



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

38. Jahrg.

August 2013

Heft 8

Aus dem Inhalt:

BGH: Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsausschluss

OLG Schleswig: Mitverschulden eines Radfahrers

BGH: Verteidigungswille bei der Notwehr

BGH: Computerbetrug durch Abbuchungsauftragslastschrift

OVG Münster: Zustandshaftung bei noch unklaren Sanierungskosten

AG Hünfeld: Unzulässigkeit der Einspruchsübermittlung durch UMS

VGH München: Fortsetzungsfeststellungsklage bei Schulordnungsmaßnahmen



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 Einführung der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung 1

Brandaktuell

BVerfG: Freigabe der Briefwahl
(kein Verstoß gegen Wahlrechtsgrundsätze) 2

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Inzahlungnahme eines Unfallautos
(Beschaffensvereinbarung und Gewährleistungsausschluss) 3

OLG Schleswig: Kopfverletzung des Radfahrers
(Mitverschulden bei Nichttragen von Fahrradhelm) 8

Strafrecht

BGH: Notwehr
(Verteidigungswille und „panikbedingte“ Notwehrüberschreitung) 11

BGH: Computerbetrug
(Abbuchungsauftragslastschrift) 14

öffentl. Recht

OVG Münster: Zustandshaftung des Grundstückseigentümers
(Begrenzung bei noch unklaren Sanierungskosten) 19

BVerfG: Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit
(Unterbringung eines Nichtraucherers mit Rauchern in der U-Haft) 22

Kurzauslese I

OLG Saarbrücken: Verzugsbeginn (Zahlungsziel in Rechnung als Mahnung) 26

OVG Münster: Geschäftsführung ohne Auftrag (Anwendbarkeit im öffentlichen Recht) 26

Bay VGH: Amtshaftungsanspruch
(Beweislast bei Aufsichtspflichtverletzung) 26

BGH: Gerichtliche Ermittlungspflicht (Wohnsitz des Schuldners) 28

BGH: Täter-Opfer-Ausgleich
(Bestreiten der Opferrolle des Geschädigten) 29

KG: Gebrauchen einer gefälschten Zahlungskarte
(Payback-Kundenkarte) 29

KG: Versuchter Computerbetrug (Phishing) 29

BGH: Untreue (Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtsanwalts) 30

BGH: Bankrott (Täterbegriff) 30

BGH: Bandenbegriff
(Zusammenschluss von Amtsträgern und Vorteilsgebern) 30

VGH Mannheim: Aufhebung eines Verwaltungsaktes
(Verstoß gegen sachliche Zuständigkeit) 31

BVerwG: Beförderung eines Beamten
(Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Beförderung) 31

BVerwG: Presserechtlicher Auskunftsanspruch
(kein Auskunftsanspruch gegenüber Bundesnachrichtendienst) 32

VG Gießen: Rauchverbot
(Elektronische Zigarette) 32

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Pfändungsfreibetrag bei P-Konto (Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe von Unterlagen).....	33
OLG Celle:	Zugang bei Gericht (Nutzung eines Post-Bring-Dienstes durch Gericht).....	36

Strafrecht

AG Hünfeld:	Einspruchserklärung (Übermittlung im Wege des Unified Messaging [UMS]).....	39
-------------	--	----

Öffentl. Recht

VGH München:	Fortsetzungsfeststellungsklage (Feststellungsinteresse bei Schulordnungsmaßnahmen).....	41
VGH Mannheim:	Vollstreckung aus einstweiliger Anordnung (bei nicht vertretbarer Handlungspflicht).....	45

Kurzauslese II

OLG Koblenz:	Beweisvereitelung (Untersagung der Teilnahme an Ortstermin).....	49
BGH:	Berufungszurückverweisung (Zulässigkeit).....	49
OLG Nürnberg:	Widerspruch gegen Mahnbescheid (Hemmungswirkung).....	49
OLG Jena :	Zustellung einer einstweiligen Verfügung (wirksame Zustellung trotz fehlender Anlagen).....	50
BGH:	Anklageschrift (Schätzung der Schadenshöhe bei Steuerhinterziehung).....	50
BGH:	Verständigung (Entfallen der Bindungswirkung).....	51
BGH:	Revision (Anwendungsbereich des Schlechterstellungsverbots).....	51
OLG Frankfurt:	Untätigkeitsbeschwerde (Unzulässigkeit in Strafvollstreckungssachen).....	51
VGH Kassel:	Verwaltungsgerichtliches Eilverfahren (Unzulässigkeit der Fortführung als Klageverfahren).....	52
OVG Lüneburg:	Verzugsfolgenbeseitigungsanspruch (nichtiger Bescheid).....	52
OVG Münster:	Rechtsschutzbedürfnis (Antrag auf Zuweisung eines Studienplatzes).....	52
VGH München:	Vertreter des öffentlichen Interesses (Rügeberechtigung).....	54

Weitere Schrifttumsnachweise	55
---	----

Übersicht:	Die vorbeugende Unterlassungsklage.....	59
-------------------	---	----

Aus der mdl. Prüfung

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

Aus der Gesetzgebung

Die Einführung der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung

Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer v. 15.07.2013, In-Kraft-Treten am 19.07.2013 (BGBl I 2013, 2386)

I. Allgemeines

Die englische LLP, die 2001 im Vereinigten Königreich eingeführt wurde, entwickelte sich aufgrund ihres besonderen Haftungsregimes und der steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten für bestimmte Kanzleien als Konkurrenzform zur ausschließlich den freien Berufen offen stehenden Partnerschaftsgesellschaft, denn die LLP vereint das Haftungsregime einer Kapitalgesellschaft, bei der die Haftung grds. auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt ist, mit der Möglichkeit einer günstigeren personengesellschaftlichen Besteuerung.

Die PartGmbH soll nunmehr als neue Variante einer Partnerschaftsgesellschaft eine wettbewerbsfähige Alternative zur englischen LLP bilden und die Flucht in ausländische Gesellschaftsformen eindämmen.

II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. Bei der als Personengesellschaft ausgestalteten Partnerschaftsgesellschaft haften die Gesellschafter gem. § 8 PartGG gesamtschuldnerisch und persönlich neben der Gesellschaft. Es besteht jedoch die Besonderheit der Haftungskonzentration auf den Handelnden, wonach allein die Partner, die mit der Auftragsbearbeitung befasst waren, für berufliche Fehler neben der Gesellschaft haften.

Bedingung für die Beschränkung der Haftung der neuen Partnerschaftsgesellschaft ist jedoch nach § 8 IV PartGG, dass die Gesellschaft eine zu diesem Zweck erhöhte Berufshaftpflichtversicherung abschließt. Das heißt, zugunsten des Mandanten wird die Individualhaftung der Rechtsanwälte durch eine hohe Berufshaftpflichtversicherung der Gesellschaft kompensiert. Damit wird die Haftung für berufliche Fehler auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, die Haftung für andere Schulden wie Mieten und Löhne bleibt hingegen unbeschränkt bestehen. Im Gegenzug wird ein angemessener, berufsrechtlich geregelter Versicherungsschutz eingeführt und die Partnerschaft wird einen entsprechenden Namenszusatz führen, der auch in das Partnerschaftsregister einzutragen ist. Als Beispiel einer zulässigen Abkürzung ist u.a. das Kürzel "mbB" ausdrücklich gesetzlich vorgesehen.

Die Höhe der Berufshaftpflichtversicherung ist im PartGG nicht fixiert, vielmehr ist die Regelung im jeweiligen Berufsgesetz maßgeblich: Während der neue § 51a BRAO für die anwaltliche PartG mbB einen Haftpflichtschutz von 2,5 Mio. € verlangt (ebenso § 45a II PAO), begnügt sich das StBerG in § 67 II mit einem Versicherungsschutz von 1 Mio. €.

2. Weil die PartG mbB eine Personengesellschaft bleibt, fallen keine Körperschafts- und Gewerbesteuern an. Zudem kann der Gewinn weiter nach der Einnahme-Überschuss-Rechnung ermittelt werden, es werden also nur tatsächlich erzielte Einnahmen besteuert.
3. Außerdem werden die flexiblen vertragsrechtlichen Vereinbarungen für Personengesellschafter nach deutschem Recht beibehalten, und anders als in der englischen LLP gibt es keine handelsrechtlichen Buchführungs- oder Publizitätspflichten.

Brandaktuell

GG

Freigabe der Briefwahl

VerfR

Art. 38 I

kein Verstoß gegen Wahlrechtsgrundsätze

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 48/2013; Urteil vom 09.07.2013 - 2 BvC 7/10)

Fall: Einen Wahlschein, der für die Briefwahl erforderlich ist, erhielt nach früherer Rechtslage, wer sich am Wahltag während der Wahlzeit aus wichtigem Grunde außerhalb seines Wahlbezirks aufhielt, seine Wohnung in einen anderen Wahlbezirk verlegt hatte und nicht in das Wählerverzeichnis des neuen Wahlbezirks eingetragen worden war oder aus beruflichen Gründen oder wegen Krankheit, hohen Alters, einer körperlichen Beeinträchtigung oder sonst seines körperlichen Zustandes wegen den Wahlraum nicht oder nur unter nicht zumutbaren Schwierigkeiten aufsuchen konnte. Die Gründe für die Erteilung eines Wahlscheines waren glaubhaft zu machen.

Im Dezember 2008 sind das Europa- und das Bundeswahlrecht dahingehend neu gefasst worden, dass ein Wahlberechtigter, der in das Wählerverzeichnis eingetragen ist, auf Antrag einen Wahlschein erhält. Die Angabe und Glaubhaftmachung von Gründen ist nicht mehr erforderlich. Aufgrund dieser Rechtsänderung wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Gültigkeit der Europawahl 2009. Er beanstandet den Verzicht auf das Begründungserfordernis für die Teilnahme an der Briefwahl und rügt die aus seiner Sicht mangelnde Fälschungssicherheit und das erhöhte Risiko der ungewollten Abgabe ungültiger Stimmen bei der Briefwahl. Ist die Freigabe der Briefwahl mit den Wahlrechtsgrundsätzen zu vereinbaren?

I. Ermessen des Gesetzgebers und Wahlrechtsgrundsätze

*„Die Zulassung der Briefwahl dient aber dem Ziel, eine möglichst **umfassende Wahlbeteiligung** zu erreichen und damit dem Grundsatz der **Allgemeinheit der Wahl** Rechnung zu tragen. Der Grundsatz der **Allgemeinheit der Wahl** stellt - jedenfalls im Zusammenhang mit der Briefwahl - eine zu den Grundsätzen der **Freiheit, Geheimheit und Öffentlichkeit der Wahl** gegenläufige verfassungsrechtliche Grundentscheidung dar, die grundsätzlich geeignet ist, Einschränkungen anderer Grundentscheidungen der Verfassung zu rechtfertigen. In diesem Zusammenhang ist es zwar in erster Linie Sache des Gesetzgebers, bei der Ausgestaltung des Wahlrechts die kollidierenden Grundentscheidungen einem angemessenen Ausgleich zuzuführen. Dabei muss er jedoch dafür Sorge tragen, dass **keiner der Wahlrechtsgrundsätze unverhältnismäßig eingeschränkt wird** oder in erheblichem Umfang leer zu laufen droht. Das ist derzeit jedoch offenkundig nicht der Fall. Der Senat hat die Briefwahl daher wiederholt als verfassungsrechtlich gerechtfertigt angesehen.“* (BVerfG aaO)

II. Leitbild der Urnenwahl

Allerdings ist von besonderem Gewicht, dass die Angabe bestimmter Gründe für die Erteilung eines Wahlscheines nebst ihrer Glaubhaftmachung nicht mehr erforderlich ist. Die Beantragung der Briefwahl wird damit in das Belieben der Bürger gestellt.

„Dieser Verzicht beruht auf nachvollziehbaren Erwägungen und hält sich noch in dem Gestaltungsspielraum, der dem Normgeber von Verfassungen wegen zusteht.“

*Der Verordnungsgeber hat ... auf die **zunehmende Mobilität in der heutigen Gesellschaft** und eine verstärkte Hinwendung zu individueller Lebensgestaltung reagiert. Dabei hat er sich von dem Ziel leiten lassen, eine möglichst umfassende Wahlbeteiligung zu erreichen.*

Die Pflicht zur Glaubhaftmachung von Gründen, die die Teilnahme an der Urnenwahl hinderten, hatte sich nach Einschätzung des Normgebers als praktisch nutzlos erwiesen, da eine auch nur stichprobenartige Prüfung der angegebenen Gründe nicht möglich war. Nachvollziehbar und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Einschätzung, jeder Versuch, dem Begründungserfordernis höhere praktische Geltung zu verschaffen oder den Zugang zur Briefwahlteilnahme auf eine andere Weise zu regulieren, sei angesichts der schwindenden Bereitschaft zur Stimmabgabe im Wahllokal mit dem Risiko einer weiter zurückgehenden Wahlbeteiligung behaftet.“ (BVerfG aaO)

*Der Normgeber hat auch in den Blick genommen, dass eine **deutliche Zunahme der Briefwähler** mit dem **verfassungsrechtlichen Leitbild der Urnenwahl** in Konflikt geraten könnte. Dass ein erheblicher Anstieg der Briefwahlbeteiligung durch den Wegfall der Glaubhaftmachung von Antragsgründen jedoch nicht zu befürchten ist, hat der Gesetzgeber für die Bundestagswahl insbesondere mit Erfahrungen bei Landtagswahlen begründet. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Einschätzung in verfassungsrechtlich relevanter Weise verfehlt oder auf die Wahlen zum Europäischen Parlament nicht übertragbar sein könnte.*

III. Wahrung der Wahlrechtsgrundsätze

Gegen eine allgemeine Freigabe der Briefwahl könnte der Umstand sprechen, dass dann **öffentliche Kontrolle** der Stimmabgabe zurückgenommen ist und die **Integrität der Wahl** nicht gleichermaßen gewährleistet werden kann wie bei der Urnenwahl im Wahllokal.

„Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers ist gegenwärtig auch nicht erkennbar, dass die geltenden wahlrechtlichen Bestimmungen keine ausreichende Gewähr für den Schutz vor Gefahren bieten, die bei der Durchführung der Briefwahl für die Integrität der Wahl, das Wahlgeheimnis und die Wahlfreiheit entstehen können. Der Verordnungsgeber hat den diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der Neuregelung des Europawahlrechts Rechnung getragen.“ (BVerfG aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 434 I

Inzahlungnahme eines Unfallautos Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsausschluss (BGH in NZV 2013, 339; Urteil vom 19.12.2012 - VIII ZR 117/12)

ZivilR

1. Im Falle einer **vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung** kann ein daneben ausdrücklich vereinbarter **Gewährleistungsausschluss** nur dahin ausgelegt werden, dass er **nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit**, sondern nur für solche Mängel gelten soll, die darin bestehen, dass die Sache sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB) beziehungsweise sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.
2. Bei einem Weiterverkauf eines mangelhaften Sache und eines wegen der Mangelhaftigkeit erfolgenden Rücktritts des weiteren Käufers kann der Erstkäufer den **zurückzuerstattenden Kaufpreis als Schadensersatz statt der Leistung** gegenüber dem Verkäufer geltend machen.
3. Dies **gilt jedoch nicht für Folgeschäden** (Zinsen, Rechtsanwaltskosten, Prozesskosten), die dadurch entstanden sind, dass der Erstkäufer/Verkäufer einem Rückabwicklungsverlangen seines Käufers nicht ohne weiteres nachgekommen ist.
4. Wird bei Rückabwicklung eines Kaufvertrages die Rückübereignung und Rückgabe der Kaufsache nur **Zug-um-Zug gegen eine weit überhöhte Zahlungsforderung** angeboten, so wird die Sache nicht nach § 294 BGB wie geschuldet angeboten und der Gegner kommt **nicht in Annahmeverzug**.

A. Grundlagenwissen: Der Begriff des Sachmangels, § 434 BGB

I. Beschaffenheitsvereinbarung, § 434 I S. 1 BGB

Mit der Entscheidung des Gesetzgebers für den subjektiven Fehlerbegriff in § 434 I 1 BGB ist klar, dass es vorrangig auf eine **Beschaffenheitsvereinbarung zwischen den Parteien** ankommt. Hierzu gehört neben der ausdrücklichen Vereinbarung über die Eigenschaften einer Sache auch all das, was der **Verkäufer dem Käufer gegenüber als vorhandene Eigenschaften der Sache beschreibt**, sofern der Käufer vor diesem Hintergrund seine Kaufentscheidung getroffen hat. Die – auch nur beschreibenden – Erklärungen des Verkäufers werden damit zum Inhalt des Vertrages und damit zur Beschaffenheitsvereinbarung.

Als Beschaffenheitsvereinbarung ist es auch anzusehen, wenn auf **technische Spezifikationen**, insbesondere auf technische Regelwerke und Normen (z.B. DIN, Prüfzeichen usw.) Bezug genommen wird.

Maßgebend ist der Wille der Parteien sein und die vereinbarte Beschaffenheit, die von ihnen zum Gegenstand des Vertrages gemacht wurde. Hier zeigt sich auch, dass die **Unterscheidung zwischen Fehlern und dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft aufgehoben** wird. Aussagen des Verkäufers, die nach alter Rechtslage als Eigenschaftszusicherung anzusehen waren, haben nunmehr Bedeutung für die Beschaffenheitsvereinbarung des § 434 I 1 BGB.

Fehlt es an einer **Beschaffenheitsvereinbarung**, so bestimmt § 434 I 2 BGB welche Beschaffenheit als vereinbart gilt.

II. Eignung zur vertraglich vereinbarten Verwendung, § 434 I 2 Nr. 1 BGB

Nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB ist Sachmängelfreiheit dann anzunehmen, wenn sich die Sache für die nach dem **Vertrag vorausgesetzte Verwendung** eignet. Dieser Verwen-

dungszweck muss allerdings **zum Inhalt des Vertrages gemacht** worden sein. Die einseitige Erwartung des Käufers reicht nicht aus (beachte aber § 434 I 2 Nr. 2 BGB).

Anders ist es jedoch zu sehen, wenn diese **Erwartungshaltung** des Käufers bei den Vertragsverhandlungen **klar zum Ausdruck gekommen** ist und der Verkäufer dieser Erwartungshaltung nicht widerspricht. Hier kann wohl von einer stillschweigenden Verwendungsvereinbarung ausgegangen werden.

III. Eignung zur gewöhnlichen Verwendung, § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Fehlt es an einer Vereinbarung über die Verwendung, so muss die Sache für die gewöhnliche Verwendung geeignet sein und eine Beschaffenheit aufweisen, die **üblicherweise erwartet** werden kann. Dies hat insbesondere für Gattungssachen Relevanz. Für die **Erwartungshaltung** des Käufers erklärt § 434 I 3 BGB auch für erheblich, welche **öffentlichen Äußerungen**, zu denen insbesondere **Werbeaussagen** zählen, über die Sache gemacht wurden. Bemerkenswert ist, dass es hier nicht nur auf Aussagen des **Verkäufers** oder seiner **Gehilfen**, sondern auch auf Aussagen des **Herstellers** ankommt. Hierbei hat der Gesetzgeber berücksichtigt, dass die Erwartungshaltung des Käufers auch von solchen Werbeaussagen des Herstellers geprägt ist, unabhängig davon, ob der Verkäufer sie bei den Vertragsverhandlungen aufgreift oder nicht. Allerdings ist zu beachten, dass bei einem Aufgreifen der öffentlichen Äußerungen des Herstellers durch den Verkäufer auch eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB vorliegen kann.

Die Aussagen des Herstellers muss der Verkäufer sich grundsätzlich zurechnen lassen. Dies gilt nach § 434 I 3 BGB jedoch nur, wenn der Verkäufer

- die Äußerungen **kannte** oder **infolge Fahrlässigkeit nicht kannte** (z.B. weil er sich nicht über die Herstellerangaben informiert hat)
oder
- die **Äußerungen nicht** in einer ihrer Entäußerung gleichwertigen Weise **berichtigt** waren (z.B. durch eine Klarstellung in späterer Werbung oder durch den Verkäufer selbst)
oder
- die Äußerungen die **Kaufentscheidung beeinflussen konnten** (z.B. wenn der Käufer von ihnen keine Kenntnis hatte).

Diese Umstände muss jedoch nicht der Käufer nachweisen. Will der **Verkäufer** für die öffentlichen Äußerungen des Herstellers nicht haften, **muss** er vielmehr das Vorliegen eines der in § 434 I 3 2. HS BGB genannten Gründe **nachweisen**. Er trägt also hierfür die Beweislast.

IV. Montagemängel, § 434 II 1 BGB

Eine Sache ist nach § 434 II 2 BGB auch dann fehlerhaft, wenn sie selbst zwar nicht mangelhaft war, der Verkäufer aber **auch die Montage schuldete** und diese ihrerseits fehlerhaft ist.

Hierbei ist es für die Anwendung von Sachmängelrecht unerheblich, ob die **Sache selbst durch die Montage mangelhaft** wurde oder nur die **Montage als solche mangelhaft** war.

Die Haftung des Verkäufers für die fehlerhafte Montage greift **nicht nur** dann, wenn sie **von ihm selbst durchgeführt** wird, sondern auch, wenn er einen **Erfüllungsgehilfen** einschaltet. Dies hat ausdrücklich in § 434 II 1 BGB Eingang gefunden. Dies ist lex specialis zu § 278 BGB.

V. Haftung für fehlerhafte Montageanleitung, § 434 II 2 BGB

In Zeiten, in denen immer mehr Gegenstände der **Selbstmontage** des Käufers überlassen bleiben, der Verkäufer sich also nicht zur Montage als Zusatzleistung verpflichtet, hielt der Gesetzgeber es für angebracht, einen Sachmangel auch dann anzunehmen, wenn die Montage durch den Käufer deshalb zu einer **Mangelhaftigkeit der Sache**

selbst führte, **weil die Montageanleitung fehlerhaft** war (sog. **IKEA-Klausel**). Hier fällt die Entstehung des Mangels letztlich auch in den Verantwortungsbereich des Verkäufers, so dass dieser hierfür auch im Rahmen des Sachmängelrechts einzustehen hat. Dies gilt jedoch nur, wenn sich die **fehlerhafte Montageanleitung** auch **tatsächlich ausgewirkt** hat. Ist dem Käufer trotz Fehlerhaftigkeit der Montageanleitung die fehlerfreie Montage gelungen, so haftet der Verkäufer nicht. Allerdings ist diese fehlerfreie Montage von ihm zu beweisen.

B. Zusage der Unfallfreiheit als Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsausschluss (vgl. BGH in NZV 2013, 339)

Fall: Die Kl., eine Autohändlerin, begehrt Schadensersatz wegen verschiedener Mängel eines vom Bekl. angekauften gebrauchten Audi A 6. Der Bekl. hatte dieses Fahrzeug selbst im Mai 2003 von einem Autohaus gebraucht erworben und im Dezember 2003 damit einen Unfall erlitten, als beim Rückwärtsfahren aus einer Parklücke der Unfallgegner seine Fahrzeurtür öffnete. Der entstandene Streifschaden an der hinteren rechten Tür und an der Seitenwand belief sich einem eingeholten Gutachten zufolge auf 2.919,12 Euro. Der Bekl. ließ das Fahrzeug anschließend für 819,89 Euro – nicht fachgerecht – reparieren. Im Juli 2004 verkaufte die Kl. dem Bekl. einen VW Passat und nahm den Audi A 6 zum Preis von 19.000 Euro in Zahlung. Dabei wurde im Ankaufsschein unter der vorgedruckten Rubrik „Das Fahrzeug hat keine/folgende Unfallschäden erlitten“ das Wort „keine“ eingekreist und unterstrichen. Die Kl. veräußerte den Audi A 6 am 08.03.2005 für 19.500 Euro als „laut Vorbesitzer unfallfrei“ an den Kunden D. Kurze Zeit nach der Übergabe verlangte dieser wegen verschiedener Mängel Rückabwicklung des Kaufvertrags.

Im nachfolgenden Prozess stellte der gerichtlich beauftragte Sachverständige fest, dass an dem Fahrzeug neben einem Schaden an der Seitenwand hinten rechts auch ein schwerer Heckschaden repariert worden war. Die Kl. unterlag in dem vom Käufer D gegen sie geführten Prozess und nahm das Fahrzeug gegen Zahlung von 19.421,56 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5.372,60 Euro zurück. Die Kl. hat Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs Zahlung von 30.665,45 Euro (Erstattung des an den Käufer D. auf den Kaufpreis zurückgezahlten Betrags von 19.241,56 Euro nebst Zinsen und Prozesskosten) nebst Zinsen begehrt, ferner Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 1.099 Euro sowie weiterer Kosten des Vorprozesses in Höhe von 10.441,30 Euro, ebenfalls jeweils nebst Zinsen. Zudem begehrt die Kl. die Feststellung begehrt, dass sich der Bekl. mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befinde. Ist die zulässige Klage begründet?

Die Klage ist begründet, wenn der Kl. der geltend gemachte Anspruch zusteht.

I. Anspruch auf Schadensersatz

Ein solcher kann sich aus (§§ 437 Nr. 3, 434, 311a II BGB) ergeben.

1. Vorliegen der Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung

Zunächst müssten die Voraussetzungen für eine Sachmängelhaftung des Bekl. vorliegen.

a) Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag nach § 433 BGB wurde zwischen den Parteien geschlossen.

b) Mangelhaftigkeit

Des Weiteren müsste die Kaufsache mit einem Mangel nach § 434 BGB behaftet sein. Hier könnte eine Mangelhaftigkeit nach § 434 I 1 BGB anzunehmen sein. Dies ist der Fall, wenn die Kaufsache eine vereinbarte Beschaffenheit nicht aufweist. Als vereinbarte Beschaffenheit, welche dem Fahrzeug letztlich fehlte, kommt hier die Unfallfreiheit in Betracht.

*„Das der Kl. verkaufte Fahrzeug war mit einem Sachmangel behaftet, weil es bei Gefahrübergang nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufwies (§ 434 I 1 BGB). Denn die Parteien haben im Kaufvertrag eine **Beschaffenheitsvereinbarung über die Unfallfreiheit** des Fahrzeugs getroffen, indem sie im Ankaufformular ausdrücklich festgehalten haben, dass das Fahrzeug keine Unfallschäden erlitten habe.*

*Zutreffend [wurde] angenommen, dass das Fahrzeug im Hinblick auf den **in der Besitzzeit des Bekl. erlittenen Unfallschaden an der Fahrzeugseite** nicht die Beschaffenheit aufgewiesen habe, die bei Sachen der gleichen Art üblich sei und die der Käufer erwarten könne. Es habe sich auch **nicht um einen bloßen Bagatellschaden** in Form äußerer geringfügiger Lackschäden gehandelt, sondern um einen darüber hinausgehenden Schaden, dessen ordnungsgemäße Instandsetzung einen erheblichen Reparaturaufwand in Höhe von 2.919,12 Euro erfordert hätte.“* (BGH aaO)

Das **Fahrzeug** ist daher als **Unfallwagen** anzusehen und weist somit ungeachtet der erfolgten Reparatur einen **nicht behebbaren Sachmangel** auf.

c) Vorliegen bei Gefahrübergang

Dieser Mangel muss auch bei Gefahrübergang, also nach § 446 BGB bei Übergabe vorgelegen haben. Dies ist der Fall.

d) Ausschluss der Sachmängelhaftung nach § 442 BGB

Allerdings könnte die Sachmängelhaftung nach § 442 I 1 BGB wegen Kenntnis des Käufers vom Mangel ausgeschlossen sein, wenn der Bekl. den Kl. trotz der Unterzeichnung des Vertragsformulars mit der eingekreisten Angabe zur Unfallfreiheit auf den Unfallschaden an der Fahrzeugsseite hingewiesen hat. Hierfür ist der Bekl. beweispflichtig.

„In der Beweisaufnahme konnte nicht geklärt werden, ob der Bekl. die Kl. auf den Unfallschaden an der Fahrzeugsseite hingewiesen habe.“ (BGH aaO)

e) Ausschluss der Sachmängelhaftung nach § 444 BGB

Allerdings könnte die Sachmängelhaftung nach § 444 BGB ausgeschlossen sein. Im Vertrag ist zwar ein solcher Gewährleistungsausschluss nicht vorgesehen. Allerdings könnte den besonderen Umständen des zwischen den Parteien abgeschlossenen Geschäfts – des Verkaufs eines Pkw durch einen Händler unter Inzahlungnahme eines anderen Fahrzeugs – zu entnehmen sein, dass zwischen den Parteien stillschweigend ein Haftungsausschluss vereinbart wurde. Der Kaufvertrag über den Audi A 6 wäre nicht geschlossen worden, wenn der Bekl. nicht den VW Passat von der Kl. erworben hätte. Für beide Parteien sollte der Kaufvertrag über den VW Passat nur bei endgültiger Veräußerung des bisherigen Fahrzeugs des Bekl. Bestand haben. Vor diesem Hintergrund könnte die Annahme, die Parteien hätten die Sachmängelgewährleistung für den Audi A 6 nicht ausschließen wollen, gegen die Interessen des Bekl. verstoßen, zumal die Kl. nicht erwarten konnte, dass das Fahrzeug als Gebrauchtfahrzeug im Alter von vier Jahren mit einer Laufleistung von 160.000 km in jeder Hinsicht mangelfrei ist. Insofern könnte anzunehmen sein, dass die Kl. bereit gewesen ist, auf die Sachmängelgewährleistung zu verzichten, und die Parteien deshalb einen stillschweigenden Gewährleistungsausschluss vereinbart haben.

*„Ein Ausschluss der Gewährleistung für etwaige Unfallschäden kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil die Parteien, wie oben ausgeführt, im Kaufvertrag eine **Beschaffenheitsvereinbarung** über die Unfallfreiheit des Fahrzeugs **getroffen** haben. Nach der Rechtsprechung des Senats (Senat, BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346 Rn. 30f. m. Anm. Gutzeit) kann im Falle einer vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung selbst ein **daneben ausdrücklich vereinbarter Gewährleistungsausschluss** nur dahin ausgelegt werden, dass er nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit, **sondern nur für solche Mängel** gelten soll, die darin bestehen, dass die Sache sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB) beziehungsweise sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB). Für einen stillschweigenden Gewährleistungsausschluss kann nichts anderes gelten.“ (BGH aaO)*

Die Voraussetzungen für eine Sachmängelhaftung liegen daher vor.

2. Umfang des Anspruchs

Die fehlende Unfallfreiheit des Fahrzeugs ist ein Mangel, dessen **Beseitigung** dem Bekl. **von Anfang an unmöglich** war, so dass sich die Schadensansprüche des Kl. nach § 437 Nr. 3, 311a II BGB richten. Danach kann der Gläubiger nach seiner Wahl **Schadensersatz statt der Leistung** oder **Ersatz seiner Aufwendungen** in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen.

Wäre das Fahrzeug unfallfrei gewesen, so hätte der Käufer D nicht vom Vertrag mit der Kl. zurücktreten können und nicht diese wäre nicht zur Rückerstattung des an den Käufer D in Höhe von 19.241,56 Euro zurückgezählten Kaufpreises verpflichtet

gewesen. Diese Beträge kann die Kl. daher ohne weiteres als Schadensersatz statt der Leistung geltend machen.

*„Denn das der Kl. als unfallfrei verkaufte Fahrzeug war mit Rücksicht auf den erlittenen und dem Bekl. bekannten Unfallschaden (**Streifschaden** mit einem anfänglichen unbehebba- ren Mangel behaftet) wegen dieses Mangels musste die Kl. den vom Käufer D erhaltenen Kaufpreis überwiegend zurückzahlen. Da das Rückabwicklungsbegehren des Käufers D schon wegen dieses Unfallschadens begründet war, kommt es auf den weiteren Unfallschaden (Heckschaden) und die Frage, ob dieser dem Bekl. unbekannt war (§ 311a II 2 BGB) nicht an. Die auf den Betrag von 19.241,56 Euro entfallenden vorgerichtlichen Anwaltskosten (859,80 Euro nebst Zinsen) sind als Rechtsverfolgungskosten ebenfalls ersatzfähig.“ (BGH aaO)*

Fraglich ist jedoch, ob der Bekl. auch für die Folgeschäden **wie Zinsen und Prozesskosten** haftet, die im weiteren Verlauf der Auseinandersetzung entstanden sind.

*„Das BerGer. hat die Klage hingegen ... abgewiesen, soweit die Kl. Erstattung der **Kosten des Vorprozesses** sowie der an den Käufer D gezahlten **Zinsen begehrt**.*

*Zu Recht hat das BerGer. ... angenommen, dass dem Bekl. [diese] **Folgeschäden nicht mehr zugerechnet** werden können, die erst dadurch entstanden sind, dass die Kl. dem **offensichtlich berechtigten Rückabwicklungsbegehren** des Käufers D **nicht als bald nachgekommen** ist.*

*Diese Schäden hat das BerGer. zu Recht als nicht ersatzfähig angesehen, denn sie beruhen darauf, dass die Kl. **sich auf einen erkennbar aussichtslosen Prozess** mit dem Käufer D eingelassen hat, und können dem Bekl. deshalb nicht mehr zugerechnet werden*

[Diese beruhen darauf], dass die Kl. das Fahrzeug ohne eigene Untersuchung weiterverkauft und die gebotene Untersuchung nicht einmal im Zeitpunkt der vom Käufer D erhobenen Mängelrügen nachgeholt habe. Zumindest in jenem Zeitpunkt hätte sie das Fahrzeug in ihrer eigenen Werkstatt eingehend untersuchen müssen, wobei die Unfallschäden erkannt worden wären. Durch eine Rückabwicklung des Kaufvertrags mit dem Käufer D hätte die Kl. den aussichtslosen Prozess vermeiden können.

Auch die zusätzlichen Kosten, die der Kl. durch die außergerichtliche Geltendmachung der vorgenannten (unberechtigten) Ansprüche gegenüber dem Bekl. entstanden sind, sind nicht ersatzfähig.“ (BGH aaO)

Die Kl. hat daher nach § 437 Nr. 3, 311a II BGB nur Anspruch auf Ersatz des zurückgezahlten Kaufpreises von 19.241,56 Euro Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs.

II. Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs

Wird eine Zug-um-Zug Leistung geschuldet, so kann der Gläubiger des Zahlungsanspruchs eine entsprechende Titulierung nach § 756 ZPO nur vollstrecken, wenn er entweder die geschuldete Leistung durch den Gerichtsvollzieher anbieten lässt, was bei Kraftfahrzeugen mit erheblichen Kosten verbunden ist oder aber durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachweisen kann, dass sich der Schuldner in Annahmeverzug befindet. Um diesen Nachweis zu erleichtern, kann schon im laufenden Verfahren die Feststellung des Annahmeverzugs vom Gericht begehrt werden.

Fraglich ist allerdings, ob sich der Bekl. tatsächlich schon in Annahmeverzug befunden hat. Dazu ist erforderlich, dass die vom Kl. geschuldete Leistung - die Rückübergabe und Rückgabe des Fahrzeugs nach §§ 293 ff. BGB zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der rechten Art und Weise erfolgt ist. Zwar war die Kl. hierzu bereit, jedoch nur Zug-um-Zug gegen Zahlung eines Betrages, der ihr letztlich nicht zusteht.

„Ebenfalls zu Recht hat das BerGer. einen Annahmeverzug des Bekl. mit der Begründung verneint, dass die Kl. die Rückgabe des Fahrzeugs nur gegen eine weit überhöhte Schadensersatzforderung und deshalb nicht wie geschuldet (§ 294 BGB) angeboten hat.“ (BGH aaO)

Kopfverletzung des Radfahrers
Mitverschulden bei Nichttragen von Fahrradhelm
 (OLG Schleswig in r + s 2013, 353; Urteil vom 05.06.2013 - 7 U 11/12)

1. Der BGH nimmt in std. Rspr. ein **Mitverschulden** des Geschädigten auch ohne **das Bestehen gesetzlicher Vorschriften** an, wenn dieser „diejenige **Sorgfalt** außer Acht lässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch **zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden** pflegt“.
2. Ein Verkehrsteilnehmer muss sich insoweit „**verkehrsrichtig**“ **verhalten**, was sich nicht nur durch die geschriebenen Regeln der Straßenverkehrsordnung bestimme, sondern auch **durch die konkreten Umstände und Gefahren im Verkehr** sowie nach dem, was den Verkehrsteilnehmern **zumutbar** sei, um diese Gefahr möglichst gering zu halten (BGH aaO).
3. Vor diesem Hintergrund hat sich **ganz überwiegend in der Literatur** die Ansicht durchgesetzt, die es für sinnvoll erachtet, den Fortschritt der Sicherheitstechnik bei § 254 BGB auch dann zu berücksichtigen, wenn der Gesetzgeber (noch) schweigt.
4. Die **immer größere Verbreitung des Tragens eines Sturzhelms** ist im täglichen Straßenbild auch inzwischen so deutlich wahrzunehmen, dass man von einer **allgemeinen Überzeugung i.S. dieser von der Rspr.** gebrauchten Formel sprechen kann.
5. Dass der Helm **Schutz bewirkt**, entspricht der **einmütigen Einschätzung der Sicherheitsexperten** und wird auch nicht ernsthaft angezweifelt. Die Anschaffung eines Schutzhelms ist darüber hinaus **wirtschaftlich zumutbar**.
6. Daher kann nach dem heutigen Erkenntnisstand grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ein **ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens** beim Radfahren einen Helm tragen wird, soweit er sich in den öffentlichen Straßenverkehr mit dem dargestellten besonderen Verletzungsrisiko begibt.

Fall: Am Unfalltag befuhr die Kl. ... mit ihrem Fahrrad die C-Straße ... Die Kl. trug keinen Fahrradhelm. Am rechten Fahrbahnrand parkte die Bekl. zu 1) mit ihrem Pkw BMW, der bei der Bekl. zu 2) haftpflichtversichert ist. Die Bekl. zu 1) öffnete unmittelbar vor der sich nähernden Kl. die Fahrertür ihres PKW, so dass die Kl. nicht mehr ausweichen konnte und gegen die Fahrertür fuhr. Die Kl. stürzte zu Boden, fiel auf den Hinterkopf und zog sich schwere Schädel-Hirnverletzungen zu. Die Kl. macht nunmehr gegen die Bekl. Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld geltend. Die Haftung ist dem Grunde nach zwischen den Parteien unstreitig, fraglich ist jedoch, ob der Kl. ein Mitverschulden zuzurechnen ist.

Die Kl. könnte einen Anspruch gegen die Bekl. aus §§ 7, 18 StVG und bzgl. der Bekl. zu 2) zusätzlich aus § 155 VVG haben.

Nach §§ 9 StVG, 254 II BGB ist ein Mitverschulden an dem Zustandekommen des konkreten Schadens, hier der Kopfverletzung, anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Allerdings hat sich die Kl. verkehrsgemäß verhalten wohingegen die Bekl. zu 1.) ihre Sorgfaltspflichten im Verkehr verletzt hat.

Allerdings könnte ein Mitverschulden der Kl. darin zu sehen sein, dass sie keinen Helm getragen und damit Schutzmaßnahmen zu ihrer eigenen Sicherheit unterlassen hat (sog. **Verschulden gegen sich selbst**).

I. Kausalität des Nichttragens des Helmes für den eingetretenen Schaden

Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens der Kl. kommt überhaupt nur in Betracht, wenn das Nichttragen des Helmes überhaupt (mit-) kausal für die erlittenen Verletzungen war.

„Das Nichttragen eines Schutzhelms war kausal für das **Ausmaß der Kopfverletzungen**, die die Kl. durch den Unfall vom 07.04.2011 erlitten hat. So ist schon mit der herrschenden Meinung (BGH NJW 1983, 1380 = r+s 1983, 121; OLG Stuttgart VRS 97, 15; Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 41. Aufl. 2011, § 21a StVO, Rn. 22 m.w.N.) davon auszugehen, dass der **Anscheinsbeweis** für einen **Kausalzusammenhang** zwischen Nichtbenutzung des Helmes und der eingetretenen Kopfverletzung spricht, wenn ein Radfahrer bei einem Unfall – wie im vorliegenden Fall – Kopfverletzungen erleidet, vor denen der Schutzhelm gerade schützen soll. Zudem

steht der Kausalzusammenhang nach dem Ergebnis des vom Senat eingeholten schriftlichen Sachverständigen-gutachtens ... fest. (Wird ausgeführt.)“ (OLG Schleswig aaO)

Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, dass das Nichttragen des Helmes (mit-)kausal für das Ausmaß der erlittenen Verletzungen war.

II. Nichttragen des Helmes als Mitverschulden

Ob das Nichttragen eines Helmes im öffentlichen Straßenverkehr zur Minderung der Schadensersatz und Schmerzensgeldansprüche des verletzten Radfahrers führen darf, ist umstritten.

1. kein Mitverschulden bei Nichttragen eines Helmes

Ob das Nichttragen eines Schutzhelmes dazu führen kann, dass sich ein Radfahrer hinsichtlich erlittener Kopfverletzungen ein Mitverschulden anrechnen lassen muss, wurde bislang in der **bisher herrschenden obergerichtlichen Rspr.** (vgl. OLG Karlsruhe NZV 1991, 25 = r+s 1990, 118; OLG Nürnberg DAR 1991, 173 = r+s 1991, 85; OLG Stuttgart VRS 97, 15, 18; OLG Nürnberg DAR 1999, 507; OLG Hamm NZV 2001, 86; OLG Hamm NZV 2002, 129, 131; OLG Düsseldorf NZV 2007, 614; OLG Saarbrücken NZV 2008, 202, 203) abgelehnt.

„Das Hauptargument derjenigen, die – zumindest bei Erwachsenen – ein Mitverschulden ablehnen, besteht in dem **Fehlen einer gesetzlichen Verpflichtung**, da das Tragen eines Helmes bisher nach § 21a II StVO nur für Fahrer von Kraffrädern mit einer bauartbedingten Höchstgeschwindigkeit von über 20 km/h vorgeschrieben ist. Dafür würden **Gründe der Rechtssicherheit und Praktikabilität** sprechen, die der BGH (NJW 1979, 1363 = r+s 1979, 168; ebenso Greger, *Zivilrechtliche Haftung im Straßenverkehr*, 1985, Band 2, § 9 Rn. 37f) für die Frage der Anschnallpflicht in Personenkraftwagen als entscheidend betrachtet habe (vgl. OLG Nürnberg DAR 1991, 173 = r+s 1991, 85; OLG Stuttgart VRS 97, 15).“ (OLG Schleswig aaO)

2. Nichttragen eines Helmes im öffentlichen Verkehr als Mitverschulden

Das **OLG Schleswig** ist jedoch **anderer Auffassung**. Nach seiner Ansicht begründet das Radfahren ohne Schutzhelm bei einer Kopfverletzung durch Fahrradsturz auch den Vorwurf des Mitverschuldens eines Radfahrers, wenn er am öffentlichen Straßenverkehr teilnimmt.

a) Grundsätze des BGH zum Mitverschulden

„[Der BGH hat] in std. Rspr. ein **Mitverschulden** des Geschädigten auch ohne **das Bestehen gesetzlicher Vorschriften** angenommen ..., wenn dieser „diejenige **Sorgfalt** außer Acht lässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch **zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt**“ (BGH NJW 1979, 980 m.w.N. = r+s 1979, 124); er müsse sich insoweit „verkehrsrichtig“ verhalten, was sich nicht nur durch die geschriebenen Regeln der Straßenverkehrsordnung bestimme, sondern auch **durch die konkreten Umstände und Gefahren im Verkehr** sowie nach dem, was den Verkehrsteilnehmern **zumutbar** sei, um diese Gefahr möglichst gering zu halten (BGH aaO).

So hatte es für die Mithaftung eines geschädigten Motorradfahrers, der Kopfverletzungen erlitten und keinen Schutzhelm getragen hatte, lange vor Einführung der Helmpflicht im Januar 1976 ausgereicht, dass sich bereits zur Unfallzeit im Juli 1961 ein „**allgemeines Verkehrsbewusstsein**“ dahingehend gebildet hatte, dass dem Schutzhelm größte Bedeutung zur Abwehr und Minderung von Unfallverletzungen zukam (BGH NJW 1965, 1075).“ (OLG Schleswig aaO)

Diese **Ansicht** hat sich auch **ganz überwiegend in der Literatur** durchgesetzt, die es für sinnvoll erachtet, den Fortschritt der Sicherheitstechnik bei § 254 BGB auch dann zu berücksichtigen, wenn der Gesetzgeber (noch) schweigt (Staudinger/Schiemann, BGB, 2005, § 254 Rn. 51 m.w.N.).

b) Mitverschulden schon zuvor anerkannt bei Nichttragen eines Helmes aus Anlass sportlicher Betätigungen

Im Bereich **sportlicher Betätigungen** wie Reiten oder Skifahren, wo es ebenfalls an einer gesetzlich geregelten Pflicht zum Tragen eines Schutzhelms fehlt, hat sich nach der Rspr. dagegen seit langem eine **Obliegenheit zum Tragen von Helmen** i.S.d. § 254 BGB gebildet.

„Dies wird damit begründet, dass sich z.B. auf den Skipisten die Anzahl der Skifahrer und die dort gefahrenen Geschwindigkeiten stark erhöht hätten, so dass die Mehrzahl der Skifahrer inzwischen mit

einem Helm unterwegs sei (OLG München DAR 2012, 335). Warum dies bei einem Radfahrer, der im Straßenverkehr einer erhöhten Sturzgefahr ausgesetzt ist, anders sein soll, erschließt sich nicht.“

Dass sich das „**allgemeine Verkehrsbewusstsein**“ in Bezug auf das Tragen von Schutzhelmen beim Fahrradfahren in den letzten Jahren ebenfalls stark gewandelt hat, dürfte außer Frage stehen. Dies wird auch vom OLG Düsseldorf (NZV 2007, 614), auf welches sich das LG in seiner Entscheidung stützt, hervorgehoben. Es hat – insbes. bedingt durch die **zunehmende Akzeptanz des Tragens von Fahrradhelmen** – einen differenzierten Standpunkt eingenommen und zwischen dem „normalen“ Freizeifahrer, der sein Gefährt als normales Fortbewegungsmittel im Straßenverkehr ohne sportliche Ambitionen einsetzt und sportlich ambitionierteren Fahrern, wie etwa Rennradfahrern, unterschieden und nur bei letzteren eine Obliegenheitsverletzung beim Nichttragen von Schutzhelmen angenommen.

Die **Differenzierung zwischen den verschiedenen Arten von Radfahrern**, die gleichsam am öffentlichen Straßenverkehr teilnehmen, ist wegen der durch sie aufgeworfenen **Abgrenzungsschwierigkeiten** nachvollziehbaren Bedenken ausgesetzt (Kettler NZV 2007, 603). Schon angesichts des Umstandes, dass die technische Entwicklung bei modernen Tourenfahrrädern heute derart fortgeschritten ist, dass man auch, wenn es sich nicht um spezielle Renn- oder Geländeräder handelt, hohe Geschwindigkeiten erreichen und sein Fahrverhalten überaus flexibel gestalten kann, überzeugt diese Unterscheidung nicht.“ (OLG Schleswig aaO)

c) besonderes Verletzungsrisiko im heutigen Straßenverkehr

Nach Auffassung des OLG Schleswig ist das besondere Verletzungsrisiko entscheidend, dem Fahrradfahrer heutzutage im täglichen Straßenverkehr ausgesetzt sind, wie dieser Streitfall plastisch zeigt.

„Der gegenwärtige Straßenverkehr ist **besonders dicht**, wobei **motorisierte Fahrzeuge dominieren** und Radfahrer von Kraftfahrern oftmals nur als störende Hindernisse im frei fließenden Verkehr empfunden werden. Aufgrund der **Fallhöhe**, fehlender Möglichkeit, sich abzustützen (die Hände stützen sich auf den Lenker, der keinen Halt bietet) und ihrer **höheren Geschwindigkeit**, z.B. gegenüber Fußgängern, sind Radfahrer besonders gefährdet, Kopfverletzungen zu erleiden. Gerade dagegen soll der Helm schützen. Dass der Helm diesen **Schutz auch bewirkt**, entspricht der **einmütigen Einschätzung der Sicherheitsexperten** und wird auch nicht ernsthaft angezweifelt. Die Anschaffung eines Schutzhelms ist darüber hinaus **wirtschaftlich zumutbar**. Daher kann nach dem heutigen Erkenntnisstand grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ein **ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens** beim Radfahren einen Helm tragen wird, soweit er sich in den öffentlichen Straßenverkehr mit dem dargestellten besonderen Verletzungsrisiko begibt (Geigel, Haftpflichtprozess, 26. Aufl. 2011, Rn. 3).

Die **immer größere Verbreitung des Tragens eines Sturzhelms** ist im täglichen Straßenbild auch inzwischen so deutlich wahrzunehmen, dass man von einer **allgemeinen Überzeugung i.S. dieser von der Rspr. gebrauchten Formel** sprechen kann (Staudinger/Schiemann BGB § 254 Rn. 51).“ (OLG Schleswig aaO)

Da die Kl. die im eigenen Interesse gebotene Umsicht nicht gewahrt und dem Risiko, beim Radfahren eine Kopfverletzung zu erleiden, nicht nach – zumutbarer – Möglichkeit vorgebeugt hat, ist ihr ein Mitverschulden an der Schadenentstehung anzulasten.

„Den **Mitverschuldensanteil** der Kl. bemisst der Senat mit **20%**. Dies berücksichtigt zum einen, dass ein Helm nach den Feststellungen des Sachverständigen die Kopfverletzung der Kl. zwar in einem gewissen Umfang hätte verringern, aber nicht verhindern können und zum anderen, dass das grob fahrlässige Verhalten der Bekl. zu 1) den Mitverschuldensanteil der Kl. deutlich überwiegt.“ (OLG Schleswig aaO)

III. Ergebnis

Der Anspruch der Kl. ist um einen Mitverschuldensanteil von 20 % zu reduzieren.

StGB

Notwehr

StGB

§§ 32, 33

Verteidigungswille und „panikbedingte“ Notwehrüberschreitung

(BGH in NJW 2013, 2133; Urteil vom 25.04.2013 – 4 StR 551/12)

1. Wird von dem Angegriffenen in einer **Notwehrlage** ein **Gegenangriff auf Rechtsgüter des Angreifers** geführt (sog. Trutzwehr), kann darin nur dann eine Angriffsabwehr gesehen werden, wenn in diesem Vorgehen auch tatsächlich ein **Verteidigungswille** zum Ausdruck kommt.
2. Ein **Verteidigungswille** ist **auch dann noch als relevantes Handlungsmotiv** anzuerkennen, **wenn andere Beweggründe** (wie z. B. Vergeltung für frühere Angriffe, Feindschaft etc.) **hinzutreten**. Nur dann, wenn diese anderen Beweggründe so dominant sind, dass ihnen gegenüber der Wille zur Wahrung des Rechts völlig zurücktritt, kann ein Abwehrverhalten i. S. des Notwehrrechts nicht mehr bejaht werden.
3. Ein **entschuldigender Notwehrexzess** nach § 33 StGB ist nur dann gegeben, wenn sich der Handelnde in einem **psychischen Ausnahmezustand** mit einem Störungsgrad befindet, der eine erhebliche **Reduzierung seiner Fähigkeit, das Geschehen zu verarbeiten**, zur Folge hat.

Fall: Der Angekl. A ist ein führendes Mitglied der rechten Szene. Von Personen aus dem linken Spektrum wurde er in einschlägigen Internetblogs als Rechtsradikaler geoutet und beschimpft. Gegenüber einem Gesinnungsgenossen äußerte A daraufhin, nur drauf zu warten, "dass einer mal angreift" und er den dann "endlich mal die Klinge fressen lassen" könne. "Ja! Das Schöne daran, es wäre sogar Notwehr!"

Wenige Tage später fand eine Veranstaltung der rechten Szene statt, während derer der Angekl. auf einem Pendlerparkplatz bereitstand, um den Teilnehmern den Weg zum Veranstaltungsgelände zu weisen. Er saß in seinem Pkw bei geöffnetem Seitenfenster und telefonierte, als fünf vermummte Personen der linken Szene, die von der Veranstaltung erfahren und den Angekl. erkannt hatten, auf ihn zukamen, um ihn auf dem Parkplatz anzugreifen. A bemerkte die politischen Gegner und deren Vorhaben. Er geriet nicht ausschließlich in Panik und beschloss zu flüchten. Dazu startete er sein Fahrzeug und fuhr mit Vollgas beschleunigend auf die Personengruppe zu. Diese konnte sich durch einen Sprung zur Seite retten. Nur der Nebenkläger (K) sprang, obwohl er die Möglichkeit dazu gehabt hätte, aus unerklärlichem Grund nicht zur Seite, sondern auf die Motorhaube des auf ihn zukommenden Fahrzeuges. Dabei prallte K mit dem Kopf gegen die Windschutzscheibe, wurde abgeworfen und schwer verletzt. A hätte ohne Beeinträchtigung seiner Verteidigungs- und Selbstschutzzhancen eine Gefährdung seiner körperlichen Unversehrtheit auch dadurch vermeiden können, dass er den Pendlerparkplatz über eine andere Ausfahrt verlassen hätte.

Zu prüfen ist, ob das Handeln des Angekl., das den Straftatbestand der Körperverletzung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs nach § 224 I Nr. 2 StGB erfüllt, durch einen **entschuldigenden Notwehrexzess gem. §§ 32, 33 StGB** gerechtfertigt sein könnte.

I. Eine Entschuldigung wegen einer Überschreitung der Grenzen der Notwehr nach § 33 StGB setzt voraus, dass der Täter in einer **objektiv gegebenen Notwehrlage** (§ 32 II StGB) **bei der Angriffsabwehr die Grenzen des Erforderlichen aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschritten** hat (vgl. BGH NStZ 2003, 599 m. w. Nachw.).

1. Von einer Angriffsabwehr kann dabei nur die Rede sein, wenn der Täter nicht nur in Kenntnis der die Notwehrlage begründenden Umstände, sondern auch **mit Verteidigungswillen gehandelt** hat (BGHSt 3, 194; Zieschang, LK-StGB, 12. Aufl., § 33 Rn 48; Heinrich, StrafR AT, 3. Aufl., Rn 590; Kühl, StrafR AT, 6. Aufl., § 12 Rn 149 a).

Hier war der Angekl. im Zeitpunkt des Anfahrens des Nebenkl. K und des Beinahe-Zusammenstoßes mit den Nebenkl. P und S einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ausgesetzt und befand sich deshalb objektiv in einer Notwehrlage (§ 32 II StGB).

„Ein Angriff ist bereits dann gegenwärtig, wenn sich die durch das Verhalten der Angreifer begründete Gefahr so verdichtet hat, dass ein Hinausschieben der Abwehrhandlung unter den gegebenen Umständen entweder deren Erfolg gefährden oder den Verteidiger zusätzlicher nicht mehr hinnehmbarer Risiken aussetzen würde (vgl. BGH NStZ 2000, 365; BGHR StGB § 32 Abs. 2 Angriff 5; BGH BGHR StGB § 32 Abs. 2 Angriff 1).

Nach den Feststellungen waren die Nebenkl. und ihre Begleiter im Begriff, den Angekl. in seinem Fahrzeug körperlich anzugreifen. Dazu bewegten sie sich schnellen Schrittes auf ihn zu und hatten nur noch wenige Meter zu überwinden. Angesichts der zahlenmäßigen Überlegenheit der Angreifer und ihrer Bewaffnung

(Reizgas, präparierte Handschuhe) hätte ein Zuwarten den Angekl. der Gefahr ausgesetzt, nicht mehr rechtzeitig reagieren zu können oder wichtige Handlungsoptionen zu verlieren.

Da der Angriff der Nebenkl. und ihrer Begleiter auf den Angekl. in Widerspruch zur Rechtsordnung stand, war er auch rechtswidrig (BGH NJW 1998, 1000).“ (BGH aaO)

2. Fraglich ist jedoch, ob das Vorgehen des Angekl. auch von dem erforderlichen **Verteidigungswillen** getragen war.

- a) Wird von dem Angegriffenen in einer Notwehrlage ein Gegenangriff auf Rechtsgüter der Angreifer geführt (sog. Trutzwehr), kann darin nur dann eine Angriffsabwehr gesehen werden, wenn in diesem Vorgehen auch tatsächlich der **Wille** zum Ausdruck kommt, **der drohenden Rechtsverletzung entgegenzutreten**.

BGHSt 5, 245 = NJW 1954, 438; BGH MDR 1969, 15; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 32 Rn 25; Schmidhäuser GA 1991, 91; Schmidhäuser JZ 1991, 937; Schönemann GA 1985, 341; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S. 86; vgl. Alwart GA 1983, 433

- b) Dazu **reicht allein die Feststellung, dass dem Angegriffenen die Notwehrlage bekannt war, nicht aus**, denn die subjektiven Voraussetzungen der Notwehr sind erst dann erfüllt, wenn der Gegenangriff zumindest auch zu dem Zweck geführt wurde, den vorangehenden Angriff abzuwehren. Dabei ist ein Verteidigungswille auch dann noch als **relevantes Handlungsmotiv** anzuerkennen, wenn **andere Beweggründe** (Vergeltung für frühere Angriffe, Feindschaft etc.) hinzutreten. Erst wenn diese anderen Beweggründe so **dominant** sind, dass hinter ihnen der Wille, das Recht zu wahren, ganz in den Hintergrund tritt, kann von einem Abwehrverhalten keine Rede mehr sein.

vgl. BGH NSTz-RR 2012, 84; BGH NSTz 2007, 325; BGH NJW 2003, 1955; BGH NSTz 2000, 365; BGHR StGB § 32 Abs. 2 Verteidigungswille 1; BGH NSTz 1983, 117; BGH GA 1980, 67; BGHSt 3, 194

Hieran ist trotz **in der Lit. geäußerter Kritik** festzuhalten.

vgl. Rönau/Hohn, LK-StGB, § 32 Rn 266; Matt/Renzikowski/Engländer, StGB, § 32 Rn 63; MüKo-StGB/Erb, 2. Aufl., § 32 Rn 241; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 32 Rn 63; Prittwitz GA 1980, 381; Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002, S. 241 f.; Waider, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, 1970, S. 91 ff.

„Die Äußerungen des Angekl. im Vorfeld der Geschehnisse, wonach er nur darauf warte, „dass einer mal angreift“ und er den dann „endlich mal die Klinge fressen lassen“ könne, wie auch das damit verbundene begeisterte Ausmalen eines Szenarios, in dem es zur Tötung eines politischen Gegners („Zecke“) in einer Notwehrsituation kommt, lassen es nicht als fernliegend erscheinen, dass er den Angriff der Nebenkl. lediglich zum Anlass genommen hat, gegen sie Gewalt zu üben. Dem entspricht es, dass es das LG an anderer Stelle im Zusammenhang mit diesen Äußerungen selbst für möglich gehalten hat, dass der Angekl. auf die Nebenkl. und ihre Begleiter zugefahren ist, um sie unter Inkaufnahme von Verletzungen „springen“ zu lassen. Vor diesem Hintergrund konnte das LG nicht ohne nähere Begründung davon ausgehen, dass der Angekl. bei seinem Vorgehen gegen die Nebenkl. zumindest auch von dem Willen geleitet war, das Recht zu wahren. Die ausführliche Bewertung der Äußerungen des Angekl. und seiner daraus abzuleitenden Haltung gegenüber den Nebenkl. im Zusammenhang mit der Prüfung eines bedingten Tötungsvorsatzes kann die fehlenden Ausführungen zum Verteidigungswillen nicht ersetzen.“ (BGH aaO)

II. Ist der Angekl. in einer objektiv gegebenen Notwehrlage auf die Nebenkl. zugefahren und hat er dabei jedenfalls auch mit Verteidigungswillen gehandelt, so ist weiter zu prüfen, ob die **Grenzen des Erforderlichen überschritten** worden sind.

1. Eine in einer objektiven Notwehrlage begangene Tat ist nach § 32 II StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das **mildeste Abwehrmittel** handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung stand (st. Rspr.; vgl. BGH NSTz-RR 2013, 139; BGHSt 42, 97 = NJW 1996, 2315 = NSTz 1996, 380 m. w. Nachw.).

Ob dies der Fall ist, muss aus der Sicht eines objektiven und umfassend über den Sachverhalt unterrichteten Dritten in der Situation des Angegriffenen entschieden werden (BGH BGHR § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 14). Dabei kommt es auf die **tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung** an (BGH NSTz-RR 2013, 139; BGH NJW 1989, 3027).

2. Da das Notwehrrecht nicht nur dem Schutz der bedrohten Individualrechtsgüter des Angegriffenen, sondern auch der **Verteidigung der durch den rechtswidrigen Angriff negierten Rechtsordnung** dient (vgl. BGHSt 24, 356 = NJW 1972, 1821), kommen als alternativ in Betracht zu ziehende Abwehrhandlung grds. nur Maßnahmen in Betracht, die die bedrohte Rechtsposition gegen den Angreifer durchsetzen.

*„Das Gesetz verlangt von einem rechtswidrig Angegriffenen nicht, dass er die Flucht ergreift oder auf andere Weise dem Angriff ausweicht, weil damit ein Hinnehmen des Angriffs verbunden wäre und weder das bedrohte Recht noch die in ihrem Geltungsanspruch in Frage gestellte Rechtsordnung gewahrt blieben (vgl. BGH NStZ 2005, 31; BGH NJW 2003, 1955; BGH NJW 1980, 2263; BGHSt 27, 313 = NJW 1978, 955; Rönnau/Hohn, LK-StGB, § 32 Rn 182; MüKo-StGB/Erb, § 32 Rn 118; Kindhäuser, NK-StGB, 4. Aufl., § 32 Rn 94 m. w. Nachw.). Etwas anderes kann lediglich dann gelten, wenn **besondere Umstände das Notwehrrecht einschränken**, etwa weil dem Angriff eine **vorwerfbare Provokation des Angegriffenen** vorausgegangen ist (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 139; BGH NStZ 2005, 31) oder der **Angegriffene sich sehenden Auges in Gefahr begeben hat** (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 203; Walther JZ 2003, 52).*

Der Angekl. war nicht gehalten, sich dem Geschehen durch ein Wegfahren in Gegenrichtung (Flucht) zu entziehen. Auch für die vom LG angestellte Abwägung zwischen den Gefahren, die dem Angekl. im Fall einer Flucht droht hätten und den mit der gewählten Verteidigung verbundenen Gefahren für die Rechtsgüter der angreifenden Nebenkl., ist kein Raum. Stattdessen [ist zu prüfen], ob es dem Angekl. in dem Zeitpunkt der Zufahrt auf die Nebenkl. möglich war, den gegen ihn geführten Angriff auf seine körperliche Unversehrtheit schonender als geschehen zurückzuweisen. Sollte sich wiederum ergeben, dass der Angekl. mit Vollgas auf die in seinem Fahrweg laufenden Nebenkl. zugefahren ist, wird dabei ggf. die Frage beantwortet werden müssen, ob diese die Nebenkl. erheblich gefährdende Fahrweise tatsächlich erforderlich war, um sie von ihrem Angriffsvorhaben abzubringen. Wurde der Nebenkl. K nur deshalb gravierend verletzt, weil er aus ungeklärtem Grund nicht zur Seite, sondern auf die Motorhaube des Fahrzeugs des Angekl. sprang, wird auch entschieden werden müssen, ob diese Entwicklung aus der an dieser Stelle maßgeblichen Sicht eines objektiven Beobachters vorhersehbar war. Wäre dies zu verneinen, müsste diese Auswirkung als nicht vorhersehbare Folge bei der vergleichenden Betrachtung mit anderen möglichen Verteidigungshandlungen außer Ansatz bleiben (vgl. für eine andere Fallkonstellation BGH, BGHR § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 14).“ (BGH aaO)

3. Ergibt sich dagegen, dass die **Grenzen des Erforderlichen überschritten** worden sind, ist das Vorliegen der **Voraussetzungen des § 33 StGB zu prüfen**.

Dabei ist zu beachten, dass eine Exkulpierung nach dieser Vorschrift nur zu rechtfertigen ist, wenn sich der Angekl. auf Grund der Bedrohung durch die Nebenkl. in einem **psychischen Ausnahmezustand** mit einem Störungsgrad befunden hat, der eine **erhebliche Reduzierung seiner Fähigkeit das Geschehen zu verarbeiten** zur Folge hatte (BGH NStZ-RR 1997, 65; BGH NStZ 1995, 76; vgl. BGH NJW 2001, 3200 = NStZ 2001, 591; Schönke/Schröder, StGB, § 33 Rn 3; Matt/Renzikowski/Engländer, § 33 Rn 10; MüKo-StGB/Erb, § 33 Rn 23 m. w. Nachw.).

War dies der Fall, kann ein entschuldigender Notwehrexzess auch dann noch anzunehmen sein, wenn die **Überschreitung der Notwehrgrenzen durch andere (asthetische) Affekte (Wut, Zorn etc.) mitverursacht** worden ist (BGH StV 1999, 148; BGH NStZ-RR 1999, 264; BGH NStZ 1987, 20). Hierzu bedarf es jedoch stets konkreter Feststellungen und einer wertenden Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände im Einzelfall.

StGB

Computerbetrug

StGB

§§ 263 II, 264a

Abbuchungsauftragslastschrift

(BGH in StV 2013, 512; Beschluss vom 22.01.2013 – 1 StR 416/12)

Der für § 263 a I StGB vorausgesetzte **Vermögensschaden** muss **unmittelbare Folge eines vermögensrelevanten Datenverarbeitungsvorgangs** sein; erforderlich ist weiterhin, dass dieser **Datenverarbeitungsvorgang** seinerseits **unmittelbar durch die Tathandlung beeinflusst** ist.

Fall: S. verfügte im Frühjahr 2011 über zwei Dateien, die persönliche Datensätze von 30.002 Personen enthielten. Diese Datensätze umfassten neben Namen und Anschrift der Personen auch eine Kontoverbindung (Bankleitzahl sowie die Kontonummer). Sie sollten - so der Plan des S. - dazu missbraucht werden, im Wege des Lastschriftverfahrens über ein von einem Strohmann zu errichtendes Bankkonto Geldbeträge in Höhe von unter 10 Euro von den in den Datensätzen enthaltenen Konten abzubuchen, dies ohne Zustimmung der jeweiligen Bankkunden. Zu diesem Zwecke hatte P. in Begleitung des Mitangeklagten N. mittels falscher Personaldokumente und einer frei erfundenen Firmenlegende bei der Raiffeisen Privatbank eG W. (im Folgenden: Raiffeisenbank) ein Geschäftskonto auf den Namen „M.“ errichtet und plangemäß die erforderliche Zulassung zum Lastschriftverfahren bewirkt. Nachdem erste Versuche zur Umsetzung des Tatplans gescheitert waren, kam S. mit dem Angekl. dahingehend überein, dass er, der Angekl., am weiteren Geschehen mitwirken und die technische Abwicklung der geplanten Abbuchungen vornehmen sollte.

Der Angekl. führte die geplanten Abbuchungen aufgrund einheitlich zuvor gefassten Entschlusses am 28.04.2011 zwischen 17.57 Uhr und 19.36 Uhr und am darauf folgenden Tag zwischen 11.50 Uhr und 14.37 Uhr aus. Dabei bediente er sich einer speziellen Software, mit der im Online-Banking-Verfahren bis zu 500 Abbuchungen in einem Buchungsvorgang zusammengefasst werden konnten. In insgesamt 39 solcher Buchungsvorgänge übermittelte der Angekl. 18.816 Lastschriftaufträge an ein Unternehmen namens F, das seitens der Raiffeisenbank mit der technischen Abwicklung des Lastschriftverfahrens beauftragt worden war. Die Daten der angeblich zahlungspflichtigen Bankkunden entnahm er den von S zur Verfügung gestellten zwei Dateien. Durch Eintrag der Ziffer 4 in dem dafür vorgesehenen Feld der Maske kennzeichnete er die Lastschriftaufträge als solche im Abbuchungsauftragsverfahren und erweckte damit den unzutreffenden Eindruck, die jeweiligen Kontoinhaber hätten einen entsprechenden Abbuchungsauftrag erteilt. Der einzuziehende Betrag belief sich jeweils auf 9,28 Euro, der Verwendungszweck enthielt die frei erfundene Angabe „Telefongebühren 0900300182414695 Firma G. GmbH 1020 Wien, Österreich“. Dass mittels der Lastschriftaufträge nicht reelle Forderungen eingezogen werden sollten und dementsprechend keiner der Kontoinhaber einen Abbuchungsauftrag erteilt hatte, war dem Angekl. bekannt. Ihm ging es darum, gemeinsam mit den anderen Tatbeteiligten über die im Lastschriftverfahren „eingezogenen Beträge verfügen zu können“.

Die F. leitete automatisiert die Lastschriftaufträge an die jeweilige kontoführende Bank (im Folgenden: Zahlstellen) der angeblich zahlungspflichtigen Bankkunden weiter. Dementsprechend wurden deren Konten belastet. Ebenso wurde jeweils ein Betrag gleicher Höhe auf dem Konto des „M.“ (insgesamt 174.612,48 Euro) vorläufig gutgeschrieben. Bis zur endgültigen Wertstellung (drei Werktage nach Eingang des Auftrages) war ein Zugriff auf die vorläufig gutgeschriebenen Geldbeträge nicht ohne ausdrückliche Zustimmung der Raiffeisenbank möglich. Großteils „widersprachen“ die Zahlstellen der jeweiligen Lastschrift, gaben die Lastschriftaufträge an die Raiffeisenbank als sog. Rücklastschrift zurück und belasteten das Konto des „M.“ mit Rücklastschriftgebühren. Angesichts der zahlreichen Rücklastschriften, die bereits am Morgen des 29.04.2011 bei der Raiffeisenbank eingegangen waren, sperrte ein Bankangestellter der Raiffeisenbank am späten Vormittag das Konto des „M.“, nachdem er bereits um 9.30 Uhr auf telefonische Nachfrage des S. zur Verfügbarkeit des gutgeschriebenen Geldes nur ausweichend geantwortet hatte. Ein Versuch, bei der Raiffeisenbank 10.000 Euro abzuheben, scheiterte dementsprechend.

Aus nicht festgestellten Gründen sind von den verfahrensgegenständlichen 18.816 Lastschriftaufträgen insgesamt 785 Lastschriften von den Zahlstellen nicht als Rücklastschriften an die Raiffeisenbank zurückgegeben worden, obwohl auch in diesen Fällen keine Abbuchungsaufträge ihrer Kunden vorlagen. Dies führte dazu, dass es insoweit bei einer endgültigen Wertstellung auf dem Konto des „M.“ in Höhe von insgesamt 7.284,80 Euro verblieb. Dennoch wies das Konto des „M.“ wegen Rücklastschriftgebühren, die in den anderen Fällen entstanden waren, ein Minussaldo in Höhe von 34.701,39 Euro auf.

- I. Eine Strafbarkeit des Angekl. wegen **Computerbetruges nach § 263a II i.V.m. § 263 II StGB scheidet hier aus**, denn das LG hat **keine Feststellungen zu der Frage getroffen, ob die Konten** der von den Abbuchungsaufträgen betroffenen Bankkunden **tatsächlich belastet worden** waren oder ob nicht infolge der automatisierten Überprüfung bei den als Zahlstellen fungierenden Banken die Lastschriften an die mit dem Einzug beauftragte Bank zurückgegeben wurden. Bei der einziehenden Bank, die dem Auftraggeber des Lastschrifteinzugs den einzuziehenden Betrag vorläufig gutschreibt, kann zwar laut BGH durch diese Gutschrift ein Schaden eintreten. Dies setzt aber voraus, dass auf den

gutgeschriebenen Betrag tatsächlich zugriffen werden konnte. Doch auch hierzu hat das LG im vorliegenden Fall keine Feststellungen getroffen.

Darüber hinaus sind die **Feststellungen des Landgerichts zum Schadenseintritt insgesamt unvollständig**, sodass das Vorliegen eines Vermögensschadens nicht bejaht werden kann und eine Verurteilung des Angekl. wegen vollendeten Computerbetrugs nach § 263a II i.V.m. § 263 II StGB damit nicht in Betracht kommt.

II. Der Angekl. könnte jedoch den Tatbestand des - **versuchten - (Dreiecks-) Computerbetruges nach § 263a II i.V.m. § 263 II StGB, §§ 22, 23 StGB** zum Nachteil der Bankkunden, von deren Konten die Lastschriftbeträge von jeweils 9,28 Euro eingezogen werden sollten, erfüllt haben.

1. Allgemein stellt das **Lastschriftverfahren ein Instrument des bargeldlosen Zahlungsverkehrs** dar, das im Gegensatz zur Giroüberweisung nicht vom Zahlenden, sondern vom Zahlungsempfänger in Gang gesetzt wird (vgl. BGHSt 50, 147 m. w. Nachw.). Neben dem Zahlungspflichtigen selbst und dem Zahlungsempfänger sind dabei die als "Erste Inkassostelle" bezeichnete Bank des Zahlungsempfängers (hier die Raiffeisenbank) und die als "Zahlstelle" bezeichnete(n) Bank(en) des bzw. der Zahlungspflichtigen beteiligt.

Für die Ausführung von Zahlungen mittels Abbuchungsauftragslastschrift muss der Zahlungspflichtige - im Unterschied zur Einzugsermächtigungslastschrift (vgl. hierzu eingehend BGH aaO) - seine Bank unmittelbar anweisen, die Abbuchungsauftragslastschrift seinem Konto zu belasten und den Lastschriftbetrag an den Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers zu übermitteln (sog. Abbuchungsauftrag, vgl. Bunte, AGB Banken, 3. Aufl., SB Lastschrift Rn 13).

Der Zahlungsempfänger setzt sodann den Zahlungsvorgang in Gang, indem er seiner Bank, also der Ersten Inkassostelle, mit der Lastschrift den Auftrag erteilt, den geschuldeten Betrag beim Zahlungspflichtigen einzuziehen. Die Erste Inkassobank leitet die Lastschrift an die Zahlstellen weiter. Gleichzeitig wird auf dem Konto des Zahlungsempfängers der Lastschriftbetrag unter Vorbehalt des Eingangs gutgeschrieben (E.v.-Gutschrift, vgl. Ellenberger in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. § 56 Rn 44). Über das Guthaben verfügen darf der Zahlungsempfänger zunächst nur im Einvernehmen mit dem Inkassoinstitut (vgl. Grundmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., Band 2, Bank- und Börsenrecht Rn II 133; Ellenberger aaO, § 58 Rn 13); nach Einlösung der Lastschrift durch die Zahlstelle entfällt der Vorbehalt (Grundmann aaO).

Die Zahlstelle belastet das Konto des Zahlungspflichtigen am Tag des Zugangs mit dem Lastschriftbetrag (sog. Belastungsbuchung). Ohne Abbuchungsauftrag ist die Zahlstelle jedoch nicht zur Einlösung berechtigt; die Kontobelastung erfolgt insoweit, ebenso wie im Falle fehlender Deckung, nicht oder wird spätestens am zweiten Bankarbeitstag nach ihrer Vornahme rückgängig gemacht (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., 2. Teil, Abschn. V, (7) Bankgeschäfte, Kap. 3 D/14). In diesen Fällen wird die Lastschrift als sog. Rücklastschrift (= eine Lastschrift, die nicht eingelöst wird, vgl. Ellenberger aaO, § 56 Rn 23) an die Erste Inkassostelle zurückgegeben. Erfolgt trotz fehlenden Abbuchungsauftrags keine Rückgängigmachung, kann die Lastschrift zwar im Verhältnis zwischen der Zahlstelle und der Ersten Inkassostelle als eingelöst gelten (vgl. Ellenberger aaO, § 58 Rn 34; Baumbach/Hopt aaO; BGHZ 79, 381); der Kunde kann jedoch von seiner Bank, also der Zahlstelle, nach näherer Maßgabe insbes. die Rückgängigmachung der Buchung auf seinem Konto verlangen (vgl. Bunte aaO Rn 13; Baumbach/Hopt aaO D/13).

2. In Fällen **vollautomatisierter Abläufe** ist ein **Computerbetrug in Form der Verwendung unrichtiger Daten nach § 263a II I 2. Alt. StGB** gegeben.

a) Computerbetrug in Form einer Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten umfasst Fälle sog. **Inputmanipulationen**.

- **Unrichtig sind die Daten, wenn der durch sie vermittelte Informationsgehalt keine Entsprechung in der Wirklichkeit hat, unvollständig sind sie, wenn sie den zugrundeliegenden Lebenssachverhalt nicht ausreichend erkennen lassen** (vgl. MüKo-StGB/Wohlers, § 263a Rn 27; Schönke/Schröder, StGB, § 263a, 28. Aufl., Rn 6 m. w. Nachw.). **Verwendet sind die Daten, wenn sie (wie ersichtlich hier) in ein Datenverarbeitungsgerät eingebracht werden** (Cramer/Perron aaO m. w. Nachw.).
- Zwar werden Fälle, in denen der Täter „lediglich“ seine Berechtigung zur Auslösung des vermögensrelevanten Datenverarbeitungs-

vorganges vorspiegelt (so z.B. Dieb einer ec-Karte, der diese zur Abhebung an einem Geldautomaten verwendet), von § 263a I 2. Alt. StGB nicht erfasst (vgl. Tiedemann, Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 263a Rn 35; Rossa CR 1997, 219; vgl. auch Fischer, StGB, 60. Aufl., § 263a Rn 7). In derartigen Fallkonstellationen ist vielmehr entscheidend, ob - bei betrugsnaher Auslegung - eine **unbefugte Verwendung von Daten i. S. des § 263a I, 3. Alt. StGB** stattfindet. Unbefugt ist sie dann, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person **Täuschungscharakter** hätte (zum Prüfungsmaßstab im Einzelnen vgl. BGHSt 47, 160).

- aa) **Reicht** daher der **Täter** vertragswidrig bei der Ersten Inkassostelle, also seiner Bank, im Wege des Online-Bankings **mittels ihm überlassener PINs und TANs Lastschriften ein**, so **handelt er** - bei betrugsnaher Auslegung - insoweit **nicht unbefugt i. S. des § 263a I 3. Alt. StGB**.

*„Denn ein **Bankangestellter** der Bank des Täters, der sich mit den Fragen befasste, die anstatt dessen der Computer prüft, **würde lediglich** etwa anhand der PINs und TANs dessen **Zugangsberechtigung, nicht aber die allgemeine Vertragswidrigkeit seines Verhaltens überprüfen** (vgl. Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., § 49 Rn 42, 52, der sich allerdings mit der Tatbestandsvariante der 2. Alt. nicht befasst).“ (BGH aaO)*

- bb) Indem der Täter **fingierte Forderungen als Lastschriften im Wege des Abbuchungsauftragsverfahrens einreicht**, obwohl demgemäß keine Abbuchungsaufträge erteilt wurden, **verwendet er aber unrichtige Daten i. S. des § 263a I 2. Alt. StGB**.

*„Dies ergibt sich daraus, dass er den Lastschriftauftrag als solchen im Abbuchungsverfahren kennzeichnet, denn damit **bringt** er jedenfalls regelmäßig zumindest **schlüssig zum Ausdruck, der (angeblich) Zahlungspflichtige habe** seiner Bank einen **entsprechenden Abbuchungsauftrag erteilt**. I. Ü. liegt der Möglichkeit, als Einziehender zum Lastschriftverfahren zugelassen zu werden, eine Vorprüfung durch die Erste Inkassostelle zugrunde (vgl. Ellenberger aaO § 58 Rn 3 sowie Hopt aaO D/42), so dass die Erste Inkassostelle allein mit der Übermittlung der Lastschriften an die Zahlstelle ihr den Eindruck vermittelt, es bestünden keine Bedenken gegen die Bonität des Einziehenden und dessen Vertragstreue (so zum Betrug auch OLG Hamm NJW 1977, 1834). Diese Informationsgehalte gehen jedoch über die Frage des unberechtigten bzw. vertragswidrigen Verhaltens des Täters im dargelegten Sinne hinaus.“ (BGH aaO)*

- cc) Es kann offen bleiben, ob und inwieweit die Tatbestandsalternative des Verwendens unrichtiger oder unvollständiger Daten dann ausscheidet, soweit diese Daten programmgemäß irrelevant sind (diese sog. computerspezifische Auslegung befürwortend etwa MüKo-StGB/Wohlers, § 263a Rn 28; Tiedemann aaO, § 263a Rn 35; im Einzelnen streitig).

*„Die Zahlstelle bzw. deren EDV-Anlage prüft zwar nicht, ob einem Abbuchungsauftrag eine tatsächliche Zahlungsverpflichtung ihres Kunden zu Grunde liegt (vgl. Ellenberger aaO, § 58 Rn 31); **Gegenstand der** - heutzutage üblicherweise automatisierten - **Überprüfung ist** es aber jedenfalls regelmäßig, **ob der Zahlstelle ein die Lastschrift abdeckender Abbuchungsauftrag ihres Kunden vorliegt** (vgl. MüKo-HGB/Hadding/Häuser, 2. Aufl., Bd. 5 Anh. I C 64 sowie Ellenberger aaO, § 56 Rn 80).“ (BGH aaO)*

- b) Der **Täter beeinflusst bei vollautomatisierten Vorgängen** durch die Verwendung der unrichtigen Daten auch **das Ergebnis eines unmittelbar vermögensrelevanten Datenverarbeitungsvorgangs** (vgl. hierzu näher Kilian/Heussen, Computerrecht, 31. Lfg. 2012, Abschn. 1, Teil 10, Kap. 102, § 263a Rn 74 ff.).

*„Ein solcher liegt jedenfalls vor, wenn und soweit die EDV-Anlage der Zahlstelle keine Rückgabe der Rücklastschrift auslöst, und sie mithin die **Einlösung der Lastschrift bewirkt**.*

Zwar ist in Fällen wie den vorliegenden, in denen ein Abbuchungsauftrag nicht vorliegt, die Abbuchung im Verhältnis zwischen der Zahlstelle und ihrem Kunden unwirksam (vgl. Ellenberger aaO, § 58 Rn 34), und der Kunde kann von der Bank nach näherer Maßgabe die Rückbuchung des Vorganges verlangen.

Unbeschadet dieser Möglichkeit entsteht dem Kunden aber ein **mit der Einlösung der Lastschriften korrespondierender wirtschaftlicher Schaden** i. S. eines **Gefährdungsschadens**: Das Vermögen des Kontoinhabers mag sich zwar mit Blick auf die Unwirksamkeit der Abbuchung nicht in Höhe des Lastschriftbetrages materiell vermindern. Es tritt aber jedenfalls eine **zumindest faktische Vermögensminderung** ein (vgl. auch Trück aaO, § 49 Rn 58 m. w. Nachw. zu Fallgestaltungen, in denen der Täter sich etwa durch sog. Phishing Zugangsdaten zu Bankkonten verschafft und mittels dieser Daten eine Bank zu Transaktionen, namentlich Überweisungen, veranlasst). Der Bankkunde trägt nunmehr nämlich das Risiko, die Abbuchung überhaupt zu bemerken, um eine Rückbuchung verlangen zu können. Bis dahin weist sein Konto einen um den Lastschriftbetrag verminderten Kontostand auf und er ist jedenfalls faktisch daran gehindert, über diesen Betrag zu disponieren.

Die **Zahlstelle ist auch** - analog zu den zum Dreiecksbetrug entwickelten Grundsätzen - **dem Lager ihrer Kunden zuzurechnen**. Das hierfür **erforderliche Näheverhältnis ist gegeben** (vgl. Trück aaO; vgl. auch OLG Hamm aaO; a.A., insoweit ohne nähere Begründung Soyka, NStZ 2004, 538): Die Zahlstelle hat bereits aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen zu ihren Kunden die Möglichkeit, - wie hier - Abbuchungen von deren Konten zu veranlassen.“ (BGH aaO)

3. Das Verhalten des Angekl. erfüllt die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des versuchten Computerbetrugs zum Nachteil der Bankkunden, von deren Konten die Lastschriften eingezogen werden sollten.

- a) Dem Angekl. war bekannt, dass **den Lastschriften keine reellen Forderungen zu Grunde lagen** und dementsprechend keiner der lediglich angeblich zahlungspflichtigen Bankkunden seiner Bank einen Abbuchungsauftrag erteilt hatte; ihm ging es darum, gemeinsam mit den weiteren Tatbeteiligten über die im Lastschriftverfahren eingezogenen Beträge verfügen zu können.

„Er **handelte somit im Bewusstsein der Schädigung der betreffenden Bankkunden** und daher vorsätzlich. Zudem war seine Absicht, sich und Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gegeben. Dass der Angekl. eine rein automatisierte Bearbeitung der von ihm online übermittelten Lastschriftaufträge nicht in seinen Vorsatz aufgenommen haben könnte, liegt ohnehin fern.

Keiner weiteren Erörterung bedarf zudem, dass er durch die Übermittlung der Lastschriftaufträge die nach § 22 StGB maßgebliche Schwelle zum Versuch überschritten hatte. Ebenso scheidet ein freiwilliger Rücktritt des Angekl. ersichtlich aus.“ (BGH aaO)

- b) Jedoch ist bei den angeblich zahlungspflichtigen Bankkunden **infolge der Übersendung der Lastschriftaufträge nicht** bereits ein **Vermögensschaden eingetreten**.

„Unmittelbare Folge der Übersendung der Lastschriftaufträge an die Zahlstellen war zwar, dass diese die Konten ihrer Kunden in Höhe von 9,28 Euro belasteten (sog. Belastungsbuchung). Diese Belastungsbuchungen waren jedoch zunächst nur vorläufiger Art und mit Blick auf die fehlenden Abbuchungsaufträge bis zum zweiten Bankarbeitstag von den Zahlstellen rückgängig zu machen, so wie dies hier auch ganz überwiegend erfolgt ist. Bis dahin mag das Vermögen der Bankkunden beeinträchtigt gewesen sein, wenn und soweit die Konten zunächst einen um den Lastschriftbetrag verminderten Kontostand auswiesen und die Bankkunden bis zur Rückgabe der Lastschriften insoweit in ihrer **Dispositionsfreiheit** jedenfalls eine Zeit lang **eingeschränkt** waren. Hierzu ist jedoch bislang nichts festgestellt. Zudem ist - jedenfalls bei vollautomatisierten Überprüfungen - zumindest nicht fernliegend, dass eine **fehlende Dispositionsmöglichkeit allenfalls auf eine „logische Sekunde“ begrenzt** war und damit **keine auch nur faktische Beeinträchtigung des Vermögens der Bankkunden** zur Folge hatte.

Soweit das Landgericht hinsichtlich der 785 Lastschriften, bei denen es zu keinen Rücklastschriften kam, eine Vermögensschädigung der insoweit betroffenen Bankkunden angenommen hat, liegt ein vollendeter Computerbetrug zu deren Nachteil zwar nach dem oben Erläuterten grds. nahe. Jedoch blieben die Gründe für die Vorgänge bei den Zahlstellen insoweit ungeklärt. Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls nicht völlig auszuschließen, dass andere - vom Angekl. nicht beeinflusste - Faktoren hierzu geführt haben.

Es kann daher nur sicher das Vorliegen eines versuchten Computerbetruges zum Nachteil der Bankkunden entnommen werden.“ (BGH aaO)

- III. Der Angekl. hat sich auch nicht wegen eines **vollendeten Computerbetrugs zum Nachteil der Raiffeisenbank** strafbar gemacht, denn ein **Gefährdungsschaden zu ihrem Nachteil ist nicht gegeben**.

„Ob in Fällen der vorliegenden Art, in denen der Täter (auch) bewirkt, dass die Erste Inkassostelle die Lastschriftbeträge auf seinem Konto vorläufig gutschreibt, ein Computerbetrug zu deren Nachteil bereits deswegen ausscheidet, weil die EDV-Anlage dieser Bank weder die zugrundeliegenden Forderungen (in diese Richtung wohl Trüch aaO, § 49 Rn 42, 52; anders Lenckner/ Winkelbauer CR 1986, 654) noch das Vorliegen von Abbuchungsaufträgen überprüft, kann offenbleiben. Denn die bisherigen Feststellungen tragen jedenfalls den vom Landgericht angenommenen Gefährdungsschaden nicht:

*Im Ansatzpunkt zutreffend geht das Landgericht zwar davon aus, dass auch die Erteilung einer Vorbehaltsgutschrift zu einer **schadensgleichen Vermögensgefährdung** führen kann, soweit der Kontoinhaber tatsächlich die Möglichkeit hat, auf den vorläufig gutgeschriebenen Betrag zuzugreifen (vgl. zum insoweit gleich zu behandelnden Fall der betrügerischen Scheckeinreichung BGH NSTZ-RR 2007, 236; Trüch aaO, § 49 Rn 16) und die Erste Inkassostelle nach den konkreten Umständen des Einzelfalles durch das ihr zukommende Rückbelastungsrecht nicht hinreichend gegen eine Vermögenseinbuße gesichert ist.*

*Die bisherigen Feststellungen des Landgerichts belegen jedenfalls angesichts des unmittelbar bei der Raiffeisenbank entstandenen Verdachts und der bereits am Morgen des 29.04.2011 erfolgten Sperrung des Kontos keine konkrete Möglichkeit, auf die vorläufig dem Konto des „M.“ gutgeschriebenen Beträge zugreifen zu können. **Rein abstrakte Möglichkeiten reichen zur Annahme einer schadensgleichen Vermögensgefährdung bei der Raiffeisenbank jedoch nicht aus.**“ (BGH aaO)*

- IV. Auch ein **versuchter Computerbetrug zum Nachteil der Raiffeisenbank** kann nicht bejaht werden, denn es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Angekl. glaubte, es könne auf die auf dem Konto „M.“ vorläufig gutgeschriebenen Beträge sofort ohne Weiteres zugegriffen werden.

*„Schon die **telefonische Nachfrage** von S. **zur Verfügbarkeit der gutgeschriebenen Beträge** spricht dagegen, dass S. , der wiederholt mit der Bank in telefonischem Kontakt gestanden hatte, davon ausging, die Bank sei zu diesem Zeitpunkt zur Auszahlung verpflichtet. Bestätigt wird dies durch den späteren Versuch, (nur) 10.000 Euro abzuheben. Die Beschränkung auf eine solche vergleichsweise geringe Teilsumme hätte aus der Sicht des Täterkreises keinen Sinn, wenn die Auffassung bestanden hätte, es bestünde ein sofortiger Auszahlungsanspruch hinsichtlich des gesamten Betrags.“ (BGH aaO)*

- V. Ein Schuldspruch wegen **Kreditbetrugs (§ 265b StGB)** gegenüber der Raiffeisenbank im Zusammenhang mit der Zulassung des Kontos des „M.“ zum Lastschriftverfahren kommt schon mit Blick darauf, dass der Angekl. erst hinzugezogen wurde, nachdem die Zulassung des Konto des „M.“ zum Lastschriftverfahren bereits abgeschlossen war, nicht in Betracht.

- VI. **Ergebnis:** Der Angekl. hat sich wegen eines - versuchten - (Dreiecks-) Computerbetruges zum Nachteil der Bankkunden, von deren Konten die Lastschriftbeträge von jeweils 9,28 Euro eingezogen werden sollten, gem. § 263a II i.V.m. § 263 II StGB, §§ 22, 23 StGB strafbar gemacht.

GG
Art. 14

Zustandshaftung des Grundstückseigentümers Begrenzung bei noch unklaren Sanierungskosten

GG

(OVG Münster in DÖV 2013, S. 487; Beschluss vom 06.02.2013 - 5 B 839/12)

1. Dem Eigentümer können als Folge der Sozialbindung des Eigentums Anordnungen zur Gefahrenabwehr nur insoweit zuzumuten sein, als der **finanzielle Aufwand** hierfür **den Verkehrswert** des Grundstücks **nach Gefahrenbeseitigung nicht übersteigt**.
2. Dies hat die Behörde bei ihrer Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen zu berücksichtigen. Kann sie das Verhältnis von Verkehrswert und Sanierungskosten nicht konkret abschätzen, so ist die **Sanierungsverfügung mit dem Vorbehalt einer gesonderten Entscheidung über die Kostentragung** zu verbinden.
3. Auf das Verhältnis von Verkehrswert und Sanierungskosten kommt es nur dann ausnahmsweise nicht an, wenn der Eigentümer
 - das **Risiko der entstandenen Gefahr bewusst in Kauf** genommen hat oder
 - wenn Risikoumstände beim Erwerb des Grundstücks erkennbar waren bzw. im Verlauf der Nutzung hätten erkannt werden können.

Fall: Gegen den Antragsteller ist eine Ordnungsverfügung ergangen, in der ihm in Nummer 1. der Verfügung aufgegeben wurde, den Böschungsabschnitt 2 seines Grundstücks in F., Gemarkung F., Flur 39, Flurstück 585 (T.) standsicher herzustellen. Zugleich wurden ihm hierauf bezogen in Nummer 4. der Ordnungsverfügung Zwangsmittel angedroht. Mit Nummer 2 der Verfügung wurde ihm aufgegeben, nach Abschluss der Sanierungsmaßnahmen ein geotechnisches Gutachten über die Standsicherheit der Böschung vorzulegen. Zugleich wurde auch bezogen hierauf in Nummer 5 der Verfügung eine Zwangsmittelandrohung vorgenommen. Der Antragsteller ist der Auffassung, dass die mit der Befolgung der Ordnungsverfügung verbundenen Kosten seine Belastungsgrenze übersteigen und daher mit der Sozialbindung des Eigentums seine Zustandshaftung nicht mehr begründet werden kann. Zu Recht?

I. Zustandshaftung des Eigentümer

Der Eigentümer eines Grundstücks kann grundsätzlich als Zustandsverantwortlicher für die Beseitigung von Gefahren in Anspruch genommen werden.

„Die - hier in Rede stehende - Zustandshaftung des Eigentümers findet ihren rechtfertigenden Grund in seiner Einwirkungsmöglichkeit auf die gefahrverursachende Sache sowie in der Möglichkeit zu ihrer wirtschaftlichen Nutzung und Verwertung.“ (OVG Münster aaO)

II. Grenzen der Zustandshaftung

Um der Anerkennung des Privateigentums und seiner Sozialpflichtigkeit gleichermaßen Rechnung zu tragen, bedarf das Ausmaß dessen, was dem Eigentümer zur Gefahrenabwehr abverlangt werden kann, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von Verfassungswegen einer **Begrenzung auf das zumutbare Maß**.

*„Diese **Begrenzung ist Aufgabe der Behörden und Gerichte** im Rahmen der Auslegung und Anwendung der die Verantwortlichkeit und die Kostenpflicht begründenden Vorschriften, solange der **Gesetzgeber**, dem nach Art. 14 I 2 GG die Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums obliegt, die **Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit nicht ausdrücklich geregelt** hat. Dem Eigentümer können als Folge der Sozialbindung des Eigentums Anordnungen zur Gefahrenabwehr nur insoweit zuzumuten sein, als der **finanzielle Aufwand** hierfür **den Verkehrswert** des Grundstücks **nach Gefahrenbeseitigung nicht übersteigt**.“*

*Wird der **Verkehrswert von den Kosten überschritten**, entfällt nämlich in der Regel das – durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte - **Interesse des Eigentümers an einem künftigen privatnützigen Gebrauch des Grundstücks**. Eine diese Grenzen überschreitende Belastung kann insbesondere dann unzumutbar sein, wenn die **Gefahr**, die von dem Grundstück ausgeht, **aus Naturereignissen, aus der Allgemeinheit zuzurechnenden Ursachen** oder von **nicht nutzungsberechtigten Dritten** herrührt.*

*Demgegenüber kann eine Kostenbelastung, die den Verkehrswert des Grundstücks übersteigt, **zumutbar** sein, wenn der Eigentümer*

- *das **Risiko der entstandenen Gefahr bewusst in Kauf** genommen hat oder*
- *wenn Risikoumstände beim Erwerb des Grundstücks erkennbar waren bzw. im Verlauf der Nutzung hätten erkannt werden können.*

Allerdings ist es dem Eigentümer nicht zumutbar, unbegrenzt für Gefahren einzustehen, das heißt auch mit Vermögen, das in keinem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem gefährdenden Grundstück steht.“ (OVG Münster aaO)

Ergibt sich nach diesen Maßstäben, dass die Kostenbelastung wegen fehlender Zumutbarkeit von Verfassungswegen begrenzt ist, muss die Verwaltung auch über die Begrenzung der Kostenbelastung des Zustandsverantwortlichen entscheiden.

„Sind der Verwaltung die **Gründe der Unzumutbarkeit** im Zeitpunkt der Sanierungsanordnung **nicht oder nicht vollständig bekannt**, so dass über die Kostentragung zu diesem Zeitpunkt noch nicht abschließend entschieden werden kann, ist die **Sanierungsverfügung mit dem Vorbehalt einer gesonderten Entscheidung über die Kostentragung** zu verbinden. Ein Eigentümer kann nämlich die Entscheidung, ob er die seine Zustandsverantwortlichkeit aktualisierende Sanierungsanordnung hinnehmen oder anfechten will, sinnvoll nur treffen, wenn er weiß, ob er unbegrenzt mit den Kosten belastet wird oder mit welcher Kostenbelastung er höchstens zu rechnen hat.“ (OVG Münster aaO)

III. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob vor diesem Hintergrund die getroffenen Verfügung rechtlich haltbar ist. Die nicht unter den Vorbehalt einer gesonderten Entscheidung über die Kostentragung gestellte Sanierungsanordnung in Nummer 1. der Verfügung könnte wegen eines Ermessensfehlers offensichtlich rechtswidrig sein. Eine Entscheidung wäre nur dann entbehrlich, wenn hinreichend sicher auszuschließen ist, dass die Kosten für die Herstellung der Standsicherheit der betroffenen Böschung den Verkehrswert des Grundstücks übersteigen.

1. Ermittlung des Verkehrswertes

Die Antragsgegnerin geht von einem Verkehrswert des Grundstücks nach der Sanierung von 194.141,30 Euro aus.

„Die Einschätzung der Antragsgegnerin, der, ist **nicht hinreichend belastbar**. Ihr liegt soweit ersichtlich **kein** auf das konkrete Grundstück bezogenes **Verkehrswertgutachten** des Gutachterausschusses zugrunde (vgl. z. B. § 193 Abs. 1 Nr. 2 BauGB). Die überschlägige Wertermittlung der Antragsgegnerin beruht vielmehr allein auf den vom Gutachterausschuss des Kreises N. ermittelten Bodenrichtwerten (§§ 193 Abs. 5 Satz 1, 196 BauGB). Inwieweit diese **Annahmen auf fachkundigem Sachverstand** beruhen, ist **nicht erkennbar**. Sie sind aus sich heraus auch nicht hinreichend nachvollziehbar. Bodenrichtwerte sind lediglich **durchschnittliche Lagewerte** für den Boden von Gebieten, die nach Art und Maß weitgehend übereinstimmende Lage- und Nutzungsverhältnisse aufweisen (§ 196 Abs. 1 BauGB). Sie stellen allenfalls einen **Orientierungswert** bei der Ermittlung des Verkehrswerts dar und machen die Erstellung eines Gutachtens jedenfalls dann nicht entbehrlich, wenn das zu bewertende Grundstück - wie hier - rechtlich und tatsächlich vom Gebietsdurchschnitt abweicht.“ (OVG Münster aaO)

Schon die Ermittlung des Verkehrswertes hält daher einer gerichtlichen Überprüfung nicht stand, so dass die Ermessenausübung schon wegen fehlerhafter Entscheidungsgrundlagen nicht ordnungsgemäß erfolgt ist.

2. Ermittlung der Sanierungskosten

Die Antragsgegnerin geht von Sanierungskosten in Höhe von rund 120.000 Euro aus. Eine Begrenzung der Kosten für den Antragsteller auf diesen Wert findet allerdings nicht statt.

„Eine **konkrete Kostenschätzung** liegt bislang lediglich für die Abflachung aller vier - nicht ausschließlich auf dem Flurstück 585 befindlichen - Böschungsabschnitte vor. Insoweit legt die mit den Baugrund- und Standsicherheitsuntersuchungen (im Folgenden: Gutachten) beauftragte D. D1. GmbH in ihrer orientierenden **Kostenschätzung** einen Betrag von etwa 111.250 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer zugrunde. Darauf findet sich ein handschriftlicher Vermerk eines Mitarbeiters der Antragsgegnerin, wonach bei einer **Sanierung nur des zweiten Böschungsabschnitts** ein Abschlag von etwa 30.000 Euro vorzunehmen sei. Ausgehend hiervon ergäben sich einschließlich der Mehrwertsteuer Kosten von rund 100.000 Euro. Hinzu kommen nach Angaben der Gutachter Kosten für begleitende Ingenieurleistungen (z. B. Planungsaufgaben, Bauüberwachung oder Fachbauleitung), die noch nicht näher eingegrenzt wurden.

Dass die Gesamtkosten der Maßnahme den noch nicht hinreichend genau ermittelten Verkehrswert des Grundstücks übersteigen könnten, lässt sich aber vor allem deshalb nicht sicher ausschließen, weil **etwaige Kosten für Rückbau und Verfüllungsarbeiten** an der im Bereich der Böschung auf dem klägerischen Grundstück festgestellten untertägigen Luftschutzstollenanlage in der Schätzung **nicht berücksichtigt** worden sind. Die Gutachter haben dabei deutlich gemacht, dass die Herstellung der Standsicherheit auch einen Rückbau bzw. eine Verfüllung der bestehenden böschungsseitigen Luftschutzstollenanlage erfordern kann. Bei einem Abtrag der bestehenden Böschung werde der Stollen vermutlich mitbetroffen. Dabei könne diese Problematik mitberücksichtigt werden. Insoweit können auf den Antragsteller **weitere erhebliche Kosten** zukommen, deren **Umfang bisher unbekannt** ist. Zu derartigen Maßnahmen ist er nach der angefochtenen

Ordnungsverfügung auch verpflichtet, soweit sich diese für die Herstellung der Standsicherheit der Böschung als erforderlich erweisen.“ (OVG Münster aaO)

Auch die voraussichtlichen Kosten der Sanierung sind nicht ordnungsgemäß ermittelt worden, so dass auch insofern eine taugliche Entscheidungsgrundlage fehlt.

3. Ausnahmefall

Die Entscheidung wäre nur dann haltbar, wenn es im vorliegenden Fall ausnahmsweise auf das Verhältnis von Verkehrswert nach der Sanierung und Sanierungskosten nicht ankommen würde, weil dem Antragsteller unabhängig davon aus anderen Gründen die Sanierung auf jeden Fall zugemutet werden kann.

*„Dass die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen einem Grundstückseigentümer eine Kostenbelastung über den Verkehrswert des sanierten Grundstücks hinaus zumutbar ist macht die Beschwerde selbst nicht geltend. Auch aus dem Aktenvermerk vom 05.04.2012 geht nicht hervor, dass die Antragsgegnerin **geprüft und bewertet** hätte, ob der Antragsteller etwa das **Risiko der entstandenen Gefahr bewusst in Kauf genommen** oder **vor erkennbaren Risikoumständen die Augen verschlossen** und hieraus ggf. Vorteile erzielt hat.“ (OVG Münster aaO)*

IV. Ergebnis

*„Die Ordnungsverfügung und die aktenkundigen Ermittlungen der Antragsgegnerin lassen auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens **nicht hinreichend sicher erkennen**, dass die dem Antragsteller aufgegebene **Sanierungsmaßnahme diesem zumutbar** ist. Die Antragsgegnerin hätte die für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit erheblichen **Umstände vor Erlass der Verfügung genauer klären** und die **Kostenbelastung des Antragstellers ggf. entsprechend begrenzen** müssen. Soweit dies nicht möglich war, hätte sie die Sanierungsanordnung unter den **Vorbehalt einer gesonderten Entscheidung** über die Kostentragung stellen müssen.“ (OVG Münster aaO)*

GG
Art. 2 II 1**Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit**
Unterbringung eines Nichtrauchers mit Rauchern in der U-Haft
(BVerfG in NJW 2013, 1941; Beschluss vom 28.10.2012 – 2 BvR 737/11)

VerfR

1. Bei **gewichtigen Grundrechtseingriffen** ist vom **Fortbestehen des Rechtsschutzbedürfnisses** im Verfassungsbeschwerdeverfahren auch dann auszugehen, wenn sich die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt auf eine **Zeitspanne beschränkt**, in der der Betroffene nach dem regelmäßigen Geschäftsgang eine **Entscheidung des BVerfG kaum erlangen** konnte.
2. Die **fachgerichtliche Überprüfung grundrechtseingreifender Maßnahmen** kann die rechtsstaatlich gebotene Beachtung des geltenden Rechts und den effektiven Schutz der berührten materiellen Rechte nur gewährleisten, wenn sie auf **zureichender Aufklärung** des jeweiligen Sachverhalts beruht.
3. Die materiell berührten Grundrechte, das **Grundrecht** aus Art. 19 IV GG und das Rechtsstaatsprinzip sind **verletzt**, wenn grundrechtseingreifende Maßnahmen im Strafvollzug von den Gerichten **ohne zureichende Sachverhaltsaufklärung als rechtmäßig bestätigt** werden.
4. Es können **nicht beliebige Einschränkungen** damit **gerechtfertigt** werden, die gegebene **Ausstattung** der Justizvollzugsanstalt **lasse nichts anderes zu**.
5. Es ist Sache des Staates, im Rahmen des Zumutbaren alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig sind, um Verkürzungen der Rechte von Untersuchungsgefangenen zu vermeiden; die dafür erforderlichen **sächlichen und personellen Mittel** hat er **aufzubringen, bereitzustellen und einzusetzen**.

Fall: Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Beeinträchtigung eines Untersuchungsgefangenen durch das Rauchen von Mitgefangenen im Haftraum.

Der Bf., ein Nichtraucher, wurde am 27.02.2010 als Untersuchungsgefangener in der JVA St. in einem Drei-Personen-Haftraum mit zwei rauchenden Mitgefangenen untergebracht. Am 03.03.2010 wurden die beiden rauchenden Gefangenen in einen anderen Haftraum verlegt und der Bf. wurde gemeinsam mit einem Nichtraucher untergebracht.

Unter dem 29.11.2010 stellte der Bf. einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung beim LG Stralsund. Er beantragte unter anderem die Feststellung, dass die „Zulassung der Zufügung von körperlichen Schmerzen durch gesundheitsgefährdende Stoffe“ rechtswidrig gewesen sei. Die beiden Mitgefangenen hätten stark geraucht, sogar mehrmals während der Nacht. Auf Grund des Rauches habe er bereits nach der ersten Nacht starke Kopfschmerzen bekommen, die trotz Schmerztabletten angehalten hätten. Zu dem Antrag nahm die JVA Stellung. Nach Hinweisen der Polizei sei von der Gefahr der Selbsttötung oder -verletzung ausgegangen worden, so dass zum Schutz des Bf. eine Unterbringung in Gemeinschaft sowie Kontrollen verfügt worden seien. Die kurzzeitige Unterbringung auf einem Haftraum mit Rauchern sei in der zeitweiligen Belegungssituation der JVA begründet gewesen. Die Notwendigkeit der Gemeinschaftsunterbringung sei vom psychologischen Fachdienst bis zum 07.04.2010 aufrechterhalten worden; seitdem sei der Bf. allein untergebracht. Mit angegriffenem Beschluss vom 09.12.2010 wies das LG den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurück. Das OLG verwarf die Beschwerde „aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses“ als unbegründet. Der Bf. rügt mit seiner Verfassungsbeschwerde, in seinem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) verletzt worden zu sein. Wird er Erfolg haben?

I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Eine **gegenwärtige Betroffenheit** des Bf. ist nicht mehr anzunehmen, da er zwischenzeitlich zur Verbüßung von Straftat in eine andere Justizvollzugsanstalt verlegt worden ist. Fraglich ist daher, ob er überhaupt noch ein **Rechtsschutzinteresse** an der verfassungsgerichtlichen Prüfung hat.

1. Grundsätze

*„Bei **gewichtigen Grundrechtseingriffen** ist vom **Fortbestehen des Rechtsschutzbedürfnisses** im Verfassungsbeschwerdeverfahren auch dann auszugehen, wenn sich die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt auf eine **Zeitspanne beschränkt**, in der der Betroffene nach dem regelmäßigen Geschäftsgang eine **Entscheidung des BVerfG kaum erlangen** konnte (vgl. BVerfGE 117, 244 [268] = NJW 2007, 1117; BVerfGK 11, 54 [59] = BeckRS 2007, 23977; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], *Beschl. v. 24. 1. 2008 – 2 BvR 1661/06, BeckRS 2008, 32830*). **Gewichtig** im hier maßgeblichen Sinne können ne-*

ben **Grundrechtseingriffen**, die das Grundgesetz **unter Richtervorbehalt** gestellt hat (vgl. BVerfGE 96, 27 [40] = NJW 1997, 2163; BVerfGE 104, 220 [233] = NJW 2002, 2456; BVerfGE 117, 244 [269] = NJW 2007, 1117), auch Eingriffe in andere Grundrechte sein (vgl. nur BVerfGE 110, 77 [86] = NJW 2004, 2510; BVerfGK 11, 54 [59] = BeckRS 2007, 23977; BVerfG, NJW 2012, 2790 m. w. Nachw.).“ (BVerfG aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Wegen der **typischerweise kurzen Dauer der Untersuchungshaft** kann ein Untersuchungsgefangener nach dem regelmäßigen Geschäftsgang eine stattgebende Entscheidung des BVerfG zu Maßnahmen in deren Vollzug nicht erlangen, während die Untersuchungshaft noch andauert.

„Entfiele das Rechtsschutzbedürfnis für Verfassungsbeschwerden, die Maßnahmen im Vollzug der Untersuchungshaft betreffen, jeweils mit dem Übergang des Betroffenen in die Strafhaft oder mit einer auf Grund dessen erfolgenden Verlegung, so **fielen ein wirksamer verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz in diesem Bereich weitgehend aus** (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 15.11.2010 – 2 BvR 1183/09, BeckRS 2010, 56335). Auf die im fachgerichtlichen Verfahren zu berücksichtigende Frage, ob Beeinträchtigungen durch das Rauchen von im selben Haftraum untergebrachten Mitgefangenen sich darüber hinaus generell oder in der Justizvollzugsanstalt, in der der Bf. untergebracht ist, auch unabhängig von der Dauer der Untersuchungshaft typischerweise – etwa wegen gezielter Erledigung zur Aufrechterhaltung einer Praxis, die gerichtlicher Überprüfung nicht standhalten kann (vgl. BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 02.03.2011 – 2 BvR 579/09, BeckRS 2011, 53033) – binnen so kurzer Frist erledigen, dass der Betroffene auch eine fachgerichtliche Entscheidung vor dem Zeitpunkt der Erledigung nicht erlangen kann, kommt es daher für die Frage eines fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnisses im vorliegenden Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht an. In Anbetracht des **Gewichts des vom Bf. gerügten Eingriffs** entfällt das Rechtsschutzbedürfnis auch nicht deshalb, weil der gerügte Grundrechtseingriff nicht die erforderliche Schwere erreichte.“ (BVerfG aaO)

Der Zulässigkeit der fristgemäß eingegangenen Verfassungsbeschwerde steht daher nicht entgegen, dass der Bf. zwischenzeitlich zur Verbüßung von Strafhaft in eine andere Justizvollzugsanstalt verlegt worden ist.

II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die Art der Unterbringung des Bf. dieses in seinem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 GG verletzt.

1. Eröffnung des Schutzbereiches

a) persönlicher Schutzbereich

Art. 2 II 1 GG ist ein Jedermannsrecht, auf das sich auch der Bf. berufen kann, so dass der persönliche Schutzbereich eröffnet ist.

b) sachlicher Schutzbereich

Im sachlichen Schutzbereich schützt Art. 2 II 1 GG das Leben und die körperliche Unversehrtheit. Durch das Passivrauchen in der Haftzelle ist zumindest die körperliche Unversehrtheit betroffen.

2. Eingriff

Ein Eingriff ist in jedem, dem Staat zurechenbaren Verhalten zu sehen, welches die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert. Fraglich ist daher, ob die gemeinsame Unterbringung in einem Haftraum mit starken Rauchern einen Eingriff in das Recht des Bf. auf Leben und körperliche Unversehrtheit darstellt.

„Angesichts der jedenfalls bei **unentrinnbarem gemeinsamen Aufenthalt** auf engem Raum nicht nur erheblich belästigenden, sondern auch – zumindest nicht ausschließbaren – **gesundheitsgefährdenden Wirkungen des Passivrauchens** (vgl. BVerfGE 95, 173 [184 f.] = NJW 1997, 2871; BVerfGE 121, 317 [350 ff.] = NJW 2008, 2409; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 1998, 2961 [2962]) kann darin, dass ein Gefangener auf seinem Haftraum ohne seine Zustimmung dem Rauchen eines Mitgefangenen ausgesetzt wird, ein **Grundrechtseingriff von erheblichem Gewicht** liegen (vgl. BVerfGK 13, 67 [68] = BeckRS 2008, 30832). Der Gefangene hat Anspruch auf Schutz vor Gefährdung und erheblicher Belästigung durch das Rauchen von Mitgefangenen und Aufsichtspersonal (vgl. BVerfGK 13, 67 [68] = BeckRS 2008, 30832; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 29.10.2008 – 2 BvR 1203/07, BeckRS 2008, 40878; aus der fachgerichtlichen Rechtsprechung OLG Celle, NJW 2004, 2766 [2767]; OLG Frankfurt a. M., NStZ 1989, 96; OLG Hamm, NStZ 1984, 574 [575]; OLG Nürnberg, Beschl. v. 09.09.2008 – 2 Ws 416/08, BeckRS 2008, 21890; LG Detmold, Urt. v. 02.11.2006 – 9 O 163/05, BeckRS 2008, 07917).“ (BVerfG aaO)

Demnach lag hier ein erheblicher Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG vor, denn nach dem unwidersprochenen Vortrag des Bf. war dieser als Nichtraucher gegen seinen Willen für mehrere Tage mit zwei stark rauchenden Mitgefangenen in einem Haftraum untergebracht.

3. Rechtfertigung

a) Beschränkbarkeit

Gemäß Art. 2 II 3 GG darf in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

*„Die vom LG herangezogene Vorschrift des § 13 I 3 MVUVollzG, nach der bei einer Gefahr für Leben oder Gesundheit oder bei Hilfsbedürftigkeit eine gemeinsame **Unterbringung von Untersuchungsgefangenen** während der Ruhezeiten auch ohne die Zustimmung des gefährdeten oder hilfsbedürftigen Untersuchungsgefangenen möglich ist, stellt **keine Rechtsgrundlage** für den hier zu beurteilenden, in der **gemeinsamen Haftraumunterbringung** des Bf. gerade **mit mehreren rauchenden Mitgefangenen** liegenden Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit dar.“* (BVerfG aaO)

b) Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung

Selbst wenn es sich hierbei um eine taugliche Eingriffsgrundlage handeln würde, muss die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs geprüft werden. Auch bei der Anwendung anderer Vorschriften (§ 4 II MVUVollzG) hätte eine entsprechende Prüfung erfolgen müssen.

aa) legitimer Zweck

Die Unterbringung in Gemeinschaft sollte dem Schutz des Bf. vor einer Selbsttötung oder -verletzung dienen, so dass sie einen legitimen Zweck verfolgte.

bb) Geeignetheit

Durch die Unterbringung in einer Gemeinschaftszelle war eine ständige Kontrolle durch Anwesenheit der Mitgefangenen gewährleistet, so dass die Unterbringung in der Gemeinschaftszelle auch geeignet war, um den Schutz des Bf. vor einer Selbsttötung zu gewährleisten.

cc) Erforderlichkeit

Fraglich ist jedoch, ob die Maßnahme auf erforderlich war. Erforderlich ist eine Maßnahme nur, wenn es kein milderer Mittel gibt, welches gleich geeignet ist, den angestrebte Zweck zu erreichen.

(1) Prüfungsumfang durch das Gericht

Zunächst kommt es darauf an, in welchem Umfang zur Überprüfung der Maßnahme angerufene Gericht verpflichtet sich, aufzuklären, welche Alternativmöglichkeiten bestanden hätten, um dann entscheiden zu können, ob diese gleich geeignet, aber milder im Hinblick auf den zu prüfenden Grundrechtseingriff gewesen wären.

*„Die **fachgerichtliche Überprüfung grundrechtseingreifender Maßnahmen** kann die rechtsstaatlich gebotene Beachtung des geltenden Rechts und den effektiven Schutz der berührten materiellen Rechte nur gewährleisten, wenn sie auf **zureichender Aufklärung** des jeweiligen Sachverhalts beruht (vgl. BVerfGE 101, 275 [294f.] = NJW 2000, 418; BVerfGK 4, 119 = LKV 2005, 116 [127f.]; BVerfGK 13, 487 [493] = BeckRS 2008, 35236). Dies gilt auch für die gerichtliche Überprüfung grundrechtseingreifender Maßnahmen im Strafvollzug. Die materiell berührten Grundrechte – hier Art. 2 II 1 GG –, das **Grundrecht** aus Art. 19 IV GG und das Rechtsstaatsprinzip sind **verletzt**, wenn grundrechtseingreifende Maßnahmen im Strafvollzug von den Gerichten **ohne zureichende Sachverhaltsaufklärung als rechtmäßig bestätigt** werden (vgl. BVerfGK 9, 390 [395] = BeckRS 2007, 27183; BVerfGK 9, 460 [463f.] = NStZ-RR 2007, 92; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 15.07.2010 – 2 BvR 2518/08, BeckRS 2010, 51327, und Beschl. v. 26.10.2011 – 2 BvR 1539/09, BeckRS 2011, 56243).“* (BVerfG aaO)

(2) Anwendung auf den Fall

Das LG hat angenommen, dass die gemeinsame Unterbringung des Bf. mit einem oder mehreren Nichtrauchern auf Grund der Belegungssituation

nicht möglich gewesen sei. Dies hat es aus der Angabe der Justizvollzugsanstalt gefolgert, die Unterbringung auf einem Haftraum mit Rauchern sei in der zeitweiligen Belegungssituation der Justizvollzugsanstalt begründet gewesen. Fraglich ist, ob diese Ermittlungen ausreichend waren, um die Maßnahme angesichts ihrer Grundrechtsrelevanz als rechtmäßig zu bestätigen.

*„Die Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt enthielt jedoch noch nicht einmal eine ausdrückliche Feststellung des Inhalts, dass in einer gemeinsamen **Unterbringung** des Bf. mit **zwei rauchenden Mitgefangenen** tatsächlich – auch unter Berücksichtigung der Möglichkeit einer vorübergehenden anstaltsinternen Verlegung anderer Gefangener – die **einzige Möglichkeit der sicheren Unterbringung** des Bf. bestand, geschweige denn eine Begründung, die dies plausibel gemacht hätte.*

*Das LG hat sich zudem einer näheren Prüfung der Zumutbarkeit des Eingriffs in der unzutreffenden Annahme verschlossen, **Grundrechtseingriffe**, die **durch die faktischen Verhältnisse** in der jeweiligen Justizvollzugsanstalt **bedingt** sind, seien vom Gefangenen **ohne Weiteres hinzunehmen**. Die Art und Weise der Unterbringung des Bf. hat es mit der Begründung gebilligt, dass eine solche Unterbringung möglich sein müsse, wenn auf Grund der gegebenen Belegungssituation eine von Rauchern getrennte Unterbringung nicht sofort zu realisieren sei.*

*Diese Begründung verkennt, dass **nicht beliebige Einschränkungen** damit **gerechtfertigt** werden können, die gegebene **Ausstattung** der Justizvollzugsanstalt **lasse nichts anderes zu**. Grundrechte bestehen nicht nur nach Maßgabe dessen, was an Verwaltungseinrichtungen im konkreten Fall oder üblicherweise vorhanden ist (vgl. BVerfGE 15, 288 [296] = NJW 1963, 755; BVerfGE 34, 369 [380 f.] = NJW 1973, 1451; BVerfGE 35, 307 [310]; BVerfGK 13, 163 [166] = NStZ 2008, 521 m.w.N.). Vielmehr stellt der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**, der den Vollzug der Untersuchungshaft in besonderem Maße beherrschen muss (vgl. BVerfGE 34, 369 [380] = NJW 1973, 1451; BVerfGE 35, 5 [9] = NJW 1973, 1363; BVerfGE 35, 307 [309]; BVerfGK 13, 163 = NStZ 2008, 521), auch **Anforderungen an die Ausstattung der Justizvollzugsanstalten**. Es ist Sache des Staates, im Rahmen des Zumutbaren alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig sind, um Verkürzungen der Rechte von Untersuchungsgefangenen zu vermeiden; die dafür erforderlichen **sächlichen und personellen Mittel** hat er **aufzubringen, bereitzustellen und einzusetzen** (vgl. BVerfGE 36, 264 [275] = NJW 1974, 307; BVerfGE 42, 95 [101 f.] = NJW 1976, 1311; BVerfGK 13, 163 [168 f.] = NStZ 2008, 521; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 26.10.2011 – 2 BvR 1539/09, BeckRS 2011, 56243 m.w.N.).“ (BVerfG aaO)*

Das Gericht hat daher nicht hinreichend festgestellt, dass die Unterbringung mit zwei rauchenden Mitgefangenen zur Zweckerreichung erforderlich war.

III. Ergebnis

Sowohl die Maßnahme selbst als auch der Beschluss des OLG, der sich auf die für zutreffend erachteten Gründe des angegriffenen Beschlusses des LG stützt, verletzen die Grundrechte des Bf. Aus Art. 2 II 1 und Art. 19 IV GG.

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 **BGB**
§ 286 **Verzugsbeginn**
Zahlungsziel in Rechnung als Mahnung

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

Die **erstmalige Übersendung einer Rechnung** an einen Verbraucher mit der „Bitte“ um Überweisung bis zu einem kalendermäßig festgelegten Termin stellt grds. **keine Mahnung** dar.

I. Die Bitte um Zahlung bis zum 24.09. stellt **keine Bestimmung einer Leistungszeit i. S. von § 286 II Nr. 1 BGB** dar.

*„Eine solche Bestimmung muss durch Rechtsgeschäft – i. d. R. 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).*

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 nicht einseitig eine verzugsbegründende Leistungszeit bestimmen.“ (OLG Saarbrücken aaO)

II. In der Bitte um Zahlung bis spätestens zum 24.09. liegt auch **keine befristete Mahnung i. S. von § 286 I BGB**.

*„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. MüKo-BGB/Ernst, 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. 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 Verzugsbeginn 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).“ (OLG Saarbrücken aaO)*

BGB **BGB**
§§ 677, 679 **Geschäftsführung ohne Auftrag**
Anwendbarkeit im öffentlichen Recht

(OVG Münster in NWVBI 2013, 325; Urteil vom 14.03.2013 – 6 A 1760/11)

Die **Vorschriften über die GoA** (§§ 677 ff. BGB) sind **im öffentlichen Recht analog anwendbar**. Ob die Voraussetzungen des § 679 BGB gegeben sind, ist dabei stets unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung etwa widerstreitender öffentlicher Belange beurteilen.

*„In der **verwaltungsgerichtlichen Rspr.** ist geklärt, dass die Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag grds. auch im öffentlichen Recht Anwendung finden können (vgl. BVerwGE 80, 170).*

*Eine Heranziehung der vorgenannten Vorschriften im Wege der **Analogie** scheidet nicht deshalb aus, weil mit §§ 79, 92 III SchulG NRW Regelungen über die Bereitstellung von und die Kostentragung für die Beschaffung von schulischen Lehrmitteln bestehen. Allerdings wird angenommen, dass eine analoge Anwendung der bürgerlichrechtlichen Bestimmungen über die GoA nur in Betracht komme, wenn die einschlägigen Vorschriften des öffentlichen Rechts die Frage, wer ein bestimmtes Geschäft vorzunehmen habe, nicht abschließend beantworteten; denn anderenfalls fehle es an einer der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zuwiderlaufenden Lücke, die durch eine Analogie geschlossen werden müsste (vgl. OVG NRW NWVBI 2007, 437).“ (OVG Münster aaO)*

BGB **BGB**
§§ 832 I, 839 I **Amtshaftungsanspruch**
Beweislast bei Aufsichtspflichtverletzung

(Bay VGH in BayVBI 2013, 446= NZV 2013, 235; Urteil vom 13.12.2012 – III ZR 226/12)

Die **Beweislastregel des § 832 BGB** ist **im Rahmen der Amtshaftung nach § 839 BGB anwendbar**.

I. In Rspr. und Lit. ist diese **Frage umstritten**.

1. Der **BGH** hat in einer älteren Entscheidung (BGHZ 13, 25 = NJW 1954, 874) eine Anwendung des § 832 BGB und des dort geregelten Entschuldigungsbeweises bei einem Zusammentreffen mit einem Anspruch aus § 839 BGB abgelehnt.

so auch OLG Düsseldorf NVwZ 1997, 207 = VersR 1996, 710; OLG Dresden NJW-RR 1997, 857; OLG Hamburg OLGR 1999, 190; OLG Karlsruhe BeckRS 2006, 05043; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rn 780; MüKo-BGB/Wagner, 5. Aufl., § 839 Rn 6, 12; Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., § 832 Rn 3, § 839 Rn 3; Katzenmeier, NK-BGB, 2. Aufl. § 832 Rn

6; Oberhardt, Die Aufsichtspflicht öffentlicher Einrichtungen nach § 832 BGB – im Spannungsfeld zur Amtshaftung, 2010, S. 291ff.

Die Haftung des Beamten sei in § 839 BGB abschließend und selbständig in dem Sinn geregelt, dass neben diesen Vorschriften die Bestimmungen in §§ 823ff BGB über die allgemeine Deliktshaftung keine Anwendung finden könnten (so auch OLG Düsseldorf NVwZ 1997, 207 = VersR 1996, 710; OLG Karlsruhe BeckRS 2006, 05043; zur methodischen Begründung vgl. Oberhardt, S. 311ff.). Das gelte auch für die Bestimmungen in § 832 BGB, die nicht nur eine Beweisregel enthielten, sondern einen selbständigen Deliktstatbestand schafften. Es sei zwar nicht zu verkennen, dass danach der beamtete Aufsichtspflichtige günstiger gestellt sei als der allgemeine Aufsichtspflichtige, der nach § 832 BGB den Entschuldigungsbeweis führen müsse. Eine solche Begünstigung von fahrlässig ihre Amtspflicht verletzenden Beamten sei aber auch sonst dem Gesetz nicht fremd, wie sich aus § 839 I 2, II und III BGB ergebe. Andererseits könne eine Verpflichtung zum Schadensersatz aus § 839 BGB auch dann begründet sein, wenn einer der sonstigen Deliktstatbestände nicht oder nicht voll verwirklicht sei. Soweit es sich um Ausübung öffentlicher Gewalt handle, komme dem Geschädigten überdies zugute, dass er sich an den Staat halten könne, statt an den möglicherweise nicht leistungsfähigen Beamten (BGHZ 13, 25 = NJW 1954, 874).

Ergänzend wird angeführt, für eine analoge Anwendung der Beweislastregel des § 832 BGB fehle es an den Analogievoraussetzungen der Rechtsähnlichkeit und der planwidrigen Regelungslücke (Oberhardt aaO, S. 315). Einer Übertragung der Beweislastregel des § 832 I 2 BGB auf den Amtshaftungsanspruch bedürfe es i. Ü. auch deshalb nicht, weil mit Hilfe der flexiblen, im Bereich des Amtshaftungsanspruchs bestehenden Instrumentarien der Beweiserleichterung etwaige Beweisschwierigkeiten bei einer möglichen Unbilligkeit interessengerecht gelöst werden könnten (Oberhardt aaO, S. 303ff., 324).

2. Nach **anderer Auffassung** soll die in § 832 I 2 BGB bestimmte Beweislast auch bei öffentlich-rechtlichen Aufsichtsverhältnissen Anwendung finden.

OLG Köln NVwZ-RR 2000, 75 = MDR 1999, 997; Marburger VersR 1971, 777; Mertens MDR 1999, 998; Staudinger/Belling § 832 Rn 211; Soergel/Krause, BGB, § 832 Rn 19; Bamberger/Roth, § 832 Rn 3; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl., § 832 Rn 2; Staudinger, HK-BGB, 7. Aufl., § 832 Rn 4; Geigel/Kapsa, Haftpflichtprozess, 26. Aufl., 20. Kap. Rn 251; Greger, HaftungsR des Straßenverkehrs, 4. Aufl., § 12 Rn 13; so wohl auch Moritz, Juris-PK, BGB, § 832 Rn 10f.

Es könne keinen Unterschied machen, ob eine bestehende Aufsichtspflicht sich als Amtspflicht darstelle oder nicht (so in einem vergleichbaren Fall OLG Köln NVwZ-RR 2000, 75 = MDR 1999, 997: „konkret also, ob die Steine vom Gelände eines städtischen Kindergartens oder eines Kindergartens in freier Trägerschaft geworfen wurden.“). Nach neuerer Rspr. des BGH würden zudem sowohl bei der Haftung für Tiere als auch bei der Haftung für den Zustand von Gebäuden die Beweislastregeln des § 833 S. 2 BGB (vgl. BGH VersR 1972, 1047) bzw. des § 836 I 2 BGB (vgl. BGH NJW-RR 1990, 1500) im Rahmen des § 839 BGB entsprechend herangezogen. Ein plausibler Grund, warum für § 832 I 2 BGB etwas anderes gelten solle, sei nicht zu erkennen (OLG Köln NVwZ-RR 2000, 75 = MDR 1999, 997; Staudinger/Belling, § 832 Rn 211; Staudinger, § 832 Rn 4; Mertens MDR 1999, 998; Marburger VersR 1971, 777). Auch die Aufsichtspflicht nach § 832 BGB regele – wie § 836 BGB – nur einen Unterfall der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, da auch sie der Verhinderung von Schäden an Rechtsgütern Dritter infolge einer „Verkehrseröffnung“ diene (Mertens MDR 1999, 998). Zudem finde im Fall der Aufsichtspflicht die Beweislastumkehr ihren Grund darin, dass dem Geschädigten regelmäßig der Nachweis der Aufsichtspflichtverletzung ohne Einblick in die internen Vorgänge beim Verpflichteten nicht möglich sein werde (Staudinger/Belling, § 832 Rn 211; Mertens MDR 1999, 999; Marburger VersR 1971, 777). Es entspreche dem Wesen der Aufsichtspflicht als einer gesetzlichen Pflicht gegenüber dem Geschädigten, dass der Pflichtige Rechenschaft darüber ablege, was er zur Erfüllung seiner Pflicht getan habe (Staudinger/Belling, § 832 Rn 211). Diese ratio greife unabhängig davon, ob die Aufsichtspflicht dem Pflichtigen auf Grund eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses oder als Amtspflicht obliege (Mertens MDR 1999, 999). Der zur Begründung der Nichtanwendbarkeit der Beweislastregel des § 832 BGB herangezogene Verweis auf die gesetzlichen Haftungsprivilegien des seine Amtspflicht verletzenden Organwalters (§ 839 I 2, II, III BGB) trage nicht, weil diese sämtlich auf anderen Erwägungen beruhten als solchen, die für die Verteilung der Beweislast maßgeblich seien (Mertens MDR 1999, 999). Auch lasse die Tatsache, dass der Kreis der Amtspflichten weiter reiche als das Verbot, die durch §§ 823ff. BGB geschützten Güter zu verletzen, keinen Schluss darauf zu, dass der Geschädigte auf anderem Gebiet (beweismäßig) schlechter zu stellen sei (Merten MDR 1999, 999). Schließlich habe das Argument, dem Geschädigten einer Amtspflichtverletzung stehe ein leistungsfähiger Schuldner gegenüber, in anderen Fällen der Beweislastumkehr die Rspr. zu Recht nicht davon abgehalten, auch diese auf die haftende Körperschaft überzuleiten. Die Frage, wer hafte, habe mit der Frage, wer welche Haftungsvoraussetzungen darlegen und beweisen müsse, nichts zu tun (Mertens MDR 1999, 999).

- II. **BGH aaO schließt sich** – unter **Aufgabe seiner früheren Rspr.** (BGHZ 13, 25 = NJW 1954, 874) – **nunmehr der zuletzt genannten Auffassung an**, wonach die Beweislastregel des § 832 BGB auch im Rahmen der Haftung für die Verletzung der öffentlich-rechtlichen Aufsichtspflicht nach § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG gilt.

1. Die den Bediensteten einer Kindertagesstätte obliegende Aufsichtspflicht über die ihnen anvertrauten Kinder ist, soweit sie der Vermeidung von Schäden Dritter dient, eine **besondere Ausprägung der Verkehrssicherungspflichten**, wie sie allgemein von der Grundnorm des § 823 BGB erfasst werden. Im Bereich der privatrechtlichen Haftung ist sie in § 832 BGB geregelt, der im Rahmen der §§ 823ff BGB einen **eigenständigen Haftungstatbestand** bildet (Staudinger/Belling, § 832 Rn 2 m. w. Nachw.).

„Zwar ist für eine unmittelbare Anwendung der deliktsrechtlichen Haftungstatbestände der §§ 823ff. BGB im Fall von Amtspflichtverletzungen grds. kein Raum, weil § 839 BGB insofern einen Sondertatbestand darstellt (BGH NJW-RR 1990, 1500). Dies bedeutet indes nicht, dass die besonderen Beweislastregeln der §§ 832, 833 S. 2 und § 836 BGB im

Rahmen der Amtshaftung keine Anwendung finden können. Verdrängt werden durch den Sondertatbestand des § 839 BGB lediglich die Haftungstatbestände der §§ 823ff. BGB als solche, nicht hingegen die in ihnen enthaltenen besonderen Beweislastregeln (vgl. BGH NJW-RR 1990, 1500 zur Anwendbarkeit von § 836 BGB sowie VersR 1972, 1047 zur Anwendbarkeit der Beweislastregel des § 833 S. 2 BGB).“ (BGH aaO)

2. Soweit demgegenüber in BGHZ 13, 25 (= NJW 1954, 874) die Nichtanwendbarkeit der in § 832 BGB enthaltenen Beweislastregel im Bereich der Amtshaftung angenommen wird, hält BGH aaO hieran nicht mehr fest.

„Der dort zur Begründung herangezogene **Normcharakter des § 832 BGB als selbständiger Deliktstatbestand ist für die Anwendbarkeit der in ihm zugleich enthaltenen Beweislastregel im Rahmen der Amtshaftung nicht von entscheidender Bedeutung**. Insbes. hat die Verdrängung des Haftungstatbestandes des § 832 BGB durch den Sondertatbestand des § 839 BGB nicht zwingend zur Folge, dass die in § 832 BGB enthaltenen Beweislastregel zu vernachlässigen wäre. Letztere ist hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit im Bereich der Amtshaftung vielmehr getrennt zu betrachten. Ein Grund, sie insoweit anders zu behandeln als die – ebenfalls eine Vermutung mit Möglichkeit des Entlastungsbeweises enthaltenden – Beweislastregeln des § 833 S. 2 und des § 836 BGB, ist nicht erkennbar. Die Anwendung der Beweislastregel des § 832 BGB stellt auch nicht die grds. Ausgestaltung der gesetzlichen Amtshaftung als Haftung für Verschulden in Frage. Letzteres wird lediglich vermutet, nicht aber als Haftungsvoraussetzung derogiert.“ (BGH aaO)

3. Die **Geltung der Beweislastregel des § 832 BGB im Bereich der Amtshaftung** ist zudem nach BGH aaO auch **sachlich gerechtfertigt**.

„Für eine Haftung für eine vermutete Aufsichtspflichtverletzung sprechen dort dieselben Gründe wie im Bereich der privatrechtlichen Haftung (Mertens MDR 1999, 998). Es entspricht dem **Wesen der Aufsichtspflicht als einer gesetzlichen Pflicht gegenüber dem Geschädigten**, dass der **Pflichtige Rechenschaft darüber ablegt, was er zur Erfüllung seiner Pflicht getan hat** (Staudinger/Belling, § 832 Rn 211 unter Hinweis auf Prot. II 595). Dagegen ist **dem Geschädigten der Nachweis der Aufsichtspflichtverletzung häufig nicht möglich**, da er regelmäßig nicht weiß, welche konkreten Maßnahmen zur Erfüllung der Aufsichtspflicht im Einzelfall ergriffen beziehungsweise unterlassen wurden. Die sonst im Bereich der Amtshaftung bis hin zum Anscheinsbeweis geltenden Beweiserleichterungen helfen ihm insoweit nicht, da sie eine Amtspflichtverletzung – hier: eine Aufsichtspflichtverletzung – gerade voraussetzen (vgl. etwa BGH NJW 2005, 68 = VersR 2005, 1079). Vor der **Beweisnot**, in die er geriete, wenn er eine Aufsichtspflichtverletzung der Erzieherinnen nachzuweisen hätte, vermag ihn daher nur die Vermutung gem. § 832 BGB zu bewahren.“ (BGH aaO)

4. Gegen eine Anwendung der Beweislastregel des § 832 BGB im Bereich der Amtshaftung können schließlich nicht die in § 839 I 2, II und III BGB bestimmten **gesetzlichen Haftungsprivilegien des Amtsträgers** angeführt werden.

„Sie weisen nach Inhalt und Grund **keinen Zusammenhang mit der Beweislastregel des § 832 BGB auf** (vgl. Mertens MDR 1999, 998). Auch kann mit ihnen nicht eine generelle Haftungsprivilegierung des Amtsträgers gerechtfertigt werden unabhängig von deren Anwendungsbereich und sachlicher Berechtigung.“ (BGH aaO)

InsO
§§ 8 II, 9 III, 295 I Nr. 3

Gerichtliche Ermittlungspflicht

InsO

Wohnsitz des Schuldners
(BGH in MDR 2013, 877; Beschluss vom 16.05.2013 – IX ZB 272/11)

Das **Gericht ist im Restschuldbefreiungsverfahren nicht dazu verpflichtet, den Wohnsitz des Schuldners ermitteln**.

- I. Zu der Frage, wann das Insolvenzgericht im Hinblick auf die sich aus § 5 Abs. 1 InsO ergebende Amtsermittlungspflicht davon ausgehen darf, dass eine Person, an die zugestellt werden muss, unbekanntem Aufenthaltsort ist, wird teils die Ansicht vertreten, dies sei nur unter den Voraussetzungen der Fall, unter denen nach § 185 Nr. 1 ZPO eine öffentliche Zustellung erfolgen könne.

FK-InsO/Schmerbach, 7. Aufl., § 8 Rn 28; zu den Voraussetzungen einer öffentlichen Zustellung bei unbekanntem Aufenthalt eines Beklagten vgl. BGH NJW 2012, 3582; BGH RPflegler 2013, 223 m. w. Nachw.

Nach anderer Auffassung muss das Insolvenzgericht lediglich zumutbare Nachforschungen unternehmen, wobei einerseits es für ausreichend angesehen wird, dass es aktuelle Auskünfte des für den letzten bekannten Wohnort des Schuldners zuständigen Einwohnermelde- und Postamts einholt.

MüKo-InsO/ Ganter, 2. Aufl., § 8 Rn 27; HmbKomm-InsO/Rüther, 4. Aufl., § 8 Rn 10; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, § 8 Rn 24; vgl. für die öffentliche Zustellung in der Einzelvollstreckung BGH NJW 2003, 1530), andererseits zusätzlich eine Nachfrage etwa beim Arbeitgeber oder Vermieter verlangt wird (vgl. Pape/Uhländer/Rost, InsO, § 8 Rn 6; Uhlenbruck/Pape, InsO, 13. Aufl., § 8 Rn 5

- II. Das **Insolvenzgericht ist im Restschuldbefreiungsverfahren jedenfalls in der Wohlverhaltensperiode nicht verpflichtet, Nachforschungen nach dem Wohnsitz des Schuldners anzustellen**. Im Eröffnungsverfahren, im eröffneten Verfahren und in der Wohlverhaltensperiode treffen diesen nach § 20 I, § 97 I, § 295 I Nr. 3 InsO **besondere Auskunfts- und Mitwirkungspflichten**.

1. Nach **§ 290 I Nr. 5 InsO** kann dem **Schuldner** nach Durchführung des Schlusstermins die Restschuldbefreiung versagt werden, wenn er seinen Auskunftsspflichten im Eröffnungsverfahren- und im eröffneten Verfahren nicht nachgekommen ist (BGH NZI 2005, 232). Insbes. muss er **jeden Wohnsitzwechsel von sich aus mitteilen**.

Der Versagungstatbestand ist in diesem Fall erfüllt, wenn sich ein Schuldner an einen unbekanntem Ort im Ausland absetzt. Allerdings muss er seinen Auskunftsspflichten über einen längeren Zeitraum nicht nachkommen und dies muss nennenswerte Auswirkungen auf das Verfahren haben (BGH ZInsO 2008, 975). Dabei setzt die Versagung der Restschuldbefreiung wegen Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten eine konkrete Beeinträchtigung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger nicht voraus (BGH NZI

2009, 253; vgl. auch Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, § 29 Rn 74; FK-InsO/Ahrens, 7. Aufl., § 290 Rn 56; Pape/Uhländer, InsO § 290 Rn 61).

2. In der **Wohlverhaltensperiode** trifft den **Schuldner die Obliegenheit, jeden Wohnsitzwechsel dem Insolvenzgericht unverzüglich**, d. h. etwa binnen zwei Wochen **anzuzeigen** (§ 295 I Nr. 3 InsO). Die monatelange Nichtanzeige einer Wohnsitzverlegung rechtfertigt die Versagung der Restschuldbefreiung (BGH NZI 2010, 489).

„Nach der **Gesetzesbegründung** sollte die Anzeige jedes Wohnsitzwechsels dem Treuhänder und dem Insolvenzgericht ermöglichen, das Verhalten des Schuldners ohne großen eigenen Untersuchungsaufwand zu überwachen und zu überprüfen (BT-Drucks. 12/2443, S. 192 zu § 244 RegE-InsO). Mit der Mitteilungspflicht sollte sichergestellt werden, dass der Schuldner für den Treuhänder und das Insolvenzgericht jederzeit erreichbar ist. Entscheidend ist, wo sich der Schuldner tatsächlich aufhält und auf dem Postweg oder persönlich erreichbar ist (BGH NZI 2010, 654; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, § 295 Rn 32; FK-InsO/Ahrens aaO, § 295 Rn 53 ff). Folge der Verletzung der Auskunftspflicht ist, dass der fehlende Zugang außer Betracht zu bleiben hat, wenn Auskunftsverlangen des Treuhänders einem Schuldner deswegen nicht zugehen.

Wenn **Sinn der Auskunftsobliegenheit** nach § 295 I Nr. 3 InsO die **jederzeitige Erreichbarkeit des Schuldners** ist, sind dem Insolvenzgericht dann, wenn der Schuldner seinen Mitteilungsobliegenheiten nicht nachkommt, besondere Ermittlungspflichten nach dem Aufenthaltsort des Schuldners nicht aufzuerlegen. Bei Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen (mit dem Ziel der Restschuldbefreiung) handelt es sich um Massenverfahren. Ein reibungsloser Ablauf ist hier nur gewährleistet, wenn der Schuldner mindestens seiner Obliegenheit nachkommt, jederzeit erreichbar zu sein, ohne dass Einwohnermeldeamtsanfragen und sonstige Nachforschungen erfolgen müssen (vgl. AG Göttingen NZI 2010, 115).“ (BGH aaO)

StGB

Täter-Opfer-Ausgleich

StGB

§ 46a

Bestreiten der Opferrolle des Geschädigten

(BGH in NSTZ-RR 2013, 240; Urteil vom 23.05.2013 – 4 StR 109/13)

Die **Voraussetzungen des § 46 a StGB** sind **nicht erfüllt**, wenn der **Täter seine Tat als Notwehrhandlung** gegen einen rechtswidrigen Angriff des **Tatopfers hinstellt** und somit schon die **Opferrolle des Geschädigten bestreitet**.

„Die Bestimmung des § 46a Nr. 1 StGB verlangt, dass der Täter in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Opfer zu erreichen, die Tat „ganz oder zum überwiegenden Teil“ wiedergutmacht hat, wobei es aber auch ausreichend sein kann, dass der Täter dieses Ziel ernsthaft erstrebt. Das Bemühen des Täters setzt grds. einen **kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer** voraus, der auf einen **umfassenden, friedensstiftenden Ausgleich** der durch die Straftat verursachten Folgen angelegt und „Ausdruck der Übernahme von Verantwortung“ sein muss (BGHSt 48, 134; BGH NSTZ 2012, 439; BGH NSTZ 2013, 33). Daran fehlt es hier: Denn die Angekl. haben die ihnen zur Last gelegte gravierende Gewalttat als Verteidigungshandlung gegen einen rechtswidrigen Angriff des Tatopfers hingestellt und somit schon die Opfer-Rolle des Geschädigten bestritten. Eine **Übernahme von Verantwortung** kann hierin nicht gesehen werden (BGH NSTZ-RR 2008, 304; BGH NSTZ-RR 2010, 175; BGH NSTZ-RR 2010, 176).

Die Urteilsgründe belegen darüber hinaus, dass ein kommunikativer „friedensstiftender“ Prozess zwischen den Angekl. und dem Nebenkl. nicht einmal ansatzweise stattgefunden hat. Die Angekl. haben hinsichtlich des geltend gemachten Schmerzensgeldanspruchs lediglich ein prozessuales Anerkenntnis „dem Grunde nach“ gegenüber dem Gericht erklärt. Vom Nebenkl. als friedensstiftenden Ausgleich akzeptierte Leistungen haben sie nicht erbracht (vgl. BGH NSTZ 2012, 439). Angesichts der Schwere der begangenen Tat und der erheblichen Verletzungsfolgen bei dem Nebenkl. war eine **bloße Entschuldigung völlig unzureichend**, zumal weiterhin erhebliche Spannungen zwischen den Familien der Angekl. und dem Tatopfer bestehen.“ (BGH aaO)

StGB

Gebrauchen einer gefälschten Zahlungskarte

StGB

§§ 152a I Nr. 2, 152b I

Payback-Kundenkarte

(KG in NSTZ-RR 2013, 244; Beschluss vom 12.02.2013 – (4) 161 Ss 5/13 (11/13))

Eine **Payback-Kundenkarte**, auf deren Magnetstreifen die Datensätze einer Kreditkarte kopiert worden sind, ist **taugliches Tatobjekt der §§ 152a I Nr. 2, 152b I StGB**.

„Die auf den Magnetstreifen gespeicherten Datensätze stellen jeweils **identische Kopien derjenigen Datensätze dar, die von den Herstellern der Datenträger ausschließlich für die Originaldatenträger autorisiert worden waren**; dies waren die ursprünglich ausgegebenen VISA-Kreditkarten der Barclays Bank in Delaware/USA bzw. der JPMorgan Chase Bank in Illinois/USA. Die Generalstaatsanwaltschaft hat bei der Beurteilung der Frage des Tatobjekts zu Recht auch auf die **grundsätzliche Eignung der Karten für einen Einsatz an Geldautomaten** abgestellt (vgl. MüKo-StGB/Erb, § 152a Rn 10; Puppe, NK-StGB 3. Auflage, § 152b Rn 9 und 14, § 152a Rn 16); ist diese gegeben, kommt es nach der ratio legis nicht auf die Sicherung gegen unberechtigte Verwendung - etwa durch Eingabe einer PIN - an.“ (KG aaO).

StGB

Versuchter Computerbetrug

StGB

§ 263a

Phishing

(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 Pishing 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 **Untreue** **StGB**
§ 266 **Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtsanwalts**
(BGH in NSTZ 2013, 407; Beschluss vom 05.03.2013 – 3 StR 438/12)

Der **Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Mandanten** zur Durchsetzung einer Geldforderung **kann** für jenen eine **Vermögensbetreuungspflicht i. S. des Treubruchtatbestands der Untreue begründen**.

„Der **nähere Inhalt des Treueverhältnisses ergibt sich**, wenn er – wie hier allein in Betracht kommend – auf einem Rechtsgeschäft beruht, regelmäßig aus dem **allgemeinen Zivil- oder Gesellschaftsrecht** (BGH BGHR StGB § 266 I Vermögensbetreuungspflicht 47). Dabei kann eine vertragliche Beziehung, die sich insgesamt als Treueverhältnis i. S. d. § 266 I darstellt, Verpflichtungen enthalten, deren Einhaltung nicht vom Untreuetatbestand geschützt wird. Maßgebend für die Abgrenzung sind insoweit Inhalt und Umfang der Treueabrede, wie sie sich aus den Vertragsvereinbarungen bei sachgerechter Auslegung ergibt (BGH NSTZ 1986, 361; BGH BGHR StGB § 266 I Vermögensbetreuungspflicht 17; BGH BGHR StGB § 266 I Vermögensbetreuungspflicht 22).

In Anwendung dieser Grundsätze hat die Rspr. die zivilrechtlich als Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 BGB einzuordnende Rechtsbeziehung zwischen einem mit der Führung eines bürgerlichen Rechtsstreits beauftragten Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber grds. als Rechtsverhältnis angesehen, das für den Rechtsanwalt Treuepflichten i. S. d. § 266 I StGB begründen kann. Sie hat jedoch ausdrücklich offen gelassen, ob dies immer der Fall ist und im Zusammenhang mit der Beauftragung des Rechtsanwalts zur Einziehung und Durchsetzung von Forderungen auf den Einzelfall abgestellt (BGH NJW 1960, 1629; BGHSt 15, 372; BGH NJW 1983, 461). Danach wurde eine strafbewehrte Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens etwa unter der Voraussetzung angenommen, dass der Rechtsanwalt eine Geldforderung von beträchtlicher Höhe geltend zu machen hatte, er damit wegen seiner besonderen Sachkunde betraut war, es ihm überlassen war, wie er die Forderung durchsetzte, er an besondere Weisungen oder Beschränkungen nicht gebunden und zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt war.“ (BGH aaO)

StGB **Bankrott** **StGB**
§§ 283, 28 **Täterbegriff**
(BGH in DB 2013, 1661; Beschluss vom 22.01.2013 – 1 StR 234/12)

Bei **§ 283 StGB** handelt es sich um ein **echtes Sonderdelikt**. Täter, Mittäter oder mittelbarer Täter kann daher grds. nur die Person sein, die für die Erfüllung der Verbindlichkeit haftet.

„Dies gilt sowohl für die Begehungsweise des Abs. 1 als auch für die des Abs. 2 der Norm. Bei dieser **Pflichtenstellung** handelt es sich – anders als bei der nach § 370 AO (vgl. hierzu BGHSt 41, 1 = NJW 1995, 1764 = NSTZ 1995, 405) – um eine solche **höchstpersönlicher Art** und mithin um ein **besonderes persönliches Merkmal gem. § 28 I StGB** (vgl. hierzu MüKo-StGB/Radtke, 2006, § 283 Rn 80).“ (BGH aaO)

StGB **Bandenbegriff** **StGB**
§§ 332 I 1, 335 II Nr. 3 **Zusammenschluss von Amtsträgern und Vorteilsgebern**
(BGH in StV 2013, 512; Beschluss vom 13.12.2012 – 1 StR 522/12)

Eine **Bande** kann auch bei einem **Zusammenschluss von bestechlichen Amtsträgern und Vorteilsgebern** gegeben sein (hier: Justizbeamter, der für einsitzende Häftlinge von außen gelieferte Gegenstände einschmuggelt).

„Die Annahme einer Bande [scheitert] nicht daran, [dass] bei Absatzdelikten anerkannt ist, dass eine bandenmäßige Verbindung nicht zwischen Personen besteht, die sich auf Veräußerer- und Erwerberseite mit **gegenläufigen Marktinteressen** gegenüberstehen.

Nach Auffassung der Revision ist der vorliegende Fall mit einem **Absatzdelikt** vergleichbar, weil sich auch hier spiegelbildlich der Bestechende und der Bestochene mit unterschiedlichen Interessen auf unterschiedlichen Seiten des Geschäfts gegenüberstünden.

Der Revision ist beizupflichten, dass es an einer bandenmäßigen Begehungsweise fehlt, wenn sich z. B. die Beteiligten eines Betäubungsmittelgeschäfts auf der Verkäufer- und der Erwerberseite selbständig gegenüberstehen, auch wenn sie in einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem im Rahmen einer andauernden Geschäftsbeziehung handeln.

Ob eine Person, die regelmäßig von einem bestimmten Verkäufer Betäubungsmittel zum Zwecke des gewinnbringenden Weiterverkaufs bezieht, in dessen Absatzorganisation als verlängerter Arm eingebunden ist oder dieser auf der Abnehmerseite als selbständiger Geschäftspartner gegenübersteht, beurteilt sich wesentlich nach der getroffenen **Risikoverteilung** (vgl. hierzu im Einzelnen BGH NStZ 2004, 696 m. w. Nachw.).

Der vorliegende Sachverhalt ist jedoch anders gelagert: Der Angekl. war als Obersekretär im Justizvollzugsdienst in der JVA München tätig und schmuggelte unter bewusster Verletzung seiner Dienstvorschriften u. a. Mobiltelefone in die Vollzugsanstalt. Er hatte sich einer aus mehreren Personen bestehenden Bande angeschlossen. Diese bestand aus Personen, die außerhalb der JVA Mobiltelefone und andere Gegenstände beschafften und weiteren Personen, die als einsitzende Häftlinge die vom Angekl. dann eingeschmuggelten Gegenstände mit beträchtlichem Gewinn an Mithäftlinge veräußerten. Der Angekl. erhielt für seine 14 Taten insgesamt mindestens 3500 €. Ihm kam „die Schlüsselposition innerhalb der Organisation zu“.

Demnach ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass der Tatrichter den Angekl. als Mitglied der Bande angesehen hat: Er **stand der Organisation nicht selbständig gegenüber, sondern war in diese eingebunden**, wenn auch in einer wichtigen Position. Alle Beteiligten zogen am gleichen Strang in gleicher Richtung und vertraten nicht gegenläufige Interessen. Die Abrede beruhte auf einer **gemeinsam getroffenen Unrechtsvereinbarung**. Eine Bande liegt daher auch beim Zusammenschluss von bestechlichen Amtsträgern und Vorteilsgebern vor (vgl. auch MüKo-StGB/Diemer/Krick § 300 Rn 4; MüKo-StGB/Korte § 335 Rn 16; NK-Dannecker § 300 Rn 8; NK-Kuhlen § 335 Rn 8; Fischer 59. Aufl., § 300 Rn 6; Beck OK-Momsen § 300 Rn 4).“ (BGH aaO)

LVwVfG
§§ 45, 46

Aufhebung eines Verwaltungsaktes Verstoß gegen sachliche Zuständigkeit

LVwVfG

(VGH Mannheim in VBIBW 2013, 301 = GewA 2013, 217; Urteil vom 18.12.2012 – 10 S 2058/11)

Ein unter Verstoß gegen Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit erlassener Verwaltungsakt unterliegt der Aufhebung, da weder eine Heilung des Mangels nach § 45 LVwVfG erfolgt noch der Fehler gem. § 46 LVwVfG unbeachtlich ist. Eine Heilung des Mangels der sachlichen Zuständigkeit tritt insbes. nicht dadurch ein, dass die sachlich zuständige Behörde als Widerspruchsbehörde aufgetreten ist und den Widerspruchsbescheid erlassen hat.

- I. Eine Heilung des Mangels nach § 45 LVwVfG scheidet aus, da bei einem Verstoß gegen die sachliche Zuständigkeit keiner der in § 45 I Nr. 1 - 5 LVwVfG abschließend aufgezählten Heilungsgründe einschlägig ist.

„Insbes. kann im Erlass des Widerspruchsbescheids nicht entsprechend § 45 I Nr. 5 LVwVfG die Nachholung einer erforderl. Mitwirkung einer anderen Behörde gesehen werden. Die Widerspruchsbehörde wäre vorliegend tatsächl. als untere Verwaltungsbehörde selbst sachlich zum Erlass des Ausgangsbescheides zuständig gewesen und kann daher keine andere Behörde i. S. d. Vorschrift sein, da sie zum Erlass einer eigenen Verfügung und gerade nicht zu einer Mitwirkungshandlung wie etwa der Zustimmung verpflichtet gewesen wäre. Eine Heilung des Zuständigkeitsmangels tritt auch nicht dadurch ein, dass die sachlich zuständige Behörde als Widerspruchsbehörde aufgetreten ist und den Widerspruchsbescheid erlassen hat (vgl. hierzu BVerwGE 30, 138 = GewArch 1968, 249). Indem das Landratsamt durch die Zurückweisung des Widerspruchs die Maßnahme der Ausgangsbehörde gebilligt hat, hat es diese nicht zu seiner eigenen gemacht.“ (VGH Mannheim aaO)

- II. Der Verstoß gegen die sachliche Zuständigkeit ist auch nicht gem. § 46 LVwVfG unbeachtlich.

„Diese Bestimmung schließt die Aufhebung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können, nur im Fall einer Verletzung der Vorschriften über das Verfahren und die Form sowie der Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit aus. Bereits aus dem Wortlaut von § 46 LVwVfG folgt, dass Mängel der sachlichen Unzuständigkeit nicht unter den Anwendungsbereich der Bestimmung fallen (vgl. näher VGH Mannheim DÖV 1978, 696). Denn die Erwähnung der örtlichen Zuständigkeit in § 46 LVwVfG hat nur Sinn, wenn für die Aufhebung zwischen örtlicher und sachlicher Zuständigkeit unterschieden wird. Mangels Ausführung der sachlichen Zuständigkeit ist ein Verstoß gegen sie folglich kein gem. § 46 LVwVfG unbeachtlicher Verfahrensfehler.“ (VGH Mannheim aaO)

GG

Beförderung eines Beamten

BeamtenR

Art. 33 II

Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Beförderung (BVerwG in NVwZ 2013, 955; Urteil vom 29.11.2012 – 2 C 6/11)

Ein Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Beförderung eines Beamten infolge der Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs ist ausgeschlossen, wenn der Dienstherr das Stellenbesetzungsverfahren aus sachlichen Gründen vor der Ernennung eines anderen Bewerbers abgebrochen hat.

„Ist der Bewerbungsverfahrensanspruch durch rechtsbeständige Ernennung oder Abbruch erloschen, kann der Bewerber nur dann erfolgreich Schadensersatz verlangen, wenn die Entscheidung des Dienstherrn – die Ernennung eines Dritten oder der Abbruch des Verfahrens – rechtswidrig war. Der Dienstherr muss rechtswidrig und schuldhaft Rechte des nicht zum Zuge gekommenen Bewerbers verletzt haben. Diese Rechtsverletzung muss kausal für den Schaden (die Nichtbeförderung) sein. Hierzu ist der hypothetische Kausalverlauf zu ermitteln, den das Stellenbesetzungsverfahren ohne den Rechtsverstoß voraussichtlich genommen hätte (sog. rechtmäßiges Alternativverhalten, vgl. BVerwGE 124, 99 = NVwZ 2006, 212 m. w. Nachw.; BVerwGE 141, 361 = NVwZ 2012, 1477).

Erweist sich die Entscheidung des Dienstherrn über den Abbruch als rechtswidrig, ist zu prüfen, ob die weiteren Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch gegeben sind. Es muss geprüft werden, ob bei einer Fortsetzung des Verfahrens eine Ernennung des Bewerbers ernsthaft möglich gewesen wäre.

Hat der Dienstherr aber das Stellenbesetzungsverfahren aus sachlichen Gründen und damit rechtmäßig abgebrochen, bevor das Beförderungamt durch Ernennung eines Dritten besetzt wurde, ist bereits deshalb ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen (BVerwG NVwZ 2011, 1528). In einem solchen Fall schließt der Abbruch einen Schadensersatzanspruch aus, weil den Bewerbern kein Schaden entstanden sein kann. Neben seiner objektiven Zielsetzung, die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes durch die Vergabe der Ämter an den am besten geeigneten Bewerber zu gewährleisten (Art. 33 II GG), dient das Stellenbesetzungsverfahren auch dem **berechtigten Interesse des Beamten oder Richters an einem angemessenen beruflichen Fortkommen**; deshalb begründet es einen **Anspruch des Bewerbers auf eine rechtsfehlerfreie Auswahlentscheidung**. Der Dienstherr ist aber **rechtlich nicht gehindert**, ein eingeleitetes **Stellenbesetzungsverfahren jederzeit zu beenden** und von einer ursprünglich geplanten Ernennung bzw. Beförderung abzusehen, **wenn dies sachlich geboten ist.**“ (BVerwG aaO)

BerlPresseG

Presserechtlicher Auskunftsanspruch

öffR

§ 4

Kein Auskunftsanspruch gegenüber Bundesnachrichtendienst
(BVerwG in NVwZ 2013, 1006; Urteil vom 20.02.2013 – 6 A 2/12)

Die **Länder können durch ihre Pressegesetze den Bundesnachrichtendienst nicht zu Auskünften gegenüber der Presse verpflichten**, denn für solche Regelungen **fehlt ihnen die Gesetzgebungskompetenz**.

„Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht (Art. 70 I GG). Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung (Art. 70 II GG). Mangels einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Sachgebiet „Presserecht“ haben die Länder zwar die Befugnis, presserechtliche Regelungen zu treffen. Diese **Befugnis umfasst aber nicht alle Regelungen, die die Presse berühren, sondern stößt dort an Grenzen, wo sie auf eine vorrangige anderweitige Gesetzgebungskompetenz trifft**. Die **Regelung von Auskunftsansprüchen gegenüber der Presse folgt aus anderen Kompetenztiteln, die – soweit der Bundesnachrichtendienst betroffen ist – ausschließlich dem Bund zustehen**.

Das Presserecht ist als Materie weder im Katalog der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes (Art. 73 GG) noch der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 GG) aufgeführt. Das **BVerfG** geht in seiner Rspr. aber davon aus, dass die Zuständigkeitskataloge der deutschen bundesstaatlichen Verfassungen eine besondere Materie „Presserecht“ kennen (BVerfGE 7, 29 = NJW 1957, 1355, unter Hinweis auf Art. 4 Nr. 16 RVerf. von 1871, Art. 7 Nr. 6 WRV und Art. 75 Nr. 2 GG). Dabei sei es ohne Bedeutung, dass die Abgrenzung des Rechtsgebiets „Presserecht“ in verschiedener Hinsicht zweifelhaft und umstritten sei (BVerfGE 7, 29 = NJW 1957, 1355).

Die Länder sind demnach entsprechend dem Grundsatz des Art. 70 I GG für gesetzliche Regelungen auf dem Gebiet des Pressewesens zuständig (BVerfGE 36, 193 = NJW 1974, 356). Diese Zuständigkeit muss jedoch diejenigen Grenzen beachten, die sich aus vorrangigen anderweitigen Kompetenzen ergeben. Dies hat bereits in der Vergangenheit zu Abgrenzungsfragen geführt, wenn Teile der Vollregelung Bezüge zu mehreren Sachgebieten aufwies. Dieser Umstand enthebt jedoch nicht von der Notwendigkeit, die Materie entweder dem einen oder dem anderen Kompetenzbereich zuzuweisen: eine „Doppelzuständigkeit“, auf deren Grundlage Bund und Länder ein und denselben Gegenstand in unterschiedlicher Weise regeln könnten, ist dem System der verfassungsrechtlichen Kompetenznormen fremd und wäre mit ihrer Abgrenzungsfunktion (vgl. Art. 70 II GG) auch nicht vereinbar (BVerfGE 36, 193 = NJW 1974, 356). Diese Beurteilung entspricht schließlich auch dem Bedürfnis nach Rechtseinheit. Ein anderes Ergebnis widerspräche dem **Gebot sachgemäßer und funktionsgerechter Auslegung der Kompetenzvorschriften** (BVerfGE 36, 193 = NJW 1974, 356).“ (BVerwG aaO)

HessSchulG

Rauchverbot

öffR

§ 3 IX 1 u. 3

Elektronische Zigarette

(VG Gießen in NVwZ-RR 2013, 643; Urteil vom 20.02.2013 – 5 K 455/12)

Die **Nutzung einer elektronischen Zigarette unterliegt dem umfassenden Rauchverbot** im Schulgebäude und auf dem Schulgelände.

„Nach § 3 IX 3 HessSchulG ist Rauchen im Schulgebäude und auf dem Schulgelände nicht gestattet. Was unter Rauchen i. S. dieser am 1. 8. 2005 in Kraft getretenen Norm zu verstehen ist, wird nicht näher erläutert. Dies gilt i: Ü: auch für das HessNRSchG. Auch dieses verbietet in seinem § 1 allgemein das Rauchen.

Entgegen der Auffassung des Kl. **umfasst** der vom hessischen Landesgesetzgeber im HessSchulG gebrauchte **Begriff des Rauchens nicht nur den Konsum von Tabakwaren**. Zum einen geht es hier nicht um die Auslegung des HessNRSchG, sondern um das in § 3 IX 3 HessSchulG verankerte Rauchverbot im Schulgebäude und auf dem Schulgelände. Dieses ist **erkennbar nicht auf bestimmte Produktgruppen beschränkt**. Es dient auch durch den umfassenden, nicht auf das Schulgebäude beschränkten räumlichen Schutzbereich nicht nur dem **Schutz der Nichtraucher vor Gesundheitsgefährdungen**. Vielmehr ist das umfassende Rauchverbot in den Schulen Teil deren **Präventionsarbeit**. Im Rahmen der vorbeugenden Gesundheitsfürsorge zielt es darauf ab, **Schüler und Schülerinnen von einem für ihre Gesundheit risikobehafteten Verhalten abzuhalten** und sie dazu anzuhalten, ein **sucht-freies Leben zu führen**. Nach diesem **Sinn und Zweck** erfasst das in § 3 IX 3 HessSchulG normierte Rauchverbot auch elektronische Zigaretten. Für diese Bewertung sprechen sowohl das **äußere Erscheinungsbild des Konsums der elektronischen Zigarette**, das ausweislich der Demonstration des Kl. vor laufender Fernsehkamera am Verhandlungstag **mit dem Konsum herkömmlicher Zigaretten vergleichbar** ist, als insbes. auch die damit verbundenen gesundheitlichen Risiken.“ (VG Gießen aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO **Pfändungsfreibetrag bei P-Konto** **ZPO**
§ 836 III 1 ZPO **Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe von Unterlagen**
 (BGH in NJW-RR 2013, 766, Beschluss vom 21.02.2013 – VII ZB 59/10)

1. Der Gläubiger, zu dessen Gunsten Ansprüche des Schuldners auf Auszahlung von Guthaben auf einem **Pfändungsschutzkonto** gepfändet und überwiesen werden, kann verlangen, dass die gem. § 836 III 1 ZPO bestehende Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe der bei ihm vorhandenen **Nachweise**, welche gem. § 850 k II, V 2 ZPO zur **Erhöhung der Pfändungsfreibeträge** führen können, in den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss aufgenommen wird.
2. Dem Schuldner muss nachgelassen werden, die Übergabe durch **Herausgabe von Kopien** zu erfüllen.

A. Grundlagenwissen: Das P-Konto (vgl. Professor Dr. Martin Ahrens: Das Pfändungsschutzkonto in NJW 2010, 2001)

Als Pfändungsschutzkonto kann allein ein **Girokonto** eingerichtet werden, das zur **Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr** bestimmt ist, § 850 k VII, IX1 ZPO. Ausgeschlossen sind Spar- oder Tagesgeldkonten. Das Konto muss bei einem **Kreditinstitut** i.S. des § 1 I KWG bestehen, also bei einer **Bank**, einschließlich der **Postbank**, bei einer **Sparkasse** oder bei einem **Kreditkartenunternehmen**

Das Pfändungsschutzkonto soll den Lebensunterhalt des Schuldners und seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen sichern. **Kontoinhaber** muss deswegen eine **natürliche Person** sein, § 850 k VII 1 ZPO. Geschützt werden Selbstständige, Arbeitnehmer, Hausfrauen oder -männer, Arbeitsuchende, Rentner, Minderjährige und rechtlich Betreute. Zu Gunsten einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit kann kein Pfändungsschutzkonto eingerichtet werden.

Das Kontoguthaben ist in Höhe des bei der Pfändung von Arbeitseinkommen bestehenden Grundfreibetrags von **monatlich 1.049,99 Euro unpfändbar**, §§ 850 k I 1, 850c I 1 ZPO. Verwiesen wird auch auf die Dynamisierungsregelung des § 850c II a ZPO. Durch diesen Sockelbetrag soll der **Kontopfändungsschutz standardisiert** werden und für die Kreditinstitute leichter zu handhaben sein. Höhere Einkünfte werden dagegen nicht automatisch entsprechend § 850c II, III ZPO, sondern nach § 850 k IV ZPO nur durch einen beim Vollstreckungsgericht zu stellenden Antrag geschützt. Vom **Guthabenschutz** erfasst wird **jeder Zahlungseingang** unabhängig davon, ob die Leistung einmalig oder wiederkehrend erfolgt bzw. aus welcher Quelle sie stammt. Selbst wenn die Einzahlungen in anderen Zeitabständen erfolgen, gilt der einheitliche monatliche Grundfreibetrag. Unerheblich ist zudem, ob es sich um Einkünfte aus abhängiger oder aus selbstständiger Erwerbstätigkeit oder um sonstige Einkünfte wie Renten, Pensionen, Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung, Unterhaltsansprüche oder freiwillige Zuwendungen Dritter handelt.

Häufig erfüllt der Schuldner **Unterhaltungspflichten** oder er bezieht Leistungen mit einer **besonderen Zweckbindung**. In diesen Fällen ist der auf den Grundfreibetrag beschränkte **Pfändungsschutz unzureichend** und kann sogar das Existenzminimum deutlich unterschreiten. Unter den Voraussetzungen von § 850 k II ZPO hat das **Kreditinstitut** in einer vereinfachten Weise nach § 850 k V 2 ZPO ohne Beteiligung des Vollstreckungsgerichts einen **erhöhten Freibetrag zu gewähren**. Scheitert dieser Weg, steht dem Schuldner der Gang zum Vollstreckungsgericht offen, § 850 k V 4 ZPO.

Die **Aufstockungsbeträge** muss das Kreditinstitut dem Schuldner nach § 850 k V 2 ZPO nur auf ein zumindest konkludent **gestelltes Verlangen in einem formalisiertem Nachweisverfahren** leisten. Durch eine Bescheinigung des Arbeitgebers, der Familienkasse, des Sozialleistungsträgers bzw. einer geeigneten Person oder Stelle i.S. des § 305 I Nr. 1 InsO muss **nachgewiesen werden**, dass das **Guthaben nicht von der Pfändung erfasst**

ist. Damit wird dem Schuldner eine Nachweislast gegenüber dem Kreditinstitut auferlegt und seine Nachweismittel werden beschränkt. Die **Bescheinigung** einer der genannten Personen und Stellen **bindet das Kreditinstitut**.

Bei seiner Entscheidung besitzt das Kreditinstitut **keinen Ermessensspielraum**. Ist der Nachweis geführt, muss es den Aufstockungsbetrag berücksichtigen, ist er nicht geführt, darf es ihn nicht beachten. Trifft es eine unzutreffende Entscheidung, wird es durch eine Leistung nicht befreit. Um Unsicherheiten über die Nachweisführung zu begegnen, kann auch das Kreditinstitut beim Vollstreckungsgericht einen Antrag auf Bestimmung der Beträge stellen, § 850 k V 4 ZPO.

B. Anspruch auf Herausgabe von Urkunden bei Pfändung eines P-Kontos (vgl. BGH in NJW-RR 2013, 766)

Fall: Auf Antrag des Gläubigers hat das AG – VollstreckungsG – einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erlassen, mit dem unter anderem Ansprüche des Schuldners gegen die Drittschuldnerin auf Auszahlung des Guthabens auf einem Pfändungsschutzkonto gem. § 850 k ZPO gepfändet und zur Einziehung überwiesen worden sind. Die darüber hinaus vom Gläubiger beantragte Anordnung, dass der Schuldner die Nachweise, welche zur Erhöhung der Pfändungsfreibeträge gem. § 850 k II, V 2 ZPO führen, an ihn herauszugeben habe, hat es abgelehnt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Gläubigers hat das BeschwGer. (LG Koblenz, Beschl. v. 20.09.2010 – 2 T 499/10, BeckRS 2011, 11295) zurückgewiesen. Mit der vom BeschwGer. zugelassenen Rechtsbeschwerde wandte sich der Gläubiger weiterhin gegen die Zurückweisung seines Antrags auf Herausgabe der für die Ermittlung von Pfändungsfreibeträgen gem. § 850 k II, V 2 ZPO benötigten Urkunden.

Die Rechtsmittel führten zur Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidungen, soweit die Herausgabe der Nachweise, welche zur Erhöhung der Pfändungsfreibeträge gem. § 850 k II, V 2 ZPO führen können, abgelehnt worden ist. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des AG – VollstreckungsG – wurde um die Anordnung ergänzt, dass der Schuldner die bei ihm vorhandenen Nachweise, welche zur Erhöhung der Pfändungsfreibeträge gem. § 850 k II, V 2 ZPO führen können, nach seiner Wahl im Original oder als Kopie an den Gläubiger herauszugeben hat. Zu Recht?

Grundsätzlich ist der Schuldner nach § 836 III 1 ZPO ist, dem Gläubiger die zur Einziehung der gepfändeten Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die über die Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben.

I. Zweck der Regelung

„Die Vorschrift soll dem Gläubiger die **Einziehung** der Forderung beim Drittschuldner **erleichtern**. Die **Auskunfts- und Herausgabepflicht** dient seinem Interesse, die zur Durchsetzung der Forderung **notwendigen Informationen** zu erhalten. Der Gläubiger soll in die Lage versetzt werden, die **Aussichten einer Drittschuldnerklage zu überprüfen** und notfalls eine solche **exakt beziffern** können. Unnötige und risikobehaftete Drittschuldnerklagen sollen vermieden werden (BGHZ 192, 314 = NJW 2012, 1081 Rn. 7; BGH, NJW 2007, 606 Rn. 8 f.).

Die Herausgabepflicht des Schuldners betrifft **Urkunden**, die den Gläubiger als zur Empfangnahme der Leistung berechtigt legitimieren, sowie solche, die den Bestand der Forderung beweisen oder sonst der **Ermittlung oder dem Nachweis ihrer Höhe, Fälligkeit oder Einredefreiheit** dienen (BGHZ 192, 314 = NJW 2012, 1081 Rn. 7; BGH, NJW 2007, 606 Rn. 6; NJW-RR 2006, 1576 Rn. 8; NJW 2003, 1256). Zu den Urkunden, die zur Ermittlung oder zum Nachweis der Forderungshöhe dienen, gehören die **laufenden Lohnabrechnungen**, regelmäßig die letzten drei Lohnabrechnungen aus der Zeit vor der Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses (BGH, NJW 2007, 606 Rn. 6), **Bescheide über öffentlich-rechtliche Leistungen und Rentenbescheide** (Smid, in: MüKo-ZPO, 4. Aufl., § 836 Rn. 124; Schuschke, in: Schuschke/Walker, Vollstreckung u. vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 836 Rn. 9; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 836 Rn. 14 Fußn. 43; Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 836 Rn. 13; Musielak/Becker, ZPO, 9. Aufl., § 836 Rn. 7). Dazu gehört auch die **Bescheinigung einer Schuldnerberatungsstelle i. S. von § 305 Nr. 1 InsO**, da diese mit den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Schuldners betraut ist und deshalb über die für die Berechnung des pfändbaren Betrags notwendigen Informationen verfügt (Gesetzesbegr. zum Entw. eines Gesetzes zur Reform des Kontopfändungsschutzes, BT-Dr 16/7615, S. 20).“ (BGH aaO)

II. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob dem Gläubiger bei Anwendung dieser Grundsätze Anspruch gem. § 836 III 1 ZPO auf Herausgabe der in § 850 k V 2 ZPO genannten, beim Schuldner vorhandenen Bescheinigungen zusteht.

1. Besonderheiten bei P-Konto

Inwieweit der Anspruch des Schuldners auf Auszahlung eines Guthabens auf einem Pfändungsschutzkonto der Pfändung unterliegt, ergibt sich aus § 850 k I bis III ZPO.

„Enthält der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss keine Angaben hierzu (zur Zulässigkeit eines so genannten „Blankettbeschlusses“ gem. § 850 c III 2 ZPO: BGHZ 166, 48 = NJW 2006, 777), ist es grundsätzlich **Sache des Drittschuldners, den pfändungsfreien Guthabenbetrag zu ermitteln und an den Gläubiger auszuzahlen**. Dabei muss er berücksichtigen, dass die in § 850 k II 1 ZPO genannten Unterhaltspflichten und Sonderbezüge des Schuldners zu einer Erhöhung der nach § 850 k I ZPO maßgeblichen Pfändungsfreibeträge führen. Weil das **kontoführende Kreditinstitut**, anders als regelmäßig der Arbeitgeber des Schuldners bei der Pfändung von Arbeitseinkommen, **von den hierfür maßgeblichen Umständen keine Kenntnis besitzt**, muss es die nach § 850 k II ZPO pfandfreien Beträge gem. § 850 k V 2 ZPO nur insoweit an den **Schuldner** auszahlen, als dieser durch eine Bescheinigung des Arbeitgebers, der Familienkasse, des Sozialleistungsträgers oder einer geeigneten Person oder Stelle i. S. von § 305 I Nr. 1 InsO **nachweist**, dass das **Guthaben nicht von der Pfändung erfasst** ist.“ (BGH aaO)

Legt der Schuldner entsprechende Unterlagen vor und berechnet das Kreditinstitut danach den pfändungsfreien Betrag, so hat der Gläubiger nicht ohne weiteres die Möglichkeit die Richtigkeit der Berechnung zu überprüfen, da ihm die hierzu erforderlichen Informationen seinerseits fehlen. Es kann ihm aber auch nicht zugemutet werden, das Kreditinstitut zunächst als Drittschuldner zu verklagen, um die nötigen Informationen dann im Prozess zu erhalten.

„Die Urkunden, die der Schuldner nach § 850 k V 2 ZPO benötigt, um eine Erhöhung des pfändungsfreien Betrags zu erreichen, sind im Regelfall identisch mit den Unterlagen, die nach § 836 III 1 ZPO an den Gläubiger für den Fall herauszugeben sind, dass der Anspruch gegen den Leistungsverpflichteten gepfändet wird. Arbeitgeber, öffentliche Stellen oder Rentenversicherungsträger sind nicht verpflichtet, besondere Bescheinigungen zu erstellen, da keine Bedenken bestehen, dass die Kreditwirtschaft die üblichen Bescheinigungen akzeptiert und auf deren Grundlage in die Lage versetzt wird, die notwendigen Berechnungen schnell und zutreffend vorzunehmen (Gesetzesbegr. zum Entw. eines Gesetzes zur Reform des Kontopfändungsschutzes, BT-Dr 16/7615, S. 20). Ebenso wie bei der Vollstreckung in das Einkommen des Schuldners besteht deshalb bei der Vollstreckung in ein Pfändungsschutzkonto das **berechtigte Interesse des Gläubigers, auf die für die Berechnung notwendigen Unterlagen zugreifen zu können**. Dadurch wird der Gläubiger in die Lage versetzt, die Berechnung des Drittschuldners nachzuvollziehen, die inhaltliche Richtigkeit der Bescheinigung zu prüfen, was wegen der schuldbefreienden Wirkung der Auszahlung des Kreditinstituts gem. § 850 k V 3 ZPO besonders bedeutsam ist, und gegebenenfalls einen Antrag nach § 850 k IV ZPO i. V. mit §§ 850 c IV, 850 e Nr. 2 u. 3, 850 f II u. III, 850 g ZPO, § 54 IV SGB I zu stellen.“ (BGH aaO)

2. Entgegenstehen berechtigter Interessen des Schuldners

Dem Herausgabeverlangen des Gläubigers dürften aber keine schutzwürdigen Belange des Schuldners gerade auch im Hinblick auf seine Lebenssituation und seine persönlichen Verhältnisse entgegenstehen.

„Der Senat teilt nicht die Auffassung des Beschwerd., mit Sinn und Zweck des § 850 k V 2 ZPO sei eine Herausgabe der Bescheinigungen unvereinbar. Zwar ist es zutreffend, dass der Schuldner die **Bescheinigungen benötigt**, um einen **vollständigen Pfändungsschutz zu erlangen**, und die zum 01.07.2009 in Kraft getretene Neufassung des § 850 k ZPO dies gewährleisten will (Gesetzesbegr. zum Entw. eines Gesetzes zur Reform des Kontopfändungsschutzes, BT-Dr 16/7615, S. 1, 2, 9). Dem steht aber eine Herausgabepflicht nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung des Senats kann der Schuldner seine **Herausgabeverpflichtung durch die Übergabe von Kopien erfüllen**, soweit der Gläubiger nicht auf das Original beispielsweise zum Zweck seiner Legitimation angewiesen ist (BGHZ 192, 314 = NJW 2012, 1081 Rn. 7; Zöller/Stöber, § 836 Rn. 14; Musielak/Becker, § 836 Rn. 7; Kemper, in: Handkomm-ZPO, 5. Aufl., § 836 Rn. 12). Die **Originale** der Bescheinigungen nach § 850 k V 2 ZPO sind **für den Gläubiger unbedeutend**. Durch die Übergabe von Kopien wird daher den berechtigten Interessen des Gläubigers und des Schuldners in gleicher Weise Rechnung getragen.“ (BGH aaO)

Der Herausgabe der gem. § 850 k V 2 ZPO dem Drittschuldner vorzulegenden Bescheinigungen stehen berechnete Interessen des Schuldners nicht entgegen.

3. Geltendmachung des Herausgabeanpruchs

Der Gläubiger kann im Umfang seines Herausgabeanpruchs die Bezeichnung der herauszugebenden Urkunden im PfÜB verlangen.

„Zwar ist eine den Vollstreckungszugriff ermöglichende genaue Bezeichnung i. S. von § 836 III 5 (früher S. 3) ZPO nicht möglich, da nicht feststeht, welche Urkunden der Schuldner dem Kreditinstitut vorlegen kann. Der Gläubiger hat aber ein **berechtigtes Interesse an einer Herausgabeanordnung im Pfändungs- und Überweisungsbeschluss**, die eine Bestimmung durch den Schuldner ermöglicht (vgl. BGH, NJW-RR 2006, 1576 Rn. 9). So liegt der Fall hier. Durch die Bezugnahme auf die nach § 850 k V 2 ZPO der Drittschuldnerin vorzulegenden Urkunden wird die Herausgabepflicht des Schuldners klargestellt.“ (BGH aaO)

1. **Justizverwaltungsakt** ist danach **jedes hoheitliche Handeln einer Justizbehörde** zur Regelung einer einzelnen Angelegenheit auf einem der in § 23 I EGGVG genannten Gebiete, das **geeignet** ist, den **Betroffenen in seinen Rechten zu verletzen**.
2. Es muss sich beim Justizverwaltungsakt **nicht** um einen **Verwaltungsakt im technischen Sinne** des § 35 VwVfG handeln. Es genügt schlichtes Verwaltungshandeln mit unmittelbarer Außenwirkung.
3. Die **Anbringung des Eingangsstempels** auf dem Mahnbescheidsantrag ist kein bloßer Selbstzweck oder reines Verwaltungsinternum, sondern hat **unmittelbare Rechtswirkung**. Es handelt sich um einen Justizverwaltungsakt.
4. „**Eingegangen**“ i. S. des § 167 ZPO ist ein Schreiben bei Gericht nicht erst bei Kenntnisnahme oder körperlicher Entgegennahme durch Gerichtsbedienstete, sondern bereits dann, wenn er **derart in den Machtbereich des Gerichts** gelangt ist, dass der **Zugriff Unbefugter regelmäßig ausgeschlossen** werden kann.
5. Schaltet das Gericht einen Postbringdienst ein, so gelangen betreffende Schreiben in den Herrschaftsbereich des Gerichts **nicht erst mit der Ablieferung durch den Bring-Service**, sondern bereits zu dem Zeitpunkt, zu dem er in das **Postfach des Gerichts eingelegt** worden war.

Fall: Am 28.12.2012 gab der Prozessbevollmächtigte der Ast. bei der Filiale X. der D-AG, die unter anderem Postdienstleistungen anbietet, einen an das AG Uelzen – Zentrales Mahngericht – gerichteten Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids auf. Mit dem Einlieferungsbeleg erhielt der Prozessbevollmächtigte eine Identifikationsnummer, anhand derer eine Sendungsverfolgung möglich war. Diese – per Internet durchgeführte – Sendungsverfolgung brachte folgendes Ergebnis: „Die Sendung wurde am 29.12.2012 zugestellt.“

Das AG Uelzen bedient sich des „Bring-Service“ der D-AG, das heißt, sämtliche Schriftstücke, die an das Zentrale Mahngericht gerichtet sind, werden in ein bei der D-AG befindliches Postfach eingelegt und Montag bis Freitag einmal täglich (vormittags) von Mitarbeitern der D-AG in der Wachtmeisterei des Zentralen Mahngerichts abgeliefert. Ausgenommen von dieser Regel sind – neben den Samstagen und Sonntagen – die Feiertage und die sonstigen dienstfreien Tage. Dies führte zum Jahreswechsel 2012/2013 dazu, dass letztmalig am Freitag, den 28.12.2012 vormittags die im Postfach des Mahngerichts eingegangenen Schriftstücke an das Mahngericht weitergeleitet wurden. Hingegen erfolgte am 29.12.2012 (Samstag), am 30.12.2012 (Sonntag) und am 01.01.2013 (Neujahr) ebenso wenig eine Auslieferung wie am Montag, den 31.12.2012, weil dieser Tag (Silvester) gem. § 2 NdsArbZVO sowie § 6 TV-L v in der niedersächsischen Justiz dienstfrei ist. Der Mahnbescheidsantrag der Ast. wurde daher erst am 02.01.2013 bei der Wachtmeisterei des Zentralen Mahngerichts eingeliefert und dort mit dem Eingangsstempel des nämlichen Datums (02.01.2013) versehen.

Die Ast. – die eine Forderung zum Gegenstand des Mahnbescheidsantrags gemacht hatte, die mit Ablauf des 31.12.2012 der Verjährung unterlag – begehrt die Korrektur des Eingangsdatums des von ihr gestellten Mahnbescheidsantrags vom 02.01.2013 auf den 29.12.2012, weil sie neben der Verjährungsproblematik nunmehr fürchtet, die Rechtsschutzversicherung werde wegen des Eingangsdatums des Mahnbescheidsantrags die Erteilung der Deckungszusage ablehnen. Das AG Uelzen als Ag. vertritt die Ansicht, dass der Antrag erst am 02.01.2013 eingegangen sei, weil er erst an diesem Tag in den räumlichen Dienstbereich des Zentralen Mahngerichts gelangt sei. Ist ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach §§ 23 ff. EGGVG zulässig und begründet.

I. Zulässigkeit des Antrags

Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 ff. EGGVG müsste zunächst zulässig sein.

1. Vorliegen eines Justizverwaltungsaktes

Zunächst müsste um die Rechtmäßigkeit eines Justizverwaltungsaktes nach § 23 I EGGVG gestritten werden. Es muss also um **Anordnungen**, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen gestritten werden, die von den **Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten** auf den Gebieten des bürgerlichen Rechts einschließlich des Handelsrechts, des Zivilprozesses, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Strafrechtspflege getroffen werden.

Justizverwaltungsakt ist danach jedes hoheitliche Handeln einer Justizbehörde zur Regelung einer einzelnen Angelegenheit auf einem der in § 23 I EGGVG genannten Gebiete, das **geeignet ist**, den **Betroffenen in seinen Rechten zu verletzen**, also auch schlicht hoheitliches Handeln bis hin zum Realakt (OLG Hamm MDR 1969,600; OVG Hamburg NJW 1970, 1699; VGH Kassel VerwRSpr 1977, 1009; OVG Münster NJW 1977, 1790; VGH Mannheim NJW 1969, 1319; OLG Karlsruhe Justiz 1980, 450; KG NJW 1987, 197 und NJW-RR 1994, 571 =OLGZ 1994, 367; LR-Böttcher Rn 42; Meyer-Goßner Rn 6; Schenke VerwArch. 1969, 345 f und NJW 1976, 1816, 1818). Einer besonderen Form bedarf der Justizverwaltungsakt nicht. Auch eine mündlich getroffene Anordnung ist anfechtbar (BGH NJW 1963,1789).

Es muss sich beim Justizverwaltungsakt **nicht** um einen **Verwaltungsakt im technischen Sinne des § 35 VwVfG** handeln (VGH Mannheim NJW 1969, 1319 und NJW 1973, 214; HessVGH VerwRSpr 1977, 1009). Es genügt schlichtes Verwaltungshandeln mit unmittelbarer Außenwirkung (BGHR EGGVG § 23 Rechtsweg; vgl. insgesamt dazu KK- Schoreit, § 23 EGGVG Rn. 21)

„Bei der Anbringung des Eingangsstempels handelt es sich auch um einen Justizverwaltungsakt i. S. des § 23 I EGGVG (vgl. hierzu Zöller/Lückemann, ZPO, 29. Aufl., § 23 EGGVG Rn. 12).“ (OLG Celle aaO)

2. Antragsfrist, § 26 EGGVG

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung muss nach § 26 I EGGVG innerhalb eines Monats nach Zustellung oder schriftlicher Bekanntgabe des Bescheides gestellt werden. Die Antragsfrist ist gewahrt.

3. Antragsform, § 26 I EGGVG

Der Antrag muss schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts oder eines Amtsgerichts gestellt werden. Auch dies ist erfolgt.

4. Statthaftigkeit, § 24 EGGVG

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nach § 24 I EGGVG nur zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, durch die Maßnahme oder ihre Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.

*„Es mag zwar sein, dass über die Frage der Verjährung des Anspruchs der Ast. bzw. dessen Hemmung durch rechtzeitige Stellung des Mahnantrags (§ 204 BGB) im kontradiktorischen Verfahren entschieden wird, jedoch reicht vorliegend allein die **Besorgnis** der Ast., die **Rechtsschutzversicherung** werde wegen des Datums des Eingangsstempels die **Deckungszusage** für einen entsprechenden Rechtsstreit **nicht erteilen**, aus, um ihr ein rechtliches Interesse am vorliegenden Verfahren zuzubilligen.“* (OLG Celle aaO)

Die Ast. besitzt daher auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis für den gestellten Antrag.

5. Zwischenergebnis

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach §§ 23 ff. EGGVG ist zulässig.

II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag müsste auch begründet sein. Er ist begründet, wenn der Justizverwaltungsakt, hier der Eingangsstempel auf dem Mahnbescheidsantrag, fehlerhaft ist. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, wann von einem Zugang des Mahnbescheidsantrags bei Gericht auszugehen ist.

1. rechtliche Relevanz des Eingangsstempels

*„Die **Anbringung des Eingangsstempels** auf dem Mahnbescheidsantrag ist kein bloßer Selbstzweck oder reines Verwaltungsinternum, sondern hat **unmittelbare Rechtswirkung** sowohl für den Ast. als auch für den im Antrag bezeichneten Gegner. Denn da gem. **§ 167 ZPO** – der im Mahnbescheidsverfahren den § 693 II ZPO a. F. ersetzt hat – bereits mit dem **Eingang eines Antrags auf Erlass des Mahnbescheids** die Verjährung des im Antrag bezeichneten Anspruchs – bei Vorliegen der Voraussetzungen der Norm im Übrigen – **gehemmt** wird, kommt dem **Eingangsstempel** insoweit **erhebliche Indizwirkung** zu. Denn regelmäßig weist der Eingangsstempel eines in den Herrschaftsbereich eines Gerichtes gelangten Schriftstücks aus, wann dies geschehen ist.“* (OLG Celle aaO)

2. Richtigkeit des Eingangsstempels

Für die Frage nach der Richtigkeit des Eingangsstempels kommt es also darauf an, wann konkret der Mahnbescheidsantrag in den Herrschaftsbereich des Gerichts gelangt ist.

*„In den Herrschaftsbereich des Zentralen Mahngerichts war der Antrag vorliegend aber **nicht erst mit der Ablieferung durch den Bring-Service** der D-AG bei der Wachtmeisterei gelangt, sondern bereits zu dem Zeitpunkt, zu dem er **in das Postfach des Zentralen Mahngerichts eingelegt** worden war.*

*Denn „eingegangen“ i. S. des § 167 ZPO ist der Antrag nicht erst bei Kenntnisnahme oder körperlicher Entgegennahme durch Bedienstete des Zentralen Mahngerichts, sondern bereits dann, wenn er **derart in den Machtbereich des Gerichts** gelangt ist, dass der **Zugriff Unbefugter regelmäßig ausgeschlossen** werden kann. Hiervon ist bei der Einlegung in ein – hierfür vom Empfänger ausdrücklich vorgehaltenes – Postfach auszugehen. Ob das Postfach an diesem Tag **tatsächlich geleert** – oder wie hier nicht geleert – wird, ist **unerheblich**. Denn auch bei Einlegung in den Nachtbriefkasten oder bei elektronischer Übermittlung hätte vor dem 02.01.2013 kein Mitarbeiter des Zentralen Mahngerichts von dem Antrag tatsächlich Kenntnis erlangt. Der jeweils auf dem Antrag befindliche Zeitstempel hätte lediglich dokumentiert, wann der Antrag in den Nachtbriefkasten eingelegt oder elektronisch übermittelt worden ist.*

*Den nämlichen **Nachweis** hat die Ast. aber vorliegend dadurch **geführt**, dass über die **Sendungsverfolgung der D-AG** dokumentiert ist, wann der Antrag – nämlich am 29.12.2012 – in das Postfach des Zentralen Mahngerichts eingelegt worden ist.“ (OLG Celle aaO)*

Damit ist aber der Eingang beim Mahngericht nicht erst am 02.01.2013 – wie dies der angebrachte Eingangsstempel ausweist –, sondern bereits am 29. 12. 2012 erfolgt. Der Eingangsstempel ist daher fehlerhaft, so dass in ihm liegende Justizverwaltungsakt rechtswidrig ist.

III. Ergebnis.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 ff. EGGVG ist zulässig und begründet.

OWiG
§ 67

Einspruchserklärung Übermittlung im Wege des Unified Messaging (UMS)

(AG Hünfeld in NSTZ-RR 2013, 223; Beschluss vom 05.06.2012 – 31 Js 22062/11)

OWiG

Eine **Einspruchserklärung** gegen einen Bußgeldbescheid, die der Betroffene **im Wege des sog. Unified Messaging (UMS)** der Verwaltungsbehörde übermitteln lässt, **wahrt nicht die Schriftform des § 67 OWiG.**

Fall: Die Verwaltungsbehörde hat am 31.10.2011 gegen den Betroffenen einen Bußgeldbescheid erlassen, der diesem am 02.11.2011 zugestellt worden ist.

Der Betroffene hat hiergegen eine Einspruchserklärung verfasst, die er im Wege des sog. Unified Messaging (UMS) der Verwaltungsbehörde übermitteln ließ. Hierzu gab er auf einem Internetformular seines E-Mail-Anbieters, der sich erboten hatte, eingegebene Texte als Telefax an einen Telefax-Anschluss zu übermitteln, in bestimmte Felder für Faxnummer, Empfänger, Absender usw. bestimmte Zeichenfolgen ein. Als Faxnummer gab er die auf dem Bußgeldbescheid angegebene Rufnummer mit der Vorwahl 0611 ein. In dem Feld für den Betreff vermerkte der Betroffene das Aktenzeichen der Verwaltungsbehörde; in das Feld für den Text der Nachricht gab er eine Zeichenfolge ein, die zusammengelesen nach einer Anrede die Einspruchserklärung und eine Begründung für den Einspruch ergibt. Der in das Textfeld eingegebene Text endet mit der Zeichenfolge „MfG“, einer Leerzeile, und einer Zeichenfolge, die zusammengelesen den Vor- und Nachnamen des Betroffenen ergibt. Durch Übermitteln des Internetformulars an seinen E-Mail-Anbieter am 02.11.2011 um 15:22 Uhr veranlasste der Betroffene, dass von einer Rufnummer aus dem Ortsnetz Karlsruhe (Vorwahl 0721) an einen Telefaxanschluss in Wiesbaden (Vorwahl 0611) eine Telefaxübermittlung erfolgte; die Telefaxübermittlung wurde am 02.11.2011 um 15:23:54 Uhr abgeschlossen.

Der Telefaxanschluss mit der Wiesbadener Vorwahl ist bei der Hessischen Zentrale für Datenverarbeitung (HZD) in Wiesbaden angesiedelt. Die Verwaltungsbehörde verwendet diesen Anschluss zum Empfang von an sie gerichteten Telefaxsendungen und gibt diese Wiesbadener Nummer als ihre Telefaxnummer in ihren Schreiben an. Von Wiesbaden werden die empfangenen Telefaxe auf elektronischem Weg an die Verwaltungsbehörde weitergeleitet. Die Erklärung des Betroffenen wurde dort am 03.11.2011 weiterbearbeitet.

Der Einspruch ist nach § 70 I OWiG als unzulässig zu verwerfen, denn der Einspruch wahrt nicht die **Formvorschrift des § 67 OWiG**. Dieser bestimmt, dass der **Einspruch schriftlich oder zur Niederschrift einzulegen** ist.

I. Der Betroffene hat den Einspruch zweifelsfrei nicht zur Niederschrift eingelegt, seine Eingabe wahrt auch nicht die Schriftform.

*„Dieser ist nämlich erst am 07.12.2011 zwecks Erstellung einer Papierakte zur Abgabe an die Staatsanwaltschaft erstellt worden. **Ob ein Rechtsbehelf formwirksam eingelegt ist, muss aber bei Ablauf der Rechtsbehelfsfrist feststehen.** Die Verwaltungsbehörde hat nach § 69 OWiG zu prüfen, ob der Einspruch rechtzeitig und formgerecht eingelegt ist. Als die Verwaltungsbehörde dies getan und auf Abgabe erkannt hat, war der Einspruch noch nicht ausgedruckt und damit formunwirksam. Eine **nachträgliche Heilung des Formmangels** durch den nach diesem Zeitpunkt erfolgten Ausdruck **kommt nicht in Betracht.**“ (AG Hünfeld aaO)*

II. Die **Rspr. zur Zwischenspeicherung von empfangenen Faxmitteilungen** vor dem Ausdruck (z. B. BGHZ 167, 214) **führt zu keinem anderen Ergebnis.**

*„Diese Rspr. verlegt lediglich den hier nicht in Rede stehenden Zeitpunkt des Eingangs der Erklärung auf den Abschluss der Speicherung im Gerät vor und erlaubt einen Aufschub des Ausdrucks (so ausdrücklich BGH aaO), **nicht aber einen vollständigen Verzicht auf den Ausdruck.** Von der Notwendigkeit der Herstellung einer körperlichen Urkunde ist die Rspr. bislang nicht abgerückt.*

Die Weiterbearbeitung hat auf der Grundlage der allein formwahrenden körperlichen Urkunde zu erfolgen. Dies ist hier nicht erfolgt.

Der Ausdruck ist nicht aufgeschoben, sondern überhaupt unterlassen worden. Wäre es nicht zu einer Abgabe an die Staatsanwaltschaft gekommen, so wäre der Einspruch zu keinem Zeitpunkt ausgedruckt, sondern stets im Dateiform weiterbehandelt worden. Damit ist die Schriftform nicht gewahrt.“ (AG Hünfeld aaO)

III. An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts dadurch, dass die **Verwaltungsbehörde ihre Akten elektronisch führt.**

„Es geht hier nicht um eine Frage der Aktenführung der Behörde, sondern um die Frage der formwirksamen Einreichung einer Erklärung des Betroffenen.

*Insoweit ist die Rechtslage, wie die gesonderte Regelung in § 110a und § 110b OWiG zeigt, getrennt zu beurteilen. Es **fehlt** außerdem an der nach der von der Rspr. in solchen Fällen geforderten **unmittelbaren Fernmeldeverbindung des Erklärenden zum Erklärungsempfänger.** Im Telexdienst ist die Herstellung einer unmittelbaren Fernschreibverbindung zur Fernschreibstelle derjenigen Behörde erforderlich, der die Erklärung zugehen soll.*

Die Übermittlung an eine andere Behörde reicht nur aus, wenn diese die Funktion einer gemeinsamen Fernschreibstelle wahrnimmt (BGH NJW 1987, 2586). Beim Telefax ist die **Einschaltung eines privaten Zwischenempfängers unzulässig** (BGHZ 79, 314). Durch die Herstellung einer unmittelbaren Fernmeldeverbindung des Erklärenden zum Empfänger wird gewährleistet, dass der Erklärende das Entstehen der Urkunde über seine Erklärung unmittelbar veranlasst, wie dies GmS-OGB aaO verlangt, dass also die Urkunde nur mit seinem Willen und mit dem von ihm gewollten Inhalt entsteht.

Dem entspricht die hier verwendete Übertragungsform nicht im mindesten: Der Betroffene hat nicht ein körperliches Schriftstück, eine bildliche Wiedergabe eines Schriftstücks oder eine Vorlage für ein Schriftstück übermittelt, sondern zunächst einmal durch Absenden des Internetformulars mittels eines Internetprotokolls nur eine Datenfolge über das Internet an seinen E-Mail-Anbieter übermittelt, aus der sich bei entsprechender Interpretation der übermittelten Daten der Text der Einspruchserklärung zusammenstellen ließ. Der E-Mail-Anbieter hat dann aus der übermittelten Buchstabenfolge einen bestimmten Text erstellt, diesen in bestimmter Weise formatiert, und sodann das dadurch entstandene Schriftbild mittels des Telefaxprotokolls von seiner Festnetzrufnummer an die Festnetzrufnummer der HZD in Wiesbaden übermittelt. Dort wurden die empfangenen Telefax-Signale in einer Bilddatei niedergelegt, welche dann anscheinend als Anhang zu einer E-Mail, die ihrerseits den Kopfzeilen und Text die Angaben wie Bl. 10 der Akten enthielt, oder in einem ähnlichen Verfahren an die Verwaltungsbehörde übermittelt wurde. Es liegt also kein unmittelbarer, sondern ein **dreiaktiger Kommunikationsvorgang** vor, bei dem mindestens drei verschiedene Übertragungsprotokolle verwendet wurden und bei dem zwei nichtbehördliche Zwischenempfänger (nämlich der E-Mail-Anbieter und die HZD) eingeschaltet waren. Nach Auffassung des Amtsgerichts ist bei der HZD keine Telefax-Aannahmestelle der Verwaltungsbehörde i. S. einer gemeinsamen Fernschreib- oder Briefannahmestelle errichtet. Aus der Erklärung der Verwaltungsbehörde vom 18.01.2012 ergibt sich dies jedenfalls nicht.“ (AG Hünfeld aaO)

- IV. Die **Rspr. zur Abgabe von Erklärungen per Telefax** ist damit auch schon deshalb **nicht anwendbar**, weil das Telefaxprotokoll überhaupt nur auf einer Teilstrecke der Übermittlung, nämlich zwischen Karlsruhe und Wiesbaden, nicht aber unmittelbar zwischen dem Betroffenen als Absender und der Verwaltungsbehörde als Empfänger, verwendet wurde. Schließlich fehlt es noch an der erforderlichen Unterschrift des Erklärenden oder einem gleichwertigen Ersatz.

„[Der] GmS-OGB aaO fordert in Fällen wie bei einem Computerfax die Übermittlung einer eingescannten Unterschrift oder den ausdrücklichen Hinweis, dass der benannte Urheber wegen der gewählten Übertragungsform nicht unterzeichnen kann. Er sieht dies ersichtlich als **konstitutives Merkmal der Erklärung** an, so dass die bloße Wiedergabe der dem Namen des Betroffenen entsprechenden Buchstabenfolge, die am Ende der übermittelten Erklärung in Druckschrift vorhanden ist, nicht ausreicht. Eine Übermittlung per E-Mail - das vorliegende Verfahren unterscheidet sich nach Aufgabearbeit, Übermittlungsweg und Art des Empfangs von einer solchen Übermittlung so gut wie nicht, es werden lediglich andere Übertragungsprotokolle verwendet - ist dagegen von der Rspr. einer schriftlichen Einreichung nicht gleichgeachtet worden.

Die Zulassung derartiger Übermittlungswege kommt daher entgegen einer in der Kommentarlit. vertretenen Auffassung (KK-OWiG, 3. Auflage 2006, § 67 Rn 67b; Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 14. Auflage, § 67 Rn 22a) nicht in Betracht: Die Kommentatoren übersehen, dass eine Übertragung der Erwägungen aus GmS-OGB, BGHZ 144, 160, daran scheitert, dass eine **E-Mail-Nachricht eben kein schriftliches Dokument** ist (dies ausdrücklich klarstellend BGH NJW-RR 2009, 357). **Mangels Wahrung der Schriftform gelten für die E-Mail und für das hier verwendete sog. Unified Messaging vielmehr ausschließlich die Vorschriften über den elektronischen Rechtsverkehr.**“ (AG Hünfeld aaO)

- V. Die Möglichkeit, den Einspruch „online“ einzulegen, besteht derzeit in Ermangelung einer hierzu ermächtigenden entsprechenden Rechtsverordnung nicht.

„Das **Argument**, die **Verwaltungsbehörde habe auf dem Bußgeldbescheid eine E-Mail-Adresse angegeben und damit einen Zugang für die Übermittlung elektronischer Dokumente eröffnet, verfängt nicht**. Es mag sein, dass die Behörde in diesem Fall elektronisch eingereichte Dokumente berücksichtigen muss. Die **Behörde ist jedoch nicht befugt, über gesetzliche Formvorschriften zu disponieren**. Sie hat also zu prüfen, ob die eingereichten Dokumente die vorgeschriebene Form erfüllen. Dies ist nach den vorstehenden Ausführungen hier nicht der Fall.

Ebensowenig wie die Verwaltungsbehörde sind die Gerichte befugt, über gesetzliche Formvorschriften zu disponieren. Soweit in diesem Zusammenhang für das Bußgeldverfahren argumentiert wird, es seien geringere Anforderungen zu stellen, da der **BGH sogar die telefonische Einlegung des Einspruchs zugelassen** habe, so trifft Letzteres in dieser Form nicht zu: Der BGH (BGHSt 29, 173) hat bei der Einlegung des Einspruchs zur Niederschrift weder auf das Erfordernis einer mündlichen Erklärung des Einspruchsführers noch auf dasjenige des Erstellens einer Niederschrift verzichtet. Er hat lediglich entschieden, dass zur Errichtung dieser Niederschrift die persönliche Anwesenheit des Betroffenen nicht erforderlich ist. Er ist **damit keineswegs i. S. einer Lockerung von den gesetzlichen Formvorschriften abgewichen**, sondern hat lediglich ausgesprochen, dass die fernmündliche Erklärung einer Erklärung unter Anwesenden gleichsteht, wie dies im bürgerlichen Recht (§ 147 I 2 BGB) inzwischen schon seit mehr als 100 Jahren gilt. Auch insoweit ergibt sich kein Anhalt einer Rspr. des Inhalts, dass gesetzliche Formvorschriften gewissermaßen unbeachtlich seien. Vielmehr **bedarf es für die Zulassung neuer Einreichungsformen einer gesetzlichen Regelung.**“ (AG Hünfeld aaO)

VwGO
§ 113 I 4

Fortsetzungsfeststellungsklage
Feststellungsinteresse bei Schulordnungsmaßnahmen

VwGO

(VGH München in NVwZ-RR 2013, 614; Beschluss vom 26.02.2013 – 7 ZB 12.2617)

1. Bei im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits **erledigten Ordnungsmaßnahmen**, Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und vergleichbaren Maßnahmen **gegenüber Schülern** besteht dann ein berechtigtes an der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit, wenn sich die Entscheidung der Schule auf die **weitere schulische oder berufliche Laufbahn des betr. Schülers nachteilig auswirken**
2. Ein berechtigtes Interesse kann auch sonst anzunehmen sein, wenn die Maßnahme den Schüler noch spürbar in seiner **emotionalen Integrität** oder in seinem **sozialen Geltungsanspruch** beeinträchtigt oder wenn die besondere Art des (Grundrechts-) Eingriffs im Hinblick
3. Hat sich der Verwaltungsakt schon **vor Klageerhebung erledigt**, kann der Betr. wegen eines von ihm erstrebten Schadensersatzes **so gleich das zuständige Zivilgericht anrufen**, das auch für die Klärung öffentlich-rechtlicher Vorfragen zuständig ist

A. Grundlagenwissen: Die Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I 4 VwGO

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

I. Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Klagegegenstand muss ein Verwaltungsakt sein. Nach dessen Erledigung sind folgende Konstellationen denkbar.

In § 113 I 4 VwGO ist der Fall geregelt, dass die Erledigung **während einer schon anhängigen Anfechtungsklage** eintritt.

Tritt in der Anfechtungssituation das erledigende Ereignis **vor Klageerhebung** ein, wird § 113 I 4 VwGO **analog** angewendet.

Begehrt der Kläger den **Erllass eines begünstigenden Verwaltungsaktes** und erledigt sich dieses Begehren während des Klageverfahrens, ist eine Fortsetzungsfeststellungsklage **analog § 113 I 4 VwGO** möglich.

Erledigt sich das Begehren auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes vor der Erhebung der Klage, so wird § 113 I 4 VwGO im Wege der **Doppelanalogie** angewendet.

II. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen der ursprünglich einschlägigen Klageart

1. bei Erledigung nach Klageerhebung

Die erhobene Klage (Anfechtungs-/Verpflichtungsklage) muss bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig gewesen sein. Es müssen also die **besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen** dieser Klagen vorgelegen haben.

2. bei Erledigung vor Klageerhebung

Ein Vorverfahren ist entbehrlich, soweit die Erledigung vor Ablauf der Widerspruchsfrist eingetreten ist, da dann der Sinn und Zweck der Selbstkontrolle nicht mehr erreicht werden kann.

Eine solche Feststellungsbefugnis hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes kommt nur dem Gericht zu. Auf die Einhaltung der ursprünglichen

Klagefrist kommt es nicht an. Die Prüfung der Klagebefugnis entfällt ebenfalls. Es ist allein das besondere Feststellungsinteresse zu prüfen.

III. Klagefrist

Eine m.M. geht davon aus, dass für die Fortsetzungsfeststellungsklage eine Klagefrist von 1 Jahr läuft und will dies daraus herleiten, dass bezüglich der Möglichkeit einer solchen Klage eine Rechtsbehelfsbelehrung stets fehlt und daher § 58 II VwGO eingreift. Die h.M. lehnt diesen Ansatz ab. Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist bezüglich der Fortsetzungsfeststellungsklage nicht denkbar. Darüber hinaus verlängert § 58 II VwGO lediglich eine sonst vorgesehene Frist. Eine solche läuft aber für die Fortsetzungsfeststellungsklage grundsätzlich nicht, so dass auch die Verlängerungsvorschrift des § 58 II VwGO keine Relevanz haben kann.

IV. Das besondere Feststellungsinteresse

1. Wiederholungsgefahr

Eine Wiederholungsgefahr ist dann anzunehmen, wenn

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

Hier besteht zur **Verhinderung einer Wiederholung** ein schützenswertes Interesse an der Feststellung, dass der erledigte VA rechtswidrig war

2. Rehabilitationsinteresse

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

3. Vorbereitung einer Schadensersatzklage

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist grundsätzlich auch dann gegeben, wenn der Kläger wegen des rechtswidrigen Verwaltungshandelns einen Schadensersatzprozess vor dem ordentlichen Gericht anstrengen will, weil eine solche Entscheidung gegenüber dem ordentlichen Gericht, vor dem die Amtshaftungsklage zu erheben wäre, bindend wäre und der Verwaltungsgericht dem Kläger als das sachnähere Gericht erscheint.

Es reicht jedoch nicht aus, wenn der Kläger im Verwaltungsprozess lediglich behauptet, er wolle im Anschluss eine Amtshaftungsklage erheben. Vielmehr ist erforderlich, dass der Amtshaftungsprozess entweder schon **anhängig** oder aber **mit Sicherheit zu erwarten** ist. Darüber hinaus darf die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs **nicht von vornherein aussichtslos** erscheinen.

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

4. Grundrechtseingriff

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG gebietet es, die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung in Fällen gewichtiger, allerdings in tatsächli-

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

B. Fortsetzungsfeststellungsklage gegen überholtes Hausverbot gegenüber Schüler (vgl. VGH München in NVwZ-RR 2013, 614)

Fall: Der 1994 geborene Kl. war im Schuljahr 2009/2010, Schüler der Städtischen W.-Realschule in M. (Jahrgangsstufe 8). Mit Schreiben vom 25.06.2010 an die Eltern des Kl. sprach der Schulleiter „mit sofortiger Wirkung ein Hausverbot“ gegen den Kl. aus, das bis zur Klärung der Vorwürfe gelte, „folgende Straftaten begangen zu haben: Erpressung, Diebstahl, Sachbeschädigung“. Hintergrund war eine Anzeige von Schülern der Orientierungsstufe (Jahrgangsstufe 5) und deren Eltern, wonach der Kl. mit weiteren etwa gleichaltrigen Mitschülern am Vortag in der Pause die Taschen der jüngeren Schüler durchwühlt, von diesen Geld gefordert und ihnen Gewalt angedroht habe. Am Tag nach dem Vorfall hatten die betr. Schüler Einsicht in Schülerfotos diverser Klassen genommen und den Kl. als einen der Täter identifiziert.

Am 30.06.2010 teilte der Jugendbeamte der ermittelnden Polizeiinspektion der Schule mit, inzwischen seien sowohl die beschuldigten Schüler als auch die Opfer gehört worden. Daraufhin setzte der Schulleiter die Maßnahme ab dem 02.07.2010 bis auf Weiteres aus. Nachdem die Bekl. gegenüber den Prozessbevollmächtigten des Kl. mit Schreiben vom 08.02.2011 und vom 28.02.2011 geäußert hatte, sie halte das Hausverbot für rechtmäßig, erhob der Kl. Klage beim VG mit dem Antrag, festzustellen, das Hausverbot sei rechtswidrig gewesen und habe ihn in seinen Rechten verletzt. Er habe die Schule eine Woche lang nicht besuchen können. Inzwischen habe er an einer anderen Schule die mittlere Reife erworben. Er habe jedoch durch die Maßnahme schwere psychische Belastungen erleiden müssen und deshalb an der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit aus Gründen der Rehabilitation und zur Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses ein berechtigtes Interesse. Ist die Klage zulässig?

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Es handelt sich um eine Streitigkeit aus einem öffentlich-rechtlichen Schulverhältnis, bei dem es um die Rechtmäßigkeit eines Betretensverbotes für das Schulgebäude geht, so dass streitentscheidende Normen solche des öffentlichen Rechts sind und damit der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

II. Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 114 I 4 VwGO kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn sich ein Verwaltungsakt nach Erhebung einer Anfechtungsklage erledigt hat. Schulordnungsmaßnahmen wie die vorliegende sind gegenüber den Schülern **belastende Verwaltungsakte** nach § 35 S. 1 VwVfG (vgl. Budach in Johlen/Oerder, MAH Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 109). Auch ist im bereits Erledigung eingetreten, da die Maßnahme aufgehoben wurde. Da § 114 I 4 VwGO jedoch eine Fortsetzungsfeststellungsklage nur vorsieht, wenn die **Erledigung** nach Klageerhebung eintritt, diese im vorliegenden Fall aber schon **vor Klageerhebung** eingetreten ist, liegt ein Fall der **analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO** vor.

III. berechtigtes Feststellungsinteresse bei Schulmaßnahmen

Es müsste zudem ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit bereits der erledigten Ordnungsmaßnahme gegenüber dem Kl. bestehen.

1. Begriff des berechtigten Interesses

„Bei im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits erledigten Ordnungsmaßnahmen, Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und vergleichbaren Maßnahmen gegenüber Schülern besteht dann ein berechtigtes Interesse i. S. des (entsprechend anzuwendenden) § 113 I 4 VwGO an der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit, wenn sich die Entscheidung der Schule auf die weitere schulische oder berufliche Laufbahn des betr. Schülers nachteilig auswirken kann, ohne dass ein solcher Nachteil unmittelbar bevorstehen oder sich konkret abzeichnen muss (vgl. BVerwG, NVwZ 2007, 227; OVG Münster, Beschl. v. 11.09.2012 – 19 A 928.10, in: BeckRS 2012, 57998).“

Ein berechtigtes Interesse kann auch sonst anzunehmen sein, wenn die Maßnahme den Schüler noch spürbar in seiner emotionalen Integrität oder in seinem sozialen Geltungsanspruch beeinträchtigt oder

wenn die besondere Art des (Grundrechts-) Eingriffs im Hinblick auf den verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz im Einzelfall eine Anerkennung des Feststellungsinteresses verlangt, weil in der Zeit bis zum Eintritt der Erledigung eine gerichtliche Entscheidung nicht herbeigeführt werden kann und die abträglichen Nachwirkungen des erledigten Verwaltungsakts nur durch eine gerichtliche Sachentscheidung ausgeglichen werden können (VGH München, BayVBl 2009, 343 = BeckRS 2008, 38030; NJOZ 2010, 1592 = K & R 2010, 610).“ (VGH München aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben im vorliegenden ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Schulordnungsmaßnahme vorliegt.

a) Nachteilige Auswirkung auf die weitere schulische Laufbahn

Der Kl. hat nach einem Schulwechsel an eine Mittelschule mit Abschluss des Schuljahres 2011/2012 die mittlere Reife erworben.

„Dass sich das am 25.06.2010 ausgesprochene und am 02. 07. 2010 wieder ausgesetzte „Hausverbot“ auf seine weitere schulische oder berufliche Laufbahn nachteilig ausgewirkt hat oder dass es sich noch nachteilig auswirken kann, ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich. Die Maßnahme ist weder im Jahreszeugnis vom 30.07.2010 oder im Abschlusszeugnis vermerkt noch ist der Kl. zur Offenlegung im Berufsleben, insbesondere bei Bewerbungen, verpflichtet. Es wäre jedoch Sache des Kl. gewesen, darzulegen, inwieweit ihn die Maßnahme in seiner weiteren schulischen oder beruflichen Laufbahn beeinträchtigen kann (vgl. BVerwGE 53, 134 [137 f.]; OVG Münster, Beschl. v. 11.09.2012 – 19 A 928/10, in: BeckRS 2012, 57998).“ (VGH München aaO)

b) Beeinträchtigung der emotionalen Integrität oder des sozialen Geltungsanspruchs

Ein berechtigtes Interesse könnte sich aber daraus ergeben, dass die Maßnahme der Schulöffentlichkeit und der Nachbarschaft und damit einem größeren Personenkreis bekannt gemacht worden ist.

„Wie der Kl. selbst vorträgt, hat die Staatsanwaltschaft das gegen ihn eingeleitete **Ermittlungsverfahren** am 12.01.2011 gem. § 170 II StPO eingestellt. Außerdem hat die Schule schriftlich ihr Bedauern geäußert, sollte der Kl. zu Unrecht verdächtigt worden sein. Unabhängig davon, ob der Maßnahme – wie das VG meint – eine **diskriminierende oder ehrenrührige Wirkung** abgesprochen werden kann, ist der Vorwurf, der Kl. habe Straftaten begangen, **durch die Einstellung** des gegen ihn eingeleiteten Ermittlungsverfahrens wegen räuberischer Erpressung **entkräftet**. Die Staatsanwaltschaft hat zur Begründung ihrer Einstellungsverfügung ausgeführt, die dem Kl. zur Last gelegten Taten seien nicht nachweisbar, weshalb er „in einer etwaigen Hauptverhandlung **aller Voraussicht nach freizusprechen wäre**.“ Inwieweit der Kl. durch eine Sachentscheidung im vorliegenden Verfahren über die im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits ergangene staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügung hinausgehend rehabilitiert werden könnte, ist nicht erkennbar.“ (VGH München aaO)

IV. sonstige Fälle eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses

Es könnte jedoch einer der allgemein anerkannten Fälle für das Vorliegen eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses gegeben sein. Ein solches ist anzunehmen bei **Wiederholungsgefahr**, einem **Rehabilitationsinteresse** oder wenn die Entscheidung zur **Vorbereitung einer Schadensersatzklage** erforderlich ist. Über diese Fallgruppen hinaus besteht ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse dann, wenn ein **bedeutsamer Grundrechtseingriff** erfolgt ist, der ohne die Entscheidung einer gerichtlichen Kontrolle vollständig entzogen würde.

Der Kläger beruft sich hier darauf, dass er einen Amtshaftungsprozess anstrengen möchte und zu diesem Zweck die Feststellung der Rechtswidrigkeit durch das Verwaltungsgericht begehrt.

„Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse des Kl. zur Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses hat das VG auf Grund der vorprozessualen Erledigung zu Recht verneint. Hat sich der Verwaltungsakt schon **vor Klageerhebung erledigt**, kann der Betr. wegen eines von ihm erstrebten Schadensersatzes **sogleich das zuständige Zivilgericht anrufen**, das auch für die Klärung öffentlich-rechtlicher Vorfragen zuständig ist. Deshalb fehlt es in einem solchen Fall an einem schutzwürdigen Interesse für eine verwaltungsgerichtliche Klage (BVerwGE 106, 295 [298] = NVwZ 1998, 1295). Gegen die Richtigkeit dieser Auffassung hat der Kl. im Zulassungsverfahren keine Einwendungen erhoben. Gleiches gilt für die vom VG zutreffend verneinte Wiederholungsgefahr.“ (VGH München aaO)

VwGO
§§ 167, 172

**Vollstreckung aus einstweiliger Anordnung
bei nicht vertretbarer Handlungspflicht**

VwGO

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2013, 541; Beschluss vom 28.02. 2013 – 10 S 81/13)

1. Die Bestimmung des **§ 172 VwGO** ist **nicht für alle Fälle** der Vollstreckung aus einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO als **abschließende Sonderregelung** heranzuziehen. Vielmehr richtet sich die Vollstreckung einer einstweiligen Anordnung, die eine **nicht vertretbare Handlungspflicht** auferlegt, nach § 167 VwGO i.V. mit den Bestimmungen des 8. Buches der Zivilprozessordnung (Fortführung von: VGH Mannheim, Die Justiz 2013, 118 = BeckRS 2012, 57180).
2. Die **Vollziehungsfrist** des § 929 II ZPO gilt gem. § 123 III VwGO auch für die Vollziehung einstweiliger Anordnungen; die Frist beginnt bei einer Verpflichtung zum aktiven Tun bereits **mit Zustellung des Anordnungsbeschlusses an den Vollstreckungsgläubiger**.
3. Die Vollziehungsfrist wird **zwar nicht durch die Amtszustellung** einer nicht verkündeten einstweiligen Anordnung an den Vollstreckungsschuldner gewahrt; eine auf Betreiben des Gläubigers **erfolgte Parteizustellung an den Schuldner** stellt jedoch ein **geeignetes Mittel zur Wahrung der Frist** des § 929 II ZPO jedenfalls in Fällen dar, in denen die einstweilige Anordnung in einem Gebot oder Verbot an den Vollstreckungsschuldner besteht.
4. Der **Erfüllungseinwand** ist auch in einem Vollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO **zu berücksichtigen**; der Vollstreckungsschuldner ist dabei **nicht auf den Vortrag unstreitiger Tatsachen** oder die **Verwendung liquider Beweismittel beschränkt**.

Fall: Der Vollstreckungsgläubiger erwirkte den Erlass einer einstweiligen Anordnung durch den VGH Mannheim (VGH Mannheim, NVwZ 2012, 837 = VBIBW 2012, 469). Hierin wurde der Vollstreckungsschuldnerin aufgegeben, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um die nicht bestimmungsgemäße Nutzung (Missbrauch) des Spielplatzes in der X. durch Jugendliche und Erwachsene zu unterbinden.

Nachdem die Vollstreckungsschuldnerin dieser Verpflichtung nicht nachkommt, beantragt der Vollstreckungsgläubiger nunmehr bei Gericht, ein Zwangsgeld bis zu 25.000 Euro und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Zwangshaft von bis zu 6 Monaten festzusetzen. Zwischenzeitlich erfüllt die Vollstreckungsschuldnerin aber die ihr auferlegte Verpflichtung und erhebt Erfüllungseinwand. Wird dieser Antrag Erfolg haben?

I. Vorliegen eines Titels

„Die vom Senat mit Beschluss vom 06. 03. 2012 im Beschwerdeverfahren erlassene einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO ist ein Vollstreckungstitel (§ 168 I Nr. 2 VwGO) und vorläufig vollstreckbar.“ (VGH Mannheim aaO)

II. Anwendbare Vorschriften

Bei der der Vollstreckungsschuldnerin in der einstweiligen Anordnung auferlegten Verpflichtung handelt es sich um eine unvertretbare Handlung. Fraglich ist, wie eine solche Pflicht aus einem verwaltungsgerichtlichen Titel zu vollstrecken ist. Dies wird in der Rechtsprechung unterschiedlich bewertet. Nach einer Ansicht richtet sich die Vollstreckung in solchen Fällen nach § 172 VwGO, nach anderer Ansicht erfolgt sie nach § 167 VwGO i.V.m. § 888 ZPO

„Zutreffend ist das VG auch davon ausgegangen, dass sich die Vollstreckung einer einstweiligen Anordnung, die – wie hier – eine **nicht vertretbare Handlungspflicht** auferlegt, nach **§ 167 VwGO i. V. mit § 888 ZPO** und nicht nach § 172 VwGO richtet.

Denn **§ 172 VwGO** ist **nicht für alle Fälle** der Vollstreckung aus einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO als **abschließende Sonderregelung** heranzuziehen (so auch: OVG Weimar, ThürVBI 2010, 230 = BeckRS 2010, 50381; VGH Mannheim, VBIBW 2012, 469; a. A. VGH Kassel, Beschl. v. 07. 09. 2004 – 10 TG 1498/04, in: BeckRS 2005, 22989 = ESVGH 55, 122; Pietzner/Möller, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 21. Erglfg. Juni 2011, § 172 Rn. 18 m. w. Nachw.). Die Bestimmung gilt bereits nach ihrem Wortlaut **nur in den Fällen des § 113 I und V VwGO** sowie des § 123 VwGO, also nur hinsichtlich der Vollstreckung von Entscheidungen im Zusammenhang mit Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen i. S. des § 42 I VwGO, die das Ergehen eines Verwaltungsaktes voraussetzen. Die gleichzeitig genannten **Fälle „des § 123“** sind dementsprechend **nur Fälle einstweiliger Anordnungen**, die auf eine **bereits erhobene** oder noch zu erhebende **Verpflichtungsklage** bezogen sind.

Eine **allgemeine Leistungsklage**, mit der die hier in Rede stehenden Verhaltenspflichten im Hauptsacheverfahren zu verfolgen sind, **wird von § 172 VwGO indes nicht erfasst**. Für die Vollstreckung von Urteilen, die auf eine allgemeine Leistungsklage hin ergangen sind, gilt bei der gebotenen engen Auslegung des § 172 VwGO nicht diese Vorschrift, sondern gem. der Verweisung in § 167 I VwGO das Vollstreckungsrecht der ZPO, für den hier in Rede stehenden Fall der Erzwingung einer unvertretbaren Handlung also die Vorschrift des § 888 ZPO. **§ 172 VwGO stellt gerade keine allgemeine Norm für die Erzwingung behördlichen Verhaltens, sondern lediglich eine Sonderregelung für die dort genannten Fälle dar, die ausdrücklich nur die Erzwingung oder Rückgängigmachung der Folgen von Verwaltungsakten zum Gegenstand haben.** Da zudem § 167 I VwGO i. V. mit § 888 ZPO ein gerade für mit der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgende Verhaltenspflichten taugliches Vollstreckungsinstrumentarium zur Verfügung stellt, **fehlt es auch an einer ausfüllungsfähigen und – bedürftigen Lücke**, die durch eine entsprechende Anreicherung des Bedeutungsgehalts des § 172 VwGO zu schließen wäre (vgl. hierzu: VGH Mannheim, Die Justiz 2013, 118 = BeckRS 2012, 57180). Um einen aus systematischen und Rechtsschutzgründen gebotenen **Gleichklang von Vollstreckungen in der Hauptsache und im vorläufigen Rechtsschutzverfahren** zu gewährleisten, sind deshalb auch im Wege der einstweiligen Anordnung aufgebene nicht vertretbare Handlungspflichten nach der zivilprozessualen Vorschrift des § 888 ZPO zu vollstrecken (vgl. hierzu eingehend: OVG Weimar, ThürVBl 2010, 230 = BeckRS 2010, 50381).“ (VGH Mannheim aaO)

Die Vollstreckung der erlassenen einstweiligen Anordnung auf Unterbindung der nicht bestimmungsgemäßen Nutzung des Spielplatzes durch Jugendliche und Erwachsene richtet sich nach § 888 ZPO.

III. Wahrung der Vollziehungsfrist, § 929 II ZPO

Nach § 123 III VwGO i.V.m. § 929 II ZPO ist die Vollziehung einer Entscheidung des einstweiligen Rechtsschutzes, welche den Regeln der ZPO folgt, unstatthaft, wenn seit dem Tag, an dem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch er erging, zugestellt ist, ein Monat verstrichen ist.

1. Beginn der Frist

„Zutreffend hat das VG freilich angenommen, dass die **Vollziehungsfrist** für die Vollstreckung einer einstweiligen Anordnung bei der gerichtlichen Verpflichtung zum aktiven Tun bereits **mit Zustellung des Anordnungsbeschlusses an den Vollstreckungsgläubiger anläuft**. Soweit teilweise vertreten wird, die Monatsfrist werde unter bestimmten Voraussetzungen erst später in Gang gesetzt (vgl. VGH Mannheim, VBIBW 1984, 150) ist dem angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 929 II ZPO nicht zu folgen (vgl. OVG Magdeburg, NVwZ 2009, 855; VGH Kassel, Beschl. v. 07.09.2004 – 10 TG 1498/04, in: BeckRS 2005, 22989; VGH München, NVwZ-RR 2003, 699 = BayVBl 2004, 247).“ (VGH Mannheim aaO)

Die Vollstreckungsfrist ist daher mit der Zustellung des stattgebenden Beschlusses an den Vollstreckungsgläubiger am 08.03.2012 angelaufen.

2. Wahrung der Frist

Allerdings müsste der Vollstreckungsgläubiger dann die dergestalt angelaufene Monatsfrist durch ausreichende Vollzugsmaßnahmen gewahrt worden haben.

a) Amtszustellung an die Vollstreckungsschuldnerin

„Zwar reichte dazu die **von Amts wegen erfolgte Zustellung** Beschlusses des Senats an die Vollstreckungsschuldnerin nicht aus (vgl. hierzu näher: OVG Magdeburg, NVwZ 2009, 855). Die **Amtszustellung ist Wirksamkeitserfordernis** der nicht verkündeten einstweiligen Anordnung und kann deshalb nicht zugleich deren Vollziehung dienen. Der Amtszustellung **fehlt auch das „spezifisch vollstreckungsrechtliche Element“**, dass der Gläubiger tätig wird und von dem Titel Gebrauch macht (vgl. zu diesem Gesichtspunkt: BGHZ 120, 73 = NJW 1993, 1076). **Normzweck** des § 929 II ZPO ist es – auch im Rahmen der entsprechenden Anwendung nach § 123 III VwGO –, den **Vollstreckungsgläubiger anzuhalten**, umgehend dem Schuldner **Klarheit zu verschaffen**, ob er von der Anordnung Gebrauch machen will. Außerdem soll eine Vollziehung verhindert werden, die zu einem späteren Zeitpunkt unter möglicherweise **wesentlich veränderten Umständen** erfolgt (vgl. BVerfG, NJW 1988, 3141). Schließlich muss es im Hinblick auf den durch § 123 III VwGO i. V. mit § 945 ZPO normierten Schadensersatzanspruch dem **Gläubiger überlassen bleiben**, ob die erwirkte **Anordnung vollzogen werden soll** oder nicht. Daher ist auf jeden Fall für den Vollzug bzw. den Beginn des Vollzugs eine Maßnahme des Gläubigers erforderlich, durch die er für den Schuldner erkennbar seinen Willen kund gibt, von dem Titel Gebrauch zu machen. Andernfalls würde der Vollstreckungsgläubiger von Amts wegen dem Schadensersatzrisiko des § 945 ZPO ausgesetzt und seine Verfahrensherrschaft missachtet.“ (VGH Mannheim aaO)

b) Parteizustellung an die Vollstreckungsschuldnerin

Allerdings hat der Vollstreckungsgläubiger der Vollstreckungsschuldnerin die einstweilige Anordnung im Wege der Parteizustellung von Anwalt zu Anwalt am

13.03.2012 auch seinerseits zugestellt. Dies könnte einen ausreichenden Vollzugsakt darstellen.

„Soweit – wie hier – die einstweilige Anordnung in einem **Gebot oder Verbot an den Vollstreckungsschuldner besteht**, ist sie **mit der auf Betreiben des Gläubigers erfolgten Parteizustellung an den Schuldner vollzogen** (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 14.01.1992 – 1 E 1474/91; Pietzner/Möller, § 172 Rn. 38; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl. [1996], § 938 ZPO, Rn. 30). Eine solche Zustellung, gerade wenn sie **keine notwendige Voraussetzung** einer Vollstreckung darstellt, ist ein **geeignetes Mittel zur Wahrung der Frist** des § 929 II ZPO. Der Vollstreckungsgläubiger hat mit diesem Akt hinreichend deutlich und in einem formalen Verfahren **überprüfbar klargestellt**, dass er **von der einstweiligen Anordnung Gebrauch machen** und sich dem Risiko der in § 123 III VwGO i. V. mit § 945 ZPO normierten verschuldensunabhängigen Schadensersatzpflicht aussetzen will. In einer derartigen Konstellation wäre es überflüssig, den Gläubiger zu weitergehenden Vollstreckungsmaßnahmen nach § 888 ZPO zu zwingen, nur um die Frist des § 929 II ZPO zu wahren.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Vollziehungsfrist des § 123 III VwGO i.V.m. § 929 II ZPO ist damit gewahrt.

3. Nichterfüllung des Ge- oder Verbotes der einstweiligen Anordnung

Die Vollstreckungsschuldnerin beruft sich darauf, dass sie nachträglich die ihr auferlegte Verpflichtung erfüllt hat.

a) Berücksichtigungsfähigkeit des Erfüllungseinwandes bei Vollstreckung nach § 167 VwGO i.V.m. § 888 ZPO

Fraglich ist, ob die weitere Vollstreckung davon abhängt, dass die Vollstreckungsschuldnerin die ihr obliegenden Verpflichtungen auch tatsächlich nicht erfüllt hat oder ob sie im Verfahren nach § 167 ZPO i.V.m. § 888 ZPO mit einem solchen Erfüllungseinwand ausgeschlossen ist. Dies ist umstritten.

„Entgegen der Auffassung der Beschwerde ist der **Erfüllungseinwand** auch in einem Vollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO **zu berücksichtigen**, wobei die Vollstreckungsschuldnerin nicht auf den Vortrag unstreitiger Tatsachen oder die Verwendung liquider Beweismittel beschränkt ist. Der Erfüllungseinwand des Schuldners ist nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 161, 67 = NJW 2005, 367) in auf die Vornahme von vertretbaren Handlungen gerichteten Vollstreckungsverfahren nach § 887 ZPO zu berücksichtigen. Der **Senat schließt sich der herrschenden Rechtsprechung** der Oberlandesgerichte an, wonach die vom BGH angestellten Erwägungen zur Berücksichtigungsfähigkeit des **Erfüllungseinwandes** auch auf das Verfahren nach § 888 ZPO **zu übertragen** sind (vgl. hierzu: OLG Hamm, Beschl. v. 07.06.2010 – 7 W 13/10, in: BeckRS 2010, 18006).

Für diese Auffassung sprechen der Wortlaut von §§ 887 und 888 ZPO sowie Gründe der Prozessökonomie. Schon der **Wortlaut** des § 887 ZPO macht deutlich, dass die **Nichterfüllung der geschuldeten Handlung eine tatbestandliche Voraussetzung** für den Erlass des Ermächtigungsbeschlusses im Sinne dieser Vorschrift ist. Die anders lautende Formulierung des § 888 ZPO steht diesem Verständnis nicht entgegen. Im Zusammenhang mit § 887 ZPO gelesen, lässt sich die Vorschrift unschwer dahin verstehen, dass an das Merkmal der Nichterfüllung in § 887 ZPO angeknüpft und nur der unterschiedliche Anwendungsbereich deutlich hervorgehoben wird. Die Erheblichkeit des Erfüllungseinwands in Verfahren nach § 888 ZPO entspricht auch der **Annahme des Gesetzgebers**, der die Kostenvorschrift des § 891 S. 3 ZPO mit der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle vom 17. 12. 1997 (BGBl I, 3039) neu gefasst hat, „um der Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass Vollstreckungsanträge des Gläubigers nur teilweise erfolgreich sind, z. B. wenn der Schuldner nachweist, dass er die vertretbare oder unvertretbare Handlung teilweise erfüllt hat.“ (vgl. die Entwurfsbegründung, in: BT-Dr 13/341 S. 41). Im Übrigen kann die Prüfung des Erfüllungseinwands im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO **prozessökonomisch sinnvoll** sein, da bei diesem Verständnis **Vollstreckungsabwehrklagen** gem. § 767 ZPO bzw. Anträge **auf Vollstreckungsaufschub** nach § 769 ZPO **vermieden** werden. Gerade da hier das VG des ersten Rechtszugs Vollstreckungsorgan ist, führt die Berücksichtigung des Erfüllungseinwandes im Vollstreckungsverfahren zu einer prozessökonomisch sinnvollen endgültigen Klärung des Rechtsstreits.“ (VGH Mannheim aaO)

Auch eine Zwangsvollstreckung nach § 167 VwGO i. V. mit § 888 ZPO setzt daher voraus, dass die Behörde der ihr im Vollstreckungstitel auferlegten Verpflichtung **entweder überhaupt nicht nachgekommen** ist oder sie die titulierte Pflicht nur **unzureichend erfüllt** hat.

b) Vorliegen einer Verpflichtungserfüllung

Dann muss die Vollstreckungsschuldnerin aber tatsächlich auch die ihr obliegende Verpflichtung erfüllt haben.

„Zutreffend ist das VG auch davon ausgegangen, dass die Vollstreckungsschuldnerin der ihr mit dem Beschluss des Senats vom 06.03.2012 (VGH Mannheim, NVwZ 2012, 837) auferlegten Verpflichtungen hinreichend nachgekommen ist. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in erster Linie nach dem **Beschlusstenor**, bei Unklarheiten sind zur Auslegung jedoch auch die Entscheidungsgründe heranzuziehen. Zwar ergibt sich die in Rechtskraft (§ 121 Nr. 1 VwGO) erwachsende Verpflichtung regelmäßig bereits aus der Entscheidungsformel eines zusprechenden Beschlusses. Reicht der Tenor jedoch allein nicht aus, die inhaltliche Reichweite des Beschlusses zu ermitteln, müssen zu seiner Auslegung die Entscheidungselemente (insbesondere Entscheidungsgründe und der dem Beschluss zu Grunde liegende Antrag) herangezogen werden, auch wenn diese für sich gesehen nicht an der Rechtskraft teilnehmen (vgl. BVerwGE 140, 290 = LKV 2012, 34).

Nach dem Beslusstenor ist die Vollstreckungsschuldnerin gehalten, „die **notwendigen Vorkehrungen zu treffen**, um die nicht bestimmungsgemäße Nutzung (Missbrauch) des Spielplatzes in der X. gegenüber dem Anwesen des Ast. durch Jugendliche und Erwachsene zu unterbinden.“ Dieser Tenor ist bei der gebotenen objektiven Auslegung **hinreichend bestimmt**. Auch die Verwendung der Formulierung „notwendigen Vorkehrungen“ führt nicht zur Unbestimmtheit des Beslusstenors. Diese Formulierung erklärt sich damit, dass die Entscheidung darüber, welche Maßnahmen die Vollstreckungsschuldnerin zur Erreichung der geforderten Ziele ergreift, in ihrem alleinigen Ermessen steht. Denn der **öffentlich-rechtliche Abwehranspruch**, den der Vollstreckungsgläubiger im Wege der einstweiligen Anordnung im Erkenntnisverfahren verfolgt hat, gewährt dem Störungsbetroffenen regelmäßig **keinen Anspruch auf bestimmte Maßnahmen**. Folglich können auch im Tenor keine bestimmten Maßnahmen aufgegeben werden. Es reicht daher aus, wenn – wie hier – das mit den Maßnahmen zu verfolgende Ziel hinreichend bestimmt bzw. im Wege der Auslegung bestimmbar ist. Zutreffend hat das VG den im Erkenntnisverfahren erlassenen Beschluss des Senats vom 06.03.2012 (VGH Mannheim, NVwZ 2012, 837) auch dahingehend verstanden, dass die Vollstreckungsschuldnerin die **missbräuchliche Benutzung des Spielplatzes lediglich insoweit zu unterbinden** hat, als hiervon **unzumutbare** Lärmeinwirkungen gerade für den Vollstreckungsgläubiger ausgehen. Dies folgt bereits zwanglos daraus, dass der Senat ausweislich der Beschlussgründe die einstweilige Anordnung gerade dazu erlassen hat, um den Vollstreckungsgläubiger **vor nicht zumutbaren schädlichen Umwelteinwirkungen i. S. von § 22 II. V. mit § 3 I BImSchG zu schützen**; nur in diesem Umfang besteht auch ein öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch gegen Geräuschimmissionen.

Bei Anwendung dieser Grundsätze sind die von dem Vollstreckungsgläubiger geltend gemachten Verstöße nicht geeignet anzunehmen, die Vollstreckungsschuldnerin sei ihrer Verpflichtung aus dem Beschluss des Senats vom 06. 03. 2012 (VGH Mannheim, NVwZ 2012, 837) nicht hinreichend nachgekommen. [wird ausgeführt].“ (VGH Mannheim aaO)

IV. Ergebnis

Die Vollstreckungsvoraussetzungen liegen nicht vor, daher wird der Antrag keinen Erfolg haben.

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**
§§ 286 I, 357 I **Beweisvereitelung**
Untersagung der Teilnahme an Ortstermin

(OLG Koblenz in NJW-RR 2013, 796; Beschluss vom 18.02.2013 – 3 U 775/12)

Unterbleibt eine gerichtlich angeordnete Beweisaufnahme vor Ort, weil der Auftraggeber dem Werkunternehmer die Teilnahme an der Ortsbesichtigung mit dem Sachverständigen untersagt hat, so ist die Versagung des Zutritts zum Hausgrundstück als Beweisvereitelung bzw. als Beweisfähigkeit des Auftraggebers anzusehen.

„Nach § 357 I ZPO ist es den Parteien gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen (sog. **Parteiöffentlichkeit**). Dieses Recht stellt eines der wichtigsten Parteirechte und einen Eckpfeiler des Beweisaufnahmerechts dar. Verweigert eine der Parteien der anderen die Teilnahme an einer Beweisaufnahme, muss diese, wenn der Betreffende auf dem Verbot beharrt, unterbleiben (vgl. Zöller/Greger, § 357 Rn 2). Eine **trotzdem durchgeführte Beweisaufnahme ist unwirksam** (Zöller/Greger, § 357 Rn 6). Der Zutritt kann bei alledem nicht durch das Gericht erzwungen werden (OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2011, 1489 = GesR 2011, 295; Zöller/Greger, ZPO, § 357 Rn 2). In der Rechtsfolge führt die unterlassene Beweisaufnahme zur Beweisfähigkeit der das Verbot aussprechenden Partei (vgl. OLG Köln VersR 1974, 1089; OLG München NJW 1994, 807; Zöller/Greger, § 357 Rn 2).“ (OLG Koblenz aaO)

ZPO **ZPO**
§ 538 II 1 Nr. 1 **Berufungszurückverweisung**
Zulässigkeit

(BGH in MDR 2013, 865 = NZG 2013, 795; Urteil vom 14.05.2013 – II ZR 76/12)

Eine **Zurückverweisung** durch das Berufungsgericht ist **nicht deshalb gerechtfertigt, weil** den Parteien auf Grund eines Verfahrensmangels des erstinstanzlichen Verfahrens **Gelegenheit zu weiterem Vortrag zu geben ist und danach** möglicherweise eine **Beweisaufnahme erforderlich wird**.

„**Voraussetzung der Zurückverweisung** nach § 538 II 1 Nr. 1 ZPO ist, dass **auf Grund des Verfahrensmangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig** ist. Dass den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vortrag zu geben ist und danach möglicherweise eine Beweisaufnahme erforderlich wird, genügt für eine Zurückverweisung nicht.

Die Voraussetzungen einer Zurückverweisung liegen schon deshalb nicht vor, weil das BerGer. nur für den Hilfsantrag eine Beweisaufnahme für wahrscheinlich hielt. Auf eine durch den Hilfsantrag, der sich auf die Darlehensvergabe und damit einen anderen Sachverhalt als der Hauptantrag bezieht, veranlasste Beweisaufnahme kommt es aus Rechtsgründen nicht an. § 538 II 1 Nr. 1 ZPO verlangt, dass gerade auf Grund des Verfahrensmangels eine Beweisaufnahme notwendig wird. Bewertet das BerGer. das Parteivorbringen materiell-rechtlich anders als das Erstgericht, indem es z. B. an die Schlüssigkeit oder die Substanziierung andere Anforderungen als das Erstgericht stellt, liegt ein zur Aufhebung und Zurückverweisung berechtigender wesentlicher Verfahrensmangel auch dann nicht vor, wenn infolge der abweichenden Beurteilung eine Beweisaufnahme erforderlich wird (BGH NZG 2010, 547 = NJW-RR 2010, 1048 = ZIP 2010, 776). Das LG hat den Vortrag zum Schaden im Hauptantrag für schlüssig und sogar für bewiesen gehalten. Das BerGer. erachtet ihn als unschlüssig, jedenfalls als unsubstanziert. Damit weicht es in der rechtlichen Beurteilung vom LG ab. Wenn danach – nach Abweisung des Hauptantrags – über den Hilfsantrag zu entscheiden ist, ist ein anderer Sachverhalt zu beurteilen.

Aber selbst wenn man eine durch den Hilfsantrag erforderlich gewordene Beweisaufnahme für ausreichend erachten würde, wäre die Voraussetzung des § 538 II 1 Nr. 1 ZPO nicht erfüllt. Das BerGer. hat nicht festgestellt, dass insoweit eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig wird, sondern lediglich eine umfangreiche bzw. aufwändige Verfahrensführung einschließlich einer wahrscheinlichen Beweisaufnahme für erforderlich erachtet. Von einer umfangreichen bzw. aufwändigen Verfahrensführung ist es ausgegangen, weil es hinsichtlich des Hilfsvorbringens des Kl. noch erheblichen Vortrags der Parteien zu den ihnen jeweils günstigen Tatsachen bedürfe. Das BerGer. hat danach eine Beweisaufnahme lediglich für wahrscheinlich oder möglich gehalten, wenn der Kl. und die Bekl. weiteren Vortrag gehalten haben. Nach **Wortlaut und Sinn von § 538 II 1 Nr. 1 ZPO**, den Aufwand mehrfacher Bearbeitung klein zu halten und Verzögerungen durch Hin- und Herschieben von Fällen in den Instanzen zu vermeiden, genügt es nicht, dass die Parteien ihren Vortrag noch näher substanziieren müssen.“ (BGH aaO)

ZPO **ZPO**
§ 701 S. 1 **Widerspruch gegen Mahnbescheid**
Hemmungswirkung

(OLG Nürnberg in MDR 2013, 871; Beschluss vom 15.05.2013 – 1 U 846/13)

Der **Ablauf der Frist nach § 701 S. 1 ZPO** wird durch einen gegen den Mahnbescheid eingelegten **Widerspruch gehemmt** und **läuft erst nach dessen Rücknahme weiter**.

- I. Der **Wortlaut des § 701 S. 1 ZPO** trifft für den Fall des eingelegten und zurückgenommenen Widerspruchs **keine Regelung**. Höchstrichterlich ist die Frage, welche Auswirkung dies für den Lauf der 6-Monatsfrist hat - soweit ersichtlich - nicht geklärt. Die **Kommentarlit.** geht aber nahezu einstimmig davon aus, dass die Frist durch den

eingelegeten Widerspruch gehemmt ist und erst nach dessen Rücknahme weiterläuft (Thomas/Putzo-Hüßtege, ZPO, 34. Aufl. 2013, § 701 Rn 3; MüKo-ZPO/Schüler, 4. Aufl. 2012, § 701 Rn 3; Musielak-Voit, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 701 Rn 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl. 2013, § 701 Rn 3).

II. BGH aaO schließt sich der in der Lit. einhellig vertretenen Ansicht an.

„§ 701 ZPO bezweckt nach allgemeiner Meinung Rechtsklarheit und schützt damit den Antragsgegner (MüKo-ZPO/Schüler, 4. Aufl. 2012, § 701 Rn 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl. 2013, § 701 Rn 1; Prütting/Gehrlein-Sommer, ZPO, 2010, § 701 Rn 1). Nachdem ein Vollstreckungsbescheid zunächst längere Zeit nicht beantragt wurde, soll der Schuldner nicht mehr damit rechnen müssen, dass der gegen ihn erhobene Anspruch von der Zustellung des Mahnbescheids an als rechtshängig angesehen wird (Musiellak-Voit, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 701 Rn 1). Mit diesen Zwecken ist es nicht vereinbar, dem Ast. einen Vollstreckungsbescheid deshalb zu versagen, weil er - nach eingelegtem Widerspruch - das streitige Verfahren betrieben hat. Mit der Einlegung des Widerspruchs nimmt der Ag. dem Gläubiger die Möglichkeit, einen Vollstreckungsbescheid zu beantragen. Er selbst verhindert also, dass der Antragsteller diesen Weg beschreitet und ist insoweit nicht schutzwürdig.

Würde man eine Hemmung durch Einlegung des Widerspruchs verneinen, hätte es der Schuldner in der Hand, sobald sechs Monate seit der Zustellung des Mahnbescheids verstrichen sind, die vom Gläubiger im Mahnverfahren erreichte Verfahrensposition durch Rücknahme des Widerspruchs zu entwerten, ohne dass der Gläubiger dies verhindern könnte.

*Soweit der Bekl. meint, dass diese - wohl auch aus seiner Sicht kaum hinnehmbare - Rechtsfolge dadurch abgemildert werden könnte, dass es dem Gläubiger gestattet wird - in Anlehnung an die zu § 167 ZPO entwickelte Rspr. - „demnächst“, also nach Ansicht des Bekl. binnen vier Wochen nach Rücknahme des Widerspruchs, einen Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheides zu stellen, steht einer solchen engen zeitlichen Begrenzung die in § 701 S. 1 ZPO zum Ausdruck gekommene **Wertung des Gesetzgebers** entgegen. Der Norm lässt sich entnehmen, dass der Gläubiger sechs Monate lang zuwarten darf, ob der Mahnbescheid als solcher den Schuldner zur Erfüllung der Forderung veranlasst oder ob er das Verfahren mit dem Ziel, einen Vollstreckungstitel zu erwirken, weiter betreibt. Das muss auch dann gelten, wenn der Mahnbescheid erst durch Rücknahme des Widerspruchs für den Gläubiger wieder Bedeutung erlangt.“ (OLG Nürnberg aaO)*

ZPO
§§ 922 II, 929

Zustellung einer einstweiligen Verfügung

ZPO

Wirksame Zustellung trotz fehlender Anlagen

(OLG Jena in NJW-RR 2013, 831; Beschluss vom 04.03.2013 – 2 W 502/12)

Für die **wirksame Zustellung einer einstweiligen Verfügung** ist es **ausnahmsweise nicht erforderlich**, auch die im Tenor erwähnten **Anlagen mit zuzustellen**, wenn diese der **gerichtlichen Ausfertigung nicht beigelegt** waren und die **Anlagen keine Auswirkungen auf die Verständlichkeit des Tenors haben**.

*„Zwar führt eine Zustellung ohne die in einer einstweiligen Verfügung in Bezug genommenen Anlagen grds. zur Unwirksamkeit der Zustellung (Ahrens/Berneke, Kap. 57 Rn 34; OLG Düsseldorf GRUR 1987, 78). Soweit die Inbezugnahme im Tenor der einstweiligen Verfügung geschieht, stellt diese das **Kernstück der Entscheidung** dar (vgl. hierzu auch OLG Köln NJOZ 2004, 2621). Doch sind hiervon in den engen Grenzen der **Abwägung von Sinn und Zweck der Reglung des § 929 II ZPO, sowie des Interesse an einem sicheren und formalisierten Zustellungsverfahren**, begründete Ausnahmen zulässig.*

*Eine solche **Ausnahme** vom Grundsatz, dass die wirksame Zustellung die im Tenor in Bezug genommenen Anlagen enthalten muss, ist dann anzunehmen, wenn die **einstweilige Verfügung aus sich heraus verständlich** ist und der Verfügungskl. alles ihm zumutbare unternommen hat, die einstweilige Verfügung innerhalb der Zustellungsfrist wirksam zuzustellen (vgl. OLG Düsseldorf GRUR 1987, 78). In diesem Fall hat der Verfügungskl. an seinem Vollzugswillen nämlich keinen Zweifel gelassen. Auch ist der Verfügungsbekl. nicht schutzwürdig, da ihm der Umfang der Pflichten aus der Verfügung zweifelsfrei bekannt ist.“ (OLG Jena aaO)*

StPO
§ 200 I 1

Anklageschrift

StPO

Schätzung der Schadenshöhe bei Steuerhinterziehung

(BGH in NStZ 2013, 409; Beschluss vom 08.08.2012 – 1 StR 296/12)

Wird einem Angekl. **Steuerhinterziehung** vorgeworfen, sind im **Anklagesatz das relevante Verhalten und der Tat-erfolg** i.S.v. § 370 AO anzuführen, eine **Darstellung der Berechnung der Steuerverkürzung** ist hingegen **nicht erforderlich**.

*„**Ausführungen zur Schadensberechnung können keinen Beitrag zur Individualisierung der Tat** leisten, im Anklagesatz aber mitunter dem **Ziel zuwiderlaufen, den Tatvorwurf klar, übersichtlich und verständlich darzustellen** (vgl. Nr. 110 I RiStBV). Die **für Urteile geltenden Darstellungsmaßstäbe können angesichts der unterschiedlichen Anforderungen nicht auf Anklageschriften übertragen werden** (vgl. auch Hunsmann StRR 2011, 388). Eine Anklageschrift erfüllt daher auch dann die für ihre Wirksamkeit erforderliche Individualisierungs- und Umgrenzungsfunktion (vgl. § 200 I 1 StPO), wenn die dem Angekl. zur Last liegende Höhe der Steuerverkürzung – hier Lohnsteuerhinterziehung bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen – auf einer Schätzung (zu deren Zulässigkeit vgl. BGH wistra 2011, 28) beruht, indes eine genauere Berechnung der Verkürzung möglich gewesen wäre. Für den Straftatbestand des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) gilt insoweit nichts Abweichendes.*

*Zwar ist es mit Blick auf die **Informationsfunktion der Anklageschrift** regelmäßig angezeigt, im **wesentlichen Ermittlungsergebnis** (§ 200 II 1 StPO; Nr. 112 RiStBV) die für eine nachvollziehbare Darstellung der Berechnung der Abgabenverkürzung erforderlichen Tatsachenfeststellungen sowie (Steuer)Berechnungen oder Schätzungen anzuführen. Auch erscheint es zweckmäßig, die Ausführungen bereits an den für das Gericht geltenden Maßstäben auszurichten (vgl. dazu BGH NStZ 2010, 635). Fehlen derartige Angaben oder erweisen sie sich als ungenügend, kann dies für sich allein indes die Wirksamkeit der Anklage nicht in Frage stellen, da **Mängel der Informationsfunktion ihre Wirksamkeit nicht berühren** (vgl. u.a. BGH wistra 2012, 195; BGHSt 56, 183 sowie BGH*

wistra 2008, 109 – jew. m. w. Nachw.); insoweit können Fehler auch noch in der Hauptverhandlung durch Hinweise entsprechend § 265 StPO geheilt werden (vgl. BGH NJW 2010, 308 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

StPO
§ 257c IV 4

Verständigung

StPO

Entfallen der Bindungswirkung

(BGH in StV 2013, 484 = NSTZ 2013, 417; Beschluss vom 21.02.2013 – 1 StR 633/12)

Die **Bindungswirkung einer getroffenen Verständigung** nach § 257c StPO **entfällt, wenn das Prozessverhalten des Angekl. nicht der dem vereinbarten Verständigungsstrafrahmen zu Grunde gelegten Prognose entspricht** und das Tatgericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass dieser **in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- und schuldangemessen** ist.

„Die Angabe eines Strafrahmens durch das Gericht führt nicht dazu, dass nur die Strafuntergrenze als Strafe festgesetzt werden darf. Der Angekl. kann nur darauf vertrauen, dass die Strafe innerhalb des angegebenen Strafrahmens liegt. Er muss daher auch damit rechnen, dass die Strafe die Strafrahmenobergrenze erreicht (BGH BGHR StPO § 257c III 2 Strafrahmen 1). Das LG hat sich auch **nicht** in einer Weise **unklar oder irreführend verhalten**, welche den Angekl. über Bedeutung und Folgen seines eigenen Prozessverhaltens im Unklaren ließ oder ihn zu letztlich nachteiligem Verhalten veranlasste. Die Kammer hat vielmehr den Angekl. bereits an dem auf die Einlassung folgenden 2. Hauptverhandlungstag darauf hingewiesen, dass das abgegebene Geständnis die Anforderungen der getroffenen Verständigung nicht erfülle, und dem Angekl. damit die Möglichkeit gegeben, sein Verteidigungsverhalten anzupassen.“ (BGH aaO)

StPO
§ 358 II 1

Revision

StPO

Anwendungsbereich des Schlechterstellungsverbots

(BGH in NSTZ 2013, 424; Beschluss vom 26.09.2012 – 4 StR 348/12)

Wird auf die **Revision des Angekl.** hin die **Anordnung einer Unterbringung nach § 63 StGB aufgehoben**, ist der neue **Tatrichter nicht durch das Schlechterstellungsverbot** des § 358 II 1 StPO daran **gehindert**, an Stelle einer Unterbringung nunmehr eine **Strafe zu verhängen** (§ 358 II 2 StPO).

„Dadurch soll **vermieden** werden, **dass** die erfolgreiche Revision eines Angekl. gegen die **alleinige Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus** dazu führt, dass eine **Tat**, die wegen angenommener Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB nicht zu einer Bestrafung geführt hat, **ohne strafrechtliche Sanktion bleibt**, wenn sich in der neuen Hauptverhandlung herausstellt, dass der Angekl. bei Begehung der Tat schuldig war (BT-Dr 16/1344, S. 17). Dieses **gesetzgeberische Ziel** kann nur erreicht werden, wenn das Revisionsgericht in diesen Fällen nicht nur die auf rechtsfehlerhaften Feststellungen zur Schuldfähigkeit beruhende Maßregelanordnung, sondern auch den hierauf gestützten Freispruch aufhebt (vgl. BGH NSTZ-RR 2012, 306).“ (BGH aaO)

GVG
§§ 198 ff

Untätigkeitsbeschwerde

GVG

Unzulässigkeit in Strafvollstreckungssachen

(OLG Frankfurt a. M. in NSTZ-RR 2013, 264; Beschluss vom 10.04.2013 – 3 C 91/12)

Für eine **Untätigkeitsbeschwerde** ist nach Inkrafttreten der §§ 198 ff. GVG auch in **Strafvollstreckungssachen kein Raum mehr**.

„Mit **Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren** (§§ 198 bis 201 GVG) ist für dieses von der Rspr. entwickelte Institut kein Raum mehr (vgl. BGH NJW 2013, 305; OLG Düsseldorf NJW 2012, 1455; OLG Brandenburg MDR 2012, 305; OLG Jena FamRZ 2012, 728).

Durch die **gesetzliche Neufassung** sollten die Anforderungen des Art. 13 EMRK erfüllt werden, der verlangt, dass einem Betr. ein Rechtsbehelf bei einer innerstaatlichen Instanz zusteht, mit dem er rügen kann, die aus Art. 6 I EMRK folgende Verpflichtung, über eine Streitigkeit innerhalb angemessener Frist zu entscheiden, sei verletzt (vgl. BT-Dr. 17/3802, S. 15; EGMR NJW 2001, 2694). §§ 198 ff. GVG sehen in Umsetzung dieser Anforderungen vor, dass **ausschließlich die Nachteile einer unangemessenen Dauer eines Gerichtsverfahrens** angemessen entschädigt werden, wobei Voraussetzung für die Entschädigung die Erhebung einer Verzögerungsrüge während des Gerichtsverfahrens (§ 198 III GVG) und der Entschädigungsanspruch grds. außerhalb des Ausgangsverfahrens durch gesonderte Klage geltend zu machen ist (§ 201 GVG); weiterhin werden die von der Rspr. bisher bereits entwickelten **Kompensationsmodelle**, namentlich die vom Gr. Senat des BGH (BGHSt 52, 124 = NJW 2008, 860 = NSTZ 2008, 234) entwickelte Vollstreckungslösung zum Ausgleich rechtsstaats- und konventionswidriger Verzögerungen im Erkenntnisverfahren, in die Neuregelung integriert (§ 199 III GVG; vgl. BT-Dr. 17/3802, S. 24 f.).

Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit dieser Regelung bewusst für die Kompensationslösung entschieden (BGH NJW 2013, 305; BT-Dr. 17/3802, S. 15). Der Gedanke der Prävention wurde hingegen nur insoweit aufgegriffen, als der Entschädigungsanspruch eine Verzögerungsrüge beim Ausgangsgericht (§ 198 III GVG) voraussetzt (BGH NJW 2013, 305; BT-Dr. 17/3802, S. 16). Einen **präventiven Rechtsbehelf**, der – wie die Untätigkeitsbeschwerde – in das laufende Gerichtsverfahren eingreift und auf die Beendigung der (rechtsstaats- und/oder konventionswidrigen) Verzögerung hinwirkt, **hat das Gesetz hingegen nicht etabliert**. Im Gegenteil ist im Gesetzentwurf ausgeführt: „Da die Gerichte auf entsprechende Rügen mit Abhilfe reagieren können und in begründeten Fällen auch regelmäßig abhelfen werden, hat die Regelung eine konkret-präventive Beschleunigungswirkung. Eine **Beschwerdemöglichkeit für den Fall der Nichtabhilfe ist nicht vorgesehen**, um die **Belastungen für die Praxis begrenzt zu halten**“ (BT-Dr. 17/3802, S. 16). Hieraus ergibt sich eindeutig, dass der Gesetzgeber gegen die Untätigkeit des Gerichts keine Rechtsmittelmöglichkeit zu einer höheren Instanz vorsehen wollte (BGH NJW 2013, 305). Auf Grund dieser **bewussten Entscheidung des Gesetzge-**

bers fehlt es für das qua Richterrecht entwickelte Rechtsinstitut der Untätigkeitsbeschwerde nunmehr bereits an dem Erfordernis einer planwidrigen Gesetzeslücke (BGH NJW 2013, 305; Althammer/Schäuble NJW 2012, 1).“ (OLG Frankfurt a. M. aaO)

VwGO
§§ 80 V, 146 IV

Verwaltungsgerichtliches Eilverfahren
Unzulässigkeit der Fortführung als Klageverfahren

VwGO

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2013, 576; Beschluss vom 05.11.2012 – 10 B 2015/12)

Die **VwGO** sieht die **Fortführung eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens als Hauptsacheverfahren nicht vor.**

„Die VwGO sieht in § 80 V VwGO ein **eigenständiges verwaltungsgerichtliches Eilverfahren** zur Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs vor. Dieses eigenständige Verfahren ist **weder ein Unterfall des Klageverfahrens noch ein Teil hiervon, sondern ein selbstständiges Rechtsschutzverfahren.**

Der Antrag ist nach § 80 V 2 VwGO zwar schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig, ersetzt diese jedoch nicht. Vielmehr ist eine etwaige **Hauptsacheklage** ggf. **durch eigenständige Prozessklärung nach § 81 I 1 VwGO einzuleiten.** Das Verfahren auf Erlangung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO erlaubt lediglich eine vorläufige Regelung, während eine Anfechtungsklage im Hauptsacheverfahren grds. zur Aufhebung des Verwaltungsaktes führen kann und daher in ihren **Rechtswirkungen viel weitgehender ist als eine nur vorläufige Entscheidung** im Rahmen des Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO. Auch sind die **Zulässigkeitsvoraussetzungen** für einen Antrag auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung andere als für die Erhebung einer Anfechtungsklage; insbes. muss für Ersteren das außergerichtliche Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO noch nicht abgeschlossen sein. Für Letzteren sind nach Ergehen des anzufechtenden Bescheides bzw. des Widerspruchsbescheides zudem **Rechtsmittelfristen** einzuhalten, deren Einhaltung nicht durch die Einleitung eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens ersetzt werden kann.

Nach alledem kommt die Fortführung des vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens als Hauptsacheverfahren in Form der sog. Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 I 4 VwGO) nicht in Betracht.“ (VGH Kassel aaO)

VwGO
§§ 113, 124 II Nr. 1

Verzugsfolgenbeseitigungsanspruch

VwGO

Nichtiger Bescheid

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

Ein **Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch** besteht nicht, wenn der vollzogene Bescheid nicht nichtig ist und **Bestandskraft erlangt hat.**

„Ein Anspruch auf Folgenbeseitigung setzt 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)

VwGO
§§ 123, 130 II Nr. 2

Rechtsschutzbedürfnis

VwGO

Antrag auf Zuweisung eines Studienplatzes

(OVG Münster in NWVBI 2013, 340; Beschluss vom 20.03.2013 – 13 C 91/12)

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 Pro-**

zessdauer 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 beruhten 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 materiellrechtliches 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

Vertreter des öffentlichen Interesses

VwGO

§ 152a I 1 Nr. 1, II 6

Rügeberechtigung

(VGH München in NVwZ-RR 2013, 438; Beschluss vom 14.01.2013 – 10 ZB 12.2102)

Der **Vertreter des öffentlichen Interesses** kann auch **Rechtsmittel gegen ihn nicht beschwerende Gerichtsentscheidungen einlegen**. Diese **prozessuale Privilegierung** des Vertreters des öffentlichen Interesses bei der Einlegung von Rechtsmitteln **kommt bei der Anhörungsrüge hingegen nicht in Betracht**.

„[Dem] steht der **klare Wortlaut des § 152 a I 1 Nr. 2 VwGO** entgegen. Zudem handelt es sich bei der **Anhörungsrüge** um **kein Rechtsmittel**, sondern um einen **außerordentlichen Rechtsbehelf** (Kopp, VwGO, 18. Aufl. 2012, § 152 a n 4). Für die fehlende Berechtigung des Vertreters des öffentlichen Interesses zur Geltendmachung eines behaupteten Gehörsverstoßes eines anderen Verfahrensbet. spricht zudem, dass der Gesetzgeber bei dem anderen, in der VwGO geregelten außerordentlichen Rechtsbehelf der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 153 VwGO ausdrücklich geregelt hat, dass dem Vertreter des öffentlichen Interesses die Befugnis zur Erhebung der Nichtigkeitsklage zusteht (§ 153 II VwGO). Wäre der Vertreter des öffentlichen Interesses allein auf Grund seiner Stellung als Verfahrensbet. im rechtskräftig beendeten Verfahren unabhängig vom Vorliegen einer eigenen Beschwer befugt, eine Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu erheben, so hätte es der ausdrücklichen Regelung in § 153 II VwGO, der den Kreis der Klagebefugten erweitert (vgl. Eyermann/Rennert, VwGO, § 53 Rn 14), nicht bedurft (vgl. zum Ganzen Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 152 a Rn 25).“ (VGH München aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Schweer/Todorow:** Freistellungsansprüche bei streitiger Hauptforderung Freistellungsansprüche bei streitiger Hauptforderung (NJW 2013, 2072)

Problemstellung: Freistellungsansprüche sind wirtschaftlich von großer Bedeutung, vor allem in gestaffelten Liefer- und Auftragsbeziehungen und unter Gesamtschuldnern; einfach ist die Rechtslage, wenn die Hauptforderung – also die von einem Dritten gegen den Freistellungsgläubiger erhobene Forderung, von der ihn der Freistellungsschuldner freistellen soll – zwischen den Beteiligten unstrittig ist; typischerweise ist die Hauptforderung jedoch in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umstritten, was ungeklärte Rechtsfragen aufwirft. - **Vertragliche Freistellungsvereinbarungen begründen die Pflicht, auch unbegründete Ansprüche abzuwehren;** deshalb kann der Freistellungsgläubiger bereits einen vollstreckbaren Freistellungstitel erhalten, auch wenn er sich gegen die eigene Inanspruchnahme wehrt und die Berechtigung der Hauptforderung noch ungeklärt ist. - Der **vertragliche Freistellungsschuldner** kann regelmäßig nur dann die Hauptforderung abstreiten, ohne seine vertragliche Freistellungspflicht zu verletzen, wenn er **dem Freistellungsgläubiger die prozessuale Verteidigung gegen den Hauptgläubiger abnimmt**, eine vollstreckbare Urkunde für den Fall der Verurteilung des Freistellungsgläubigers errichtet und Sicherheit leistet. - Dagegen setzen **Schadensersatzansprüche**, die auf Freistellung von einer Verbindlichkeit gerichtet sind, und ebenso – entgegen einer Entscheidung des BGH – Freistellungsansprüche unter Gesamtschuldnern voraus, dass die Forderung, von der befreit werden soll, tatsächlich besteht.

2. **Leichsenring:** Die Rücknahme der Prozessaufrechnung (NJW 2013, 2155)

Die **Möglichkeit der Rücknahme der Prozessaufrechnung** wirft eine Fülle von Fragen auf, deren Beantwortung dogmatisch nicht durchweg leicht fällt und die auch noch nicht sämtlich gerichtlich geklärt sind. - So muss insbes. als dogmatisch noch ungeklärt gelten, ob (und warum) die Rücknahme im Prozess auch zum **Wegfall der Verfügungswirkung des § 389 BGB** führt; sie ist jedoch, wie das Anerkenntnis, eine Handlungsoption „für den Notfall“, die der aufrechnende Beklagtenvertreter kennen muss, da sie ihm helfen kann, die **Kostenfolgen seiner Prozesstaktik zu begrenzen**. - Auch sonst aber sollte jeder Prozessanwalt schon bei der Gestaltung seines Mandatsvertrags sowie der Beratung seiner Partei – ob Kläger oder Beklagter – im Auge haben, dass der Prozessverlauf sich mit dieser prozessualen Gestaltungsmöglichkeit noch in einem sehr späten Stadium erheblich ändern lässt.

3. **Derleder:** Duldungspflicht des Mieters bei Modernisierungsmaßnahmen mit energetischem Anspruch (NZM 2013, 441)
4. **Bergmann:** Rechtsprechungsübersicht zum Reiserecht 2012 bis 2013 (VuR 2013, 283)
5. **Lissner:** Die Versagung der Restschuldbefreiung – Überblick über Verfahren und Neuregelungen (MDR 2013, 822)
6. **Frind:** Neue Möglichkeiten zur schnelleren Erlangung der Restschuldbefreiung (BB 2013, 1674)

Das Instrument der „**vorzeitigen Erteilung**“ der Restschuldbefreiung (§ 300 InsO) ist **seit dem 01.07.2013** in Kraft, **gilt aber nur für Insolvenzanträge, die ab diesem Datum bei Gericht eingehen**; das Verkürzungsverfahren ist erst auf einen zulässigen Schuldnerantrag hin vom Gericht einzuleiten; der zulässige Antrag kann in **drei Verfahrensvarianten** gestellt werden, ist jedoch mit komplizierten Vorbehalten versehen – **Problembereiche** bilden dabei insbes. **die korrekte Glaubhaftmachung, die Notwendigkeit einer Herkunftsversicherung der externen Mittel** und die **korrekte Beurteilung des Insolvenzbeschlags und der Abtretungserklärung**; der Insolvenzverwalter kann hierbei nicht helfen, denn ihm fallen neue neutrale Überprüfungs- und Berichtspflichten gegenüber dem Insolvenzgericht bei etwaige Schuldneranträgen auf vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung zu; vor allem aber wird die hohe Hürde einer 35%igen Befriedigungsquote bei dem Versuch, bereits nach drei Jahren eine vorzeitige Restschuldbefreiung zu erhalten, i.d.R. nur für Selbständige eine wirklich realistische Option sein.

7. **Bernau:** Die Rspr. des BGH zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (NJW 2013, 2001)

II. Strafrecht

1. **Reichling:** Selbstanzeige und Verbandsgeldbuße im Steuerstrafrecht (NJW 2013, 2233)

Problemstellung: Steuerstraftaten und -ordnungswidrigkeiten von Leitungspersonen eines Unternehmens können nicht nur zu einer Bestrafung bzw. Ahndung des Täters, sondern nach **§ 30 OWiG** grds. auch zur **Verhängung einer Verbandsgeldbuße gegen das betroffene Unternehmen** führen; von dieser Möglichkeit machen Strafverfolgungsbehörden und -gerichte zur **Bekämpfung der sog. Unternehmenskriminalität** zunehmend Gebrauch; sofern allerdings eine wirksame Selbstanzeige aller Leitungspersonen, deren Tatbeteiligung in Rede

steht, vorliegt, scheidet die Verhängung einer Verbandsgeldbuße im Ergebnis aus. - Die Vorschrift des § 30 OWiG findet zunehmend auch im Steuerstrafrecht Anwendung: Zum einen wurden in den vergangenen Jahren mehrfach Verbandsgeldbußen gegen Kreditinstitute verhängt, weil ihre Mitarbeiter Beihilfe zu Steuerhinterziehungen ihrer Kunden geleistet haben; diese Bußgelder knüpfen also an ein strafbares Verhalten von Leitungspersonen der Bank im Zusammenhang mit Steuerstraftaten unternehmensexterner Personen an; zum ist zu beobachten, dass zunehmend auch die Verletzung unternehmenseigener steuerlicher Pflichten durch deren Verantwortliche, die den Straftatbestand der Steuerhinterziehung gem. § 370 I AO oder den Ordnungswidrigkeitentatbestand der leichtfertigen Steuerverkürzung gem. § 378 I AO erfüllen, zu der Verhängung von Verbandsgeldbußen führen. - Der **richtige Einsatz der Selbstanzeige im Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht** kann die Verhängung einer Verbandsgeldbuße gegen das Unternehmen, dessen steuerlichen Pflichten verletzt wurden, ausschließen; dies setzt zum einen eine wirksame Selbstanzeige voraus, die insbes. rechtzeitig zu erstatten ist; zum anderen ist es zwingend erforderlich, dass sämtliche Leitungspersonen i. S. des § 30 I OWiG, deren Straftat oder Ordnungswidrigkeit das Unternehmen sich zurechnen lassen muss, in die Selbstanzeige einbezogen werden; in diesem Fall kann die **Selbstanzeige als „Schutzschirm“ sowohl für die Unternehmensangehörigen als auch für das Unternehmen selbst** wirken.

2. **Birkhoff/Hawickhorst:** Beschränkung der Verteidigung ohne Anlass – Ist § 148 II StPO nur ein Missverständnis? (StV 2013, 540)

Entgegen der derzeit grds. üblichen Anordnung der Beschränkungen des § 148 II StPO bedarf es in jedem Einzelfall einer Prüfung, ob bestimmte Tatsachen vorliegen, die eine fortdauernde Betätigung des Mandanten für die terroristische Vereinigung belegen; dabei darf vom Strafverteidiger nicht verlangt werden, die Nichtbetätigung seines Mandanten für die terroristische Vereinigung – also eine Negativtatsache - zu beweisen; auch würde es dem **ne-mo-tenetur-Grundsatz** fundamental widersprechen, den Verzicht auf beschränkende Maßnahmen von der Frage abhängig zu machen, ob und inwieweit der Angekl. sich im Verfahren einlässt; abzulehnen ist auch der hierdurch indirekt erzeugte Belohnungscharakter für die Belastung Dritter und die hiermit einhergehende Unterscheidung in „gute“ und „schlechte“ Angekl. – In den Fällen, in denen bestimmte Tatsachen für eine fortdauernde Betätigung des Angekl. für eine terroristische Vereinigung sprechen, ist das Gericht zur Prüfung verpflichtet, inwieweit Tatsachen vorliegen, die die Instrumentalisierung des Strafverteidigers für verteidigungsfremde Zwecke begründen; nur wenn derartige in der Person des Verteidigers liegende Gründe feststellbar sind, ist der **Erllass einer Anordnung gem. § 148 II StPO** im Ergebnis gerechtfertigt; in allen anderen Fällen darf eine solche jedoch gar nicht erst erfolgen.

3. **Fromm:** Verteidigerbeordnung im verkehrsrechtlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren (NJW 2013, 2006)

Auch im **Bußgeldrecht** ist die **Mitwirkung eines Verteidigers in bestimmten Fällen notwendig**; auf das OWiG sind **sinngemäß die Vorschrift von § 140 StPO anwendbar**; auch bei Vorhandensein eines bisherigen Wahlverteidigers ist die Pflichtverteidigung generell möglich, hier beantragt der Verteidiger dann seine Beordnung als Pflichtverteidiger und legt zeitgleich das Wahlverteidigermandat für den Fall seiner Beordnung nieder. - Die Beantragung der Pflichtverteidigung liegt in verkehrsrechtlichen Ordnungswidrigkeitenverfahren nahe bei der **Schwere der Tat**, d. h. wenn die Rechtsfolgen für den Betroffenen gravierend sind; von der Notwendigkeit der Verteidigung ist z. B. auszugehen bei **exorbitant hohen Geldbußen**, einem zusätzlich zur Geldbuße verhängten **existenzbedrohenden Fahrverbot** oder einer wegen der Punkteanzahl im Verkehrszentralregister zu befürchtenden Entziehung der Fahrerlaubnis; unter dem Gesichtspunkt der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage bedarf es der Mitwirkung eines Pflichtverteidigers bei einer **umstrittenen Rechtslage** oder einer von einem juristischen Laien nicht zu bewerkstellenden juristischen Tätigkeit wie der **Begründung einer Rechtsbeschwerde**. - Ab dem Zeitpunkt der Bestellung erhält der Rechtsanwalt die Vergütung aus der Staatskasse für das Verfahren, für welches er bestellt wurde; die Pflichtverteidigung wirkt dabei für die Zukunft, also bis zur Rechtskraft des Urteils, die Rückwirkung, den Umfang der Bestellung in zweiter Instanz und die Erstreckung regelt § 48 V RVG. - Lehnt der Bußgeldrichter den Antrag auf Beordnung ab, steht dem Verteidiger neben der Beschwerde noch die Verfahrensrüge im Rahmen der Rechtsbeschwerde als Anfechtungsmöglichkeit zur Verfügung.

4. **Michalke:** Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers – Aktuelle Fragestellungen (NJW 2013, 2334)

Das Akteneinsichtsrecht steht dem Verteidiger zu, wobei der Begriff des Verteidigers weit auszulegen ist. - Im Ermittlungsverfahren kann dem Verteidiger die Einsicht in die Akten versagt werden, wenn sie den Untersuchungszweck gefährden kann; **nachteilige Entscheidungen** dürfen jedenfalls **in der Beschwerdeinstanz nur auf der Grundlage solcher Tatsachen und Beweismittel getroffen werden, die durch Akteneinsicht bekannt gegeben sind**. - Der Verteidiger hat einen Anspruch darauf, dass über seinen Antrag auf Gewährung von Akteneinsicht durch Überlassung oder Übersendung der Akten willkürfrei entschieden wird. - Der Verteidiger ist berechtigt und i. d. R. verpflichtet, seinem Mandanten zu Verteidigungszwecken mitzuteilen, was er aus den Akten erfahren hat.

5. **Müller/Schmidt:** Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2012 (NSStZ 2013, 328)

III. Öffentliches Recht

1. **Leisner-Egensperger:** Die Folgerichtigkeit – Systemsuche als Problem für Verfassungsbegriff und Demokratiegebot (DÖV 2013, 533)

Problemstellung: Darf sich der einfache Gesetzgeber durch Grundentscheidungen (etwa zum objektiven Nettoprinzip) selbst in seinen späteren Entscheidungen binden – oder müssen sich solche „Grundlinien der Gesetzgebung“ unmittelbar aus der Verfassung ergeben? – Dabei geht es um Fragen der **Konkretisierung der Gleichheit** (Art. 3 I GG), aber auch um Rechtsstaatlichkeit. – In der Entwicklung der Folgerichtigkeit kommen – verständliche – Systematisierungsbemühungen, vor allem im Steuerrecht (objektives Nettoprinzip), zum Ausdruck, im Namen sachbezogener Gleichheit (Widerspruchsfreiheit) und Gleichheit in der Zeit; darin gewinnt der Begriff aber allgemeinere Bedeutung, weit über das Abgabenrecht hinaus. – Das BVerfG verpflichtet den einfachen Gesetzgeber auf Beachtung von „Grundentscheidungen“, „Grundlinien“, die er früher ebenfalls in einfachen Gesetzesnormen festgelegt hat; damit sind aber nicht etwa Grundsatzentscheidungen gemeint, im Sinn normativer höherrangiger Verfassungsnormen, sondern „Entscheidungen dem Grunde nach“, frühere Ausgangsentscheidungen, welche sodann (rechtstechnisch) umzusetzen sind; hierbei hat der einfache Gesetzgeber, solange er die Ausgangsentscheidung aufrechterhält, einen Gestaltungsspielraum, in dem er auch besonders zu begründende Ausnahmen vorsehen darf. – **Folgerichtigkeit beinhaltet** also einerseits **Widerspruchsfreiheit**, andererseits ein **Gleichheitsgebot**, Ausnahmen nur verhältnismäßig zum Gewicht der Ausgangsentscheidung zu normieren; beides bedeutet nicht neue Begrifflichkeit, materielles Verfassungsrecht, sondern Verdeutlichung der Betonung von Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit. – Keinesfalls darf Folgerichtigkeit dazu führen, dass Normstufenvorstellungen (Verfassung – einfaches Gesetz) in die einfache Gesetzgebung zu tragen wären, diese damit etwa auf Verfassungsrang gehoben würde; dies würde, als Verfassung nach Gesetz den Verfassungsbegriff zerstören. – Ebenso wenig darf im Namen der Folgerichtigkeit das **Demokratiegebot** dadurch verletzt werden, dass die einfache Gesetzgebungsmehrheit an ihre eigenen früheren Entscheidungen gebunden, die für die Volkssouveränität wesentliche ständige Änderungsdynamik damit blockiert wird.

2. **Becker:** Rechtsprobleme des Einsatzes von Drohnen zur Tötung von Menschen (DÖV 2013, 493)

Für den Einsatz von Kampfdrohnen **gelten die Regeln des Allgemeinen Völkerrechts**, und zwar insbes. das Gewaltverbot des Art. 2 IV UN-Charta und die Regeln des Humanitären Kriegsvölkerrechts. – Verstößt ein militärischer Einsatz gegen das Gewaltverbot, dürfen überhaupt keine Waffen – auch keine Drohnen – eingesetzt werden; dies gilt derzeit insbes. für die Operation Enduring Freedom (OEF), die sich vielleicht unmittelbar nach 9/11 auf das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 UN-Charta stützen konnte; nachdem sich der Sicherheitsrat jedoch des Falles angenommen hatte, war das **Selbstverteidigungsrecht erloschen**; die OEF operiert daher **ohne völkerrechtliche Grundlage**, sodass der **Drohneinsatz** im Rahmen der OEF **völkerrechtlich unzulässig** ist. – Der Einsatz von Drohnen durch den CIA ist ebenfalls illegal, denn nur Kombattanten dürfen nach Art. 1, 3 der Haager Landkriegsordnung töten; Geheimdienstmitarbeiter sind keine Kombattanten, eine „Lizenz zum Töten“ gibt es nicht; derartige Tötungen sind somit nach allgemeinem Strafrecht zu beurteilen. – Der **ISAF-Einsatz ist völkerrechtsmäßig**, weil er auf einem Mandat des Sicherheitsrats basiert; daher dürfen Kombattanten im Rahmen dieses Einsatzes gegnerische Kombattanten töten; Kämpfer der Taliban werden nach den Regeln des Humanitären Kriegsvölkerrechts als „De-Facto-Kombattanten“ in einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt eingeordnet; für sie gelten insbes. die Regeln des Art. 13 des Zusatzprotokolls II zu den Genfer Rot-Kreuz-Abkommen; sie können daher getötet werden, wenn sie in „continuous combat action“ verwickelt sind; treffen diese Voraussetzungen nicht zu, sind diese Personen als **Zivilisten** zu behandeln und **dürfen nicht getötet werden**; die legal operierenden Kombattanten müssen sich vergewissern, ob die Zielpersonen als Kämpfer erkennbar sind, etwa durch das Tragen von Uniformen oder Waffen, und ob sie in Kampfhandlungen auftreten; sind diese Bedingungen nicht erfüllt, ist die Tötung illegal. – Zivilisten genießen nach dem Humanitären Kriegsvölkerrecht Schutz; sie dürfen allenfalls dann getötet werden, wenn diese **Tötung durch einen legitimen militärischen Zweck gerechtfertigt** ist („Kollateralschaden“); hier gilt ein **strenger Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**: Ist zu erwarten, dass Zivilisten allein oder in unverhältnismäßiger Weise getötet werden, ist der Angriff zu unterlassen; dies gilt etwa beim Angriff auf Wohnhäuser oder zivile Pkw. – Völkerrechtlich gelten daher so strenge Vorkehrungen für den Drohneinsatz, dass gezielte Tötungen nur bei völlig klarer Zielpersonenbestimmung und Gewährleistung des zulässigen Angriffs vorgenommen werden dürfen. – Die **deutsche Rechtslage** entspricht aus zwei Gründen der völkerrechtlichen: Zum einen **gelten nach Art. 25 S. 1 GG die Allgemeinen Regeln des Völkerrechts** – dazu zählen das **Gewaltverbot** und das **Humanitäre Kriegsvölkerrecht** – als Bundesrecht in Deutschland und **binden daher Verwaltung und Gerichte unmittelbar**; außerdem sind nach §§ 8, 11 des Völkerstrafgesetzbuchs Tötungen, die nicht militärisch – d. h. nach Kriegsvölkerrecht – gerechtfertigt sind, verboten und strafbar. – Da die Gefahr illegalen Einsatzes nicht ausgeschlossen werden kann, müssen Kampfdrohneinsätze generell unterbleiben; sie können daher auch nicht als „ethisch neutrale Waffen“ eingeschätzt werden.

3. **Schmidt:** „In dubio pro municipio?“. Zur Aufgabenverteilung zwischen Landkreisen und Gemeinden (DÖV 2013, 509)

Die **Verfassungen garantieren den** im Schnittpunkt verschiedener Aufgabenträger stehenden **Landkreisen die überörtlichen Aufgaben sowie einen hinreichenden Bestand an weiteren Aufgaben**. – Die herkömmliche Aufteilung der Landkreisaufgaben in überörtliche, Ergänzungs- und Ausgleichsaufgaben ist kaum geeignet, über die Zuordnung einer Aufgabe zur Gemeinde- oder Kreisebene verbindlich zu entscheiden; vielmehr sind die **Aufgaben zwischen Gemeinden und Landkreisen nach Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität zu verteilen; im Zweifel sind die Gemeinden zuständig**. – Nach diesen Regeln ist auch die Kompetenz-Kompetenz der Landkreise auszulegen: Ein eigenes Aufgabenfindungsrecht kommt den Landkreisen nur hinsichtlich der überörtlichen Aufgaben zu; werden Aufgaben auf den Landkreis verlagert, hat dies vor allem finanzielle Folgen, nämlich die Entlastung der Gemeinden von aufgabenbezogenen Aufwendungen einerseits, die Erhöhung der Kreisumlage andererseits.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Hower:** Die Aktenversendungspauschale – Unverständliche Verwirrung um eine verständliche Regelung? (NJW 2013, 2077)

Problemstellung: Es besteht in der Rspr. Uneinigkeit über die Frage, ob in Fällen, in denen Rechtsanwälte Akteneinsicht über das Gerichtsfach beantragen oder die Akte zum Zwecke des auswärtigen Aktenstudiums auf der Geschäftsstelle abholen (lassen), der **Auslagentatbestand Nr. 9003 KV-GKG** erfüllt ist; hierzu ist in den vergangenen Jahren sowohl von den ordentlichen Gerichten als auch der Fachgerichtsbarkeit umfänglich Rspr. veröffentlicht worden; obergerichtliche Rechtsprechung ist vor dem Hintergrund der in § 567 II ZPO definierten Wertgrenze jedoch rar. - Der Gesetzgeber hat beabsichtigt, die **Akteneinsichtgebühr** primär **für die** in der Bearbeitung der Angelegenheit liegende „**besondere Serviceleistung der Justiz**“ erheben zu lassen und nur sekundär für die Erstattung der verauslagten Portokosten; die **Verauslagung von Porto allein kann keine „besondere Serviceleistung“ darstellen**; daher spielt es keine Rolle, ob die Akte per Transportdienstleister versandt wird oder ob eine Herausgabe über das Anwaltsfach erfolgt; tatsächlich „spart“ die Justiz im letztgenannten Fall die Portokosten ein, dies ist jedoch unschädlich, weil es sich bei der Gebühr um eine Pauschale handelt; diese Argumentation wird durch den Hinweis, dass die Hin- und Rücksendung der Akten durch Gerichte oder Staatsanwaltschaften zusammen als eine Sendung gelten, noch gestützt, denn bei der Rücksendung der Akte übernimmt der Rechtsanwalt sowohl die Einlieferung beim Postdienstleister als auch die Kosten; gleichwohl ist ausweislich des KV-GKG die Rücksendung ein Teil dessen, was mit der Pauschale abgegolten wird; folglich muss es bei der von der Gebühr erfassten „besonderen Dienstleistung der Justiz“ eben nicht um den Versand im Wortsinn, sondern um die umfangreichen damit zusammenhängenden Tätigkeiten auf Justizseite handeln; auch die festgelegte Gebührenhöhe spricht dagegen, dass es sich hierbei um eine reine Portoerstattung handelt, denn als solche wäre sie deutlich überhöht.

2. **Serr/Vielmeier:** Die Stationsabrede des Rechtsreferendars – Rechtsnatur und sozialversicherungsrechtliche Folgen zusätzlicher Vergütung durch die Ausbildungsstation (BayVBl 2013, 421)

Stationstätigkeit und Nebentätigkeit des Rechtsreferendars sind streng zu trennen: Die Stationstätigkeit spielt sich im Grundsatz allein im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnisses ab; freiwillige Stationsabrede, insbes. über **Zusatzvergütungen**, sind **i.d.R. als zusätzliche privatrechtliche, einseitig verpflichtende Vereinbarungen zu qualifizieren**. – **Sozialrechtlich** ist es regelmäßig **nicht möglich, Referendariat und zusätzliches Rechtsverhältnis getrennt zu betrachten**; vielmehr handelt es sich um eine Beschäftigung; zusätzliche Zahlungen durch den Stationsausbilder nehmen deshalb an der Rentenversicherungspflicht teil; Arbeitslosengeld und Nachversicherung bemessen sich (auch) nach diesen Zahlungen; Arbeitgeber des Beschäftigungsverhältnisses „Referendariat“ ist ausschließlich das Land, dem die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten obliegen.

3. **Schürmann:** Die Entwicklung des materiellen Unterhaltsrechts nach der Rspr. des BGH und der OLG im Jahre 2012 (FamRZ 2013, 1082)

Die vorbeugende Unterlassungsklage

Anwendungsbereich

Die vorbeugende Unterlassungsklage ist eine Klage des **Präventivrechtsschutzes**. Sie ermöglicht es dem Kläger, schon vor Eintritt einer Belastung gegen diese zu erwartende Belastung zu klagen.

Die vorbeugende Unterlassungsklage ist sowohl gegen zu erwartendes schlicht-hoheitliches Handeln möglich also auch gegen zu erwartende VA.

Der Klageart nach handelt es sich um eine **allgemeine Leistungsklage**.

Grundsatz

Der Kläger kann gegen eine ihn belastende Verwaltungsmaßnahme vorgehen, nachdem diese ergangen ist. Grundsätzlich wird es ihm also zugemutet, die **Belastung zunächst abzuwarten**. Seinem Rechtsschutzinteresse wird dadurch hinreichend entsprochen, dass die Belastung wegen des mit dem Rechtsmittel verbundenen **Suspensiveffektes** (§ 80 I VwGO) zunächst gegen ihn keine Wirkungen entfaltet. Diese Rechtsschutzmöglichkeit genügt üblicherweise den Anforderung an die Garantie des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG.

Ausnahme

Aufgrund besonderer Umstände kann jedoch der Fall eintreten, dass die üblichen reaktiven Rechtsschutzmöglichkeiten nicht ausreichen, um das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers zu befriedigen und die **Effektivität des Rechtsschutzes** (Art. 19 IV GG) sicherzustellen. In diesen seltenen Fällen ist es ausnahmsweise möglich, die Belastung schon vor ihrem Eintritt abzuwehren. Hierfür ist dann allerdings ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis erforderlich.

Das besondere Rechtsschutzbedürfnis der vorbeugenden Unterlassungsklage

Ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für **Präventivrechtsschutz** ist nur dann anzunehmen,

- ein VA/Verwaltungshandeln überhaupt mit hinreichender Sicherheit **zu erwarten** ist
- bereits hinreichende Bestimmtheit/Bestimmbarkeit vorliegt
- ohne die vorbeugende Unterlassungsklage kein effektiver Rechtsschutz möglich wäre, als **vollendete Tatsachen** geschaffen würde, die nicht ohne weiteres wieder rückgängig zu machen sind.

oder

- der Bürger gegen eine **Vielzahl von VA** klagen müsste (z.B. bei zu erwartenden Baugenehmigungen an etliche Nachbarn)
- die bereits hinreichend bestimmt und hinreichend wahrscheinlich zu erwarten sind.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Öffentliches Recht

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

Land: Rh-Pf	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. M.	Tag d. mündl. Prüfung 11.06.2013
-----------------------	--	--

Zur Person:

Dr. M. war gleichzeitig Vorsitzender der Prüfungskommission. Im Vorgespräch war er nett und entspannt. Die üblichen Fragen (Befinden, Berufswunsch) wurden gestellt. In der Prüfung protokolllfest. Da sich die Prüflinge mit Vorprotokollen vorbereitet hatten, kamen die Antworten teilweise sehr schnell, was dem Prüfer wohl nicht so gefiel. Die Benotung war nicht (eine Ausnahme) wohlwollend.

Zur Prüfung:

Zunächst sollte erläutert werden, welche Vorteile und Nachteile die Abschaffung des Vorverfahrens hätte.

Vorteile:

- Bürger könnte schneller klagen und hätte früher eine gerichtliche Entscheidung.
- Kosteneinsparung für Gerichte

Nachteile:

- keine Zweckmäßigkeitprüfung
- keine Entlastung der Gerichte

Fall: Ein Ehepaar baut ein Wochenendhaus im Außenbereich und verbaut das gesamte Ersparte. Eine Baugenehmigung ist nicht vorhanden. Der Kreisrechtsausschuss hat Mitleid und tenoriert im Widerspruchsbescheid: „Der Widerspruchsgegner wird verpflichtet, das Vorhaben auf jederzeitigen Widerruf zu dulden. Im Übrigen wird der Widerspruch abgewiesen“. Dieser Widerspruchsbescheid wird der SGD zugeleitet. Was wird sie tun?

Die Beanstandungsklage nach § 17 AGVwGO wurde allgemein erörtert. Der Kreisrechtsausschuss ist nicht weisungsgebunden, § 7 AGVwGO. Dann sollte herausgearbeitet werden, was der Kreisrechtsausschuss entschieden hat.

Er hat, statt über die beantragte Baugenehmigung zu entscheiden, eine Duldungsverfügung erlassen, sodass keine Beseitigungsanordnung nach § 81 LBauO ergehen kann. Damit wurde etwas anderes entschieden, als beantragt. Ob ein öffentliches Interesse vorliegt, um eine Beanstandungsklage zu erheben, blieb im Ergebnis offen. Dem Prüfer war die Feststellung wichtig, dass mit diesem Tenor keine Baugenehmigung erteilt wurde.

Weiterer, aus den Vorprotokollen bekannter **Fall:** Antrag im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 66 LBauO auf Baugenehmigung für ein Einfamilienhaus. Abstandsflächen sind nicht eingehalten. Die Bauaufsichtsbehörde lehnt den Antrag ab. Hiergegen wird Widerspruch erhoben. Wie wird Widerspruchsbehörde entscheiden?

Problem des § 66 III LBauO: Das Bauordnungsrecht ist im vereinfachten Verfahren nicht zu prüfen, deshalb erfolgt keine Prüfung, ob Abstandsflächen eingehalten werden. Dann Argumentation mit dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens und Nachbarwiderspruch. Hier allgemeine Erörterung, dass Abstandsflächen drittschützende Normen sind. § 59 LBauO sollte angesprochen werden. Im Gegensatz zu den Vorprotokollen blieb hier offen, welche Lösung Dr. M. hier favorisiert, eine Auflösung erfolgte nicht.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Strafrecht

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

Land: NRW	Prüfer (mit Titel usw.) Prof. Dr. K.	Tag d. mündl. Prüfung 20.06.2013
----------------------	---	---

Zur Person:

Ich kann mich hier den Vorprotokollen nicht anschließen, mir ist zumindest nicht aufgefallen, dass K unfreundlich oder grimmig geguckt hat. Während der Prüfung wollte er gerne bestimmte Begriffe hören und bohrte dabei nach, bis sie genannt wurden. Er gab den Kandidaten dabei Hinweise und so die Chance, eine falsche Antwort zu berichtigen. Dass kann andererseits dazu führen, dass man sich verunsichern lässt, selbst wenn man auf den richtigen Weg war. Insgesamt empfand ich die Notengebung in der kompletten Kommission als überaus wohlwollend.

Zur Prüfung:

K stellte folgenden Fall:

A (Frau) steht um 20:15 an einer Straßenbahnhaltestelle und beobachtet, wie B (junger Mann) an einem Geldwechselautomaten manipuliert. Er steckt einen 50 €-Schein hinein, zieht diesen dann wieder heraus und steckt das gewechselte Geld ein.

Wir prüften § 263 StGB (-), die Maschine kann sich nicht irren; § 263a StGB (-), da Ablauf des Automaten ordnungsgemäß in Gang gesetzt; § 265a StGB (-) da kein entgeltlicher Automat; § 242 StGB (+), hier kam es K insbesondere auf den gelockerten Gewahrsam an.

Dann ging der Fall weiter:

A macht ein Foto von B. Dieser sieht das, zieht eine Sturmhaube über und läuft bedrohlich auf A zu. Dabei hat er seine Beute in einen Beutel in der Hand. Da die A Selbstverteidigung kann, gelingt es ihr, den B zu Boden zu werfen. Während der Rangelei wirft der B seine Beute Weg, zieht ein Pfefferspray, sprüht es der A in die Augen und flieht. A kann kurzzeitig nichts mehr sehen, trägt aber keine dauerhaften Schäden davon.

Wir prüften zunächst § 252 StGB (+), indem B bedrohlich auf A zulief, dann § 250 I Nr. 1a StGB (+), I NR 1 b (-), II Nr. 1 (-) da keine Beutesicherungsabsicht.

Dann kamen wir zu § 223 I StGB (+) lehnten kurz die Notwehr nach § 32 StGB ab, da A nach § 127 StPO gerechtfertigt war. Dann § 224 I Nr. 1 und 2 StGB (beide+).

K führte den Fall dann fort:

Die hier herbeigerufene Polizistin P erkennt auf dem Foto der A den polizeibekanntem B. Der zuständige StA ruft dann um 20:57 Uhr beim Richter an, um einen Durchsuchungsbefehl zu beantragen. Der Richter sagt, es sei schon 21:03 Uhr, sein Eildienst somit beendet und außerdem habe er keine Schreibkraft mehr zur Verfügung, deshalb könne der Durchsuchungsbefehl noch bis zum nächsten Morgen warten. Der StA nimmt daher Gefahr im Verzug an und erlässt ohne richterliche Anordnung einen Durchsuchungsbefehl. Obwohl B der Durchsuchung widerspricht, werden ein mit Tesafilm manipulierter 50 €-Schein sowie Pfefferspray in seiner Wohnung sichergestellt. Es ging nun darum, ob B überführt werden könne.

§§ 102, 105 StPO: Problem war hier, dass der Richter keine Sachentscheidung getroffen hatte, sondern einfach keine Lust mehr hatte. Der B wird dann am 17.04. in Anwesenheit vom LG verurteilt und erhält eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung.

Welche Rechtsmittel kann er einlegen?: Revision § 333 StPO

Kann er auch Sprungrevision einlegen: Nein, da dass Urteil vom LG ist (§§ 335, 311 StPO)

B legt am selben Tag Revision ein. Diese wird am 18.04. unterzeichnet. Am 14.06. gelangt das Urteil zu den Akten und wurde am 01.07. zugestellt. Es war nur der § 338 VII StPO zu nennen.

Dann ging es noch kurz um die Möglichkeit der Wiedereinsetzung, wenn die Rechtsanwaltsgehilfin einen Fehler macht und deshalb eine Frist nicht gewahrt wird. Es ging darum, dass es in der StPO keine dem § 85 ZPO vergleichbare Norm gibt.

Das war es schon. Hört sich viel an, wurde aber überwiegend nun sehr oberflächlich geprüft und war deshalb gut machbar. Ich wünsche Euch viel Erfolg, dem K mit Sicherheit nicht im Wege steht

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! ■

