zielpersonen) zu überwachen. Eine der praktizierten Observationsmaßnahmen bestand in der Erstellung von Bewegungsprofilen der Zielpersonen. Dabei ging die Detektei wie folgt vor: Durch vorangegangene persönliche Observation und Halterabfragen wurde das von den Zielpersonen regelmäßig genutzte Fahrzeug und dessen regelmäßiger Standort ermittelt. Sodann brachte – jeweils auf Anweisung des Angekl. H – der Angekl. K einen GPS-Empfänger (basierend auf Global-Positioning-System = GPS) an diesen Fahrzeugen an. Soweit die Angekl. für möglich hielten, dass die Zielpersonen mehrere Fahrzeuge benutzen, etwa Fahrzeuge von Personen aus dem familiären Umfeld der Zielpersonen, wurde an jedem dieser Fahrzeuge ein GPS-Empfänger angebracht. Dass die Angekl. durch ihr Verhalten in die Rechte dieser „unbeteiligten“ Familienangehörigen eingriffen, die die Fahrzeuge ebenfalls nutzten, war ihnen bewusst. Zur Anbringung des GPS-Empfängers betrat der Angekl. K wiederholt im Bewusstsein, hierzu nicht berechtigt zu sein, Tiefgaragen, die teilweise durch Rolltore oder Gitter gesichert oder nur durch Berechtigte mit einer Karte zu betreten waren. Die GPS-Empfänger zeichneten im Durchschnitt alle zwei Minuten, teils sogar minutlich, das Datum, die Uhrzeit, die geografischen Breiten- und Längenkoordinaten sowie die jeweilige Momentangeschwindigkeit des Fahrzeugs auf. Diese Daten wurden über Mobiltelefone der Angekl. auf deren Notebooks übertragen und dort mittels einer speziellen Software automatisch zu Bewegungsprotokollen und Kartendarstellungen verarbeitet, wobei auch „Fahrweg und Aufenthaltsort der Zielpersonen“ dokumentiert wurden. Diese Arbeiten nahmen im Wesentlichen der Angekl. K und der weitere Mitarbeiter Kn vor. Die so gewonnenen Daten überließ der Angekl. H – teils in Form von Protokollen und Kartendarstellungen, teils in Form von Observationsberichten – den jeweiligen Auftraggebern in Papierform.

Die Motive der Auftraggeber für die Überwachung der Zielpersonen waren unterschiedlich: Teilweise wollten die Auftraggeber kompromittierendes Material aus dem Berufs- und Privatleben von näher bezeichneten Personen gewinnen. In anderen Fällen wollten die Auftraggeber durch eine Überwachung ihrer Ehegatten, Lebensgefährten oder der Schwiegertochter deren Untreue belegen. Eine weitere Observation richtete sich gegen einen Mitarbeiter/Berater eines Unternehmens, der bei dem Auftraggeber in Verdacht stand, hohe Geldbeträge veruntreut und Maschinen unterschlagen zu haben. In zwei weiteren Fällen stand ein Mitarbeiter eines Unternehmens im Verdacht, im Krankenstand „schwarz“ einer Nebentätigkeit nachgegangen zu sein bzw. gegen ein Wettbewerbsverbot verstoßen zu haben. Hier konnte der Betroffene der „Spionage“ zu Gunsten einer Konkurrenzfirma überführt werden; die Observation diente der Vorbereitung einer Strafanzeige. Eine Auftraggeberin befürchtete, ihr Ehemann habe im Rahmen einer vermögensrechtlichen Auseinandersetzung ihr zustehende Vermögenswerte beiseite geschafft. In einem weiteren Fall wollte der Auftraggeber im Interesse zukünftiger Zwangsvollstreckungsmaßnahmen den aktuellen Arbeitsplatz einer ehemaligen Mitarbeiterin, die noch erhebliche Schulden bei ihm hatte, herausfinden. Ein weiterer Auftraggeber versuchte, über die Überwachung zu belegen, dass seine getrennt lebende Ehefrau eine andere Beziehung habe und ihm „das Haus wegnehmen“ wolle; der GPS-Empfänger wurde hier an einem im Eigentum des Auftraggebers stehenden Fahrzeug angebracht. Außerdem verkaufte der Angekl. H einer Auftraggeberin, die die privaten Telefonate ihres Ehemanns abhören wollte, einen Telefonhörer, einen Recorder, einen Funkscanner und ein Kabel und erklärte ihr, wie sie diese Gerätschaften in das gemeinsam von ihr und ihrem Ehemann genutzte drahtgebundene Telefon einbauen könne. Dementsprechend konnten die über dieses Telefon geführten Gespräche – für den Ehemann nicht erkennbar – empfangen, aufgenommen und wiedergegeben werden.

Zu prüfen ist, ob die Angekl. sich wegen **unbefugter Datenerhebung bzw. –verarbeitung nach §§ 60 ff BDSG** strafbar gemacht haben.

- I. Bei den durch die GPS-Empfänger gewonnenen „**Bewegungsdaten**“ handelt es sich um **personenbezogene Daten i. S. d. § 31 I BDSG**, also um als Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person.
 1. Der **Begriff der „Angabe“ umfasst jede Information**. Eine Information ist geistiger Natur (Simitis/Dammann, 7. Aufl., § 3 Rn 5 m. w. Nachw.), sodass reale Vorgänge und Zustände daher für sich genommen keine derartigen Angaben sind; sie können aber etwa durch Aufzeichnen oder Messen Ausgangspunkt für das Herstellen solcher Einzelangaben sein (Simitis/Dammann, Simitis, § 3 Rn 5).

Auf persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person beziehen sich Einzelangaben dann, wenn sie über die Bezugsperson selbst etwas aussagen oder mit der Bezugsperson in Verbindung zu bringen sind, weil sie einen auf sie beziehbaren Sachverhalt enthalten (Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl., § 3 Rn 5 u. 7). Daher zählen nicht nur einer Person als solcher zukommende Eigenschaften und Merkmale zu deren persönlichen und sachlichen Verhältnissen, sondern auch ihre Beziehungen zur Umwelt, wie u. a. ihr Aufenthaltsort (vgl. Simitis/Dammann, § 3 Rn 11; Gola/Schomerus, § 3 Rn 7; Schaffland/Wiltfang, BDSG, Lfg. 4/11, § 3 Rn 5; Backu ITRB 2009, 88).

*„Werden **geografische Standort- oder Positionsdaten** (hier GPS-Positionsdaten) erhoben, verarbeitet oder genutzt, vermitteln diese, weil sie sich in erster Linie auf Gegenstände – wie vorliegend den GPS-Empfänger bzw. das Fahrzeug, an dem der GPS-Empfänger angebracht ist – beziehen, **unmittelbar keine Aussage über die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse einer natürlichen Person** (vgl. Schrey/Meister K & R 2002, 177). Durch den Einsatz satellitengestützter Positionsbestimmungs-Systeme lassen sich mit einer horizontalen und vertikalen Genauigkeit von wenigen Metern (vgl. Jandt/Schnabel K & R 2008, 723) Positionsdaten „lediglich“ darüber gewinnen, wo sich ein GPS-Empfänger befindet (zu den technischen Gegebenheiten vgl. Jandt/Schnabel K & R 2008, 723).*

*Gegenstände, wie die hier verwendeten GPS-Empfänger, können aber einem bestimmten Einfluss durch Personen unterliegen, so dass etwa auf Grund der physischen oder räumlichen Nähe des GPS-Empfängers zu einer Person oder zu anderen Gegenständen, etwa dem von einer bestimmten/bestimmbarer Person genutzten Fahrzeug, an dem der GPS-Empfänger angebracht ist, eine **indirekte Beziehung zu einer Person** hergestellt werden kann. Fahrzeugortungsdaten als Sachdaten werden daher als **Verhaltensdaten** zu personenbezogenen Daten, wenn der Insasse dem Fahrzeug zugeordnet werden kann (zum Personenbezug von GPS-Standortdaten vgl. Simitis/Dammann, § 3 Rn 15 u. 59, 69; zur Ortung von Arbeitnehmern bei der Anbringung von GPS-Empfängern an Dienst-Fahrzeugen vgl. Meyer K & R 2009, 14; zur GPS-Ortung im Arbeitsverhältnis vgl. auch Gola NZA 2007, 1139).“ (BGH aaO)*

2. Gemessen hieran stellten die durch den Angekl. H und seine Mitarbeiter gewonnenen GPS-Positionsdaten der von den Zielpersonen benutzten Fahrzeuge **personenbezogene Daten i. S. des § 3 I BDSG** dar. Das gilt sowohl für Standortdaten solcher Fahrzeuge, die lediglich von einer Person genutzt wurden, als auch solcher mit Nutzung durch weitere den Angekl. auf Grund der vorausgegangenen Recherchen namentlich bekannte Personen.

*„Bei Nutzung des jeweiligen Fahrzeugs ausschließlich durch die Zielperson war es den Angekl. ohne Weiteres möglich, die GPS-Daten den entsprechenden Zielpersonen zuzuordnen. Die **GPS-Daten enthielten** damit eine **Information über den jeweiligen Aufenthaltsort und das Fahrverhalten der jeweiligen Zielperson**, mithin über eine für die Angekl. **bestimmbare natürliche Person i. S. von § 3 I BDSG**. Auf die in Einzelheiten kontrovers beurteilten Maßstäbe der **Bestimmbarkeit der Person im Zusammenhang mit der Zuordnung von zunächst Sachdaten zu einer Person** (dazu Forgó/Krügel MMR 2010, 17 m. w. Nachw.) kommt es vorliegend dabei nicht an.*

Aber auch soweit eine Nutzung der überwachten Fahrzeuge durch eine oder zwei weitere Personen aus dem Umfeld der Zielpersonen erfolgte, handelte es sich bei den Standortdaten um personenbezogene Daten: Die Angekl. stellten in diesen Fällen personenbezogene Informationen selbst her, indem sie die GPS-Positionsdaten einer bestimmten Person zuordneten und damit Aussagen über deren Aufenthaltsort trafen.

*Die Angekl. hatten die GPS-Empfänger nicht wahllos an Fahrzeugen angebracht; vielmehr hatten sie „Vorfelderermittlungen“ angestellt und in deren Verlauf die Halterdaten erhoben sowie die Zielpersonen persönlich observiert. Soweit die Angekl. zur Beobachtung einer „Zielperson“ auf Grund ihrer Erkenntnisse an mehreren Fahrzeugen jeweils einen GPS-Empfänger anbrachten, um Bewegungsprofile der Zielpersonen auch im Falle eines Fahrzeugwechsels zu erhalten, war es ihnen bewusst, dass auch „**Unbeteiligte**“ mitobserviert wurden. Verfolgungstechnische „Leerläufe“ konnten die Angekl. i. Ü. dazu nutzen, ergänzende Erkenntnisse zur betreffenden Zielperson zu erlangen. Es liegt angesichts dieser begleitenden Ermittlungen der Angekl. nicht nahe, dass sie nicht in der Lage gewesen wären, eine zutreffende Zuordnung der GPS-Daten zu dem jeweiligen Fahrzeugführer vorzunehmen. Selbst wenn sie aber in Einzelfällen die GPS-Daten fehlerhaft zugeordnet haben sollten, ändert dies an der Beurteilung als personenbezogene Daten nichts.*

*Ein **fehlender Wahrheitswert** des Datums bzw. der Daten **schließt das Vorliegen einer Angabe i. S. des § 3 I BDSG** nämlich **nicht aus**. Nur dann, wenn aus dem Kontext heraus eindeutig ist, dass die Angaben „reine Fantasie des Autors“ sind, sagen sie über eine Person nichts aus (Simitis/Dammann, § 3 Rn 6). Dies war hier aber im Hinblick auf die umfassenden „Vorfelderermittlungen“ der Angekl. gerade nicht der Fall.“ (BGH aaO)*

- II. Die Angekl. haben, indem sie sich die GPS-Daten beschafften und die so erlangten Daten computergestützt automatisiert zu **Bewegungsprotokollen** zusammenfügten, **Daten i. S. von § 3 III BDSG** erhoben.

1. Unter dem Erheben von Daten i. S. von § 3 III BDSG ist deren **zielgerichtete Beschaffung** zu verstehen; erforderlich ist eine Aktivität, durch die die erhebende Stelle Kenntnis von dem betreffenden Sachverhalt erhält (Simitis/Dammann, § 3 Rn 102, Schaffland/Wiltfang, Lfg. 1/11, § 3 Rn 105).

Gem. § 3 IV 1 BDSG unterfällt dem Verarbeiten u. a. das Speichern von Daten, d. h. das Erfassen, Aufnehmen und Aufbewahren der Daten auf einem Datenträger zum Zweck ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung (§ 3 IV 2 Nr. 1 BDSG). Daneben stellt die Veränderung von Daten, d. h. das inhaltliche Umgestalten gespeicherter Daten (§ 3 IV 2 Nr. 2 BDSG), eine weitere Form der Datenverarbeitung dar.

2. Indem die Angekl. mittels der GPS-Empfänger minütlich oder alle zwei Minuten in geografischen Breiten- und Längenkoordinaten ausgedrückte Positionsdaten der GPS-Empfänger sammelten, erhoben sie i. S. des § 3 III BDSG Daten.

„Durch die Erfassung dieser Positionsdaten über ihre Mobiltelefone auf ihren Notebooks speicherten sie – im Zuge ihrer Erhebung – diese Daten i. S. von § 3 IV 2 Nr. 1 BDSG. Da diese Daten computergestützt mittels der von den Angekl. eingesetzten Software automatisch zu **Bewegungsprotokollen** und **Kartendarstellungen** einschließlich der **Dokumentation von Fahrweg und Aufenthaltsort des GPS-Empfänger** zusammengefügt wurden, **verarbeiteten** die Angekl. diese Daten zudem i. S. des § 3 IV 2 Nr. 2 BDSG **automatisiert** weiter.“ (BGH aaO)

- III. Der Angekl. H, der von den Auftraggebern eine **monetäre Gegenleistung** verlangte, handelte auch entgeltlich (vgl. § 11 I Nr. 9 StGB).

- IV. Die erhobenen **Daten** waren zudem **nicht i. S. von §§ 43, 44 BDSG allgemein zugänglich**.

„Die Möglichkeit, dass ein nicht beschränkter Kreis von Personen die Zielpersonen in der Öffentlichkeit hätte wahrnehmen können, diesen u. U. sogar hätte „nachfahren“ können, führt nicht dazu, dass die aufgezeichneten und weiterverarbeiteten (GPS-Positionsdaten allgemein zugänglich waren. Die **Erhebung und die Verarbeitung** der hier konkret **mit Hilfe technischer Mittel** erhobenen personenbezogenen Daten waren lediglich unter **Überwindung rechtlicher Zugangshindernisse** möglich. Das steht einer allgemeinen Zugänglichkeit entgegen. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut als auch und vor allem aus der Entstehungsgeschichte der geltenden gesetzlichen Regelung, die die Wendung „nicht allgemein zugänglich“ enthält.

Eine **strafrechtliche Ahndung** ist somit **nach dem Wortlaut der §§ 43, 44 BDSG** (lediglich) in denjenigen Fällen **ausgeschlossen**, in denen es sich um **Daten** handelt, **die von jedermann zur Kenntnis genommen werden können**, ohne dass der Zugang aus rechtlichen Gründen beschränkt ist („Jedermanns-Dateien“, vgl. Weichert NSTZ 1999, 490).“ (BGH aaO)

- V. Die Angekl. haben zudem **unbefugt i. S. d. §§ 43, 44 BDSG** gehandelt.

1. **Unbefugtes Handeln** i. S. des § 43 II Nr. 1 BDSG **liegt vor, wenn nicht Rechtssätze das Verhalten erlauben** (vgl. Erbs/Kohlhaas, 164. Lfg., § 43 BDSG Rn 19; Simitis/Sokol, § 4 Rn 3; Gola/Schomerus, § 43 Rn 20, 26).

„Das Datenschutzrecht ist zum **Schutze des Rechts des Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen**, von dem Grundsatz des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt geprägt, d. h. die Erhebung, Speicherung, Verarbeitung und Weitergabe personenbezogener Daten ist grundsätzlich verboten (Hoeren/Sieber, Hdb. Multimedia-Recht, 26. Lfg., Teil 16.1 Rn 35 m. w. Nachw.). Befugt ist sie nur dann, wenn der Betroffene wirksam seine Einwilligung erklärt oder wenn das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift eine Erlaubnis beinhalten oder gar eine Anordnung zur Erhebung, Speicherung, Verarbeitung oder Weitergabe personenbezogener Daten enthalten. Als Erlaubnissätze kommen neben datenschutzrechtlichen Erlaubnissen auch allgemeine Rechtfertigungsgründe, wie etwa § 34 StGB, in Betracht.

Auf Grund seiner Ausgestaltung als grds. Verbot der Erhebung bzw. Verarbeitung personenbezogener Daten gehen die im BDSG selbst enthaltenen Erlaubnissätze i. d. R. in ihrer Reichweite über diejenigen der allgemeinen Rechtfertigungsgründe hinaus und gewähren damit typischerweise in größerem Umfang die Befugnis, in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen einzugreifen, als dies nach allgemeinen Rechtfertigungsgründen der Fall ist.“ (BGH aaO)

2. Als solche **sich aus dem Datenschutzrecht selbst ergebende Erlaubnissätze** kamen vorliegend namentlich **Rechtfertigungsgründe** nach dem 3. Abschnitt des BDSG in Betracht, der die legislativen Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten im nicht-öffentlichen Bereich konkretisiert (vgl. Simitis, § 27 Rn 1).

„Dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des den Anwendungsbereich dieses Abschnitts eröffnenden § 27 BDSG vorlagen, namentlich der Angekl. H als Inhaber der Detektei als eine **nicht-öffentliche Stelle** i. S. von § 27 I 1 Nr. 1 BDSG handelte und die Datenerhebung und -verarbeitung nicht i. S. von § 27 I 2

BDSG ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten erfolgte, bedarf keiner weiteren Erörterung.“ (BGH aaO)

3. Als **spezifische datenschutzrechtliche Erlaubnisse** kommen **§ 28 BDSG** oder aber **§ 29 BDSG** in Betracht.

„Das **Datenschutzrecht grenzt die Anwendungsbereiche der beiden Vorschriften im rechtlichen Ausgangspunkt danach ab, ob der in Rede stehende Datenumgang zu eigenen Geschäftszwecken (§ 28 BDSG) erfolgt oder es sich um eine geschäftsmäßige Datenverarbeitung zur Übermittlung an Dritte (§ 29 BDSG) handelt. Maßgebend für die Abgrenzung ist dementsprechend die jeweilige Zweckbestimmung. Erweist sich die Datenverarbeitung für Dritte als Selbstzweck, kann sich eine Erlaubnis zum Umgang mit „fremden“ personenbezogenen Daten aus § 29 BDSG ergeben. Ist die **Datenverarbeitung bloßes Hilfsmittel zur Erfüllung anderer Zwecke**, greift dagegen regelmäßig § 28 BDSG als möglicherweise zu Gunsten der datenverarbeitenden nicht-öffentlichen Stelle wirkende Befugnisnorm. Diese Grundsätze über das Verhältnis der Anwendungsbereiche von § 28 BDSG einerseits und § 29 BDSG andererseits erlauben allerdings im konkreten Einzelfall nicht ohne Weiteres, die als Erlaubnissatz in Frage kommende datenschutzrechtliche Vorschrift zu bestimmen. Dementsprechend wird die Anwendbarkeit der beiden in Betracht kommenden Vorschriften auf die mit der Erhebung bzw. Verarbeitung personenbezogener Daten verbundene überwachende Tätigkeit von Detektiven in der datenschutzrechtlichen Lit. auch nicht einheitlich beurteilt.“ (BGH aaO)**

- a) Wird ein Detektiv damit beauftragt, gegen eine natürliche Person Ermittlungen anzustellen, so **sammelt und verwendet der Detektiv „gewerblich“ personenbezogene Daten** der überwachten Personen, um sie seinem Auftraggeber, also Dritten, gegen Entgelt weiterzugeben (vgl. Kloepfer/Kutzschbach MMR 1998, 650).

„Die **observierende Tätigkeit des Detektivs** und der damit verbundene Datenumgang stellt sich, obwohl für die Zwecke des Auftraggebers erfolgend, für den Detektiv wegen des eigenen verfolgten wirtschaftlichen Zwecks der Auftragserfüllung als **Selbstzweck** dar. Diese Tätigkeit ist auch auf Wiederholung ausgerichtet.

Konkret auftragsbezogene Observationstätigkeit eines Detektivs bzw. der damit einhergehende Umgang mit personenbezogenen Daten der überwachten Personen könnte sich daher als **geschäftsmäßige Datenverarbeitung zur Übermittlung i. S. von § 29 BDSG** erweisen. Als Erlaubnisvorschrift in Fällen der vorliegenden Art käme dann § 29 I 1 Nr. 1 BDSG in Betracht. Der Angekl. würde hiernach befugt handeln, wenn für ihn kein Grund zu der Annahme besteht, dass die überwachte Person ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung seiner Daten hat.“ (BGH aaO)

- b) Gegen eine Anwendung des § 29 BDSG wird allerdings vorgebracht, dass konkret auftragsbezogene Ermittlungstätigkeiten eines Detektivs bei vorausschauender Betrachtungsweise – anders als dies etwa bei eindeutig von § 29 BDSG erfassten Tätigkeiten klassischer Auskunfteien der Fall ist – nicht darauf gerichtet seien, Daten in einer Vielzahl von Fällen zu übermitteln.

vgl. Roßnagel/Duhr, Hdb. DatenschutzR, 7.5 Rn 6; Simitis/Ehmann, § 29 Rn 97; Bergmann/Möhrle/Herb, BDSG, 41. Lfg., § 29 Rn 38; a. A. ohne nähere Begr. Gola/Schomerus, § 29 Rn 8; Fricke VersR 2010, 308; vgl. auch LG Lüneburg NJW 2011, 2225 = NSTZ 2012, 55; Maisch/Seidl, juris PraxisReport IT-Recht [jurisPR-ITR] 1/2012, Anm. 2

„Bei einem Detektiv wäre die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten der beobachteten Personen stattdessen anhand von § 28 I 1 Nr. 2 BDSG zu prüfen. Dieser Datenumgang wäre ihm auf der Grundlage dieser Vorschrift gestattet, wenn er zur **Wahrung berechtigter Interessen** des Detektivs erforderlich wäre und kein Grund zur Annahme bestünde, dass **das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt**.“ (BGH aaO)

- c) BGH aaO hat im Ergebnis nicht entschieden, ob die Befugnis zu konkret auftragsbezogener Ermittlungstätigkeit von Detektiven in Fällen der vorliegenden Art anhand der sich aus § 28 I 1 Nr. 2 BDSG oder anhand der sich aus § 29 I 1 Nr. 1 BDSG ergebenden, nach dem Wortlaut der Vorschriften divergierenden Abwägungsmaßstäbe zu beurteilen ist.

„Beide grds. in Betracht kommenden Erlaubnissätze müssen im Hinblick auf die Voraussetzungen einer Befugnis zum Umgang mit „fremden“ personenbezogenen Daten anhand der **unionsrechtlichen Vorgaben** aus Art. 7 lit. f der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABIEG 1995 Nr. L 281 v. 23.11.1995, S. 31; i. F.: Datenschutzrichtlinie) ausgelegt werden.“ (BGH aaO)

- aa) Die **Zulässigkeit der Datenverarbeitung** erfordert zum einen, dass die **Verarbeitung personenbezogener Daten zur Verwirklichung des** von dem Detek-

tiv oder dessen Auftraggeber wahrgenommenen **berechtigten Interesses erforderlich** ist, und zum anderen, dass die **Grundrechte und Grundfreiheiten der von der Observation betroffenen Person nicht überwiegen**.

- bb) Auf Seiten des von der Observation Betroffenen sind sämtliche in Art. 7 und Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh) gewährleisteten Interessen einzustellen.

Erfasst sind damit sowohl das Recht des Betroffenen auf Schutz der ihn betreffenden personenbezogenen Daten (Art. 8 GrCh) als auch sein Recht auf Schutz seiner Privatsphäre (Art. 7 GrCh). Auch vor dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta wurden diese Rechte im Kontext des Datenschutzes bereits (zumindest) sekundärrechtlich durch die Datenschutzrichtlinie gewährleistet (vgl. Art. 1 I der Datenschutzrichtlinie).

- cc) Stammen die verarbeiteten Daten – wie hier – aus **nicht öffentlich zugänglichen Quellen**, ist zu berücksichtigen, dass der Detektiv und sein Auftraggeber zwangsläufig **Informationen über die Privatsphäre der betroffenen Person** erlangen.

„Diese schwerwiegendere Beeinträchtigung der verbürgten Rechte der betroffenen Person ist zu berücksichtigen, indem sie gegen das berechtigte Interesse, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, im Einzelfall abgewogen wird. Dies bedeutet, dass sämtliche Rechtspositionen des von der Observation Betroffenen, die der Privatsphäre zuzuordnen sind, zu gewichten und in die Abwägung einzustellen sind.“ (BGH aaO)

4. Nach diesen Vorgaben ist eine **umfassende Abwägung der gegenläufigen Interessen** vorzunehmen.

*„Eine Abwägung mit den Interessen des Detektivs bzw. seines Auftraggebers in Fällen des Einsatzes von Mitteln, die im Anwendungsbereich der Strafprozessordnung der Vorschrift des § 100 h StPO unterfallen, [darf] nicht lediglich dann vorgenommen werden, wenn die Voraussetzungen für einen staatlichen Ermittlungseingriff gem. § 100 h I StPO vorgelegen hätten. Eine solche Beschränkung der auf der Grundlage von § 28 I 1 Nr. 2 BDSG oder § 29 I 1 Nr. 1 BDSG vorzunehmenden Abwägung wird den **unionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 7 lit. f der Datenschutzrichtlinie** nicht ausreichend gerecht. Sie ist aber auch im System des nationalen Rechts nicht tragfähig. Sie machte insoweit die Informationsgewinnung durch Private von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen abhängig, die lediglich für den Staat und seine Organe, nicht aber für den privaten Bürger gelten.*

*Auf der Ebene des nationalen Rechts kann das Verhalten Privater nicht an den tatbestandlichen Voraussetzungen der Beweiserhebungsvorschriften der StPO gemessen werden. Privatpersonen sind grds. nicht Adressaten dieser Normen (Eisele, Compliance u. Datenschutzrecht, S. 56; Weißgerber NZA 2003, 1005; s. auch Kaspar GA 2013, 206; Greeve StraFo 2013, 89). Die **StPO beschränkt hoheitliches Handeln** (vgl. Kubiciel GA 2013, 226; Fricke VersR 2010, 308) und **schützt den Bürger vor staatlicher Willkür**. Der Gedanke, dass staatliche Einrichtungen für ihr Handeln grds. einer Ermächtigung bedürfen, ist auf Private nicht unmittelbar übertragbar (vgl. Kaspar GA 2013, 206; Kubiciel GA 2013, 226).*

Die berechtigten Interessen des Detektivs bzw. seines Auftraggebers an der Datenverarbeitung müssen daher auch dann einer Abwägung mit den Interessen des Betroffenen zugänglich sein, wenn es nicht um die Aufklärung von Straftaten besonderer Bedeutung i. S. von § 100 h I 2 StPO handelt.“ (BGH aaO)

5. Die Abwägung der gegenläufigen Interessen setzt das **tatsächliche Bestehen berechtigter Interessen** des Detektivs bzw. seines Auftraggebers **an der Datenverarbeitung** – bezogen auf den Zeitpunkt ex-ante bei Vornahme der Datenerhebung bzw. Datenverarbeitung – voraus.

*„Dient etwa die Datenverarbeitung der Erstellung eines Bewegungsprofils, so müssen daher Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein **berechtigtes Interesse gerade an einem solchen Bewegungsprofil** bzw. an seiner Erstellung zur Durchsetzung berechtigter Interessen besteht. Art. 7 lit. f der Datenschutzrichtlinie bringt diesen Zusammenhang mit dem Abstellen auf die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Durchsetzung berechtigter Interessen zum Ausdruck.*

***Beweisführungsinteressen** zur Klärung des Vorliegens von zivilrechtlichen Ansprüchen oder zu deren Durchsetzung (Vollstreckung) können dabei zwar, anders als bloße Neugier oder rein negative Interessen, unter bestimmten weiteren Voraussetzungen ein berechtigtes Interesse an der Datenverarbeitung begründen. Dies gilt aber nur dann, wenn gerade das Bewegungsprofil zur Durchsetzung des Beweisführungsinteresses benötigt wird. Es bedarf also einer Konnexität zwischen den Interessen des Detektivs bzw. seines Auftraggebers an dem Bewegungsprofil und den Interessen des von der Observation Betroffenen am Schutze seiner Privatsphäre, weil ansonsten eine Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen nicht stattfinden kann (vgl. auch BGH NJW 1984, 1889; Schaffland/Wiltfang, Lfg. 1/12, § 28 Rn 89).“* (BGH aaO)

6. Bei dem Einsatz von GPS-Empfängern zu Observationszwecken bedarf es im Hinblick auf die vorgenannten Maßstäbe regelmäßig der Berücksichtigung der folgenden, teils gegenläufigen Gesichtspunkte:

- a) Einerseits sind die **Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Observierten** durch den Einsatz von GPS-Sendern zunächst **weniger schwerwiegend als etwa durch das heimliche Abhören des gesprochenen Wortes** (vgl. BVerfGE 112, 304 = NJW 2005, 1338 = NStZ 2005, 388; vgl. auch EGMR NJW 2011, 1333). Dennoch **reicht** auch hier ein „**schlichtes**“ **Beweisführungsinteresse des Auftraggebers nicht aus**, um den Eingriff in die Rechte des vom GPS-Einsatz Betroffenen zu gestatten.

„Nach der Rspr. des BVerfG und der neueren BGH-Rspr. genügt in Fällen, in denen das von Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG – u. a. – geschützte Recht am gesprochenen Wort beeinträchtigt ist, das stets bestehende „schlichte“ Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, nicht, um bei der Güterabwägung trotz Verletzung des Persönlichkeitsrechts der anderen Prozesspartei zu einer Schutzbedürftigkeit des Beweisführungsinteresses zu gelangen (vgl. BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619; BGH NJW-RR 2010, 1289; BGHZ 27, 284 = NJW 1958, 1344). Die Rspr. verweist insoweit auf notwehähnliche Situationen, die für eine beweisbelastete Person im Zivilprozess bestehen können, wenn die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts aus schwerwiegenden Gründen mangels anderer in Betracht kommender Beweismittel im Interesse einer wirksamen Rechtspflege erforderlich ist (vgl. BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619; BGH NJW 2003, 1727 m. w. Nachw.; BGH NJW 1988, 1016; BGH NJW 1982, 277; BGHZ 27, 284 = NJW 1958, 1344; vgl. auch Fischer, StGB, 60. Aufl., § 201 Rn 11; krit. Schönemann, LK-StGB, 12. Aufl., § 201 Rn 40; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 201 Rn 32).

Es müssen jedenfalls in diesen Fällen neben dem allgemeinen Beweisführungsinteresse weitere Gesichtspunkte hinzutreten, die das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Verletzung des Persönlichkeitsrechts als schutzbedürftig erscheinen lassen. So kann etwa die Anfertigung heimlicher Tonbandaufnahmen zur Feststellung der Identität eines anonymen Anrufers (vgl. BGH NJW 1982, 277) oder zur Feststellung erpresserischer Drohungen (BGHZ 27, 284 = NJW 1958, 1344) oder im Fall eines auf andere Weise nicht abwehrbaren Angriffs auf die berufliche Existenz (vgl. hierzu BGH NJW 1994, 2289) hinzunehmen sein, wenn nicht durch andere, weniger belastende Methoden der Sachverhalt anderweit aufgeklärt werden kann.“ (BGH aaO)

- b) Die von der Rspr. geforderten erhöhten Anforderungen sind jedoch nicht auf Fälle der Beeinträchtigung des Rechts am gesprochenen Wort beschränkt, auch bei anderweitigen ähnlich gewichtigen Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts gelten vergleichbare Maßstäbe.

vgl. BVerfGE 117, 202 = NJW 2007, 753 zu heimlichen Vaterschaftstests; vgl. auch die Rspr. des BAG zur verdeckten Videoüberwachung am Arbeitsplatz, zuletzt BAG NJW 2012, 3594; vgl. auch BAG NZA 2005, 839 = NJOZ 2005, 2708

- c) Werden aus **Gründen der Beweisführung** Detektive zur Observation eingesetzt, so kann das Beweisführungsinteresse die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Observierten etwa dann zulässig machen, wenn ein **konkreter Verdacht** gegen diesen besteht, die detektivische Tätigkeit zur Klärung der Beweisfrage erforderlich ist und **nicht andere, mildere Maßnahmen als genügend erscheinen**.

vgl. OLG Köln NJW-RR 2013, 740; vgl. auch BGH NJW-RR 2009, 1189 m. w. Nachw.; zu den Maßstäben der Pflicht des Observierten zur Übernahme der Detektivkosten vgl. auch BAG NZA-RR 2011, 231 m. w. Nachw.; OLG Karlsruhe NJOZ 2010, 1421; vgl. auch OLG Oldenburg NJW 2008, 3508; Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 91 Rn 13, sowie Zöller/Stöber, § 788 Rn 13, zum Stichwort Detektivkosten, jew. m. w. Nachw.

- d) In den Fällen des Einsatzes von GPS-Empfängern zum Zwecke der Erstellung eines Bewegungsprofils darf schließlich die **Art und Weise der Datenerhebung** und -verarbeitung nicht unberücksichtigt bleiben.

„Eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung der Privatsphäre des Observierten liegt nämlich vor, wenn mit der Anbringung eines GPS-Empfängers ein Eindringen in befriedetes Besitztum des zu Observierenden verbunden ist (Bsp.: Der GPS-Empfänger wird am Fahrzeug angebracht, indem sich unberechtigt Zutritt zu Tiefgaragen verschafft wird). Gleiches gilt, wenn das Observationsmittel an Fahrzeugen angebracht wird, die für den Detektiv bzw. dessen Auftraggeber eigentumsrechtlich fremd bzw. nicht auf diese zugelassen sind. Es werden dann zwangsläufig auch wesentlich mehr Vorgänge aufgezeichnet, die in die Privatsphäre des Fahrzeugführers erheblicher eingreifen, als dies etwa der Fall wäre, wenn bspw. der Eigentümer an seinem eigenen Fahrzeug einen GPS-Empfänger anbringen ließe. In solchen Fällen müssen daher die den Interessen des Observierten gegenüberstehenden Inte-

ressen des Detektivs bzw. seines Auftraggebers umso höher sein, um die Datenverarbeitung rechtfertigen zu können (vgl. EuGH EuZW 2012, 37). Gleiches gilt, wenn von den Observationsmaßnahmen unbeteiligte Dritte betroffen sind.

I. Ü. ist es eine Frage des Einzelfalls, inwieweit Erkenntnisse darüber, wann und wo sich eine Person mit dem Fahrzeug aufgehalten hat, geeignet sein können, die angestrebte Beweisführung (etwa zu finanziellen Fragen) wesentlich zu erleichtern.“ (BGH aaO)

e) Für die vorliegend in Frage stehenden Fälle ergeben sich folgende Konsequenzen:

„Den Auftraggebern der Angekl. [ging es] um die Verfolgung „illegaler“ Zwecke – letztlich um die Ermöglichung wenigstens von **Nötigungshandlungen**. Denn das erhoffte „kompromittierende Material“ sollte allein dazu dienen, die Zielpersonen von ihren gesetzlichen bzw. satzungsmäßigen Aufträgen abzuhalten oder ihr berufliches Verhalten durch Erkenntnisse über ihr berufliches oder ihr Privatleben im Sinne der Auftraggeber des Angekl. zu beeinflussen.

Bei [anderen] Taten beschränkte sich das Interesse der jeweiligen Auftraggeber, ohne dass bereits gerichtliche Verfahren, etwa Unterhaltsrechtsstreitigkeiten, im Raume gestanden hätten, auf die **Aufklärung** über die Treue des eigenen Ehegatten, des Lebensgefährten oder der Schwiegertochter. In diesen Fällen ist ausgeschlossen, dass [der] Einsatz eines GPS-Empfängers als gerechtfertigt [angesehen werden könnte].

In den verbleibenden Fällen ging es den Auftraggebern um die **Wahrung finanzieller Interessen**. Der Senat kann nach den bisherigen Feststellungen nicht ausschließen, dass sich weitere Erkenntnisse ergeben können, die ein durch die Erstellung von Bewegungsprofilen zu bedienendes Beweisführungsinteresse und daraus resultierend im Rahmen der gebotenen Abwägung eine Befugnis zur Erhebung und Verarbeitung der personenbezogenen Daten ergeben können.“ (BGH aaO)

GG
Art. 8**Verbot einer Versammlung
Aufzug der NPD am Volkstrauertag**

POR

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2013, 641; Urteil vom 20.03.2013 – 7 A 11277/12)

1. Die **öffentliche Sicherheit** im Sinne dieser Bestimmung umfasst den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen.
2. Nach § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG sind am Karfreitag, am Totensonntag und am Volkstrauertag jeweils ab 4 Uhr **öffentliche Versammlungen, Aufzüge und Umzüge**, soweit sie nicht der Religionsausübung dienen oder dem Charakter des Feiertags entsprechen, **verboten**.
3. Der Volkstrauertag ist ein **staatlicher Gedenktag** am zweiten Sonntag vor dem 1. Advent für **die Toten der beiden Weltkriege und die Opfer des Nationalsozialismus**. Er gehört zu den wenigen stillen Feiertagen, die nach ihrem Charakter Anlass und Anhalt für ein stilles Gedenken und Trauer um die Verstorbenen geben.
4. Eine öffentliche Versammlung am Volkstrauertag kann nur verboten werden, wenn sie dessen **Charakter** als Trauer- und Gedenktag **nicht bloß geringfügig widerspricht**,
5. Ein Verbot einer Versammlung setzt nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit voraus, dass das **mildere Mittel der Auflagenerteilung ausgeschöpft** ist; ein Verbot kommt mithin erst als letztes Mittel („ultimaratio“) zur Gefahrenabwehr in Betracht
6. **Aufzüge** sind ebenso wie ortsfeste Versammlungen nach § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG **nicht generell an stillen Feiertagen** wie dem Volkstrauertag **verboten**, sondern nur dann, wenn sie dem Charakter des Feiertags widersprechen.
7. Die **mit einem Aufzug verbundene öffentliche Aufmerksamkeit**, die oftmals höher als bei einer ortsfesten Versammlung ist, kann als solche einen **Widerspruch zum Charakter des Volkstrauertags nicht begründen** und daher ein Verbot nicht rechtfertigen.“
8. **Beschränkende Auflagen** scheiden nur dann **als milderes Mittel** zur Beseitigung der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit **aus**, wenn durch sie der **Charakter der Versammlung erheblich verändert** würde.
9. Nach der **Rechtsprechung des BVerfG** kommen nämlich **Versammlungsverbote allein aus verkehrstechnischen Gründen** umso weniger in Betracht, als in aller Regel ein Nebeneinander der Straßenbenutzung durch Versammlungsteilnehmer und fließenden Verkehr **durch Auflagen erreichbar** ist

Fall: Der Kläger begehrt die Feststellung, dass das Verbot eines Trauermarsches am Volkstrauertag im Jahr 2011 rechtswidrig war.

Der Kläger ist ein Kreisverband der NPD. Er meldete für Sonntag, den 13.11.2011 - den Volkstrauertag -, einen Trauermarsch von H. im Landkreis des Beklagten nach B2.-I. im Rh.-P.-Kreis an. Der Trauermarsch sollte um 14:00 Uhr mit einer Eröffnungskundgebung auf dem R.-platz in H. beginnen und dann über einen Rad- und Fußweg neben der Landstraße L ... nach B2.-I. zu einem Gedenkstein führen, an dem eine Trauerkundgebung geplant war. Vom Gedenkstein sollte der Weg durch B2.-I. zu einem Denkmal des Krieges von 1870/71 gehen und dort gegen 19:00 Uhr enden. Nach Angaben des Klägers in der Anmeldung handelte es sich um eine Veranstaltung anlässlich des Volkstrauertages zum Gedenken an die in den Kriegen gefallenen Soldaten und Zivilisten sowie die in B2.-I. umgekommenen deutschen Gefangenen des dortigen alliierten Gefangenenlagers. Er erwartete etwa 40 Teilnehmer. Es sollten verschiedene Fahnen, Stellschilder, ein Handmegaphon, eine transportable Lautsprecheranlage, ein Lautsprecherfahrzeug, Fackeln und Transparente mitgeführt werden. Als Transparentbeschriftung war vorgesehen: „Eine Million Tote rufen zur Tat. Wir gedenken der Opfer des 1. und 2. Weltkrieges, die für Deutschlands Zukunft starben. Deutsche Soldaten - Heldenaten. Wir vergessen nie.“ Während der Versammlung sollten außerdem verschiedene Redner zu Wort kommen und Flugblätter über die Ereignisse in den sogenannten Rheinwiesenlagern am Ende des Zweiten Weltkrieges verteilt werden.

Beim Kooperationsgespräch mit Vertretern des Beklagten, des Rh.-P.-Kreises und der Polizei am 09.11.2011 bot der Kläger an, auf eine Veranstaltung in B2. zu verzichten, jedoch auf die Eröffnungskundgebung und auf den Trauermarsch von H. nach I. zum Gedenkstein zu bestehen. Dabei könnten auch nur zwei schwarze Fahnen, ein Lautsprecher und ein Transparent mitgeführt werden.

Mit Bescheid vom 10.11.2011 wurde der Trauermarsch unter Anordnung der sofortigen Vollziehung vom Beklagten auf dem Gebiet des Landkreises verboten. Der Beklagte begründete das Verbot damit, dass der Trauer-

marsch die öffentliche Sicherheit und Ordnung unmittelbar gefährde, weil er gegen den Schutz des Volkstrauertags nach § 6 des Landesfeiertagsgesetzes verstoße. Der sich über 5 km erstreckende Marsch mit Kundgebungsmitteln widerspreche dem Charakter des Volkstrauertages als Tag des stillen Gedenkens, der Trauer und der inneren Einkehr. Selbst mit stark reduzierten Kundgebungsmitteln würde er bei der Bevölkerung eher den Eindruck einer politischen als einer dem Feiertag angemessenen Veranstaltung erwecken. Hinzukomme, dass nach den Kenntnissen des Beklagten neben dem Aufzug mit Gegendemonstrationen und daher mit einem entsprechenden Aufgebot an Polizeikräften an der Aufzugsstrecke zu rechnen sei. Deshalb sei auch im Hinblick auf die Dauer der Veranstaltung eine weitere empfindliche Störung der Feiertagsruhe zu erwarten. Außerdem bestünde die Gefahr einer Provokationswirkung gegenüber der Bevölkerung und den Gegendemonstranten. Dem Kläger sei bei dem Kooperationsgespräch als Ersatz für den Trauermarsch eine Kundgebung am Gedenkstein in I. angeboten worden. Damit sei die Bedeutung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit hinreichend berücksichtigt worden.

Im Dezember 2011 erhob der Kläger Klage gerichtet auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Versammlungsverbotes. Wird diese Erfolg haben.

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

I. Zulässigkeit der Klage

„[Die Klage] ist als Fortsetzungsfeststellungsklage in entsprechender Anwendung von § 113 I 4 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig.“ (OVG Koblenz aaO)

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die Verbotsverfügung rechtswidrig war. Bei der Verbotsverfügung handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt. Ein solcher ist rechtswidrig, wenn eine notwendige Ermächtigungsgrundlage fehlt, die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht vorliegen oder die Entscheidung von den Rechtsfolgen der Norm nicht gedeckt ist.

1. Ermächtigungsgrundlage

Nach § 15 I VersG kann die zuständige Behörde die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist. Hierbei ist ein Verbot nur verhältnismäßig, wenn einer festgestellten Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht durch Auflagen begegnet werden kann.

2. formelle Rechtswidrigkeit

Anhaltspunkte für formelle Fehler sind nicht ersichtlich, insbesondere hat die zuständige Behörde gehandelt, der Kl. ist nach § 28 I VwVfG auch zuvor angehört worden und die erforderliche Schriftform wurde gewahrt.

3. materielle Rechtswidrigkeit

Allerdings könnte die Verbotsverfügung materiell rechtswidrig sein, weil entweder die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht vorliegen oder aber das Ermessen, welches die Norm ersichtlich einräumt, fehlerhaft ausgeübt wurde.

a) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Zunächst müsste der angemeldete Trauermarsch gegen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verstoßen. Hier kommt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit in Betracht.

aa) Begriff der Gefahr für die öffentliche Sicherheit

„Die öffentliche Sicherheit im Sinne dieser Bestimmung umfasst den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen (vgl. BVerwGE 131, 216 Rn. 13 = NJW 2009, 98).“ (OVG Koblenz aaO)

Von einer konkreten Gefahr ist bei einer Sachlage auszugehen, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass **in absehbarer Zeit ein Schaden** für ein die öffentliche Sicherheit und Ordnung eintreten wird oder der Schaden bereits eingetreten ist und droht, noch anzudauern.

Damit ist eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit im vorliegenden Fall schon dann anzunehmen, wenn der angemeldete Trauermarsch gegen rechtliche Vorgaben verstößt.

bb) Verstoß gegen Sonn- und Feiertagsrecht

Der angemeldete Trauermarsch könnte gegen § 6 Nr. 1 des Landesgesetzes über den Schutz der Sonn- und Feiertage (RhPffFeiertG) verstoßen.

„Nach § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG sind am Karfreitag, am Totensonntag und am Volkstrauertag jeweils ab 4 Uhr – unbeschadet der §§ 3 – 5 RhPffFeiertG, die das allgemeine Arbeitsverbot und den Schutz der Gottesdienste an Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen betreffen – öffentliche Versammlungen, Aufzüge und Umzüge, soweit sie nicht der Religionsausübung dienen oder dem Charakter des Feiertags entsprechen, verboten.“ (OVG Koblenz aaO)

Es kommt demnach darauf an, ob der angemeldete Trauermarsch mit dem Charakter des Volkstrauertages zu vereinbaren ist.

„Hinsichtlich des Charakters des Volkstrauertags ist von Folgendem auszugehen: Das rheinland-pfälzische Feiertagsgesetz konkretisiert den verfassungsrechtlich in Art. 140 GG i. V. mit Art. 139 WRV und in Art. 47 RhPffVerf. normierten Schutz der Sonn- und Feiertagsruhe (vgl. OVG Koblenz, NVwZ-RR 2012, 228, Rn. 19 ff.). Es enthält über den allgemeinen Schutz der Sonn- und Feiertage nach §§ 3 – 5 RhPffFeiertG hinaus in der genannten Bestimmung des § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG eine spezielle Regelung für Versammlungen u. a. am Volkstrauertag – neben dem Verbot von Sport- und Tanzveranstaltungen nach §§ 7 und 8 RhPffFeiertG –, wodurch dieser Tag besonders geschützt wird. Der Volkstrauertag ist – wie im hessischen Feiertagsgesetz ausdrücklich bestimmt ist und im rheinland-pfälzischen Feiertagsgesetz ersichtlich als bekannt vorausgesetzt wird – ein staatlicher Gedenktag am zweiten Sonntag vor dem 1. Advent für die Toten der beiden Weltkriege und die Opfer des Nationalsozialismus. Er gehört zu den wenigen stillen Feiertagen, die nach ihrem Charakter Anlass und Anhalt für ein stilles Gedenken und Trauer um die Verstorbenen geben (vgl. OVG Frankfurt/Oder, NVwZ 2003, 623 f. – zum Volkstrauertag; OVG Koblenz, Urt. v. 24. 11. 2006 – 7 B 11487/06, in: BeckRS 2006, 27288 = AS 34, 73 – zum Totensonntag). Sein Charakter als Tag der Trauer und des stillen Totengedenkens soll durch § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG besonders geschützt werden.“ (OVG Koblenz aaO)

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es sich bei § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG um eine Regelung handelt, die im Rahmen des **Gesetzesvorbehalts des Art. 8 II GG** einen Eingriff in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit für Veranstaltungen unter freiem Himmel überhaupt erst ermöglicht. Bei der Auslegung dieser das wichtige Grundrecht der Versammlungsfreiheit einschränkende Norm ist daher die **wertsetzende Bedeutung des Art. 8 I GG** wiederum zu berücksichtigen.

„Daher kann eine öffentliche Versammlung am Volkstrauertag nur verboten werden, wenn sie dessen Charakter als Trauer- und Gedenktag nicht bloß geringfügig widerspricht (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 24. 11. 2006 – 7 B 11487/06, in: BeckRS 2006, 27288).“

Hiervon ausgehend widersprach der vom Kl. angemeldete Trauermarsch in seiner konkreten Ausgestaltung dem Charakter des Volkstrauertags bereits deshalb erheblich, weil die während der mehrstündigen Versammlung vorgesehene Verwendung eines Handmegaphons, einer transportablen Lautsprecheranlage und eines Lautsprecherfahrzeugs nicht zu Trauer und stillem Totengedenken beitragen, sondern im Gegenteil das Gedenken der Bevölkerung empfindlich stören. In seiner konkreten Ausgestaltung verstieß der Trauermarsch demnach gegen § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG.“ (OVG Koblenz aaO)

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 I VersG liegen damit vor.

b) Ermessen

Allerdings steht das sowohl die Frage, ob Maßnahmen überhaupt ergriffen werden als auch die Frage, welche Maßnahmen konkret angeordnet werden, um der festgestellten Gefahr zu begegnen, im Ermessen der Behörde. Der Bkl. hat dabei insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.

aa) Geeignetheit

Das Verbot des Trauermarsches war ohne weiteres geeignet, einer Verletzung der öffentlichen Sicherheit durch Verstoß gegen § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG zu unterbinden.

bb) Erforderlichkeit

Fraglich ist jedoch, ob das Verbot auch erforderlich war. Es war nur erforderlich, wenn es kein milderes Mittel gab, welches gleich geeignet war, den angestrebten Erfolg, nämlich den Schutz der Feiertagsruhe an einem stillen Feiertag zu erreichen.

*„Ein Verbot einer Versammlung setzt nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit voraus, dass das **mildere Mittel der Auflagenerteilung ausgeschöpft** ist; ein Verbot kommt mithin erst als letztes Mittel („ultima ratio“) zur Gefahrenabwehr in Betracht (vgl. BVerfGE 69, 315 [353] = NJW 1985, 2395).“* (OVG Koblenz aaO)

(1) Zweck des Aufzugs als Verstoß gegen Charakter des Volkstrauertages

Das Versammlungsverbot wäre nur dann als einziges in Betracht kommendes Mittel anzusehen, wenn die Veranstaltung selbst, d.h. ihr bloßes Stattfinden gegen den Charakter des Volkstrauertages verstoßen hätte.

*„Nach Angaben des Kl. in der Anmeldung sollte der Trauermarsch anlässlich des Volkstrauertages **zum Gedenken an die in den Kriegen gefallenen Soldaten und Zivilisten** sowie die in B.-l. umgekommenen deutschen Gefangenen des dortigen alliierten Gefangenenlagers stattfinden. Der Trauermarsch hatte demnach einen **inhaltlichen Bezug zum Volkstrauertag** und zum Gedenken an die Toten der beiden Weltkriege. Er **entsprach** daher nach seinem Anlass in jedem Fall **dem Charakter des Feiertags**. Dies gilt zumindest auch für einen Teil der vorgesehenen Transparentbeschriftungen, wie etwa „Wir gedenken der Opfer des 1. und 2. Weltkriegs“ oder „Wir vergessen nie“.*

Es bedarf daher keiner Entscheidung, inwieweit eine öffentliche Versammlung nicht dem Charakter des Volkstrauertages entspricht, die einen solchen inhaltlichen Bezug nicht hat, und inwieweit die vom Kl. vorgesehenen Transparente und Flugblätter dem Charakter des Tages widersprechen.

Selbst wenn dies teilweise der Fall gewesen sein sollte, hätte insoweit der Erlass einer diesbezüglichen Auflage ausgereicht, um eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch einen Verstoß gegen § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG abzuwehren.“ (OVG Koblenz aaO)

Der Trauermarsch als solcher widersprach nicht dem Charakter des Volkstrauertages und verstieß daher nicht gegen § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG.

(2) Aufzug als solches als Verstoß gegen Charakter des Volkstrauertages

Wenn die Veranstaltung von ihrem Zweck her zwar nicht gegen den Charakter des Volkstrauertages verstößt, so könnte aber der Umstand, dass sie nicht als ortsfeste Versammlung, sondern als Aufzug geplant war, dem Charakter eines stillen Feiertages widersprechen.

*„**Aufzüge** sind ebenso wie ortsfeste Versammlungen nach § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG **nicht generell an stillen Feiertagen** wie dem Volkstrauertag **verboten**, sondern nur dann, wenn sie dem Charakter des Feiertags widersprechen. Daher kann die **mit einem Aufzug verbundene öffentliche Aufmerksamkeit**, die oftmals höher als bei einer ortsfesten Versammlung ist, als solche einen **Widerspruch zum Charakter des Volkstrauertags nicht begründen** und daher ein Verbot nicht rechtfertigen.“* (OVG Koblenz aaO)

(3) Interesse am Aufzug nur mit angegebenen Hilfsmitteln

Allerdings wäre ein Verbot dann die einzig geeignete Maßnahme, wenn erkennbar ist, dass der Veranstalter an der Durchführung nur bei Verwendung der angegebenen Hilfsmittel interessiert ist.

*„Die Versammlung hätte für den Kl. auch ohne die in der Anmeldung angegebenen Hilfsmittel sinnvoll durchgeführt werden können. Hier hat der Kläger bereits im Kooperationsgespräch mit dem Beklagten deutlich gemacht, dass für ihn der angemeldete **Trauermarsch auch mit reduzierten Hilfsmitteln sinnvoll bliebe**. Er hat hierbei erklärt, auf den Trauermarsch mit Eröffnungskundgebung zu bestehen. Dabei könnten jedoch auch nur zwei schwarze Fahnen, ein Lautsprecher und ein Transparent mitgeführt werden. Unverzichtbar seien für ihn nur die zwei schwarzen Fahnen und ein Transparent gewesen, damit der Aufzug und sein Anliegen auf der Wegstrecke von Außenstehenden hätten wahrgenommen werden können. Vor diesem Hintergrund konnte nicht angenommen werden, **beschränkende Auflagen wären als milderes Mittel** zur Beseitigung der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit **ausgeschieden**, weil durch sie der **Charakter der Versammlung erheb-***

lich verändert worden wäre (vgl. hierzu auch: BVerfG, NVwZ 2003, 601 f.).“ (OVG Koblenz aaO)

(4) Verstoß gegen Charakter des Volkstrauertages wegen notwendigem Polizeieinsatz im Hinblick auf Gegendemonstrationen

Möglicher Weise war aber gleichwohl nur das Verbot zur Gefahrenabwehr geeignet, weil bei Durchführung des Trauermarsches der Einsatz von Polizeikräften in größerem Umfang auch im Hinblick auf zu erwartende Gegendemonstrationen erforderlich gewesen wäre. Daher könnte eine empfindliche Störung der Feiertagsruhe zu befürchten gewesen sein.

„Soweit der Bekl. in dem angegriffenen Bescheid bezüglich der Erforderlichkeit eines größeren Polizeiaufgebots darauf verwies, dass nach seinem Kenntnisstand mit Gegendemonstrationen zu rechnen gewesen sei, fehlt es bereits an tatsächlichen Feststellungen des Bekl. zu dieser Annahme, die von ihm auch nicht nachgereicht wurden, nachdem der Kl. deren Fehlen im erstinstanzlichen Verfahren gerügt hatte. Tatsächlich gab es nach Angaben des Bekl. in der mündlichen Verhandlung des Senats keine Gegendemonstrationen. Selbst wenn bei Versammlungen des Kl., einem Kreisverband der NPD, grundsätzlich Gegendemonstrationen zu erwarten wären, rechtfertigten diese nicht ohne Weiteres ein Verbot des Trauermarschs des Kl. Entspricht dieser für sich genommen dem Charakter des Feiertags und bedarf es nur wegen Gegendemonstranten – etwa im Hinblick auf ihre Anzahl und ihr (unfriedliches) Verhalten – eines größeren Polizeiaufgebots, so geht die Störung der Feiertagsruhe von den Gegendemonstranten aus und kann dem Kl. nicht zugerechnet werden.“ (OVG Koblenz aaO)

(5) Verstoß gegen Charakter des Volkstrauertages wegen notwendigem Polizeieinsatz im Hinblick auf Verkehrssicherung

Der Bekl. hat die Erforderlichkeit eines größeren Polizeiaufgebots damit begründet, dass der **Aufzug über längere Zeit verkehrslenkend** von der Polizei hätte begleitet werden müssen, zum Beispiel durch Sicherung der Wegstrecke und Umleiten des Verkehrs.

„[Dies ist] schon in tatsächlicher Hinsicht nicht nachvollziehbar. Zum einen handelte es sich um einen Aufzug mit vergleichsweise wenigen Teilnehmern. Der Kl. erwartete etwa 40 Personen, nach Angaben des Bekl. kamen tatsächlich etwa 60 Personen. Zum anderen führte der Aufzug nur zum Teil durch die Gemeinde H., zu einem großen Teil jedoch außerhalb der Gemeinde über einen Rad- und Fußweg entlang der Landstraße L 532 nach B.-I. Wieso es bei diesen Gegebenheiten eines größeren Aufgebots an Polizeikräften zur Lenkung des Verkehrs bedurft haben sollte, ist weder vom Bekl. näher erläutert noch sonst ersichtlich.“

Unabhängig davon vermag der Senat der Auffassung des Bekl. und des VG auch in rechtlicher Hinsicht nicht zu folgen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG kommen nämlich Versammlungsverbote allein aus verkehrstechnischen Gründen umso weniger in Betracht, als in aller Regel ein Nebeneinander der Straßenbenutzung durch Versammlungsteilnehmer und fließenden Verkehr durch Auflagen erreichbar ist (vgl. BVerfGE 69, 315 [353] = NJW 1985, 2395). Es ist nicht ersichtlich, weshalb dies hier nicht möglich gewesen wäre. Es kann daher offen bleiben, ob im Hinblick auf den besonderen Schutz der stillen Feiertage wie des Volkstrauertags nach § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG etwas Anderes in Fällen gilt, in denen eine Versammlung oder ein Aufzug mit vielen Teilnehmern in einer kleinen Gemeinde durchgeführt werden soll. Denn ein solcher Fall lag hier nicht vor.“ (OVG Koblenz aaO)

Das Verbot des Trauermarschs war daher unverhältnismäßig, weil die Gefährdung der von § 6 Nr. 1 RhPffFeiertG geschützten Feiertagsruhe auch durch beschränkende Verfügungen (Auflagen) hätte abgewehrt werden können.

III. Ergebnis

Das vom Bekl. angeordnete Verbot des Trauermarschs war jedoch unverhältnismäßig und somit rechtswidrig. Die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO ist zulässig und begründet.

**Verkehrssicherungspflicht der Gemeinde
Haftung für Straßenschäden bei Sturz eines Radfahrers**

(OLG München in NJW-RR 2013, 856; Urteil vom 14.03.2013 – 1 U 3769/11)

1. Grundsätzlich ist derjenige, der eine **Gefahrenlage schafft**, verpflichtet, die **notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen**, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern.
2. Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst danach diejenigen Maßnahmen, die ein **umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält**, um andere vor Schaden zu bewahren.
3. Soweit es um Straßen geht, ist die Gemeinde verpflichtet, den **Verkehr auf den Straßen**, soweit dies mit zumutbaren Mitteln geschehen kann, **möglichst gefahrlos zu gestalten**, insbesondere den Verkehrsteilnehmer gegen unvermutete, aus der Beschaffenheit der Straße sich ergebende und **nicht ohne Weiteres erkennbare Gefahrenquellen zu sichern** oder zumindest vor diesen zu warnen.
4. Die Straße hat als auch dem Fahrradverkehr gewidmeter Verkehrsweg den **Sicherheitsanforderungen für Fahrradfahrer** zu genügen.
5. Die Gemeinde hat zu beweisen, dass sie die Straße **regelmäßig und ordnungsgemäß kontrolliert** hat.
6. Eine Haftung ist nur ausgeschlossen, wenn die Gefahrenlage **innerhalb eines angemessenen Kontrollintervalls** entstanden ist.
7. Eine Feststellungsklage, die sich auf die **Feststellung auf Folgeschäden** aus der Verletzung eines absoluten Rechtsgutes bezieht, dann zulässig und begründet, wenn die **Möglichkeit eines zukünftigen Schadenseintritts** besteht. Die Möglichkeit eines Schadenseintritts ist nur zu verneinen, wenn bei verständiger Würdigung **kein Grund** gegeben ist, **mit dem Eintritt eines Schadens nicht wenigstens zu rechnen**.

Fall: Die Kl. macht gegenüber der Bekl. Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche im Zusammenhang mit einem Fahrradunfall am 29.08.2006 geltend. Die Kl., die zum Zeitpunkt des streitgegenständlichen Unfalls in der V-Straße 44 in A. wohnte, fuhr am 29.08.2006 um circa 16.30 Uhr mit ihrem Fahrrad auf der V-Straße in Richtung ihres Wohnhauses. Als die Kl. die Straße verlassen und auf Höhe des Anwesens Nr. 50 auf den Zufahrtsweg zu ihrem Haus einfahren wollte, kam sie im Bereich einer mit Regenwasser voll gelaufenen Vertiefung zu Sturz. In der Notaufnahme des Klinikum A. wurde ein Oberarmkopfbuch links (Humerusfraktur subcapital) mit Beteiligung des Oberarmknochens (Tuberculum majus) diagnostiziert sowie als Nebenbefund eine alte knöcherne Verletzung des Schultergelenks (Bankart-Läsion) festgestellt. Die Kl. befand sich bis zum 04.09.2006 im Klinikum A. in stationärer Behandlung, wobei der Bruch konservativ behandelt wurde. Anschließend begab sich die Kl. in physiotherapeutische Behandlung. Die Kl. war bis zum 11.04.2007 arbeitsunfähig. Am 25.04.2007 stellte das Zentrum Bayern Familie und Soziales der Kl. einen ab 21.12.2006 gültigen Schwerbehindertenausweis mit einem Behinderungsgrad von 50 aus. Die Kl. hat vor dem LG vorgetragen: Als sie die Straße verlassen und auf den Zufahrtsweg zu ihrem Wohnhaus habe fahren wollen, sei sie in ein Loch geraten und zu Sturz gekommen. Das circa 50 x 40 cm große und circa 20 bis 30 cm tiefe Loch sei auf Grund der Witterungsverhältnisse für sie nicht erkennbar gewesen, da es, wie auch der gesamte umliegende Bereich, vollständig mit Wasser gefüllt gewesen sei. Weder die Bordsteinkante noch das Schlagloch seien im Bereich der Zufahrt zu erkennen gewesen. Die Kl. hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an die Kl. ein angemessenes Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 8.000 Euro nebst Zinsen zu bezahlen sowie festzustellen, dass die Bekl. verpflichtet ist, der Kl. sämtliche weiteren materiellen und immateriellen Schäden, die ihr in Zukunft aus dem Unfall vom 29.08.2006 auf der V-Straße Höhe Hausnummer 44 entstehen, zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen. Sind die Klagen begründet?

I. Anspruch auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schmerzensgeld nach §§ 823 I, 253 II BGB haben

1. Verletzung eines durch § 823 I BGB geschützten Rechtsguts

Dabei ist die Kl. an Gesundheit und Körper, also an von § 823 I BGB geschützten Rechtsgütern verletzt worden.

2. Verletzungshandlung

Es müsste eine Verletzungshandlung der Beklagten vorliegen. In Betracht kommt hier die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht.

a) Anforderungen an die Verkehrssicherungspflicht

„Grundsätzlich ist derjenige, der eine **Gefahrenlage schafft**, verpflichtet, die **notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen**, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern. Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst danach diejenigen Maßnahmen, die ein **umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält**, um andere vor Schaden zu bewahren. Voraussetzung ist, dass sich vorausschauend die naheliegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden können. Soweit es insbesondere um Straßen geht, ist der Verkehrssicherungspflichtige verpflichtet, den **Verkehr auf den Straßen**, soweit dies mit zumutbaren Mitteln geschehen kann, **möglichst gefahrlos zu gestalten**, insbesondere den Verkehrsteilnehmer gegen unermutete, aus der Beschaffenheit der Straße sich ergebende und **nicht ohne Weiteres erkennbare Gefahrenquellen zu sichern** oder zumindest vor diesen zu warnen. Hierbei wird der Umfang der Verkehrssicherungspflicht maßgebend bestimmt durch die **Art und Häufigkeit der Benutzung der Straße** und ihre **Verkehrsbedeutung**. Grundsätzlich muss sich allerdings auch der Straßenbenutzer den gegebenen Straßenverhältnissen anpassen und hat die Straße so hinzunehmen, wie sie sich ihm erkennbar darbietet. Der Verkehrssicherungspflichtige muss deshalb nur diejenigen Gefahren ausräumen oder vor ihnen warnen, die für den Benutzer, der die erforderliche Sorgfalt walten lässt, nicht oder nicht rechtzeitig erkennbar sind und auf die er sich nicht oder nicht rechtzeitig einzurichten vermag (vgl. OLG Celle, NJW-RR 2007, 972 = NZV 2007, 569 m. w. Nachw.).“ (OLG München aaO)

b) Bestehen einer Gefahrenlage

Es muss eine nach diesem Verständnis gefährliche Lage bestanden haben.

„Der Senat stuft auf Grundlage des von dem LG eingeholten Sachverständigengutachtens die muldenförmige Vertiefung als eine für Radfahrer gefährliche Stelle ein, die von dem verkehrssicherungspflichtigen Straßenbauträger zu beseitigen gewesen wäre.“ (OLG München aaO)

Insofern bestand eine Gefahrenlage, bezüglich derer die Bekl. eine Verkehrssicherungspflicht hatte.

c) Verletzung der Verkehrssicherungspflicht

Fraglich ist, ob die Beklagte die bestehende Verkehrssicherungspflicht verletzt hat.

aa) Risikoerhöhung

Im Bereich der Vertiefung betrug die Höhendifferenz zwischen der Oberkante der abgesenkten Bordsteinkante und der Oberkante des Asphaltbelags circa 7 cm. Die Messungen des Sachverständigen ergaben eine Muldentiefe von 5 bis 7 cm. Im übrigen abgesenkten Bereich stellte der Sachverständige eine Anschlagkante von bis zu 3,5 cm fest.

„Der Sachverständige führte weiter aus, dass durch die Erhöhung der Anschlagkante von 3,5 auf 7 cm im Bereich der Vertiefung sich **für einen Radfahrer dann ein erhöhtes Risiko** ergibt, wenn er die Kante schräg (und nicht senkrecht) anfährt. Dies gilt insbesondere bei Nässe oder Wasseransammlung, da dann die **Rutschhemmung** durch den Kraftschluss zwischen Radreifen und Fahrbahnoberfläche nahezu **aufgehoben** ist.“ (OLG München aaO)

bb) kein außergewöhnliches Ereignis

Gleichwohl läge keine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht vor, wenn es sich bei der Benutzung der Einfahrt durch Fahrradfahrer in einem unter 90° liegenden Winkel um ein außergewöhnliches Ereignis handeln würde, welches bei der Verkehrssicherungspflicht unberücksichtigt bleiben kann.

„Die Straße hat als auch dem Fahrradverkehr gewidmeter Verkehrsweg den **Sicherheitsanforderungen für Fahrradfahrer** zu genügen. Ein Anfahren der Einfahrt zu dem Parkplatz in einem deutlich unter 90° liegenden Winkel durch **Fahrradfahrer ist kein außergewöhnliches Fahrverhalten**. Des Weiteren ist mit Regenfällen und Nässebildung zu rechnen. Sowohl die Wetterbedingungen als auch das Fahrverhalten, die zumindest in der Gesamtheit das **Sturzrisiko von Radfahrern bei Durchfahrt der Mulde und dem Überfahren der Kante erhöhen**, sind voraussehbar und stellen keine außergewöhnlichen von den Verkehrssicherungspflichtigen nicht zu berücksichtigenden unwahrscheinlichen Ereignisse dar.“ (OLG München aaO)

cc) Erkennbarkeit für Radfahrer

Eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht würde jedoch gleichwohl ausscheiden, wenn die die Gefahrenstelle für einen Radfahrer ohne Weiteres erkennbar gewesen wäre.

„Die Gefahrenstelle ist bei Dunkelheit nicht erkennbar und auch bei Nässe und Pfützenbildung kann der Radfahrer möglicherweise davon ausgehen, dass eine Vertiefung vorhanden ist; er kann jedoch weder die Tiefe der Mulde noch die Höhendifferenz zwischen Asphalt und abgesenkter Bordsteinkante erkennen. Die Frage, ob im konkreten Einzelfall der Verkehrsteilnehmer die Gefahrenstelle rechtzeitig hätte erkennen können, darf nicht mit der Frage der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht vermischt werden, sondern ist unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens zu berücksichtigen (vgl. OLG Celle, NJW-RR 2007, 972 = NZV 2007, 569).“ (OLG München aaO)

d) Zwischenergebnis

Die Bekl. hat daher die ihr obliegende Verkehrssicherungspflicht verletzt.

3. Verschulden

Die Bekl. hat hierbei schuldhaft gehandelt, wenn sie die Verkehrssicherungspflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat.

Da die Städte nicht stets und ständig jeden Augenblick den Zustand der Straßen und Wege kontrollieren könnte, würde eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht ausscheiden, wenn die Bekl. nachweisen kann, dass sie die betreffende Straße anforderungsgemäß kontrolliert hat.

„Die Bekl. hat nicht bewiesen, dass sie die Straße regelmäßig und ordnungsgemäß kontrolliert hat. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte für die Behauptung der Bekl., dass die Vertiefung innerhalb eines Kontrollintervalls entstanden ist. Der Sachverständige D vermutet vielmehr, dass es sich um Folgeschäden aus Frost-Tauwechselwirkung, die in der Regel nach der Frostperiode entstehen, handelt. Es spricht daher wenig dafür, dass der Straßenschaden circa 8 bis 10 Wochen vor dem Unfall noch nicht erkennbar aufgetreten war.“ (OLG München aaO)

Die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht erfolgte somit unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und damit fahrlässig, so dass Verschulden anzunehmen ist.

4. haftungsbegründende Kausalität

Die festgestellte Verletzungshandlung muss auch kausal für die eingetretene Verletzung gewesen sein.

„Der Senat ist zunächst davon überzeugt, dass die Kl. am 28.08.2006 bei Durchfahung der Vertiefung mit ihrem Fahrrad zu Sturz gekommen ist. Die Schilderung der Kl. ist plausibel, sie musste um zu ihrer Wohnung zu gelangen, von der V-Straße nach rechts abbiegen und durch die Vertiefung im Bereich der Einfahrt zu dem Parkplatz durchfahren.“ (OLG München aaO)

5. Schaden

Die Kl. macht hier keinen materiellen Schaden geltend, sondern verlangt ein Schmerzensgeld nach § 253 II BGB für den erlittenen immateriellen Schaden in Folge der eingetretenen Verletzungen.

„Der Senat ist davon überzeugt, dass die Bewegungseinschränkungen der linken Schulter auf den Unfall zurückzuführen sind. [wird ausgeführt]. Der Sachverständige konnte hingegen nicht bestätigen, dass die von der Kl. geschilderte Pelzigkeitsgefühle an den Händen bzw. der linken Hand auf den Unfall zurückzuführen sind. [wird ausgeführt]. Der Sachverständige konnte auch nicht nachvollziehen, dass 20 % des festgestellten Schwerbehinderungsgrades (GdB) von 50 auf den Unfall zurückzuführen sind. [wird ausgeführt]. Der Anteil der unfallbedingten Verletzung an dem Gesamt-GdB insgesamt ist als gering zu bewerten und möglicherweise auch nicht ausschlaggebend für die Einstufung der Kl. als Schwerbehinderte.“ (OLG München aaO)

6. Mitverschulden

Allerdings könnte die Kl. ein Mitverschulden treffen. Die Kl. ist als Verkehrsteilnehmer gehalten sowohl den Verkehr zu beobachten als auch auf etwaige Hindernisse und Unebenheiten auf der Straße zu achten und ein Fahrtempo zu wählen, um auf unvorhergesehene Hindernisse reagieren zu können.

„Die Kl. hat die Überflutung erkannt und konnte daher auch die **Höhe der Anschlagkante nicht abschätzen**. Sie hätte deshalb eine äußerst vorsichtige Fahrweise wählen müssen, hätte gegebenenfalls absteigen oder die Straße an einer anderen Stelle verlassen müssen. Die Pfütze einfach zu durchfahren, ohne die genaue Tiefe und die Höhe der Anschlagkante abzuschätzen, begründet den Vorwurf **auf die Gefahrenstelle nicht ausreichend umsichtig reagiert** zu haben. Andererseits muss ein Verkehrsteilnehmer nicht damit rechnen, dass sich auf einer öffentlichen Straße eine muldenartige Vertiefung der benannten Größenordnung befindet. Unter Abwägung dieser Gesichtspunkte war ein Mitverschulden der Kl. in Höhe von 50 % anzusetzen.“ (OLG München aaO)

7. Ergebnis

„Unter Berücksichtigung der **unfallbedingten Folgeschäden** und des Anteils der unfallbedingten Folgen an dem Gesamt-GdB sowie der Dauer und des Zeitaufwandes der stationären und ambulanten Behandlungen, hält der Senat ein **Schmerzensgeld in Höhe von 2500 Euro** für angemessen und ausreichend. Dabei hatte der Senat insbesondere schmerzensgeldmindernd zu berücksichtigen, dass der Kl. ein Mitverschulden in Höhe von 50 % anzulasten ist.“ (OLG München aaO)

Die Bekl. ist verpflichtet an die Kl. ein Schmerzensgeld in Höhe von 2500 Euro zu bezahlen, da der Unfall durch den verkehrssicherungswidrigen Zustand der Vertiefung verursacht worden ist.

II. Feststellungsantrag

Die Klägerin hatte im Weiteren noch einen Feststellungsantrag gestellt hinsichtlich der Verpflichtung der Bekl. auch sonstige, zukünftige Schäden zu ersetzen.

„Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist eine Feststellungsklage, sofern sich die **Feststellung auf Folgeschäden** aus der Verletzung eines absoluten Rechtsgutes bezieht, dann **zulässig und begründet**, wenn die **Möglichkeit eines zukünftigen Schadenseintritts** besteht. Die Möglichkeit eines Schadenseintritts ist nur zu verneinen, wenn bei verständiger Würdigung kein Grund gegeben ist, **mit dem Eintritt eines Schadens nicht wenigstens zu rechnen** (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 601).

Die Möglichkeit des Eintritts unfallbedingter Folgeschäden kann nicht verneint werden. [wird ausgeführt].“ (OLG München aaO)

Auch der Feststellungsantrag der Klägerin ist begründet.

Kurzauslese I

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

BGB

§§ 437 Nr. 2, 440, 346

Erfüllungsort

Rücktritt vom Kaufvertrag

BGB

(OLG Karlsruhe in MDR 2013, 898; Urteil vom 14.06.2013 – 13 U 53/13)

Klagt der Käufer nach Rücktritt vom Kaufvertrag auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgewähr der Kaufsache, so ist einheitlicher Erfüllungsort für alle Rückgewähransprüche der Ort, an dem sich die Kaufsache zur Zeit des Rücktritts vertragsgemäß befindet.

„Auch wenn die Entscheidung BGH NJW 1983, 1479 = BGHZ 87, 104 noch zum alten Schuldrecht ergangen ist, entspricht die [dort] dargelegte Auffassung auch nach neuem Schuldrecht der h. M. (vgl. OLG Schleswig, Urteil v. 04.09.2012 - 3 U 99/11 - Juris Rn 18 m. zahlreichen Nachw.), der auch der Senat folgt.“

Zwar wird der herrschenden Auffassung vereinzelt widersprochen wird, das OLG Schleswig aaO weist aber zutreffend darauf hin, dass sich die Entscheidung des BGH aaO auf das neue Schuldrecht übertragen lässt, weil es sich bei Wandlung und gesetzlichem Rücktritt im Wesentlichen um das gleiche Rechtsinstitut handelt. Der Annahme eines einheitlichen Erfüllungsortes am Bestimmungsort steht nicht das Urteil des BGH vom 13.04.2011 - VIII ZR 220/10 - entgegen, mit dem dieser einen Erfüllungsort am Ort der vertragsgemäßen Belegenheit der Sache für den kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB verneint hat. Indirekt hat der BGH mit dieser Entscheidung die h. M. erneut bestätigt, wenn er darin ausführt, dass sich die zum Erfüllungsort der Rückgewähransprüche nach erfolgtem Rücktritt gem. § 437 Nr. 2, §§ 440, 346 BGB, der vielfach an dem Ort angesiedelt sei, an dem sich die Sache vertragsgemäß befinde, entwickelten Grundsätze nicht auf die Nacherfüllung nach § 439 BGB übertragen lasse. Zutreffend weist das OLG Schleswig aaO darauf hin, dass der BGH die Frage auch hätte offen lassen können, wenn er Zweifel an der h. M. gehabt hätte. Dies hat er aber gerade nicht getan, sondern vielmehr die Unterschiede zwischen Nacherfüllungs- und Rücktrittsrecht herausgestellt und zum Erfüllungsort bei Rücktritt die herrschende Auffassung zitiert (BGH aaO unter Hinweis auf Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 269 Rn 16; MüKo-BGB/Krüger, BGB, 5. Aufl., § 269 Rn 41) sowie auf sein früheres Urteil zum alten Schuldrecht verwiesen (BGHZ 87, 104).“ (BGH aaO)

BGB

§ 568 I

Schriftformerfordernis

Mittels EGVP übersandter Schriftsatz

BGB

(AG Wiesbaden ZMR 2013, 642 = NZM 2013, 424; Beschluss vom 12.03.2013 – 92 C 4921/12)

Die Kopie eines Schriftsatzes, die mittels EGVP (elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach) eingereicht wird, wird dem Schriftformerfordernis des § 568 I BGB nicht gerecht.

„Hierbei kann es dahingestellt bleiben, ob es sich um einen förmlich zuzustellenden Schriftsatz, wie z. B. der Klageschrift, handelt, bei der die Abschriften von der Geschäftsstelle zu beglaubigen sind (vgl. Zöller/Greger, § 133 Rn 1) oder einen sonstigen Schriftsatz, bei dem die Beglaubigung durch die Geschäftsstelle nicht notwendig ist. Denn die Beglaubigung durch die Geschäftsstelle stellt keinen vom Vermieter oder seinem Bevollmächtigten unterschriebenen Beglaubigungsvermerk dar. Nur mit einem derartigen Beglaubigungsvermerk wird allerdings der Anforderung gerecht, dass der Kündigungsberechtigte bzw. sein Prozessbevollmächtigter mit der Beglaubigung zugleich auch die Verantwortung für den Inhalt der Urkunde übernimmt.“

Mit anderen Worten bedeutet dies, dass die gesetzliche Schriftform der Kündigung durch einen Prozessschriftsatz, der mit EGVP übermittelt wird, i. d. R. nicht vorliegt.“ (AG Wiesbaden aaO)

BGB

§ 823 II

Unterlassene Hilfeleistung

§ 323c StGB ist Schutzgesetz i.S. d. § 823 II BGB

BGB

(BGH in MDR 2013, 971 = VersR 2013, 1060; Urteil vom 14.05.2013 – VI ZR 255/11)

§ 323c StGB ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB.

- I. Schutzgesetz i. S. von § 823 II 2 BGB ist eine Rechtsnorm, die nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechts-guts zu schützen.

Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mit gewollt hat. Es genügt, dass die Norm auch das in Frage stehende Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben. Andererseits soll der Anwendungsbereich von Schutzgesetzen nicht ausufern. Deshalb reicht es nicht aus, dass der Individualschutz durch Befolgung der Norm als ihr Reflex objektiv erreicht werden kann; er muss vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen (vgl. BGH VersR 2004, 1012; BGHZ 100, 13; BGHZ 103, 197; BGH VersR 2004, 255, jeweils m. w. Nachw.).

Bei diesem Verständnis bezweckt § 323c StGB zumindest auch den Schutz der Individualrechtsgüter des durch einen Unglücksfall Betroffenen (so zutreffend OLG Düsseldorf NJW 2004, 3640; OLG Hamm VersR

2005, 1689; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 323c Rn 1; vgl. auch BGH NJW 2002, 1356; a. A. OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1989, 794; differenzierend BGB-RGRK/Steffen, 12. Aufl., § 823 Rn 136 und 546 zu § 330c StGB).

- II. Aus den **Gesetzesmaterialien** lässt sich nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass das Gesetz allein dem Interesse der Allgemeinheit an dem Schutz eines funktionierenden und auf Solidarität beruhenden Gemeinwesens dienen soll.

„Zwar wird in der amtlichen Begründung zum Gesetzesentwurf der Gedanke der sozialen Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft herausgestellt, als Strafgrund wird jedoch auch die "Versäumung einer wirklichen Chance zu erfolgreicher Schadensabwendung" angeführt (Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 1. Wahlperiode 1949, BT-Drucks. 3713 (1952), S. 44, Spalte 1). Damit ist jedenfalls auch das Ziel der Strafvorschrift erkennbar, individuelle Rechtsgüter des in Not Geratenen zu schützen und eine unterlassene Hilfeleistung in den Fällen strafrechtlich zu sanktionieren, in denen sie erforderlich und den Umständen nach zuzumuten war. Unter diesen Umständen steht die Verpflichtung zur Solidarität zwar im Allgemeininteresse, sie zielt jedoch im Einzelfall auch darauf ab, Schäden von Individualrechtsgütern, die in Gefahr geraten sind, abzuwenden.“

Soweit die Gegenmeinung darauf abstellt, dass der untätig Bleibende in den Haftungsfolgen nicht einem aktiv handelnden Täter gleichgestellt werden dürfe (vgl. etwa Bamberger/Roth/Spindler, BGB, 3. Aufl. § 823 Rn 178; OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 794; Dütz NJW 1970, 1822), wird dem Umstand nicht hinreichend Rechnung getragen, dass der zivilrechtlich auf Schadensersatz wegen Verletzung eines Schutzgesetzes in Anspruch Genommene im Rahmen des § 323c StGB, der insbes. durch das Tatbestandsmerkmal der Zumutbarkeit begrenzt wird, selbst Täter ist. Darüber hinaus wird der Gegenmeinung zutreffend entgegengehalten, dass die zivilrechtliche Haftung durch das Erfordernis des Eintritts des Schadens und der Zurechnung einzelner Schäden als Folge der verletzten Hilfeleistung hinreichend begrenzt ist und der wegen unterlassener Hilfeleistung auf Schadensersatz in Anspruch Genommene die Möglichkeit eines Rückgriffs im Rahmen der §§ 840, 426 BGB gegen den Haupttäter hat (so zutreffend OLG Düsseldorf NJW 2004, 3640). Fällt diese Möglichkeit fort, etwa weil ein aktiv handelnder Täter nicht vorhanden, nicht ermittelbar oder vermögenslos ist, kann hieraus eine Haftungsfreistellung für den untätig Bleibenden nicht hergeleitet werden, denn es ist kein Grund ersichtlich, den Verletzten in diesem Falle ohne Ersatzmöglichkeit gegen einen (Mit-) Verursacher des Schadens zu belassen.“ (BGH aaO)

StGB
§ 185

Beleidigung
Unterstellung nationalsozialistischer Auffassungen

StGB

(OLG Bremen NStZ-RR 2013, 276; Beschluss vom 28.06.2013 – 2 Ss 35/13)

Der Tatbestand der Beleidigung ist erfüllt, wenn ein Rechtsanwalt einem Richter unterstellt, er vertrete Auffassungen, wie sie zuletzt in den Nürnberger Rassegesetzen vertreten worden seien.

„Die Äußerung des Angekl. unterstellt dem Zeugen (dem erkennenden Richter in einem Abschiebungsverfahren) dass dieser die im höchsten Maße menschenverachtende Auffassung der Nationalsozialisten teile. Dabei handelt es sich ohne Zweifel um einen schwerwiegenden Angriff auf die Ehre und einen kaum hinnehmbaren Ausdruck der Missachtung ... Dies war dem Angekl. bekannt und von ihm in seiner Wirkung beabsichtigt.“

Die genannte Äußerung ist auch nicht gem. § 193 StGB im Rahmen der Wahrnehmung berechtigter Interessen des als Rechtsanwalt tätigen Angekl. gerechtfertigt gewesen: Denn durch § 193 StGB in keinem Fall gedeckt sind herabsetzende Äußerungen, zu denen der Verfahrensbeteiligte oder der Verfahrensablauf keinen Anlass gegeben haben und die in keinem Zusammenhang mit der Rechtsverfolgung stehen (Fischer, StGB, 60. Aufl., § 193 Rn 28 a). Dies gilt insbes. für die Ausübung von sog. Schmähkritik, die in spezifischer Weise dadurch gekennzeichnet ist, dass nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. Wie das LG in dem angefochtenen Urteil in zutreffender Weise festgestellt hat, fand das tatgegenständliche Geschehen vor der eigentlichen Anhörung im Flur vor dem Richterzimmer statt, so dass der dienstliche Bezug dieses Aufeinandertreffens zumindest gelockert gewesen ist. Entscheidend ist aber in diesem Zusammenhang, dass der Angekl. durch seine mehrfache Aufforderung an den Zeugen, ihm den Satz nachzusprechen, der Betr. als Afrikaner sei berechtigt, eine deutsche Frau zu „ficken“ (bzw. zu „vögeln“) und ihr ein Kind zu machen, die Ebene der Sachlichkeit vollständig verlassen hatte. Ein derartiges Gebaren eines Rechtsanwaltes, dessen Verhalten mit Rücksicht auf seine besondere Stellung als Organ der Rechtspflege „zurückhaltend, ehrenhaft und würdig“ sein sollte (EGMR NJW 2004, 3317), ist unter keinen Umständen hinnehmbar. Im Kern ging es bei den Äußerungen des Angekl. nicht mehr um die Rechtmäßigkeit der Festnahme seines Mandanten, sondern ersichtlich um die vermeintliche Einstellung des Zeugen zu Geschlechtsverkehr zwischen Menschen unterschiedlicher Nationalität. Dies liegt neben der Sache und hat mit dem eigentlichen Streitgegenstand, nämlich der bevorstehenden Verhandlung über den Sicherungshaftantrag, nichts mehr zu tun.“ (OLG Bremen aaO)

StGB
§§ 242, 22

Ladendiebstahl
Vollendung der Wegnahme

StGB

(BGH NStZ-RR 2013, 276; Beschluss vom 18.06.2013 – 2 StR 145/13)

Das Wegtragen einer umfangreicheren Beute (hier: 6 Flaschen Whiskey) in zwei mitgebrachten Taschen begründet innerhalb der Gewahrsamssphäre des Ladeninhabers (insbesondere vor Passieren der Kassenzonen) noch keine Gewahrsamsenklaue, sodass ein vollendeter Diebstahl nicht gegeben ist.

„Die Wegnahme i. S. des § 242 I StGB ist erst dann vollendet, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie unbehindert durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits über die Sache nicht mehr verfügen kann. Im Selbstbedienungsladen liegt eine vollendete Wegnahme durch einen Täter, der die Kassenzonen mit der Ware noch nicht passiert hat, insbesondere vor, wenn der Täter Sachen geringen Umfangs einsteckt oder sie sonst verbirgt (vgl. BGH BGHR StGB § 242 Wegnahme 1). Dies war aber hier nicht geschehen. Das Wegtragen der umfangreicheren Beute in zwei Tüten begründete innerhalb der Gewahrsamssphäre des Ladeninhabers noch keine Gewahrsamsenklaue.“ (BGH aaO)

StGB
§ 263a**Versuchter Computerbetrug**
Phishing

StGB

(KG in MMR 2012, 845 = StV 2013, 515; Beschluss vom 02.05.2012 – (3) 121 Ss 40/12 (26/12))

Hat ein Täter **widerrechtlich Konto-, Identifikations- und Transaktionsnummern sowie Zugangs-codes von anderen Benutzern des Internet mittels Phishing erlangt**, liegt ein **Ansetzen zur Verwirklichung des Straftatbestands des Computerbetrugs i.S.d. § 22 StGB erst dann vor**, wenn er diese **Daten verwendet**, indem er sie z.B. in den Computer eingibt, um so eine von dem tatsächlich Berechtigten nicht autorisierte Überweisung zu tätigen.

Die **Einrichtung von Zielkonten**, eine **fingierte polizeiliche Anmeldung** und das **Abfangen von Kontounterlagen** können dagegen zwar auf einer Täuschungshandlung beruhen, **stellen jedoch noch keinen versuchten Computerbetrug dar**.

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

Da es vorliegend um die widerrechtliche Verwendung von Konto-, Identifikations- und Transaktionsnummern sowie Zugangs-codes geht, die der Täter von anderen Benutzern des Internet mittels Phishing erlangt hat, liegt ein **Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestands i.S.d. § 22 StGB erst dann vor**, wenn er diese **Daten verwendet**, indem er sie z.B. in den Computer eingibt, um so eine von dem tatsächlich Berechtigten nicht autorisierte Überweisung zu tätigen (vgl. Tiedemann, LK-StGB, 11. Aufl., § 263a Rn 79). **Erst durch diese Handlung benutzt der Täter die erlangten Daten und beeinflusst das Ergebnis des von ihm unbefugt eingeleiteten oder manipulierten Datenverarbeitungsprozesses entsprechend seiner Tatplanung**. Vorliegend mag zwar für den Angekl. die Einrichtung von Zielkonten für die unbefugt vorgenommenen Überweisungen notwendiger Bestandteil des gesamten Handlungskomplexes sein, zur Verwirklichung des Tatbestands des § 263a StGB gehört sie nicht. Die Einrichtung der Konten, die fingierte polizeiliche Anmeldung und das Abfangen der Kontounterlagen beruhen zwar auf einer Täuschungshandlung, führen jedoch nicht unmittelbar zur Erfüllung des Tatbestands des § 263a StGB. Hierzu bedarf es einer späteren und an einem anderen Ort vorgenommenen, die Vermögensverfügung unmittelbar auslösenden Handlung (vgl. OLG Karlsruhe NJW 1982, 59).“ (KG aaO)

StGB
§ 266 I**Untreue**
Gerichtsvollzieher

StGB

(KG NSTZ-RR 2013, 279; Beschluss vom 19.02.2013 – (4) 121 Ss 10/13 (20/13))

Ein **Gerichtsvollzieher** ist bei einer **Wohnungsräumung** allen an der **Zwangsvollstreckung Beteiligten gegenüber verpflichtet**, die **Kosten möglichst gering zu halten**. Dies bedeutet nicht, dass er die zu erteilenden Speditionsaufträge jeweils an den günstigsten Unternehmer vergeben muss; vielmehr **darf** er auch weitere Aspekte wie die **Arbeitsqualität** der Transportunternehmen und ihre **Erfahrung mit Zwangsräumungen berücksichtigen**. **Beauftragt der Gerichtsvollzieher einen Dritten nur, um diesem Einkünfte zu ermöglichen**, während die Speditionsaufträge tatsächlich durch ein von dem Dritten beauftragtes Unternehmen ausgeführt werden, **so sind die durch die Einbindung des Dritten entstandenen vermeidbaren Mehrkosten ein Nachteil i. S. des § 266 I StGB**.

„Das Motiv der Angekl., den B zu beauftragen, war allein ihr Wunsch, dem mit ihr zumindest befreundeten B eine Einnahmequelle zu eröffnen, ohne dass dieser hierfür substantielle Arbeitsleistungen - mit den Worten der Revision: als „Generalunternehmer“ - erbringen musste. Dass dies kein Gesichtspunkt ist, der bei einer **pflichtgemäßen Ermessensausübung in Bezug auf die Auftragsvergabe** Berücksichtigung finden kann, bedarf keiner Erörterung. Hielt die Angekl. jedoch die die Speditionsarbeiten tatsächlich ausführende Firma „D Umzüge“ für geeignet, so hätte sie sich im **Kosteninteresse der Beteiligten** ihrer unmittelbar bedienen müssen. Die durch die **pflichtwidrige Einbindung des B in die Auftragsvergabe** erzeugten vermeidbaren Mehrkosten stellen damit auch einen Nachteil i. S. des § 266 I StGB dar (vgl. BGH NSTZ 2010, 502 m. w. Nachw.).“ (KG aaO)

StGB
§ 266a**Vorenthaltung/Veruntreuung von Arbeitsentgelt**
Arbeitgeberbegriff

StGB

(BGH NSTZ-RR 2013, 278; Beschluss vom 05.06.2013 – 1 StR 626/12)

Arbeitgeber ist derjenige, dem der Arbeitnehmer nicht selbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem **Verhältnis persönlicher Abhängigkeit** steht. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die **tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich**.

„Die **Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs** in § 266 a StGB **richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht**, das wiederum auf das Arbeitsrecht Bezug nimmt (MüKo-StGB/Radtke, § 266 a Rn 8 f. m. w. Nachw.). **Arbeitgeber ist dementsprechend der nach §§ 611 ff. BGB Dienstberechtigte**, also derjenige, dem der Arbeitnehmer nicht selbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht, das sich vornehmlich in seiner regelmäßig mit einem Weisungsrecht des Arbeitgebers verbundenen Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers äußert (vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., § 266 a Rn 4 und 4 a m. w. Nachw.; Matt/Renzikowski, StGB, § 266 a Rn 16 m. w. Nachw.). Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die **tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich** (vgl. BGH wistra 2010, 29; BGH NJW 2009, 528).“ (BGH aaO)

(BGH NStZ 2013, 530; Beschluss vom 30.01.2013 – 4 StR 527/12)

Ein **Verkehrsraum** ist auch dann i.S.d. § 316 I StGB, § 2 I StVG öffentlich, wenn er ohne Rücksicht auf eine **Widmung und ungeachtet der Eigentumsverhältnisse** entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten **für jedermann oder aber zumindest für eine allgemein bestimmte größere Personengruppe zur Benutzung zugelassen ist und auch tatsächlich so genutzt wird.**

„Der Begriff des Straßenverkehrs i.S.d. §§ 315bff. StGB entspricht dem des StVG und bezieht sich auf Vorgänge im öffentlichen Verkehrsraum. Erfasst werden zum einen alle Verkehrsflächen, die nach dem Wegerecht des Bundes und der Länder oder der Kommunen dem allgemeinen Verkehr gewidmet sind (z. B. Straßen, Plätze, Brücken, Fußwege). Ein Verkehrsraum ist darüber hinaus auch dann öffentlich, wenn er ohne Rücksicht auf eine Widmung und ungeachtet der Eigentumsverhältnisse entweder ausdrücklich oder mit stillschweigender Duldung des Verfügungsberechtigten **für jedermann oder aber zumindest für eine allgemein bestimmte größere Personengruppe zur Benutzung zugelassen ist und auch tatsächlich so genutzt wird** (BGHSt 49, 128; BGH NStZ 2004, 625; SSW-StGB-Ernemann, § 142 Rn 9). Für die Frage, ob eine Duldung des Verfügungsberechtigten vorliegt, ist nicht auf dessen inneren Willen, sondern auf die für etwaige Besucher erkennbaren äußeren Umstände (Zufahrtssperren, Schranken, Ketten, Verbotsschilder etc.) abzustellen. Eine Verkehrsfläche kann zeitweilig „öffentlich“ und zu anderen Zeiten „nicht-öffentlich“ sein (LK-Geppert, 12. Aufl., § 142 Rn 14). Die Zugehörigkeit einer Fläche zum öffentlichen Verkehrsraum endet mit einer eindeutigen, äußerlich manifestierten Handlung des Verfügungsberechtigten, die unmissverständlich erkennbar macht, dass ein öffentlicher Verkehr nicht (mehr) geduldet wird (vgl. OLG Düsseldorf NZV 1992, 120; Pasker NZV 1992, 120).“ (BGH aaO)

(VGH Mannheim VBIBW 2013, 343; Urteil vom 10.12.2012 – 1 S 1275/12)

- I. **Einsätze der Feuerwehr im Rahmen ihrer Pflichtaufgaben** nach § 2 Abs. 1 FwG sind **grds. kostenfrei**. Nur dann, wenn der Kostenersatztatbestand des § 34 I 2 Nr. 1 FwG erfüllt ist, weil die **Gefahr oder der Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht** wurde (hier: Brandstiftung), ist nur der **Verursacher Kostenersatzpflichtig**.

„Nach § 34 I 1 des Feuerwehrgesetzes (FwG) sind Einsätze der Gemeindefeuerwehr nach § 2 I unentgeltlich, soweit nicht in Satz 2 etwas anderes bestimmt ist. Bei dem der streitgegenständlichen Kostenforderung zugrunde liegenden Einsatz hat es sich um einen solchen nach § 2 I FwG gehandelt, nämlich um ein sog. Schadenfeuer (Brand) i. S. des § 2 I 1 Nr. 1 FwG.“

Nach § 34 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 FwG kann die Beklagte als Trägerin der Gemeindefeuerwehr hierfür abweichend vom Grundsatz der Unentgeltlichkeit dem Grunde nach Kostenersatz verlangen, weil der Schaden nach den Ermittlungen der Polizei vorsätzlich, nämlich durch Brandstiftung, verursacht wurde.“ (VGH Mannheim aaO)

- II. Kann der **Verursacher nicht ermittelt** werden, **kann nicht an seiner Stelle der Grundeigentümer** nach § 34 III Nr. 2 oder Nr. 3 FwG **zum Kostenersatz herangezogen werden**.

1. Zwar bestimmt **§ 34 III Nr. 2 FwG**, dass Kostenersatzpflichtig u. a. der Eigentümer der Sache ist, deren Zustand die Leistung erforderlich gemacht hat.

„Nach Abs. 3 Nr. 3 dieser Vorschrift ist derjenige Kostenersatzpflichtig, in dessen Interesse die Leistung erbracht wurde. Diese Regelungen sind nach ihrem Wortlaut auch auf alle Ersatztatbestände des § 34 I 2 FwG anwendbar, lassen es also zu, den Eigentümer im Falle des § 34 I 2 Nr. 1 FwG auch dann zum Kostenersatz heranzuziehen, wenn der Schaden - wie hier - ohne seine Beteiligung von einem Dritten vorsätzlich verursacht wurde.“ (VGH Mannheim aaO)

2. Auch die **Systematik des § 34 FwG** auf den ersten Blick dafür spricht, den Kl. als Eigentümer in den Kreis der Kostenersatzpflichtigen einzubeziehen.

„In Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 6 der Vorschrift sind die kostenpflichtigen Pflichteinsätze geregelt. Abs. 2 ordnet an, dass für Einsätze im Bereich der Kann-Aufgaben des § 2 II Kostenersatz verlangt werden soll. Die möglichen Kostenersatzpflichtigen werden sodann in Abs. 3 allgemein für alle Fälle des Kostenersatzes aufgezählt. Aus dieser Regelungstechnik, insbesondere aus der einheitlichen und zusammengefassten Aufzählung der Ersatzpflichtigen für die Kostenersatzfähigen Pflichtaufgaben und für die Kann-Aufgaben in Abs. 3, wird teilweise der Schluss gezogen, dass in den Fällen des § 34 I 2 Nr. 1 FwG - etwa im Fall einer Brandstiftung - nicht nur der Verursacher, sondern daneben auch der Eigentümer als Zustandsstörer ersatzpflichtig ist (so Ruf BWGZ 2010, 680). Bei näherem Hinsehen wird jedoch deutlich, dass die **Regelungstechnik des § 34 FwG missglückt** ist und für jeden einzelnen Kostenersatztatbestand gesondert ermittelt werden muss, wer jeweils als Kostenersatzpflichtiger in Betracht kommt. So bezieht sich etwa die Kostenersatzpflicht des Betreibers einer Brandmeldeanlage gem. Abs. 3 Nr. 4 ersichtlich ausschließlich auf Abs. 1 S. 2 Nr. 5, wonach Kostenersatz zu verlangen ist, wenn der Einsatz durch den Alarm einer Brandmeldeanlage ausgelöst wurde, ohne dass ein Schadenfeuer vorlag.“ (VGH Mannheim aaO)

3. Eine **Auslegung der Vorschrift nach Sinn und Zweck und unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte** ergibt, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, dass eine Heranziehung des Eigentümers in den Fällen des § 34 I 2 Nr. 1 FwG ausscheidet.

„Schon die Formulierung des § 34 I S. 2 Nr. 1 FwG legt nahe, dass nach Sinn und Zweck der Bestimmung **nur derjenige kostenpflichtig sein soll, der den Schaden selbst vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat** (in diesem Sinne wohl auch Surwald/Ernst, Feuerwehrgesetz für Baden-Württemberg, 8. Aufl., § 34 Rn 5). Denn der **ausschließliche Grund für die Ersatzpflicht** ist die **schuldhaft Verursachung des Schadens**. Es ist kein Grund erkennbar, warum im Fall einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Schadensverursachung durch einen Dritten neben diesem zusätzlich der unbeteiligte Eigentümer mit einer Ersatzpflicht belastet werden soll, in einem anderen, von ihm ebenfalls unverschuldeten Schadensfall (z. B. bei technischem Defekt oder höherer Gewalt) jedoch nicht. Denn in beiden Fällen **trägt der Eigentümer keine Verantwortung für den eingetretenen Schaden**. Selbst bei eigener leichter Fahrlässigkeit würde er im Übr-

gen nicht haften. Auch die Grundkonzeption und der Zweck des § 34 FwG sprechen für diese Auslegung. Einsätze, die als Pflichtaufgaben der Feuerwehr zu erbringen sind, sind gem. § 34 I 1 FwG grds. unentgeltlich. Es verbleibt bei der Kostentragung durch die Gemeinde als Trägerin der Feuerwehr (vgl. § 3 FwG). Nur soweit eine der Ausnahmen des § 34 I 2 FwG eingreift, kann Kostenersatz überhaupt verlangt werden. Daher ist bei Einsätzen im Rahmen der Pflichtaufgaben von einer grds. Kostenfreiheit auszugehen. Es wäre deshalb mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht zu vereinbaren, wenn im Fall der Nr. 1 anstelle des nicht zu ermittelnden Brandstifters der Grundeigentümer nach Abs. 3 Nr. 2 als Zustandsstörer oder nach Abs. 3 Nr. 3 deswegen zum Kostenersatz herangezogen werden könnte, weil die Feuerwehr bei den Löscharbeiten (auch) in seinem Interesse gehandelt hat (ebenso Hildinger/Rosenauer, Feuerwehrgesetz Baden-Württemberg, 3. Aufl., § 34 Rn 28).“ (VGH Mannheim aaO)

4. Ein solches **einschränkendes Normverständnis entspricht zudem der bisherigen Rechtslage.**

„Nach der **Vorgängerregelung des § 36 I 2 Nr. 1 FwG** sollten die Träger der Gemeindefeuerwehr Ersatz der Kosten nämlich ausdrücklich von dem Verursacher verlangen, wenn er die Gefahr oder den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat. Danach wäre eine Heranziehung des Kl. zum Kostenersatz im vorliegenden Fall jedoch ebenfalls nicht in Betracht gekommen. § 36 II Nr. 2 und 3 FwG a. F., wonach auch der Eigentümer oder derjenige, in dessen Interesse die Leistung erbracht wurde, zum Kostenersatz herangezogen werden konnte, bezog sich nur auf die Kann-Leistungen der Feuerwehr.

Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber diese Rechtslage mit der Neufassung des Feuerwehrgesetzes ändern wollte, bestehen nicht. Nach der **Gesetzesbegründung** zu § 36 FwG (LT-Drucks. 14/5103, S. 51; nach der Neubekanntmachung i. d. F. vom 02.03.2010 jetzt § 34) wurde die Vorschrift über den Kostenersatz neu gefasst, um eine leichtere Handhabung in der Praxis zu ermöglichen. Während in § 36 I FwG a. F. die Ersatztatbestände und der Ersatzpflichtige in einer Regelung zusammengefasst waren, unterscheidet die jetzige Bestimmung zwischen den Ersatztatbeständen (Abs. 1) und den Ersatzpflichtigen (Abs. 3). Gleichzeitig wurden die Ersatztatbestände um zwei weitere kostenpflichtige Tatbestände und einen Berechnungsmodus für Vorhaltekosten von Feuerwehrausrüstungen erweitert und der Kostenbegriff definiert. In der Gesetzesbegründung wird weiter ausgeführt, im Unterschied zu bisher „müsse“ bei Vorliegen eines Ausnahmefalles Kostenersatz erhoben werden; die Erhebungspflicht ersetze die bisherige Sollvorschrift. Der Gesetzesbegründung lässt sich demgegenüber kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass mit der Neuregelung eine Ausweitung der Kostenersatzpflicht des Eigentümers auf den hier gegebenen Fall beabsichtigt ist. Vielmehr wird lediglich ausgeführt: „Abs. 3 regelt, wer Kostenersatzpflichtig ist. Er entspricht inhaltlich dem bisherigen Abs. 2“ (LT-Drucks. 14/5103, S. 52). Auch bei der **Rechtsfolgenabschätzung** (LT-Drucks. 14/5103, S. 30) ist hiervon keine Rede. Dort heißt es: „Zudem können Kosten entstehen für Eigentümer oder Besitzer von Grundstücken und baulichen Anlagen, von denen Gefahren ausgehen können, da der Entwurf die Voraussetzungen erweitert, bei deren Vorliegen die Gemeinden Unterstützungshandlungen zum vorbeugenden und abwehrenden Brandschutz verlangen können.“ Von einer sonstigen zusätzlichen Kostenpflicht für Eigentümer ist hingegen auch in diesem Zusammenhang keine Rede. Auch sonst bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Änderung des Feuerwehrgesetzes eine Ausweitung der Kostenersatzpflicht auf Fälle der vorliegenden Art bezweckt hat. So beruhte die Einführung der Kostenersatzpflicht bei Unfällen beim Betrieb von Kraftfahrzeugen und Anhängerfahrzeugen (§ 34 I 2 Nr. 3 FwG) ausweislich der Gesetzesbegründung (LT-Drucks. 14/5103, S. 52) auf einer Forderung des Rechnungshofes (vgl. Rechnungshof Baden-Württemberg, Denkschrift 2005, III. Besondere Prüfungsergebnisse Einzelplan 03: Innenministerium, S. 9). Eine Forderung nach zusätzlicher Heranziehung von Eigentümern im Rahmen des § 34 I 2 Nr. 1 FwG hat der Rechnungshof jedoch nicht aufgestellt, weshalb auch unter diesem Gesichtspunkt für den Gesetzgeber kein Anlass zu entsprechenden Änderungen bestand. Hätte der Gesetzgeber eine - dem bisherigen Regelungssystem widersprechende und den Grundsatz der Kostentragung durch die Gemeinde erheblich einschränkende - Haftung des unbeteiligten Eigentümers neu in das Gesetz aufnehmen wollen, wäre zudem zu erwarten, dass er dies in der Gesetzesbegründung deutlich zum Ausdruck bringt. Nach alledem spricht nichts für die Annahme, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung des Kostenersatzes zugleich eine Ausdehnung der Kostenersatzpflicht des Grundstückseigentümers auf Fälle der vorliegenden Art beabsichtigt hat (so auch Hildinger/Rosenauer aaO).“ (VGH Mannheim aaO)

5. Gegen diese Auslegung spricht auch nicht der **Verweis des § 34 III Nr. 1 FwG auf § 6 II u. III des Polizeigesetzes.**

„**Hieraus lässt sich insbes. nicht folgern, dass die Vorschriften des Polizeigesetzes über die Verantwortlichkeit insgesamt anwendbar sein sollen.** Der Verweis bezieht sich nämlich nur auf § 6 II u. III PolG und nicht auf weitere Vorschriften zur polizeirechtlichen Verantwortlichkeit. Zudem ist der Verweis nur in § 34 III Nr. 1 FwG vorhanden. Auch aus der Eigenschaft des Feuerwehrrechts als Gefahrenabwehrrecht ergibt sich nicht die Anwendbarkeit der §§ 6 ff. PolG. Das Feuerwehrgesetz sieht mit § 34 I 2, II 2 FwG nämlich eigene Kostenerstattungsansprüche vor, weshalb es eines solchen Rückgriffs nicht bedarf.“ (VGH Mannheim aaO)

NdsKomVG
§ 56 S. 2

Auskunftsanspruch
Kommunaler Abgeordneter

öffR

(VG Braunschweig NVwZ-RR 2013, 731; Urteil vom 25.04.2013 – 1 A 225/12)

Das **Auskunftsrecht der kommunalen Abgeordneten dient ihrer umfassenden Information. Es muss nicht begründet werden und wird nicht durch das Recht auf Akteneinsicht beschränkt**, so dass es sich auch auf den Wortlaut bestimmter Aktenbestandteile erstrecken kann.

„Der Kl. ist **nicht verpflichtet, die Motive für seine Fragestellung darzutun. Er muss keinen konkreten Anlass für sein Auskunftsbegehren haben. Das Auskunftsverlangen darf auch nicht von der Formulierung konkreter Einzelfragen oder Tatsachenbenennungen abhängig gemacht werden.**

In Anbetracht der **besonderen Bedeutung des Informationsrechts des einzelnen Ratsmitgliedes** für eine verantwortungsvolle Erfüllung der Aufgaben ist eine derartige Begrenzung des Informationsanspruchs nicht gerechtfertigt. Das OVG Lüneburg (NdsVBl 2009, 260 = DVBl 2009, 920) führt aus:

„Das Auskunftsrecht der Ratsfrauen und Ratsherren zum Zwecke der Unterrichtung ist – wie der Informationsanspruch von Abgeordneten gegenüber der Landesregierung (vgl. dazu: SaarlVerfGH NVwZ-RR 2003, 81; BayVerfGH NVwZ 2002, 715), dem im demokratischen Rechtsstaat vor allem die Aufgabe zukommt, an der Gesetzgebung mitzuwirken und die Kontrolle über die Exekutive auszu-

üben; einer ausdrücklichen Regelung des Informationsanspruchs in § 39 a S. 2 NdsGO hätte es daher nicht zwingend bedurft (vgl. auch: Wefelmeier, KVR-NdsGO, Stand: Dez. 2008, § 39 a NdsGO Rn 19 m. w. Nachw.). Dem Ratsmitglied kommen – ebenso wie dem Abgeordneten im Landtag – auf Grund seines Mandats das Recht und die Pflicht zu, eigenverantwortlich an den Aufgaben mitzuwirken, die der Rat – bzw. das Parlament – zu erfüllen hat. Zu einer **effektiven Wahrnehmung der Aufgaben**, mit denen Ratsmitglieder und Parlamentarier vom Wähler beauftragt sind, in Gemeinderat bzw. Landtag sowie in deren Ausschüssen sind Ratsmitglieder ebenso wie Parlamentarier auf Landesebene angesichts der Vielzahl und Komplexität der dort zu beurteilenden Gegenstände auf Informationen aus dem Bereich der Verwaltung angewiesen.“

Im Anschluss daran hat das VG Lüneburg (Urteil vom 16.03.2011 (5 A 60/10)) ergänzend ausgeführt:

„Der Sinn des Fragerechts, die für die (kommunal-)parlamentarische Tätigkeit nötigen Informationen auf rasche und zuverlässige Weise zu verschaffen, ist – ebenso wie die ihm außerdem zukommende **Kontrollfunktion** – ohne eine korrespondierende Antwortpflicht nicht erreichbar. Der bloße Anspruch auf Teilhabe an ohnehin vorgelegten Informationen genügt diesen Zwecken nicht, vielmehr besteht die diesem Anspruch korrespondierende Pflicht, Anfragen in der Sache zu beantworten, wobei grds. die Beschränkung auf eine nur formale Antwort unzulässig ist. Wegen des Anspruchs auf umfassende Information besteht die Pflicht zur vollständigen und zutreffenden Antwort (vgl. NWVerfGH NVwZ 1994, 678 = NJW 1994, 1402 – zum Informationsanspruch von Landtagsabgeordneten). Der Informationsstand des einzelnen Ratsmitgliedes ist von entscheidender Bedeutung. Nur wenn er so umfassend wie möglich unterrichtet ist, kann er seine Mitwirkungsbefugnisse voll ausschöpfen (vgl. zum Fragerecht des Abgeordneten: BVerfGE 44, 308 = NJW 1977, 1767).“

Zwar wird vielfach betont, dass die kommunale Vertretung nicht ein Parlament, sondern ein Verwaltungsorgan sei. Diese Feststellung ist jedoch zum einen darauf bezogen, dass den Mitgliedern der kommunalen Vertretung die üblichen parlamentarischen Rechte wie Immunität und Indemnität nicht zustehen, und zum anderen darauf, dass die Rechtsetzungstätigkeit der Kommunen keine originäre, verfassungsunmittelbar legitimierte Gesetzgebung, sondern gesetzlich begründete Verwaltungstätigkeit ist. Gleichwohl hat die **kommunale Vertretung als unmittelbar demokratisch legitimierte Vertretung des Volks** (vgl. Art. 28 I 2 GG, Art. 57 II NdsVerf.) insofern dieselbe Aufgabe wie ein Parlament auf Staatsebene, als sie die Kontrolle über die Exekutive ausübt. Der **wirksame Einsatz dieser Kontrollinstrumente und ihre präventive Funktion** setzen, wie auf Landes- und Bundesebene, eine gewisse Grundinformiertheit der Volksvertreter voraus. Allgemein lässt sich dies auch mit dem Rechtsstaatsprinzip begründen (Wolff NVwZ 2012, 205).

Somit erwächst dem Kl. aus seinem Status ein Recht darauf, dass ihm diejenigen Informationen nicht vorenthalten werden, die ihm eine sachverständige Beurteilung ermöglichen.“ (VG Braunschweig aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

Restitutionsklage

ZPO

§ 580 Nr. 7 b)

Auffinden einer Urkunde

(BGH in NJW-RR 2013, 833, Beschluss vom 24.04. 2013 – XII ZB 242/09)

1. Unter einer Urkunde im Sinne der ZPO ist eine **schriftlich verkörperte Gedankenerklärung** zu verstehen
2. Eine Restitutionsklage kann **nicht auf** eine Privaturkunde gestützt werden kann, mit der durch die **schriftliche Erklärung einer als Zeuge in Betracht kommenden Person** der Beweis für die Richtigkeit der in der Erklärung bekundeten Tatsachen geführt werden soll
3. Eine Partei wird nachträglich in den Stand gesetzt, eine Urkunde zu benutzen, wenn ihr die **Urkunde bislang nicht zugänglich** war, insbesondere wenn die Urkunde sich **in Händen eines nicht vorlagebereiten bzw. vorlegungsverpflichteten Dritten** befand.
4. Der Fall, dass eine Partei **über den Inhalt einer Urkunde vorsätzlich getäuscht** wird, sei es auch mittels einer – was hier nahe liegt – zu diesem Zweck angefertigten Collage, wird bereits **von § 580 Nr. 4 ZPO erfasst** und führt nicht zu einer Ausnahme von den Anforderungen an § 580 Nr. 7 b) ZPO.
5. Einer Partei ist als Verschulden i. S. des § 582 ZPO anzurechnen, wenn sie es **unterlassen** hatte, die dem Gericht vorgelegten **Akten einer Behörde einzusehen** und deshalb **keine Kenntnis von Urkunden** besaß, die in diesen Akten enthalten waren

Fall: Die Ast. begehrt die Wiederaufnahme eines Verfahrens über den Versorgungsausgleich. Die Parteien waren von 1963 bis 1993 miteinander verheiratet. Im Scheidungsverfahren ist das Verfahren über den Versorgungsausgleich zunächst abgetrennt und später gem. § 2 VAÜG ausgesetzt worden. Im Jahr 2003 wurde es wieder aufgenommen, weil die ausgleichsberechtigte Ast. (im Folgenden: Ehefrau) seit Oktober 2003 Altersrente bezieht. In jenem Verfahren machte der Ag. (im Folgenden: Ehemann) geltend, dass der Versorgungsausgleich gem. § 1587 c Nr. 1 BGB auszuschließen bzw. zu beschränken sei, weil seine Ehefrau ihn 1986 beim Ministerium für Staatssicherheit der ehemaligen DDR (MfS) denunziert habe. Als Beleg dafür legte er die Kopie eines Aktenvermerks des MfS vom 22. 09. 1986 vor, den er bei seiner Akteneinsicht im Jahr 1993 beim Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR (BStU) als „Seite 000035“ vorgefunden habe. Das Schriftstück hat folgenden Wortlaut:

„Nach einer Rücksprache mit der Ehefrau des FD am 21.09.1986 wurde festgestellt, dass D bereits in der Wohnung den Verdacht einer republikfeindlichen Kontaktaufnahme aufkommen ließ und seine Ehefrau deshalb, nachdem D die Wohnung am 17.09. gegen 20 Uhr verlassen hatte, – auf Grund ihrer fortschrittlichen Einstellung zur Deutschen Demokratischen Republik – sofort die Sicherheitsorgane der DDR benachrichtigte, um D an seinem Vorhaben zu hindern.“

Auf Grund dieser Benachrichtigung konnte die Kontaktaufnahme verhindert und die Kontaktperson von den Sicherheitsorganen der DDR festgenommen werden.“

Die Ehefrau bestritt die Vorwürfe, aufgeklärt wurde der Sachverhalt nicht. Am 19.05.2004 schlossen die Parteien vor dem AG – FamG – eine Vereinbarung, die überwiegend wegen des Vorwurfs der Denunziation und im Übrigen auf Grund ungeklärter Zeiten im Versicherungsverlauf der Ehefrau eine pauschale Kürzung des Versorgungsausgleichs um ein Drittel vorsah. Entsprechend der Vereinbarung erließ das AG am selben Tag einen Beschluss, in dem es, bezogen auf das Ende der Ehezeit, angleichungsdynamische Rentenanwartschaften in Höhe von monatlich 98,55 Euro (statt rechnerischer 147,83 Euro) vom Versicherungskonto des Ehemanns auf das Konto der Ehefrau übertrug. Die Entscheidung ist rechtskräftig.

Als die Ehefrau später ebenfalls Einsicht beim BStU über die sie betreffenden Akten beehrte, erhielt sie die Auskunft, dass über sie keine Unterlagen vorlägen. Auf Nachfrage, was auf „Seite 000035“ der Unterlagen über den Ehemann stehe, wurde ihr mit Schreiben des BStU vom 07.04.2008 mitgeteilt, dass eine solche Seite „mit demselben Briefkopf und den gleichen Unterschriften“ zwar vorhanden sei, im Übrigen aber vom 22.09.1961 datiere, einen anderen Inhalt habe und sie nicht betreffe. Gestützt auf diese Auskunft begehrt die Ast. die Wiederaufnahme des Verfahrens, um die ungekürzte Durchführung des Versorgungsausgleichs zu erreichen.

Das FamG (AG Potsdam, Urt. v. 03.04.2009 – 46 F 180/08, BeckRS 2013, 09059) hat den Antrag der Ehefrau als Klage angesehen und diese durch Urteil abgewiesen. Das als Berufung bezeichnete Rechtsmittel der Ehefrau hat das BeschwGer. als befristete Beschwerde behandelt. Diese hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das FamG (OLG Brandenburg, Beschl. v. 03.12.2009 – 15 UF 62/09, BeckRS 2013, 09058). Zu Recht?

Die Wiederaufnahme eines abgeschlossenen Verfahrens ist in §§ 578 ff. ZPO geregelt. Vorsehen sind hier die Verfahren der Nichtigkeitsklage nach § 578 ZPO und der Restitutionsklage nach § 580 ZPO. Hier kommt eine Restitutionsklage wegen des Auffindens einer Urkunde nach § 580 Nr. 7 b) ZPO in Betracht.

I. Auslegung der Berufung als befristete Beschwerde und Anwendbarkeit des § 580 ZPO

„Für das Verfahren ist gem. Art. 111 I 1 FGG-RG, § 48 I VersAusglG noch das bis August 2009 geltende Verfahrensrecht und materielle Recht anzuwenden, weil das Verfahren vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (Senat, NJW 2012, 1508 = FamRZ 2012, 856 Rn. 19 und NJW 2011, 386 = FamRZ 2011, 100 Rn. 9 f.).

Zutreffend hat das BeschwGer. ... das als „Berufung“ bezeichnete Rechtsmittel der Ehefrau als befristete Beschwerde ausgelegt und das Verfahren dementsprechend fortgeführt (vgl. Senat, NJW-RR 2012, 753 = FamRZ 2012, 783 Rn. 12). Vorliegend handelt es sich um eine Familiensache, die den Versorgungsausgleich betrifft (vgl. Senat, NJW 1980, 2418 = FamRZ 1980, 989) und bei der gegen die erstinstanzliche Entscheidung gem. § 621 e I ZPO die Beschwerde und nicht die Berufung statthaft ist.

Auch der rechtliche Ausgangspunkt, dass eine Korrektur der rechtskräftigen Entscheidung über den öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich im vorliegenden Fall nur im Wiederaufnahmeverfahren analog §§ 578 ff. ZPO möglich ist, steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. Senat, NJOZ 2005, 3585 = FamRZ 2005, 1467 [1468 f.]; BGHZ 89, 114 = NJW 1984, 438 = FamRZ 1984, 159 [160]; NJW 1980, 2418 = FamRZ 1980, 989 [990] und NJW 1982, 1646 = FamRZ 1982, 687 [688]).“ (BGH aaO)

II. Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes analog § 580 Nr. 7 b) ZPO

Allerdings ist fraglich, ob hier der Wiederaufnahmegrund des Auffindens einer Urkunde nach § 580 Nr. 7 b) eingreift. Nach dieser Bestimmung findet die Restitutionsklage statt, wenn die Partei eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, die eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Fraglich ist daher zum einen, ob es sich bei dem als „Seite 000035“ geführten Auszug aus den Stasi-Unterlagen des Ehemanns um eine Urkunde handelt. Zum anderen kommt es darauf an, ob diese im Sinne des Gesetzes aufgefunden wurde oder die Ast. zu ihrer Benutzung in den Stand gesetzt wurde, andererseits aber ohne ihr Verschulden außer Stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen.

1. „Seite 000035“ des Auszugs aus den Stasi-Unterlagen als Urkunde

a) Begriff der Urkunde

„Unter einer Urkunde im Sinne der ZPO ist eine schriftlich verkörperte Gedankenerklärung zu verstehen (BGHZ 65, 300 = NJW 1976, 294). Die Vorschrift des § 580 Nr. 7 b) ZPO muss zwar nach ihrem Sinn einengend dahin ausgelegt werden, dass die Restitutionsklage nicht auf eine Privaturkunde gestützt werden kann, mit der durch die schriftliche Erklärung einer als Zeuge in Betracht kommenden Person der Beweis für die Richtigkeit der in der Erklärung bekundeten Tatsachen geführt werden soll (Senat, NJW 1984, 1543 = FamRZ 1984, 572 m. w. Nachw. und BGHZ 80, 389 = NJW 1981, 2193 = FamRZ 1981, 862 [863]).“ (BGH aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob es sich bei der „Seite 000035“ des Auszugs aus den Stasi-Unterlagen nach diesem Verständnis um eine Urkunde handelt oder ob sie lediglich als schriftliche Erklärung einer als Zeuge in Betracht kommenden Person anzusehen ist.

„Die hier maßgebliche Urkunde besitzt jedoch einen eigenständigen Beweiswert dahingehend, dass die „Seite 000035“ der Stasi-Akte des Ehemanns nicht identisch mit der von ihm als Kopie zur Akte gereichten Seite ist. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde handelt es sich deshalb nicht nur um eine schriftliche Erklärung einer als Zeuge in Betracht kommenden Person.“ (BGH aaO)

Es handelt sich daher bei „Seite 000035“ des Auszugs aus den Stasi-Unterlagen um eine Urkunde.

2. Auffinden der Urkunde

Die Ast. könnte diese Urkunde nachträglich aufgefunden haben.

a) Begriff des Auffindens

„Aufgefunden wird eine Urkunde, wenn ihre Existenz oder ihr Verbleib der Partei bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses bzw. bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist in diesem Verfahren unbekannt war (BSG, Beschl. v. 11.05.1999 – B 13 RJ 219/98 B, BeckRS 1999, 30414569; OLG Frankfurt a. M., MDR 1982, 60 [61] = BeckRS 2013, 09075; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 580 Rn. 23; Saenger/Kemper, ZPO, 5. Aufl., § 580 Rn. 12; Meller-Hannich, in: Prütting/Gehrlein, ZPO,

4. Aufl., § 580 Rn. 14; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl., § 580 Rn. 24; Musielak/Musielak, ZPO, 10. Aufl., § 580 Rn. 22).“ (BGH aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob davon auszugehen ist, dass die Ast. die Seite 000035“ des Auszugs aus den Stasi-Unterlagen nach diesem Verständnis nachträglich aufgefunden hat.

„Die streitgegenständliche Urkunde an sich war der Ehefrau jedoch bekannt, lediglich ihr Inhalt weicht von dem seitens des Ehemanns behaupteten Inhalt ab.“ (BGH aaO)

Vor diesem Hintergrund liegt ein Fall des nachträglichen Auffindens einer Urkunde nicht vor.

3. Ermöglichung der Benutzung der Urkunde

Es könnte aber ein Fall vorliegen, in dem die Ast. nachträglich in den Stand gesetzt wurde, die Urkunde zu benutzen.

a) Begriff der In-den-Stand-Setzung

„Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn einer Partei die **Urkunde bislang nicht zugänglich** war, insbesondere wenn die Urkunde sich **in Händen eines nicht vorlagebereiten bzw. vorlegungsverpflichteten Dritten** befand (vgl. BSG, Beschl. v. 11.05.1999 – B 13 RJ 219/98 B, BeckRS 1999, 30414569; Saenger/Kemper, § 580 Rn. 13; Meller-Hannich, in: Prütting/Gehrlein, § 580 Rn. 14; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers, § 580 Rn. 24; Zöller/Greger, § 580 Rn. 23; Musielak/Musielak, § 580 Rn. 22).“ (BGH aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob der Ast. tatsächlich erst nachträglich der Zugriff auf die Akten möglich war. Der Ehemann hatte die Einsicht in seine Stasi-Unterlagen gestattet, so dass der Ast. ein Zugriff tatsächlich möglich gewesen wäre.

aa) Ausnahmefall: Fernliegende Relevanz

Allerdings konnte ein Fall vorliegen, in dem trotz des tatsächlich möglichen Zugriffs auf eine Urkunde von einem erst nachträglichen Zugriff auszugehen ist, weil die Erheblichkeit der betreffenden Urkunde fernlag.

„Das RG hat ... entschieden, dass die **Erheblichkeit von Urkunden** für einen Rechtsstreit **so fernliegen** könne, dass sich von ihnen sagen lasse, sie seien erst neuerdings aufgefunden worden und auch ohne Verschulden der Partei nicht auffindbar gewesen (RGZ 151, 203 [207]). Ob der in Heranziehung dieser Rechtsprechung vom BeschwGer. bejahte Ausnahmefall dem Grunde nach anzuerkennen ist, bedarf hier aber keiner Entscheidung (ebenso offen gelassen in BGH, VersR 1962, 175 = BeckRS 1961, 31186127). Denn die **genannten Voraussetzungen** sind im vorliegenden Fall **nicht gegeben**.

Die **Erheblichkeit der Urkunde** ergibt sich bereits daraus, dass sie im Ausgangsverfahren **zentraler Verfahrensgegenstand** und **Grundlage** für den zwischen den Parteien geschlossenen Vergleich und die daran anknüpfende **Kürzung des Anspruchs auf Versorgungsausgleich der Ehefrau** war. Die Erheblichkeit entfällt nicht dadurch, dass die Ehefrau andere Vorstellungen über den Inhalt der Urkunde hatte oder möglicherweise hierüber von dem Ehemann getäuscht wurde.“ (BGH aaO)

bb) Ausnahmefall: vorsätzliche Täuschung

Da über den Inhalt der Urkunde vorsätzlich getäuscht wurde, könnte aber ein Ausnahmefall vorliegen, in dem die nachträgliche Kenntnis über die Täuschung vom Inhalt der Urkunde mit einem nachträglichen Auffinden gleichzusetzen ist.

„Der Fall, dass eine Partei **über den Inhalt einer Urkunde vorsätzlich getäuscht** wird, sei es auch mittels einer – was hier nahe liegt – zu diesem Zweck angefertigten Collage, wird bereits **von § 580 Nr. 4 ZPO erfasst** und erfährt in § 581 I ZPO **weitreichende Einschränkungen**, da unter anderem wegen einer Straftat eine rechtskräftige Verurteilung ergangen sein muss. Diese **Einschränkungen** würden **unterlaufen**, wenn Fälle wie der vorliegende als Fallgruppe von § 580 Nr. 7 b ZPO eingeordnet würden. Erst recht kann es **nicht auf die subjektive Vorstellung einer Partei** vom Inhalt oder von der Echtheit einer Urkunde **ankommen**. Es entspricht dem in §§ 580 ff. ZPO zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, dem Betroffenen nur in **eng begrenzten Ausnahmefällen** die Möglichkeit zu eröffnen, im Wege der Restitutionsklage die **Rechtskraft** einer auf fehlerhafter Grundlage beruhenden, ihn ohne sein Verschulden unbillig belastenden Entscheidung **zu beseitigen** (BGH, NJW 1974, 557 m. w. Nachw.). Die Heranziehung subjektiver Vorstellungen einer Partei würde die **objektiven Voraussetzungen des § 580 Nr. 7 b ZPO** um eine subjektive Komponente erweitern, die weit über das hinausginge, was das

RG mit „fern liegender Sacherheblichkeit“ umschrieben hat. Eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 580 Nr. 7 b) ZPO würde daher den Boden des Gesetzes verlassen und zudem in das vorliegende Versorgungsausgleichsverfahren eine Unsicherheit hineinbringen, die mit dem Wesen der materiellen Rechtskraft unvereinbar wäre (vgl. Senat, BGHZ 89, 114 = NJW 1984, 438 = FamRZ 1984, 159 [160]).“ (BGH aaO)

Es liegt daher kein Fall vor, in dem die Ast. erst nachträglich in den Stand gesetzt wurde, die Urkunde zu benutzen. Sie hätte den geltend gemachten Restitutionsgrund vielmehr schon im Ausgangsverfahren in das Verfahren einbringen können.

4. Fehlendes Verschulden

Allerdings könnte die diesbezügliche Versäumung schuldlos erfolgt sein.

a) Anforderungen an fehlendes Verschulden

Es ist zunächst festzustellen, wann davon auszugehen ist, dass eine Partei ohne ihr Verschulden gehindert war, einen Restitutionsgrund schon im Ausgangsverfahren geltend zu machen.

„Es entspricht der **ständigen Rechtsprechung** schon des RG, dass insoweit an die Sorgfaltspflicht einer Prozesspartei **strenge Anforderungen** zu stellen sind und eine auch nur leicht fahrlässige Verletzung dieser Pflichten die Zulässigkeit einer späteren Restitutionsklage ausschließt. Dabei ist der Restitutionskläger – unbeschadet der Verpflichtung des Gerichts zur Prüfung von Amts wegen – **für sein mangelndes Verschulden beweispflichtig** (BGH, NJW 1974, 557 m. w. Nachw.).“

Einer Partei ist als Verschulden i. S. des § 582 ZPO anzurechnen, wenn sie es **unterlassen** hatte, die dem Gericht vorgelegten **Akten einer Behörde einzusehen** und deshalb **keine Kenntnis von Urkunden** besaß, die in diesen Akten enthalten waren (BVerwG, DVBl 2003, 868 = BeckRS 2003, 21231 und ZLA 1975, 124 = BeckRS 1975, 31289763). Nichts anderes kann gelten, wenn – wie hier – die **Möglichkeit bestand**, die maßgeblichen **Informationen auf andere Weise zu erhalten**.“ (BGH aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Der Ehefrau wäre es bereits während des Ausgangsverfahrens möglich gewesen, beim BStU **Auskunft darüber** zu verlangen, **ob in den erschlossenen Unterlagen Informationen zu ihrer Person enthalten sind**, und diese gegebenenfalls durch Einsichtnahme in die Akten zu verifizieren (§§ 3, 13 StUG).

„Dass die Ast. möglicherweise Dritte i. S. von § 6 VII StUG war, ist unerheblich, da sie nach § 13 VII 1 StUG – wie geschehen – durch Nennung eines konkreten Aktenteils die erforderlichen **Informationen erhalten konnte**. Selbst wenn es nach Vorlage der Auskünfte des BStU beim Ausgangsgericht – oder unabhängig davon – noch auf die Urkunde angekommen wäre, hätte die Ehefrau die **Vorlage erwirken und Einsicht darin nehmen** können.“

Danach hätte die Ehefrau die später erlangten Kenntnisse bereits im Ausgangsverfahren einführen können. An diesem Versäumnis ändert auch der Umstand nichts, dass der anwaltlich vertretene **Ehemann offensichtlich eine manipulierte Kopie** vorgelegt hat. Da die Ehefrau nach eigener Darstellung davon ausging, dass der **Inhalt des vorgelegten Aktenauszugs nicht den Tatsachen entsprach**, wäre sie bzw. ihr Verfahrensbevollmächtigter entgegen der Auffassung des BeschwGer. **erst recht zu einer Nachprüfung gehalten** gewesen. Vor der Nachprüfung, ob ein Dokument mit diesem Inhalt überhaupt existiert, war die **Annahme**, es handele sich um ein **authentisches**, lediglich inhaltlich unrichtiges **Dokument, nicht gerechtfertigt**.

Der mit der Prozessführung betraute **Rechtsanwalt** ist seinem Mandanten gegenüber **verpflichtet**, dafür einzutreten, dass die **zu dessen Gunsten sprechenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte** so umfassend wie möglich ermittelt und bei der Entscheidung des Gerichts berücksichtigt werden (BGH, NJW 2009, 987 = NZM 2009, 193 Rn. 8 m. w. Nachw.). Das Verschulden des Prozessbevollmächtigten steht dabei nach § 85 II ZPO dem der Partei gleich (vgl. Senat, NJW 1993, 1717 m. w. Nachw.). Ob darüber hinaus – wie die Rechtsbeschwerde meint – bereits das optische Erscheinungsbild der vorgelegten Kopie Anlass zu einer genaueren Nachprüfung gegeben hätte, wofür Vieles spricht, kann offenbleiben.“ (BGH aaO)

Die Ehefrau war daher auch nicht ohne ihr Verschulden außer Stande, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen, § 582 ZPO.

5. Ergebnis

Es liegt kein Restitutionsgrund nach § 580 Nr. 7 b) ZPO vor.

(OLG Hamm in NJW-RR 2013, 767; Beschluss vom 14.01.2013 – 6 W 1/13)

1. Ein Schuldner gibt Veranlassung zur Klage, wenn er eine **fällige Forderung trotz Aufforderung** durch den Gläubiger **nicht bezahlt** (BGH, NJW 1979, 2040), so dass der Gläubiger annehmen muss, er werde ohne Klageerhebung nicht zu seinem Ziel kommen
2. Spätestens mit dem **Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe** für eine auf Zahlung gerichtete Klage, der dem Beklagten zugegangen ist, gibt der Kläger für den Beklagten **unzweideutig zu verstehen**, dass er nunmehr **Zahlung des angemessenen Betrags** verlange.
3. Bei der Frage, ob der Bekl. Veranlassung zur Klage gegeben hat, ist sein **Verhalten bis zur Klageerhebung** maßgeblich.

A. Grundlagenwissen: Grundzüge der Kostenentscheidung

I. Vollständiges Obsiegen/Unterliegen im Zweiparteienprozess

Obsiegt eine Partei vollständig und unterliegt die andere vollständig, so hat die die **unterliegende Partei** gem. § 91 I ZPO die **Kosten des Rechtsstreits zu tragen**. Sie hat die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.

II. Teilweises Obsiegen/Unterliegen

Dringt keine Partei mit ihrem Rechtsschutzziel vollständig durch, so sind die Kosten nach § 92 I ZPO grundsätzlich **gegeneinander aufzuheben** oder **verhältnismäßig zu teilen**.

Bei der **Aufhebung der Kosten gegeneinander** hat jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen, die gerichtlichen Kosten (Gebühren/Auslagen) werden nach § 91 I 2 ZPO zur Hälfte geteilt. Eine Kostenaufhebung kommt nur bei **häftigem Obsiegen/Unterliegen** in Betracht.

Kommt eine Aufhebung der Kosten gegeneinander nicht in Betracht, so muss das Gericht die **Kosten angemessen quoteln**, also abhängig vom Teil des Obsiegens und Unterliegens aufteilen.

Von diesen Grundsätzen kann das Gericht nach § 92 II ZPO jedoch auch eine Ausnahme machen. In diesem Fall ist die Kostenentscheidung auch über die Nennung der Vorschrift hinaus zu begründen.

Für die Bestimmung des Verhältnisses von Obsiegen und Unterliegen ist **auf den geltend gemachten prozessualen Anspruch abzustellen**, wobei der Gebührenstreitwert nach h.M. den Maßstab darstellt. Der Gebührenstreitwert bestimmt sich nach § 3 GKG i.V.m. § 3 – 9 ZPO, soweit nicht die Sondervorschriften der §§ 39 ff. GKG eingreifen. Entscheidend ist, welchen Anteil der Teilerfolg einer Partei daran ausmacht. Zu diesem Zweck ist der auf den Teilerfolg jeder Partei entfallende **Teilstreitwert zu ermitteln** und **zum Gesamtstreitwert ins Verhältnis zu setzen** (Musielak-Wolst, § 92 ZPO, Rn. 4).

III. Kostenentscheidung bei Anerkenntnis durch den Beklagten

Erkennt der Beklagte den Anspruch des Klägers sofort nach Klageerhebung an, so muss er gem. § 93 ZPO die Kosten des Verfahrens nicht tragen, wenn er **keinen Anlass zur Klageerhebung** gegeben hat. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Kläger versäumt hat, den Beklagten in Verzug zu setzen und statt der Mahnung nach § 286 I 2 BGB unmittelbar Klage eingereicht hat. Erklärt der Beklagte dann nach Zustellung der Klage an ihn umgehend, dass er den Anspruch anerkenne, so wird er zwar mit Anerkenntnisurteil gem. § 307 ZPO verurteilt, gleichwohl muss der Kläger nach § 93 ZPO die Kosten des Rechtsstreits tragen.

Problematisch ist jedoch, wann von einem sofortigen Anerkenntnis die Rede sein kann und in welchen Fällen der Beklagten tatsächlich keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben hat.

1. sofortiges Anerkenntnis

a) Anerkenntnis

Der Beklagte muss den prozessualen Anspruch ohne Vorbehalte und Bedingungen anerkennen. Dies schließt nicht aus, dass er beantragt, die Kosten des Rechtsstreits dem Kläger aufzuerlegen. Verlangt der Kläger Leistung Zug-um-Zug, darf der Beklagte mit dieser Einschränkung wirksam anerkennen.

Ein Teilerkenntnis führt hinsichtlich des anerkannten Anspruchsteils zur Kostentragung durch den Kläger, wenn die sonstigen Voraussetzungen nach § 93 ZPO vorliegen. Das Teilerkenntnisurteil enthält keine Kostenentscheidung. Diese ist im Schlussurteil einheitlich zu treffen. Dort ist zu quoteln und hinsichtlich des nicht anerkannten Anspruchs nach §§ 91, 92 zu entscheiden (vgl. Musielak-Wolst, § 93, Rn 3).

b) sofort

Ein sofortiges Anerkenntnis muss grundsätzlich im ersten Verhandlungstermin noch vor Beginn der streitigen Verhandlung erfolgen. Die ist Ausfluss des sich aus § 128 I ZPO ergebenden Mündlichkeitsprinzip. Allerdings ist ein Anerkenntnis auch im ersten Verhandlungstermin nicht mehr als sofortiges anzusehen, wenn der Beklagte zur Klageabweisung beantragt. Es schadet sogar schon, wenn er einen Klageabweisungsantrag schriftlich angekündigt hat oder den Klageanspruch in einer Klageerwidern bestritten hat. Dies gilt auch, wenn er bislang nur im Prozesskostenhilfverfahren materielle Einwendungen gegen den geltend gemachten Anspruch erhoben hat (vgl. Musielak-Wolst, § 93, Rn 4).

2. kein Anlass zur Klageerhebung

Zur Erhebung der Klage hat der Beklagte dann Veranlassung gegeben, wenn er sich, ohne dass es auf sein Verschulden ankäme, vorprozessual so verhalten hat, dass der Kläger annehmen musste, ohne Anrufung des Gerichts sein Ziel nicht erreichen zu können. Anlass gibt deshalb derjenige, der trotz Mahnung nicht leistet, von sich aus ernsthaft und endgültig die Leistung verweigert oder sich sonst in einer Weise verhält, dass der Anspruchsberechtigte aus seinem Verhalten schließen muss, er werde nur im Klagewege seinen Anspruch durchsetzen können. Für die Beurteilung kommt es auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz an, auf die das Anerkenntnisurteil ergeht. Die Beweislast dafür, dass er keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben hat, trifft grundsätzlich den Beklagten (vgl. Musielak-Wolst, § 93, Rn 2).

B. Sofortiges Anerkenntnis bei unzureichendem Zugeständnis vor Klageerhebung (OLG Hamm in NJW-RR 2013, 767)

Fall: Der Bekl. fügte dem Kl. vorsätzlich eine Stichwunde zu. Wegen dieser Tat wurde er zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt. Der Kl. machte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 29.01.2010 Schmerzensgeldansprüche gegen ihn geltend und forderte ihn unter Fristsetzung auf, die Ansprüche dem Grunde nach schriftlich anzuerkennen. In einem Telefonat mit dem anwaltlichen Vertreter des Kl. erkannte der Bekl. daraufhin die Ansprüche an. Unter dem 07.02.2012 begehrte der Kl. zunächst bei dem LG Bielefeld, das das Verfahren an das LG Münster abgegeben hat, die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine Klage auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes nebst Zinsen. Zur Höhe äußerte er eine Vorstellung von 20.000 Euro. Der Bekl. beantragte die Zurückweisung des Antrags, erhob Einwendungen gegen die Sachverhaltsdarstellung des Kl. und vertrat die Auffassung, angemessen sei ein Schmerzensgeld in Höhe von allenfalls 4000 Euro. Das LG bewilligte dem Kl. Prozesskostenhilfe und führte im Rahmen der Begründung aus, ein Schmerzensgeld sei in Höhe von 7.500 Euro angemessen.

Nachdem der Kl. erklärt hatte, in Höhe der Prozesskostenhilfebewilligung, also in Höhe eines Betrags von 7.500 Euro, solle Klage erhoben werden, stellte das LG die Klage zu und ordnete das schriftliche Vorverfahren an. Innerhalb der ihm gesetzten Frist erkannte der Bekl. den Klageantrag an. Das LG hat ihn daraufhin

mit Anerkenntnisurteil vom 16.11.2012 zur Zahlung von 7500 Euro nebst Zinsen verurteilt und dem Kl. die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Die gegen diese Kostenentscheidung legte der Kl. sofortige Beschwerde ein. Wird diese Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Beschwerde

Ist die Hauptsache durch eine auf Grund eines Anerkenntnisses ausgesprochene Verurteilung erledigt, so findet gegen die Kostenentscheidung nach § 99 II ZPO die sofortige Beschwerde statt. Der Beschwerdewert des § 99 II 2 ZPO i.V.m. § 511 II Nr. 1 ZPO von 600,00 € ist angesichts des Streitwertes auch auf jeden Fall überschritten. Sonstige Bedenken hinsichtlich des Vorliegens der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen nicht.

Die sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung ist daher zulässig.

II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn die Kostenentscheidung fehlerhaft war. Nach § 91 I ZPO sind die Kosten des Rechtsstreits grundsätzlich der unterlegenen Partei aufzulegen. Unterlegen ist hier der Beklagte, so dass ihm nach § 91 I ZPO die Kosten aufzuerlegen gewesen wären. Etwas anderes gilt nach § 93 ZPO nur dann, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung und den Anspruch sofort anerkennt. Fraglich ist, ob hier von Vorliegen der Voraussetzungen für ein sofortiges Anerkenntnis ausgegangen werden kann.

*„Ein Schuldner gibt Veranlassung zur Klage, wenn er eine **fällige Forderung trotz Aufforderung** durch den Gläubiger **nicht bezahlt** (BGH, NJW 1979, 2040), so dass der Gläubiger annehmen muss, er werde ohne Klageerhebung nicht zu seinem Ziel kommen (Zöller/Herget, § 93 Rn. 3).“* (OLG Hamm aaO)

Im Streitfall hat der Kl. seinen Schmerzensgeldanspruch bereits mit anwaltlichem Schriftsatz vom 29.01.2010 geltend gemacht, wengleich **nicht beziffert**. Der Bekl. erkannte zwar den Anspruch durch mündliche Erklärung gegenüber dem Prozessbevollmächtigten des Kl. dem Grunde nach an, gab aber **weder das geforderte schriftliche Anerkenntnis ab noch leistete er Zahlungen**.

*„Spätestens mit dem **Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe** für eine auf Schmerzensgeld gerichtete Klage, der dem Bekl. zugegangen ist, gab der Kl. für den Bekl. **unzweideutig zu verstehen**, dass er nunmehr **Zahlung des angemessenen Betrags** verlange. Auch diese Aufforderung nahm der Bekl. nicht zum Anlass, selbst den von ihm für angemessen gehaltenen Betrag von 4.000 Euro zu zahlen oder dem Kl. einen Vollstreckungstitel zukommen zu lassen.“*

*Der Kl. musste unter diesen Umständen davon ausgehen, dass der Bekl. **entweder nicht zahlungswillig oder** angesichts der Tatsache, dass der inhaftierte Bekl. seinerseits Prozesskostenhilfe beantragt hatte, **nicht zahlungsfähig** sei. Sein Ziel, ein angemessenes Schmerzensgeld in Höhe von 7.500 Euro nebst Zinsen zu erlangen, konnte der Kl. danach ohne die Einleitung eines auf Erwirken eines Urteils gerichteten Klageverfahrens nicht erreichen.*

*Selbst wenn man in der **unterbliebenen Zahlung** nach Geltendmachung des Schmerzensgeldanspruchs **im Jahre 2010** noch keine Veranlassung zur Klageerhebung sehen wollte, muss dies angesichts der **klaren Forderung im PKH-Verfahren** und des oben dargestellten Verhaltens des Bekl. darauf anders beurteilt werden.*

*Bei der Frage, ob der Bekl. Veranlassung zur Klage gegeben hat, ist sein **Verhalten bis zur Klageerhebung** maßgeblich. Diese erfolgte hier erst mit der Zustellung der Klage nach Beschränkung der Vorstellungen des Kl. zur Angemessenheit des begehrten Schmerzensgeldes.“* (OLG Hamm aaO)

Damit hat der Bekl. Veranlassung zur Klageerhebung gegeben. Er hätte spätestens im Prozesskostenhilfepflichtverfahren zahlen und damit die Klageerhebung durch Zustellung der Klageschrift nach Prozesskostenhilfebewilligung verhindern können.

*„Ob ein sofortiges Anerkenntnis [nach § 93 ZPO] noch möglich ist, wenn der Bekl. in einem vorangegangenen **Prozesskostenhilfe-Prüfungsverfahren die Zurückweisung des klägerischen Antrags beantragt** hat (verneinend etwa OLG Naumburg, FamRZ 2007, 1584 = BeckRS 2008, 03053) kann ebenso **dahinstehen** wie die Frage, ob zur Anwendung des § 93 ZPO bei einer Geldschuld **neben dem Anerkenntnis die sofortige Leistung** des geschuldeten Betrags hinzukommen muss (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 93 Rn. 6 „Geldschulden“).“* (OLG Hamm aaO)

Die Voraussetzungen des § 93 ZPO liegen hier schon deshalb nicht vor, weil der Bekl. Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hat.

Präventive Telekommunikationsüberwachung
Überwachung eines Strafverteidigers
(OLG Köln in NJW 2013, 2365; Beschluss vom 22.03.2013 – 16 Wx 16/12)

Werden im Rahmen einer **präventiven Telekommunikationsüberwachung** Daten erhoben, die die **Kommunikation des Betroffenen mit seinem Verteidiger** betreffen, dann sind diese **Daten zu löschen, sobald erkennbar ist, dass es sich um geschützte Kommunikation handelt**. Eine **inhaltliche Auswertung der Daten** ist in diesen Fällen **unzulässig**.

Fall: Das Zollkriminalamt führte in der Zeit vom 23.03. bis 31.05. eine Maßnahme zur präventiven Telekommunikationsüberwachung nach §§ 23 a ff. ZfDG gegen die Bet. durch. Grund der Maßnahme war der Verdacht, dass eine Auswuchtmaschine, ein Impuls-Magnetizer und Vakuumpumpen für ein ausländisches Atomprogramm beschafft werden sollten. Gleichzeitig wurde auch ein Strafverfahren gegen den Bet. zu 4 eingeleitet. Der Bet. zu 4 beauftragte den Bf. mit seiner Verteidigung. Im Zeitraum vom 05.05. bis zum 17.05. war auch die Kommunikation mit dem Bf. von der Überwachungsmaßnahme betroffen, und zwar sowohl Telefonate als auch so genannte IP-basierte Kommunikation, zu der jedenfalls E-Mails gehörten. Die Gesprächsdaten wurden am 15.07. gelöscht. Die Löschung der Internetkommunikation war zunächst nicht erfolgreich. Vielmehr wurden diese Daten erst im Folgejahr gelöscht. Der Bf. hat, nachdem er von der Maßnahme benachrichtigt worden war, die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme beantragt und dabei u. a. geltend gemacht, dass alle die Verteidigerkommunikation betreffenden Daten gelöscht werden müssten.

- I. **Anordnung und Durchführung der Überwachungsmaßnahme waren nicht bereits deshalb rechtswidrig, weil** im Zuge der Maßnahme auch die **besonders geschützte Kommunikation** der Betroffenen mit dem Bf. **überwacht wurde**.

*„Der Gesetzgeber hat in § 23 a V ZfDG zum Schutz des Kernbereichs ein **zweistufiges System** eingeführt. Danach ist die **zielgerichtete Erfassung der Kommunikation mit dem Verteidiger unzulässig**. Kommt es dennoch zur **Berührung des Kernbereichs**, dann **bestehen eine Dokumentations- und Löschungspflicht** sowie ein **Verbot der Verwertung der erlangten Daten**. Dieses Schutzkonzept entspricht der parallelen Regelung für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen (§ 160 a StPO) und ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden (BVerfG NJW 2012, 833).*

Danach erweist sich die Anordnung der Überwachungsmaßnahme nicht als rechtswidrig. Sie richtete sich nicht gegen den Bf., und es war auch nicht von vornherein ersichtlich, dass sie ausschließlich zu Erkenntnissen führen würde, die den geschützten Kernbereich, insbes. die Kommunikation des Betroffenen mit seinem Verteidiger, erfassen würde.“ (OLG Köln aaO)

- II. **Der Vollzug der Maßnahme könnte jedoch rechtswidrig** gewesen sein.

1. Werden Daten erhoben, welche die **Kommunikation des Betroffenen mit seinem Verteidiger betreffen**, dann sind diese **Daten zu löschen, sobald erkennbar ist, dass es sich um geschützte Kommunikation handelt**. Eine **inhaltliche Auswertung der Daten** ist in diesen Fällen **unzulässig** (BGH NJW 2005, 1668). Allerdings muss zunächst erkennbar sein, dass die Überwachungsmaßnahme auch eine geschützte Kommunikation mit dem Verteidiger erfasst hat.

- In vielen Fällen ist es **praktisch unvermeidbar, dass die Ermittlungsbehörden im Zuge einer Überwachungsmaßnahme Informationen zur Kenntnis nehmen, bevor ihr Kernbereichsbezug erkennbar ist**. In derartigen Fällen ist es **verfassungsrechtlich nicht gefordert, den Zugriff wegen des Risikos einer Kernbereichsverletzung von vornherein zu unterlassen**. Es ist geboten, aber auch ausreichend, **in der Auswertungsphase für einen hinreichenden Schutz zu sorgen** (BVerfG NJW 2012, 833).
- Von Verfassungs wegen ist eine **Echtzeitkontrolle**, welche einen sofortigen Abbruch der Maßnahme ermöglicht, **nicht gefordert** (BVerfG NJW 2012, 833), eine solche Echtzeitkontrolle schreibt auch das **Zollfahndungsdienstgesetz** nicht vor.

*„Die Erhebung der Daten und ihre technische Auswertung ist daher soweit **zulässig, bis erkennbar wird, welche Daten die geschützte Kommunikation betreffen** und daher zu löschen sind.*

Das erfasst zunächst neben der Erhebung der Daten auch die Dekodierung der im pcap-„Format“ (genauer Schnittstelle) übermittelten Rohdaten. Die Daten über die Internetnutzung werden beim Betroffenen erfasst. Erst wenn erkennbar ist, dass dieser über das Internet mit seinem Verteidiger kommuniziert hat, sei es per E-Mail, sei es über Internettelefonie (VoIP), muss und kann die Löschung veranlasst

werden. Eine inhaltliche Auswertung, also die Kenntnisnahme vom Inhalt der Telefonate bzw. E-Mails, ist dann nicht mehr zulässig.“ (OLG Köln aaO)

2. Der **Vollzug der Maßnahme** könnte aber insoweit **rechtswidrig** gewesen sein, als das Zollkriminalamt unter Verstoß gegen § 23 a V ZFdG die geschützte Kommunikation des Betroffenen mit dem Bf. nicht unverzüglich gelöscht hat, sondern die **Löschung der internetbasierten Kommunikation erst mehr als ein Jahr nach Erhebung der Daten erfolgt** ist.

Unverzüglich bedeutet **ohne schuldhaftes Zögern**. Dabei kann grds. in engen Grenzen auch Berücksichtigung finden, inwieweit die kurzfristige Löschung der geschützten Kommunikation technisch überhaupt möglich ist. **Technische Schwierigkeiten**, gezielt nur die geschützte Kommunikation zu löschen, ohne auch andere, nicht dem Schutz des § 23 a V ZFdG unterliegende Daten mit zu löschen, **rechtfertigen das Aufschieben des Löschens indes nicht**.

„Es handelt sich um **behebbar Schwierigkeiten**, wie der Umstand zeigt, dass nach Angaben des Zollkriminalamts die Daten inzwischen gelöscht worden sind. Auch das vom Zollkriminalamt vorgelegte Schreiben des Softwareherstellers zeigt, dass es technisch möglich wäre, die geschützte Kommunikation zu löschen und das Problem in der Hardware- und Software-Ausstattung des Zollkriminalamts liegt. Nach diesem Schreiben setzen die „fachlichen Anforderungen des Zollfahndungsdienstgesetzes zur Kernbereichsbehandlung die Version 1.90 der TKÜ-Auswertsoftware voraus“. Diese Software könne (nur) deshalb nicht installiert werden, weil die vom Zollkriminalamt eingesetzten „betagten“ Server und das dort installierte Betriebssystem von der Software nicht unterstützt würden.

Soweit für die Löschung eine andere technische Ausstattung (Hardware, Betriebssystem, aber auch Software) als beim Zollkriminalamt vorhanden erforderlich ist, **rechtfertigt dies nicht die Speicherung der geschützten Daten**. Vielmehr muss das Zollkriminalamt, um den Anforderungen des Gesetzes und der Verfassung nachzukommen, notfalls auf andere Hard- oder Software zurückgreifen. Insoweit ergibt die Abwägung den Vorrang der Interessen des Bf. am Schutz der Verteidigerkommunikation vor rein fiskalischen Erwägungen. Die technische Ausstattung muss den (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben entsprechen. **Verwaltungsinterne Probleme** bei der Beschaffung der erforderlichen Hard- und Software **rechtfertigen keinen Grundrechtseingriff**.

Dass es nach derzeitigem Stand aus technischen Gründen objektiv nicht möglich ist, gezielt einzelne internetbasierte Kommunikation zu löschen, ist nicht ersichtlich und wird vom Zollkriminalamt auch nicht geltend gemacht.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass anderweitige Vorkehrungen zum Schutz der Daten getroffen wurden: Das Zollkriminalamt legt nicht dar, welche konkreten Vorkehrungen getroffen wurden. Dass diese ebenso effektiv sind wie die vom Gesetz vorgeschriebene Löschung der Daten, ist nicht ersichtlich. Unabhängig davon schreibt das Gesetz die Löschung vor. Andere Maßnahmen können daher allenfalls dann erwogen werden, wenn die Löschung der Daten objektiv technisch nicht möglich ist, wovon der Senat im vorliegenden Fall aus den oben genannten Gründen aber nicht ausgeht.“ (OLG Köln aaO)

Passivlegitimation
bei Geltendmachung eines Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs
(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2013, 585; Beschluss vom 14.01.2013 – 4 LA 230/12)

1. Ein auf die **Wiederherstellung des ursprünglichen rechtmäßigen Zustandes** gerichteter Folgenbeseitigungsanspruch entsteht zwar, wenn durch einen hoheitlichen Eingriff in ein subjektives Recht ein noch andauernder rechtswidriger Zustand geschaffen wird.
2. Ein Folgenbeseitigungsanspruch wegen eines verwirklichten rechtswidrigen Verwaltungsakts (so genannter Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch) richtet sich gegen den Träger der öffentlichen Verwaltung, dem die **Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat**, angehört.
3. Ein **Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch besteht nicht**, wenn der vollzogene Bescheid nicht nichtig ist und **Bestandskraft** erlangt hat.

A. Grundlagenwissen: Die Folgenbeseitigungsklage

Die **Folgenbeseitigungsklage** steht insofern im Zusammenhang mit der Unterlassungsklage, als mit ihr die **Beseitigung der rechtswidrigen Folgen von Verwaltungshandeln** begehrt wird. In Abgrenzung zur Verpflichtungsklage kommt es dabei nicht darauf an, ob die folgenreichende Handlung als VA oder schlicht hoheitlich erfolgte; es ist lediglich entscheidend, ob die Folgenbeseitigung durch schlicht hoheitliches Handeln erfolgen soll. Allerdings ist zu beachten, dass der Grundsatz „dulde und liquidiere“ auch hier keine Anwendung findet, so dass nach Unanfechtbarkeit eines VA nicht ohne weiteres Beseitigung der rechtswidrigen Folgen verlangt werden kann (vgl. BVerwG BayVBl. 87, 541 = ZA 10/87 S. 46).

I. Rechtsgrundlage

Der Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) ist zwischenzeitlich allgemein anerkannt.

Die Rspr. hatte den Folgenbeseitigungsanspruch zunächst als **Bestandteil der Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts** angesehen und ihn unter Hinweis auf § 113 I 1 und 2 VwGO als einen Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen eines vollzogenen und danach auf eine Anfechtungsklage hin aufzuhebenden VA aufgefasst (vgl. BVerwGE 28, 155).

Diese Rechtsprechung ist dann vom **BVerwG** dahin weiterentwickelt worden, dass der Folgenbeseitigungsanspruch seine **Grundlage im Bundesverfassungsrecht** (Art. 20 III GG) hat und dass er nicht nur bei vollzogenen VA, sondern bei **allen Amtshandlungen (auch Realakten)** besteht, die rechtswidrige Folgen nach sich gezogen haben.

vgl. BVerwG DVBl. 71, 858; BVerwGE 38, 336; BVerwG NJW 73, 1854; BVerwGE 59, 319; VGH Mannheim NJW 85, 1482.

Dementsprechend ist der Folgenbeseitigungsanspruch in der Folgezeit als ein Anspruch auf Beseitigung der rechtswidrigen Folgen einer **Amtshandlung** angesehen worden.

II. Der **Dogmatik** nach sind einfacher und qualifizierter Folgenbeseitigungsanspruch zu unterscheiden.

1. Ist zunächst ein VA ergangen und dieser vollzogen worden, so muss der Bürger zunächst den VA im Wege der Anfechtungsklage beseitigen, da er die causa für den nachfolgenden Vollzug (Realakt) gewesen ist. Erst dann ist der Weg für den Folgenbeseitigungsanspruch (Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch) frei (**qualifizierter Folgenbeseitigungsanspruch**). Die Klagen können miteinander verbunden werden, wie sich bereits aus § 113 I 2 VwGO ergibt.
2. Ist kein VA vorausgegangen, kann sogleich auf Beseitigung des Realaktes geklagt werden (**einfacher Folgenbeseitigungsanspruch**).
3. Bei der **vorbeugenden Abwehrklage** handelt es sich nicht um einen Unterfall des Folgenbeseitigungsanspruchs, da dieser eine bereits **eingetretene** Verletzung und

die Beseitigung der unmittelbaren Folgen zum Gegenstand hat. Zu denken ist an eine **entspr. Anwendung des § 1004 BGB**. Ist in **Grundrechte** eingegriffen, so sind diese selbst Anspruchsgrundlage (Grundrechte als unmittelbare Abwehrrechte gegen den Staat), vgl. OVG Münster DÖV 85, 285 = ZA 07/85 S. 24.)

B. Passivlegitimation beim Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch (OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2013, 585)

Fall: Das VG hat die auf die Verpflichtung des Bekl., die Kl. von dem 30 %igen Zuschlag für die ganztägige Betreuung ihrer Tochter C in der Kindertagesstätte D. freizustellen, gerichtete Klage mit der Begründung abgewiesen, dem geltend gemachten Anspruch stehe schon entgegen, dass der von den Kl. behauptete Rechtsanspruch auf einen Ganztagskindergartenplatz nicht bestehe. Der Anspruch gem. § 24 I 1 SGB VIII richte sich nicht auf eine Ganztagsbetreuung. Ein Rechtsanspruch auf einen Ganztagsplatz ergebe sich auch nicht aus dem KiTaG. Der Anspruch auf eine Teilzeitbetreuung sei hier erfüllt, weil die Wohnsitzgemeinde der Kl. ihnen einen Vormittagsplatz im Kindergarten E. für ihre Tochter angeboten habe. Dieser Entscheidung des VG haben die Kl. in der Begründung ihres Zulassungsantrags entgegengehalten, dass das VG die rechtliche Prüfung unzulässig verkürzt habe, indem es diese ausschließlich auf die Frage beschränkt habe, ob sie die Vorhaltung eines Kindertagesplatzes beanspruchen könnten. Denn sie könnten von dem Bekl. im Wege eines allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs in der Gestalt eines Folgenbeseitigungsentschädigungsanspruchs eine Freistellung von den durch den Zuschlag entstandenen Mehraufwendungen fordern. Die Erhebung eines Zuschlags für Ortsfremde sei im Hinblick auf die Verpflichtung des Bekl. zur Sicherstellung von Ganztagskindergartenplätzen nämlich rechtswidrig. Besteht ein Folgenbeseitigungsanspruch?

I. Folgenbeseitigungsanspruch

Beim Folgenbeseitigungsanspruch ist zu unterscheiden zwischen dem im Grundsatz nicht geregelten **allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch**, mit dem die noch andauernden Folgen eines rechtswidrigen schlicht-hoheitlichen Handeln beseitigt werden und dem **Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch des § 113 I 2 VwGO**, der besteht, wenn ein rechtswidriger Verwaltungsakt vollzogen wurde.

*„Ein auf die **Wiederherstellung des ursprünglichen rechtmäßigen Zustandes** gerichteter Folgenbeseitigungsanspruch entsteht zwar, wenn durch einen hoheitlichen Eingriff in ein subjektives Recht ein noch andauernder rechtswidriger Zustand geschaffen wird (vgl. BVerwGE 140, 34 = NVwZ 2011, 1388 m. w. Nachw.).“* (OVG Lüneburg aaO)

Die Festsetzung des Zuschlags für Ortsfremde ist als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG anzusehen, so dass es allenfalls um einen Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch nach § 113 I 2 VwGO gehen kann.

II. Anspruchsgegner

*„Ein Folgenbeseitigungsanspruch wegen eines verwirklichten rechtswidrigen Verwaltungsakts (so genannter Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch) richtet sich aber **gegen den Träger der öffentlichen Verwaltung, dem die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, angehört** (vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwaltungsR, Bd. I, 12. Aufl., § 52 Nr. 21). Daher kann ein Folgenbeseitigungsanspruch auf Grund der nach Auffassung der Kl. rechtswidrigen Heranziehung zu einem Zuschlag für Ortsfremde nicht mit Erfolg gegen den Bekl. geltend gemacht werden. Denn die Kl. sind nicht von dem Bekl., sondern von der **Samtgemeinde F.** auf der Grundlage der Satzung über den Betrieb und die Benutzung sowie die Erhebung von Benutzungsgebühren für Tageseinrichtungen für Kinder der Gemeinde D. zu einem Zuschlag von 30 % **herangezogen worden.**“* (OVG Lüneburg aaO)

III. Anspruchsvoraussetzungen

Der Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch setzt im Weiteren voraus, dass ein **rechtswidriger Verwaltungsakt vollzogen** wurde. Allerdings greift § 113 I 2 VwGO nur im Zusammenhang mit einer Anfechtungsklage nach § 113 I 1 VwGO ein, so dass der Anspruch voraussetzt, dass der Verwaltungsakt noch mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann, also noch nicht bestandskräftig geworden ist.

„Des Weiteren steht dem geltend gemachten Folgenbeseitigungsanspruch auch entgegen, dass die Bescheide über die Heranziehung zu dem o. g. Zuschlag nicht nichtig sind und Bestandskraft erlangt haben. Ein Anspruch auf Folgenbeseitigung setzt – wie bereits ausgeführt – in materiell-rechtlicher Hinsicht voraus, dass durch einen hoheitlichen Eingriff ein rechtswidriger Zustand geschaffen worden ist, der noch andauert. Ein vollzogener Verwaltungsakt, der nicht nichtig ist, bildet aber die Rechtsgrundlage für den von ihm geschaffenen Zustand, solange er noch nicht aufgehoben worden ist (vgl. Fehling/Kastner/Störmer, VerwaltungsR, 3. Aufl., § 113 VwGO, Nr. 78) und schließt daher den Einwand, der Zustand sei rechtswidrig, jedenfalls dann aus, wenn er bestandskräftig geworden ist (vgl. Fehling/Kastner/Störmer, VerwaltungsR, 3. Aufl., § 113 VwGO, Nr. 78).“ (OVG Lüneburg aaO)

(OVG Lüneburg in DÖV 2013, S. 528; Beschluss vom 25.03.2013 - 11 ME 34/13)

Ist wegen der von einem Hund ausgehenden Gefahr für diesen ein **Leinen- und Maulkorbzwang** gegenüber dem Hundehalter bestandskräftig angeordnet worden, geht die Zustandsverantwortlichkeit für das Tier bei einem **Eigentumswechsel** oder einer Übertragung der Sachgewalt auf den **Rechtsnachfolger** über, wenn diesem gegenüber die bestehende Polizeipflicht durch Verwaltungsakt bekannt gegeben wird.

Fall: Der Antragsteller begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen einen Bescheid der Antragsgegnerin.

Der Antragsteller ist seit dem 01.05.2012 Halter eines Boxer-Staffordshire-Mischlingsrüden mit dem Namen „B.“. Zuvor war der Sohn des Antragstellers Halter dieses Hundes. Dem Sohn gab der damals zuständige Landkreis Sch. mit bestandskräftigem Bescheid vom 17.03.2011 gemäß § 13 des Niedersächsischen Gesetzes über das Halten von Hunden vom 12.12.2002 (Nds. VBl. 2003, 2), geändert durch Gesetz vom 30.10.2003 (Nds. GVBl. S. 367) - NHundG a. F. -, unter Anordnung der sofortigen Vollziehung auf, B. außerhalb nicht ausbruchssicher eingezäunter Grundstücke im öffentlichen Verkehrsraum ausschließlich mit Halsband, stabiler Leine von max. 2 Meter und mit Maulkorb zu führen (Anordnung zu 1.), und den Hund im öffentlichen Verkehrsraum nur von Personen führen zu lassen, die körperlich geeignet sind, das Tier, wie unter 1. ausgeführt, sicher zu beherrschen (Anordnung zu 2.). Zur Begründung der getroffenen Maßnahmen wurde darauf verwiesen, dass von dem Hund eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgehe. Es sei bereits zu mehreren Beißvorfällen zum Nachteil anderer Hundehalter und deren Tieren gekommen. B. zeige zudem seinem Halter gegenüber keinerlei Unterordnung und Gehorsam. Mit bestandskräftigem Bescheid vom 11.04.2012 untersagte die Stadt B. dem Sohn des Antragstellers die Haltung von B.

Mit Bescheid vom 21. September 2012 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller die Anordnungen zu 1. und zu 2. des Bescheides des Landkreises Sch. vom 17. März 2011 mit. Die Antragsgegnerin führte weiter aus, dass die Anordnungen dieses bestandskräftigen Bescheides auch von dem Antragsteller als neuem Hundehalter zu befolgen seien.

Dagegen hat der Antragsteller am 19.10.2012 Klage erhoben, über die noch nicht entschieden ist, und beantragt, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 21.09.2012 wiederherzustellen. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

Der Antrag ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung der Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Mangels Vorliegen von auf oder abdrängenden Sonderzuweisen ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, wenn eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art** vorliegt. Da hier keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, fraglich ist daher allein, ob die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier geht es um die Pflichten des Antragstellers aus dem NdsHundG. Hierbei handelt es sich um einen Teilbereich des **Gefahrenabwehrrechts** und damit um klassische öffentliches Recht, so dass die Streitigkeit auch öffentlich-rechtlich und der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

II. Statthaftigkeit des Antrags

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO ist statthaft, wenn in der Hauptsache die Anfechtungsklage einschlägig und der Suspensiveffekt entfallen ist.

1. Anfechtungsklage in der Hauptsache

Bei der streitigen Verfügung handelt es sich ohne weiteres um einen belastenden Verwaltungsakt, so dass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben war.

2. Wegfall des Suspensiveffekts

Fraglich ist jedoch, ob der Suspensiveffekt überhaupt entfallen ist.

a) Feststellung der Fortdauer der Polizeipflichtigkeit

Mit dem an den Antragsteller adressierten Bescheid der Antragsgegnerin vom 21.09.2012 wird die **Fortdauer einer Polizeipflichtigkeit hinsichtlich des Hundes B. festgestellt.**

aa) Rechtsnachfolge in Polizeipflicht

*„Entgegen der Ansicht des Antragstellers handelt es sich dabei nicht um eine neue Sachentscheidung, mit der eine von dem Hund ausgehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit abgewehrt werden soll. Haftet die „Polizeiwidrigkeit“ an einer Sache und wird in Bezug auf diese Sache eine **Polizeipflicht** durch Verwaltungsakt **bestandskräftig konkretisiert, geht die Zustandsverantwortlichkeit für die Sache bei einem Eigentumswechsel oder einer Übertragung der Sachgewalt auf den Rechtsnachfolger über** (Denninger, in: Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Buchst. D, Rn. 125; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2012, § 9, Rn. 53 ff.; Stadie, DVBl. 1990, 501, 507; BVerwG, Urt. v. 22.1.1971 - IV C 62.66 -, NJW 1971, 1624, juris, Rn. 18, zur Wirksamkeit einer Beseitigungsanordnung gegenüber dem Gesamtrechtsnachfolger im Bauordnungsrecht, vgl. auch § 79 Abs. 1 Satz 5 NBauO).“ (OVG Lüneburg aaO)*

bb) Vorliegen einer konkretisierten Polizeipflicht

Es kommt darauf an, ob im vorliegenden Fall von einer gegenüber dem Sohn des Antragstellers bereits konkretisierten Polizeipflicht ausgegangen werden kann.

*„Der Hund B. war vor Erlass des bestandskräftigen Bescheides des Landkreises Sch. vom 17.03.2011 mehrfach durch Beißattacken gegen andere Hunde auffällig geworden. Von ihm ging daher eine Gefahr aus, die den Landkreis Sch. veranlasste, gemäß § 13 NHundG a. F. gegenüber dem Sohn des Antragstellers, dem damaligen Halter des Tieres, die oben näher bezeichneten **Einzelmaßnahmen anzuordnen**. Die Anordnungen beruhten insbesondere auf der Gefährlichkeit des Tieres, das seinem Halter gegenüber den Gehorsam und die Unterordnung vermissen ließ, und begründeten deshalb eine **Zustandshaftung des Sohnes des Antragstellers als Halter des Hundes**. Polizeirechtlich werden Tiere wie Sachen behandelt (vgl. § 90 a BGB, § 7 Abs. 1 Satz 1 Nds. SOG).“ (OVG Lüneburg aaO)*

cc) Übergang auf den Antragsteller

Die von dem Landkreis Sch. gegenüber dem Sohn des Antragstellers angeordneten Polizeipflichten könnte auf den Antragsteller übergegangen sein.

*„Ob dies bereits mit dem Halterwechsel am 01.05.2012 geschehen ist oder ob es dazu zusätzlich einer **Bekanntgabe der die Polizeipflicht begründenden Anordnungen gegenüber dem Rechtsnachfolger** bedarf (bejahend: Denninger, a. a. O., Buchst. D, Rn. 124; Gusy, Polizeirecht, 8. Aufl. 2011, Rn. 362), muss in dem vorliegenden Verfahren nicht entschieden werden. Denn die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller die **Ziffern 1. und 2. des Bescheides** des Landkreises Sch. vom 17.03.2011 **mit dem Bescheid vom 21.09.2012** gemäß §§ 41, 43 VwVfG **bekanntgegeben**. Hierzu war die Antragsgegnerin im Rahmen der ihr nach dem Niedersächsischen Gesetz über das Halten von Hunden vom 26.05.2011 (Nds. GVBl. S. 130) - NHundG - übertragenen Zuständigkeit (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 Satz 2 NHundG) befugt. Mit der **Bekanntgabe** werden die von dem Landkreis Sch. getroffenen **Anordnungen auch gegenüber dem Antragsteller verbindlich durch Verwaltungsakt festgestellt**. Eine neue Sachentscheidung ist damit nicht verbunden. Insbesondere hat die Antragsgegnerin mit ihrem Bescheid nicht eine eigenständige Entscheidung zur Gefahrenabwehr nach § 17 Abs. 4 Satz 2 NHundG getroffen.“ (OVG Lüneburg aaO)*

b) Wirkungen der Klage des Antragstellers

Auch bei einer Klage gegen einen dergestalt feststellenden Verwaltungsakt treten nach § 80 I 2 VwGO die Wirkungen des § 80 I 1 VwGO und damit der Suspensiveffekt ein. Ein Fall des gesetzlichen Wegfalls der aufschiebenden Wirkung nach § 80 I 1 Nr. 1-3, 2 VwGO liegt nicht vor. Allerdings könnte hier eine Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO vorliegen.

aa) Anordnung der sofortigen Vollzieher gegenüber dem Antragsteller

Es könnte eine Anordnung der sofortigen Vollziehung gegenüber dem Antragsteller erfolgt sein.

*„Eine solche Anordnung muss **ausdrücklich erfolgen** und darf hinsichtlich ihres Charakters nicht zweifelhaft sein (Kopp/Schenke, 18. Aufl. 2012, § 80, Rn. 83). Der Bescheid vom 21.09.2012 enthält **nicht ansatzweise eine Erklärung**, die als Anordnung der sofortigen Vollziehung ausgelegt werden könnte. Eingangs des Bescheides werden die **Anordnungen zu 1. und 2. des Bescheides vom 17.03.2011** wiedergegeben. Es folgt die Regelung, dass diese bestandskräftigen Anordnungen von dem Antragsteller als neuem Hundehalter **weiterhin zu befolgen seien**. Der Bescheid schließt mit der Rechtsmittelbelehrung.“ (OVG Lüneburg aaO)*

Eine Anordnung der sofortigen Vollziehung ist daher unmittelbar gegenüber dem Antragsteller nicht erfolgt.

bb) Fortdauer der Anordnung der sofortigen Vollziehung gegenüber dem Sohn des Antragstellers.

Allerdings könnte die gegenüber dem Sohn des Antragstellers erfolgt Anordnung der sofortigen Vollziehung fortgelten. Die Antragsgegnerin hat in ihrem feststellenden Bescheid jedoch nur die Ziffern 1) und 2) des gegenüber dem Sohn ergangenen Verfügung als auch gegenüber dem Antragsteller verbindlich feststellt.

*„Mit dem Übergang der Pflichten aus dem Bescheid vom 17.03.2011 auf den Antragsteller **lebt auch nicht die in diesem Bescheid angeordnete sofortige Vollziehung der hunderechtlichen Anordnungen wieder auf**. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass der genannte Bescheid bestandskräftig ist und sich damit dessen sofortige Vollziehbarkeit erledigt hat.“ (OVG Lüneburg aaO)*

Der Suspensiveffekt ist daher nicht entfallen, so dass die Klage des Antragstellers aufschiebende Wirkung hat. Liegt aber kein Fall des Wegfalls der aufschiebenden Wirkung vor, so ist der Antrag nach § 80 V VwGO unstatthaft und daher unzulässig.

III. Rechtsfolgen des Suspensiveffekts bei feststellenden Verwaltungsakten

Fraglich ist jedoch, ob der Eintritt des Suspensiveffekts bei dem feststellenden Verwaltungsakte zur Folge hat, dass der Antragsteller zunächst die getroffenen Maßnahmen nicht ergreifen muss.

*„Mit der aufschiebenden Wirkung der Klage ist **nicht die Rechtsfolge verbunden**, dass der Antragsteller nunmehr vorläufig die ursprünglich seinem Sohn **aufgegebenen Pflichten nicht mehr zu befolgen hat**.“*

*Ein Verwaltungsakt, mit dem eine **bestandskräftig konkretisierte Pflicht**, die aus der Zustandsverantwortlichkeit herrührt, dem Rechtsnachfolger bekanntgegeben wird, ist **nur hinsichtlich des Überganges dieser Pflicht anfechtbar** und deshalb beispielsweise mit dem Einwand fehlender Rechtsnachfolge angreifbar (Gusy, a. a. O., Rn. 364; Denninger, aaO Buchst. D, Rn. 124). Den dem Rechtsvorgänger aufgegebenen Pflichten ist uneingeschränkt nachzukommen. Der Antragsteller ist deshalb verpflichtet, den Hund B. außerhalb ausbruchsicher eingezäunter Grundstücke im öffentlichen Verkehrsraum ausschließlich mit Halsband, stabiler Leine mit einer Länge von max. 2 Meter und mit Maulkorb zu führen. Das Verwaltungsgericht verweist zu Recht darauf, dass dem Antragsteller diese Pflicht schon aufgrund der bestandskräftigen Anordnung unter Ziffer 2. des Bescheides vom 17.03.2011 obliegt. Denn dort wird ausdrücklich ausgesprochen, dass der Leinen- und Maulkorbbzwang nicht nur für den Sohn des Antragstellers, sondern auch für andere Personen, die den Hund führen, gilt.“ (OVG Lüneburg 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 **ZPO**
§§ 91a, 580 Nr. 7b **Zulässigkeit**
Widerruf einer Erledigungserklärung
 (BGH WM 2013, 1331 = MDR 2013, 927; Beschluss vom 14.05.2013 – II ZR 262/08)

Ein **einseitiger Widerruf einer Erledigungserklärung** ist nach der Anschließung durch den Bekl. **nur dann möglich, wenn ein Restitutionsgrund gegeben ist.**

„Frei widerruflich ist eine Erledigungserklärung, **solange sich der Beklagte ihr nicht angeschlossen hat** (vgl. BGH NJW 2002, 442). Nach **st. Rspr. des BGH** sind die für Willenserklärungen geltenden **Vorschriften über Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit wegen Willensmängeln auf Prozesshandlungen weder direkt noch entsprechend anwendbar. Prozesshandlungen können nur ausnahmsweise bei Vorliegen eines Restitutionsgrundes i. S. des § 580 ZPO widerrufen werden oder soweit das Gesetz dies ausdrücklich gestattet**, wie z.B. § 290 ZPO für das Geständnis (BGH NJW 2007, 1460). Das gilt auch für die Erledigungserklärung (MüKo-ZPO/Lindacher, 4. Aufl., § 91a Rn 37; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 91a Rn 22).“ (BGH aaO)

FGO **FGO**
§ 48 I Nr. 1 **Wegfall nach Vollbeendigung**
Klagebefugnis einer Personengesellschaft
 (BFH DB 2013, 1940; Urteil vom 11.04.2013 – IV R 20/10)

Die **Befugnis der Personengesellschaft, in Prozessstandschaft für ihre Gesellschafter Rechtsbehelfe** gegen Gewinnfeststellungsbescheide **einzulegen, erlischt mit deren Vollbeendigung.**

Die **Klagebefugnis geht auch nicht auf den Rechtsnachfolger der vollbeendeten Personengesellschaft über, vielmehr lebt die bis dahin überlagerte Klagebefugnis der einzelnen Gesellschafter auf.**

„Gem. § 48 I Nr. 1 Alternative 1 FGO ist eine Personengesellschaft befugt, als Prozessstandschafterin für ihre Gesellschafter und ihrerseits vertreten durch ihre(n) Geschäftsführer Klage gegen den Gewinnfeststellungsbescheid zu erheben, der sich inhaltlich nicht an die Gesellschaft, sondern an die Gesellschafter als Subjekte der Einkommensteuer richtet. Daneben können einzelne Gesellschafter unter den Voraussetzungen des § 48 I Nr. 3 bis 5 FGO klagebefugt sein (BFH BFH/NV 2012, 1095, m. w. Nachw.).“

Erlischt eine Personengesellschaft durch Vollbeendigung ohne Abwicklung, also auch in dem Fall, in dem eine Personengesellschaft in eine GmbH formwechselnd umgewandelt wird, kann nach **st. Rspr. des BFH** ein Gewinnfeststellungsbescheid indes nur noch von den früheren Gesellschaftern angefochten werden, deren Mitgliedschaft die Zeit berührt, die der anzufechtende Gewinnfeststellungsbescheid betrifft. Die Befugnis der Personengesellschaft, in Prozessstandschaft für ihre Gesellschafter Rechtsbehelfe gegen die Gewinnfeststellungsbescheide einzulegen, ist mit deren **Vollbeendigung** daher erloschen (BFH BFH/NV 2009, 1650; BFH BFH/NV 2006, 18; BFHE 146, 32; BFHE 139, 1). Insoweit lebt die bis zum Zeitpunkt der Vollbeendigung überlagerte Klagebefugnis der einzelnen Gesellschafter wieder auf.

Die Klagebefugnis geht deshalb auch nicht auf die durch den **Formwechsel** entstandene A-GmbH, die Kl., über. Dies ungeachtet dessen, dass der Rechtsformwechsel unter dem Regime des UmwG 1995 zivilrechtlich keine Rechtsnachfolge bewirkt, sondern der identische Rechtsträger nur sein "Rechtskleid" wechselt.“ (BFH aaO)

ZPO **ZPO**
§ 929 II 2 **Zustellung im Parteibetrieb**
Vollziehung einer einstweiligen Anordnung
 (VGH Mannheim NVwZ-RR 2013, 737; Beschluss vom 18.03.2013 – 4 S 226/13)

Für die **Vollziehung einer einstweiligen Anordnung** i. S. von § 123 III VwGO i. V. mit § 929 II 2 ZPO **bedarf es keiner Zustellung im Parteibetrieb, ausreichend ist es, wenn innerhalb der Monatsfrist ein Antrag nach § 890 ZPO gestellt wird.**

„Unter „**Vollziehung**“ i. d. S. ist die **Einleitung der Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Anordnung** zu verstehen. Der **Gläubiger muss innerhalb der Vollziehungsfrist des § 929 II ZPO aktiv werden, indem er vom Titel Gebrauch macht. Das gilt auch für eine auf Unterlassung gerichtete einstweilige Anordnung. Die von Amts wegen erfolgte Zustellung des Beschlusses genügt für die Vollziehung insoweit nicht. Die Amtszustellung ist Wirksamkeitserfordernis der nicht verkündeten einstweiligen Anordnung und kann deshalb nicht zugleich ihrer Vollziehung dienen. Ihr fehlt das „spezifisch vollstreckungsrechtliche Element“, dass der Gläubiger tätig wird und seinen Willen kundgibt, von dem Titel Gebrauch zu machen** (vgl. BGHZ 120, 73 = NJW 1993, 1076 = GRUR 1993, 415 m. w. Nachw.; BAGE 124, 80; Bader/Funke-Kaiser, VwGO, 5. Aufl., § 123 Rn 79 m. w. Nachw.; a. A. wohl: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 Rn 173). Für eine Vollziehung bedarf es allerdings auch keiner Zustellung im Parteibetrieb, vielmehr ist es ausreichend, wenn **innerhalb der einmonatigen Vollziehungsfrist die Festsetzung von Ordnungsmitteln nach § 890 ZPO beantragt wird. Darin liegt bereits ein Gebrauchmachen im genannten Sinne** (vgl. BGH NJW 1990, 122 = WM 1989, 927; BAGE 124, 80 m. w. Nachw.). Die innerhalb der Monatsfrist seit Wirksamwerden der einstweiligen Anordnung (durch Zustellung von Amts wegen) **beantragte Androhung eines Ordnungsgeldes genügt diesen Anforderungen. Die Monatsfrist des § 929 II ZPO hat den Zweck, dass der Vollstreckungsschuldner nicht über Gebühr im Ungewissen gelassen wird, ob er noch aus dem Titel in Anspruch genommen wird** (VGH München NVwZ-RR 2003, 699). Das ist aber nicht der Fall, wenn innerhalb der Monatsfrist des § 929 II ZPO ein Antrag nach § 890 ZPO gestellt wird, denn damit bringt der Gläubiger unmissverständlich zum Ausdruck, dass er die erwirkte Maßnahme durchsetzen will. Dementsprechend stellt das Urteil des BGH vom 22. 10. 1992 (BGHZ 120, 73 = NJW 1993,

1076 = GRUR 1993, 415 m. w. Nachw.) klar, dass eine Vollziehung auch anders als durch Zustellung im Parteibetrieb denkbar ist.“ (VGH Mannheim aaO)

StPO

§ 244 III, IV 1

Ablehnung eines Beweisantrags

„In's Blaue hinein“ aufgestellte Beweisbehauptung

(BGH NSTz 2013, 536; Urteil vom 11.04.2013 – 2 StR 504/12)

StPO

Liegt einer Beweisbehauptung ein (aktenkundiger) tatsächlicher Anknüpfungspunkt zu Grunde, kommt eine Bewertung des Beweisbegehrens als aufs Geratewohl aufgestellt nicht in Betracht.

- I. Einem in die Form eines Beweisantrags gekleideten Beweisbegehren muss nach bisheriger Rspr. ausnahmsweise nicht oder allenfalls nach Maßgabe der Aufklärungspflicht nachgegangen werden, wenn die Beweisbehauptung ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt und ohne jede begründete Vermutung aufs Geratewohl ins Blaue hinein aufgestellt wurde, so dass es sich nur um einen nicht ernstlich gemeinten, zum Schein gestellten Beweisantrag handelt. Für die Beurteilung, ob ein aufs Geratewohl gestellter Antrag vorliegt, ist die Sichtweise eines verständigen Antragstellers entscheidend. Es kommt nicht darauf an, ob das Tatgericht eine beantragte Beweiserhebung für erforderlich hält.

vgl. BGH NSTz 2003, 497; BGH NSTz 2008, 474; BGH NSTz 1993, 143; BGH StV 2002, 233; BGH NSTz 2008, 52; Meyer-Goßner, StPO, § 244 Rn 20 m. w. Nachw.; ein Festhalten an der bisherigen Rspr. offen lassend BGH StV 2008, 9; BGH Strafo 2010, 466; BGH NJW 2011, 1239; kritisch gegenüber der bisherigen Rspr. auch LR-Becker aaO, Rn 112; KK-Fischer, 6. Aufl., § 244 Rn 72

- II. Jedoch lässt sich eine Beweisbehauptung nicht als aufs Geratewohl aufgestellt ansehen, wenn diese einen tatsächlichen Anhaltspunkt hat und nicht als nicht ernstlich gemeint gewertet werden kann. Dem Ast. kann es grds. nicht verwehrt sein, auch solche Tatsachen zum Gegenstand eines Beweisantrags zu machen, deren Richtigkeit er lediglich vermutet oder für möglich hält (BGH aaO).

StPO

§ 253

Protokollverlesung

Vernehmungsprotokoll

(BGH StV 2013, 545 = NSTz 2013, 479; Beschluss vom 19.03.2013 – 3 StR 26/13)

StPO

Erklärt ein polizeilicher Vernehmungsbeamter, dass er sich an den Inhalt einer von ihm protokollierten Vernehmung eines Zeugen nicht erinnern kann, scheidet die Verlesung des von ihm erstellten Protokolls nach § 253 StPO aus.

„Diese Vorschrift gilt nicht im Rahmen der Vernehmung von Verhörspersonen, die in der Hauptverhandlung über Bekundungen aussagen, die andere vor ihnen gemacht haben (vgl. BGH StV 1994, 637). Die Vorschrift ist nur anwendbar, wenn es sich bei dem Zeugen, dessen Gedächtnis unterstützt werden soll, um dieselbe Person handelt, deren Aussage in dem zu verlesenden Protokoll festgestellt wurde (BGH NSTz 1984, 17). Ein Anwendungsfall des § 253 StPO liegt deshalb hier nicht vor. Verhörspersonen können die darüber aufgenommenen Niederschriften zwar vorgehalten werden, sie dürfen aber nicht, wie hier, zum ergänzenden Urkundenbeweis bei Erinnerungsmängeln benutzt werden (vgl. BGH NSTz 1984, 17; KK-Diemer, 6. Aufl., § 253 Rn 3).“ (BGH aaO)

StPO

§§ 210 II, 304

Sofortige Beschwerde

Unzulässigkeit im Zwischenverfahren gegen ergänzende Beweiserhebungen

(OLG Celle NSTz-RR 2013, 287; Beschluss vom 15.05.2013 – 1 Ws 158/13)

StPO

- I. Die Anordnung ergänzender Beweiserhebungen im Zwischenverfahren ist auch dann nicht mit der sofortigen Beschwerde nach § 210 II StPO anfechtbar, wenn das Gericht zugleich die Abtrennung der davon betroffenen Anklagevorwürfe beschlossen hat.

„Gem. § 210 II StPO steht der Staatsanwaltschaft gegen den Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens die sofortige Beschwerde nur zu, wenn das Gericht - ganz oder zum Teil - die Eröffnung abgelehnt oder abweichend von dem Antrag der Staatsanwaltschaft die Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung ausgesprochen hat. Vorliegend ist weder eine (Teil)Ablehnung der Eröffnung noch eine (Teil)Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung erfolgt.“

Die angefochtene Entscheidung ist auch nicht etwa einer Teiblehnung der Eröffnung gleichzustellen: Die Wirtschaftsstrafkammer hat hinsichtlich der Anklagevorwürfe des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gerade keine Entscheidung über die Eröffnung getroffen, sondern - zur Vorbereitung einer solchen Entscheidung - gem. § 202 S. 1 StPO ergänzende Beweiserhebungen angeordnet. Diese Anordnung ist nach § 202 S. 2 StPO nicht anfechtbar. Sie wird auch nicht dadurch mit der sofortigen Beschwerde nach § 210 II StPO anfechtbar, dass zugleich die Abtrennung dieser Anklagevorwürfe angeordnet worden ist.

Selbst wenn man der Generalstaatsanwaltschaft darin folgen würde, dass es hier an einer gleichzeitigen und erschöpfenden Behandlung des gesamten Anlagestoffs im Eröffnungsverfahren fehlt, wäre nur die einfache Beschwerde nach § 304 StPO mit dem Ziel der Ergänzung des Beschlusses zulässig (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 210 Rn 4). Eine Überprüfung der Anordnung ergänzender Beweiserhebungen oder gar Ersetzung der fehlenden Eröffnungsentscheidung durch das Beschwerdegericht könnte damit in keinem Fall erreicht werden. Denn § 210 II StPO ist als Ausnahmenvorschrift restriktiv auszulegen (vgl. OLG Hamburg wistra 2003, 38). Dies ergibt sich daraus, dass die positive Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 207 StPO für den Angekl. unanfechtbar ist (§ 210 I StPO), weil sie nur eine vorläufige Bewertung darstellt, die der Überprüfung in der Hauptverhandlung und im an diese anschließenden Rechtsmittelzug unterliegt, während für die spiegelbildlich negative Entscheidung der Staatsanwaltschaft die Anfechtungsmöglichkeit nach § 210 II StPO im Wesentli-

chen deshalb zur Verfügung gestellt worden ist, weil die Entscheidung wegen der Rechtskraftwirkung des § 211 StPO endgültig wäre (vgl. OLG Hamburg aaO; LR-Stuckenberg, StPO, 26. Aufl., § 210 Rn 1 m. w. Nachw.). Da hingegen die **Anordnung ergänzender Beweiserhebungen mit gleichzeitiger Abtrennung** des davon betroffenen Verfahrensteils **keine endgültige Entscheidung mit Rechtskraftwirkung** darstellt, spricht schon der **Grundsatz der Rechtsmittelsymmetrie**, wie er in § 296 StPO Ausdruck findet (vgl. Rieß in Anm. zu BayObLG OLGSt StPO § 210 Nr. 3), angesichts der dem Angekl. fehlenden unmittelbaren Anfechtungsmöglichkeit dafür, die nach § 210 II StPO statthafte sofortige Beschwerde auf die Überprüfung der in dieser Vorschrift ausdrücklich angeführten Gegenstände zu beschränken (OLG Hamburg aaO; LR-Stuckenberg, § 210 Rn 4; LR-Erb, § 2 Rn 26).“ (OLG Celle aaO)

- II. Die Staatsanwaltschaft kann die Abtrennung als solche mit der **Beschwerde nach § 304 StPO** anfechten.

„§ 305 S. 1 StPO steht dem nicht entgegen, weil die **Abtrennung nur den Fortgang des abgetrennten Verfahrensteils hemmt** und bei der Urteilsfällung nicht erneut geprüft wird (OLG Düsseldorf NStZ-RR 1996, 142; LR-Erb aaO; Meyer-Goßner aa.; jew. m. w. Nachw.).“ (OLG Celle aaO)

StPO
§§ 298 I, 312, 314

Berufungseinlegung „SMS-to-Fax-Service“

StPO

(OLG Brandenburg NStZ-RR 2013, 288; Beschluss vom 10.12.2012 – 1 Ws 218/12)

Für die **Wahrung des Schriftformerfordernisses** ist auch bei **fristgebundenen Rechtsbehelfen** eine **handschriftliche Unterzeichnung nicht zwingend erforderlich**; **entscheidend** ist vielmehr, dass aus dem Schriftstück in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise oder jedenfalls hinreichend zuverlässig **ersichtlich** ist, **von wem die Erklärung herrührt**.

- I. Dem **Sinn und Zweck des Schriftlichkeitserfordernisses**, dem Schriftstück den Inhalt der Erklärung wie auch die Person desjenigen, der sie abgibt, hinreichend zuverlässig entnehmen zu können, genügt es, wenn ein Absender im Wege der elektronischen Datenübermittlung veranlasst, dass die maßgebliche Erklärung erst andersorts und nur maschinenschriftlich niedergelegt wird. Maßgeblich ist allein die auf Veranlassung des Absenders am Empfangsort erstellte, für den Adressaten bestimmte Urkunde, so dass es nicht darauf ankommt, ob diese auf einer Urschrift beruht, die am Absendeort aufgenommen und vom Erklärenden unterzeichnet worden ist.

Aus diesem Grund ist seit langem anerkannt, dass Rechtsmittelschriften durch Telegramm, Fernschreiben und sog. Computerfax ihrer Art nach dem Schriftlichkeitserfordernis genügen (vgl. GmS-OGB NJW 2000, 2340; BGH NStZ 1983, 36 – jew. m. w. Nachw.). Ebenso wie bei diesen Übertragungsmitteln wird – anders als etwa bei einer Übermittlung durch elektronische Post über das Internet (E-Mail) – bereits vom Absender ein Ausdruck an Empfängerstelle veranlasst und so ohne Zutun des Empfängers, der entsprechende Technik vorhält, ein Substrat geschaffen. Dieses kann dann die notwendigen Angaben zu Inhalt der Erklärung und Person des Erklärenden erhalten.

- II. Zur Schriftform gehört weiter, dass ein **Schriftstück** vorliegt, **aus dem die Person, von der sie ausgeht**, schon im Zeitpunkt des Eingangs der Erklärung bei Gericht **entnommen werden kann**.

„Die **Einhaltung von Formvorschriften ist nicht Selbstzweck**; auch sie **dienen letztlich der Wahrung der materiellen Rechte der Verfahrensbeteiligten**, indem sie die einwandfreie Durchführung des Prozesses sicherstellen. Für die Wahrung des Schriftformerfordernisses ist daher auch bei fristgebundenen Rechtsbehelfen eine **handschriftliche Unterzeichnung nicht unbedingt notwendig**; **entscheidend** ist, dass aus dem Schriftstück in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise oder jedenfalls hinreichend zuverlässig ersichtlich ist, von wem die Erklärung herrührt (vgl. GmS-OGB NJW 1980, 172; RGSt 62, 53; RGSt 63, 246; RGSt 67, 385; BGHSt 2, 77; BGHSt 12, 317; BGH NJW 1984, 1974; BGH NStZ 2002, 558; BVerfGE 15, 288; BVerfG NJW 2002, 3534; Meyer-Goßner, 55. Aufl., Einleitung, Rn 128).

Dem **Telefax-Schreiben vom 5. 4. 2012**, das auf Veranlassung des Absenders der elektronischen Kurznachricht (SMS) ausgedruckt worden ist, lässt sich eine bestimmte Person als deren Urheber noch hinreichend zuverlässig entnehmen. Der Text bezeichnet den Namen des Erklärenden, indem er mit den Buchstaben „...“ schließt.

Die erforderliche an den **Umständen des Einzelfalls** ausgerichtete Prüfung, von wem das Schriftstück herrührt und ob dieser zum Kreis der Beschwerdeberechtigten gehört, ergibt, dass das Rechtsmittel von der gesetzlichen Vertreterin des Angekl., Frau C. K., eingelegt worden ist. Die Identität des Erklärenden ergibt sich hier bereits aus dem Schriftstück, d. h. der auf seine Veranlassung am Empfangsort erstellten körperlichen Urkunde selbst (vgl. dazu BVerfGE 15, 288; BGH NStZ 2002, 558; BGH NJW 1984, 1974; RGSt 67, 385, 388; BayObLG NJW 1980, 2367; KG JR 1971, 252; s. auch LR-Gössel, 25. Aufl., § 314 Rn 19). Auch ohne den Inhalt weiterer Schriftsätze, die etwa vom gleichen Mobilfunkanschluss aus veranlasst worden sind, oder andere Umstände und Beziehungen aus dem vorausgegangenen Verfahren zur Ermittlung der Identität des Absenders heranzuziehen, steht hinreichend zuverlässig fest, dass mit „...“ die im Hauptverhandlungsprotokoll des AG ... aufgeführte gesetzliche Vertreterin des Angekl. Berufung eingelegt hat. Dass dann ein Buchstabe des Zunamens fehlt, ist dadurch erklärbar, dass die SMS-Nachricht die 160-Zeichen-Grenze erreicht.

Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei dem Telefax lediglich um einen Entwurf gehandelt hat oder die Erklärung ohne Wissen und Willen der Bf. dem Gericht zugeleitet wurde, sind nicht gegeben. Angesichts des sehr bestimmt formulierten Textes „ich lege [...] sofortige Berufung ein“ ist der Ergänzung „(folgt schriftl.)“ nicht zu entnehmen, Berufung solle jetzt noch nicht, sondern erst mit einem (weiteren) Schriftsatz eingelegt werden.“ (OLG Brandenburg aaO)

- III. Das Ergebnis entspricht auch den **Forderungen des Verfahrensgrundrechts aus Art. 19 IV GG**.

„Das **Gebot des effektiven Rechtsschutzes**, der Anspruch des Bürgers auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle, fordert, dass die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften den Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren. Bei der Anwendung und Auslegung prozessrechtlicher Vorschriften, die die Gewährung rechtlichen Gehörs sichern sollen, dürfen keine überspannten Anforderungen gestellt werden (vgl. BVerfG NJW 2002, 3534).“ (OLG Brandenburg aaO)

BbgVerfGG
§ 16**Verfassungsbeschwerdeverfahren**
Akteneinsichtsrecht

öfFR

(Bbg VerfG NVwZ-RR 2013, 705; Beschluss vom 17.05.2013 – VfGBbg 3/13)

Der **Rechtsanspruch der Beteiligten auf Akteneinsicht** gem. § 16 BbgVerfGG ist **akzessorischer Natur** und **endet mit dem Abschluss des Verfassungsbeschwerdeverfahrens**.

„Das **Verfassungsbeschwerdeverfahren** ist mit dem Beschluss vom 15.03.2013 **förmlich abgeschlossen** worden. Damit **endete die Beteiligtenstellung der Bf.**, zugleich erlosch auch ihr akzessorisch an das laufende Verfahren gebundener Rechtsanspruch nach § 16 BbgVerfGG (vgl. zur entsprechenden Regelung in § 20 BVerfGG: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: Dez. 2012, § 20 Rn 13; Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl., § 20 Rn 16).“ (Bbg VerfG aaO)

VwGO
§ 50 I Nr. 6**Planfeststellungsverfahren**
Erstinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG

VwGO

(BVerwG NVwZ 2013, 1219; Beschluss vom 11.07.2013 – 9 VR 5/13)

Die **sachliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts** für Streitigkeiten über fernstraßenrechtliche Planfeststellungsverfahren gem. § 50 I Nr. 6 VwGO **umfasst nicht auch Streitigkeiten darüber, ob** die konkrete Bauausführung sich im Rahmen des Planfeststellungsbeschlusses hält.

„Der **Zweck des § 50 I Nr. 6 VwGO** besteht darin, durch die Verkürzung des Verwaltungsgerichtsverfahrens auf eine Instanz die Verwirklichung der von der Vorschrift erfassten Infrastrukturvorhaben zu **beschleunigen**. Zugleich sollen **durch die Konzentration der Streitsachen beim BVerwG divergierende Entscheidungen vermieden** werden. Diesem Gesetzeszweck wird eine Auslegung der Vorschrift gerecht, die alle Rechtsstreitigkeiten erfasst, die einen unmittelbaren Bezug zu konkreten Planfeststellungs- (oder Plangenehmigungs-) Verfahren für Vorhaben nach § 50 I Nr. 6 VwGO haben, also die genehmigungsrechtliche Bewältigung des Vorhabens betreffen (BVerwG NVwZ 2007, 1095; ähnlich bereits zu § 5 VerkPBG: BVerwG NVwZ 2000, 1168, jew. m. w. Nachw.). Das gilt nicht nur für Anfechtungsklagen gegen den Planfeststellungsbeschluss bzw. Anträge Dritter nach § 80 a I Nr. 2, III, § 80 V 1 VwGO auf Aussetzung der Vollziehung oder – in entsprechender Anwendung dieser Vorschriften – auf Feststellung mangelnder Vollziehbarkeit des Planfeststellungsbeschlusses (s. etwa BVerwG NVwZ 2012, 1126). Der unmittelbare Bezug zu einem Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren ist darüber hinaus bspw. auch vorhanden, wenn um Maßnahmen gestritten wird, die einem solchen Verfahren zeitlich und sachlich vorausgehen und seiner Vorbereitung dienen oder einen Ausschnitt der in einem laufenden Planfeststellungsverfahren zu lösenden Probleme darstellen, desgleichen, wenn der Streit die Frage betrifft, ob bestimmten Baumaßnahmen an dem betreffenden Verkehrsweg ein Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren hätte vorausgehen müssen. Dagegen fehlt ein unmittelbarer Bezug in dem vorgenannten Sinne, wenn ein Kl. nach Unanfechtbarkeit eines Planfeststellungsbeschlusses nachträgliche Schutzauflagen gem. § 75 II 2–4 VwVfG verlangt (BVerwG NVwZ 2000, 1168 m. w. Nachw.). Ebenso wird auch das Begehren, eine vermeintlich planwidrige Verwirklichung des bestandskräftig planfestgestellten Vorhabens zu verhindern, nicht von § 50 I Nr. 6 VwGO erfasst (BVerwG Buchholz 407.3 § 5 VerkPBG Nr. 20 Rn 6, und BVerwG Buchholz 310 § 50 VwGO Nr. 31 Rn; anders noch zu dem früheren § 5 VerkPBG: BVerwG NVwZ 2007, 596). Denn Auseinandersetzungen darüber beziehen sich nicht auf die genehmigungsrechtliche Bewältigung des Vorhabens, sondern allein auf dessen Umsetzung. Auch treffen die Erwägungen, die die **beschleunigende Konzentration der richterlichen Überprüfung wichtiger Infrastrukturvorhaben auf eine Instanz** rechtfertigen, auf Streitigkeiten über die Vollziehung eines bestandskräftigen Planfeststellungsbeschlusses nicht oder nur eingeschränkt zu (vgl. auch zu § 48 I VwGO OVG Berlin NVwZ-RR 1991, 402 = DÖV 1991, 559; VGH Mannheim NVwZ 2011, 126).

Gemessen an diesem Maßstab fehlt es hier an der sachlichen Zuständigkeit des BVerwG: Die Ast. berufen sich darauf, dass der Ag. mit den von ihm in Auftrag gegebenen Baumaßnahmen die Grenzen des Planfeststellungsbeschlusses überschreite. Die Streitigkeit betrifft damit nicht i. S. des § 50 I Nr. 6 VwGO das Planfeststellungsverfahren selbst, sondern lediglich die konkrete Vollziehung des Planfeststellungsbeschlusses.“ (BVerwG aaO)

VwGO
§ 119 I**Tatbestandsberichtigung**
Revisionsurteil

VwGO

(BVerwG NVwZ 2013, 1237; Beschluss vom 31.05.2013 – 2 C 6/11)

Der **Tatbestand eines Revisionsurteils unterliegt grds. nicht der Tatbestandsberichtigung** gem. § 119 I VwGO. **Anders** ist dies nur, **soweit das Revisionsurteil urkundliche Beweiskraft** entfaltet, so etwa bei der Wiedergabe der Revisionsanträge oder sonstiger, in der Revisionsinstanz abgegebener Prozessklärungen

„Der **Tatbestand eines Revisionsurteils unterliegt grds. nicht der Tatbestandsberichtigung** gem. § 119 I VwGO (st. Rspr., vgl. BVerwG Buchholz 427.3 § 339 LAG Nr. 101, S. 127; ebenso: BFHE 82, 62 = NJW 1965, 2080; BFHE 89, 565; BFH BeckRS 1982, 05554; BFH BFH/NV 2009, 39; BGH NJW 1956, 1480, zuletzt BGH GRUR-RR 2012, 496; BGH GRUR-RR 2012, 496; BAGE 38, 316).

Die **Tatbestandsberichtigung** nach § 119 VwGO ist **vom Gesetzgeber mit Rücksicht auf die urkundliche Beweiskraft**, die dem Tatbestand nach § 173 VwGO i. V. mit § 314 ZPO zukommt, **zugelassen** worden. Es soll **verhindert** werden, **dass infolge dieser Beweiskraft ein unrichtig beurkundeter Prozessstoff Grundlage für die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts wird** (vgl. nur BFHE 89, 565). Das RevGer. trifft aber keine eigenen Feststellungen, sondern ist an die in der angegriffenen Entscheidung enthaltenen Feststellungen gebunden (§ 137 II VwGO). Sofern diese nicht mit zulässigen und begründeten Verfahrensrügen angegriffen worden sind, bilden allein sie die Grundlage des Revisionsurteils.

Anderes gilt nur, soweit das Revisionsurteil urkundliche Beweiskraft entfaltet, so etwa bei der Wiedergabe der Revisionsanträge oder sonstiger, in der Revisionsinstanz abgegebener Prozessklärungen. Von dieser Ausnahme abgesehen hat der in einem Revisionsurteil enthaltene Tatbestand keine selbstständige Bedeutung. Er **dient lediglich dazu, das Verständnis der nachfolgenden Revisionsgründe zu erleichtern**, die sich allein auf die von dem BerGer. in dem angefochtenen Urteil festgestellten Tatsachen stützen.

Etwas Anderes gilt auch nicht im Hinblick auf eine etwa im Anschluss beabsichtigte Verfassungsbeschwerde gegen das Revisionsurteil, da das BVerfG an die Wiedergabe der Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz im Revisionsurteil nicht über eine § 137 II VwGO vergleichbare Norm gebunden wäre (ebenso: BFH/NV 2009, 39; offengelassen: BGH BeckRS 1998, 05686).“ (BVerwG aaO)

Einem auf **Zuweisung eines Studienplatzes außerhalb der festgesetzten Kapazität** gerichteten **Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung** (§ 123 VwGO) **fehlt regelmäßig weder der Anordnungsgrund noch das Rechtsschutzbedürfnis, wenn sich der Ast. zuvor nicht um einen innerkapazitären Studienplatz beworben hat.**

- I. Der nach § 123 I 2 VwGO erforderliche **Anordnungsgrund** ist zu bejahen, wenn eine vorläufige gerichtliche Entscheidung notwendig ist, um wesentliche Nachteile für den Ast. abzuwenden. Ist dies der Fall, ist diesem nicht zuzumuten, den Abschluss des Hauptsacheverfahrens abzuwarten.

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, beurteilt sich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 123 Rn 80, anders wohl OVG NRW, Beschluss vom 23.09.2011 - 13 C 58/11 -, juris, Rn. 7).

- II. Aus der **Rspr. des BVerfG** zur Vergabe von Studienplätzen (vgl. Beschlüsse vom 21.07.2005 - 1 BvR 584/05 -, juris, Rn. 20, und vom 09.04.1975 - 1 BvR 344/74 u. a. -, juris, Rn. 44 ff.) folgt nichts anderes.

„Soweit danach für die Beurteilung des Vorliegens eines Anspruchs auf Zulassung zum Studium die Sach- und Rechtslage des Bewerbungssemesters zugrunde zu legen ist, dient dies der **Sicherung der Rechtsstellung des Bewerbers für die Dauer des gerichtlichen Verfahrens**. Für die Frage der Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung zur Abwendung wesentlicher Nachteile für den Ast., welche sich stets nur nach den im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung bestehenden aktuellen Umständen beurteilen lässt, besagt dies aber nichts.

Ausgehend hiervon **besteht für die Gewährung von Eilrechtsschutz für die vorläufige Zulassung zum Studium grds. ein Anordnungsgrund, wenn - wie hier - mit dem Abschluss des Hauptsacheverfahrens regelmäßig erst nach längerer Prozessdauer zu rechnen ist und die unwiederbringlich verlorene Studienzeit durch eine rechtsfehlerhaft verweigerte Zulassung schon für sich genommen einen nicht hinnehmbaren Nachteil darstellt.**“ (OVG Münster aaO)

- III. An dieser Beurteilung ändert das **Fehlen eines innerkapazitären Zulassungsantrags** nichts, weil es auch in einem solchen Fall zur Vermeidung der oben benannten Nachteile einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung bedarf.

1. Einer gerichtlichen Entscheidung bedürfte es nur dann nicht, wenn davon auszugehen wäre, dass der Ast. innerkapazitär zum Zuge kommen würde.

„Dies wird aber - im maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung - schon deshalb i. d. R. nicht anzunehmen sein, weil die **Frist für die Einreichung des innerkapazitären Zulassungsantrags vielfach bereits verstrichen ist und regelmäßig auch bei guter Qualifikation des Antragstellers nicht sicher mit der Zuweisung eines innerkapazitären Studienplatzes gerechnet werden kann.**“ (OVG Münster aaO)

2. Dem Vorliegen eines Anordnungsgrundes kann auch nicht entgegen gehalten werden, die Dringlichkeit und die vom Ast. befürchteten Nachteile beruhen bei **fehlender innerkapazitärer Antragstellung auf eigenem vorwerfbaren Verhalten**, mit der Folge, dass es ausnahmsweise gerechtfertigt wäre, diesen auf das Abwarten des Hauptsacheverfahrens zu verweisen (vgl. hierzu Sodan/Ziekow aaO, § 123 Rn 84).

„Dem Ast. musste sich die **Notwendigkeit zur Stellung eines innerkapazitären Zulassungsantrags nicht aufdrängen. Die einschlägigen Regelungen enthalten kein solches verwaltungsverfahrenrechtliches oder materielrechtliches Erfordernis für die Zuweisung eines außerkapazitären Studienplatzes.** §§ 23 V, 29 I 1 VergabeVO NRW sehen für die Geltendmachung eines außerkapazitären Zulassungsanspruchs lediglich vor, dass Zulassungsanträge außerhalb der festgesetzten Zulassungszahlen mit den erforderlichen Unterlagen für das Sommersemester bis zum 1. April und für das Wintersemester bis zum 1. Oktober bei der Hochschule einzureichen sind. Eine Verknüpfung des innerkapazitären und des außerkapazitären Vergabeverfahrens lassen die Regelungen nicht erkennen.“ (OVG Münster aaO)

3. Der Ordnungsgeber hat durch die Schaffung besonderer Vorschriften für das außerkapazitäre Vergabeverfahren in §§ 23 V, 29 I VergabeVO NRW zudem die **Eigenständigkeit des außerkapazitären Vergabeverfahrens** zum Ausdruck gebracht. Diese wird in besonderer Weise dadurch belegt, dass außerkapazitäre Zulassungsanträge, die sich auf Studienplätze beziehen, welche innerkapazitär im bundesweit zentralen Vergabeverfahren von der Stiftung für Hochschulzulassung verteilt werden, bei der Hochschule einzureichen sind.

„Es besteht auch **kein Rangverhältnis zwischen innerkapazitärem und außerkapazitärem Zulassungsanspruch**, das es rechtfertigen könnte, die prozessualen Rechte des Antragstellers im Falle des Fehlens eines innerkapazitären Zulassungsantrags zu beschneiden. Zwar dürfte die im Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung vom 05.06.2008 (vgl. GV. NRW. 2008, 710) und in §§ 2, 3 HZG NRW zum Ausdruck gekommene Vorstellung des Gesetzgebers dahin gehen, dass die Studienplatzvergabe in der Regel und vorrangig im Rahmen der festgesetzten Kapazität erfolgen soll und dass Zulassungsanträgen außerhalb der Kapazität demgegenüber eine nachrangige Bedeutung zukommt. Dies ändert aber nichts daran, dass der Ordnungsgeber zur Erlangung desselben Ziels - die Zuweisung eines Studienplatzes - zwei von einander unabhängige Verfahrenswege zur Verfügung stellt. Der vom Ast. beschrittene **außerkapazitäre Weg zur Studienzulassung**, der auf dem grundrechtlich begründeten Anspruch auf Hochschulzugang beruht, **steht selbstständig neben dem gesetzlich normierten Vergabeverfahren** (vgl. Bay. VGH, Beschluss vom 08.08.2006 - 7 CE 06.10020 u. a. -, juris, Rn. 7).

Im Hinblick auf die **Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG** erscheint es überdies fragwürdig, den Anordnungsgrund im Verfahren nach § 123 VwGO mit dem Erfordernis eines innerkapazitären Zulassungsantrags zu verknüpfen. Bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften über den einstweiligen Rechtsschutz sind die Gerichte gehalten, der besonderen Bedeutung der jeweils betroffenen Grundrechte und den Erfordernissen eines **effektiven Rechtsschutzes** Rechnung zu tragen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14.08.2006 - 1 BvR 2089/05 -, juris, Rn. 13).

Dies steht einer Rechtsanwendung entgegen, welche ohne hinreichend gewichtigen sachlichen Grund die Rechtsschutzgewährung für den einen außerkapazitären Studienplatz begehrenden Ast. durch das Erfordernis eines innerkapazitären Zulassungsantrags erschwert (vgl. zu Art. 19 IV GG BVerfG, Beschlüsse vom 13.08.2008 - 2 BvR 2226/07 -, juris; BVerfG, Beschluss vom 21.07.2005 - 1 BvR 584/05 -, juris (zum Anordnungsgrund, wenn der Antrag auf vorläufige Zuteilung eines außerkapazitären Studienplatzes nach Ablauf der Vorlesungszeit gestellt wird).

Ein solcher hinreichend gewichtiger Grund ist nicht erkennbar. Für das Gericht besteht **kein prozessuales Hindernis**, über den geltend gemachten außerkapazitären Zulassungsanspruch zu entscheiden. Weder gehen die Erkenntnisse aus dem innerkapazitären Zulassungsverfahren in das außerkapazitäre Verteilungsverfahren der Hochschulen ein noch sind diese nach der gegenwärtigen gerichtlichen Praxis, wonach gefundene außerkapazitäre Studienplätze nach dem Losverfahren verteilt werden, für das gerichtliche Verfahren von Relevanz. Dem entsprechend sind auch gemessen an Art. 12 I GG **keine Allgemeinwohlinteressen erkennbar, die den mit der Beschneidung des Rechtsschutzes verbundenen Eingriff in das Teilhaberecht hochschulreifer Bewerber rechtfertigen könnten** (vgl. im Ergebnis ebenso Bay. VGH, Beschluss vom 08.08.2006 - 7 CE 06.10020 u. a. -, juris; Hess. VGH 20.02.2003 - 8 MM 3953/02.W2 -, juris)

Aus den obigen Erwägungen folgt zugleich, dass es ebenso wenig am Rechtsschutzinteresse für die vom Antragsteller begehrte einstweilige Anordnung fehlt.“ (OVG Münster aaO)

VwGO
§ 166

Mutwillige Klageerhebung
Falschangaben im Verwaltungsverfahren
(OVG Berlin-Bbg NVwZ-RR 2013, 738; Beschluss vom 08.03.2013 – OVG 6 M 16/13)

VwGO

Eine **Klage** ist **mutwillig**, wenn ein **Prozess auf Grund vorsätzlich falscher Angaben** des **Betreffenden im Verwaltungsverfahren notwendig wird**

„Mutwilligkeit ist anzunehmen, wenn eine verständige, nicht hilfsbedürftige Partei ihre Rechte nicht in gleicher Weise verfolgen würde (OVG Bautzen BeckRS 2010, 49888). In der **zivilgerichtlichen Rspr.** ist anerkannt, dass eine **Rechtsverfolgung mutwillig ist, wenn ein Rechtsmittel nur auf Grund neuen Vorbringens erfolgreich sein kann**, das schon in der Vorinstanz hätte eingeführt werden können, weil die zweite Instanz bei sorgfältiger Prozessführung hätte vermieden werden können (vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 712). Der Senat hat bereits entschieden, dass **im verwaltungsrechtlichen Verfahren nichts Anderes gelten kann**, wenn eine Klage möglicherweise hätte vermieden werden können, indem der Kl. ihm schon früher bekannte, erstmals mit der Klage vorgebrachte Umstände spätestens im Widerspruchsverfahren vorgebracht und so die Widerspruchsbehörde in die Lage versetzt hätte, den angefochtenen Verwaltungsakt unter allen maßgeblichen Gesichtspunkten zu überprüfen (OVG Berlin-Brandenburg NJW 2012, 249). Aus den gleichen Gründen kann nichts Anderes gelten, wenn ein **Prozess gegen die Behörde nur auf Grund vorsätzlich falscher Angaben des Betreffenden erforderlich** wurde. In diesem Fall hätte es der **Betreffende in der Hand gehabt, der Behörde eine zutreffende Würdigung des Sachverhalts zu ermöglichen**, indem er wahrheitsgemäße Angaben macht.“ (OVG Berlin-Bbg aaO)

VwGO
§ 173 I

Allgemeine Leistungsklage
Klage auf Zulässigkeitserklärung eines Bürgerbegehrens
(VG Darmstadt NVwZ 2013, 1240; Urteil vom 05.02.2013 – 3 K 1465/11.DA)

VwGO

Für die **Klage, ein Bürgerbegehren für zulässig zu erklären**, ist **allgemeine Leistungsklage**, gerichtet auf die Abgabe der Willenserklärung, dass das Bürgerbegehren zulässig ist, statthafte Klageart.

„Die Klage ist als **allgemeine Leistungsklage** zulässig. Nach der **Rspr. des VGH Kassel** (st. Rspr. seit VGH Kassel NVwZ-RR 2000, 451 = HSGZ 2004, 136 = DVBI 2000, 929) handelt es sich bei Klagen der vorliegenden Art, mit denen Kl. als Vertrauenspersonen eines Bürgerbegehrens als außenstehende Personen gegenüber der Gemeinde Rechte geltend machen wollen, nicht um ein kommunalverfassungsrechtliches Organstreitverfahren, sondern um eine **Feststellungsklage** nach § 43 I VwGO. Nach anderer Ansicht (VG Gießen DVBI 2008, 1204), die dem VGH Kassel nach neuerer Auffassung erwägenswert erscheint (VGH Kassel NVwZ-RR 2009, 440 = HGZ 2009, 57), soll indessen in Verwaltungsstreitverfahren über die Zulassung eines Bürgerbegehrens die **Verpflichtungsklage** als statthafte Klageart anzusehen sein.

Dieser Auffassung **vermag die Kammer indes nicht zu folgen**: Mit der **allgemeinen Leistungsklage** wird die gerichtliche Verurteilung zu einem bestimmten Verhalten begehrt, das nicht im Wege einer besonderen Leistungsklage erreicht werden kann; ihr kommt eine **Auffangfunktion** für die Fälle zu, in denen die **Verpflichtungsklage mangels eines begehrten Verwaltungsakts ausscheidet**. Gegenstand der **allgemeinen Leistungsklage** gegen Träger öffentlicher Gewalt können sämtliche hoheitliche Handlungen sein, die weder Verwaltungsakt noch Rechtsnormen sind. Darunter fallen auch öffentlich-rechtliche Willenserklärungen ohne Verwaltungsaktcharakter.“ (VG Darmstadt aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Gounalakis:** Rechtliche Grenzen der Autocomplete-Funktion von Google (NJW 2013, 2321)
Bespr. der Entsch. BGH NJW 2013, 2348
2. **Grüneberg:** Die (Mit-)Haftung von Kindern und Jugendlichen bei Verkehrsunfällen (NJW 2013, 2705)

Eine **(Mit-)Haftung von Kindern unter zehn Jahren** bei Unfällen im motorisierten Straßenverkehr **besteht gem. § 828 II BGB grds. nicht**; ist das zehnte Lebensjahr vollendet, kommt eine (Mit-)Haftung des Kindes oder Jugendlichen in Betracht, wenn ihm objektiv und subjektiv ein Verschulden zur Last fällt. - Bei einem **groben Verstoß** ist auch die **alleinige Haftung des Kindes oder Jugendlichen möglich**; dabei ist allerdings in Anbetracht der Erkenntnisse der Entwicklungspsychologie bei Kindern im Rahmen eines Fußgängerunfalls bis zu einem Alter von 12 Jahren und im Rahmen eines Radfahrerunfalls bis zu einem Alter von 13 bis 15 Jahren Zurückhaltung geboten, weshalb hier i. d. R. eine **Haftungsquotelung** angebracht ist; dies gilt allerdings nur dann, wenn sich die **kindlichen Defizite bei dem Verkehrsunfall typischerweise auch ausgewirkt** haben, weil es etwa auf Grund seines Alters Entfernungen und Geschwindigkeiten nicht richtig einschätzen konnte; beruht der Verkehrsunfall dagegen auf einem Kardinalfehler des Kindes, der ihm ohne Weiteres vorgeworfen werden kann, wie z. B. auf einem Rotlichtverstoß, kann durchaus bereits vor Erreichen der vorgenannten Altersgrenzen die alleinige Haftung des Kindes in Betracht kommen. - Unter Zugrundelegung dieser Maßgaben ist das mit dem Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetz verfolgte Reformziel, die Stellung von Kindern und Jugendlichen bei Verkehrsunfällen zu verbessern, in der Rechtspraxis ganz überwiegend umgesetzt worden, wenngleich auch vereinzelt mit der Zielsetzung des Gesetzgebers nur schwerlich in Einklang zu bringende Gerichtsentscheidungen zu verzeichnen sind.

3. **Gessner:** Die zivilprozessuale Verfahrensunterbrechung in der Insolvenz bei Auskunftsanträgen nach § 51 a GmbHG (NZI 2013, 677)

Ein **Verfahren des Gesellschafters nach § 51 a GmbHG gegen die insolvente GmbH muss stets zu einer Unterbrechung gem. § ZPO § 240 ZPO führen**. - Auch wenn es sich um einen Auskunfts- und keinen Leistungsanspruch handelt, so **löst der Prozess potentiell mittelbare Kosten aus, die die Insolvenzmasse belasten**; hierbei handelt es sich zumindest um die obligatorischen Auslagen, die bei der tatsächlichen Erfüllung des Auskunftsanspruchs entstehen; es kann daher keinem Insolvenzverwalter zugemutet werden, einen Prozess nach §§ 51 a f. GmbHG fortzuführen. – Außerdem könnte die Klage des Gesellschafters ohne die vorgesehene gesetzliche Unterbrechung eine Verpflichtung des Insolvenzverwalters herbeiführen, die nach h. M. in dieser Form nicht existiert; diese Folge ist durch Abweisung des Antrags zu vermeiden.

I. Strafrecht

1. **Schmidt:** Rechtsfolgenentscheidung und Strafzumessung beim vertragsärztlichen Abrechnungsbetrug (StV 2013, 589)

Bei einer Verurteilung wegen vertragsärztlichen Abrechnungsbetruges scheidet die Anordnung des Verfalls von Wertersatz (§ 73a StGB) in Höhe des durch die vorsätzlichen Falschabrechnungen erlangten Honorars grds. aus; da der Anordnung eines dinglichen Arrests mit Blick auf § 85 IV 6 SGB V i. d. R. das **fehlende Sicherungsbedürfnis der Kassenärztlichen Vereinigung entgegensteht**, fehlt es zumeist auch an der prozessualen Grundlage für einen **staatlichen Auffangsrechtserwerb gem. § 111i StPO**; die Verhängung eines Berufsverbots nach § 70 StGB kommt in den meisten Fällen nicht in Betracht, da die an die Gefährlichkeitsprognose zu stellenden Anforderungen selten erfüllt sein dürften; zudem steht die Maßregelanordnung bei Vorliegen der materiellen Anordnungsvoraussetzungen im Ermessen des Tatgerichts und ist nur unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots zulässig; vor diesem Hintergrund wird es in vielen Fällen bei einem Schuldspruch wegen Betruges verbleiben. – Im Rahmen der Strafzumessung sind zahlreiche Aspekte zu berücksichtigen, die – zumindest soweit es sich um **bestimmende Strafzumessungsumstände i. S. d. § 267 II 1 StPO** handelt – in den schriftlichen Urteilsgründen anzuführen sind; die Strafzumessungsentscheidung wird im Revisionsverfahren nur dahingehend überprüft, ob das Tatgericht von einem falschen Strafrahmen ausgegangen ist, seine Strafzumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, rechtlich anerkannte Strafzwecke außer Acht gelassen wurden oder ob sich die Strafe von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldgleich zu sein so weit nach oben oder unten inhaltlich löst, dass ein grobes Missverhältnis von Schuld und Strafe offenkundig ist; eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle findet demgegenüber nicht statt.

2. **Brauch:** Die außergerichtliche Einziehung von Vermögenswerten im Strafverfahren (NSTz 2013, 503)

Die **außergerichtliche Einziehung von Vermögenswerten zur Vermeidung einer gerichtlichen Einziehungs- oder Verfallsentscheidung oder eines aufwändigen Rückgewinnungshilfverfahrens ist gängige Praxis in**

allen Verfahrensstadien der Strafverfolgung; sie kann für die Strafverfolgungsorgane, die Geschädigten, nicht zuletzt aber auch für den Angekl. selbst mit erheblichen Vorteilen verbunden sein. - Bei der außergerichtlichen Einziehung von Vermögenswerten handelt es sich – auch wenn die Begrifflichkeit einen einseitigen Hoheitsakt impliziert – stets um die **Übertragung des betreffenden Vermögenswerts durch privatrechtliches Rechtsgeschäft** (Übereignung beziehungsweise Abtretung) zwischen Angekl. und Justizfiskus, der durch den jeweils zuständigen Dezernenten der Staatsanwaltschaft vertreten wird; für die betreffenden Rechtsgeschäfte gelten uneingeschränkt die einschlägigen privatrechtlichen Bestimmungen. - Da sich die Verfolgungsorgane durch die Wahl des Privatrechts als Handlungsform ihrer verfassungsrechtlichen Bindungen nicht entledigen können, gelten zudem die **Grundrechte** und verfassungsrechtlich begründeten **allgemeinen Verfahrensgrundsätze** – ihnen kommt als **Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB unmittelbare Wirkung** zu mit der Folge, dass im Falle eines Verstoßes gegen verfassungsrechtliche Vorgaben das betreffende privatrechtliche Rechtsgeschäft ipso iure nichtig ist; dabei verstoßen Vereinbarungen über die außergerichtliche Einziehung nicht generell gegen Verfassungsrecht; vielmehr sind sie auch nach verfassungsrechtlichen Maßstäben im Grundsatz nicht zu beanstanden, wobei abhängig vom Einzelfall besondere Anforderungen gelten können – insbes. kann die aus dem **fair trial-Grundsatz** folgende Fürsorgepflicht besondere Hinweis- und Belehrungspflichten auslösen. - Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine Vereinbarung über die außergerichtliche Einziehung von Vermögenswerten privatrechtlich unwirksam sein könnte, haben die Strafgerichte dies nach Maßgabe der Amtsaufklärungspflicht von Amts wegen zu prüfen; unabhängig davon ist dem Angekl. bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Zivilrechtsweg eröffnet.

III. Öffentliches Recht

1. **Richter**: Der Kita-Anspruch für Einjährige – Aktuelle Rechtsfragen und Handlungsempfehlungen (NJW 2013, 2650)

§ 24 II SGB VIII gewährt seit dem 01.08.2013 einem Kind, das das erste Lebensjahr vollendet hat, bis zur Vollendung des dritten Lebensjahrs **Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in der Kindertagespflege**; einzige Voraussetzung für die Geltendmachung des Rechtsanspruchs ist daher, dass das Kind das erste Lebensjahr vollendet hat, auf einen Bedarf der Eltern wegen einer Berufstätigkeit oder eines Ausbildungsverhältnisses kommt es – anders als in der Fassung, die bis zum 31.07.2013 galt – nicht mehr an, so dass ein solcher Bedarf weder darzulegen noch nachzuweisen ist; die Regelung gewährt damit einen unbedingten Rechtsanspruch. - Der **Rechtsanspruch** nach § 24 SGB VIII ist **ausschließlich gegenüber dem örtlichen Träger der Jugendhilfe** und nicht gegenüber dem Träger einer Tageseinrichtung geltend zu machen und richtet sich auf die Zurverfügungstellung einer konkreten Fördermöglichkeit in Form eines Kindertagespflegeplatzes oder eines Platzes bei einer Tagesmutter oder einem Tagesvater. - Für die **Durchsetzung dieses Anspruchs** ist – obwohl es sich um einen sozialrechtlichen Anspruch handelt – der **Verwaltungsrechtsweg maßgeblich** (§ 40 VwGO); als Klagemöglichkeiten kommen die **Verpflichtungsklage** (Erlass eines entsprechenden Verwaltungsakts) oder die **allgemeine Leistungsklage** (lediglich Bereitstellung eines Platzes) in Betracht. - Kann der örtliche Träger der Jugendhilfe wegen Kapazitätsausschöpfung keinen Kindertagespflegeplatz anbieten, ist ein Antrag auf eine einstweilige Anordnung nach § 123 I geboten; in diesem Verfahren ist auch der Anspruch auf Aufwendungsersatz geltend zu machen, wenn der Jugendhilfeträger keinen Platz anbieten kann; zu klären sind die Fragen der Zumutbarkeit in Hinblick auf die Erreichbarkeit und die Betreuungsrelation gerichtlich und die allgemeinen Fragen zur Qualität der frühkindlichen Förderung politisch.

2. **Roßnagel**: Auf dem Weg zur elektronischen Verwaltung – Das E-Government-Gesetz (NJW 2013, 2710)
3. **Schmitt-Gaedke/Arz**: Der Namensschutz politischer Parteien (NJW 2013, 2729)

Parteinamen sind trotz weitgehend beschreibenden Gehalts **schutzfähig**, was gemeinhin unter das irreführende Schlagwort des sog. **strengen Prioritätsprinzips** gefasst wird; dabei dürfen jedoch nicht jegliche Anforderungen an die Unterscheidungskraft fallen gelassen werden, um dem **Allgemeininteresse an der freien Verwendbarkeit bestimmter Begrifflichkeiten** gerecht zu werden; Maßstab muss der Horizont der angesprochenen Verkehrskreise, also der gegenwärtig und in absehbarer Zeit Wahlberechtigten sein. - Weiterhin ergeben sich in den Bereichen des Identitäts- und des Verwässerungsschutzes **keine wesentlichen Unterschiede zu Unternehmenskennzeichen**. - Für den **Verwechslungsschutz** gilt jedoch anderes: Die für Unternehmenskennzeichen bekannte Wechselwirkung zwischen Kennzeichnungskraft, Zeichenähnlichkeit und Branchennähe kann für Parteinamen keine Geltung beanspruchen; die **Verwechslungsprüfung** von miteinander kollidierenden Parteinamen fällt eindimensional aus, entscheidend ist dort allein die Zeichenähnlichkeit, anhand derer zu bestimmen ist, ob von einem „deutlichen“ Unterscheiden gesprochen werden kann; ergänzender Schutz für den Parteienwettbewerb ließe sich aus einem in § 823 I BGB beheimateten Rufschutz gewinnen.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Beck-Bever**: 2. KostMoG – Die wichtigsten Änderungen für die Anwaltsvergütung im Überblick (BRAK-Mitt. 2013, 16)
2. **Fischer**: RVG – Die wichtigsten Änderungen zur Rechtsanwaltsvergütung (MDR 2013, 881)

3. **Nickel:** PKH – Das neue Prozesskostenhilferecht (MDR 2013, 890)
4. **Schmidt:** Die zweckwidrige Verwendung von Fremdgeldern durch einen Rechtsanwalt (NSTZ 2013, 498)

Werden durch einen Rechtsanwalt **Fremdgelder bestimmungswidrig verwendet oder pflichtwidrig vorenthalten**, bedarf auf der Ebene des objektiven Tatbestandes des § 266 I StGB insbesondere die Feststellung eines Vermögensnachteils sorgfältiger Prüfung. - Besteht der Vermögensnachteil lediglich in einer **schadensgleichen konkreten Vermögensgefährdung**, ist nach der BVerfG-Rspr. stets eine **Bezifferung des Schadens erforderlich**; in diesen Fällen muss sich nach der Rspr. des 2. und 5. Strafsenats des BGH der Untreuevorsatz zudem auf die Billigung eines Endschadens beziehen; diese Anforderungen dürften nicht selten einem Schuldspruch wegen Untreue entgegenstehen, sodass zu erwarten ist, dass sich Verurteilungen in Zukunft auf die eindeutigen Fallkonstellationen beschränken werden, in denen der Rechtsanwalt die Fremdgelder angreift und eigennützig verwendet hat.

5. **Offermann-Burckart:** Anwaltliches Gesellschaftsrecht – die Grundlage der Anwalts-GbR (AnwBl 2013, 558)
6. **Hartung:** Das Aufsichtsverfahren der Anwaltskammer und die Verschwiegenheit (AnwBl 2013, 582)

Die Praxis der Kammervorstände in Aufsichtsverfahren, die **Stellungnahmen des Kammermitglieds ohne dessen ausdrückliche Einwilligung weiter zu leiten, verstößt gegen die § 58 und § 76 BRAO** und ist damit rechtswidrig. – Nach Auffassung des Autors sollte der Gesetzgeber zumindest in Aufsichtsverfahren, deren Gegenstand mandatsbezogene Berufswidrigkeiten sind und in denen der ehemalige Mandant Beschwerdeführer ist, die dem Kammervorstand gegenüber dem Kammermitglied obliegende **Verschwiegenheitspflicht** in gleicher Weise **lockern**, wie dies durch § 2 III BORA im Verhältnis des Kammermitglieds zu seinem Mandanten geschehen ist.

Gefahrbegriffe des POR

Aus der Sicht eines objektiven Beobachters liegen zum Zeitpunkt des Ergreifens der Maßnahme Anhaltspunkte vor, die zur Annahme berechtigten, dass in naher Zukunft das Schutzgut mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verletzt werden wird. Nachträglich stellt sich heraus, dass eine Gefahr tatsächlich vorlag.

Was ist gefährdet?	polizeiliches Schutzgut
Wann?	in naher Zukunft
Prognose?	hinreichende Wahrscheinlichkeit
Zeitpunkt der Betrachtung?	Ergreifen der Maßnahme (sog. ex ante Betrachtung)
Blickwinkel?	objektiver Beobachter
Störer?	allgemeine Grundsätze
Nachträgliche Betrachtung?	Gefahr lag vor

konkrete Gefahr Konkreter Sachverhalt ergibt Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Gefahr (= grds. Voraussetzung für Ordnungsverfügung/polizeiliche Maßnahme)

abstrakte Gefahr Ohne auf konkreten Sachverhalt zurückzugreifen kann aufgrund der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass in einer bestimmten Situation üblicherweise gestimmte Gefahren auftreten (Voraussetzung für eine ordnungsbehördliche Verordnung).

gegenwärtige Gefahr Die Verletzung des polizeilichen Schutzgutes findet bereits statt oder steht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevor (insbesondere erforderlich für die Inanspruchnahme von Nichtstörern).

erhebliche Gefahr Das gefährdete Schutzgut ist besonders bedeutsam oder die zu erwartende Verletzung besonders schwerwiegend.

Gefahr in Verzug Es liegt eine Gefahr vor, der nur wirksam begegnet werden kann, wenn von der Einhaltung des vorgesehenen Verfahrens abgesehen wird, da ansonsten der Erfolg vereitelt oder unvertretbar verzögert würde.

Anscheinsgefahr

Aus der Sicht eines objektiven Beobachters liegen zum Zeitpunkt des Ergreifens der Maßnahme Anhaltspunkte vor, die zur Annahme berechtigten, dass in naher Zukunft das Schutzgut mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verletzt werden wird. Nachträglich stellt sich heraus, dass eine Gefahr objektiv nicht vorlag, ein verständiger Betrachter aber von einer solchen ausgehen durfte. Die Anscheinsgefahr ist eine Gefahr im Sinne des POR.

Störer? Anscheinstörer, wenn der Anschein in zurechenbarer Weise veranlasst wurde

Nachträgliche Betrachtung? Gefahr lag nicht vor

Scheingefahr

Der Amtswalter irrt sich über das Vorliegen objektiver Anhaltspunkte für die Gefährdung eines Schutzgutes, er hält also nur subjektiv einen Schadenseintritt für wahrscheinlich, ohne dass ein objektiver Beobachter die gleichen Schlüsse gezogen hätte. Es handelt sich nicht um einer Gefahr i.S.d. POR.

Blickwinkel? irrige Vorstellung des Amtswalters

Störer? keiner

Nachträgliche Betrachtung? Gefahr lag nicht vor

Gefahrenverdacht

Aus Sicht eines objektiven Beobachters liegen zum Zeitpunkt des Ergreifens der Maßnahme Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Gefahr gegeben sein könnte. Es geht also um Maßnahmen zur Erforschung des Sachverhaltes, um das Vorliegen einer Gefahr feststellen zu können. Zulässig sind hier nur Maßnahmen zur Sachaufklärung.

Wann? noch offen

Prognose? Anhaltspunkte

Zeitpunkt der Betrachtung? Ergreifen der Maßnahme (sog. ex ante Betrachtung)

Blickwinkel? objektiver Beobachter

Störer? Verdachtsstörer

Nachträgliche Betrachtung? offen

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: Ba Wü	Prüfer (mit Titel usw.) VRi Dr. D	Tag d. mündl. Prüfung 18.06.2013
------------------------------	--	---

Zur Person:

Herr Dr. D war bei uns Prüfungsvorsitzender. Er stellte die Kommission vor und lockerte die Atmosphäre ein bisschen auf. Er ist ein netter Prüfer, leider verlief die Prüfung ziemlich zäh.

Zur Prüfung:

Fall: A betreibt einen Einzelkaufmännischen Betrieb zur Herstellung und zum Vertrieb von Metallgeländern. Er möchte eine GmbH errichten.

Frage: Geht das auch, wenn er allein ist?

Antwort: Ja, Einmann GmbH ist erlaubt,

Frage: Was muss er tun?

Antwort: Einen Gesellschaftsvertrag, also eine Satzung errichten, diese muss notariell beurkundet werden.

Fall: A zahlt die 25.000 € Stammkapital auf ein Konto ein. In den ersten drei Monaten verkauft er nach und nach die Maschinen und Materialien aus seinem kaufmännischen Betrieb für 20.000 € an die GmbH. Die 20.000 € nimmt er von dem Konto mit der Stammeinlage, darf er das?

Problem: InSichgeschäft, § 181 BGB. Aber: Befreiungsmöglichkeit entweder für jedes einzelne Geschäft, oder schon in Satzung.

Fall: Die GmbH läuft nicht gut und er führt die Sozialversicherungsbeiträge seiner Angestellten nicht mehr ab.

Frage: Was geschieht nun?

Antwort: Der Sozialversicherungsträger, z. B. die AOK, stellt einen Insolvenzantrag.

Frage: Was passiert, wenn Insolvenzverfahren nicht eröffnet wird.

Antwort: Die GmbH wird aus dem Handelsregister gelöscht.

1. Alt: Das Insolvenzverfahren wird eröffnet und der Insolvenzverwalter fragt, ob er Chancen hat noch an Geld zu kommen.

Bei dem Verkauf der Materialien handelt es sich um eine versteckte Sacheinlage. Eine versteckte Sacheinlage liegt vor, wenn vor dem Verkauf eine Zweckabrede zu Lasten der Gläubiger geschlossen wurde.

Hier kann davon ausgegangen werden, da A das gleiche Gewerbe vorher als Einzelkaufmann betrieb. Nach § 19 V GmbHG tritt deshalb keine Befreiung von der Stammeinlage ein. Die Forderung der GmbH aus der Satzung gegen den Gesellschafter besteht somit noch weiter und kann von dem Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.

2. Alt: Das Insolvenzverfahren wird mangels Masse nicht eröffnet. Was kann ein Gläubiger tun? Er kann die Forderung der GmbH pfänden.

Frage: Was braucht man dafür?

Antwort: Eine titulierte Forderung.

Frage: Wie kommt man schnell dazu?

Hier habe ich leider auf dem Schlauch gestanden, die richtige Antwort war: Mahnverfahren

Frage: Kann eine Forderung auch von einem einzelnen Gläubiger gepfändet werden? (Problem: Wettlauf der Gläubiger)

Antwort: Die Rechtsprechung lässt - mit einigen Einschränkungen – eine Pfändung im Ergebnis zu.

Und damit war die Prüfung auch schon vorbei.

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: Hessen	Prüfer (mit Titel usw.) Ri VG G	Tag d. mündl. Prüfung 06.06.2013
-----------------	------------------------------------	-------------------------------------

Zur Person:

G ist ein freundlicher und fairer Prüfer. Er ist sehr routiniert und leitet die Prüflinge mit gezielten Fragen zum gewünschten Ergebnis. Er ist keineswegs ein Prüfer, der den Prüfling mit unbequemen Fragen lange aufhält. Er wechselt zwischen den Prüflingen hin und her und hält dabei keine Reihenfolge ein. Von Protokollfestigkeit kann bei ihm keine Rede sein, man muss bei ihm auf alles vorbereitet sein. Während der gesamten Prüfung macht er sich Notizen und lässt anhand seiner Mimik erkennen, ob er mit der Antwort zufrieden ist oder nicht. Er bringt während der Prüfung sowohl Lob deutlich zum Ausdruck, gibt mit einem klaren „Nein!“ aber ebenfalls unmissverständlich zu erkennen, wenn irgendetwas falsch beantwortet wurde. Seine Benotung ist gerecht und wohlwollend.

Zur Prüfung:

G teilte während seiner Prüfung jedem der Prüflinge einen Sachverhalt über etwas mehr als eine Seite aus. Er las den Sachverhalt vor und begann nach dem Vorlesen, sofort die rechtliche Würdigung abzufragen.

Fall: Es ging es um das gemeindliches Vorkaufsrecht nach § 25 Nr. 2 BauGB. Im konkreten Fall haben sich zwei Parteien über den Verkauf eines Grundstücks geeinigt, das sich im Geltungsbereich einer gemeindlichen Vorkaufssatzung befindet. Nachdem der Vertrag vor dem Notar abgeschlossen wurde, wird die Gemeinde über den Vertragsschluss informiert. Diese entschließt sich vollkommen überraschend, ihr gemeindliches Vorkaufsrecht hinsichtlich einer Teilfläche auszuüben, da sie das Grundstück zur Erweiterung des örtlichen Festplatzes, der Zuwegung zum Feuerwehrgerätehaus und zum daneben befindlichen Dorfgemeinschaftshaus benötigt. Daraufhin erklärte der Käufer den Rücktritt vom Kaufvertrag, da er kein Interesse an einem Erwerb des verbleibenden Teilgrundstücks hat.

Der Verkäufer will nun wissen, was er gegen die Ausübung des Vorkaufrechts unternehmen kann. Er ist der Ansicht, dass die Ausübung des Vorkaufrechts missbräuchlich sei. Es sei bereits fraglich ob die Gemeinde ihr Vorkaufsrecht für derartige Zwecke ausüben dürfe. Weder er noch die Käufer seien vorher angehört wurden. Er meint, dass die Gemeinde, wenn sie denn schon für ihr Vorkaufsrecht ausübe, das ganze Grundstück kaufen müsse und nicht nur einen Teil.

Aus den einschlägigen Vorschriften des BauGB und BGB ergibt sich, dass die Gemeinde verpflichtet ist, bei der Ausübung des Vorkaufrechts das ganze Grundstück zu kaufen und nicht nur einen Teil davon.

§ 25 BauGB ist sicher nicht die klassische Norm, die sich jeder noch einmal vor der Prüfung anschaut. Ungewöhnlich war auch, dass der Fall eine doch ziemlich umfangreiche zivilrechtliche Prüfung mit sich brachte. Als unangenehm empfand ich hierbei auch, dass es z.T. sehr in die Tiefe des Kommunalrechts ging, beispielsweise wer die Erklärung über die Ausübung des Vorverkaufsrechts abgeben kann und welche Formerfordernisse eingehalten werden müssen.

Zum Schluss brachte G dann noch einen klassischen Fall aus dem Baurecht: Es ging um eine formell und materiell rechtswidrig errichtete Hütte im Wald, also im Außenbereich i.S.v. § 35 BauGB. Da keine Privilegierung vorlag, war sowohl die ausgesprochene Nutzungsuntersagung mit Sofortvollzug als auch die Abrissverfügung durch die Behörde rechtmäßig.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

Für die mündliche Prüfung stehen nach näherer Maßgabe des Bestellscheins Prüfungsprotokolle nach Vorrat zur Verfügung. In Ihrem eigenen Interesse wird empfohlen, die Prüfungsprotokolle **unverzüglich** anzufordern, sobald die Zusammensetzung der Kommission bekannt ist. Am besten melden Sie sich schon zuvor zum Protokollbezug an und überweisen den Rechnungsbetrag, dann müssen Sie nach Erhalt der Ladung und Kenntnis von den Namen der Prüfer nur noch anrufen und die Protokolle können meist noch am selben Tag versandt werden.

Es kommt immer wieder vor, dass die Anforderung der Protokolle verzögert erfolgt und dann die Protokolle in Zeitnot durchgearbeitet werden müssen. Das liegt nicht im Interesse der Vorbereitung auf die mündliche Prüfung, zumal die Protokollhefte mancher Prüfer sehr umfangreich sind.

Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3
Protokollwissen

Protokolle anfordern!

Prüfungsstoff im Mündlichen
1/3
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

ZA lesen!

1/3
unbekannter Stoff

Phantasie zeigen! ■

