



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

40. Jahrg.

Februar 2015

Heft 02

Aus dem Inhalt

- | | |
|----------------------|---|
| BGH: | Verwendungsersatz im EBV |
| BGH: | „Pfand“ für SIM-Karte und Papierrechnungsentgelt |
| BGH: | Gewerbsmäßiger Bandenbetrug - „Schrottimmobilien“ |
| OLG Hamburg: | Gemeinschädliche Sachbeschädigung durch Graffiti |
| VGH Mannheim: | Verdeckter Einsatz technischer Mittel |
| OVG Münster: | Schulordnungsmaßnahme wegen Facebook-Video |
| VGH Mannheim: | Wahrung der Klagefrist bei objektiver Klageänderung |

ISSN 1868 – 1514



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreise: vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten
Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Das Gesetz zum besseren Schutz vor sexuellem Missbrauch	1
---	---

Brandaktuell

BGH: Eigenbedarfskündigung (kein Rechtsmissbrauch bei nicht erwogenem Eigenbedarf)	2
---	---

Zivilrecht

BGH: Verwendungsersatz im EBV (Ansprüche des Untermieters gegen Eigentümer)	3
--	---

BGH: Mobilfunk-AGB („Pfand“ für SIM-Karte und Papierrechnungsentgelt)	7
--	---

Strafrecht

BGH: Gewerbsmäßiger Bandenbetrug (Verkauf von „Schrottimmobilien“)	11
---	----

OLG Hamburg: Gemeenschädliche Sachbeschädigung (Graffiti an S-Bahnwagen)	16
---	----

öffentl. Recht

VGH Mannheim: Verdeckter Einsatz technischer Mittel (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten)	19
--	----

OVG Münster: Schulordnungsmaßnahmen (generalpräventive Gründe bei Facebook-Video)	23
--	----

Kurzauslese I

LG Flensburg: Fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses (Maßgeblicher Zeitpunkt des Vorliegens des Kündigungstatbestands)	26
--	----

LG Limburg: Unerlaubte Handlung (Wettbewerbsverstoß)	26
--	----

OLG Köln: Widerspruchsbelehrung (Fehlender Hinweis auf Schriftform des Widerspruchs)	26
---	----

BGH: Bandenmitglied (Beteiligung an einer Bandentat)	27
--	----

BGH: Besonders schwere Vergewaltigung (Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs)	27
---	----

BVerfG: Verbot der Doppelbestrafung (Verstoß gegen Schulpflicht)	27
--	----

VGH München: Verbot des Fotografierens von Gegendemonstranten (Zulässigkeit)	28
---	----

OVG NRW: Zahlungsverjährung (Unterbrechung durch Vollstreckungsmaßnahme)	29
---	----

VGH BW: Unterlassungsanspruch (Unzulässige wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde)	30
--	----

Zivilrecht

BGH: Bemessung der Sicherheitsleistung (Abwendung der Zwangsvollstreckung)	31
--	----

BGH: Gerichtsstandsvereinbarung bei Verbraucherklage (Unzulässigkeit bei Haustürgeschäft)	35
--	----

Strafrecht

BGH: Verfahrenshindernis
(Verfahrenseinstellung nach § 154 II StPO).....38

öffentl. Recht

VGH München: Antragsfrist für Normenkontrollantrag
(bei Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse).....41

VGH Mannheim: Objektive Klageänderung
(Wahrung der Klagefrist).....45

Kurzauslese II

BGH: Computerfax (Schriftliches Dokument).....48

BAG: Bestreiten mit Nichtwissen (Zulässigkeit).....48

BGH: Berufungsantrag
(Unbezifferter Leistungsantrag in Stufenklage).....49

BGH: Berufungszurückweisung (Klageerweiterung).....49

OLG Hamm: Wiedereinsetzungsantrag
(Postlaufzeit von Einschreiben).....49

BGH: Zeugnisverweigerungsrecht
(Belehrungspflicht bei ermittelungsrichterlicher Vernehmung).....49

OLG Hamm: Aussageverweigerungsrecht
(Geltendmachung).....50

BGH: Zeugenvernehmung (Entfernung des Angeklagten).....51

OLG Hamburg: Akteneinsichtsrecht (Nebenkläger).....51

BFH: Verwaltungsakt
(Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts).....51

BVerfG: Organstreitverfahren
(Äußerungen der Bundesregierung).....53

OVG Saarlouis: Klagebefugnis (Klage einer Gemeinde
auf Unterlassung ehrenrühiger Äußerungen bzgl. Mitarbeiter).....53

Weitere Schrifttumsnachweise54

Übersicht: Ausnahme und Dispens nach § 31 BauGB.....58

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung: Öffentliches Recht.....59

Assessorprüfung: Strafrecht.....61

Aus der Gesetzgebung

Das Gesetz zum besseren Schutz vor sexuellem Missbrauch

Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 01. Januar 2015, In-Kraft-Treten am 27.01.2015 (BGBl I 2015, S. 10)

I. Allgemeines

Die Gesetzesänderungen gehen in erster Linie auf mehrere **EU-Vorgaben** und **Vereinbarungen aus dem Koalitionsvertrag** zurück, sind aber auch eine Reaktion auf die **Kinderpornografie-Affäre** um den SPD-Politiker **Sebastian Edathy**. Er hatte im Internet Nacktaufnahmen von Jungen bestellt, beteuerte aber, es handele sich dabei ausschließlich um legales Material.

Ursprünglich war eine noch weitreichendere Regelung geplant: Zunächst sollte das unbefugte Ablichten von nackten Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen generell unter Strafe gestellt werden. Experten und Rechtspolitiker hatten jedoch beanstandet, dies würde auch unverfängliche Handlungen kriminalisieren.

II. Die Neuregelungen im Überblick

1. Nach der Neuregelung ist nunmehr die **unbefugte Verbreitung von Bildaufnahmen**, die geeignet sind, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, unter Strafe gestellt. Damit soll ein besserer **Schutz vor «Cybermobbing»** gewährleistet werden.

Auch Erwachsene sollen dadurch besser **vor bloßstellenden Aufnahmen bewahrt** werden. Bei Kindern und Jugendlichen greifen strengere Regelungen: Aufnahmen, die nackte Jungen und Mädchen in einer "unnatürlich geschlechtsbetonten Haltung" zeigen oder ihre Genitalien in aufreizender Form, sind ausdrücklich verboten. Aber auch wer Nacktbilder von Kindern und Jugendlichen macht, die noch nicht als **Pornografie** gelten, macht sich strafbar, sofern dies **kommerziellen Zwecken** dient oder die Bilder in Tauschbörsen angeboten werden. Sozial übliches und alltägliches Verhalten bleibt straffrei, z. B. wenn Eltern ihre Kinder am Strand fotografieren.

2. Zudem ist die **Verjährungsfrist für Sexualstraftaten deutlich verlängert** worden: Die strafrechtliche Verjährung bei Sexualdelikten, insbesondere beim sexuellen Kindesmissbrauch, **beginnt jetzt erst mit Vollendung des 30. Lebensjahres des Opfers**. Damit können alle schweren Sexualdelikte zukünftig nicht mehr vor Vollendung des 50. Lebensjahrs des Opfers verjähren.

Nach dem Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (Drs. 17/6261) soll die strafrechtliche Verjährung erst mit Vollendung des 21. Lebensjahres des Opfers beginnen - und nicht wie bisher mit dem 18. Lebensjahr. Die **Dauer der Verjährungsfrist hängt ab von der Schwere der Tat** bzw. von dem im Gesetz angedrohten Strafmaß. So kann die Verjährungsfrist bei schweren Vergehen wie einer Vergewaltigung 20 Jahre betragen

Außerdem sollen **zivilrechtliche Schadenersatzansprüche von Missbrauchsoffern erst in 30 Jahren verjähren**. Zurzeit erlöschen Ansprüche aufgrund einer vorsätzlichen Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit oder sexueller Selbstbestimmung in der Regel bereits nach drei Jahren.

Brandaktuell

BGB

Eigenbedarfskündigung

BGB

§ 573 II Nr. 2

kein Rechtsmissbrauch bei nicht erwogenem Eigenbedarf

(BGH in Pressemitteilung vom 04.02.2015; Urteil vom 04.02.2015 - VIII ZR 154/14)

Kein Rechtsmissbrauch des Vermieters bei Kündigung wegen eines bei Abschluss des Mietvertrags noch nicht erwogenen Eigenbedarfs

Fall: Die Beklagte bewohnt aufgrund eines mit dem Kläger am 14.04.2011 abgeschlossenen, unbefristeten Mietvertrags eine Zweizimmerwohnung in Mannheim. Mit Schreiben vom 28.02.2013 kündigte der Kläger das Mietverhältnis wegen Eigenbedarfs zum 31.05.2013. Er führte an, seine 20 Jahre alte Tochter, die nach ihrem im Juni 2012 abgelegten Abitur ein Jahr in Australien verbracht habe, werde am 18.07.2013 nach Deutschland zurückkehren, danach eine Arbeitsstelle in Frankfurt/Main antreten und ein berufs begleitendes Studium in Mannheim aufnehmen. Sie wolle nach ihrer Rückkehr eine eigene abgeschlossene Wohnung beziehen. Vor ihrem Auslandsaufenthalt habe sie ein Zimmer bei ihren Eltern bewohnt. Die Beklagte widersprach der Kündigung, weil der Eigenbedarf für den Kläger bei Abschluss des Mietvertrags vorhersehbar gewesen sei. Ist die Eigenbedarfskündigung des Klägers wirksam?

Die Eigenbedarfskündigung nach § 573 II Nr. 2 BGB, deren Wirksamkeitsvoraussetzungen grundsätzlich vorliegen, könnte wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam sein. Bei Vertragsabschluss lagen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass das Mietverhältnis nur von kurzer Dauer sein könnte. Auch wenn sich die Tochter des Klägers bei Abschluss des Mietvertrags noch keine konkreten Vorstellungen über einen Auszug aus dem elterlichen Heim gemacht hatte, hätte der Kläger bei verständiger Betrachtung den Eigenbedarf voraussehen können. Da der von der Möglichkeit eines befristeten Mietvertrages keinen Gebrauch gemacht hat, könnte er von der Eigenbedarfskündigung nunmehr ausgeschlossen sein.

*„Zwar liegt nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung ein **widersprüchliches rechtsmissbräuchliches Verhalten** vor, wenn der Vermieter Wohnraum auf unbestimmte Zeit vermietet, obwohl er **entweder entschlossen ist oder zumindest erwägt, ihn alsbald selbst in Gebrauch zu nehmen**. Er darf in diesen Fällen dem Mieter, der mit einer längeren Mietdauer rechnet, die mit jedem Umzug verbundenen Belastungen dann nicht zumuten, wenn er ihn über die Absicht oder zumindest die Aussicht begrenzter Mietdauer nicht aufklärt.*

*Kein **Rechtsmissbrauch** liegt dagegen vor, wenn das **künftige Entstehen** eines Eigenbedarfs für den Vermieter zwar im Rahmen einer – von Teilen der Instanzrechtsprechung erforderlich gehaltenen – **"Bedarfsvorschau"** **erkennbar gewesen** wäre, der Vermieter aber bei Mietvertragsabschluss **weder entschlossen** gewesen ist, alsbald Eigenbedarf geltend zu machen, **noch** ein solches Vorgehen erwogen, also **ernsthaft in Betracht gezogen** hat. Denn bei verständiger und objektiver Betrachtung bringt ein Vermieter dadurch, dass er dem Mieter einen unbefristeten Mietvertrag anbietet und nicht von sich aus Angaben über den Stand und die mögliche Entwicklung seiner familiären und persönlichen Verhältnisse (etwa Heranwachsen von Kindern, drohende Trennung von Familienangehörigen, Erkrankung, berufliche Veränderungen) macht, regelmäßig nicht zum Ausdruck, dass er die **Möglichkeit eines alsbaldigen Eigenbedarfs unaufgefordert geprüft** hat und nach derzeitigem Erkenntnisstand ausschließen kann. Würde vom Vermieter bei Abschluss eines Mietvertrags eine solche – sich nach einer verbreiteten Auffassung auf bis zu fünf Jahre erstreckende - Lebensplanung verlangt werden, würde dessen verfassungsrechtlich verbürgte Freiheit missachtet, über die **Verwendung seines Eigentums innerhalb der gesetzlichen Grenzen frei zu bestimmen**.“ (BGH aaO)*

Es kommt daher auf die Beurteilung an, ob der Vermieter entschlossen war, alsbald Eigenbedarf geltend zu machen oder ein solches Vorgehen ernsthaft in Betracht gezogen hat.

*„[Hierbei] darf allerdings nicht allein auf seine Darstellung abgestellt werden. Vielmehr kommt es auf eine Würdigung der Gesamtumstände an. Dabei kann auch auf **objektive (äußere) Umstände** zurückgegriffen werden, sofern diese tragfähige Anhaltspunkte für den Kenntnisstand des Vermieters bilden.*

*Dass den Vermieter keine **Verpflichtung zu einer "Bedarfsvorschau"** trifft, stellt den Mieter nicht schutzlos. Will er das Risiko künftiger Entwicklungen nicht auf sich nehmen, kann er für einen gewissen Zeitraum einen beiderseitigen Abschluss der ordentlichen Kündigung oder einen **einseitigen Ausschluss der Eigenbedarfskündigung** vereinbaren.“ (BGH aaO)*

Der BGH hat den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit die erforderlichen Feststellungen zu dem – von der Beklagten bestrittenen - Vorliegen einer Eigenbedarfs-situation und zu den von ihr geltend gemachten Härtegründen (§ 574 BGB) getroffen werden können.

Entscheidungen materielles Recht

BGB

Verwendungsersatz im EBV

ZivilR

§§ 994 ff. 951, 812 I 2

Ansprüche des Untermieters gegen Eigentümer

(BGH in NJW 2015, 229; Urteil vom 19.09.2014 – V ZR 269/13)

1. Ansprüche aus EBV kommen auch für den **nicht mehr berechtigten Besitzer** in entsprechender Anwendung der §§ 994, 996 BGB in Betracht.
2. Dies gilt aber nur, wenn in der Vereinbarung über Einräumung des Besitzrechts hierfür keine Regelung getroffen wurde.
3. Hat der Untermieter mit dem Untervermieter eine **Vereinbarung über Verwendungsersatzansprüche** getroffen, scheiden Ansprüche nach §§ 994 I, 996 BGB gegen den Eigentümer aus.
4. Aus dem Nichtvorliegen einer Leistung folgt nicht zwangsläufig, dass stets auf den Bereicherungen in sonstiger Weise erfassenden Tatbestand des § 812 I 1 Var. 2 BGB zurückgegriffen werden dürfte; auch so genannte Nichtleistungsfälle bedürfen im Mehrpersonenverhältnis einer Zuordnung nach wertenden Kriterien.
5. Zudem muss auch hier der Vermögensnachteil des einen unmittelbar zum Vermögensvorteil des anderen geführt haben, damit die Bereicherung „auf dessen“ Kosten eingetreten ist.

Fall: Die bekl. Stadt ist Eigentümerin eines Rennbahngeländes, das sie mit Vertrag vom 30.06.1979 und Nachtragsvereinbarung vom 01.12.1995 an den R-e.V. (kurz: Verein) mit einer Laufzeit bis Ende 2025 vermietete. Nach § 4 des Nachtrags war es dem Verein gestattet, die Innenfläche der Rennbahn als Golfsportanlage zu nutzen und – was im Revisionsverfahren nicht mehr von Bedeutung ist – außerhalb der Innenfläche ein Clubhaus zu errichten. Weiter heißt es:

„§ 5. 3. Bei Beendigung des Vertragsverhältnisses kann die Vermieterin verlangen, dass der Mieter auf seine Kosten die Ein- und Umbauten beseitigt und den früheren Zustand wiederherstellt bzw. das Mietgrundstück in aufforstungsfähigem Zustand übergibt. (...) Verlangt der Vermieter die Beseitigung nicht, so steht dem Mieter kein Ersatzanspruch zu.“

Mit Zustimmung der Bekl. vermietete der Verein am 14.06.1996 der P(UK) Ltd. (kurz: Ltd.) unter anderem den Innenbereich der Rennbahn zum Betrieb einer Golfsportanlage für die Dauer von 15 Jahren mit Verlängerungsoption. Im Untermietvertrag (UV) heißt es auszugsweise:

„§ 25. 2. Auf Wunsch des Vermieters ist der Mieter verpflichtet, nach Beendigung des Mietverhältnisses ... die von ihm errichteten Baulichkeiten mit Ausnahme des Clubhauses wegzunehmen. Andererseits ist der Mieter berechtigt, die Baulichkeiten mit Ausnahme des Clubhauses zu entfernen. Der Vermieter kann die Ausübung des Wegnahmerechts durch Zahlung einer angemessenen Entschädigung abwenden, es sei denn, dass der Mieter ein berechtigtes Interesse an der Wegnahme hat. Für das Clubhaus gilt Folgendes: (...)

3. Die vom Mieter vorgenommenen landschaftsgärtnerischen Maßnahmen bleiben entschädigungslos bestehen.“

In einem Nachtrag vom 21.05.1997 heißt es, mit Wirkung vom 01.04.1996 übernehme die P (Kl.) alle Rechte und Pflichten aus dem Untermietvertrag an Stelle der Ltd.; der Verein stimme dem zu. Von der Ltd. wurde diese dreiseitige Vereinbarung nicht unterzeichnet. Soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, errichtete die Kl. im Innenbereich der Rennbahn eine Golfsportanlage. Nachdem der Verein und die Kl. über Nebenkosten in Streit geraten waren, erklärte der Verein mit Schreiben vom 22.03.2007 die ordentliche Kündigung. Im Oktober 2008 wurde über das Vermögen des Vereins das Insolvenzverfahren eröffnet. In einem vom Verein angestregten und von der Insolvenzverwalterin fortgeführten Rechtsstreit erwirkte der Verein 2009 gegen die Kl. einen rechtskräftigen Herausgabe- und Räumungstitel, dem diese am 21.10.2010 Folge leistete. Im November 2010 einigten sich die Insolvenzverwalterin und die Bekl. auf eine vorzeitige Beendigung des (Haupt-)Mietvertrags zum 08.11.2010. Die Rückgabe des Mietobjekts sollte ebenfalls am genannten Tag durch „Besitzeinräumung an FH-GmbH“ (kurz: H-GmbH) erfolgen, mit der die Bekl. bereits im September 2010 einen Mietvertrag über das Rennbahngelände geschlossen hatte. Im November 2010 informierte die vom Alleingesellschafter der FH-GmbH gegründete WG-GmbH die früheren „Mitglieder der Klägerin“, dass der Golfbetrieb auf dem Areal ab Dezember 2010 fortgesetzt werde.

Gestützt auf mehrere Positionen hat die Kl. 500.000 Euro verlangt. Die Bekl. ist dem entgegengetreten. Hat die Kl. Ausgleichsansprüche wegen gegen die Kl.?

I. Ansprüche aus §§ 994, 996 BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. Ansprüche auf Verwendungsersatz aus §§ 994, 996 BGB haben.

1. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Dies setzt zunächst voraus, dass die Bekl. zum maßgebenden Zeitpunkt Eigentümerin des Grundstücks war. Dies ist Fall. Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Kl. zum betreffenden Zeitpunkt Besitzerin des Grundstücks war. Auch dies ist anzunehmen.

2. Tätigen von Verwendungen

Die Kl. als frühere Besitzerin kann jedoch nur dann einen Ersatzanspruch haben, wenn es sich bei den Aufwendungen, welche sie getätigt hat, um Verwendungen auf das Grundstück handelte. Dies ist fraglich, wurde vom BGH jedoch als unerheblich offen gelassen.

*„Entgegen der Auffassung der Revision kommt es für die Verneinung von Ansprüchen nach §§ 994 I, 996 BGB weder darauf an, ob die errichteten Baulichkeiten und die ergriffenen landschaftsgärtnerischen Maßnahmen auf der Grundlage des von dem Senat **bislang vertretenen engen Verwendungsbegriffs** ausnahmsweise als Verwendung anzusehen sind (vgl. Senat, BGHZ 10, 171 [177 ff.] = NJW 1953, 1466; BGHZ 41, 157 [159 ff.] = NJW 1964, 1125), noch darauf, ob die von der Revision aufgegriffene Kritik an dieser Rechtsprechung (vgl. etwa MüKo-BGB/Baldus, § 994 Rn. 13 ff.; Canaris, JZ 1996, 344 [347 f.]; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2013, Vorb. § 994 Rn. 8 ff.; jew. m.w.N.) berechtigt ist.“ (BGH aaO)*

3. Bestehen einer Vindikationslage

Ansprüche nach §§ 994, 996 BGB setzen grundsätzlich voraus, dass zwischen dem Eigentümer um dem anspruchstellenden Besitzer eine Vindikationslage besteht.

Eine Vindikationslage ist dann anzunehmen, wenn der Besitzer gegenüber dem Eigentümer kein Recht zum Besitz hatte.

a) Besitzrecht der Klägerin zum Zeitpunkt der Tätigkeit der Aufwendungen

*„Im Zeitpunkt der Errichtung der Baulichkeiten war die Kl. auf Grund des nach § 566 BGB a.F., § 550 BGB n.F. auf unbestimmte Zeit geschlossenen Untermietvertrags auf Grund eines von dem Verein abgeleiteten Besitzrechts nach § 986 I 1 BGB bis zur ordentlichen Kündigung im Jahr 2007 **zum Besitz berechtigt** (zu diesem grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkt vgl. Senat, BGHZ 41, 157 [159] = NJW 1964, 1125 m.w.N.; BGH, NJW-RR 1990, 142 [143]). Auch wenn der Nachtrag zum Untermietvertrag nicht von sämtlichen Vertragsparteien unterschrieben wurde, unterliegt es jedenfalls mit Blick auf die jahrelange Umsetzung der verabredeten Gebrauchsüberlassung keinem vernünftigen Zweifel, dass der Untermietvertrag konkludent zu Stande gekommen ist. Tatsächliche Umstände, die dem entgegenstehen könnten, zeigt die Revision nicht auf.“ (BGH aaO)*

Im Zeitpunkt der Tätigkeit der Aufwendungen bestand daher zwischen der Eigentümerin (Bekl.) und der Besitzerin (Kl.) keine Vindikationslage.

b) späterer Wegfall des Besitzrechts

Zur Anwendbarkeit der §§ 994, 996 BGB könnte es aber ausreichen, wenn das Besitzrecht später weggefallen ist.

*„[Es] ... genügt es nach der Rechtsprechung des BGH für eine **(entsprechende) Anwendung** von §§ 994 I, 996 BGB, dass das Besitzrecht später weggefallen ist und es jedenfalls **bei Geltendmachung des Vindikationsanspruchs nicht mehr besteht** (so etwa Senat, NJW 1995, 2627 [2628] m.w.N.; BGH, NJW 2002, 2875; vgl. auch Senat, NJW 1979, 716). Dies setzt allerdings voraus, dass das **Besitzrecht** begründende Rechtsverhältnis Ansprüche auf **Verwendungsersatz nicht gesondert regelt** (vgl. Senat, BGHZ 131, 220 = NJW 1996, 921 m.w.N.).*

Das gilt umso mehr für den Fremdbesitzer. Für den unberechtigten Fremdbesitzer ist anerkannt, dass dieser im Verhältnis zum Eigentümer nicht besser gestellt werden darf, als er im Rahmen seines vermeintlichen Besitzrechts stünde; wendet man §§ 994 I, 996 BGB auch auf den – wie hier – zunächst berechtigten, später aber nicht mehr berechtigten Fremdbesitzer an, kann nichts anderes gelten (vgl. Senat, NJW 1979, 716 a.E.).“ (BGH aaO)

Im vorliegenden Fall wurden jedoch im Untermietvertrag zwischen dem Verein und der Kl. entsprechende Abreden über die Behandlung von Verwendungen getroffen.

*„An den vertraglichen Abreden **scheitert** vorliegend eine (entsprechende) **Heranziehung** der Vorschriften nach §§ 994 I, 996 BGB. Mit Blick auf die im Innenbereich der Rennbahnanlage durchgeführten **landschaftsgärtnerischen Maßnahmen** war eine Entschädigung **von vornherein ausgeschlossen***

und hinsichtlich der dort errichteten Baulichkeiten nur zur Abwendung des Wegnahmerechts der Kl. vereinbart (§ 25 Nrn. 2 u. 3 UV).“ (BGH aaO)

Die Kl. hat daher keine Ansprüche auf Verwendungsersatz gegen die Bekl. nach §§ 994, 996 BGB.

II. Anspruch aus §§ 951, 946, 812 I 1 Var. 2 BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch aus bereicherungsrechtlichen Ausgleich für den Wertverlust haben, den sie dadurch erlitten hat, dass die Kl. wegen Verbindung mit ihren Grundstück Eigentümer der Baulichkeiten und Pflanzungen geworden ist. § 951 BGB verweist in diesem Zusammenhang auf das Bereicherungsrecht. Allerdings ist fraglich, ob es sich hierbei um eine Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung handelt. Nach ständiger Rechtsprechung ist von einer Rechtsgrundverweisung auszugehen, so dass die Voraussetzungen des § 812 BGB vollumfänglich zu prüfen sind.

1. Leistungs- oder Nichtleistungskondition

Insofern stellt sich die Frage, ob im Rahmen der Verweisung überhaupt eine Leistungskondition in Betracht kommen kann.

„[Dies setzt voraus], dass eine das Bereicherungsobjekt erfassende Leistung, also gerade insoweit eine **bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens**, gegeben ist (vgl. nur BGH, NJW 2013, 2519 = WM 2013, 1271; Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl., § 812 Rn. 14 m.w.N.). Daran fehlt es hier.

Der **Zweck** der von der Kl. im Zuge der Errichtung der Golfanlage ergriffenen Maßnahmen im Innenbereich der Rennbahn bestand nicht darin, einem **anderen das Eigentum an den eingebrachten Sachen zu verschaffen**; hierzu bestand auch weder tatsächlich noch vermeintlich eine Verpflichtung der Kl. Die Errichtung der Gebäude und die landschaftliche Gestaltung durch Bepflanzung waren lediglich **Voraussetzungen für die Nutzung des gemieteten Areals** als Golfanlage. Allein darin bestand der Zweck der ergriffenen Maßnahmen; die gegebenenfalls mit einem Eigentumsverlust nach § 946 BGB korrespondierende Bereicherung war lediglich eine zwangsläufige – nicht bezweckte – Nebenfolge.“ (BGH aaO)

Eine Leistungskondition kommt daher nicht in Betracht, sondern lediglich eine Nichtleistungskondition nach § 812 I 1 Var. 2 BGB.

2. Vorliegen der Voraussetzungen des § 812 I 1 Var. 2 BGB

Da es sich bei § 951 BGB jedoch um eine Rechtsgrundverweisung handelt, kommt ein Anspruch aus Nichtleistungskondition nur dann in Betracht, wenn deren gesetzliche Voraussetzungen vorliegen.

„Keineswegs folgt ... aus dem Nichtvorliegen einer Leistung, dass stets auf den Bereicherungen in sonstiger Weise erfassenden Tatbestand des § 812 I 1 Var. 2 BGB zurückgegriffen werden dürfte. Es entspricht **ständiger Rechtsprechung**, dass sich bei der bereicherungsrechtlichen Behandlung von Vorgängen, an denen **mehr als zwei Personen beteiligt** sind, jede schematische Lösung verbietet. Vielmehr sind für die sachgerechte bereicherungsrechtliche Abwicklung stets die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen (so etwa BGH, NJW 1984, 2205; NJW 1990, 3194 [3195]; BGHZ 111, 382 = NJW 1990, 3194; vgl. auch BGHZ 192, 204 = NJW 2012, 2034; BGH, NJW-RR 2011, 211 = WM 2010, 2004 Rn. 19; jew. m.w.N.), zu denen insbesondere Gesichtspunkte des **Vertrauensschutzes** und der **Risikoverteilung** zählen (BGH, NJW 1984, 2205). Auch so genannte Nichtleistungsfälle bedürfen im Mehrpersonenverhältnis einer Zuordnung nach wertenden Kriterien (vgl. auch Palandt/Sprau, § 812 Rn. 54; Staudinger/Lorenz, BGB, Neubearb. 2007, § 812 Rn. 36 m.w.N.; der Sache nach auch RGZ 158, 394 [401 ff.]).“ (BGH aaO)

Grundsätzlich hatte die Kl. daher Ansprüche gegen ihren Untervermieter, den Verein, geltend machen können. Diese laufen jedoch wegen des Insolvenzverfahrens leer. Fraglich ist daher, ob Umstände ersichtlich sind, die es angezeigt erscheinen lassen, die Kl. von diesem Insolvenzrisiko zu befreien und den am Vertragsverhältnis nicht beteiligten Eigentümer, die Bekl., haften zu lassen.

„Gemessen daran scheidet eine bereicherungsrechtliche Inanspruchnahme der Bekl. nach §§ 951, 812 I 1 Var. 2 BGB aus. Das Grundstück ist der **Kl. von ihrem Vertragspartner**, dem Verein, und nicht von der Bekl. zum Gebrauch überlassen worden. Mit diesem sind in § 25 UV Vereinbarungen getroffen worden, unter welchen Voraussetzungen der Kl. ein **Wegnahmerecht und Entschädigungsansprüche** zustehen sollten. Dabei liegt es auf der Hand, dass der Kl., wäre der Verein zudem Eigentümer des Grundstücks gewesen, wegen des Vorrangs der vertraglichen Abreden keine Ansprüche nach § 951 BGB zugestanden hätten. Zureichende Gründe, warum das Auseinanderfallen von Untervermieter- und Eigentümerstellung in Fällen der vorliegenden Art bereicherungsrechtlich zu einer **Besserstellung des Untermieters** führen soll, sind nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass der unterstellte Eigentumsübergang

nach §§ 946, 93 BGB zwar mit der Verbindung der Sachen mit dem Grundstück vollendet war, der Fortbestand der dadurch bewirkten Eigentumslage aber nach Beendigung des Vertragsverhältnisses **von der Willensentscheidung des Vereins abhing**, je nachdem, ob dieser von der Kl. die Wegnahme der eingebrachten Sachen nach § 25 Nr. 2 UV verlangt oder ob der Verein bei einem Wegnahmeverlangen der Kl. von seinem Recht Gebrauch macht, mit Blick auf die im Innenbereich der Rennbahn errichteten Baulichkeiten das Wegnahmerecht der Kl. gegen Zahlung einer Entschädigung abzuwenden (vgl. auch RGZ 158, 394 [401]). Bei dieser Sachlage erscheint es **nicht sachgerecht**, den Grundstückseigentümer in die Pflicht zu nehmen und damit auf diesen das – hier realisierte – **Risiko der Insolvenz des (Unter-)Vermieters zu verlagern**.“ (BGH aaO)

Ein Anspruch auf Ausgleich wegen Wertverlust nach §§ 951, 946, 812 I 1 Var. 2 BGB scheidet daher ebenfalls aus.

III. Anspruch aus § 812 I 1 Var. 2 BGB

Weiterhin kommt ein Anspruch nach § 812 I 1 Var. 2 BGB im Hinblick auf eine Steigerung des Ertragswerts des Grundstücks infolge der von der Kl. getätigten baulichen und landschaftsgärtnerischen Maßnahmen in Betracht.

„[Der] ... BGH wiederholt ausgesprochen, dass ein Bereicherungsanspruch gegeben sein kann, wenn der **Vermieter** infolge vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses **früher als vorgesehen** in den Genuss des durch Investitionen des Mieters **erhöhten Ertragswerts** gelangt (BGH, NJW-RR 2006, 294 = NZM 2006, 15 Rn. 25; BGHZ 180, 293 = NJW 2009, 2374 = NZM 2009, 514 Rn. 8; BGH, NJW-RR 2010, 86 = NZM 2009, 783 Rn. 11). Soweit die Revision darauf hinaus will, diese Grundsätze führten vorliegend zu einem Bereicherungsanspruch gegen die Bekl., weil diese vorzeitig in den Genuss der Investitionen der Kl. gelangt und dieser Vorteil bei der Wiedervermietung hätte ertragssteigernd genutzt werden können, vermag dem der Senat nicht zu folgen.

Denn eine Inanspruchnahme der Bekl. scheidet ersichtlich daran, dass durch die **vorzeitige Beendigung** des Untermietvertrags der **Verein als Untervermieter des Objekts bereichert** worden ist und nicht die Bekl. Die ertragssteigernden Vorteile hat die Bekl. erst später, nämlich im Zuge der mit dem Verein vereinbarten Aufhebung des Hauptmietvertrags, erlangt und damit **nicht** – wie von § 812 I 1 Var. 2 BGB vorausgesetzt – **auf Kosten der Kl.**; bis zur Beendigung dieses Mietverhältnisses waren dem **Verein die Nutzungsmöglichkeiten** als (Haupt-)Mieter **zugewiesen** und nicht der vermietenden Eigentümerin (vgl. auch OLG Düsseldorf, FamRZ 2010, 1849 = BeckRS 2010, 18261 Rn. 24; ferner RGZ 158, 394 [404]). Das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten“ ist aber grundsätzlich nur dann erfüllt, wenn die **Vermögensverschiebung** eine **unmittelbare** in dem Sinne ist, dass durch **ein und denselben Vorgang** auf der einen Seite die Bereicherung und auf der anderen Seite der Verlust des Bereicherungsobjekts eintritt (vgl. nur Palandt/Sprau, §812 Rn. 5 u. 43 m.w.N.). Daran fehlt es hier.“ (BGH aaO)

Da die Bekl. den wirtschaftlichen Vorteil somit nicht auf Kosten der Kl. erlangt hat, greift auch diese Anspruchsgrundlage letztlich nicht durch.

IV. Ergebnis

Die Kl. hat keine Ausgleichsansprüche gegen die Bekl. wegen der Aufwendungen auf das Grundstück.

BGB
§§ 307 ff.**Mobilfunk-AGB**
„Pfand“ für SIM-Karte und Papierrechnungsentgelt
(BGH in NJW 2015, 328; Urteil vom 09.10.2014 – III ZR 32/14)

ZivilR

1. Nur inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in AGB Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein können.
2. Jede **Entgeltregelung in AGB**, die sich nicht auf eine auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für den einzelnen Kunden erbrachte (Haupt- oder Neben-)Leistung stützt, sondern Aufwendungen für die **Erfüllung eigener Pflichten** oder für Zwecke des Verwenders abzuwälzen versucht, stellt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH eine Abweichung von Rechtsvorschriften dar und **verstößt deshalb gegen § 307 II Nr. 1 BGB**.
- 3 Die Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Mobilfunkanbieters, nach der für die Überlassung der SIM-Karte ein „Pfand“ in Höhe von 29,65 Euro erhoben wird, das als „pauschalierter Schadensersatz“ einbehalten wird, sofern der Kunde die Karte nicht innerhalb von drei Wochen nach Ablauf der Gültigkeitsdauer und Beendigung des Kundenverhältnisses in einwandfreiem Zustand zurücksendet, ist unwirksam.
4. Die Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Mobilfunkanbieters, nach der für die Zusendung einer Rechnung in Papierform (zusätzlich zur Bereitstellung in einem Internetkundenportal) ein gesondertes Entgelt anfällt, ist jedenfalls dann unwirksam, wenn der Anbieter sein Produkt nicht allein über das Internet vertreibt.

Fall: Der Verbandskl. hat von dem bekl. Telekommunikationsunternehmen verlangt, die Verwendung einzelner Klauseln in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterlassen. Die Bekl. bietet Mobilfunkleistungen an. Sie stellt ihren Kunden SIM-Karten zur Verfügung, die in die Telekommunikationsgeräte eingelegt und über die die Verbindungen in ihr Mobilfunknetz hergestellt werden. In ihren AGB verwendet die Bekl. folgende Bestimmungen:

XII. Verpflichtung und Haftung des Teilnehmers/SIM-Karte und SIM-Kartenpfand/Plug in. 7. Die dem Kunden überlassene SIM-Karte bleibt im Eigentum von D. Telecom. D. Telecom darf sie jederzeit gegen eine Ersatzkarte austauschen. Für die Überlassung erhebt D. Telecom ein SIM-Kartenpfand in Höhe von Euro 29,65 inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer (zzt. 19 %). Nach Ablauf der Gültigkeitsdauer und bei Beendigung des Kundenverhältnisses hat der Kunde die SIM-Karte innerhalb von drei Wochen in einwandfreiem Zustand an D. Telecom zurückzusenden. Verstößt der Kunde hiergegen, behält D. Telecom das Pfand in Höhe von Euro 29,65 inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer (zzt. 19 %) als pauschalierten Schadensersatz ein, falls D. Telecom keinen höheren oder der Kunde keinen geringeren Schaden nachweist.

Die Bekl. stellt ihren Privatkunden die Rechnungen in einem über das Internet erreichbaren Teilnehmerportal zur Verfügung und hält dort die Daten jeweils zwölf Monate, den Einzelverbindungs nachweis 80 Tage, zum Abruf bereit. Unter der Überschrift „VI. Rechnungsstellung und Zahlung/Einwendungen“ ist in Nr. 10 Buchst. a cc der AGB der Bekl. geregelt, dass die Bereitstellung einer Rechnung in Papierform nur erfolgt, soweit dies vom Kunden ausdrücklich gewünscht ist, und dass hierfür Gebühren gemäß der Preisliste anfallen. In der Preisliste ist in der Rubrik „Sonstige Preise“ die Bestimmung enthalten: „Papier-Rechnung, monatlicher Postversand 1,50“.

Der Kl. hält Nr. XII 7 S. 3–5 AGB und die vorzitierte Regelung in der Preisliste wegen Verstoßes gegen das AGB-Recht für unwirksam und hat von der Bekl. verlangt, die Verwendung dieser Bestimmungen (und inhaltsgleicher) zu unterlassen und sich bei bestehenden Verträgen nicht auf sie zu berufen.

Sind die Klauseln nach §§ 307 ff. BGB unwirksam?

I. Vorliegen von AGB i.S.d. § 305 I BGB

Es besteht kein Zweifel, dass es sich bei den angegriffenen Regelungen um vorformulierte Vertragsbedingungen handelt, welche von D. Telecom den Kunden gestellt werden.

II. Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB

Es greift auch kein sachlicher (§ 310 IV BGB) oder persönlicher (§ 310 I, II BGB) Anwendungsausschluss.

III. Einbeziehung in den Vertrag gemäß § 305 II BGB

Die Vertragsbedingungen müssen wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein. Hierzu ein Hinweis auf die Geltung der AGB bei Vertragsschluss nach § 305 II Nr. 1 BGB. Von der Einhaltung dieser Voraussetzungen kann ausgegangen werden.

Zudem muss der Konsument nach § 305 II Nr. 2 BGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen können und mit der Geltung einverstanden sein. Dass diese Bedingungen bei Vertragsschluss erfüllt werden, ist regelmäßig anzunehmen.

Abweichende Individualabreden nach § 305b BGB werden erfahrungsgemäß nicht getroffen. Dass die wirksame Einbeziehung an § 305c I BGB scheitert, ist nicht anzunehmen, da die Grenze zur überraschenden Klausel noch nicht überschritten ist.

IV. Inhaltskontrolle

Gesetzlich ist weder die Kostenpflichtigkeit von Papierrechnungen noch der Pfand für SIM-Karten vorgesehen. Die Klauseln unterliegen daher nach § 307 III BGB der Inhaltskontrolle der §§ 309, 308 und 307 I, II BGB.

1. SIM-Kartenpfand (Nr. XII 7 S. 3 AGB)

Die Regelung zum SIM-Kartenpfand fällt weder unter § 309 BGB noch unter § 308 BGB. Sie könnte aber nach § 307 I BGB unwirksam sein, weil sie die Kunden nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

*„Allerdings sind Klauseln, die die **Gestellung von Sicherheiten für Forderungen des Verwenders** beinhalten, nicht von vornherein zu beanstanden (vgl. z.B. BGHZ 101, 307 [315] = NJW 1987, 2818; BGHZ 98, 303 [308] = NJW 1987, 487). Sie stellen jedoch eine unangemessene Benachteiligung des Gegners des Verwenders dar, wenn die Höhe der Sicherheit **über das zu sichernde Interesse erheblich hinausgeht**. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus einer Parallelwertung zu § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB. Danach ist die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt. Dies beruht auf dem allgemeinen Grundsatz, dass sich der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Fall von Leistungsstörungen **keine Vorteile auf Kosten seines Vertragspartners** verschaffen darf, die sein Interesse an der vereinbarungsgemäßen Abwicklung des Rechtsverhältnisses erheblich übersteigen.“ (BGH aaO)*

Für die Wirksamkeit des SIM-Kartenpfandes kommt es daher darauf an, ob hiermit nur ein berechtigtes Sicherungsinteresse verfolgt oder ein unberechtigter Vorteil verschafft werden soll.

*„Die Beurteilung der Vorinstanz, die von der Bekl. als Barkaution beanspruchten 29,65 Euro **überstiegen den materiellen Wert** der zurückzugebenden SIM-Karte **bei Weitem**, ist nicht zu beanstanden. Die insoweit von der Revision erhobene Rüge, im angefochtenen Urteil fänden sich keinerlei Ausführungen dazu, dass die Kosten der Herstellung einer SIM-Karte tatsächlich niedriger als der hier in Rede stehende Betrag seien, ist schon deshalb unbegründet, weil Ausgangspunkt bei der Bemessung des Sicherungsinteresses nicht der „Neuwert“ einer SIM-Karte, sondern allein der **Materialwert (Recycling-Wert) einer gebrauchten und deaktivierten SIM-Karte** sein kann.*

Diesbezüglich ist die Erwägung des BerGer., die Bekl. habe auch mit Rücksicht auf eine etwaige Wiederverwertung der in den zurückzusendenden Karten enthaltenen Rohstoffe („Kartenrecycling“) kein berechtigtes Interesse an dem ihren Kunden abverlangten Pfand, weil sie die rücklaufenden Karten vernichten lässt, nicht zu beanstanden.“ (BGH aaO)

Unabhängig von einer wirtschaftlichen Verwertung der rücklaufenden Karten könnte die Bekl. jedoch ein das verlangte Pfand rechtfertigendes, schützenswertes Interesse daran haben, zur Vermeidung von rufschädigenden Datenschutzskandalen die deaktivierten SIM-Karten zurückzuerlangen. Dies setzt jedoch voraus, dass entsprechendes überhaupt zu befürchten ist.

*„Die abweichende tatrichterliche Würdigung der Vorinstanzen ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere hält sich entgegen der Auffassung der Revision die Erwägung, dass die **Gefahr des unbefugten Auslesens** von auf der Karte gespeicherten Daten in erster Linie auch **schon während ihrer Nutzung** bestehe, innerhalb des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums. Sie steht nicht im Widerspruch zu dem von der Revision behaupteten Erfahrungssatz, der durchschnittliche Mobilfunkkunde werde der Sicherheit seiner – insbesondere noch in seinem Mobilfunkgerät befindlichen – aktivierten SIM-Karte größere Aufmerksamkeit schenken als dem Verbleib einer bereits deaktivierten und deshalb vermeintlich nutzlosen Karte. Dies mag richtig sein, schließt aber nicht aus, dass für potenzielle „Datenspione“ eine **aktive SIM-Karte mit mutmaßlich aktuellen Daten interessanter** ist als eine nicht mehr nutzbare. Hinzu tritt, dass eine in einem Mobilfunkgerät eingelegte, aktive Karte leichter aufzufinden ist als eine solche, die nach ihrer Deaktivierung aus dem Gerät entfernt und irgendwo abgelegt ist oder weggeworfen wird.*

Andere Gesichtspunkte, die die Höhe des verlangten „Kartenpfands“ rechtfertigen, hat die Bekl. nicht vorgebracht. Soweit ihr Prozessbevollmächtigter in der mündlichen Verhandlung des Senats – im Ausgangspunkt zutreffend – darauf hingewiesen hat, dass sie im Hinblick auf ihr Eigentum an den SIM-Karten ein berechtigtes

Interesse daran habe, ihren Kunden einen spürbaren Anreiz zu verschaffen, der Rückgewährpflicht nachzukommen, fehlt für die Bemessung dieses abstrakten Interesses jedweder Vortrag in den Tatsacheninstanzen.“ (BGH aaO)

Fehlt aber ein schützenswertes Interesse der Bekl. an dem vorgesehenen Pfand für die SIM-Karte, so verstößt Nr. XII 7 S. 3 AGB gegen § 307 I 1 BGB, weil die darin enthaltene Regelung, dass die Bekl. ein SIM-Kartenpfand i.H.v. 29,65 Euro erhebt, ihre Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

2. Pfandeinbehalt als Schadensersatz für Nichtrückgabe (Nr. XII 7 S. 5 AGB)

Der in dieser Klausel vorgesehene Schadensersatz für die Nichtrückgabe der SIM-Karte in Höhe des SIM-Kartenpfandes knüpft sprachlich und inhaltlich an die aus den vorstehenden Gründen unwirksame Klausel über die Erhebung des Kartenpfandes an.

„Bei Streichung des hierauf bezogenen Satzteils („behält D. Telecom das Pfand i.H.v. 29,65 Euro inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer ... ein“) ergibt die Klausel inhaltlich und sprachlich keinen Sinn mehr. Auf die weiteren Erwägungen des BerGer. zur Unwirksamkeit der Klausel nach §§ 307 I 1, 309 Nrn. 4 und 5 Buchst. a BGB und die dagegen vorgebrachten Beanstandungen der Revision kommt es nicht mehr an, da nur inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in AGB Gegenstand einer gesonderten Wirksamkeitsprüfung sein können. Die Trennbarkeit einer Klausel und damit ihre Zerlegung in einen inhaltlich zulässigen und einen inhaltlich unzulässigen Teil ist nur dann gegeben, wenn der unwirksame Teil der Klausel gestrichen werden kann, ohne dass der Sinn des anderen Teils darunter leidet (sog blue-pencil-test; st. Rspr., z.B. Senat, NJW 2014, 141 Rn. 14 m.w.N.), was hier nicht der Fall ist.“ (BGH aaO)

3. Rücksendepflicht für SIM-Karte binnen 3 Wochen (Nr. XII 7 S. 4 AGB)

Grundsätzlich wird man wohl annehmen können, dass eine Rücksendepflicht für sich genommen nicht zu beanstanden ist. Allerdings ist auch hier der Regelungskontext zu beachten.

„Ist eine von mehreren Bestimmungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen schon für sich gesehen unwirksam und steht sie mit einer anderen, bei isolierter Betrachtung unbedenklichen Klausel in einem inneren Zusammenhang, kann sich die Unwirksamkeit der Gesamregelung ergeben (BGH, NJW 2003, 3192; NJW 2003, 2234 [2235]; BGHZ 127, 245 [253 f.] = NJW 1995, 254; s. auch BGH, NJW 2007, 3776 = WM 2007, 2336 Rn. 15). Denn der Verwender einer aus mehreren Teilen bestehenden Klausel, deren einer Teil nur Bestand haben kann, wenn der andere Teil unwirksam ist, kann sich wegen des Gebots der Transparenz vorformulierter Vertragsbedingungen (§ 307 I 2 BGB) nicht zu seinen Gunsten auf die Unwirksamkeit des anderen Klauselteils berufen. Nichts anderes kann bei äußerlich getrennten Klauseln gelten, die inhaltlich aufeinander bezogen sind (vgl. BGH, NJW 2003, 3192; NJW 2003, 2234 [2235]; BGHZ 127, 245 [253 f.] = NJW 1995, 254).

So liegt der Fall hier. Nr. XII 7 S. 3 AGB trifft Vorkehrungen zur Sicherung der in Satz 4 geregelten Rücksendeverpflichtung des Kunden. Satz 5 bestimmt die Rechtsfolgen für den Fall des Verstoßes gegen diese Pflicht. Sämtliche drei Bestimmungen sind damit inhaltlich miteinander verwoben und stellen ein Gesamregelungspaket dar. Die (mögliche) Unbedenklichkeit von Satz 4 ergibt sich nur infolge der Unwirksamkeit der Sätze 3 und 5. Aus Gründen des Klarheitsgebots des § 307 I 2 BGB kann sich die Bekl. aber zu nicht ihren Gunsten auf die Unwirksamkeit dieser von ihr selbst gestellten Regelungen berufen.“ (BGH aaO)

Auch die zwischen den unwirksamen Sätzen 3 und 5 von Nr. XII 7 AGB befindliche Regelung in Satz 4 ist wegen Verstoßes gegen § 307 I 1 BGB unwirksam.

4. Kostenpflicht von Papierrechnungen

a) Kontrollfähigkeit

Von der Inhaltskontrolle grundsätzlich ausgenommen sind die vertraglichen Hauptpflichten, zu denen auch Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen gehören.

„Nach dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Privatautonomie ist es den Vertragsparteien im Allgemeinen freigestellt, Leistung und Gegenleistung zu bestimmen, und mangels gesetzlicher Vorgaben fehlt es insoweit regelmäßig auch an einem Kontrollmaßstab (st. Rspr.; s. z.B. Senat, NJW 2011, 1726 =WM 2011, 1241 Rn. 15 mit umfangreichen wen.). Demgegenüber unterliegen gem. § 307 III 1 BGB der Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB solche (Preisneben-)Abreden, die sich zwar mittelbar auf Preis und Leistung auswirken, diese aber nicht ausschließlich festlegen, und bestehende Rechtsvorschriften, insbesondere Regelungen des dispositiven Gesetzesrechts, ergänzen oder von diesen abweichen.

Bei der beanstandeten Klausel handelt es sich um eine Preisnebenabrede. Sie regelt nicht die für die Mobilfunkleistungen zu zahlenden Preise selbst. Vielmehr ist ihr Gegenstand das Entgelt für ein von der

Bekl. angebotenes Nebenprodukt, das nach dem Konzept des Vertrags, nach dem die Rechnungen grundsätzlich nur elektronisch abrufbar erteilt werden, lediglich als Ausnahme anfällt.“ (BGH aaO)

b) Prüfungsergebnis

Grundsätzlich ist die Rechnungsstellung Aufgabe desjenigen, der ein Entgelt verlangt. Eine Vergütung für die Rechnung ist gesetzlich grundsätzlich nicht vorgesehen und weicht damit von der gesetzlichen Regelung ab.

Vom Gesetz abweichende Regelungen sind jedoch nach § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam, wenn sie mit dem gesetzlichen Grundgedanken nicht mehr zu vereinbaren sind. Dies könnte hier der Fall sein.

„Zu den wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts gehört, dass jeder Rechtsunterworfenene seine **Verpflichtungen zu erfüllen hat, ohne dafür ein gesondertes Entgelt** verlangen zu können. Ein Anspruch auf Ersatz anfallender Kosten besteht nur dann, wenn dies im Gesetz vorgesehen ist. Ist das nicht der Fall, können entstandene Kosten nicht auf Dritte abgewälzt werden, indem **Pflichten in AGB zu individuellen Dienstleistungen** gegenüber Vertragspartnern erklärt werden.

Jede Entgeltregelung in AGB, die sich nicht auf eine auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für den einzelnen Kunden erbrachte (Haupt- oder Neben-)Leistung stützt, sondern **Aufwendungen für die Erfüllung eigener Pflichten** oder für Zwecke des Verwenders abzuwälzen versucht, stellt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH eine Abweichung von Rechtsvorschriften dar und **verstößt deshalb gegen § 307 II Nr. 1 BGB** (z.B. Senat, NJW 2002, 2386 [2387]; BGHZ 146, 377 [380 f.] = NJW 2001, 1419; jew. m.w.N.). Darüber hinaus indiziert die Unvereinbarkeit einer Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners gem. § 307 I 1 BGB (Senat, NJW 2002, 2386 [2387]; BGHZ 146, 377 [384] = NJW 2002, 2386; jew. m.w.N.).“ (BGH aaO)

Die Bekl. wendet sich mit ihrem Angebot, **nicht ausschließlich an Kunden**, die mit ihr die **Verträge auf elektronischem Weg** über das Internet abschließen. Nur wenn dies der Fall wäre, könnte die Bekl. davon ausgehen, die gegenüber allen ihren Vertragspartnern bestehende Pflicht zur Rechnungserteilung vollständig und umfassend durch Bereitstellung der Rechnung in ihrem Internetkundenportal zu erfüllen (zu Bedenken dagegen, Rechnungen lediglich zum Abruf über ein Internetportal bereit zu halten, s. Senat, NJW 2009, 3227 Rn. 14 m.w.N.).

„Da die Bekl. aber nicht allein diesen Kundenkreis bedient, kann sie ihrem Geschäftsbetrieb **nicht die Erwartung zu Grunde legen**, dass ihre Vertragspartner praktisch **ausnahmslos über einen Internetzugang** verfügen und in der Lage sind, die ihnen erteilten Rechnungen elektronisch aufzurufen. Auch unter Berücksichtigung dessen, dass die allgemeine Verbreitung der Internetnutzung seit der Senatsentscheidung vom 16.07.2009 (Senat, NJW 2009, 3227 Rn. 21) weiter zugenommen haben mag, kann noch nicht davon ausgegangen werden, dass die Abwicklung des privaten Rechtsverkehrs über dieses Medium bereits zum allgemeinen Standard erstarkt ist. Angesichts dessen ist (auch) die Erteilung einer **Rechnung in Papierform** weiterhin eine Vertragspflicht der Bekl., für die sie **kein gesondertes Entgelt** verlangen darf.“ (BGH aaO)

V. Ergebnis

Die angegriffenen Klauseln verstoßen gegen § 307 BGB und sind daher unwirksam.

StGB
§ 263 I, V

Gewerbsmäßiger Bandenbetrug Verkauf von „Schrottimmobilien“

StGB

(BGH in NSTZ 2015, 89; Urteil vom 08.10.2014 – 1 StR 359/13)

1. **Angaben eines Immobilienvermittlers** über die Finanzierungskosten, die monatlich zu leistenden Zahlungen und andere mit dem Kaufobjekt zusammenhängende tatsächliche Umstände wie Mieteinnahmen und Steuervorteile sind als **objektiv nachprüfbar und einem Beweis zugängliche Tatsachen** einzuordnen. Lediglich **pauschale Angaben** - etwa zur gewinnbringenden Wiederverkäuflichkeit von Eigentumswohnungen – stellen **keine Tatsachenbehauptungen** dar.
2. Die in **BGHSt 58, 205** vertretene Auffassung, der "von den Parteien - auf der Grundlage übereinstimmender, von Willens- und Wissensmängeln nicht beeinflusster Vorstellungen über Art und Güte des Vertragsgegenstandes - bestimmte Wert" habe "grundsätzlich auch die Basis der Schadensfeststellung im Rahmen des Betruges zu sein", ist **nicht auf jeden Fall anwendbar**. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Täter nicht über ihre Leistungswilligkeit täuschten, sondern über wirtschaftlich bedeutsame Tatsachen, die für die Kaufentscheidung der Erwerber wesentlich waren.
3. **Für die Verwirklichung des Betruges bedarf es keiner "Stoffgleichheit" zwischen dem Gegenstand der Täuschung und dem entstandenen Vermögensschaden**. Das Erfordernis der Stoffgleichheit bezieht sich allein auf das Verhältnis des durch die Tathandlung verursachten Vermögensschadens und des vom Täter erstrebten Vermögensvorteils, sie müssen einander entsprechen.
4. Der Tatbestand des Betruges ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Täter nicht über die Umstände getäuscht haben, welche die versprochene Leistung (hier: Immobilien) minderwertig machten. Es genügt, dass die Tatsachen, über die getäuscht wurde, jeweils einen Bezug zum Kaufobjekt aufwiesen und für die Kaufentscheidung der Erwerber ausschlaggebend waren. Die sich aus dem **im Verhältnis zum Kaufpreis geringeren Wert der Wohnungen** ergebenden Schäden hätten allenfalls dann nicht zugerechnet werden können, wenn sich die Käufer beim Erwerb der Immobilie dieses Minderwerts bewusst gewesen wären und somit ein **Selbstschädigungsbewusstsein** gehabt hätten.

Fall: Die Angekl. haben Eigentumswohnungen zu überhöhten Preisen an überwiegend bereits erheblich überschuldete und mit keinerlei Eigenkapital ausgestattete Personen verkauft. Der Kaufpreis wurde dabei jeweils über von den Angeklagten vermittelte Kredite finanziert, wobei sie gegenüber den beteiligten Banken falsche Angaben zur Einkommenssituation und Eigenkapitalausstattung der Erwerber machten. Die Auszahlung der Kreditsumme durch die kreditgebende Bank erfolgte jeweils unmittelbar an die jeweilige als Verkäuferin der Immobilie auftretende Gesellschaft der Angekl.

Der Vertrieb der Wohnungen erfolgte über ein Netz von Vermittlern, die den potenziellen Kunden anhand von Rechenbeispielen vorspiegelten, dass sie über eine Umschuldung beim Kauf einer Immobilie insbesondere auf Grund der damit angeblich verbundenen Steuervorteile eine Verringerung ihrer monatlichen Belastungen erreichen könnten. Die Vermittler erhielten dabei hohe Provisionen in Höhe von 20-25% des erzielten Kaufpreises. Ihr Vorgehen und ihre unwahren Versprechungen waren den Angeklagten bekannt.

Die Angekl. selbst gingen arbeitsteilig vor. Der Angekl. M entschied, ob der Kunde für das Geschäft geeignet („machbar“) war, ob bestehende Kredite abgelöst werden konnten, in welcher Höhe Provisionen an die Vermittler zu zahlen waren und zu welchem Kaufpreis die jeweilige Wohnung veräußert werden sollte. Dem Angekl. S fiel die Aufgabe zu, den Kunden die für die Finanzierung der Kaufpreise erforderlichen Darlehen zu vermitteln. Der Mitangekl. A erledigte im Zusammenhang mit der Immobilienbeschaffung und -verwaltung anfallende Aufgaben und gab vielfach beim Notar für die jeweilige Gesellschaft, über die die Wohnungen erworben worden waren, die Erklärungen zur Annahme der Kaufangebote der Kunden ab. Den Angekl. waren die Vorgehensweise der Untervermittler und deren unwahre Versprechungen bekannt; sie billigten das Vorgehen der Untervermittler und deren Versprechungen, um sich an der Differenz zwischen Kaufpreis und dem Verkehrswert der Immobilien zu bereichern.

- A. Die Angekl. A könnten sich wegen **Betruges gem. § 263 StGB** strafbar gemacht haben.
- I. Zu prüfen ist, ob eine **Täuschung der Kunden über Tatsachen** seitens der Untervermittler gegeben ist.

1. Eine **Täuschungshandlung** i. S. des § 263 StGB ist jede Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen. Sie besteht in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen (vgl. BGH NJW 2014, 2595).
2. **Tatsachen** sind alle gegenwärtigen oder vergangenen Ereignisse oder Zustände, die dem Beweis zugänglich sind (vgl. BGHSt 34, 199; BGH MDR 1973, 18; Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rn. 9 m. w. Nachw.). Hierzu zählen auch innere Tatsachen wie etwa das Vorhandensein bestimmter Absichten oder Überzeugungen (z.B. die Vorspiegelung nicht vorhandener Zahlungswilligkeit, vgl. bereits BGHSt 15, 24).

Dagegen sind **bloße Werturteile**, seien es **Rechtsauffassungen, Meinungsäußerungen** oder **reklamehafte Anpreisungen**, grds. **keine Tatsachen i. S. des § 263 StGB**. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn diese Werturteile zugleich einen greifbaren, dem Beweis zugänglichen Tatsachenkern enthalten (BGHSt 48, 331).

3. Bei einer Äußerung zu zukünftigen Entwicklungen, mithin einer **Prognose**, hängt die Frage, ob diese tauglicher Täuschungsgegenstand i.S.v. § 263 StGB ist, davon ab, ob sie Behauptungen über konkrete gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse enthält oder nicht (BGH MDR 1973, 18).

*In einer Prognose kann daher trotz ihres **Zukunftsbezuges** bzw. des mit ihr verbundenen **Werturteils** eine Täuschung über Tatsachen liegen. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Täter seine eigene Überzeugung vom Eintritt dieser Prognose vorspiegelt; denn dann täuscht er über eine gegenwärtige innere Tatsache (vgl. Park, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., § 263 StGB Rn. 30, Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rn. 16). Gleiches gilt, wenn die Prognose eine hinreichend bestimmte Behauptung über gegenwärtige tatsächliche Bedingungen ihres Eintritts enthält (zusammenfassend Fischer, StGB, 61. Aufl., § 263 Rn. 12 m. w. Nachw.). Täuscht der Täter über von ihm zugrunde gelegte gegenwärtige Prognosegrundlagen, so täuscht er daher ebenfalls über Tatsachen.*

*Dementsprechend sind Angaben eines Immobilienvermittlers über die Finanzierungskosten, die monatlich zu leistenden Zahlungen und andere mit dem Kaufobjekt zusammenhängende tatsächliche Umstände wie Mieteinnahmen und Steuervorteile als objektiv nachprüfbar und einem Beweis zugängliche Tatsachen einzuordnen (vgl. auch BGHZ 169, 109). Lediglich wenn nur **pauschale Angaben** - etwa zur gewinnbringenden Wiederverkäuflichkeit von Eigentumswohnungen - getätigt werden, die sich letztlich allein als bloße werbende Anpreisungen darstellen, liegen **keine Tatsachenbehauptungen** vor (vgl. BGH BKR 2013, 280 m. w. Nachw.).*

4. Ausgehend von diesen Grundsätzen sind die gegenüber den Erwerbern gemachten und **auf konkrete Berechnungen gestützten Aussagen** der Untervermittler, die Aufwendungen für den Kaufpreis der jeweiligen Eigentumswohnung würden (bis auf eine näher bezeichnete monatliche Zuzahlung) durch Steuervorteile und Mieteinnahmen ausgeglichen, als **Täuschung über Tatsachen i. S. von § 263 I StGB** einzustufen.

*„Nach den Urteilsfeststellungen wurden den Käufern unrichtige Angaben über monatliche Lasten (etwa die Höhe des Hausgeldes), zu erwartende Einnahmen (etwa aufgrund einer Mietgarantie) oder den Umfang von mit dem Erwerb verbundenen steuerlichen Vorteilen gemacht. Die **Angaben bezogen sich dabei auf die gegenwärtige Wirtschaftlichkeit des Immobilienkaufs** zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (vgl. auch BGH, Urteil vom 17. Juni 2008 - XI ZR 79/07 m. w. Nachw.). Somit wurden die Käufer über die **einer Nachprüfung zugänglichen (gegenwärtigen) Prognosegrundlagen**, mithin Tatsachen, getäuscht. Der Annahme konkreter Tatsachenbehauptungen steht auch nicht entgegen, dass die Untervermittler nicht auf den jeweiligen Käufer zugeschnittene „Berechnungsbeispiele“ verwendeten. Denn die Vermittler erweckten bei Verwendung dieser Berechnungen gezielt den Eindruck, es handele sich um „sichere“ Finanzierungsmodalitäten.*

Auch soweit das Landgericht allein die Angaben der Vermittler über die zukünftig von den Kunden monatlich zu tragende Gesamtbelastung in den Blick genommen hat, ist eine Täuschung über Tatsachen hinreichend belegt: Bei den unzutreffenden Angaben über die Höhe des monatlich zu erbringenden Eigenanteils handelte es sich nicht lediglich um Werturteile oder unverbindliche Anpreisungen. Die Angaben waren hier auch nicht lediglich pauschal (vgl. zu solchen Fallkonstellationen BGHZ 169, 109; kritisch hierzu Junglas NJOZ 2013, 49; Schmid, Die Rechtsstellung des Verbrauchers bei Mängeln fremdfinanzierter Immobilienkapitalanlagen [Schrottimmobilien], 2009, S. 91 m. w. Nachw.), sondern enthielten für den konkreten Einzelfall feste Beträge oder eng umgrenzte Bandbreiten und waren damit auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfbar. Sie konnten von den Erwerbern einer vermieteten Immobilie auch nur so verstanden werden, dass sie aus der Differenz aller im Zusammenhang mit dem Immobilienerwerb zu erwartender Einkünfte sowie sonstiger finanzieller Vorteilen einerseits und der monatlichen Kosten andererseits errechnet worden waren.“ (BGH aaO)

5. Die **Täuschungshandlungen der Untervermittler** sind den Angekl. auch **zuzurechnen**.

„Dem steht nicht entgegen, dass die Versprechungen der Vermittler untereinander Unterschiede aufwiesen und die Untervermittler zudem wenig direkten Kontakt mit den Angeklagten hatten. Eine **mittäterschaftliche Begehungsweise** setzt weder ausdrückliche Absprachen zum gemeinsamen Tatplan (vgl. BGH NStZ 2003, 85; BGHSt 37, 289), noch die Kenntnis fremder Handlungen in sämtlichen Einzelheiten voraus (vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl., § 25 Rn. 34). Es genügt hier, dass die Untervermittler die Vorgaben der Angekl. umsetzten.“ (BGH aaO)

II. Das Vorliegen einer **irrtumsbedingten Vermögensverfügung** der getäuschten Käufer ist ebenfalls zu bejahen.

„Diese entschlossen sich jeweils allein im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben der Vermittler über die Verringerung ihrer monatlichen Belastungen oder sonstige finanzielle Vorteile zum Erwerb der jeweiligen Immobilie, zur Entrichtung des geforderten Kaufpreises und zum Abschluss hierauf gerichteter Finanzierungsvereinbarungen. Selbst wenn die Kunden bei kritischer Prüfung hätten erkennen können, dass sie getäuscht werden sollten, schliesse dies eine irrtumsbedingte Fehlvorstellung nicht aus (vgl. BGH NJW 2014, 2595).“ (BGH aaO)

III. Infolge der Täuschung müsste den Käufern aus dem (finanzierten) Immobilienerwerb jeweils ein **Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB** entstanden sein.

1. Ein Vermögensschaden tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei **wirtschaftlicher Betrachtungsweise** unmittelbar zu einer **nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des Gesamtwerts seines Vermögens** führt (**Prinzip der Gesamtsaldierung**; st. Rspr.; vgl. BGH wistra 2014, 270; BGH NStZ 2013, 711; BGHSt 57, 95; BGHSt 53, 199 jeweils m. w. Nachw.; BGH BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 77).

Wurde der Getäuschte zum Abschluss eines Vertrages verleitet, sind bei der für die Schadensbestimmung erforderlichen Gesamtsaldierung der Geldwert des erworbenen Anspruchs gegen den Vertragspartner und der Geldwert der eingegangenen Verpflichtung miteinander zu vergleichen (Eingehungsschaden). Der Getäuschte ist geschädigt, wenn sich dabei ein **Negativsaldo** zu seinem Nachteil ergibt (BGHSt 16, 220; BGHSt 58, 102 m. w. Nachw.; BGH wistra 2014, 270).

Dieser zunächst durch die **rein rechnerische Gegenüberstellung der wirtschaftlichen Werte** der gegenseitigen vertraglichen Ansprüche bestimmte Schaden materialisiert sich mit der Erbringung der versprochenen Leistung des Tatopfers (Erfüllungsschaden) und bemisst sich nach deren vollem wirtschaftlichen Wert, wenn die Gegenleistung völlig ausbleibt bzw. nach der Differenz zwischen dem wirtschaftlichen Wert der Leistung und demjenigen der Gegenleistung, soweit - wie hier - eine solche vom Täter erbracht wird (BGH NStZ 2011, 638; BGH StraFo 2011, 238).

2. Die **Bewertung des Vermögens und des Vermögensschadens** erfolgt nach **objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten** (vgl. BGHSt 57, 95).

Die Vorschrift des § 263 StGB schützt dabei weder das bloße Affektionsinteresse noch die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit, noch die Wahrheit im Geschäftsverkehr, sondern allein das Vermögen.

vgl. BGH NStZ 1995, 134; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 263 Rn. 2; Park, Kapitalmarktrafrecht, 3. Aufl., § 263 StGB Rn. 61; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 263 Rn. 146; vgl. BGH NStZ-RR 2001, 41

Normative Gesichtspunkte können bei der Bewertung des Schadens zwar eine Rolle spielen; sie **dürfen die wirtschaftliche Betrachtung** allerdings **nicht überlagern oder verdrängen**.

BVerfG NStZ 2012, 496; BGH NStZ 2014, 517; BGHSt 57, 95; BGH wistra 2011, 335

Dementsprechend sind **Leistung und Gegenleistung zunächst nach ihrem Verkehrs- bzw. Marktwert zu vergleichen** (BGHSt 57, 95; vgl. auch Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 263 Rn. 109; Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rn. 163). Ergibt sich danach ein Wertgefälle zum Nachteil des durch die Täuschung Betroffenen, weil er etwa gegen Bezahlung des vollen Kaufpreises eine minderwertige Ware erhält, so liegt ein Vermögensschaden vor (Perron aaO; zum "Gleichklang" der Schadensberechnung von Betrug und Untreue vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 sowie BVerfG NStZ 2013, 496).

Auf die **subjektive Einschätzung**, ob der irrtumsbedingt Verfügende sich geschädigt fühlt, **kommt es ebenso wenig an** (vgl. BGHSt 57, 95) wie auf die Frage, wie hoch der Verfügende subjektiv den Wert der Gegenleistung taxiert (st. Rspr. seit BGHSt 16, 321; vgl. auch BGH wistra 2008, 149; BGHSt 58, 102 m. w. Nachw.; vgl. auch Albrecht NStZ 2014, 17).

3. Ausgehend von diesen Maßstäben ist hier ein **kausaler Vermögensschaden** der Käufer i.S. des § 263 I StGB zu bejahen.

- a) Die Vermögensschäden sind anhand des **objektiven Werts der Eigentumswohnungen** und unter **Vergleich mit den von den Käufern gezahlten Kaufpreisen** zu bestimmen.

„Als objektiven Wert der Wohnungen hat das Landgericht ohne Rechtsfehler deren Verkehrswert angesetzt. Mit ihrem Vorbringen, diese Art der Bestimmung der Schadenshöhe durch das Landgericht sei mit dem Urteil des 5. Strafsenats des BGH (BGHSt 58, 205) nicht vereinbar, dringen die Angekl. nicht durch.“

*Der 5. Strafsenat hatte in der genannten Entscheidung für einen Fall der Täuschung eines Käufers über seine Zahlungsbereitschaft die Feststellung des "objektiven Werts" des Vertragsgegenstandes bei der Bestimmung des Betrugsschadens nicht grds. für erforderlich erachtet. Hierzu hatte er ausgeführt, der "von den Parteien - auf der Grundlage übereinstimmender, von Willens- und Wissensmängeln nicht beeinflusster Vorstellungen über Art und Güte des Vertragsgegenstandes - bestimmte Wert" habe "grds. auch die Basis der Schadensfeststellung im Rahmen des Betruges zu sein" (BGHSt 58, 205). Der vorliegende Fall ist jedoch anders gelagert, weil die Angekl. **nicht über ihre Leistungswilligkeit täuschten, sondern über wirtschaftlich bedeutsame Tatsachen, die für die Kaufentscheidung der Erwerber wesentlich** waren. Demgemäß war hier für den Schadensumfang nicht die Werthaltigkeit eines Zahlungsanspruchs maßgeblich, sondern der Vergleich der objektiven Werte von Leistung und Gegenleistung des Wohnungsverkaufs. Für die Bestimmung des objektiven Werts einer Immobilie ist aber die Feststellung von deren Verkehrswert der zutreffende Ansatz (vgl. BGH NStZ 2014, 517 zur Bestimmung des Untreueschadens bei der notariellen Beurkundung betrügerisch zustande gekommener Immobilienkaufverträge, mit zustimmender Anmerkung Trüg NStZ 2014, 520: "Schadensermittlung ... denkbar einfach").*

Die Verkehrswerte der Eigentumswohnungen hat das Landgericht ohne Rechtsfehler festgestellt. Es war sachverständig beraten und hat die von der Rspr. für die Bestimmung des Verkehrswerts von vermieteten Immobilien anerkannten Methoden rechtsfehlerfrei angewendet.“ (BGH aaO)

- b) Den vertraglichen Leistungen der Erwerber standen hier **keine wirtschaftlich gleichwertigen Gegenleistungen** gegenüber, denn die Verkehrswerte der Wohnungen lagen erheblich unter den Kaufpreisen.

„Die den Käufern entstandenen Schäden wurden auch nicht dadurch (vollständig) kompensiert, dass die Angekl. - wie in einem Teil der Fälle - vereinbarungsgemäß Altschulden der Käufer getilgt oder Barauszahlungen ("Kick-Back-Zahlungen") geleistet hatten. Auch in diesen Fällen verblieb es unter Berücksichtigung dieser schadenskompensierenden Leistungen der Angekl. jeweils bei einem Negativsaldo zum Nachteil der Käufer in der jeweils vom Landgericht festgestellten Höhe. Tatsächlich geleistete "Kick-Back-Zahlungen" hat das Landgericht jeweils schadensmindernd berücksichtigt.“ (BGH aaO)

- c) Die **Täuschung der Käufer** war jeweils für den Immobilienerwerb und damit **für den entstandenen Vermögensschaden kausal**, weil sie - wären sie nicht getäuscht worden - die Eigentumswohnungen nicht erworben hätten.

*„Entgegen der Auffassung der Revision bedarf es für die Tatbestandsverwirklichung **keiner "Stoffgleichheit" zwischen dem Gegenstand der Täuschung und dem entstandenen Vermögensschaden**. Das Erfordernis der Stoffgleichheit bezieht sich allein auf das Verhältnis des durch die Tathandlung verursachten Vermögensschadens und des vom Täter erstrebten Vermögensvorteils, sie müssen einander entsprechen. Der **Vorteil muss** somit die **Kehrseite des Schadens**, d.h. unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Vermögensverfügung **sein** und **dem Täter direkt aus dem geschädigten Vermögen zufließen** (vgl. BGH wistra 2003, 180 m. w. Nachw.). Dies ist hier der Fall.“*

Soweit die Revisionen geltend machen, diese Schäden könnten den Angekl. nicht zugerechnet werden, weil die Käufer nicht über die Minderwertigkeit der Immobilien getäuscht worden seien, decken sie ebenfalls keinen Rechtsfehler auf.

Die Täuschung bezog sich jeweils auf Tatsachen, die einen Bezug zum Kaufobjekt aufwiesen und für die Kaufentscheidung der Erwerber ausschlaggebend waren. Die sich aus dem im Verhältnis zum Kaufpreis geringeren Wert der Wohnungen ergebenden Schäden hätten allenfalls dann nicht zugerechnet werden können, wenn sich die Käufer beim Erwerb der Immobilie dieses Minderwerts

bewusst gewesen wären und somit ein Selbstschädigungsbewusstsein gehabt hätten (vgl. zu Fallgestaltungen der bewussten Selbstschädigung beim Bettel-, Spenden- und Schenkungsbetrug BGH NJW 1995, 539; BGH NJW 1992, 2167; Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 263 Rn. 101 ff.; zur Verfehlung sozialer Zwecke bei Austauschverträgen vgl. auch BGH wistra 2003, 457; zusammenfassend Fischer, StGB, 61. Aufl., § 263 Rn. 137 ff.). Daran fehlt es hier.

Kaufentscheidend war für die Käufer zwar in aller Regel das Versprechen niedriger monatlicher Belastungen im Zuge des vollständig finanzierten Immobilienkaufs bei gleichzeitiger Altschuldenbeseitigung oder der Gewährung von Bargeschenken ("Kick-Back-Zahlungen") bei äußerst günstigen Finanzierungskonditionen. Im Mittelpunkt der mit den Vermittlern geführten Gespräche stand dementsprechend insbesondere die Höhe der zu erwartenden Mieterträge, erzielbaren Steuervorteile und der Finanzierungskosten, weil diese Gesichtspunkte maßgeblich für die Finanzierbarkeit des ihnen vorgeschlagenen Wohnungskaufs und damit für die Rentabilität des Geschäfts waren. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Käufer bereit gewesen sein könnten, Wohnungen zu einem über dem Verkehrswert liegenden Preis und - somit überteuert - zu erwerben und damit ihr Vermögen objektiv weiter zu vermindern bzw. ihre Überschuldung weiter zu erhöhen. Solches ist nicht festgestellt und liegt auch fern.“ (BGH aaO)

IV. Des Weiteren ist der **Tatvorsatz** der Angekl. und deren Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung ebenfalls gegeben.

„Die Angekl. hatten Kenntnis von den Täuschungshandlungen und wussten, dass der von ihnen für die Eigentumswohnungen geforderte Preis deren Verkehrswert überstieg. Sie handelten daher mit Tatvorsatz.

Die Absicht der Angekl., sich oder Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, wird ebenfalls durch die Feststellungen belegt.

Auch wenn die Kaufpreissummen aus Darlehen von Kreditinstituten stammten und von diesen direkt an die von den Angekl. beherrschten Firmen ausgezahlt wurden, erfolgte die Bezahlung der Kaufpreise aus dem Vermögen der Käufer und auf deren Anweisung. Gerade auf die Erlangung dieser Beträge kam es den Angekl. aber an. Damit war der von den Angekl. erstrebte Vorteil unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Vermögensverfügung, welche den Schaden bei den Wohnungskäufern herbeiführte. Dies genügt (zum Merkmal der sog. Stoffgleichheit vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl., § 263 Rn. 187 m. w. Nachw. aus der Rspr. des BGH).“ (BGH aaO)

- B. Schließlich haben sich die Angekl. wegen des **Qualifikationstatbestands des gewerbs- und bandenmäßigen Betruges gem. § 263 V StGB** strafbar gemacht, denn es bestand eine zumindest stillschweigende Bandenabrede (vgl. hierzu BGHSt 47, 214) zwischen allen Angekl. und den Hauptvermittlern. Außerdem sind auch keine Anhaltspunkte gegeben, die Zweifel im Hinblick auf die gewerbs- und bandenmäßige Begehungsweise begründen könnten.

(OLG Hamburg in NSTz 2015, 37; Beschluss vom 04.12.2013 – 2 REV 72/13 (2))

1. Die **öffentliche Funktion von Fahrzeugen bzw. Fahrzeugteilen des öffentlichen Personennahverkehrs** ist i. S. von § 304 I und II StGB bereits **beeinträchtigt, wenn das Erscheinungsbild** der Fahrzeuge durch Beschmieren der Außenflächen so **erheblich verändert wird**, dass der öffentlichen Zweck, mit komfortablen und sauberen Fahrzeugen neben dem Erhalt von Fahrgästen neue Fahrgäste zu gewinnen, unterlaufen wird.
2. Führen die zur Beseitigung der Schmierereien **erforderlichen Reinigungsarbeiten** zu einem gegenüber der regelmäßigen Reinigung und Wartung **zusätzlichen Ausfall der Fahrzeuge für deren Einsatz im Personennahverkehr**, stellt dies eine **eigenständige Beeinträchtigung der öffentlichen Funktion** dar.
3. Werden **Fenster oder Türscheiben** von Fahrzeugen bzw. Fahrzeugteilen des öffentlichen Personennahverkehrs **ganz oder teilweise blickdicht beschmiert**, stellt dies ebenfalls eine **Beeinträchtigung der öffentlichen Funktion** dar, weil dadurch die der **Sicherheit und dem Sicherheitsgefühl der Fahrgäste dienende Transparenz beeinträchtigt** wird.

Fall: Der Angekl. besprühte jeweils gemeinschaftlich mit anderen Tätern in Hamburg zwei im S-Bahnhof P. abgestellte S-Bahnen in verschiedenen Farben auf einer Gesamtläche von 51 m² u. a. mit den Schriftzügen „GBR“, „Rude“ sowie „CANON“ (Fall 1) und zwei in der Nähe des S-Bahnhofes Neugraben abgestellte S-Bahnen auf einer Gesamtläche von 46,2 m² mit den Schriftzügen „RUDE“, „Murx“ sowie „NOMOR“ (Fall 2).

Die Schriftzüge mussten mit einem speziellen Reinigungsmittel entfernt werden, wofür Gesamtkosten in Höhe von 1.698,- € (Fall 1) bzw. 1.499,- € (Fall 2) entstanden sind.

Der Angekl. könnte sich jeweils wegen einer **gemeinschaftlichen Sachbeschädigung i. S. des § 304 StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Für das Beschädigen von Eisenbahnen durch deren Besprühen wird ein solcher Schaden in Rspr. und Lit. erst dann angenommen, wenn durch ein Eindringen der Sprühmittel oder jedenfalls durch die zu deren Beseitigung erforderlichen Reinigungsarbeiten die **Oberflächen der betroffenen Fahrzeuge angegriffen** werden (vgl. BayObLG in StV 1999, 543; Fischer StGB, 60. Aufl., § 303 Rn 6 ff., § 304 Rn 13, jeweils m. w. Nachw.).

Nach diesen Maßstäben ist hier indes nicht von einer Beschädigung i. S. des § 303 I StGB oder § 304 I StGB auszugehen.

„Da das LG Feststellungen weder zur Art der Sprühmittel und deren Eindringen in die betroffenen Flächen der besprühten S-Bahnen noch zu etwaigen Auswirkungen der erforderlichen Reinigung auf die besprühten Flächen der S-Bahnen getroffen hat, fehlt es an Tatsachen für eine Beschädigung i. S. der jeweils ersten Totalalternative der § 303 StGB und § 304 StGB.“ (OLG Hamburg aaO)

- II. Vorliegend könnte der Tatbestand der **gemeinschaftlichen Sachbeschädigung nach § 304 II StGB** erfüllt sein.

1. **Beschädigen i. S. des § 304 II StGB** – sowie entsprechend des § 303 II StGB – ist bereits **ein nicht nur unerhebliches und nicht nur vorübergehendes unbefugtes Verändern des Erscheinungsbildes einer Sache**, ohne dass ein durch diese Veränderung selbst oder deren Entfernung hervorgerufener weiterer Schaden erforderlich wäre.

„Mit dieser Tatbestandsfassung in dem durch das 39. Strafrechtsänderungsgesetz vom 01.09.2005 in das Gesetz eingefügten Abs. 2 des § 304 StGB hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass das Beschmieren fremder Gegenstände durch sog. Graffiti in der gerichtlichen Praxis häufig erst nach Einholung kostenträchtiger Gutachten zur Ermittlung einer Substanzbeschädigung i. S. des Abs. 1 als strafbare Sachbeschädigung gewertet werden bzw. „soweit dieser Aufwand gescheut wurde“, „es zu unbefriedigenden Ergebnissen kommen“ konnte (vgl. Begründung zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/Die Grünen vom 19.04.2005, BT-Drs. 15/5313, S. 1), d. h. eine Aburteilung als Sachbeschädigung sachwidrig unterblieben ist. Durch die Gesetzesänderung sollte die Einordnung des Beschmierens fremder Sachen mit sog. Graffiti als strafbare Sachbeschädigung erleichtert werden (vgl. Begründung zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/Die Grünen vom 19.04.2005, aaO).

Eine Beschädigung in dem genannten Sinne eines nicht nur unerheblichen und nicht nur vorübergehenden unbefugten Veränderens des Erscheinungsbildes der betroffenen S-Bahnwagen ist den landgerichtlichen Feststellungen hier zu entnehmen.“ (OLG Hamburg aaO)

2. Die in beiden Fällen betroffenen **S-Bahnwagen** sind **dem öffentlichen Nutzen dienende Gegenstände**, wie es in § 304 II StGB durch ausdrückliche Verweisung auf § 304 I StGB vorausgesetzt wird.

*„Unter diesen Begriff fallen Sachen, die **über eine bloße Gemeinwohlfunktion hinausgehend einem Publikum durch ihren Gebrauch oder auf sonstige Weise unmittelbar Nutzen bringen** (vgl. Fischer aaO, § 304 Rn 10 m. w. Nachw.). Dies gilt nach zutreffender einhelliger Auffassung in Rspr. und Lit. insbesondere für die verschiedenen Fahrzeugtypen des öffentlichen Personen- sowie Personennahverkehrs (vgl. RGSt 34, 1 für Straßenbahnwagen; BGH MDR 1952, 532 für Eisenbahnwagen; KG in NStZ 2007, 223 für S- und U-Bahnwagen) und mithin auch für die von dem Angekl. vorliegend beschmierten Wagen der Hamburger S-Bahn.“ (OLG Hamburg aaO)*

3. Nach **ganz überwiegender Auffassung** ist für die Tatbestandsmäßigkeit nach § 304 II StGB – ebenso wie entsprechend bei einer Beschädigung nach § 304 I StGB – zusätzlich erforderlich, dass die **Erscheinungsveränderung** i. S. des § 304 II StGB gerade die **öffentliche Funktion des Tatobjektes beeinträchtigt** (vgl. Fischer aaO, § 304 Rn 13 a; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 304 Rn 12, jeweils m. w. Nachw.).

Ob diese Auffassung zutrifft, obwohl danach der über § 304 I StGB hinausgehende Anwendungsbereich des § 304 II StGB erheblich eingeschränkt wird, lässt OLG Hamburg aaO hier offen, weil vorliegend durch die Schmierereien die öffentliche Funktion der betroffenen S-Bahnwagen beeinträchtigt worden ist. Dies ist bereits für das Besprühen der Wagenaußenflächen an sich anzunehmen und gilt erst Recht unter Berücksichtigung der Tatsache, dass vorliegend jedenfalls teilweise sogar zuvor transparente **Fenster- und Türverglasungen** der betroffenen S-Bahnwagen **blickdicht zu gesprüht** worden sind.

- a) Bereits die Schmierereien auf den Außenflächen der betroffenen S-Bahnwagen erbringen, dass dadurch die **öffentliche Funktion** der zum Hamburger öffentlichen Personennahverkehr gehörenden S-Bahnwagen **beeinträchtigt** worden ist.

*„Öffentlicher Personennahverkehr ist die „allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen“ (vgl. § 2 S. 1 des Gesetzes zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs vom 27.12.1993 [sog. Regionalisierungsgesetz]; § 1 II 1 des Niedersächsischen Nahverkehrsgesetzes vom 28.06.1995 als Beispiel für eines der aufgrund des Regionalisierungsgesetzes in mehreren Bundesländern erlassenen Nahverkehrsgesetze). Die **Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen** im öffentlichen Personenverkehr ist eine **Aufgabe der Daseinsvorsorge** (§ 1 I des Regionalisierungsgesetzes; § 2 II des Niedersächsischen Nahverkehrsgesetzes).*

Innerhalb der Metropolregion Hamburg ist seit Jahrzehnten erklärtes Ziel, zur Vermeidung weiteren Anwachses des Individualverkehrs mit seinem hohen Flächenverbrauch für Straßen und Parkflächen sowie seiner vergleichsweise hohen Umweltbelastung weitere Menschen als Nutzer des öffentlichen Personennahverkehrs zu gewinnen (vgl. Krause Der Hamburger Verkehrsverbund von seiner Gründung 1965 bis heute, 2009, S. 53 ff., 123, 169 ff.; ausdrückliche Zielbestimmung etwa im Niedersächsischen Nahverkehrsgesetz in § 2 Abs. 1: „Im Interesse verträglicher Lebens- und Umweltbedingungen und der Verkehrssicherheit soll der öffentliche Personennahverkehr zu einer Verlagerung des Aufkommens im motorisierten Individualverkehr auf öffentliche Verkehrsmittel beitragen“).

*Fahrgasterhalt und Gewinnung neuer Fahrgäste setzen indes – neben möglichen Mechanismen der Druckausübung auf den Individualverkehr – ein attraktives Angebot voraus. Der Hamburger Verkehrsverbund, zu dem auch die vorliegend von den Schmierereien des Angekl. betroffene Hamburger S-Bahn gehört, bemüht sich deshalb seit mehreren Jahrzehnten darum, durch ein **attraktives Angebot** mit einem dichten Verkehrsnetz, hoher Fahrplankapazität, schnellen und zuverlässigen Verbindungen sowie ausreichender Fahrzeugkapazität mit zeitgemäß komfortablen Fahrzeugen neue Fahrgäste zu gewinnen (vgl. Krause aaO, S. 60, 106 f.; Senatsantwort vom 15.10.2013 auf eine Große Anfrage vom 17.09.2013 in Drucksache 20/9377 der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, S. 3). Nach zwischenzeitlichen Einbrüchen in der Entwicklung der Fahrgastzahlen spielen dabei neben Funktionsfähigkeit, betrieblicher Sicherheit und Pünktlichkeit zunehmend **Qualitätswünsche der Kunden zu Erscheinungsbild, Design, Komfort, Service, Schutz vor Belästigungen und Sauberkeit** eine Rolle (vgl. Krause aaO, S. 130, 143 ff.).*

*Insbesondere die Faktoren eines **zeitgemäßen Erscheinungsbildes** und der **Sauberkeit der Fahrzeuge** sowie des auch aus letzterem abgeleiteten **subjektiven Sicherheitsgefühls der Fahrgäste** (vgl. Krause aaO, S. 143 f.) werden durch Vandalismus wie das hier urteilsgegenständliche äußerliche Beschmieren von Fahrzeugen mit sog. Graffiti beeinträchtigt. Da, wie dargelegt, der öffentliche Zweck von Fahrzeugen*

des öffentlichen Personennahverkehrs neben reiner Transportleistungserbringung auch darin liegt, durch ein zeitgemäßes und ansprechendes Erscheinungsbild bestehende Kunden zu halten sowie darüber hinaus mehr Menschen zum Umsteigen auf den öffentlichen Personennahverkehr zu bewegen, ist bereits durch das Besprühen der äußeren Flächen der im vorliegenden Fall betroffenen S-Bahnwagen mit sog. Graffiti jedenfalls bis zu einer vollständigen und rückstandslosen Entfernung der Schmierereien die öffentliche Funktion der S-Bahnwagen i. S. des Tatbestands der gemeinschädlichen Sachbeschädigung gem. § 304 II StGB beeinträchtigt worden.

Grundsätzlich kann die öffentliche Funktion von Fahrzeugen des öffentlichen Personennahverkehrs zusätzlich dadurch beeinträchtigt werden, dass die betroffenen Fahrzeuge für die Zeiten der Beseitigung der **Vandalismus Schäden** nicht zur Personenbeförderung zur Verfügung stehen, mit der Folge einer Verknappung der etwa in Hamburg im Bereich der S-Bahn seit vielen Jahren ohnehin geringen Anzahl an für die Personenbeförderung zur Verfügung stehenden Wagen.

Von einer solchen zusätzlichen **Beeinträchtigung der öffentlichen Funktion der betroffenen S-Bahn-Wagen** kann vorliegend indes nicht ausgegangen werden, weil das tatrichterliche Urteile keine Feststellungen dazu enthält, ob die Schmierereien des Angekl. innerhalb der ohnehin für turnusmäßige Wagenreinigungen veranschlagten Zeiten entfernt werden konnten oder dadurch zusätzliche Ausfallzeiten verursacht worden sind.“ (OLG Hamburg aaO)

- b) Erst Recht ist von einer Beeinträchtigung der öffentlichen Funktion der von dem Angekl. beschmierten S-Bahnwagen auszugehen, wenn berücksichtigt wird, dass außer blickdichten Wagenaußenflächen hier jedenfalls teilweise zusätzlich **Fenster- und Türglasflächen** der betroffenen S-Bahnwagen **zugeschmiert** worden sind.

„Zu einem attraktiven öffentlichen Personennahverkehrsangebot gehört auch, dass die Fahrgäste während der Fahrt aus den Fahrzeugen durch deren verglaste Teile nach außen sehen können.

Einen **Sicherheitsaspekt** gewinnt die Durchsichtigkeit der verglasten Flächen von Fahrzeugen des öffentlichen Personennahverkehrs dadurch, dass diese etwa im Bereich der hier betroffenen Hamburger S-Bahn auch der Kontrolle durch die Fahrgäste dient, auf welcher Seite des Fahrzeuges sich bei einem Halt jeweils der Ausstieg befindet.

Außerdem betrifft die Transparenz verglaster Flächen der Fahrzeuge des öffentlichen Personennahverkehrs die Sicherheit der Fahrgäste auch insoweit, als bessere Einsicht in die einzelnen Wagen der Verhinderung von Straftaten zum Nachteil von Fahrgästen, insbesondere aus den Bereichen der Raub- und Sexualdelinquenz, dient. So ist bei der neuen Generation von S- und U-Bahnwagen darauf geachtet worden, durch transparentere Abgrenzungen innerhalb der Wagen und bessere Durchsicht zwischen den Wagen die Sicherheit und das Sicherheitsgefühl der Fahrgäste zu erhöhen (vgl. Krause aaO, S. 252).

Nichts anderes gilt für verglaste Seitenfenster und Türscheiben von S- und U-Bahnwagen. Ebenso wie Übersichtlichkeit und Transparenz im Inneren einzelner Wagen sowie zwischen verschiedenen Wagen dem Schutz potentieller Opfer vor in den Nahverkehrsmitteln ausgeübten Straftaten dienen, indem sie etwa die Wahrscheinlichkeit eines helfenden Eingreifens Dritter erhöhen, gilt dies auch für die seitlichen Wagen- und Türfenster, deren Transparenz ein Erkennen von Straftatbegehungen von außen und die Suche der Opfer nach in Frage kommenden Helfern erleichtern. Diese Funktion wird indes beeinträchtigt, wenn – wie hier – transparente Fenster- und Türflächen jedenfalls teilweise blickdicht übersprüht werden und dadurch die der Sicherheit und dem **Sicherheitsgefühl der Fahrgäste dienende Helligkeit und Transparenz reduziert** wird.“ (OLG Hamburg aaO)

- c) Insgesamt ist die **öffentliche Funktion** von Fahrzeugen bzw. Fahrzeugteilen des öffentlichen Personennahverkehrs wie den hier betroffenen S-Bahnwagen nicht erst dann **beeinträchtigt**, wenn die **technische Betriebsbereitschaft** der Wagen **nicht mehr gegeben** ist, sondern auch, wenn das **Erscheinungsbild** der Wagen durch Beschmierungen der Außenflächen **erheblich verändert** wird.

„Kommt hinzu, dass die zur Beseitigung der Schmierereien erforderlichen Reinigungsarbeiten einen **gegenüber der regelmäßigen Reinigung und Wartung zusätzlichen Ausfall der Wagen** für deren Einsatz im Personennahverkehr bedingen, stellt dies eine zusätzliche weitere Beeinträchtigung der öffentlichen Funktion der Fahrzeuge dar. Entsprechendes gilt für den Fall, dass – wie vorliegend – zusätzlich zu intransparenten Außenflächen der Wagen auch Fenster- und Türscheiben beschmiert werden, weil dadurch zusätzlich die der Sicherheit sowie dem Sicherheitsgefühl der Fahrgäste dienende Transparenz beeinträchtigt wird.“ (OLG Hamburg aaO)

GG
Art. 1 I, 2 I

**Verdeckter Einsatz technischer Mittel
vorbeugende Bekämpfung von Straftaten**

POR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2015, 26; Urteil vom 15.05.2014 – 1 S 815/13)

1. Der Begriff der **vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten** in § 22 II und III BWPoIG umfasst nur die Verhütung von Straftaten (Verhinderungsvorsorge), **nicht** jedoch die **Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten** (Strafverfolgungsvorsorge).
2. Der **Einsatz besonderer Mittel** der Datenerhebung auf der Grundlage dieser Ermächtigungsnorm muss primär auf die **Verhütung von Straftaten** ausgerichtet sein.

Fall: Der Kl. ist 1. Vorsitzender des Wassersportvereins I., der mit dem Yachtclub A. eine gemeinsame Bootsanlegestelle in X. unterhält. Von dieser Anlegestelle aus unternimmt der Kl. mit seinem Kajütboot Ausfahrten auf dem Rhein. Immer wieder nimmt er dabei auch männliche Kinder und Jugendliche mit, mit denen zusammen er auch auf dem Boot übernachtet. Vor dem Hintergrund der strafrechtlichen Vorgeschichte des Kl., der in den 1990-er Jahren mehrfach wegen des sexuellen Missbrauchs von Kindern verurteilt worden war, war dieses Verhalten Gegenstand einer gemeinsamen Vorstandssitzung beider Vereine am 15.11.2005. Der Kl. erklärte damals, sein Fehlverhalten liege mittlerweile 16 Jahre zurück und sei bei der Aufnahme in den Verein bekannt gewesen. Schon aus Eigeninteresse nehme er nur Kinder und Jugendliche auf das Boot mit, mit deren Eltern er gut bekannt sei.

Am 19.04.2010 ordnete das Regierungspräsidium F. – Landespolizeidirektion –, gestützt auf § 22 PoIG, für die Zeit bis zum 19.07.2010 die längerfristige Observation, den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen, den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur selbsttätigen Bildaufzeichnung, den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Standortbestimmung und den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Aufzeichnung des nicht öffentlich gesprochenen Wortes auf Tonträger gegen dem Kl. an. Am 12.07.2010 wurde die Anordnung der verdeckten Observationsmaßnahmen bis zum 19.10.2010 verlängert.

Am 19.08.2011 erhob der Kl. Feststellungsklage beim VG. Wird er damit Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Feststellungsklage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Hier wird um eine polizeirechtliche Maßnahme gestritten, so dass die streitentscheidenden Normen solche des Polizeirechts, also des öffentlichen Rechts sind. Da auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

2. statthafte Klageart

Die Feststellungsklage nach § 43 VwGO müsste eine statthafte Klageart sein. Mit dieser Klage kann vom Gericht die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, also insbesondere ob eine Norm auf einen konkreten Sachverhalt anwendbar ist. Allerdings ist die Feststellungsklage nach § 43 II VwGO subsidiär. Sie ist daher nur statthaft, wenn keine andere Klageart in Betracht kommt.

a) Vorrang der Anfechtungsklage

Die Feststellungsklage würde als subsidiär zurücktreten, wenn der Kl. sein Begehren mit einer Anfechtungsklage hätte verfolgen können.

*„Es fehlt an einem anfechtbaren Verwaltungsakt. Die Datenerhebung durch Anwendung der in § 22 BWPoIG genannten besonderen Mittel erfolgt in der Form des **Realakts**. Die Anordnungen vom 19.04.2010 und vom 12.07.2010 haben **rein innerdienstlichen Charakter** und sind **nicht** i.S.d § 35 VwVfG auf **unmittelbare Rechtswirkung nach außen** gerichtet, was bereits daraus zu ersehen ist, dass die Maßnahmen verdeckt und damit ohne Kenntnis des Kl. vorgenommen werden sollten und auch vorgenommen wurden (vgl. VG Freiburg, NVwZ-RR 2006, 322 = VBIBW 2006, 152; VBIBW 2011, 239 = BeckRS 2011, 45717; Belz/Mußmann, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Kommentar, 7. Aufl., § 22 Rn. 71).“ (VGH Mannheim aaO)*

Der Kl. konnte seine Rechte also nicht durch eine Gestaltungsklage in Form der Anfechtungsklage verfolgen, so dass die Feststellungsklage nicht nach § 43 II VwGO ausgeschlossen ist.

b) Rechtsverhältnis

Bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit der verdeckten Observation müsste auch um Rechtsverhältnis gestritten werden.

„Durch den verdeckten Einsatz der besonderen Mittel der Datenerhebung nach § 22 PolG ist zwischen dem Kl. und dem Bekl. eine Rechtsbeziehung entstanden, die ein konkretes und streitiges (vergangenes) Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 VwGO darstellt.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Feststellungsklage ist somit statthaft.

3. Feststellungsinteresse

Der Kl. muss auch ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung haben. Dies muss bei der Feststellungsklage nicht zwingend ein rechtliches Interesse sein, sondern kann auch ein solches wirtschaftlicher oder ideeller Art sein.

*„Das berechtigte Feststellungsinteresse ergibt sich aus dem **tiefen Eingriff** in das in Art. 1 I GG i.V.m. Art. 2 I GG verankerte **allgemeine Persönlichkeitsrecht** des Kl. in seiner Ausprägung als **Schutz der Privatsphäre** und in das ebenfalls aus Art. 1 I GG i.V.m. Art. 2 I GG abgeleitete **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** sowie aus dem Gebot auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG).*

*Die Grundrechte schützen den Bürger vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen jeder Art, auch vor solchen durch schlichte Verwaltungshandeln (Verwaltungsrealakt) (BVerwGE 141, 329 [332] = NVwZ 2012, 757 jew. Rn. 22). Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich garantierten **Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz** aus Art. 19 IV GG müssen polizeiliche Maßnahmen in Fällen gewichtiger, in tatsächlicher Hinsicht jedoch überholter Grundrechtseingriffe auch im Hauptsacheverfahren einer **gerichtlichen Klärung** zugeführt werden können, wenn sich die direkte Belastung durch die angegriffene Maßnahme nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betr. eine gerichtliche Entscheidung nicht erlangen kann (vgl. BVerfGE 110, 77 = NJW 2004, 2510; BVerwGE 146, 303 [311 f.] = NVwZ 2013, 1481 jew. Rn. 32 m Anm. Huber, NVwZ 2013, 1488; VGH Mannheim, VBIBW 2010, 468 f. = BeckRS 2010, 52002). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Zwar geht es – anders als etwa im Versammlungsrecht – nicht um Maßnahmen, die sich typischerweise kurzfristig erledigen, doch steht vorliegend der verdeckte Charakter der Maßnahmen der Inanspruchnahme von Rechtsschutz vor Beendigung des Einsatzes entgegen. Denn nach § 22 VIII 1 BWPolG wird der Betr. von den verdeckt durchgeführten Maßnahmen erst nach deren Abschluss unterrichtet.“ (VGH Mannheim aaO)*

4. sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Am Vorliegen der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken, so dass die Feststellungsklage zulässig ist.

II. Begründetheit der Klage

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn die verdeckte Observation rechtswidrig erfolgt ist.

1. Ermächtigungsgrundlage

Die Anordnung des Einsatzes verdeckter technischer Mittel ist auf der Grundlage von §§ 22 BWPoIG erfolgt.

2. formelle Rechtswidrigkeit

Die Anordnung der Maßnahmen könnte bereits formell rechtswidrig sein.

a) Richtervorbehalt

Insbesondere stellt sich die Frage, ob hier die innerdienstliche Anordnung ausreicht oder ob nicht ein Richter zuvor über die Anordnung hätte entscheiden müssen.

aa) Anfertigung von Lichtbildern und Bildaufnahmen, des verdeckten Einsatzes technischer Mittel zur selbsttätigen Bildaufzeichnung, Mittel zur Standortbestimmung

*„Ein **Richtervorbehalt** ist im Grundgesetz für die Durchsuchung von Wohnungen (Art. 13 II GG), für die **Überwachung von Wohnungen** (Art. 13 III und IV GG) und für die Freiheitsentziehung (Art. 104 II GG) vorgesehen. Wie von Art. 13 IV GG gefordert stellt § 23 II BWPoIG die **Datenerhebung in oder aus Wohnungen** (durch verdeckten Einsatz technischer Mittel, also insbesondere durch so genannte Wanzen oder Richtmikrofone) ausdrücklich unter Richtervorbehalt. Für die hier angeordneten Maßnahmen nach § 22 PolG lässt sich ein Richtervorbehalt nicht aus dem Grundgesetz herleiten.*

Was Art. 13 II - IV und Art. 104 II GG für Eingriffe in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung und für die Freiheitsentziehung vorschreiben, ist grundsätzlich **nicht auf andere Grundrechtseingriffe übertragbar** (vgl. Würtemberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl., Rn. 577). Es ist in erster Linie **Sache des Gesetzgebers**, zu entscheiden, durch welche organisatorischen und verfahrensrechtlichen Vorkehrungen er der Gefahr einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entgegenwirkt.

Nur bei **besonders gravierenden Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** kann ein Richtervorbehalt von Verfassungs wegen geboten sein (BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822 – Online-Durchsuchung). Nach dieser Entscheidung ist die **heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems** grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen, weil sie den Zugang zu einem Datenbestand eröffnet, der herkömmliche Informationsquellen an Umfang und Vielfältigkeit bei Weitem übertreffen kann. Für die **längerfristige GPS-Observation** in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, die ursprünglich nicht unter Richtervorbehalt stand, hat das BVerfG demgegenüber **nicht zwingend** einen solchen verlangt (BVerfGE 112, 304 [318] = NJW 2005, 1338 = NVwZ 2005, 1053 Ls.).

Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass der gegen den Kl. angeordnete verdeckte Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen und der verdeckte Einsatz technischer Mittel zur selbsttätigen Bildaufzeichnung gravierende Eingriffe in den Bereich der persönlichen Lebensführung bewirken, so bleiben sie doch in ihrer Intensität hinter den von Verfassungs wegen unter einem Richtervorbehalt stehenden Maßnahmen deutlich zurück. Maßgeblich ist hier vor allem, dass die gegen den Kl. eingesetzten besonderen Mittel der Datenerhebung sich auf Vorgänge beziehen, die zur Wahrnehmung durch Dritte zwar häufig nicht bestimmt sind, der Kl. aber auch – etwa im Unterschied zu den Gegebenheiten bei einem informationstechnischen System – nicht darauf vertrauen konnte, dass sie Dritten grundsätzlich verborgen bleiben, zumal sie sich letztlich in der Öffentlichkeit abspielten und der Kl. schon deshalb damit rechnen musste, dass Dritte davon Kenntnis erlangen.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Maßnahmen unterliegen daher keinem Richtervorbehalt.

bb) Aufzeichnung des nicht öffentlich gesprochenen Wortes auf Tonträger durch Abhören und Aufzeichnen der im Kraftfahrzeug geführten Gespräche

Allerdings könnten diese Maßnahmen einem Richtervorbehalt unterliegen. Zwar ist das Kraftfahrzeug nicht in gleicher Weise ein privater Rückzugsraum wie die Wohnung, doch können die Inhalte eines in einem Kraftfahrzeug geführten Gesprächs **im Regelfall nicht von Dritten wahrgenommen** werden.

„Die Gesprächspartner werden daher regelmäßig darauf vertrauen, dass ihr Gespräch nicht von Dritten mitgehört wird. Daher erscheint es **bedenklich**, dass der Landesgesetzgeber insoweit **keinerlei verfahrensmäßige Absicherungen** vorgesehen hat. Weder hat er einen Richtervorbehalt angeordnet, wie dies der Bundesgesetzgeber für die vergleichbaren strafprozessualen Maßnahmen getan hat (§ 100 f IV i. V. m. § 100 b I StPO), noch hat er diese Maßnahme dem Behördenleitervorbehalt des § 22 VI BWPoIG unterworfen. Einzige verfahrensrechtliche Vorkehrung ist die Unterrichtungspflicht nach Beendigung der Maßnahme (§ 22 VIII BWPoIG), die jedoch Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht zu verhindern vermag, sondern lediglich die Möglichkeit eröffnet, im Wege einer Feststellungsklage nachträglichen Rechtsschutz zu erlangen. Ob dies verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, erscheint fraglich, bedarf hier jedoch keiner Entscheidung, weil die Maßnahme sich **unabhängig von der Frage**, ob § 22 PoIG insoweit mit dem Grundgesetz vereinbar ist, **als materiell rechtswidrig erweist**.“ (VGH Mannheim aaO)

b) sonstige formelle Anforderungen (Schriftform/Begründung)

§ 22 BWPoIG verlangt eine schriftliche Anordnung der Maßnahmen noch eine Begründung.

„Weil **ohne eine behördliche Dokumentation gerichtlicher Rechtsschutz kaum möglich** ist, ergibt sich eine entsprechende Verpflichtung jedoch aus Art. 19 IV GG (Rachor in Lisken/Denninger, HdB d. PolizeiR, 5. Aufl., E 318; BVerfGE 103, 142 [159 f.] = NJW 2001, 1121 = NVwZ 2002, 852 Ls. – zur behördlichen Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung bei Gefahr im Verzug). Darüber hinaus ist die Pflicht zur **Dokumentation heimlicher Ermittlungsmaßnahmen** eine aus dem betr. Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitete Notwendigkeit (in Lisken/Denninger, HdB d. PolizeiR, 5. Aufl., E 318; BVerfGE 112, 304 [320] = NJW 2005, 1338 = NVwZ 2005, 1053 Ls. – zur GPS-Observation). Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung, wie sie etwa in § 25 II 2 BWPoIG für die Ausschreibung von Personen und Kraftfahrzeugen vorgesehen ist, muss die Anordnung des Einsatzes besonderer Mittel der Datenerhebung daher schriftlich erfolgen sowie begründet und befristet werden.

Diesen Anforderungen genügen die schriftlichen Einsatzanordnungen vom 19.04.2010 und vom 12.07.2010. Sie **enthalten selbst zwar keine Begründung**. Die Formulierung „aus vorstehenden Gründen angeordnet“ lässt jedoch erkennen, dass sie jeweils auf die **unmittelbar davor in den Akten**

abgehefteten Anträge des Dezernats Sonderfälle/Organisierte Kriminalität vom 14.04.2010 bzw. vom 09.07.2010 Bezug nehmen, in denen jeweils ausführlich dargelegt wurde, auf welcher Tatsachengrundlage die Anwendung der besonderen Mittel der Datenerhebung zu welchem Zweck („Ziele der polizeirechtlichen Maßnahmen“) in Abgrenzung zu mangels hinreichendem Tatverdacht noch nicht möglichen strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen aus polizeilicher Sicht erforderlich ist.“ (VGH Mannheim aaO)

3. materielle Rechtswidrigkeit

Die Regelungen, auf deren Grundlage die Anordnungen erfolgt sind, dienen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten. Die Anordnung selbst erging jedoch nicht, um Straftaten des Kl. zu verhindern, sondern um Straftaten, die begangen werden, verfolgen zu können. Es geht also um Strafverfolgungsvorsorge. Fraglich ist, ob dieser Zweck überhaupt von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist.

„Der **Begriff der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten**, der sich auch in anderen Vorschriften des Polizeigesetzes findet (vgl. §§ 20 III, 22 a I 1, 23 a I 1 Nr. 2 und VI, 25 I, 36 I Nr. 2 und 38 BWPoIG), wird vom Gesetzgeber nicht definiert. Die §§ 19 bis 25 BWPoIG wurden als Vorschriften für Maßnahmen der Erhebung personenbezogener Daten mit dem Änderungsgesetz vom 22.10.1991 in das Polizeigesetz aufgenommen, nachdem man erkannt hatte, dass die Polizei hierfür verfassungsgemäße Eingriffsermächtigungen benötigt. Die damalige verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung (VGH Mannheim, NJW 1987, 3022 = NVwZ 1987, 1102 Ls.; BVerwG, NJW 1990, 2765 = NVwZ 1990, 1164 Ls.), auf die der Gesetzgeber Bezug nahm (Begr. der LReg. zum Entw. des Gesetzes zur Änderung des BW Polizeigesetzes v. 07.05.1991, LT-Drs. 10/5230, 34), verstand die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten als einen Unterfall der Gefahrenabwehr. Die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten sollte sowohl die Verhütung von Straftaten (**Verhinderungsvorsorge**) als auch die Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten (**Strafverfolgungsvorsorge**) umfassen (LT-Drs. 10/5230, 38; Belz/Mußmann, § 20 Rn. 42; Wolf/Stephan/Deger, § 20 Rn. 20).

Einer solchen Auslegung hat das BVerfG mit seiner Entscheidung zur Telekommunikationsüberwachung nach dem NSOG (BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603) die **Grundlage entzogen**. § 33 a I Nrn. 2 und 3 NSOG a.F. ermächtigen die Polizei dazu, personenbezogene Daten durch Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zur **Vorsorge für die Verfolgung oder zur Verhütung von Straftaten** von erheblicher Bedeutung zu erheben. Das BVerfG hat diese Regelung für **nichtig erklärt**. Das Land Niedersachsen habe die Gesetzgebungskompetenz nur für die Verhütung von Straftaten, nicht aber für die Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten. Die **Verhinderung von Straftaten** erfasse Maßnahmen, die drohende Rechtsverletzungen von vornherein und in einem Stadium verhindern sollten, in dem es **noch nicht zu strafwürdigem Unrecht gekommen** ist. Die Verhinderung einer Straftat liege daher in der Gesetzgebungskompetenz des Landes für die Gefahrenabwehr nach Art. 70 I GG. Die **Vorsorge für die spätere Verfolgung von Straftaten** (repressive Zielrichtung der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten) sei dagegen dem „gerichtlichen Verfahren“ und damit der **konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 I Nr. 1 GG** zuzuordnen (so jetzt auch: BVerwGE 141, 329 (336 f.) = NVwZ 2012, 757 jew. Rn. 33). Der Bundesgesetzgeber habe die Überwachung der Telekommunikation zu Zwecken der Strafverfolgung in den §§ 100 a, 110 b, 100 g und 100 i StPO umfassend geregelt. Dabei könne aus dem Umstand, dass die genannten Vorschriften an eine konkret begangene oder konkret vorbereitete Tat anknüpfen, also **gerade keine Datenermittlung im Vorfeld der Begehung einer Straftat** betreffen, nicht geschlossen werden, der Bundesgesetzgeber habe Raum für weitere landesgesetzliche Eingriffsnormen belassen wollen. [wird ausgeführt] Der **Verzicht des Bundesgesetzgebers** darauf, die Telekommunikationsüberwachung im Vorfeldbereich noch weiter auszudehnen, sei eine **bewusste Entscheidung**. Anhaltspunkte dafür, dass der Bundesgesetzgeber insofern Parallelregelungen durch die Länder und damit Überschneidungen hätte in Kauf nehmen wollen, seien nicht erkennbar (BVerfGE 113, 348 [373] = NJW 2005, 2603).

Diese vom BVerfG entwickelten Grundsätze sind auf die Befugnisse der Polizei zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten nach § 22 II und III BWPoIG zu übertragen. Diese Vorschriften können daher nur Bestand haben, wenn eine verfassungskonforme Auslegung des Begriffs der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten dahingehend möglich ist, dass er nur die Verhütung von Straftaten (Verhinderungsvorsorge) umfasst.

„Die Verhütung von Straftaten erfasst nur Maßnahmen, die drohende Rechtsgutverletzungen von vornherein und in einem Stadium verhindern sollen, in dem es noch nicht zu strafwürdigem Unrecht gekommen ist (BVerfGE 113, 348 [369] = NVwZ 2005, 2603). Hauptzweck ist nicht das Sammeln von Beweismitteln für ein mögliches, künftiges Strafverfahren, sondern das Verhindern der Straftat zu einem Zeitpunkt, zu dem die Strafbarkeitsschwelle noch nicht überschritten ist, in der Regel also im Planungs- oder Vorbereitungsstadium. [wird ausgeführt].“ (VGH Mannheim aaO)

Die Maßnahmen erweisen sich folglich als materiell rechtswidrig, weil sie – was nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 22 BWPoIG gedeckt ist – zum Zweck der Strafverfolgungsvorsorge eingesetzt wurden.

(OVG Münster in NVwZ-RR 2015, 34; Beschluss vom 17.09.2014 – 19 B 985/14)

1. Nach § 53 I 1 NRWSchulG darf die Schule eine Ordnungsmaßnahme **grundsätzlich auf generalpräventive Gründe** stützen.
2. Ein generalpräventives Bedürfnis für eine Schulordnungsmaßnahme besteht in aller Regel, wenn ein Schüler ein **kompromittierendes Foto oder Video von einem Lehrer** mit bedingtem Vorsatz oder gar der erkennbaren Absicht in ein soziales Netzwerk (hier: Facebook) einstellt, dessen Ansehen vor der Schulöffentlichkeit und ggf. auch außerhalb der Schule herabzuwürdigen.

Fall: Der Ast. hatte ein kompromittierendes Video von einem Lehrer mit abwertenden Äußerungen bei Facebook eingestellt. Das Video zeigt Frau I, wie sie den Mitschüler O laut und heftig maßregelt, ohne dass der Anlass für diese Erziehungsmaßnahme, nämlich dass O Frau I unerlaubt mit dem Handy fotografiert hatte, aus dem Video selbst erkennbar wird. Nachdem dies bekannt wurde, wurde der Ast. von der Klasse 8 d in eine parallele Klasse überwiesen. Ziel der Maßnahme sei es, Einsicht und Besserung der betr. Schüler zu bewirken und andere Schüler davon abzuhalten, die gleichen Ordnungsverstöße zu begehen. Vor allem gehe es auch darum, dass ein solches Verhalten eindeutig als nicht akzeptabel in der Schulgemeinschaft benannt wird. Ist diese Maßnahme rechtmäßig?

Es handelt sich um eine Schulordnungsmaßnahme nach § 53 NRWSchulG. Dort ist in § 53 III Nr. 2 NRWSchulG die Überweisung in eine parallele Klasse als Ordnungsmaßnahme ausdrücklich vorgesehen.

I. Schulordnungsmaßnahme aus generalpräventiven Gründen

Fraglich ist jedoch, ob eine solche Maßnahme auf generalpräventive Gründe gestützt werden kann. Dann müsste dies mit dem Regelungszweck des § 53 I 1 NRWSchulG zu vereinbaren sein. Nach dieser Regelung dienen erzieherische Einwirkungen und Ordnungsmaßnahmen der **geordneten Unterrichts- und Erziehungsarbeit** der Schule sowie dem **Schutz von Personen und Sachen**. Ob hiervon aus generalpräventive Gründe erfasst sind oder sich der Zweck stets auf den bestimmten Schüler beziehen muss, ist umstritten.

1. Ordnungsmaßnahmen zur Generalprävention unzulässig

Teilweise wird angenommen, es sei generell unzulässig, generalpräventive Erwägungen in die Entscheidung über Schulordnungsmaßnahmen einfließen zu lassen (bei: Rux/Niehues, SchulR, 5. Aufl. 2013, Rn. 446 und Fn. 479). Sie geht von der Prämisse aus, mit einer zumindest auch generalpräventiv begründeten Ordnungsmaßnahme mache die Schule den einzelnen Schüler „ohne eigenes Zutun für das Verhalten Dritter verantwortlich“.

*„Diese Prämisse geht jedenfalls für Nordrhein-Westfalen am geltenden Recht vorbei. Denn nach § 53 I 2 NRWSchulG setzt jede Ordnungsmaßnahme gegen einen Schüler **tatbestandlich voraus**, dass dieser **Schüler eine Pflichtverletzung zu verantworten** hat. Diese Pflichtverletzung muss ihm zudem, wie Seite 5 zeigt, individuell zurechenbar sein. Beide Bestimmungen schließen es für Nordrhein-Westfalen schon vor der Stufe der Ermessensausübung zwingend aus, dass die Schule einen Schüler mit einer Schulordnungsmaßnahme für ein Fehlverhalten Dritter verantwortlich macht. Hat der Schüler hingegen, wie hier, eine ihm individuell zurechenbare Pflichtverletzung zu verantworten, darf die Schule gegen ihn eine Ordnungsmaßnahme auch mit dem Ziel der Einwirkung auf andere Schüler ergreifen.“*

Zu Unrecht beruft sich die zitierte Gegenauffassung im Übrigen auf die obergerichtliche Rechtsprechung insbesondere des VGH München und des OVG Koblenz. Beide Gerichte haben vielmehr ausdrücklich oder sinngemäß ebenfalls festgestellt, dass die Schule eine Schulentlassung insbesondere wegen Drogenmissbrauchs nach dem dort jeweils einschlägigen Landesrecht auch auf generalpräventive Gesichtspunkte stützen und diesen Gesichtspunkten erhebliches Gewicht bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung beimessen darf (VGH München, Beschl. v. 14.04.2014 – 7 CS 14.553, BeckRS 2014, 51306; BayVBI 2002, 671 = BeckRS 2002, 11416 – Marihuana; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2013, 963 – Legal Highs).“ (OVG Münster aaO)

2. Ordnungsmaßnahmen zur Generalprävention zulässig

Das OVG Münster hingegen ist der Auffassung, dass schulische Ordnungsmaßnahmen gegen einen Schüler, welcher seine Pflichten verletzt hat, auch aus generalpräventiven

Gründen zulässig sind. Nach § 53 I 1 NRWSchulG dienen die Maßnahmen der geordneten Unterrichts- und Erziehungsarbeit der Schule sowie dem Schutz von Personen und Sachen

„Diese beiden Teilzwecke qualifizieren die Ordnungsmaßnahmen als **ausschließlich zukunftsgerichtete pädagogische Maßnahmen (Prävention)**. Sie dienen dazu, den betr. Schüler selbst von einer Wiederholung seines Fehlverhaltens abzuhalten, ihn in seinem künftigen Verhalten zur Erfüllung seiner schulischen Pflichten anzuhalten und bei ihm Einsicht und Besserung zu bewirken (**Spezialprävention**) und/oder Mitschüler davon abzuhalten, ähnliche Ordnungsverstöße zu begehen, um Störungen des Schulbetriebs künftig zu unterbinden (**Generalprävention**). Es steht grundsätzlich im **Ermessen der Schule**, ob sie eine Schuldordnungsmaßnahme jeweils ausschließlich auf spezial- oder generalpräventive Gründe stützt und ob sie, wenn sie beide Gesichtspunkte heranzieht, diese kumulativ oder alternativ zu Grunde legt. Insbesondere entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Senats, dass die Schule eine **Ordnungsmaßnahme grundsätzlich auf generalpräventive Gründe stützen** darf. Solche Gründe sind von den in § 53 I 1 NRWSchulG allgemein formulierten Zielen mit umfasst, eine geordnete Unterrichts- und Erziehungsarbeit „der Schule“ und den Schutz von Personen und Sachen zu gewährleisten (OVG Münster, Beschl. v. 17.06.2014 – 19 B 679/14, BeckRS 2014, 53814; Beschl. v. 26.05.2014 – 19 B 203/14, BeckRS 2014, 52058; Beschl. v. 11.09.2012 – 19 B 935/12, BA S. 4).“ (OVG Münster aaO)

II. Prüfung der konkreten Maßnahme

Die Überweisung in eine parallele wurde kumulativ sowohl auf spezial- als auch auf generalpräventive Gründe gestützt.

1. spezialpräventive Gründe

Zunächst könnte ein spezialpräventives Bedürfnis bestehen.

„Der Ast. lässt eine **konsequente Einsicht** in sein Fehlverhalten bis heute vermissen, das in der Veröffentlichung einer **kompromittierenden Videoaufnahme** von seiner Klassenlehrerin Frau I im Unterricht auf seiner Facebook-Seite bestand. Schon in seiner Anhörung durch die Schulleiterin am 24.03.2014 gab er zu, er wisse aus den zahlreichen Informationen im Unterricht über den **Umgang mit sozialen Netzwerken**, dass sein Verhalten sowohl gegen alle schulischen Regeln verstoße als auch strafrechtliche Folgen habe, „er aber die **Situation witzig gefunden** habe und ihm das **egal gewesen** sei“. Zudem hat er Frau I bis heute nicht um Entschuldigung für sein Fehlverhalten ihr gegenüber gebeten. Bezeichnend für seine fehlende Unrechtseinsicht ist seine in der Beschwerdebegründung weiterverfolgte Taktik, seine Bemerkung „War dumm“ in dem Gespräch mit Frau I am Tag des Bekanntwerdens seines Facebook-Videos bei der Schulleitung nachträglich auf sein dieses Video zu beziehen. Denn für ihn war erkennbar, dass Frau I zu diesem Zeitpunkt noch nichts von diesem Video wissen konnte und sie daher seine Bemerkung nur auf das Foto bei Whats App beziehen konnte, von dem bis dahin ausschließlich die Rede gewesen war. Die Aktenlage spricht dafür, dass er das **Missverständnis bei Frau I aus Angst vor einer Strafanzeige bewusst in Kauf genommen** hat, um den wahren Sachverhalt ihr gegenüber nicht offenbaren zu müssen. Hierin läge ein weiterer schwerwiegender Vertrauensbruch gegenüber Frau I.

Sollte er, wie er nunmehr behauptet, **irrig angenommen** haben, Frau I habe bereits von Dritten **von seinem Facebook-Video erfahren**, so war es seine Aufgabe, das entstandene Missverständnis aufzuklären, und Frau I in einem erneuten Gespräch **ernsthaft um Entschuldigung** zu bitten. Stattdessen hat er es bei einer im Konjunktiv formulierten handschriftlichen Erklärung belassen, von der offen bleibt, ob, wie und wo er sie an Frau I übermittelt hat („Hätte ich von dem Missverständnis gewusst, hätte ich noch einmal mit ihnen geredet, um ihnen zu sagen, dass es mir Leid tut.“). Der Senat wertet diesen Brief als den **ausschließlich verfahrensangepassten Versuch**, den Ausgang des Beschwerdeverfahrens günstig zu beeinflussen. Seine Beteuerung in der Beschwerdebegründung, er wolle sein Fehlverhalten nicht relativieren, ist vor diesem Hintergrund ein reines Lippenbekenntnis.“ (OVG Münster aaO)

Die Maßnahme ist daher aus spezialpräventiven Gründen gerechtfertigt.

2. generalpräventive Gründe

Darüber hinaus könnte aber auch ein generalpräventives Bedürfnis für die Überweisung des Ast. in eine parallele Klasse bestehen.

„Ein solches Bedürfnis besteht in aller Regel, wenn ein Schüler ein **kompromittierendes Foto oder Video** von einem Lehrer **mit bedingtem Vorsatz** oder gar der erkennbaren Absicht in ein soziales Netzwerk einstellt, dessen **Ansehen** vor der Schulöffentlichkeit und gegebenenfalls auch außerhalb der Schule **herabzuwürdigen** (vgl. dazu: VG Augsburg, Urt. v. 05.02.2013 – Au 3 K 12.969, BeckRS 2013, 49593 – Schulentlassung wegen Facebook-Eintrag).

Dieses generalpräventive Bedürfnis hat im vorliegenden Fall besonderes Gewicht, weil **weite Kreise** der Gesamtschule C. das Handyvideo auf der Facebook-Seite des Ast. auch **tatsächlich zur Kenntnis** genommen haben. Das lässt sich aus der Mitteilung der Schulleiterin rückschließen, Frau I habe über Tage hinweg unangemessene Bemerkungen von Schülern der eigenen Klasse und aus anderen Jahrgangsstufen anhören müssen, ohne das Video selbst gesehen zu haben und ohne zu wissen, ob nicht doch noch eine Kopie des

Videos im Netz kursiert. Die Richtigkeit dieser Mitteilung hat der Ast. weder erstinstanzlich noch im Beschwerdeverfahren angezweifelt.“ (OVG Münster aaO)

Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Funktionsfähigkeit des Schulbetriebs infrage gestanden hat. Eine Überweisung in eine Parallelklasse setzt nicht voraus, dass das Fehlverhalten des Schülers die Funktionsfähigkeit des Schulbetriebs infrage stellt.

„Nur die Schulentlassung oder deren Androhung nach § 53 III Nr. 4 oder 5 NRWSchulG setzen nach dessen § 53 IV 1 NRWSchulG voraus, dass der Schüler durch schweres oder wiederholtes Fehlverhalten die Erfüllung der Aufgaben der Schule oder die Rechte anderer ernstlich gefährdet oder verletzt hat. Eine **Überweisung in eine parallele Klasse** oder Lerngruppe nach § 53 III Nr. 2 NRWSchulG darf die Schule hingegen auch unterhalb dieser Schwelle ergreifen, nämlich schon dann, wenn das Fehlverhalten des Schülers i.S.d. § 53 I 1 NRWSchulG die **geordnete Unterrichts- und Erziehungsarbeit der Schule beeinträchtigt**. Der in diesem Sinn verstandene „Schulfrieden“ war entgegen der Auffassung des Ast. nicht bereits dadurch wiederhergestellt, dass seine Eltern seine Facebook-Seite vor Ergehen der Ordnungsmaßnahme deaktiviert hatten. Das **generalpräventive Bedürfnis bestand vielmehr fort**, wie auch die über Tage hinweg andauernden unangemessenen Bemerkungen von Schülern verschiedener Jahrgangsstufen gegenüber Frau I belegen.“ (OVG Münster aaO)

3. Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist allerdings, ob die Maßnahme verhältnismäßig war. § 53 I 3 NRWSchulG sieht eine solche Verhältnismäßigkeitsprüfung ausdrücklich vor.

a) legitimer Zweck und Geeignetheit

Es steht nach Vorstehendem außer Zweifel, dass die Ordnungsmaßnahmen einen legitimen Zweck verfolgt und zur Zweckerreichung geeignet ist.

b) Erforderlichkeit

Allerdings müsste sie auch erforderlich sein. Dies ist nur dann der Fall, wenn es kein mildereres Mittel gibt, welches gleich geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen.

Insofern kommt auch ein vorübergehender Unterrichtsausschluss oder die befristete Überweisung in die Parallelklasse in Betracht. Allerdings hat die Schulleiterin im Rahmen ihrer Ermessensausübung durchaus das Gewicht des Pflichtverstoßes einerseits und andererseits die daraus resultierenden Folgen für die Lehrerin sowie für die Unterrichts- und Erziehungsarbeit der Schule berücksichtigt.

„Der Senat teilt ihre Bewertung auch in der Sache. Die **Pflichtverletzung** des Ast. war **in mehrfacher Hinsicht schwerwiegend**, weil er verbotswidrig im Unterricht eine Videoaufnahme von seiner Klassenlehrerin gemacht hat, indem er die Situation der lauten und heftigen Maßregelung des Mitschülers O wegen dessen Verletzung ihres Rechts am eigenen Bild, also **bewusst und direkt konträr gegen das schulische Verbot** und dessen Durchsetzung, aufgezeichnet und dadurch die Zurechtweisung durch die Klassenlehrerin der **Lächerlichkeit preisgegeben** hat; darüber hinaus hat er durch die Veröffentlichung des Videos auf seiner Facebook-Seite das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen schwer verletzt.

Insbesondere ist die **Überweisung** in eine parallele Klasse neben dem bestandskräftigen Unterrichtsausschluss **erforderlich**. Die Schulleiterin musste sich mit dieser milderen Ordnungsmaßnahme nicht begnügen, weil sie insbesondere den bereits erwähnten **generalpräventiven Zweck** mit der Überweisung in eine parallele Klasse **wirksamer erreichen** kann als mit dem auf eine Woche befristeten Unterrichtsausschluss. Dieser ist für die interessierte Schulöffentlichkeit heute allenfalls noch aus der Erinnerung heraus wahrnehmbar, während der **Klassenwechsel** des Ast. **langfristig** bei Schülern, Lehrern und Eltern **das Bewusstsein dafür schärft**, dass die Gesamtschule C. gegen unerlaubte kompromittierende Facebook-Veröffentlichungen konsequent einschreitet und damit dem Persönlichkeitsrecht Betr. **Priorität einräumt**.“ (OVG Münster aaO)

Die Maßnahme war daher auch erforderlich.

c) Angemessenheit

Der Klassenwechsel muss auch im engeren Sinne verhältnismäßig (angemessen) sein. Die Mittel-Zweck-Relation ist hier gewahrt.

„Die Schulleiterin hat überzeugend ausgeführt, dass sich der Ast. **gut** in die neue Klasse **integriert** hat und **sichtbare Nachteile** in seinem Lern- und Leistungsverhalten **ausgeblieben** sind. Die Einwände des Ast. hiergegen erschöpfen sich im Wesentlichen in dem Hinweis auf den Wegfall von Gruppenarbeiten und Referaten sowie gemeinsamen Ausflüge mit seinen früheren Klassenkameraden. Diese hat er als Folgen seines Fehlverhaltens hinzunehmen.“ (OVG Münster aaO)

Kurzauslese I

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

BGB
§ 543 II 1 Nr. 3b

Fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses Maßgeblicher Zeitpunkt des Vorliegens des Kündigungstatbestands

BGB

(LG Flensburg in ZMR 2014, 984; Beschluss vom 28.03.2014 – 1 T 8/14)

Das **Kündigungsrecht des Vermieters** ist erst dann **ausgeschlossen**, wenn eine **vollständige Befriedigung** erfolgt. Der Kündigungstatbestand muss daher im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr vorliegen.

„Die Kammer folgt nicht der vereinzelt gebliebenen und nicht näher begründeten Auffassung des AG Hamburg-Bergedorf (Urteil vom 30.08.2005 - Az. 409 C 168/05), wonach die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung auch noch zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vorliegen müssen. Die Kammer schließt sich vielmehr der gegenteiligen Auffassung des AG Dortmund an (WM 2004, 720), das überzeugend ausgeführt hat: „Ein einmal entstandener Kündigungsgrund erlischt erst dann wieder, wenn der Vermieter vollständig befriedigt wird (Schmidt-Futterer, Mietrecht 8. Auflage, § 543 Rn. 115 und 124). Der Begriff „vorher“ in § 543 II 2 BGB bezieht sich eindeutig auf die Kündigung und nicht auf die Klageerhebung. Die **Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs erfordert deshalb noch nicht einmal, dass zum Zeitpunkt der Kündigung der Kündigungstatbestand noch erfüllt ist**; es reicht vielmehr aus, dass der Kündigungstatbestand vor Abgabe der Kündigungserklärung verwirklicht war. Erst recht ist nicht erforderlich, dass der Kündigungsgrund noch zum Zeitpunkt der Klageerhebung bestand. Das Kündigungsrecht ist vielmehr erst dann ausgeschlossen, wenn der Vermieter vor der Kündigung vollständig befriedigt wurde (LG Köln ZMR 2002, 428).

Dieser Rechtsauffassung folgen, soweit ersichtlich, auch alle weiteren gerichtlichen Entscheidungen und Kommentare, soweit sie sich mit dieser Frage intensiver beschäftigen (BGH BB 1987, 2123; Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl., 2011, § 543 Rn. 125; Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Auflage, 2014, Rn. IV 374 und 376, jeweils m. w. Nachw.). Gerade im Fall der außerordentlichen Kündigung nach § 543 II 1 Nr. 3 b BGB, die für den Fall des Entstehens von Rückständen über einen längeren Zeitraum als 2 Monaten getroffen wurde, würde eine andere Auslegung dazu führen, dass der Mieter stets der Kündigungsmöglichkeit entgehen könnte, indem er nach Erreichen eines Rückstandes von 2 Monaten lediglich eine geringfügige Zahlung vornehmen würde, die den Gesamtrückstand knapp unter die Grenze brächte. Dies wäre mit dem **Zweck des Gesetzes**, dem Vermieter eine Kündigungsmöglichkeit für den Fall einzuräumen, dass die Kündigungsrückstände über einen längeren Zeitraum eine nicht mehr für zumutbar gehaltene Höhe erreichen, nicht vereinbar (LG Berlin ZMR 1992, 34).“ (LG Flensburg aaO)

BGB
§ 823

Unerlaubte Handlung Wettbewerbsverstoß

BGB

(LG Limburg in BB 2015, 129; Urteil vom 21.11.2014 – 5 O 18/14)

Wettbewerbswidriges Verhalten erfüllt nicht per se die Anspruchsvoraussetzungen für eine **unerlaubte Handlung gem. § 823 BGB**. Die sich aus den §§ 3 ff. UWG ergebenden Unterlassungsgebote beinhalten keine Schutzgesetzverletzung nach Maßgabe des § 823 II BGB.

„[Nach § 1 UWG] dient das Gesetz dem **Schutz der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb** und dem **Schutz der Verbraucher/-innen und der weiteren erfassten Marktteilnehmer vor unlauteren Verhaltensweisen**. Ungeachtet dessen bestimmt sich die Einordnung als Schutzgesetz allerdings maßgeblich danach, ob der Gesetzgeber über die aufgezeigten Unterlassungsgebote gerade einen Rechtsschutz, wie er vorliegend von der Klägerin in Anspruch genommen wird, intendiert hat. Die **Schaffung eben dieses individuellen Schadenersatzanspruchs muss erkennbar von den Unterlassungsgeboten im UWG erstrebt sein**, mindestens aber im haftungsrechtlichen Gesamtgefüge sinnvoll und tragbar erscheinen, wobei der Regelungszusammenhang der hier maßgeblichen Normen des UWG umfassend zu würdigen ist (vgl. grds. BGH, Urteil v. 13.12.2011 - XI ZR 51/10 -, Rz. 21 m. w. Nachw., zit. nach juris).

Während der strafbaren Werbung nach Maßgabe der §§ 16 ff. UWG **Schutzgesetzcharakter i. S. des § 823 II BGB** zukommt, trifft dies auf die aus den §§ 3 ff. UWG her leitbaren Unterlassungsgebote nicht zu (vgl. BGH, Urteil v. 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07 - Rz. 87, zit. nach juris; Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl., Einl., Rz. 7.5. m. w. Nachw.). Das Gesamtgefüge dieser zivilrechtlichen Unterlassungsgebote nach den §§ 3 ff. UWG ergibt sich durchgängig aus dem UWG selbst. Hier werden über § 8 UWG nicht nur Unterlassungsansprüche insoweit erfasst, sondern eben auch hierauf zurückzuführende Schadenersatzansprüche und Ansprüche auf Abschöpfung des Gewinns, §§ 9, 10 UWG. Zur Vorbereitung etwaiger Schadenersatzansprüche ist zudem ein Auskunftsanspruch gegen den wettbewerbswidrig Handelnden anerkannt. Das **Haftungssystem des UWG ist von daher abschließend und umfassend**. Dies korrespondiert mit der Begründung durch den Gesetzgeber. In BTDrucks. 15/1487 zu § 8 (Beseitigung und Unterlassung) heißt es dann auch folgerichtig: „...Die Regelungen zu den zivilrechtlichen Rechtsfolgen sind sowohl hinsichtlich der Klagebefugnis als auch hinsichtlich der Anspruchsgrundlagen abschließend. Dies hat zur Folge, dass das UWG entsprechend der bisherigen Rechtslage weiterhin kein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB ist. Etwas anderes gilt nur für die Strafbestimmungen der §§ 16 bis 19, da insoweit keine erschöpfende Regelung der zivilrechtlichen Rechtsfolgen erfolgt.“ (LG Limburg aaO)

VVG
§ 5a a.F. = § 49 n.F.

Widerspruchsbelehrung Fehlender Hinweis auf Schriftform des Widerspruchs

VVG

(OLG Köln in NJOZ 2015, 183; Urteil vom 15.08.2014 – 20 U 47/14)

Die **Widerspruchsbelehrung**: „Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerspruchs.“, **setzt die Widerspruchsfrist** des § 5a I 1 VVG a.F. = § 49 VVG n.F. **nicht wirksam in Gang**, da ihr der zwingend notwendige **Hinweis darauf, dass der Widerspruch schriftlich zu erheben ist, fehlt**.

„Nach § 5 a II 1 VVG a.F. (= § 49 VVG n.F.) beginnt der Lauf der Frist von 14 Tagen erst, wenn dem Versicherungsnehmer der Versicherungsschein und die Unterlagen nach Abs. 1 (Versicherungsbedingungen und Verbraucherinformationen nach § 10 a VAG) vollständig vorliegen und der Versicherungsnehmer bei Aushändigung des Versicherungsscheins schriftlich, in drucktechnisch deutlicher Form über das Widerspruchsrecht, den Fristbeginn und die Dauer belehrt worden ist.

Daran fehlt es ungeachtet des Umstandes, ob dem Kl. die Vertragsunterlagen überhaupt übersandt worden sind, jedenfalls deshalb, weil die **Widerspruchsbelehrung im Versicherungsschein fehlerhaft** ist. Die Belehrung lautet: „Sie können dem Versicherungsvertrag ab Stellung des Antrags bis zum Ablauf von 14 Tagen nach Zugang des Versicherungsscheins widersprechen. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerspruchs.“

Die Belehrung ist deswegen inhaltlich fehlerhaft, weil der **zwingend notwendige Hinweis darauf, dass der Widerspruch schriftlich zu erheben ist, fehlt** (vgl. BGH NJW-RR 2004, 751 = VersR 2004, 497). Dieser **Hinweis war nicht deshalb entbehrlich**, weil in S. 2 der Belehrung von der „Absendung“ des Widerspruchs die Rede ist. Damit **wird dem Versicherungsnehmer nicht klar vor Augen geführt, dass nur ein in Schriftform verfasster Widerspruch wirksam ist**. S. 2 bezieht sich lediglich auf den Fall, dass der Versicherungsnehmer den Widerspruch in dokumentierter Form erklären will und erläutert nur, dass in diesem Fall die rechtzeitige Absendung zur Fristwahrung reicht. Dass ein mündlicher Widerspruch ausgeschlossen ist und in jedem Fall die Schriftform gewahrt werden muss, ergibt sich aus der Belehrung nicht.“ (OLG Köln aaO)

StGB
§ 28 II

Bandenmitglied
Beteiligung an einer Bandentat

StGB

(BGH in FD-StrafR 2015, 366179; Beschluss vom 05.11.2014 – 2 StR 186/14)

Auch eine dreimalige Beteiligung an einer Bandentat macht einen Beteiligten nicht zwingend zum Bandenmitglied.

„Nicht jeder Beteiligte an einer Bandentat ist hierdurch schon Bandenmitglied; Bandenmitgliedschaft und Beteiligung an Bandentaten sind unabhängig voneinander zu beurteilen (vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl., § 244, Rn. 39). Weder der ursprünglich getroffenen Vereinbarung noch den einzelnen Unterstützungsleistungen des Angekl. lässt sich aber entnehmen, dass damit der Angekl. der erforderlichen **auf Dauer angelegten Verbindung mehrerer Täter zu künftiger gemeinsamer Tatbegehung beigetreten** ist. Es ist - auch wenn nicht ausgeschlossen ist, dass nach der Bandenabrede Beteiligte bei allen Bandentaten nur Gehilfen sein sollen (vgl. BGHSt 47, 214) - zu bedenken, dass der Angekl. lediglich auf kurzfristige Anweisung **untergeordnete Unterstützungsleistungen** erbracht hat, für die er **nicht oder nur in geringem Umfang entlohnt** worden ist. Zu berücksichtigen ist zudem, dass seit der eigentlichen Abrede mehr als neun Monate vergingen, bevor es zur ersten Unterstützungshandlung des Angekl. kam. Dies spricht auf den ersten Blick jedenfalls dafür, dass mit der getroffenen Vereinbarung noch **keine verbindliche Bandenabrede** mit dem Angekl. getroffen worden ist. Ob dies im Folgenden - konkludent im Zusammenhang mit den einzelnen Taten - geschehen ist, erscheint auf der Grundlage der getroffenen Vereinbarung und mit Blick auf die jeweilige konkrete Anforderung der Hilfeleistung des Angekl. gleichfalls zweifelhaft.“ (BGH aaO)

StGB
§ 177 IV Nr.1

Besonders schwere Vergewaltigung
Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs

StGB

(BGH in NStZ 2015, 84; Beschluss vom 15.04.2014 – 2 StR 545/13)

Zur Verwirklichung des Tatbestands des § 177 IV Nr. 1 StGB reicht es aus, wenn der Täter das **Werkzeug ohne Nötigungskomponente**, sondern **allein zur eigenen Luststeigerung im unmittelbaren Zusammenhang mit dem sexuellen Geschehen** gegen das Tatopfer einsetzt.

„[Es] kommt nicht notwendigerweise darauf an, ob die generell verängstigte Geschädigte den Oralverkehr mit dem Angekl. auch ohne den Einsatz des Messers gegen ihren Willen vorgenommen hätte. Das **gefährliche Werkzeug muss** zur Erfüllung des Qualifikationstatbestands nicht zwingend als Nötigungsmittel, sondern **nur „bei der Tat“ verwendet werden, also entweder als Nötigungsmittel oder als Werkzeug bei der sexuellen Handlung** (vgl. BGHSt 46, 225; BGH StV 2006, 416). Dafür genügt es auch, wenn ein „**einheitlicher Vorgang mit Sexualbezug**“ vorliegt (BGH StV 2002, 350 nicht abgedr.). Ein solcher Vorgang ist nach den Feststellungen des LG erfolgt, da der Angekl. den Messereinsatz auch zur Luststeigerung vornahm.

Die **Gefährlichkeit des Werkzeugs** ist auch unter diesem Blickwinkel - unbeschadet des Messereinsatzes gegenüber der Geschädigten „ohne Druck und ohne sie dabei zu verletzen“ - anzunehmen. Die zur Erfüllung des Qualifikationstatbestands genügende abstrakte Gefahr erheblicher Verletzungen war auch bei einem zurückhaltenden Einsatz unmittelbar an Kopf, Hals und Brust der Geschädigten gegeben.“ (BGH aaO)

StGB
§ 171

Verbot der Doppelbestrafung
Verstoß gegen Schulpflicht

StGB

(BVerfG in HRRS 2015, 2; Beschluss vom 15.10.2014 – 2 BvR 920/14)

Werden **sorgeberechtigte Eltern (mehrfach) wegen Entziehung (derselben) Kinder von der Schulpflicht verurteilt**, stellt dies **keine Verletzung des Verbots der Doppelbestrafung** aus Art. 103 III GG dar.

I. **"Tat" i. S. des Art. 103 III GG** ist der **geschichtliche - und damit zeitlich und sachverhältnissmäßig begrenzte - Vorgang**, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen und innerhalb dessen der Angekl. als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll (vgl. BVerfGE 23, 191; BVerfG 45, 434; BVerfG 56, 22).

„Vor diesem Hintergrund ist die rechtliche Würdigung der Fachgerichte, wonach es sich bei den abgeurteilten Taten und dem zeitlich vorangehenden Verhalten der Bf. um verschiedene Taten handelt, nicht zu beanstanden. Die **geschichtlichen Vorgänge**, die den unterschiedlichen Verurteilungen zugrunde lagen bzw. liegen, sind schon **zeitlich nicht identisch und voneinander abgrenzbar** (vgl. BVerfGK 7, 417), da die verschiedenen Straferkenntnisse unterschiedliche Tatzeiträume betrafen, so dass

hierin eine willkürliche - und damit auch gegen Art. 3 I GG verstoßende - Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhalts nicht zu erkennen ist.“ (BVerfG aaO)

- II. Eine **unzulässige Doppelbestrafung** liegt auch nicht deshalb vor, weil das **tatbestandliche Verhalten auf eine einmal getroffene, "festgefügte und unumstößliche" Glaubens- und Gewissensentscheidung zurückzuführen** ist.

„Die von [den Bf.] in diesem Zusammenhang angeführte Rspr. des BVerfG zur **Ersatzdienstverweigerung**, wonach die wiederholte Nichtbefolgung einer Einberufung zum Zivildienst unter dem Gesichtspunkt eines einheitlichen und fortwirkenden inneren Entschlusses dann dieselbe Tat i. S. von Art. 103 III GG darstellt, wenn der Dienstverweigerung eine fortdauernde und ernsthafte, an den Kategorien von "Gut" und "Böse" orientierte Entscheidung des Gewissens zugrunde liegt (vgl. BVerfGE 23, 191; BVerfG NJW 1984, 1675), lässt sich nicht auf vorliegenden Sachverhalt übertragen: Die an Ersatzdienstverweigerer einerseits und an die Eltern schulpflichtiger Kinder andererseits gestellten und jeweils nicht erfüllten Anforderungen sind unterschiedlich (vgl. BVerfGE 28, 264 zur Waffendienstverweigerung). Jenen Entscheidungen lag die Besonderheit zugrunde, dass Ersatzdienstverweigerer der stets gleich bleibenden Forderung des Staates auf einmalige Erfüllung der Ersatzdienstpflicht nicht nachkamen und sich deren Tatbestandsverwirklichung folglich in einem einmaligen Unterlassen erschöpften (vgl. BVerfGE 28, 264; BVerfG NJW 1983, 1600 jew. zur Waffendienstverweigerung), während dies bei Eltern, die ihre Kinder vom Schulbesuch fernhalten, nicht der Fall ist.“ (BVerfG aaO)

1. Nach **§ 67 I HessSchulG** sind die Eltern dafür verantwortlich, dass ihre schulpflichtigen Kinder regelmäßig am Unterricht und an den Unterrichtsveranstaltungen der Schule teilnehmen, bei der zuständigen Schule an- und abgemeldet, zur Schulanmeldung vorgestellt sowie für den Schulbesuch angemessen ausgestattet werden.

In Ansehung dessen liegt ein **"Entziehen" i. S. des § 182 I HessSchulG** bereits dann vor, **wenn Erziehungsberechtigte durch Unterlassen von erforderlichen Überwachungsmaßnahmen nicht dafür Sorge tragen, dass ihre schulpflichtigen Kinder regelmäßig der Schulpflicht nachkommen**; dieses Tatbestandsmerkmal kann aber auch dadurch herbeigeführt werden, dass Eltern - etwa aus kulturellen oder religiösen Gründen - ihre schulpflichtigen Kinder durch aktives Tun gezielt von der Teilnahme am Unterricht fernhalten (vgl. Köller/Achilles/Manten, Hessisches Schulgesetz, § 182 Rn. 2 (Dezember 2011); Rinio ZfJ 2001, 221; ders. FPR 2007, 467).

„Da im vorliegenden Verfahren der **Schwerpunkt des strafrechtlichen Vorwurfs** gegenüber den Bf. auf der letztgenannten Variante und damit auf einem aktiven Tun liegt, ist schon aus diesem Grund deren Tatbestandsverwirklichung nicht mit dem "Totalunterlassen" eines Ersatzdienstverweigerers vergleichbar.“ (BVerfG aaO)

2. Dessen ungeachtet ist auch bei einem Unterlassen der Eltern, ihre Kinder zum Schulbesuch anzuhalten, deren diesbzgl. **Gewissensentscheidung** - anders als diejenige eines Ersatzdienstverweigerers - **von vielschichtigen Faktoren abhängig und damit in mehrfacher Hinsicht "teilbar"**.

„So besteht nach **§ 56 I HessSchulG** für alle Kinder, Jugendlichen und Heranwachsenden die Schulpflicht, die im Land Hessen ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben. Die **Schulpflicht** erweist sich somit als eine **höchstpersönliche Pflicht**; Eltern sind bzgl. jedes ihrer Kinder gefordert, deren Teilnahme am Unterricht zu gewährleisten, so dass schon insoweit eine einheitlich getroffene Gewissensentscheidung **keine Klammerwirkung** - gleichsam die Schulpflichtverletzung mehrerer Kinder verknüpfend - zu erzeugen vermag. Aber selbst dann, wenn man lediglich auf die Schulpflicht jedes einzelnen Kindes abstellt, wird aufgrund einer derartigen Gewissensentscheidung nicht zwangsläufig dieselbe Tat i. S. des Art. 103 III GG begründet. Denn auch insoweit ist die Erfüllung der Schulpflicht - anders als die Ersatzdienstpflicht - nicht von gleich bleibenden Faktoren abhängig, sondern vielmehr in Relation zur Person des Schulpflichtigen und den äußeren Rahmenbedingungen des Unterrichts beziehungsweise der jeweiligen Schule zu setzen. So stellt sich für Eltern etwa anlässlich eines Wechsels auf eine weiterführende Schule oder gar der Schulform sowie angesichts des breitgefächerten, sich ständig ändernden Fächerkanons und nicht zuletzt in Anbetracht der individuellen Persönlichkeitsentwicklung des Kindes immer wieder neu die Frage, ob und inwiefern sie es mit ihrem Gewissen vereinbaren können, ihr Kind am Unterricht einer anerkannten Schule teilnehmen zu lassen.“ (BVerfG aaO)

3. Ausgehend von einem solchen Verständnis der Schulpflicht kann angenommen werden, dass sich der **Normbefehl immer wieder aktualisiert** und die Schulpflicht jedes einzelnen Kindes mithin mehrfach verletzt und sanktioniert werden kann.

„Insofern ist das **tatbestandliche Verhalten des "Entziehens" einer wiederholten Befehlsverweigerung vergleichbar**, deren mehrfache Ahndung das BVerfG trotz einer einmal getroffenen Gewissensentscheidung für verfassungsrechtlich zulässig erachtet hat (vgl. BVerfGE 28, 264; BVerfG NJW 1983, 1600). Vor diesem Hintergrund vermag die **Gewissensentscheidung** der Bf. - ungeachtet dessen, das deren diesbzgl. Vorbringen ("festgefügte und unumstößliche" Glaubens- und Gewissensgründe) zu unsubstantiiert war, um diese zu dem die innere Tatseite und von da aus die gesamte Handlung beherrschenden Tatbestandsmerkmal werden zu lassen - **nicht Bindeglied der mehreren äußeren Handlungen zu einer einheitlichen Handlung** sein (vgl. BVerfGE 28, 264).“ (BVerfG aaO)

KunstUrhG
§§ 23, 33 I Nr. 3

Verbot des Fotografierens von Gegendemonstranten

öffR

Zulässigkeit

(VGH München in NVwZ 2015, 104; Beschluss vom 16.10.2014 – 10 ZB 13.2620)

Ein **Verbot**, mit dem das **Fotografieren von Gegendemonstranten, opponierenden Teilnehmern und unbeteiligten Personen auf einer Demonstration** untersagt wird, ist **rechtmäßig**.

„Denn das VG ist im konkreten Fall zu Recht davon ausgegangen, dass nach den zur Zeit des Erlasses der Beschränkung erkennbaren Umständen die **öffentliche Sicherheit** – konkret die Beachtung der Vorschriften des Kunsturhebergesetzes sowie des Rechts am eigenen Bild – **bei Durchführung der angezeigten Versammlung unmittelbar gefährdet** war (Art. 15 I BayVersG). Eine derartige Gefahr hat das Erstgericht in nicht zu beanstandender Weise darin gesehen, dass nach dem festgestellten Verhalten bei früheren, gleich gelagerten Versammlungen des Kl. konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden, dass auch bei der streitbefangenen Versammlung

am 29.6.2013 von Versammlungsteilnehmern und insbesondere vom Landesvorsitzenden des Kl. Bildaufnahmen von Gegendemonstranten (und unbeteiligten Dritten) angefertigt werden, diese ohne Einwilligung der abgebildeten Personen (§ 22 I KunstUrhG) und ohne Rechtfertigungsgründe (§ 23 KunstUrhG) im Internet veröffentlicht werden und dadurch der **Straftatbestand gem. § 33 KunstUrhG** verwirklicht wird (vgl. BVerwGE 143, 74 = NJW 2012, 2676). Den Ausnahmetatbestand nach § 23 I Nr. 3 KunstUrhG, wonach Bilder von Versammlungen verbreitet werden dürfen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben, hat das VG zu Recht verneint. Denn selbst wenn man nicht nur die eigentliche Versammlung selbst, sondern auch deren Umfeld und den Rahmen, in dem sie stattfindet, sowie die Wirkung, die sie dort erzeugt, noch von der **Abbildungsfreiheit** nach dieser Bestimmung umfasst ansieht (vgl. Wandtke/Bullinger, Praxiskomm zum UrheberR, 4. Aufl. 2014, § 23 Rn. 26 m. w. Nachw.), können dem berechnigte Interessen nach § 23 II KunstUrhG entgegenstehen. Solche **entgegenstehenden berechtigten Interessen** hat das VG bei der erforderlichen umfassenden Abwägung der widerstreitenden Interessen zu Recht darin gesehen, dass die **konkrete Gefahr der Verbreitung dieser Bildaufnahmen im Internet mit deutlich negativer Tendenz – zur Bloßstellung, Anprangerung und sogar Beleidigung sowie Einschüchterung opponierender Personen und Gegendemonstranten – gedroht habe** (so auch: VGH München BeckRS 2013, 53429 – im Eilverfahren des Kl.).“ (VGH München aaO)

AO
§ 231 I 1

Zahlungsverjährung

Unterbrechung durch Vollstreckungsmaßnahme

öffR

(OVG NRW in DöV 2015, ; Beschluss vom 16.10.2014 – 14 A 1098/14)

Sucht ein Vollziehungsbeamter die Wohnung eines Schuldners auf, um dort Vollstreckungsmaßnahmen vorzunehmen, **betritt er die Wohnung aber nicht**, liegt darin **keine die Zahlungsverjährung unterbrechende Vollstreckungsmaßnahme** i. S. d. § 12 I Nr. 5a KAG NRW i. V. m. § 231 I 1 AO.

I. Gem. **§ 12 I Nr. 5 a des Kommunalabgabengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (KAG)** i. V. m. § 231 S. 1 AO wird die **Verjährung unterbrochen**

- durch schriftliche Geltendmachung des Anspruchs,
- durch Zahlungsaufschub,
- durch Stundung,
- durch Aussetzung der Vollziehung,
- durch Aussetzung der Verpflichtung des Zol Schuldners zur Abgabentrichtung,
- durch Sicherheitsleistung,
- durch Vollstreckungsaufschub,
- durch eine Vollstreckungsmaßnahme,
- durch Anmeldung im Insolvenzverfahren,
- durch Aufnahme in einen Insolvenzplan oder einen gerichtlichen Schuldenbereinigungsplan,
- durch Einbeziehung in ein Verfahren, das die Restschuldbefreiung für den Schuldner zum Ziel hat, und
- durch Ermittlungen der Finanzbehörde nach dem Wohnsitz oder dem Aufenthaltsort des Zahlungspflichtigen.

„Keine diese Maßnahmen liegt hier vor, insbesondere hat der Obergerichtsvollzieher **keine Vollstreckungsmaßnahme ergriffen**. Er hat lediglich mehrfach vergeblich versucht, die Kl. - offensichtlich in ihrer Wohnung - anzutreffen. Das ist keine Vollstreckungsmaßnahme i. S. der Vorschrift. Da die Vorschriften der §§ 249 ff. AO bis auf wenige Ausnahmen nicht durch § 12 KAG für entsprechend anwendbar erklärt werden, kommt es für den Begriff der Vollstreckungsmaßnahme darauf an, ob eine Vollstreckungsmaßnahme nach §§ 1 bis 54 VwVG NRW bzw. eine solche nach anderen anwendbaren Vorschriften vorliegt.

Der Obergerichtsvollzieher hat hier die Wohnung der Schuldnerin aufgesucht, um ggf. Vollstreckungsmaßnahmen durchzuführen, etwa eine Pfändung nach § 808 ZPO. Er hat aber keine Vollstreckungsmaßnahme - auch keine erfolglose - durchgeführt. **Maßnahmen, die Vollstreckungsmaßnahmen lediglich vorbereiten** (hier: Aufsuchen der Wohnung der Schuldnerin, um dort Pfändungen durchzuführen), **sind aber begrifflich keine Vollstreckungsmaßnahmen oder Teil derselben** (so BFHE 181, 259).

Für das Aufsuchen der Wohnung eines Schuldners durch den Gerichtsvollzieher, um dort eine Pfändung vorzunehmen, ohne dass es zu einem - auch erfolglosen - Pfändungsversuch kommt, weil der Gerichtsvollzieher die Wohnung nicht betritt und deshalb auch keine Feststellungen über pfändbares Vermögen trifft, kann nichts anderes gelten. Es wurde lediglich eine Vollstreckungsmaßnahme vorbereitet, es ist aber nicht dazu gekommen.“ (OVG NRW aaO)

II. Dass **Maßnahmen zur Vorbereitung einer Vollstreckungsmaßnahme keine Vollstreckungsmaßnahmen** sind, ist auch **einhellige Auffassung der Lit.**

vgl. Klein, AO, 12. Aufl., § 231 Rn. 15, auch für ein Erscheinen des Vollstreckungsbeamten beim Schuldner mit Zahlungsaufforderung; Pahke/Koenig, AO, 2. Aufl., § 231 Rn. 23, auch für das bloße Betreten der Wohnung des Schuldners; Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, FGO, Loseblattsammlung (Stand: Juli 2014), § 231 AO, Rn. 27; Tipke/Kruse, AO, FGO, Loseblattsammlung (Stand: September 2014), § 231 Rn. 24 f., auch für das bloße Betreten der Wohnung des Schuldners

„Die Auffassung in der Lit., die das Betreten der Räume eines Vollstreckungsschuldners zum Zwecke der Vollstreckung als Vollstreckungsmaßnahme anerkennt, sieht erst dieses Betreten als den **"Startschuss" für die Vollstreckung** an (Carl, Verjährungsunterbrechung durch Vollstreckungsmaßnahmen, BB 1991, 46).

Ein bloßes Klingeln an der Wohnung, ohne dass geöffnet wird, kann somit selbst nach dieser Auffassung noch nicht als Vollstreckungsmaßnahme angesehen werden.“ (OVG NRW aaO)

Unterlassungsanspruch
Unzulässige wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde
(VGH BW in DöV 2015, 118; Urteil vom 05.11.2014 – 1 S 2333/13)

Der **Unterlassungsanspruch des privaten Mitbewerbers** ist, wenn eine gegen § 102 I Nr. 3 GemO verstoßende wirtschaftliche Betätigung bereits erfolgt ist, **auf Beendigung dieser Betätigung gerichtet. Auf welche Weise** die Gemeinde eine **rechtswidrige wirtschaftliche Betätigung einstellt, bleibt ihr überlassen.**

*„Aus § 102 I Nr. 3 GemO folgt ein Anspruch auf Unterlassung der unzulässigen wirtschaftlichen Betätigung. Ist die Beteiligung bereits erfolgt, kann der private Konkurrent auch verlangen, dass die Gemeinde die **Fortführung eines bereits bestehenden Unternehmens einstellt**. Der Unterlassungsanspruch reicht so weit wie der Tatbestand des § 102 I Nr. 3 GemO (Stehlin/Grabolle, VBIBW 2007, 41), er ist also bei bereits erfolgter Beteiligung auf Rückgängigmachung gerichtet, soweit dies rechtlich möglich ist. Dieses Rechtsschutzziel hat die Kl. jedoch bereits mit dem Feststellungsausspruch erreicht. Es ist davon auszugehen, dass die Bekl. als öffentlich-rechtliche Körperschaft dem Feststellungsurteil nach Eintritt der Rechtskraft nachkommen wird (vgl. VGH BW NVwZ 2000, 1304 m. w. Nachw.).*

*Mit dem streitgegenständlichen Berufungsantrag geht es der Kl. jedoch nicht um das Ob, sondern **um das Wie der Beendigung der unzulässigen wirtschaftlichen Betätigung**. Sie will erreichen, dass die Beteiligung durch Kündigung der OHG, Auflösung und Auseinandersetzung dieser Gesellschaft beendet wird. Ein solcher **Anspruch lässt sich aus § 102 I Nr. 3 GemO nicht ableiten**. Es muss der Bekl. überlassen bleiben, ob sie über die von ihr beherrschte GSE ihre Beteiligung an der OHG an einen privaten Dritten veräußert oder ob sie die OHG aus wichtigem Grund - Unzulässigkeit der Beteiligung wegen Verstoßes gegen § 102 I Nr. 3 GemO - kündigt (vgl. § 131 III Nr. 3 HGB).“ (VGH BW aaO)*

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

§§ 711, 709 S. 2

Bemessung der Sicherheitsleistung**Abwendung der Zwangsvollstreckung**

ZPO

(BGH in NJW 2015, 77; Beschluss vom 13.11.2014 – VII ZB 16/13)

Der auf Grund des Urteils **vollstreckbare Betrag**, der die Bemessungsgrundlage für die Sicherheit nach § 711 S. 2 in Verbindung mit § 709 S. 2 ZPO ist, umfasst **neben der Hauptforderung auch Nebenforderungen**, insbesondere bereits aufgelaufene Zinsen, die bis zur Vollstreckung angefallen sind, oder auch die Kosten des Rechtsstreits, soweit sie bereits durch einen Kostenfestsetzungsbeschluss beziffert sind.

A. Grundlagenwissen: Die Abwendungsbefugnis nach § 711 ZPO

I. Allgemeines

In den Fällen des § 708 Nr. 4-11 ZPO (s.o. lit. b) – lit. t)) hat das Gericht nach § 711 ZPO auszusprechen, dass der Schuldner die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abwenden darf, wenn nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Der **Schuldner**, der nicht von vornherein durch eine vom Gericht angeordnete Sicherheitsleistung des Gläubigers geschützt wird, **hat die Möglichkeit**, die **Vollstreckung** dadurch **zu verhindern**, dass er hinsichtlich des zu vollstreckenden Betrages Sicherheit leistet, solange nicht die „Gegensicherheit“ des Gläubigers vorliegt. Leistet der Schuldner die Sicherheit, hat der Gläubiger grundsätzlich kein schutzwürdiges Interesse daran, vor Eintritt der Rechtskraft gegen den Schuldner ohne Sicherheitsleistung zu vollstrecken, weil die Realisierung seines Anspruchs nicht mehr gefährdet ist. Er kann aber gleichwohl seinerseits Sicherheit leisten und dann noch gegen den Schuldner vollstrecken. Der Schuldner kann also nur die Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung des Gläubigers verhindern, nicht die Vollstreckung selbst.

Die Sicherheit kann **der Höhe nach** festgelegt werden. Allerdings ist es nach §§ 711 S. 2, 709 S. 2 ZPO bei der Vollstreckung wegen einer Geldforderung auch möglich, eine **verhältnismäßige Sicherheit** festzulegen, d.h. die Höhe der Sicherheitsleistung von der Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages abhängig zu machen.

Eine **Abwendungsbefugnis** wird dem Schuldner nach § 713 ZPO nur dann **nicht eingeräumt**, wenn ein **Rechtsmittel** gegen das Urteil nach pflichtgemäßer Prüfung durch das Gericht **unzweifelhaft nicht zulässig** ist (Baumbach/Hartmann, § 713, Rn. 2).

II. Art der Sicherheitsleistung

Wie Sicherheit geleistet werden kann, ist in § 108 ZPO geregelt. Danach kann das Gericht **nach freiem Ermessen** bestimmen, in welcher Art und Höhe die Sicherheit zu leisten ist. Trifft das Gericht, wie regelmäßig, keine entsprechende Bestimmung und haben auch die Parteien keine entsprechende Vereinbarung getroffen, kann Sicherheit geleistet werden durch:

- die schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete **Bürgschaft** eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts
- durch **Hinterlegung von Geld**
- durch **Hinterlegung von solchen Wertpapieren**, die nach § 234 I, III BGB zur Sicherheitsleistung geeignet sind. Dies sind nur solche Wertpapiere, die auf den Inhaber lauten, einen Kurswert haben und einer Gattung angehören, in der Mündergeld angelegt werden darf. Den Inhaberpapieren stehen Orderpapiere gleich, die mit Blankoindossament versehen sind. Allerdings kann mit Wertpapieren Sicherheit nur in Höhe von $\frac{3}{4}$ des Kurswerts geleistet werden.

Allerdings ist auch eine **Bürgschaft durch** einen nach § 239 BGB auch **tauglichen Bürgen** möglich. Bei Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren hat der Sicherheit Leistende

gem. § 108 II ZPO i.V.m. § 235 BGB die Möglichkeit, die eine durch die jeweils andere **Sicherheit umzutauschen**.

III. Höhe der Sicherheitsleistung

Die Höhe der Sicherheitsleistung bestimmt das Gericht gem. § 108 ZPO nach freiem Ermessen. Bei der Festlegung der Höhe ist der **Zweck einer Sicherheitsleistung maßgeblich**.

Vor diesem Hintergrund sind auch verschieden hohe Sicherheitsleistungen für Schuldner und Gläubiger möglich. Hierbei kommt es hinsichtlich der Sicherheitsleistung des Schuldners darauf an, welche **Nachteile dem Gläubiger** dadurch entstehen, dass er erst ab Rechtskraft vollstrecken kann. Hinsichtlich der Sicherheitsleistung des Gläubigers ist maßgeblich, welcher **Schaden dem Schuldner** durch die vorzeitige Vollstreckung entstehen kann.

Hierbei sind neben der **Hauptforderung** auch die **Zinsen** (h.M.: bis zur Entscheidung + ½ Jahr nach Urteilsverkündung), **außergerichtliche Kosten** (insb. Kosten nach RVG) und **Gerichtskosten** zu berücksichtigen.

IV. Wirkungen der Abwendungsbefugnis

Leistet der Schuldner die Sicherheit nicht, ist die Zwangsvollstreckung nicht gehindert. Erfolgt die Sicherheitsleistung des Schuldners, ist die Zwangsvollstreckung unzulässig, solange der Gläubiger nicht seinerseits ebenfalls Sicherheit leistet. Ist die Vollstreckung bei Sicherheitsleistung durch den Schuldner bereits eingeleitet, so muss sie gem. § 775 Nr. 3, 776 ZPO eingestellt werden.

Erbringt der Gläubiger vor der Vollstreckung seinerseits die Sicherheitsleistung, so darf er vollstrecken und ist dabei **nicht auf die Sicherungsvollstreckung nach § 720a ZPO** beschränkt. Ist die Sicherheitsleistung durch den Schuldner schon zuvor erfolgt, kann dieser **Rückgabe seiner Sicherheit** gem. § 109 ZPO verlangen (Thomas/Putzo, § 711, Rn. 5).

Der Schuldner kann die Vollstreckung dann nur noch über einen **Vollstreckungsschutzantrag** nach § 712 ZPO abwenden, wenn er glaubhaft macht, dass die Vollstreckung ihm einen **nicht zu ersetzenden Nachteil** bringen würde und er dies vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, beantragt (§ 714 ZPO). Dies unterbleibt nach § 713 ZPO nur dann, wenn ein **Rechtsmittel** gegen das Urteil nach pflichtgemäßer Prüfung durch das Gericht **unzweifelhaft nicht zulässig** ist (Baumbach/Hartmann, § 713, Rn. 2).

Kann der **Gläubiger** die Sicherheit **nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten** leisten, so kann das Gericht dem Gläubiger gem. §§ 711 S. 3, 710 ZPO trotz der Sicherheitsleistung des Schuldners die Vollstreckung gestatten, **wenn die Aussetzung** der Vollstreckung dem Gläubiger einen schwer **zu ersetzenden oder schwer abzusehenden Nachteil** bringen würde. Dies gilt auch dann, wenn es **aus sonstigen Gründen unbillig** wäre, die Vollstreckung von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, insbesondere weil der Gläubiger die **Leistung** für seine Lebenshaltung oder seine Erwerbstätigkeit **dringend benötigt**. Auch hier ist ein entsprechender Antrag nach § 714 ZPO vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung zu stellen, auf die das Urteil ergeht.

B. Bemessung der Sicherheit zur Abwendung der Zwangsvollstreckung (vgl. BGH in NJW 2015, 77)

Fall: Die Gläubiger haben am 13.05.2011 den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Berufungsurteils des OLG vom 13.04.2011 beantragt, mit dem die Schuldner zur Zahlung von 6.047.796,30 Euro nebst 4 % Zinsen aus einem Betrag von 270.941,93 Euro seit dem 23.02.1996 bis zum 18.02.1998, aus einem Betrag von 2.709.370,60 Euro seit dem 19.02.1998 bis zum 22.04.2001 und aus 6.047.796,30 Euro seit dem 23.04.2001 verurteilt worden waren. Nr. 5 des Urteilstenors lautet auszugsweise:

„Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Bekl. dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Kl. zuvor Sicherheit i.H.v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leisten.“

Nachdem die Schuldner mitgeteilt hatten, dass sie zwei Prozessbürgschaften über insgesamt 9.877.343,10 Euro gestellt hatten, hat das VollstrG den Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zurückgewiesen (AG Frankfurt a. M., Beschl. v. 20.01.2012 – 82 M 9424/11, BeckRS 2014, 22942). Hiergegen haben die Gläubiger sofortige Beschwerde eingelegt unter anderem mit der Begründung, die gestellte Sicherheit sei angesichts der Hauptforderung von 6.047.796,30 Euro, bis 14.03.2012 aufgelaufener Zinsen (3.000.761,71 Euro) und der Verpflichtung, 110 % des Vollstreckungsbetrags leisten zu müssen (Gesamtbeitrag somit 9.953.413,81 Euro), unzureichend. Durfte der Antrag der Gläubiger auf Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses mit der Begründung zurückgewiesen werden, dass die Schuldner die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung nach § 711 S. 2 i.V.m. § 709 S. 2 ZPO angeordnete Sicherheit in ausreichender Höhe geleistet hätten?

I. formell ordnungsgemäße Sicherheitsanordnung

Zunächst müsste die Anordnung der Sicherheit zur Abwendung der Zwangsvollstreckung für die Schuldner aus dem vorläufig vollstreckbaren Titel formell ordnungsgemäß erfolgt sein.

Nach § 708 Nr. 10 ZPO sind **Berufungsurteile** in vermögensrechtlichen Streitigkeiten – um eine solche handelt es sich hier – **ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar**. Allerdings hat das Gericht nach § 711 S. 1 ZPO auszusprechen, dass der Schuldner die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abwenden darf, wenn nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit leiste (sog. **Abwendungsbefugnis**). Hierbei führt der Verweis des § 711 S. 2 ZPO auf § 709 S. 2 ZPO dazu, dass die Höhe der Sicherheitsleistung nicht konkret benannt werden muss, sondern die Höhe der Sicherheitsleistung in einem bestimmten Verhältnis zur Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages angegeben werden kann.

„Die Anordnung der Sicherheit zur Abwendung der Zwangsvollstreckung für die Schuldner aus dem vorläufig vollstreckbaren Titel des OLG vom 13.04.2011 entspricht in ihrem Wortlaut der gesetzlichen Vorgabe in § 711 S. 2 i.V.m. § 709 S. 2 ZPO. Danach ist die Sicherheit ‚in einem bestimmten Verhältnis zur Höhe des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags zu leisten.‘“ (BGH aaO)

Die Sicherheitsanordnung im Rahmen der Abwendungsbefugnis ist daher formell ordnungsgemäß erfolgt.

II. Berechnung der erforderlichen Sicherheit

Fraglich ist allerdings, ob die prozentuale Sicherheitsleistung sich nur an der Hauptforderung zu orientieren hat. Dies ist umstritten.

1. Orientierung nur an der Hauptforderung

Teilweise wird angenommen, dass nur die Hauptforderung für die Bemessung der Abwendungsbefugnis relevant ist. Dies wird angenommen mit der Begründung, **Kosten und Zinsen** seien **über den prozentualen Zuschlag abgesichert** (so MüKo-ZPO/Krüger, 2. Aufl., ZPO-Reform, § 709 Rn. 3; MüKo-ZPO/Götz, 4. Aufl., § 709 Rn. 5; OLG Celle, NJW 2003, 73).

2. Berücksichtigung auch von Kosten und Zinsen

Eine andere Ansicht geht davon aus, dass die aus dem Urteil insgesamt zu vollstreckende Forderung mit Hauptforderung, **Zinsen und Kosten erfasst** sein soll (so Musielak/Lackmann, ZPO, 11. Aufl., § 709 Rn. 5; Gehrlein, MDR 2003, 421 [429]). Nach dieser Ansicht deckt der **prozentuale Zuschlag** nur den möglichen weiteren **Vollstreckungs- bzw. Verzögerungsschaden** ab.

3. Auffassung des BGH

Der letztgenannten Meinung hat sich der BGH angeschlossen.

a) Wortlautauslegung

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der „auf Grund des Urteils vollstreckbare Betrag“ Bemessungsgrundlage für die Sicherheit.

„Das sind neben der Hauptforderung auch Nebenforderungen, insbesondere bereits aufgelaufene Zinsen, die bis zur Vollstreckung angefallen sind, oder auch die Kosten des Rechtsstreits, soweit sie bereits durch einen Kostenfestsetzungsbeschluss beziffert sind. Alle diese Beträge können (nur) auf Grund des Urteils vollstreckt werden. Es besteht kein Anlass, die Vorschrift einschränkend auszulegen.“ (BGH aaO)

b) systematische Auslegung

Die nach dem Gesetz vorgesehene Sicherheitsleistung eines Schuldners zur Abwendung einer Vollstreckung unterscheidet sich von einer vom Gläubiger nach § 709 S. 2 ZPO direkt oder i.V.m. § 711 S. 2 ZPO zu leistenden Sicherheit dadurch, dass dort Sicherheit im Verhältnis zur Höhe des „**jeweils zu vollstreckenden Betrags**“, hier dagegen des „**vollstreckbaren Betrags**“ zu leisten ist.

*„Hiermit ist ausgedrückt, dass der **Schuldner im Gegensatz zum Gläubiger** keine Möglichkeit bekommen soll, Teilsicherheiten (zur teilweisen Abwendung einer Vollstreckung) zu leisten. Da der Gläubiger in den Fällen des § 708 Nr. 4–11 ZPO ohne Sicherheitsleistung vollstrecken darf, ist es gerechtfertigt, vom Schuldner zu verlangen, dass er in Höhe des gesamten vollstreckbaren Betrags Sicherheit leistet, wenn er die Zwangsvollstreckung nach § 711 ZPO abwenden will (vgl. BT-Drs. 14/6036, 125).*

*Der i.S.v. § 709 S. 2 ZPO „zu vollstreckende Betrag“ ist dagegen dann mit dem aus dem Urteil „vollstreckbaren Betrag“ identisch, wenn der Gläubiger die Geldforderung aus einem Urteil nicht nur teilweise, sondern vollständig vollstrecken möchte. Es macht für keinen Beteiligten einen Unterschied, ob es sich hierbei um Hauptforderungen oder Nebenforderungen, etwa bezifferte Kosten oder Zinsen, oder die in einem Kostenfestsetzungsbeschluss (§§ 794 I Nr. 2, 795 a, 798 ZPO) festgesetzten Kosten des Rechtsstreits handelt. **Mindestens in Höhe der tatsächlich vollstreckten Gesamtsumme** soll im Fall des § 709 S. 2 ZPO die unter Umständen notwendige Rückzahlung an den Schuldner abgesichert werden. In eben dieser Höhe soll im Fall der Abwendung der möglichen Vollstreckung nach § 711 S. 2 ZPO gesichert sein, dass der Betrag bei einer späteren Vollstreckung durch den Gläubiger realisiert werden kann.“ (BGH aaO)*

c) teleologische Auslegung

Auch von Sinn und Zweck der Vorschrift her ist davon auszugehen, dass die Höhe der Sicherheitsleistung nach diesen Beträgen bestimmt wird.

*„Ein solches Verfahren begegnet auch keinen Schwierigkeiten. Der **Gläubiger** kann bei seinem Vollstreckungsantrag die konkrete **zu diesem Zeitpunkt vollstreckbare Gesamtsumme** (einschließlich etwaiger bis hierhin aufgelaufener titulierter Zinsen) aus dem Urteil (gegebenenfalls in Verbindung mit einem Kostenfestsetzungsbeschluss) errechnen und eine von ihm nach § 709 S. 2 ZPO zu leistende Sicherheit damit genau bestimmen. Das Vollstreckungsorgan kann ebenso überprüfen, ob eine geleistete Sicherheit ausreicht.*

*Der **Schuldner**, der zur Abwendung der Vollstreckung eine Sicherheit nach § 711 S. 2 ZPO stellen will, kann ebenfalls (gegebenenfalls in Verbindung mit einem Kostenfestsetzungsbeschluss) errechnen, welcher Gesamtbetrag zu einem bestimmten Zeitpunkt vollstreckbar ist oder sein wird. Um **zukünftige Vollstreckungen** vorsorglich abzuwenden, muss er allerdings bei titulierten laufenden Zinsen auf einen in der Zukunft liegenden Zeitpunkt abstellen. Das ist ihm zuzumuten. Es obliegt dann ihm, notfalls bei Zeitablauf seine **Sicherheiten zu erhöhen oder neue weitere Sicherheiten zu stellen**, sofern er nicht sofort eine entsprechende dynamische Sicherheit stellt, die sich laufend erhöht. Auch hier kann das Vollstreckungsorgan ohne weiteres überprüfen, ob eine gegebene Sicherheit ausreicht.*

*Ein etwaiger verhältnismäßiger Aufschlag auf diese zu vollstreckenden oder vollstreckbaren Beträge muss dann nur **weitere denkbare Schäden aus der erfolgten Vollstreckung** (§ 709 S. 2 ZPO) oder der verursachten Verzögerung (§ 711 S. 2 ZPO) abdecken. Dieses Verfahren entspricht auch der Gesetzesbegründung im Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drs. 14/6036, 125) zu § 709 S. 2 ZPO.“ (BGH aaO)*

4. Anwendung auf den Fall

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe war die von den Schuldnern geleistete Sicherheit nicht ausreichend, um den gesamten vollstreckbaren Betrag aus dem Urteil des OLG vom 13.04.2011 zu sichern.

„Denn die Hauptforderung und die aufgelaufenen Zinsen beliefen sich bis zur antragszurückweisenden Entscheidung des AG auf 9.012.106 Euro. 110 % hiervon ergibt 9.913.316 Euro. Die Prozessbürgschaften der Schuldner beliefen sich jedoch lediglich auf den Gesamtbetrag von 9.877.343,10 Euro.“ (BGH aaO)

III. Ergebnis

Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss durfte nicht mit Verweis auf die zureichende Sicherheitsleistung der Schuldner zurückgewiesen werden.

ZPO
§ 29c**Gerichtsstandsvereinbarung bei Verbraucherklage
Unzulässigkeit bei Haustürgeschäft**

ZPO

(BGH in NJW 2015, 169; Urteil vom 30.10.2014 – III ZR 474/13)

Vereinbarungen, in denen für Klagen eines Verbrauchers aus Haustürgeschäften ein von § 29 c I 1 ZPO abweichender Gerichtsstand bestimmt wird, sind nach § 29 c III ZPO unzulässig.

A. Grundlagenwissen: Gerichtsstandsvereinbarung (sog. Prorogation)

Nach § 38 ZPO wird ein an sich unzuständiges Gericht des ersten Rechtszuges durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig, wenn die Vertragsparteien **Kaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts** oder **öffentlich-rechtliche Sondervermögen** sind.

Darüber hinaus ist die Prorogation nach § 40 II ZPO grundsätzlich nur zulässig bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten. Bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten hingegen ist sie unzulässig, wenn diese den Amtsgerichten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zugewiesen ist.

Schließlich kann eine Gerichtsstandsvereinbarung nach § 40 I ZPO nur im Hinblick auf ein bestimmtes, konkretes Rechtsverhältnis getroffen werden; anderenfalls ist sie unzulässig.

Immer unzulässig ist die Vereinbarung, wenn ein ausschließlicher Gerichtsstand vorliegt (z.B. § 24 ZPO bei dinglichen Ansprüchen, § 29a ZPO bei Miet- und Pachträumen, § 32a ZPO bei schädlichen Umwelteinwirkungen, § 802 ZPO bei den vollstreckungsrechtlichen Gerichtsständen).

B. Unzulässige Gerichtsstandsvereinbarung bei Haustürgeschäft mit Verbraucher (vgl. BGH in NJW 2015, 169)

Fall: Der Kl. macht gegen die im Fürstentum Liechtenstein ansässige Bekl. Ansprüche auf Rückabwicklung eines Vermögensverwaltungsvertrags geltend. Die Parteien stritten in diesem Zusammenhang über die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit. Der Kl. unterzeichnete am 19.04.2007 im Rahmen eines Haustürgeschäfts einen an die D-AG gerichteten Verwaltungsauftrag und einen Serviceauftrag, mit dem er der Bekl. den Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrags mit einer Laufzeit von 30 Jahren anbot. Ausweislich des Vertragsangebots sollte der Kl. eine Einmalanlage von 3.600,00 Euro zuzüglich eines Agios von 180,00 Euro sowie über einen Zeitraum von 30 Jahren eine monatliche Anlage von jeweils 100,00 Euro zuzüglich eines Agios von 5 % leisten. Nach Nr. VI 3 der Vertragsbedingungen des Serviceauftrags sollte der Vertrag liechtensteinischem Recht unterliegen. Als Erfüllungsort und Gerichtsstand bestimmte die Regelung V Liechtenstein. Der Bekl. sollte es freistehen, ihre Rechte auch am Wohnsitz des Kl. oder bei jedem anderen zuständigen Gericht geltend zu machen. Mit Schreiben vom 17.05.2007 teilte die Bekl. dem Kl. die Annahme des durch ihn erteilten Auftrags mit. Das Schreiben schließt mit der eingescannten Unterschrift einer Mitarbeiterin der Bekl.

Mit Anwaltsschreiben vom 11.07.2011 erklärte der Kl. gegenüber der Bekl. die Kündigung des Beteiligungsvertrags. Zugleich erklärte er den Widerruf und die Anfechtung seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung. Mit der Klage begehrt der Kl. die Rückzahlung der durch ihn erbrachten Einmalanlage und vier monatlichen Raten, insgesamt 4.200,00 Euro, die Feststellung, dass der Bekl. aus dem Servicevertrag vom 19.04.2007 keine Ansprüche gegen ihn zustehen, sowie die Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten. Er hat die Auffassung vertreten, das von ihm angerufene LG D. – in dessen Bezirk der Kl. seinen Wohnsitz hat – sei für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständig. Die Gerichtsstandsvereinbarung sei nicht wirksam zu Stande gekommen, da die erforderliche Schriftform nicht gewahrt worden sei. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts folge aus § 29 c ZPO. Durch die Verweisung auf den Klageweg in Liechtenstein werde er entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Die Bekl. hat die Auffassung vertreten, die Klage sei unzulässig, weil die Parteien die Zuständigkeit der Gerichtsbarkeit des Fürstentums Liechtenstein vereinbart hätten.

Welches Gericht ist zuständig?

Die deutschen Gerichte könnten aufgrund der Gerichtsstandsvereinbarung unzuständig sein.

I. Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung

Die Gerichtsstandsvereinbarung müsste nach §§ 38, 40 ZPO wirksam sein.

1. Unwirksamkeit nach § 40 II Nr. 2 ZPO

Die Gerichtsstandsvereinbarung wäre schon dann unwirksam, wenn für derartige Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand bestehen würde. In Betracht kommt hier § 29c ZPO. Dieser stellt aber für Klage des Verbrauchers nur einen besonderen Gerichtsstand dar. Lediglich für Klage gegen den Verbrauch ist ein ausschließlicher Gerichtsstand vorgesehen.

*„Nach § 29 c I 1 ZPO (in der für den Streitfall maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005, BGBl. I 2005, 3202) ist für Klagen aus Haustürgeschäften i.S.d. § 312 BGB (i.d.F. der Bekanntmachung vom 02.01.2002, BGBl. I 2002, 42) das **Gericht** zuständig, in dessen Bezirk der **Verbraucher** zur Zeit der Klageerhebung seinen **Wohnsitz**, in Ermangelung eines solchen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (jetzt: besonderer Gerichtsstand für Klagen aus außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen; s. jeweils § 29 c I 1 ZPO und § 312 b BGB in der seit dem 13.06.2014 geltenden Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013, BGBl. I 2013, 3642).“ (*

*Bei der **Klage eines Verbrauchers** aus einem Haustürgeschäft nach § 29 c I 1 ZPO a.F. ist – anders als bei Klagen gegen den Verbraucher nach § 29 c I 2 ZPO – **kein ausschließlicher Gerichtsstand** gegeben (BGH, NJW 2003, 1190 = WM 2003, 605 [606]). Der Gerichtsstand für Klagen des Verbrauchers ist in § 29 c I 1 ZPO als besonderer Gerichtsstand ausgestaltet, um dem Verbraucher zugleich die **Möglichkeit zu erhalten, am allgemeinen Gerichtsstand** der anderen Vertragspartei und am Erfüllungsort zu klagen (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/6040, 278).*

Der streitgegenständlichen Gerichtsstandsvereinbarung steht daher nicht § 40 II 1 Nr. 2 ZPO entgegen (vgl. in einem Parallelfall KG, BKR 2014, 390 [391 f.]).“ (BGH aaO)

2. Unwirksamkeit nach § 29c III ZPO

Allerdings sieht § 29c III ZPO vor, dass eine Vereinbarung, welche vom besonderen Gerichtsstand des Haustürgeschäfts nach § 29 I ZPO abweicht, nur zulässig ist, wenn der Verbraucher nach Vertragsschluss seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes verlegt oder sein Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bekannt ist.

a) Regelungsgehalt des § 29c III ZPO

„Die Vorschrift erlaubt damit für den von ihr genannten Fall in Abweichung von § 29 c I 2 i.V.m. § 40 II 1 Nr. 2 ZPO den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung (BeckOK ZPO/Toussaint, 15.06.2014, § 29 c Rn. 19; Musielak/Heinrich, ZPO, 11. Aufl., § 29 c Rn. 13; HK-ZPO/Bendtsen, 5. Aufl., § 29 c Rn. 8; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 29 c Rn. 11).“ (BGH aaO)

Fraglich ist, ob sich der Regelungsgehalt des § 29 c III ZPO hierin erschöpft oder jenseits der dort genannten Ausnahmen jegliche von § 29 c I ZPO, das heißt auch von – wie vorliegend – § 29 c I 1 ZPO abweichende Vereinbarung ausgeschlossen ist. Dies wird teilweise angenommen (vgl. (OLG Bamberg, Urt. v. 12.07.2013 – 6 U 8/13, BeckRS 2014, 22727; OLG Stuttgart, Beschl. v. 05.07.2012 – 5 U 73/12; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 72. Aufl., § 29 c Rn. 7; Teuber, Die internationale Zuständigkeit bei Verbraucherstreitigkeiten, 2003, 137 f.; Kleinknecht, Die verbraucherschützenden Gerichtsstände im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht, 2007, 190).

Diese Auffassung wird vom BGH geteilt.

aa) Wortlautauslegung

„Dies ergibt sich bereits unmittelbar aus dem Wortlaut von § 29 c III ZPO, der sich uneingeschränkt auf den gesamten Absatz 1 von § 29 c ZPO und nicht nur auf dessen Satz 2 bezieht (OLG Bamberg, Urt. v. 12.07.2013 – 6 U 8/13, BeckRS 2014, 22727; OLG Stuttgart, Beschl. v. 05.07.2012 – 5 U 73/12; Teuber, 137 f.). Zwar betreffen die in § 29 c III ZPO geregelten Fallkonstellationen, in denen ausnahmsweise eine abweichende Vereinbarung zulässig ist, Klagen gegen den Verbraucher und mithin § 29 c I 2 ZPO. Daraus folgt indes nicht, dass sich § 29 c III ZPO insgesamt nur auf § 29 c I 2 ZPO bezieht.“ (BGH aaO)

bb) Entstehungsgeschichte

Die mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I 2001, 3138) eingefügte Vorschrift des § 29 c ZPO ist an die Stelle von § 7 des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen

Geschäften (HWiG) vom 16.1.1986 (BGBl. I 1986, 122) getreten (BT-Drs. 14/6040, 278).

„Nach § 7 I HWiG war das Gericht für Klagen aus Haustürgeschäften **ausschließlich zuständig**, in dessen Bezirk der Kunde zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz, in Ermangelung eines solchen seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hatte. Für **Klagen des Verbrauchers** galt mithin ein **ausschließlicher Gerichtsstand**, der nach § 40 II 1 Nr. 2 ZPO nicht derogiert werden konnte. Sinn und Zweck des ausschließlichen Gerichtsstands nach § 7 I HWiG war es, den Verbraucher davor zu schützen, seine Rechte im Wege der Klageerhebung an einem unter Umständen weit entfernt liegenden Gericht geltend machen zu müssen (Entwurf eines Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, BT-Drs. 10/2876, 15).

Durch die **Neufassung** von § 7 I HWiG in § 29 c I ZPO sollte der Verbraucher in gleicher Weise wie bisher geschützt werden und zusätzlich die **Möglichkeit erhalten**, am allgemeinen Gerichtsstand der anderen Vertragspartei und **am Erfüllungsort zu klagen** (BT-Drs. 14/6040, 278). Mit der somit vom Gesetzgeber ausdrücklich angestrebten **Aufrechterhaltung des bisherigen Schutzniveaus** wäre es indes nicht vereinbar, wenn durch die Neufassung nunmehr – entgegen § 7 I HWiG – dem Vertragspartner des Verbrauchers die Möglichkeit eröffnet würde, durch eine Gerichtsstandsvereinbarung dem Verbraucher den Gerichtsstand des § 29 c I 1 ZPO zu nehmen und ihn auf diese Weise dazu zu zwingen, seine Rechte an einem unter Umständen weit entfernt liegenden Gericht geltend machen zu müssen (OLG Bamberg, Urt. v. 12.07.2013 – 6 U 8/13, BeckRS 2014, 22727; Teuber, 137 f.). Hierdurch würde der Schutz des Verbrauchers im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage nicht erweitert, sondern eingeschränkt.“ (BGH aaO)

Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift spricht daher ebenfalls für einen Ausschluss einer über § 29c III ZPO hinausgehenden Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung.

cc) Teleologie

„Der **Sinn und Zweck** dieser ursprünglich spezialgesetzlichen Regelung besteht auch nach ihrer Einfügung in die ZPO unverändert darin, den Verbraucher im Prozessfall davor zu bewahren, seine Rechte bei einem möglicherweise weit entfernten Gericht geltend machen zu müssen (BGH, NJW 2003, 1190 = WM 2003, 605 [606]). Dieser **fortbestehende Zweck** und die vom Gesetzgeber beabsichtigte Aufrechterhaltung des Schutzniveaus des § 7 I HWiG unter gleichzeitiger Eröffnung zusätzlicher Gerichtsstände werden nur durch eine Auslegung von § 29 III ZPO dahingehend gewährleistet, dass der bisherige, durch § 7 I HWiG eröffnete Gerichtsstand für den Verbraucher erhalten bleibt und weiterhin nicht derogiert werden kann, von § 29 c I 1 ZPO abweichende Vereinbarungen mithin nicht zulässig sind.“ (BGH aaO)

dd) europarechtliche Vorgaben

„Die vorgenommene Auslegung des § 29 c III ZPO im vorstehenden Sinne steht im Einklang mit Art. 16 I der VO (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 2001 L 12, 1; im Folgenden: EuGVVO; vgl. hierzu Ganssaue, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verbraucherverträgen im Internet, 2004, 85).

Danach kann die **Klage eines Verbrauchers** gegen den anderen Vertragspartner entweder **vor den Gerichten des Mitgliedstaats** erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet dieser Vertragspartner seinen Wohnsitz hat, oder vor dem Gericht des Ortes, an dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat. Hiervon kann nach Art. 17 EuGVVO nur in den dort bestimmten – vorliegend nicht einschlägigen – Fällen abgewichen werden. Insbesondere können Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich nicht in den Hauptvertrag aufgenommen werden (Zöller/Geimer, Art. 17 EuGVVO Rn. 1). Zwar sind – wie das BerGer. zutreffend erkannt hat – die Bestimmungen der EuGVVO vorliegend nicht unmittelbar anwendbar. Anhaltspunkte dafür, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des nationalen Verbraucherzivilprozessrechts für außerhalb des räumlichen Anwendungsbereichs der EuGVVO liegende Sachverhalte hinter deren Schutzniveau zurückbleiben wollte, sind jedoch nicht ersichtlich.“ (BGH aaO)

II. Ergebnis

Die Gerichtsstandsvereinbarung verstößt gegen § 29c III ZPO und ist daher unwirksam. Die deutschen Gerichte sind zuständig.

(BGH in NStZ 2015, 96; Urteil vom 25.09.2014 – 4 StR 69/14)

1. Die **Einstellung eines Tatvorwurfs gem. § 154 II StPO** in der Hauptverhandlung ist ein **von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis**.
2. Der **Einstellungsbeschluss ist der Auslegung zugänglich**; es kann daher eine Verfahrenseinstellung nach § 154 StPO in eine Beschränkung nach § 154 a StPO umgedeutet werden.

Fall: Der Angekl. beschloss im Jahr 2010, mit Cannabisprodukten Handel zu treiben. Er wandte sich an den früheren Mitangekl. B, der einen Händler in A in den Niederlanden kannte. B warb über den früheren Mitangekl. G den Motorradrennfahrer M als Kurier an. M transportierte jeweils mindestens fünf Kilogramm Marihuana nach Deutschland. Zwei Fahrten fanden im Jahr 2010, zehn Fahrten im Jahr 2011 und vier Fahrten im Jahr 2012 statt. Bei der Übergabe des Rauschgifts nach einer weiteren Fahrt am 19.12.2012 wurden der Angekl. und M festgenommen.

Die unverändert zur Hauptverhandlung zugelassene Anklageschrift der wirft dem Angekl. vor, von Juli 2010 bis zum 19.12.2012 durch 104 selbständige Handlungen in 86 Fällen (Fälle 1 bis 86) mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge Handel getrieben zu haben und in 18 Fällen (Fälle 87 bis 104) als Mitglied einer Bande mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge Handel getrieben und sie eingeführt zu haben. Die Fälle 1 bis 86 der Anklageschrift betreffen Verkäufe an den gesondert verfolgten M im Zeitraum von Juli 2010 bis zum 12.3.2012. Die Fälle 87 bis 98 der Anklageschrift sind dahin konkretisiert, dass M nach Bestellungen des Angekl. und auf Anweisung von B im Jahr 2011 zwölfmal nach A gefahren ist und jeweils mindestens fünf Kilogramm Marihuana nach Deutschland gebracht hat. Als Fälle 99 bis 103 sind fünf Einfuhrfahrten des M für den Angekl. im Jahr 2012 dargestellt. Der Fall 104 schildert die Einfuhrfahrt vom 19.12.2012 und die Festnahme des Angekl. und M's.

Am zweiten Tag der Hauptverhandlung erteilte das LG dem Angekl. folgenden rechtlichen Hinweis:

„1. Hinsichtlich der Anklagevorwürfe 87 bis 104 kommt statt einer Verurteilung wegen bandenmäßigen Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 30 a I BtMG auch eine Verurteilung wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 30 I Nr. 4 BtMG in Betracht,

2. hinsichtlich der Anklagevorwürfe 1 bis 86 dürften Bewertungseinheiten anzunehmen sein. Soweit Verkaufsgeschäfte an den gesondert verfolgten B im Jahre 2011 stattfanden, dürfte es sich um Abverkäufe aus den zuvor von dem gesondert verfolgten M mit dem Motorrad aus A/Niederlande eingeführten Marihuanamengen handeln. Soweit Verkaufsgeschäfte an den gesondert verfolgten B ab Juli 2010 angeklagt sind, dürften auch insoweit Bewertungseinheiten vorliegen, da nach der Einlassung des Angekl. und den Angaben des anderweitig verfolgten M in dem Verfahren gegen B und G bereits im Jahre 2010 Einfuhrfahrten von jeweils mindestens 5 kg Marihuana durch M erfolgten.“

Am dritten Tag der Hauptverhandlung ergingen folgende Gerichtsbeschlüsse:

„Auf Antrag der StA wird die Strafverfolgung in rechtlicher Hinsicht gem. § 154 a I Nr. 1 StPO auf den Vorwurf des unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 29 a I Nr. 2 BtMG beschränkt.

Das Verfahren wird, soweit die Zahl der angeklagten Taten 17 Fälle des unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge übersteigt, abgetrennt und insoweit auf Antrag der StA gem. § 154 II StPO vorläufig eingestellt.“

Das Gericht erteilte dem Angekl. den weiteren Hinweis, „dass anstelle einer Verurteilung wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge auch eine Verurteilung wegen unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 29 a I Nr. 2 BtMG in Betracht kommt.“

Das LG hat den Angekl. wegen unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in siebzehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt.

Zu prüfen ist, ob der Beschluss des LG, mit dem eine **Abtrennung von Verfahrensteilen und deren Einstellung nach § 154 II StPO** angeordnet worden ist, ein **Verfahrenshindernis begründet** und deshalb einer Ausurteilung von 17 Fällen des unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge entgegen steht.

- I. Nach **st. Rspr. des BGH** begründet die **Einstellung eines Tatvorwurfs gem. § 154 II StPO** in der Hauptverhandlung ein **von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis**, zu dessen Beseitigung ein förmlicher Wiederaufnahmebeschluss nach § 154 V StPO erforderlich ist (vgl. BGH NStZ 2007, 476).

1. Wegen der **weitreichenden Wirkungen einer Verfahrenseinstellung nach § 154 II StPO** ist die Beschlussformel so zu fassen, dass kein Zweifel besteht, auf welche Taten und welche Angekl. sie sich bezieht (BGH Beschluss v. 23.03.1996 – 1 StR 685/95, juris, Rn 23).

*„Die **eingestellten Taten sind genau zu bezeichnen**, nach Möglichkeit mit der Nummerierung der Anklageschrift. Ist dies nicht möglich, sind die Taten so genau zu beschreiben, dass klar erkennbar ist, welche angeklagten Taten aus dem Verfahren ausgeschieden werden. Hinsichtlich der Konkretisierung im Einstellungsbeschluss gelten insoweit dieselben Anforderungen wie bei der Tatbeschreibung in der Anklageschrift zur Erfüllung ihrer Umgrenzungsfunktion.*

*Die Anklageschrift hat die dem Angekl. zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung so genau zu bezeichnen, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs klargelegt und erkennbar wird, welche bestimmte Tat gemeint ist; sie muss sich von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen desselben Täters unterscheiden lassen (Umgrenzungsfunktion – st. Rspr., vgl. nur BGHSt 40, 44 m. w. Nachw.). Dabei muss die Schilderung umso konkreter sein, je größer die allgemeine Möglichkeit ist, dass der Angekl. verwechselbare weitere Straftaten gleicher Art verübt hat (vgl. u. a. BGH BGHR StPO § 200 Abs. 1 Satz 1 Tat 20 m. w. Nachw.). Die **Identität des geschichtlichen Vorgangs muss feststehen**, es darf **kein Zweifel über die verfahrensgegenständlichen Taten im prozessualen Sinn eintreten**. Fehlt es an einer hinreichenden Konkretisierung, so ist die Anklage unwirksam (vgl. BGHSt 40, 44; BGH BGHR StPO § 200 I 1 Tat 13 jeweils m. w. Nachw.). Darüber hinaus hat die Anklage auch die Aufgabe, den Angekl. und die übrigen Verfahrensbeteiligten über weitere Einzelheiten des Vorwurfs zu unterrichten, um ihnen Gelegenheit zu geben, ihr Prozessverhalten auf den mit der Anklage erhobenen Vorwurf einzustellen. Mängel der Anklage in dieser Hinsicht führen nicht zu ihrer Unwirksamkeit (Informationsfunktion).“ (BGH aaO)*

- a) Welche Angaben zur **ausreichenden Umgrenzung des Verfahrensgegenstandes erforderlich** sind, lässt sich nicht für alle Fälle in gleicher Weise sagen.

*„Die einzelnen Faktoren der **Tatkonkretisierung** können von Fall zu Fall unterschiedliches Gewicht besitzen und durch größere Genauigkeit jeweils anderer Umstände ersetzt oder verdrängt werden. Entscheidend ist, dass der historische Geschehensablauf, der Gegenstand der gerichtlichen Untersuchung sein soll, feststeht. Bei der Schilderung eines nach seinem Ablauf unverwechselbaren Ereignisses kann die Tatzeit als Eingrenzungskriterium an Bedeutung verlieren. Wenn bei einer Tatserie das Geschehen der jeweiligen Einzeltat nicht mehr durch Beschreibung der Umstände seines Ablaufs näher konkretisiert werden kann, gewinnt die Bezeichnung der Tatzeit der Einzelhandlung oder des Zeitraums der Tatserie entscheidende Bedeutung für die Umgrenzung des Verfahrensgegenstandes. Soweit bei Serientaten eine konkrete Bezeichnung oder nähere Beschreibung der Einzeltaten in der Anklage wegen deren Gleichförmigkeit nicht erfolgen kann, muss deshalb der Verfahrensstoff zumindest durch Festlegung des Tatzeitraums hinreichend umgrenzt werden. Regelmäßig ist in solchen Fällen erforderlich, in der Anklage den bestimmten Tatzeitraum, das Tatopfer, die Grundzüge der Art und Weise der Tatbegehung, die Tatfrequenz und die (Höchst-)Zahl der vorgeworfenen Straftaten, die Gegenstand des Verfahrens sein sollen, anzugeben. Dies gilt insbesondere in Fällen des sexuellen Missbrauchs von Kindern, in denen bei einer Serie von Taten einzelne Handlungen überhaupt nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr genau voneinander unterschieden werden können (vgl. BGHSt 40, 44; BGHSt 44, 153).“ (BGH aaO)*

- b) **Dementsprechend konkret ist auch der Einstellungsbeschluss zu fassen**, durch den der Verfahrensstoff begrenzt wird.

„Wie der Tatrichter den Beschluss formuliert, ist ohne Bedeutung, solange der ausgeschiedene Verfahrensstoff und der verbleibende Verfahrensstoff eindeutig erkennbar sind. Soweit in Entscheidungen anderer Senate des BGH gefordert wird, dass ausgeschiedene Tatteile oder Strafbestimmungen konkret („positiv“) zu bezeichnen sind, betrifft dies Verfahrensbeschränkungen der StA vor Anklageerhebung (BGH NStZ-RR 2012, 50; BGH NStZ 1981, 23). Die Bestimmung von auszuscheidenden Taten bzw. Tatteilen erfolgt zu diesem Zeitpunkt in einem anderen prozessualen Kontext. Bei einer Einstellung durch das Gericht sind nämlich auch im Falle der negativ formulierten Beschränkung auf die verfahrensgegenständlich verbleibenden Taten die ausgeschiedenen Taten durch die Anklage festgelegt.

Bei einer Serie vollständig gleichförmiger, nicht näher konkretisierbarer Taten kann der Einstellungsbeschluss beispielsweise den Tatzeitraum angeben und die Anzahl der Taten in zu bezeichnenden Zeitabschnitten (Tatfrequenz), die aus dem Verfahren ausgeschieden werden. Auch kann die Anzahl der – ggf. nach tatrichterlicher Schätzung - festgestellten Taten anhand von Tatzeitraum und Tatfrequenz konkretisiert werden, der Gesamtzahl der angeklagten Taten gegenübergestellt und eine Differenz ermittelt werden, die dann in der Einstellungsentscheidung zum Ausdruck kommt.

*Der **Einstellungsbeschluss soll aus sich selbst heraus verständlich** sein. Ist der Beschluss mehrdeutig und bestehen deshalb nach dem Wortlaut Unklarheiten, welche Vorwürfe der Anklageschrift aus dem Verfahren ausgeschieden werden, kann er nach allgemeinen Grundsätzen ausgelegt werden. Dabei können bei der Prüfung, ob der Einstellungsbeschluss die gebotene Umgrenzung des verbleibenden Verfahrensstoffs leistet, auch die zugelassene Anklage, der Einstellungsantrag der StA, auf die Einstellungsentscheidung bezogene Hinweise und Anregungen des Gerichts, Hinweise des Gerichts nach § 265 StPO sowie im Rahmen einer auf die Erledigung des gesamten Verfahrens bezogenen Betrachtung jedenfalls*

dann, wenn der Einstellungsbeschluss zeitnah zur Urteilsverkündung gefasst wurde, auch die Schlussanträge der Verfahrensbeteiligten und das Urteil (anders zur Heranziehung der Urteilsfeststellungen noch BGH, Beschluss v. 29.7.2008 – 4 StR 210/08) berücksichtigt werden.“ (BGH aaO)

- c) Liegt einem Einstellungsbeschluss nach § 154 II StPO die unzutreffende Annahme mehrerer selbständiger prozessualer Taten zugrunde, kann etwa bei einem sich aus den Gesamtumständen ergebenden offensichtlichen Irrtum/Versehen des Gerichts eine **Umdeutung einer Verfahrenseinstellung nach § 154 II StPO in eine Verfahrensbeschränkung nach § 154 a II StPO** in Betracht kommen (BGH NStZ 2006, 455; vgl. aber BGH NStZ 2014, 46 m. Anm. Allgayer).
2. Nur wenn ein Einstellungsbeschluss die vorstehend dargestellten Anforderungen erfüllt, entfaltet er **eine den Verfahrensstoff beschränkende Wirkung**.
 - a) Ergibt sich hingegen auch unter Würdigung der vorstehend genannten Umstände **keine Klarheit über die ausgeschiedenen Verfahrensteile, ist die Verfahrensbeschränkung nach § 154 II StPO wirkungslos** und steht einer Aburteilung nicht entgegen. Ist eine Verfahrensbeschränkung in der Hauptverhandlung aufgrund ihrer Unbestimmtheit wirkungslos geblieben, hat das Revisionsgericht als Verfahrensvoraussetzung (nur) zu prüfen, ob die ausgeurteilten Taten von der Anklage erfasst sind. Der **Einstellungsbeschluss selbst begründet in diesem Fall kein Verfahrenshindernis** (a. A. OLG München wistra 2008, 319).
 - b) Ist der Einstellungsbeschluss wirksam, hat das Revisionsgericht als Verfahrensvoraussetzung von Amts wegen zu überprüfen, ob den ausgeurteilten Taten eine Einstellung entgegensteht. Lässt sich dies den Urteilsgründen nicht hinreichend sicher entnehmen, kann dies zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung führen. Sind eingestellte Taten ausgeurteilt worden, stellt das Revisionsgericht das (weitere) Verfahren insoweit ein (st. Rspr.; u. a. BGH NStZ-RR 2007, 83).
 - c) Soweit ein nach den oben genannten Kriterien wirksamer Einstellungsbeschluss die Informationsfunktion für den Angekl. nicht erfüllt, muss dieser eventuelle Mängel mit einer **Verfahrensrüge** geltend machen.
 - II. **Ergebnis:** BGH aaO muss nicht entscheiden, ob der Einstellungsbeschluss den dargelegten Konkretisierungsanforderungen genügt. Dies erscheint zweifelhaft, kann aber letztlich dahinstehen. Denn ein **nicht hinreichend konkretisierter, unbestimmter Einstellungsbeschluss ginge ins Leere**, so dass alle angeklagten Taten weiter Verfahrensgegenstand beim LG waren. Alle ausgeurteilten Taten waren angeklagt; auch wäre keine der ausgeurteilten Taten von dem Einstellungsbeschluss erfasst, sollte dieser wirksam sein. Ein Verfahrenshindernis besteht somit in keinem Fall. Die vom LG zusammen mit der Einstellung beschlossene „Abtrennung“ hat hier ersichtlich keine eigenständige rechtliche Bedeutung.

**Antragsfrist für Normenkontrollantrag
bei Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse**
(VGH München in NVwZ-RR 2015, 11; Urteil vom 18.08.2014 – 15 N 13.1875)

1. Die Jahresfrist des § 47 II 1 VwGO gilt auch dann, wenn die Rechtsvorschrift erst nach Fristablauf aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen rechtswidrig geworden ist.
2. Auch die Auslegung unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens für zu keiner Einschränkung der Anwendung der Antragsfrist.
3. Nach deren Ablauf bleibt die Prüfung der Rechtsvorschrift den Instanzgerichten im Rahmen der Inzidentkontrolle vorbehalten.

Fall: Der Ast. wandte sich mit seinem Normenkontrollantrag gegen den Bebauungsplan der Ag. Der Satzungsbeschluss des Bebauungsplans wurde am 15.05.2009, der Satzungsbeschluss seiner 1. Änderung wurde am 11.06.2010 und der Satzungsbeschluss seiner 2. Änderung wurde am 05.08.2011 bekannt gemacht. Der Ast. ist Mitglied einer Erbengemeinschaft, die aus drei Personen besteht. Diese sind als Eigentümer des im Plangebiet liegenden Grundstücks Fl-Nr. X. der Gemarkung W. im Grundbuch eingetragen. Mit seinem am 05.09.2013 eingegangenen Normenkontrollantrag macht der Ast. u.a. die Funktionslosigkeit des Bebauungsplans im Hinblick auf die Art der baulichen Nutzung und die Erschließung geltend. Ist der Antrag zulässig?

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Hier wird um einen Bebauungsplan gestritten, so dass die streitentscheidenden **Normen solche des öffentlichen Baurechts** sind. Da auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Zuständigkeit des Gerichts

Für Normenkontrollanträge nach § 47 I VwGO ist das OVG erstinstanzlich zuständig. Nach § 184 VwGO können die Bundesländer bestimmen, dass das Oberverwaltungsgericht die bisherige Bezeichnung "Verwaltungsgerichtshof" weiterführt. Dies ist in Bayern der Fall. Der VGH ist daher das zuständige Gericht.

III. Statthaftigkeit des Normenkontrollantrags

Nach § 47 I Nr. 1 VwGO kann ein Normenkontrollantrag gestellt werden gegen Satzungen nach dem BauGB. Der Bebauungsplan ergeht nach § 10 I BauGB als Satzung, so dass der Normenkontrollantrag statthaft ist.

IV. Antragsbefugnis

Den Antrag kann nach § 47 II 1 VwGO jede natürliche oder juristische Person stellen, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden, sowie jede Behörde.

Der Ast. als Mitglied einer Erbengemeinschaft, die ein Grundstück im Geltungsbereich des Bebauungsplans hat, kann auf jeden Fall in seinen Rechten betroffen sein, durch die Vorgaben, welche der Bebauungsplan für die Nutzung des Grundstücks macht. Er ist daher antragsbefugt.

V. Antragsfrist

Grundsätzlich läuft nach § 47 II 1 VwGO eine Frist von 1 Jahr ab Bekanntgabe der Satzung für die Stellung eines Normenkontrollantrags gegen eine baurechtliche Satzung.

„In Ansehung der Bekanntmachung des Satzungsbeschlusses zum Bebauungsplan am 15.05.2009 (Stand: 11.02.2009), des Satzungsbeschlusses zur 1. Änderung des Bebauungsplans am 11.06.2010 (Stand: 12.04.2010) und des Satzungsbeschlusses zur 2. Änderung des Bebauungsplans am 05.08.2011 (Stand: 01.08.2011) wahrt der am 05.09.2013 beim VG Hein gegangene Normenkontrollantrag die Jahresfrist jeweils nicht.“ (VGH München aaO)

Fraglich ist allerdings, ob diese Antragsfrist auch dann gilt, wenn der Bebauungsplan bei Erlass gar nicht rechtswidrig war und daher innerhalb der Antragsfrist auch kein Grund zur Stellung eines Normenkontrollantrags bestanden hat. Die Antragsfrist könnte dann anders zu bestimmen sein, wenn der Bebauungsplan erst nachträglich durch eine Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse rechtswidrig geworden ist.

1. Wortlautauslegung

Der Wortlaut des § 47 II 1 VwGO ist eindeutig und lässt Zweifel an der Anwendbarkeit der Antragsfrist auch für den Fall des nachträglichen rechtswidrig Werdens einer Rechtsvorschrift nicht aufkommen.

„Danach kann den Normenkontrollantrag „jede natürliche oder juristische Person, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden, sowie jede Behörde **innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift** stellen“. Dass die Antragsfrist nicht nur für Behörden, sondern auch für natürliche und juristische Personen gilt, ist allgemein anerkannt (vgl. Eyermann/Schmidt, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 47 Rn. 74; Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 47 Rn. 288; Giesberts in BeckOK, VwGO, Stand 10/2013, § 47 Rn. 52).“ (VGH München aaO)

2. Entstehungsgeschichte / Teleologie

Möglicher Weise ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm eine andere Auslegung.

„Der **Zweck** der prinzipialen Normenkontrolle gegen untergesetzliche Rechtsvorschriften i.S.d. § 47 I VwGO liegt nach der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention darin, „**durch eine einzige Entscheidung eine Reihe von Einzelklagen zu vermeiden** und dadurch die Verwaltungsgerichte zu entlasten“ (BT-DrS 3/55 S. 33 - zu § 46); sie dient der „Rechtsklarheit und der ökonomischen Gestaltung des Prozessrechts, da sie zahlreichen Einzelklagen vorbeugt“ (BT-Dr 3/1094 S. 6 - zu § 46). Die prinzipiale Normenkontrolle ist darüber hinaus „geeignet, den Rechtsschutz der Bürger ... zu verbessern“, weil der Betr. andernfalls gezwungen ist, „eine Entscheidung über die Gültigkeit der Rechtsnorm inzident herbeizuführen“ (BT-Dr 7/4324 S. 6).

Eine **Antragsfrist** wurde dementsprechend **bewusst nicht vorgesehen**, weil das Bedürfnis, durch das Normenkontrollverfahren viele Einzelverfahren zu ersparen, unabhängig von einer Frist bestehe (BT-Dr 7/4324 S. 11). Von dieser Überlegung ist der Gesetzgeber mit Einführung einer Antragsfrist im Jahr 1996 aber abgerückt. Die **zunächst zweijährige Antragsfrist** wurde aus der Erwägung heraus eingeführt und **später auf ein Jahr verkürzt**, die im Fall der unbefristeten prinzipialen Normenkontrolle besorgte „erhebliche Beeinträchtigung der Rechtssicherheit“ im Interesse der Verwaltung, Investoren, Bürger und sonstigen Betr. zu vermeiden. Insbesondere im Bereich des Bauplanungsrechts hat der Gesetzgeber eine **erhebliche Beeinträchtigung der Rechtssicherheit** angenommen, wenn Bebauungspläne auch noch Jahre nach ihrem Inkrafttreten für nichtig erklärt werden können (BT-Dr 13/3993 S. 10; BT-Dr 16/2496 S. 17 f.). Der Gesetzgeber hat deshalb die Antragsfrist in § 47 II 1 VwGO eingeführt, um der Gemeinde und den übrigen an der Bestandskraft eines Bebauungsplans Interessierten Gewissheit darüber zu verschaffen, dass eine abstrakte Normenkontrolle nach Ablauf der Frist ausscheidet (vgl. BVerwG, BauR 2006, 2032 = BeckRS 2006, 23778); es ging ihm allein darum, die Rechtsvorschrift alsbald vor allgemein verbindlicher Verwerfung zu schützen und ihr damit faktisch erhöhten Bestandsschutz zu verschaffen (vgl. Gerhardt/Bierin Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand 2013 § 47 Rn. 35).“ (VGH München aaO)

3. Abweichende Bewertung bei Rechtswidrigkeit nach Ablauf der Antragsfrist

Allerdings könnte sich im Hinblick auf die Verbindlichkeit der Antragsfrist eine andere Bewertung ergeben, wenn die **Rechtswidrigkeit erst nach Ablauf der Antragsfrist** eingetreten ist und daher bei Anwendung der Antragsfrist zu keinem Zeitpunkt eine Rechtmäßigkeitskontrolle möglich wäre.

a) Problembewusstsein

Für die Prüfung, ob eine erweiternde Auslegung der Antragsfrist in Betracht kommt, ist es auch von Relevanz, ob der Gesetzgeber dieses Problem bei der Einführung der Antragsfrist überhaupt gesehen hat. Wäre dies der Fall, so müsste man aus der Nichtregelung folgern, dass er auf für diese Fälle die Antragsfrist wie geregelt erhalten wissen wollte.

„Aus den ... Gesetzgebungsmaterialien [ergeben sich] keine Nachweise dafür, dass der Gesetzgeber bei der Befristung der Normenkontrolle die Fallgestaltung des **nachträglichen rechtswidrig Werdens einer Norm ins Auge gefasst** hat. Bekannt war diese Fallgestaltung aber bereits im Zeitpunkt der Einführung der Antragsfrist durch Gesetz vom 01.11.1996 (BGBl. I, 1626; vgl. schon: BVerwGE 54, 5 = NJW 1977, 2325), ebenso die Rechtsauffassung, dass im Normenkontrollverfahren **auch die Funktionslosigkeit von Bebauungsplänen Gegenstand der materiellen Überprüfung** ist (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1991, 54; BVerwG, NVwZ-RR 1994, 236).

Jedenfalls war die **Frage des Zeitpunkts der Erkennbarkeit** von Mängeln der Rechtsvorschrift aber ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien **Gegenstand der gesetzgeberischen Entscheidung**. So wurde bei der Einführung der Antragsfrist erwogen, „dass die Normenkontrollmöglichkeit weitgehend leerläuft, weil in den entscheidungserheblichen Sachverhalten (z.B. Anfechtung eines Bebauungsplans, Kommunalabgabensatzungen) in aller Regel innerhalb so kurzer Zeit (Anm.: innerhalb eines Jahres) die

Auswirkungen der Norm von den Betr. nicht übersehen werden können“ und „dadurch die Bündelungswirkung einer allgemein verbindlichen Entscheidung des OVG“ entfällt (BT-Dr 13/3993, Anlage 2 S. 16 f.). **Gleichwohl** wurde der **Beginn** der Antragsfrist **nicht auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit eines Mangels**, sondern auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung der Rechtsvorschrift festgelegt. Dass Rechtsvorschriften i.S.d. § 47 I VwGO im Übrigen auch **nach Ablauf der Antragsfrist** des § 47 II 1 VwGO mit zu ihrer Aufhebung führenden **Mängeln behaftet** sein können, hat der Gesetzgeber **ebenfalls erwogen**. In den Gesetzgebungsmaterialien wird ausdrücklich hervorgehoben, dass die Einführung der Antragsfrist „die Befugnis der Verwaltungsgerichte, Normen inzident auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen, nicht berührt“ (BT-Dr 13/3993 S. 10). Die Gesetzgebungsmaterialien zur Einführung und zur Verkürzung der Antragsfrist lassen deshalb erkennen, dass dem Gesetzgeber die **Konsequenzen einer Antragsfrist für das prinzipale Normenkontrollverfahren bewusst** waren und dass die Antragsfrist ungeachtet der Art von Rechtsfehlern, dem Zeitpunkt des Erkennens ihrer Auswirkungen oder ihrer Entstehung anzuwenden sein soll (vgl. auch: BVerwG, NVwZ 2013, 1547 Rn. 11). Dem Interesse an der Herstellung einer (relativen) Rechtssicherheit wurde bewusst Vorrang vor der in erster Linie der ökonomischen Gestaltung des Prozessrechts, aber auch der einem verbesserten Rechtsschutz dienenden Normenkontrolle eingeräumt.“ (VGH München aaO)

b) Fehlender Regelungsbedarf

Fraglich ist, ob eine Ausweitung der Antragsfrist für Fälle der nachträglichen Rechtswidrigkeit vielleicht deshalb anzunehmen ist, weil bei der Verkürzung der Antragsfrist auf ein Jahr durch Gesetz vom 21.12.2006 (BGBl. I, 3316) „wegen der bereits damals ganz überwiegend abgelehnten Anwendung des § 47 II 1 VwGO auf die Fälle der erst nachträglich eingetretenen Rechtswidrigkeit einer Norm“ (vgl. Schenke, NVwZ 2014, 341 Fn. 7 m.w.N.) kein Regelungsbedarf mehr für die Fälle des nachträglichen rechtswidrig Werdens einer Norm bestanden habe.

„[Die] vom BVerwG ausdrücklich offen gelassene Frage der Geltung der Antragsfrist im Falle eines Normenkontrollantrags zur Feststellung der Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans (BVerwGE 108, 71 = NVwZ 1999, 986) zeigt, dass die Rechtsfrage keineswegs als geklärt erscheinen konnte (vgl. für die Geltung der Antragsfrist auch im Fall nachträglich eingetretener Funktionslosigkeit: OVG Lüneburg, BauR 2005, 523; VGH Mannheim, Urt. v. 17.10.2002 – 1 S 2114/99; OVG Münster, Urt. v. 30.07.1999 – 10 a D 53/97).“ (VGH München aaO)

c) sonstige Gründe für eine einschränkende Auslegung des Fristerfordernisses

Auch sonst geben die Gesetzgebungsmaterialien nicht für eine einschränkende Auslegung des Fristerfordernisses für den Fall einer nach Bekanntmachung eingetretenen Funktionslosigkeit von Bebauungsplänen her.

„Danach können zwar „nach derzeit geltenden Recht“ (Anm. vor Einführung der Antragsfrist) „Normen (z.B. Bebauungspläne), die bereits seit langem praktiziert worden sind und auf deren Rechtsgültigkeit sowohl die Behörden als auch die betroffenen Bürger vertraut haben“, auch noch Jahre nach Inkrafttreten der Rechtsvorschrift „auf Antrag eines Betroffenen für nichtig erklärt werden“, was zu „einer erheblichen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit“ führe (BT-Dr 13/3993 S. 10). Demgegenüber tritt eine **bauplanerische Festsetzung wegen Funktionslosigkeit erst außer Kraft**, wenn und soweit die Verhältnisse, auf die sie sich bezieht, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht haben, der eine **Verwirklichung der Festsetzung auf unabsehbare Zeit ausschließt** und die Erkennbarkeit dieser Tatsache einen Grad erreicht hat, der einem etwa dennoch in die Fortgeltung der Festsetzung gesetzten Vertrauen die Schutzwürdigkeit nimmt (BVerwGE 54, 5 = NJW 1977, 2325). Aus den **Ausführungen in den Gesetzgebungsmaterialien kann aber nicht der Schluss gezogen** werden, die Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO beanspruche nur für solche Rechtsvorschriften Gültigkeit, auf deren Rechtsgültigkeit **zumindest in der Vergangenheit vertraut** werden konnte. Denn der Gesetzgeber war sich, wie bereits ausgeführt wurde, darüber im Klaren, dass die Einführung einer Antragsfrist für das Normenkontrollverfahren eine etwaige Ungültigkeit der Rechtsvorschrift nicht zu beseitigen vermag. Insoweit hat er die weiterhin bestehende Befugnis der Verwaltungsgerichte, **Normen inzident auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen**, ausdrücklich erwähnt. Dem Gesetzgeber ging es allein darum, das Antragsrecht des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens zeitlich zu beschränken, um der Gemeinde und den übrigen an der Bestandskraft eines Bebauungsplans Interessierten Gewissheit darüber zu verschaffen, dass eine abstrakte Normenkontrolle nach Ablauf der Frist ausscheidet (vgl. BVerwG, BauR 2006, 2032 = BeckRS 2006, 23778).“ (VGH München aaO)

4. Teleologie

Auch der Sinn und Zweck der Fristenregelung des § 47 II 1 VwGO liegt nicht darin, dass derjenige, der annimmt, durch die Norm in seinen Rechten verletzt zu sein und deshalb eine prinzipale Normenkontrolle anstrebt, gezwungen sein soll, diese innerhalb der Frist des § 47 II 1 VwGO zu beantragen (so aber: Schenke, NVwZ 2014, 341).

„Diese zum Sinn und Zweck der Antragsfrist vertretene Ansicht beschreibt lediglich die **Auswirkung der Antragsfrist** aus Sicht der Normbetr. und findet weder in den Gesetzgebungsmaterialien zur Einführung und Verkürzung der Antragsfrist eine Stütze noch lässt sie sich sonst mit Sinn und Zweck der Antragsfrist begründen. Der **Sinn und Zweck** der Antragsfrist liegt schlicht darin, das **Antragsrecht** für die prinzipale Normenkontrolle **auf einen konkret bestimmbaren Zeitraum** zu beschränken, der mit der Bekanntmachung der Rechtsvorschrift beginnt und dessen Ende nach Ablauf eines Jahres einen äußersten Zeitpunkt festlegt (vgl. Eyermann/J. Schmidt, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 47 Rn. 74 m.w.N). Denn der Normenkontrollantrag soll im Gegensatz zur früheren Rechtslage nicht „auch noch Jahre nach dem Inkrafttreten einer Rechtsvorschrift“ gestellt werden können (vgl. BT-Dr 13/3993 S. 10). Dieser **Zweck** der Antragsfrist **würde verfehlt**, wenn die allgemeinverbindliche Unwirksamkeitserklärung einer Rechtsvorschrift im Normenkontrollverfahren bei nachträglichem rechtswidrig Werden der Rechtsvorschrift **auf unbegrenzte Zeit nach dem Inkrafttreten** z.B. eines Bebauungsplans herbeigeführt werden könnte. Eine Auslegung, wonach die Antragsfrist in Fällen des **nachträglichen rechtswidrig Werdens** keine Anwendung finden soll, **unterläuft** die vom Gesetzgeber verfolgte Absicht, ein **gewisses Maß an Rechtssicherheit** durch die zeitliche Beschränkung des Antragsrechts herbeizuführen, und setzt sich damit über die Entscheidung des Gesetzgebers hinweg. Eine derartige Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerspruch im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (vgl. BVerfG, NJW-RR 2014, 105 = NZM 2014, 175 = NZG 2014, 39 m.w.N).“ (VGH München aaO)

5. rechtspolitische Gründe

Grundsätzlich berechtigen selbst gewichtige rechtspolitische Überlegungen die Gerichte nicht dazu, sich über abweichende **Wertentscheidungen des Gesetzgebers hinwegzusetzen**, die sich aus Wortlaut, systematischem Zusammenhang sowie Sinn und Zweck der einschlägigen Vorschriften unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte erschließen lassen (vgl. BVerfGE 52, 42mwN).

„Wäre die prinzipale Normenkontrolle nach Ablauf der Jahresfrist in den Fällen nachträglich eingetretener Rechtswidrigkeit der Norm zulässig, so beschränkte sich der Umfang der oberverwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle lediglich auf die Prüfung, ob die Norm nachträglich rechtswidrig geworden ist; **anfängliche Mängel könnten nicht überprüft werden**. Andernfalls würde die gesetzliche Antragsfrist vollends unterlaufen (vgl. Schenke, NVwZ 2014, 314). Dies widerspricht aber gerade der **Bündelfunktion der prinzipalen Normenkontrolle**. Ein **praktisches Bedürfnis** nach Überprüfung der Wirksamkeit einer Rechtsvorschrift besteht ... nicht nur für nachträglich eingetretene, sondern eben auch für anfängliche, noch beachtliche Mängel. [wird ausgeführt]“ (VGH München aaO)

6. Garantie effektiven Rechtsschutzes

Letztlich könnte das Grundrecht auf einen effektiven Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt (Art. 19 IV 1 GG) eine einschränkende Auslegung der Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO gebieten.

„Zwar ist die **Rechtsetzung der Exekutive** in der Form von Rechtsverordnungen und Satzungen Ausübung öffentlicher Gewalt (i.S.v. Art. 19 IV 1 GG) und daher in die Rechtsschutzgarantie einzubeziehen (BVerfGE 115, 81 = NVwZ 2006, 922). Auch haben Festsetzungen in Bebauungsplänen i.d.R. direkte Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Eigentümers (BVerfGE 70, 35 = NJW 1985, 2315). Art. 19 IV 1 GG gebietet aber keine prinzipale Normenkontrolle als Rechtsschutzmöglichkeit gegen untergesetzliche Rechtsnormen, weil **Art. 19 IV 1 GG dem Bürger lediglich garantiert**, dass ihn beeinträchtigende Maßnahmen **in irgendeinem gerichtlichen Verfahren überprüft** werden können und dieser Rechtsschutz in der Regel durch die inzidente Überprüfung der Rechtmäßigkeit der untergesetzlichen Rechtssätze im Rahmen von Verfahren gegen deren Anwendung im Einzelfall erfolgen (vgl. BVerfGE 31, 364; vgl. BVerfGE 115, 81 = NVwZ 2006, 922). Ist die inzidente Normenkontrolle im Rahmen von Verfahren gegen deren Anwendung im Einzelfall nicht möglich oder führt sie nicht zur Beseitigung der Grundrechtsverletzung, kommt außerhalb des Anwendungsbereichs von § 47 VwGO insbesondere die Feststellungsklage als Rechtsschutzmittel in Betracht (BVerfGE 115, 81 = NVwZ 2006, 922; BVerfGE 129, 199 = NVwZ 2007, 1428). Da Art. 19 IV 1 GG den Gesetzgeber nicht verpflichtet, das Rechtsschutzmittel der prinzipalen Normenkontrolle vorzuhalten, begegnet demnach auch die zeitliche Beschränkung des Antragsrechts im Normenkontrollverfahren keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.“ (VGH München aaO)

VI. Ergebnis

Die Antragsfrist ist auch auf Fälle des Eintritts der Rechtswidrigkeit nach Fristablauf anzuwenden. Diese Antragsfrist wurde hier versäumt. Der Antrag ist unzulässig.

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2015, 118; Beschluss vom 22.08.2014 – 2 S 1472/14)

1. Eine **objektive Klageänderung** wirkt nicht fristwährend auf den Zeitpunkt der Klageerhebung zurück.
2. Eine Klage, die den Gegenstand des Klagebegehrens **eindeutig bezeichnet** und einen bestimmten Antrag enthält, kann nach Ablauf der Klagefrist nicht ohne Weiteres geändert und auf einen weiteren Bescheid erstreckt werden. Denn in einem solchen Fall liegt nicht lediglich eine bloße Ergänzung eines auslegungsfähigen Klagebegehrens, sondern eine Erweiterung eines eindeutig bezeichneten Klagebegehrens um einen weiteren – neuen – Gegenstand vor.

A. Grundlagenwissen: Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags nach § 60 VwGO

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn jemand **ohne sein Verschulden gehindert** war, die **Rechtshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch nach § 60 II 2 VwGO glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

I. Hinderungsgründe des Beteiligten selbst

Zunächst kann der Beteiligte selbst an der Einhaltung der Frist gehindert gewesen sein (z.B. Ortsabwesenheit, Krankheit, Inhaftierung). Sorgfaltsmaßstab ist hierbei die im Rahmen eines Verfahrens verkehrsbliche Sorgfalt.

II. Verschulden des (Prozess-)Bevollmächtigten

Das Verschulden des **gesetzlichen Vertreters** steht nach § 173 VwGO i.V.m. § 51 II ZPO dem **Verschulden der Partei** gleich. Dies gilt nach § 173 VwGO i.V.m. § 85 II ZPO auch für das Verschulden des **Bevollmächtigten**.

Anders als beim Sorgfaltsmaßstab für den Beteiligten selbst besteht bei der Bestimmung der von einem Rechtsanwalt zu beachtenden Sorgfalt Einigkeit darüber, dass ein **objektiver Sorgfaltsmaßstab** anzulegen ist, der sich an der üblichen Sorgfalt eines ordentlichen Rechtsanwalts in der jeweiligen Prozesssituation orientiert und **hoch zu stecken** ist

III. externe Hinderungsgründe

Das Fristversäumnis kann auch auf solchen Gründen beruhen, auf die der Beteiligte oder sein Vertreter keinen Einfluss haben (z.B. **Nichteinhaltung der üblichen Postlaufzeiten, mangelnde Funktionstüchtigkeit des Empfangsfaxgerätes des Gerichts**).

IV. Kausalität

Ist ein verschuldeter Fehler feststellbar, so kommt eine Wiedereinsetzung gleichwohl dann in Betracht, wenn der **Fehler nicht ursächlich für die Fristversäumnis** war. (vgl. BGH VersR 1993, 77; BGH VersR 1991, 123). Ein Fehler ist dann ursächlich, wenn ohne ihn die Frist nach dem **gewöhnlichen Verlauf nicht versäumt** worden wäre (vgl. BGH VersR 1974, 1001).

B. keine Fristwahrung bei nachträglicher objektiver Klageänderung (vgl. VGH Mannheim in NVwZ-RR 2015, 118)

Fall: Der Kl. ist Mitglied der Bekl. Diese erließ unter dem 20.07.2012 einen Bescheid über die „Rückforderung ohne Rechtsgrund erbrachter Leistungen“, mit dem sie den Kl. aufforderte, für seine Ehefrau erbrachte Leistungen i.H.v. 6.213,06 € zurückzuerstatten. Unter dem 25.07.2012 erging ein weiterer Rückforderungsbescheid über einen Betrag von 5.217,52 €. Die hiergegen eingelegten Widersprüche des Kl. wies die Bekl. mit Widerspruchsbescheid vom 07.05.2013 – dem Kl. zugestellt am 14.05.2013 – zurück. Dabei nahm sie den Bescheid

vom 20.07.2013 insoweit teilweise zurück, als sie nunmehr einen zusätzlichen Rückforderungsbetrag von 21,08 € geltend machte. Am 06.06.2013 hat der durch Rechtssekretäre der X.-Rechtsschutz-GmbH vertretene Kl. Klage erhoben.

Dabei hat er ausdrücklich beantragt, „den Bescheid vom 20.07.2012 (Az. 3328-223-21-561, i.d.F. des Widerspruchsbescheids v. 07.05.2013, Az. BVV 1–02 R2012-000188) aufzuheben.“ Bescheidkopien hat der Kl. nicht vorgelegt. Die Klagebegründung ist am 11.10.2013 beim VG eingegangen. In dieser wird deutlich, dass der Kl. auch gegen den Rückforderungsbescheid vom 25.07.2012 vorgehen will und dessen Aufhebung begehrt. Vorsorglich beantragt er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung, der Bescheid vom 25.07.2012 sei versehentlich nicht in den Klageantrag aufgenommen worden. Das VG hat die diesbezügliche Klage wegen Verfristung als unzulässig abgewiesen. Zu Recht?

Der Rückforderungsbescheid vom 25.07.2012 ist ein belastender Verwaltungsakt, der mit der Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO angegriffen werden kann. Allerdings muss die Klage nach § 74 I VwGO binnen eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides bei Gericht eingehen.

Der Widerspruchsbescheid hinsichtlich der Bescheide vom 20.07.2012 und 25.07.2012 datiert vom 07.05.2013. Dieser wurde am 14.05.2013 zugestellt, so dass die Klagefrist am 14.06.2013 ablief. Die Klageschrift ist am 06.06.2013, also vor Ablauf der Klagefrist bei Gericht eingegangen.

Allerdings richtet sich die Klage ausdrücklich nur gegen den Bescheid vom 20.07.2012 und zunächst nicht gegen den Bescheid vom 25.07.2012. Dieser wurde erst mit der Klagebegründung in den Rechtsstreit eingeführt. Diese ist am 11.10.2013 beim VG eingegangen, also nach Ablauf der Klagefrist.

I. Umfang des Streitgegenstandes bei Eingang der Klageschrift

Fraglich ist daher, ob der Bescheid vom 25.07.2012 von Anfang an zum Streitgegenstand gehörte oder sich die Klage zunächst auf den Bescheid vom 20.07.2012 bezog.

1. Anforderungen an Klageerhebung

„§ 82 I 1 VwGO verpflichtet den Kl. dazu, den **Bekl. und den Gegenstand des Klagebegehrens zu bezeichnen**. Zwar schreibt das Gesetz zur Erhebung einer wirksamen Klage nicht zwingend eine Antragstellung oder die Angabe der zur Begründung dienenden Tatsachen vor. Jedoch muss aus der **Tatsache der Klageerhebung, aus Angaben über den angegriffenen Verwaltungsakt und etwaigen sonstigen während der Klagefrist abgegebenen Erklärungen oder diesen beigefügten Unterlagen** es für das Gericht möglich sein, festzustellen, um was es dem Kl. geht, **in welcher Angelegenheit die Klage erhoben wird und auf welchen konkreten Fall sich die Rechtshängigkeit bezieht**. Bei Rechtsbehelfen ist hierzu immer auch eine hinreichend genaue Bezeichnung der angegriffenen Entscheidung erforderlich (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl., § 82 Rn. 7; VGH München, Beschl. v. 20.10.2010 – 20 ZB 10.2056).“ (VGH Mannheim aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Aus dem Klageantrag, mit dem ausdrücklich nur die Aufhebung des Bescheids vom 20.07.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 07.05.2013 begehrt worden ist ergibt sich eindeutig, dass die Klage nur gegen diesen Bescheid gerichtet ist.

„Dabei wird der Bescheid vom 20.07.2012 nicht nur mit dem **Erlassdatum**, sondern zudem mit dem **entsprechenden Aktenzeichen** der Bekl. – das sich von dem Aktenzeichen des Bescheids vom 25.07.2012 unterscheidet – bezeichnet. Diese **eindeutige und unmissverständliche Formulierung ist keiner Auslegung** in die Anfechtung eines weiteren Bescheids **zugänglich**, zumal die Klageschrift nicht von dem Kl. selbst, sondern von den ihn vertretenden rechtskundigen Rechtssekretären gefertigt worden ist. Nach § 88 VwGO ist das Gericht zwar nicht an die Formulierung des Klageantrags, wohl aber an das sich aus dem Klagevorbringen ergebende Klagebegehren gebunden (vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 14.5.2014 – 11 S 2224/13, BeckRS 2014, 53263 = DÖV 2014, 851 Ls.).“ (VGH Mannheim aaO)

Allerdings wird in der Klageschrift auf den Widerspruchsbescheid vom 07.05.2013 Bezug genommen, der sich auch über den Widerspruch gegen den Bescheid vom 25.07.2012 verhält. Gleichwohl ist eine Beschränkung der Klage auf einen von mehreren Bescheiden sehr wohl möglich, selbst wenn ein gemeinsamer Widerspruchsbescheid ergangen ist.

„[In] der Klageschrift wird explizit nur der Bescheid vom 20.7.2012 als angefochtener Ausgangsbescheid genannt. **Umstände**, die möglicherweise zu einer abweichenden Auslegung des Klagegegenstandes

hätten führen können (Vorlage der Klagebegründung, Antragsformulierung in der mündlichen Verhandlung), sind **erst nach Ablauf der Klagefrist** eingetreten und können deshalb bei der Ermittlung des ursprünglichen Klagegegenstandes nicht berücksichtigt werden (vgl. VGH München, Beschl. v. 20.10.2010 – 20 ZB 10.2056).“ (VGH Mannheim aaO)

II. spätere Einbeziehung des Bescheides vom 25.07.2012

Bei der späteren Einbeziehung des Bescheides vom 25.07.2012 handelt es sich daher nicht bloß um eine Berichtigung des eindeutigen Klageantrags, sondern um eine **objektive Klageänderung nach § 91 VwGO**, da damit einen weiteren Verwaltungsakt zum Gegenstand seiner Anfechtungsklage gemacht wurde.

„Eine **objektive Klageänderung** wirkt aber **nicht fristwährend auf den Zeitpunkt der Klageerhebung zurück**, weil die Klagefrist auch hinsichtlich des neuen Klageantrags gewahrt sein muss (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl., § 91 Rn. 32; OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.08.2002 – 8 LA 101/02, BeckRS 2005, 22258). Erst mit der **wirksam erklärten Änderung** der Klage wird die (**neue**) **Streitsache rechtshängig** i.S.d. § 90 VwGO; eine auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Klageerhebung zurückwirkende Rechtshängigkeit lässt sich § 90 hingegen nicht entnehmen (vgl. Ortloff/Riese in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 91 Rn. 79 u. 87).

Etwas Anderes folgt auch nicht aus der Rechtsprechung des BVerwG (BVerwG, NVwZ 1983, 29 = DVBl 1982, 1000), wonach eine **Klageschrift**, die den Maßgaben des § 82 I VwGO nicht genügt, **auch nach Ablauf der Klagefrist ergänzt** werden kann, so dass die Klage wegen des ursprünglichen Mangels nicht mehr als unzulässig abgewiesen werden darf. Daraus ergibt sich nämlich nicht, dass eine Klage, die wie hier den **Gegenstand des Klagebegehrens eindeutig bezeichnet und einen bestimmten Antrag enthält**, nach Ablauf der Klagefrist ohne Weiteres geändert und auf einen weiteren Bescheid erstreckt werden kann. Denn in einem solchen Fall liegt nicht lediglich eine bloße Ergänzung eines auslegungsfähigen Klagebegehrens, sondern eine Erweiterung eines eindeutig bezeichneten Klagebegehrens um einen weiteren – neuen – Gegenstand vor. Die Notwendigkeit, auch insoweit die Klagefrist einzuhalten, entfällt nicht dadurch, dass der Kl. sein neues Begehren im Wege einer Klageänderung in den anhängigen Rechtsstreit einführt (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.8.2002 – 8 LA 101/02, BeckRS 2005, 22258).“ (VGH Mannheim aaO)

III. Fristwahrung durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Dem Kläger konnte nur die Wiedereinsetzung nach § 60 VwGO gewährt werden, wenn er ohne sein Verschulden gehindert war, auch gegen den Bescheid vom 25.07.2012 fristwährend Klage zu erheben.

„Soweit der Kl. geltend macht, lediglich auf Grund eines **Büroversehens** sei der Bescheid vom 25.07.2012 nicht erfasst worden, ist schließlich kein Grund für die Wiedereinsetzung in die versäumte Klagefrist des § 74 I VwGO bezüglich dieses Bescheids dargetan. Es stellt ein **Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten** dar, wenn sie die Bestimmung des Klagegegenstands allein ihrem Hilfspersonal überlassen haben. Eine **gesteigerte Sorgfaltspflicht** eines Rechtsanwalts setzt stets ein, wenn ihm in einer Fristsache eine Akte zur Vorbereitung der fristgebundenen Prozesshandlung – hier: Erhebung der Klage – vorgelegt wird. Die **Anfertigung einer Klageschrift** darf wegen ihrer Bedeutung und den an sie zu stellenden Anforderungen **nicht dem Büropersonal überlassen** werden, ohne dass der Rechtsanwalt das Arbeitsergebnis vor Unterzeichnung selbst auf Richtigkeit und Vollständigkeit überprüft (vgl. Bier in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 60 Rn. 46). Diese Anforderungen müssen gleichermaßen **auch für gewerkschaftliche Rechtssekretäre** gelten, die mit der Klageerhebung betraut sind. Es bedarf keiner näheren Ausführungen, dass ein bevollmächtigter Rechtssekretär vor der Anfertigung einer Klageschrift in eigener Verantwortung mit dem Vertretenen abklären muss, welches konkrete Begehren mit der Klage verfolgt werden soll, und er die Klageschrift daraufhin zu überprüfen hat, ob der hiernach gewollte Gegenstand der Klage auch hinreichend genau bezeichnet wird.“ (VGH Mannheim aaO)

IV. Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen fehlendem Hinweis auf fehlerhafte Antragstellung

Möglicher Weise stellt es eine Verletzung dieses Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) dar, dass das VG es unterlassen hat, den Kl. gem. § 86 III VwGO darauf hinzuweisen, dass sein Antrag fehlerhaft gewesen sei.

„Eine schlüssige Darlegung des behaupteten Verfahrensfehlers ist diesem Vorbringen nicht zu entnehmen. Nachdem die Klage **ausdrücklich nur gegen einen der beiden Rückforderungsbescheide** gerichtet war (vgl. o. u. 1.), gab es für das Gericht keinerlei Anlass, insoweit von einem (versehentlich) unvollständigen Antrag auszugehen. Klagen, die nur gegen **einen von mehreren belastenden Verwaltungsakten** gerichtet sind, sind in der gerichtlichen Praxis ebenso häufig anzutreffen wie (Teil-) Klagen, die sich auf die Anfechtung eines Teilbetrags beschränken. Dass hier eigentlich eine Anfechtung beider Rückforderungsbescheide beabsichtigt gewesen sein könnte, lässt sich ansatzweise **frühestens aus der am 11.10.2013 beim VG eingegangenen Klagebegründung** ersehen. Zu diesem Zeitpunkt war aber die Klagefrist des § 74 I VwGO bereits seit Langem verstrichen, so dass ein entsprechender gerichtlicher Hinweis ins Leere gegangen wäre und nichts mehr an der teilweisen Unzulässigkeit der Klage hätte ändern können.“ (VGH Mannheim aaO)

Kurzauslese II

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

ZPO

§§ 130 Nr. 6, 174 II-IV

Computerfax

Schriftliches Dokument

ZPO

(BGH in BeckRS 2014, 19928; Beschluss vom 14.10.2014 – XI ZB 13/13)

Ein **Computerfax** ist als **schriftliches Dokument in der Form einer Telekopie** anzusehen.

- I. Nach der **höchstrichterlichen Rspr.** handelt es sich bei der Übermittlung eines Schriftsatzes durch die elektronische Versendung einer Textdatei auf ein Faxgerät des Gerichts um ein sog. Computerfax.

Dabei werden mangels Vorhandenseins eines körperlichen Originalschriftstücks beim Absender die Voraussetzungen der für bestimmende Schriftsätze gesetzlich erforderlichen Schriftform gem. § 130 Nr. 6 ZPO entweder dadurch gewahrt, dass die **Unterschrift des Erklärenden eingescannt** wird, **oder** dadurch, dass **auf dem Schriftsatz der Hinweis angebracht** wird, dass der benannte Urheber wegen der gewählten Übertragungsform nicht unterzeichnen kann (BGHZ 144, 160; vgl. BGH WM 2006, 2331; OLG Braunschweig OLGR 2004, 276; OLG Saarbrücken, Urteil vom 19.03.2014 - 2 U 16/13, juris Rn. 37).

- II. Ein solches Computerfax wird als **schriftliches Dokument in der Form einer Telekopie** eingeordnet.

„Dies folgt einerseits aus der Vorschrift des § 130 Nr. 6 ZPO, der für Telekopien die Wiedergabe der Unterschrift in der Kopie vorschreibt und andererseits aus § 174 II-IV ZPO, der zwischen der Zustellung eines Schriftstücks durch Telekopie und der eines elektronischen Dokuments unterscheidet (BGH WM 2009, 331). Dabei erfolgt bei einem Computerfax (im Unterschied zum elektronischen Dokument) lediglich die **Übermittlung eines vorhandenen Dokuments, das beim Empfänger erneut in schriftlicher Form vorliegen soll**. Die **elektronische Speicherung** tritt für sich genommen nicht an die Stelle der Schriftform, sondern ist nur ein **Durchgangsstadium** und der Empfänger kann erst dann von einem gefaxten Schriftsatz Kenntnis nehmen, wenn er ausgedruckt vorliegt (BGHZ 167, 214; BGH NJW 2008, 2649).“ (BGH aaO)

- III. Demgegenüber **besteht ein elektronisches Dokument i. S. von § 130a ZPO aus der in einer elektronischen Datei enthaltenen Datenfolge** (vgl. BGH NJW 2008, 2649).

Diese elektronische Form ist **durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13.07.2001** (BGBl. I S. 1542) ausdrücklich **„als Option zur Schriftform“** eingeführt worden (BT-Drucks. 14/4987, S. 12). § 130a I 1 ZPO „versteht das elektronische Dokument als modifizierte Schriftform“ und sollte den Parteien erst die Möglichkeit eröffnen, Schriftsätze und Erklärungen **„als elektronisches Dokument bei Gericht einzureichen“** (BT-Drucks. 14/4987, S. 24). Ein elektronisches Dokument ist eingereicht, sobald die für den Empfang bestimmte Einrichtung des Gerichts es aufgezeichnet hat (§ 130a III ZPO). Es **wahrt jedoch nur dann die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet** (§ 130a I 1 ZPO) und **mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen** ist (§ 130a I 2 ZPO; BGHZ 184, 75).

- IV. Wegen dieser Unterscheidung wird die Wirksamkeit der Abgabe schriftlicher Erklärungen per Computerfax durch die Einfügung der Vorschriften über den elektronischen Rechtsverkehr in die Verfahrensgesetze nicht berührt, weil **ein Computerfax kein elektronisches Dokument darstellt** (BVerwG NJW 2006, 1989).

„Per Computer übermittelte bestimmende Schriftsätze erfordern deshalb keinen besonderen Nachweis der Urheberschaft (Authentizität) und keinen besonderen Schutz vor nachträglicher Veränderung (Integrität). Insoweit unterscheiden sie sich maßgeblich von elektronischen Dokumenten, die leicht elektronisch änderbar sind und deren Absicherung die Regelungen zur qualifizierten Signatur allein bezwecken (BT-Drucks. 14/4987, S. 24; BGH WM 2009, 331; BGHZ 184, 75; LSG Berlin Brandenburg, Urteil vom 23. Januar 2014 - L 3 R 1020/08, juris Rn. 37; BFHE 244, 511).“ (BGH aaO)

BGB

§§ 280, 675

Bestreiten mit Nichtwissen

Zulässigkeit

BGB

(BAG in NZA-RR 2014, 9 = DB 2014, 2973; Urteil vom 20.08.2014 – 7 AZR 924/12)

Nach § 138 IV ZPO ist eine **Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlung der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind**. Tatsachen, die eine Partei zum Zeitpunkt ihres Prozessvortrags nicht mehr weiß und auch nicht zumutbar durch Nachforschungen feststellen kann, darf sie jedoch mit „Nicht-mehr-Wissen“ bestreiten.

„Nach § 138 IV ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlung der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Da es um ein Schriftstück geht, das die Kl. selbst unterzeichnet und erhalten haben soll, lägen diese Voraussetzungen an sich nicht vor. Jedoch fordert der **Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 GG i. V. mit Art. 2 I GG** und dem in **Art. 20 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzip** ein Ausmaß an rechtl. Gehör, das sachgemäß ist. Es muss einer Prozesspartei möglich sein, **Tatsachen, die sie zum Zeitpunkt ihres Prozessvortrags nicht mehr weiß und auch nicht zumutbar durch Nachforschungen feststellen kann, mit Nichtmehrwissen zu bestreiten** (BAG NZA 2008, 246 = NJW 2008, 1179). Dies ist hier der Fall: Die Kl. hat plausibel gemacht, sich an den maßgeblichen Vorgang nicht mehr erinnern und aus den ihr vorliegenden Unterlagen keine Feststellungen treffen zu können.“ (BAG aaO)

ZPO
§ 520 III 2 Nr. 1

Berufungsantrag
Unbezipfelter Leistungsantrag in Stufenklage

ZPO

(BGH in NJW-RR 2015, 188; Beschluss vom 19.11.2014 – XII ZB 522/14)

Ein **unbezipfelter Antrag** kann **grds. auch in der Berufungsinstanz** gestellt werden

„Gem. § 520 III 2 Nr. 1 ZPO muss die Berufungsbegründung die Erklärung beinhalten, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden. Nach der Rspr. des BGH erfordert der **Zweck des § 520 III 2 Nr. 1 ZPO** zwar nicht zwingend einen förmlichen Sachantrag. Durch die Vorschrift soll der Berufungskläger aber **im Interesse der Beschleunigung des Berufungsverfahrens dazu angehalten werden, sich eindeutig über Umfang und Ziel seines Rechtsmittels zu erklären** und das BerGer. sowie den Prozessgegner über Umfang und Inhalt seiner Angriffe möglichst schnell und zuverlässig ins Bild zu setzen. Daher reicht es aus, wenn die innerhalb der Begründungsfrist eingereichten Schriftsätze des Berufungsklägers ihrem gesamten Inhalt nach eindeutig ergeben, in welchem Umfang und mit welchem Ziel das Urteil angefochten werden soll (BGH NJW 2014, 3098 = FamRZ 2014, 1443 m. w. Nachw.). Dabei kann ein unbezipfelter Antrag grds. auch in der Berufungsinstanz gestellt werden (BGH NJW 1974, 2278 = WM 1974, 1162).

Gemessen hieran ist der die Berufungsbegründung enthaltene Berufungsantrag hinreichend bestimmt. Danach hat die Kl. klar zu erkennen gegeben, dass sie bezogen auf den Unterhaltszeitraum ab Oktober 2009 die Stufenklage, wie sie sie in der ersten Instanz erhoben hat, weiterverfolgt. Ihrem Berufungsbegehren lässt sich demgemäß entnehmen, dass die Kl. insoweit die Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils und eine Entscheidung auf der Leistungsstufe erst nach Erfüllung des titulierten Auskunftsanspruchs erstrebt.“ (BGH aaO)

ZPO
§ 524 IV

Berufungszurückweisung
Klageerweiterung

ZPO

(BGH in MDR 2015, 49 = NJW 2015, 251; Beschluss vom 06.11.2014 – IX ZR 204/13)

Wird die den **erstinstanzlichen Streitgegenstand betreffende Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückgewiesen**, verliert eine **im Berufungsverfahren verfolgte Klageerweiterung** entsprechend § 524 IV ZPO ihre Wirkung.

„Die **Erhebung einer Widerklage im Berufungsrechtszug hindert einen Beschluss nach § 522 II ZPO nicht**; sie verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückgewiesen wird (BGHZ 198, 315 = NJW 2014, 151). Für die gleichgelagerte Fallgestaltung einer **Klageerweiterung im Berufungsverfahren kann nichts anderes gelten** (vgl. OLG Nürnberg MDR 2003, 770; OLG Nürnberg NJOZ 2006, 4222 = MDR 2007, 171; OLG Rostock NJW 2003, 3211 = MDR 2003, 1195; OLG Frankfurt a. M. NJW 2004, 165; KG NJW 2006, 3505; Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 522 Rn. 37; Musielak/Ball, ZPO, 11. Aufl., § 522 Rn. 28 a; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 35. Aufl., § 522 Rn. 14).

Die geltend gemachten Verletzungen von Verfahrensgrundrechten hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet.“ (BGH aaO)

StPO
§§ 44, 45

Wiedereinsetzungsantrag
Postlaufzeit von Einschreiben

StPO

(OLG Hamm in NSTZ-RR 2015, 47; Beschluss vom 16.10.2014 – 3 Ws 357/14)

Für die **Zustellung eines Einschreibens** ebenso wie für die **Zustellung eines Einschreibens mit Rückschein** gilt die **Laufzeitvorgabe E+1 (= 1 Tag nach Einlieferung)**.

„Mit Aufgabe seines Beschwerdeschriftsatzes vom 28.08.2014 am 01.09.2014 zur Post durfte [der Bf.] darauf vertrauen, dieses Schreiben werde das LG noch am nächsten Tag erreichen; dies wäre rechtzeitig gewesen.

Hierbei handelt es sich auch nicht um eine nicht schutzwürdige, bloße Hoffnung auf den rechtzeitigen Zugang. Denn ausweislich der frei im Internet abrufbaren Antworten auf häufig gestellte Fragen von Kunden der Deutschen Post gilt für die Zustellung eines Einschreibens ebenso wie für die Zustellung eines Einschreibens mit Rückschein die Laufzeitvorgabe E+1 (1 Tag nach Einlieferung). Diese Vorgabe wird an anderer Stelle dahin konkretisiert, dass sie zeige, „wie viele Briefe aus Ihrer Region bundesweit einen Tag nach Einlieferung in unser Logistiknetz beim Empfänger zugestellt werden“. Für die Region „58 Hagen“, in der der Bf. wohnt (... T), gibt die Deutsche Post einen Anteil von 94% für die Laufzeitvorgabe E+1 an. Bei einem derart hohen Anteil wird die **Erwartung begründet, dass diese Laufzeit eingehalten wird**; es kann danach grds. davon ausgegangen werden, dass, wenn keine Besonderheiten vorliegen, **Postsendungen, die an einem Werktag aufgegeben werden, am folgenden Werktag beim Empfänger eingehen** (so schon OLG Hamm NJW 2009, 2230 für eine Quote von 95%).

Nachdem - wie ausgeführt - die Deutsche Post zumindest gegenwärtig ausdrücklich weder für Einschreiben noch für Einschreiben mit Rückschein eine andere Quote benennt, besteht **keine Rechtfertigung zu einer abweichenden Beurteilung bei diesen Übersendungsarten** aufgrund von besonderen Kontrollen, denen eine solche Sendung unterliege (so noch OLG Frankfurt NSTZ-RR 2011, 116; KG NSTZ-RR 2006, 142).“ (OLG Hamm aaO)

StPO
§ 52

Zeugnisverweigerungsrecht
Belehrungspflicht bei ermittelungsrichterlicher Vernehmung

StPO

(BGH in NSTZ-RR 2015, 48; Beschluss vom 10.01.2014 – 15 O 189/13)

Die **Einführung und Verwertung von Angaben eines früher richterlich vernommenen Zeugen**, der **erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO Gebrauch gemacht** hat, durch

Vernehmung der richterlichen Vernehmungsperson ist zulässig, auch wenn der Zeuge zuvor nicht über die Möglichkeit der Einführung und Verwertung seiner Aussage belehrt worden ist.

- I. **BGH aaO teilt nicht die Ansicht, dass die Verwertung einer früheren richterlichen Vernehmung eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, durch Vernehmung der richterlichen Vernehmungsperson nur dann zulässig ist, wenn dieser Richter den Zeugen nicht nur über sein Zeugnisverweigerungsrecht, sondern auch qualifiziert über die Möglichkeit der Einführung und Verwertung seiner Aussage im weiteren Verfahren belehrt hat** (vgl. dazu auch den „Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme“, GA 2014, 1 [26]).

„Eine solche **qualifizierte Belehrung ist in den Vorschriften über die Vernehmung des Zeugen nicht vorgesehen**. Für eine entsprechende Belehrungspflicht **fehlt es mithin an einer gesetzlichen Grundlage** (BGH NStZ 1985, 36).

Auch eine **planwidrige Regelungslücke des Gesetzes liegt insofern nicht vor**. Der Gesetzgeber hat vielmehr Inhalt und Umfang der erforderlichen Belehrungen von Zeugen im Rahmen ihrer Vernehmung ausdrücklich geregelt (vgl. §§ 52 III 1, 55 II, 163 III 1 StPO). Eine Belehrung über die Verwertbarkeit der Aussage für den Fall, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht, hat er indes nicht vorgesehen. Da der Gesetzgeber aber schon im Jahr 1964 die Belehrungspflichten von Polizeibeamten gegenüber Zeugen im Ermittlungsverfahren in Kenntnis der Rspr. des BGH zur Verwertung von früheren Aussagen durch Vernehmung richterlicher Vernehmungspersonen neu geregelt hat, kann vor dem Hintergrund, dass in diesem Zusammenhang eine weiter gehende Belehrungspflicht durch den Richter nicht in das Gesetz aufgenommen wurde, von einer planwidrigen Regelungslücke nicht ausgegangen werden (vgl. BT-Dr. IV/178, S. 18, 33; 16/12098, S. 26). Dies belegen auch die Neuregelungen in § 255 a StPO (vgl. BGHSt 49, 72 = NJW 2004, 1605 = NStZ 2004, 390 m. Anm. El-Ghazi/Merold StV 2012, 250 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

- II. Es ist nach BGH aaO auch **nicht geboten, die Einführung oder die Verwertbarkeit der Aussage einer richterlichen Verhörungsperson über frühere Angaben eines Zeugen, der sich in der Hauptverhandlung berechtigt auf sein gem. § 52 stoff bestehendes Aussageverweigerungsrecht beruft, von einer schon damals erteilten qualifizierten Belehrung abhängig zu machen**.

„**Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts**, ohne den das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann. Als eine der Wahrheitsfindung entgegenstehende Gestaltung kommt § 252 StPO in Betracht (vgl. BVerfG NStZ-RR 2004, 18). Eine **Ausweitung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift** oder eine auf sie gestützte weitere Einschränkung der Möglichkeit zur Ermittlung des wahren Sachverhalts **bedarf daher einer hinreichenden Rechtfertigung**. An dieser fehlt es jedoch bzgl. des vom anfragenden Senat befürworteten Verwertungsverbots in Fällen fehlender qualifizierter Belehrung.

§ 252 StPO und das weiter gehend aus ihm hergeleitete Verwertungsverbot bezwecken nicht den Schutz des Angekl. Vielmehr **schützen §§ 52, 252 StPO lediglich Zeugen vor der Verpflichtung, als Angehörige den Besch. bzw. Angekl. wahrheitsgemäß zu belasten**, und sichern zudem, dass der Zeuge seine einmal gemachte Aussage – ob wahrheitsgemäß oder wahrheitswidrig, ob belastend oder entlastend – auch noch in der Hauptverhandlung für ihn folgenlos wieder rückgängig machen kann, ohne sie durch eine neue Aussage ersetzen zu müssen, bei deren Abgabe er wiederum dem **Spannungsfeld zwischen Wahrheitspflicht und Näheverhältnis** ausgesetzt wäre (vgl. BVerfG NStZ-RR 2004, 18; ferner El-Ghazi/Merold StV 2012, 250 m. w. Nachw.).

Schon dies legt nahe, dass es auch der **Grundsatz des fairen Verfahrens** nicht gebietet, zur Wahrung berechtigter Interessen des Angekl. die Verwertbarkeit einer früheren – nach ordnungsgemäßer Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht erfolgten – richterlichen Vernehmung des Zeugen von dessen qualifizierter Belehrung über die weitere Verwertbarkeit seiner Aussage abhängig zu machen. Vielmehr hat der EGMR betont, dass die Verwertung von im Ermittlungsstadium erlangten Aussagen auch in einem Fall, in dem ermittelnde richterliche Angaben von in der Hauptverhandlung berechtigt schweigenden Angehörigen verwertet wurden, nicht in Widerspruch zu Art. 6 I und III d MRK steht, sofern der Angekl. ausreichend Gelegenheit hatte, die Aussage in dem Zeitpunkt, in dem sie gemacht wurde, oder später in Zweifel zu ziehen (BGH NJW 2013, 3225). Die vom anfragenden Senat als notwendig erachtete Belehrung hat er dagegen ersichtlich nicht als für ein faires Verfahren geboten erachtet (BGH NJW 2013, 3225).“ (BGH aaO)

- III. BGH aaO sieht es auch zum **Schutz eines Verfahrensbeteiligten** nicht als geboten an, ohne dessen qualifizierte Belehrung über die weitere Verwertbarkeit seiner Aussage ein Verwertungsverbot anzunehmen.

„Vielmehr ist der Senat mit der bisherigen Rspr. (vgl. etwa BGHSt 49, 72 = NJW 2004, 1605 = NStZ 2004, 390) der Ansicht, dass – jedenfalls bei einer Vernehmung in dem Ermittlungs- oder Strafverfahren gegen den Angehörigen – einem Zeugen bei seiner richterlichen Vernehmung (hinreichend) bewusst ist, dass eine – nach Belehrung gem. § 52 III StPO und freier Entscheidung des Zeugen – getätigte Aussage für das weitere Verfahren und die Frage, ob der Angekl. auch auf Grund dieser Aussage verurteilt werden kann, Bedeutung haben kann (vgl. auch El-Ghazi/Merold StV 2012, 250; dort auch zu der nur für richterliche Vernehmungen geltenden Regelung des § 168 c StPO).“ (BGH aaO)

- IV. Soweit der BGH anerkannt hat, dass **Belehrungspflichten auch ohne ausdrückliches gesetzliches Gebot bestehen können**, betrifft dies besondere, mit der vorliegenden Fallgestaltung nicht vergleichbare Konstellationen, insbesondere Fälle gesetzlich nicht (näher) geregelter Befragungen etwa vor der Exploration einer Aussageperson durch einen Sachverständigen (BGHSt 36, 217; BGHSt 45, 203 = NJW 2000, 596 = NStZ 2000, 160), nicht aber eine Erweiterung der Belehrungspflicht im Zusammenhang mit gesetzlich – auch hinsichtlich der notwendigen Belehrungen – ausdrücklich normierten Maßnahmen.

StPO
§ 55

Aussageverweigerungsrecht
Geltendmachung

StPO

(OLG Hamm in NStZ-RR 2015, 49; Beschluss vom 28.01.2014 – 5 Ws 375/14)

Auch ein **bereits rechtskräftig verurteilter Zeuge kann wegen desselben Sachverhalts**, der seiner Verurteilung zu Grunde gelegen hat, die **Auskunft nach § 55 StPO verweigern**, wenn er sich durch seine Zeugenaussage in der Hauptverhandlung der Gefahr anderweitiger strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen würde.

„Eine solche **Verfolgungsgefahr** ist gegeben, wenn der Zeuge bei wahrheitsgemäßer Aussage von seinen früheren Angaben abweichen und sich damit dem Vorwurf aussetzen müsste, den Angekl. seinerzeit falsch verdächtigt zu haben. Jedoch begründen bloße, nicht durch konkrete Umstände belegte Vermutungen oder die rein denktheoretische Möglichkeit, die ursprüngliche Aussage könne falsch gewesen sein, weder einen prozessual ausreichenden Anfangsverdacht für das Vorliegen einer strafbaren Handlung in vorbezeichnetem Sinne noch ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO (vgl. BGH NJW 1994, 2839; BGH NStZ 1999, 415; KG NStZ-RR 2010, 16; OLG Koblenz StV 1986, 474). Denn anderenfalls hätte es jeder Zeuge, der einen anderen zunächst be- oder entlastet hat, in der Hand, allein mit dem bloßen Einwand, die ursprüngliche Aussage könnte falsch gewesen sein, jede weitere Auskunft zu verweigern (vgl. BGH NJW 1994, 2839; BGH NStZ 1999, 415; KG NStZ-RR 2010, 16; OLG Koblenz StV 1986, 474).

Folglich bedarf es konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte für die von dem Zeugen geltend gemachte Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung. Ob es diese tatsächlichen Anhaltspunkte gibt, hat nicht etwa der Zeuge selbst zu entscheiden, sondern dies unterliegt der tatsächlichen Beurteilung und rechtlichen Würdigung des Tatrichters, dem insoweit ein **weiter Beurteilungsspielraum** zukommt (vgl. OLG Celle NStZ-RR 2011, 377; KG NStZ-RR 2010, 16). In diesem Zusammenhang kann das BeschwGer. lediglich überprüfen, ob sich der Tatrichter innerhalb des ihm eröffneten Beurteilungsspielraums gehalten, den richtigen Entscheidungsmaßstab zu Grunde gelegt oder seine Entscheidung auf fehlerhafte Erwägungen gestützt hat (vgl. BVerfG wistra 2010, 299; OLG Celle NStZ-RR 2011, 377).“ (OLG Hamm aaO)

StPO
§ 247 S. 1

Zeugenvernehmung Entfernung des Angeklagten

StPO

(BGH in StV 2014, 716; Beschluss vom 24.06.2014 – 3 StR 194/14)

Allein der Wunsch eines Zeugen, nicht in Gegenwart des Angeklagten aussagen zu müssen, rechtfertigt dessen Entfernung aus dem Sitzungszimmer während der Dauer der Zeugenvernehmung nicht. Der zeitweise Ausschluss des Angekl. ist vielmehr durch einen **Gerichtsbeschluss** anzuordnen, dessen Begründung zweifelsfrei ergeben muss, dass das Gericht von zulässigen Erwägungen ausgegangen ist.

„Die Befürchtung des Gerichts, dass die Anwesenheit des Angekl. den Zeugen von einer wahren und vollständigen Aussage abhalten werde, muss sich auf konkrete, im Einzelfall begründete Tatsachen stützen und nicht etwa nur auf allgemeine Erwägungen (LR/Becker StPO, 26. Aufl., § 247 Rn 15 m. w. Nachw.; KK-Diemer 7. Aufl., § 247 Rn 5). Die Norm erfordert deshalb mit Blick auf die Schwere des Eingriffs in die Rechte des Angekl. grds. eine substantiierte Begründung dessen zeitweisen Ausschlusses von der Hauptverhandlung. Eine solche kann in Fällen der vorliegenden Art allenfalls dann als entbehrlich angesehen werden, wenn sich unmittelbar aus dem Anklagegegenstand sowie aus der Person von Zeugen und Angekl. und ihrer Beziehung zueinander ohne Weiteres eine massive Furcht des Zeugen vor dem auszuschließenden Angekl. aufdrängt, die geeignet erscheint, den Zeugen von wahren, insbesondere vollständigen Angaben in Gegenwart des Angekl. abzuhalten, wie es bspw. bei psychisch schwer geschädigten Opfern von Sexualverbrechen auf der Hand liegt (BGH BGHR StPO § 247 Satz 1 Begründungserfordernis 3).“ (BGH aaO)

StPO
§§ 244 II, 406e I, II 2

Akteneinsichtsrecht Nebenkläger

StPO

(OLG Hamburg in NStZ 2015, 105; Beschluss vom 24.10.2014 – 1 Ws 110/14)

Einem Nebenkläger steht grds. nach § 406 e I 1 StPO über seinen Rechtsanwalt auch ohne Darlegung eines berechtigten Interesses das **Recht auf Akteneinsicht** zu. Dieses kann aber dann **versagt werden**, wenn durch die Aktenkenntnis des Verletzten eine **Beeinträchtigung der gerichtlichen Sachaufklärung** (§ 244 II StPO) zu besorgen ist.

„Der Untersuchungszweck i. S. dieses gesetzlichen Versagungsgrundes ist gefährdet, wenn durch die Aktenkenntnis des Verletzten eine **Beeinträchtigung der gerichtlichen Sachaufklärung** (§ 244 II StPO) zu besorgen ist (vgl. nur BT-Dr 10/5305, S. 18). Zwar steht den mit der Sache befassten Gerichten hierbei ein **weiter Entscheidungsspielraum** zu (vgl. nur BGH NJW 2005, 1519). Die durch das Akteneinsichtsrecht des Verletzten stets begründete **Gefahr einer anhand des Akteninhalts präparierten Zeugenaussage** (zu hierin liegenden Gefahren etwa Schwenn StV 2010, 705; BeckOK/StPO-Eschelbach 18. Ed., § 261 Rn 55.3), reicht – entgegen anderer Stimmen im Schrifttum (vgl. Schlothauer StV 1987, 356 m. w. Nachw.; Riedel/Wallau NStZ 2003, 393) – für sich zur Versagung aber nicht aus (OLG Koblenz StV 1988, 332; vgl. ferner BT-Dr 10/5305, S. 18). Für die Prüfung der – abstrakten (vgl. SSW/StPO-Schöck, § 406 e Rn 12) – Gefährdung des Untersuchungszwecks ist vielmehr eine Würdigung der Verfahrens- und Rechtslage im Einzelfall vorzunehmen (vgl. OLG Koblenz aaO; Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 57. Aufl., § 406 e Rn 6 a).“ (OLG Hamburg aaO)

AO
§ 125 V

Verwaltungsakt Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts

AO

(BFH in NVwZ 2015, 163; Urteil vom 20.08.2014 – X R 15/10)

Auch die **Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts** durch die Finanzbehörde (§ 125 V AO) kann **Regelungswirkung** haben und daher ihrerseits **einen der Bestandskraft fähigen Verwaltungsakt darstellen**.

I. Innerhalb der **höchstrichterlichen Rspr.** die Frage, ob die von einer Behörde vorgenommene Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts ihrerseits einen Verwaltungsakt darstellt oder aber – mangels Regelungsgehalt – lediglich deklaratorischen Charakter hat, bisher **nicht einheitlich beurteilt** worden.

1. Die **einzelnen Senate des BFH** haben in der Vergangenheit mehrheitlich die Auffassung vertreten, die Nichtigkeitsfeststellung durch eine Finanzbehörde sei deklaratorisch.

BFH BFH/NV 1986, 720; BFHE 165, 566 = BStBl. II 1992, 224 = NJW 1992, 2175; BFH BFH/NV 1986, 720; BFHE 218, 494 = BStBl. II 2009, 754 = NVwZ 2008, 120; BFH BFH/NV 1986, 720; BFH BFH/NV 2005, 1490 = BeckRS 2005, 25008263 = BeckRS 2005, 25008288

2. Die **finanzgerichtliche Rspr. ist nicht einheitlich**: Neben dem FG Schleswig-Holstein hat auch das FG Rheinland-Pfalz die Verwaltungsaktsqualität der Nichtigkeitsfeststellung nach § 125 V AO bejaht (EFG 1996, 203 = BeckRS 1995, 30953775, als Vorinstanz zur Entscheidung des VIII. Senats in BFH/NV 1998, 1195 = BeckRS 1997, 14051). Das FG Niedersachsen (EFG 2007, 139 = BeckRS 2006, 26022243, Vorinstanz zur Entscheidung des V. Senats in BFHE 220, 208 = BStBl. II 2008, 686 = NJOZ 2010, 206) hatte die Frage nicht entschieden. Weitere Gerichte haben die Aussagen des VII. Senats übernommen (FG Düsseldorf, Entsch. v. 08.03.1989, EFG 1989, 385, und v. 11.10.1996, EFG 1998, 2 = BeckRS 1996, 31029545; FG München EFG 1996, 960 = BeckRS 1996, 30876957; FG Baden-Württemberg, EFG 2000, 981 = BeckRS 1998, 31007755, sowie FG Baden-Württemberg, Urt. v. 24.03.2011 – 3 K 1562/08, nicht veröff.; FG Köln EFG 2004, 1184 = BeckRS 2004, 26016331 = BeckRS 2004, 30445251).

3. Das **BVerwG** und das **BSG** vertreten zu den gleichlautenden Bestimmungen der anderen Verfahrensgesetze (diese unterscheiden sich von § 125 V AO nur insoweit, als dort an Stelle der „Finanzbehörde“ die „Behörde“ genannt ist) die Auffassung, eine Nichtigkeitsfeststellung sei ein Verwaltungsakt.

So lässt das BVerwG die Anfechtungsklage gegen eine auf § 44 V VwVfG gestützte behördliche Nichtigkeitsfeststellung zu (BVerwGE 84, 314 = NVwZ 1990, 668 = NJW 1990, 2572). Dies setzt denknötwendig die Qualifikation einer solchen Feststellung als Verwaltungsakt voraus. Das BSG hält die Nichtigkeitsfeststellung nach § 40 V SGB X explizit ebenfalls für einen (deklaratorischen) Verwaltungsakt (BSG NVwZ 1989, 902 = DVBl 1990, 210 = NJW 1989, 2910).

4. Die **steuerrechtliche Lit. ist ebenfalls uneinheitlich**.

die Eigenschaft als Verwaltungsakt bejahend Hübschmann/Hepp/Spitaler – HHSp, § 125 AO Rn. 106, unter ausdrücklichem Verweis auf die anerkannte Rechtslage bei § 44 V VwVfG und § 40 V SGB X; Tipke/Kruse, Abgabenordnung, FGO, § 124 AO Rn. 25; Pahlke/Koenig/Pahlke, Abgabenordnung, 2. Aufl., § 125 Rn. 40; einen Verwaltungsakt verneinend Brockmeyer/Ratschow in Klein, AO, 11. Aufl., § 125 Rn. 15

- II. **BFH aaO schließt sich der Rspr. des BVerwG und des BSG sowie der vom V. Senat des BFH geäußerten Auffassung an**, wonach die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts durch eine Behörde kann ihrerseits alle in § 118 AO genannten Begriffsmerkmale eines Verwaltungsakts erfüllen. Insbesondere ist eine derartige Feststellung dem Grunde nach fähig und geeignet, unmittelbare Rechtswirkungen nach außen zu zeitigen.

1. **Zwar ändert sich an der objektiven Nichtigkeit des vorangegangenen Verwaltungsakts durch eine spätere Nichtigkeitsfeststellung nichts. Gleichwohl beseitigt diese Feststellung zum einen den durch den vorangegangenen nichtigen Verwaltungsakt erzeugten Rechtsschein und trifft zum anderen eine verbindliche, abschließende sowie der Bestandskraft fähige Entscheidung über die Nichtigkeit.**

*„Bereits die **Beseitigung des bestehenden Rechtsscheins ist als Rechtswirkung anzusehen**: Zwar mag es auf den ersten Blick widersprüchlich anmuten, in der Beseitigung eines Rechtsscheins Rechtswirkungen zu sehen, da es gerade Wesenselement eines nichtigen Verwaltungsakts zu sein scheint, keine Rechtswirkungen zu zeitigen. In dieser Allgemeinheit ist das jedoch unzutreffend. Der **Rechtsschein selbst** – und damit folgerichtig auch seine Beseitigung – **ist eine Rechtswirkung** i. S. des § 118 AO. Er begründet das – irriige – Vertrauen der Beteiligten in die Wirksamkeit der behördlichen Maßnahmen und damit in den Rechtsschein. Die Wirkungen, die ein – insbesondere unerkannt – nichtiger Verwaltungsakt entfaltet, beruhen gerade auf diesem Vertrauen. Dieses kann zu tatsächlichen Handlungen, aber auch zu Rechtshandlungen erheblichen Umfangs führen, die ihrerseits (rechts)wirksam sein können. Beispielsweise ist ein Folgebeseid, der auf einem nichtigen Grundlagenbeseid beruht, zwar rechtswidrig, jedoch nicht nichtig. Damit ist auch dieses Vertrauen ein rechtlich relevanter Umstand. Vor diesem Hintergrund bewegen sich die Erzeugung wie auch die Beseitigung des Rechtsscheins nicht im rechtsfreien Raum, sondern sind Maßnahmen mit Wirkung im Rechtsverkehr.“* (BFH aaO)

2. **Aus diesen Wirkungen eines nichtigen Verwaltungsakts ergibt sich im Einzelfall gerade das – in § 125 V AO und § 41 I FGO vom Gesetzgeber ausdrücklich berücksichtigte – berechnigte Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit.**

*„Die Wirkung der Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts besteht vor allem darin, eine **endgültige und der Bestandskraft fähige Entscheidung über die Frage der Nichtigkeit zu treffen** und die möglicherweise **streitige Frage, ob der Verwaltungsakt nichtig war, mit Wirkung für und gegen alle Beteiligten zu beantworten**. Diese **Bestandskraftwirkung ist eine Rechtswirkung**, die über die in der Beseitigung des Rechtsscheins liegende Rechtswirkung noch deutlich hinausgeht und zwingend die Annahme einer Regelungswirkung – und damit eines Verwaltungsakts – zur Folge hat. Könnte eine Nichtigkeitsfeststellung hingegen nicht in Bestandskraft erwachsen, entstünde ein Widerspruch zu den Grundsätzen der Rechtskraft entsprechender Feststellungsurteile. Verfahrensrechtlich schlüssig ist das Nebeneinander der behördlichen Nichtigkeitsfeststellung nach § 125 V AO und der Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 41 I FGO nur, wenn die Nichtigkeitsfeststellung nach § 125 V AO die gleichen Rechtswirkungen zeitigen kann wie die Nichtigkeitsfeststellungsklage.*

*Nach § 110 I FGO **binden rechtskräftige Urteile**, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist, u. a. die **Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger**. Das **gilt auch für Feststellungsurteile nach § 41 I FGO, folglich auch für Urteile, in denen die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts festgestellt wird**. Es gibt keinen Anlass, § 110 I FGO nicht auf Urteile anzuwenden, mit denen die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts festgestellt oder dies abgelehnt wird (vgl. auch BFHE 228, 111 = BStBl. II 2010, 732 = NVwZ 2010, 1384).*

Durch die Rechtskraftwirkung ist hinsichtlich des tenorierten Inhalts des Urteils – vorbehaltlich der Möglichkeiten eines Restitutions- oder Wiederaufnahmeverfahrens – über den Streitgegenstand abschließend entschieden. Diese Frage kann im justizförmigen Verfahren nicht mehr neu aufgerollt werden. Dies gilt unabhängig davon, wie die Frage richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre.

*Wenn aber eine durch Urteil ausgesprochene Nichtigkeitsfeststellung die dargestellte Wirkung entfaltet, wäre es **widersprüchlich, einem inhaltsgleichen Ausspruch der Verwaltung nicht dieselbe Rechtsfolge beizumessen**. Ansonsten wäre der Steuerpflichtige, der nach Rechtssicherheit hinsichtlich der Nichtigkeitsfrage strebt, zur Klage gezwungen.*

*Wäre die Nichtigkeitsfeststellung gem. § 125 V AO kein Verwaltungsakt, der in Bestandskraft erwachsen kann, stellte sich nicht zuletzt die **Frage, welche Funktion die Vorschrift überhaupt haben soll**. Für die Befugnis der Finanzbehörde, unverbindlich Rechtsansichten zu äußern, bedürfte es keiner Rechtsgrundlage. Dem steht nicht entgegen, dass diese Rechtswirkung einer Nichtigkeitsfeststellung lediglich verfahrensrechtlicher Art ist. Auch das Verfahrensrecht hat (weitreichende)*

Rechtswirkungen. Die bestandskräftige Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts bewirkt, dass dessen Nichtigkeit nicht mehr in Frage zu stellen ist. Dies gilt auch für den Fall einer inhaltlich unzutreffenden Entscheidung.“ (BFH aaO)

BVerfGG
§§ 13 Nr. 5, 64 I

Organstreitverfahren Äußerungen der Bundesregierung

BVerfGG

(BVerfG in NVwZ 2015, 218; Beschluss vom 04.12.2014 – 2 BvE 3/14)

Vorläufige und unverbindliche Äußerungen der Bundesregierung mit gutachtlichem Charakter zu rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der erörterten Vernehmung eines Zeugen (hier: des US-amerikanischen Staatsangehörigen und früheren Mitarbeiters des Geheimdienstes NSA Edward Snowden) durch einen Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages **stellen keine rechtserhebliche Maßnahme dar**, die zulässiger Gegenstand eines Organstreitverfahrens sein kann.

„Nach § 64 I BVerfGG ist ein Antrag im Organstreitverfahren zulässig, wenn der Ast. geltend machen kann, dass er durch eine Maßnahme oder eine Unterlassung des Ag. in seinen ihm durch die Verfassung übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Die zur Nachprüfung gestellte Maßnahme muss rechtserheblich sein oder sich zumindest zu einem die Rechtsstellung des Ast. beeinträchtigenden, rechtserheblichen Verhalten verdichten können (vgl. BVerfGE 57, 1 = NJW 1981, 1359; BVerfGE 60, 374 = NJW 1982, 2233; BVerfGE 97, 408 = NJW 1998, 3040; BVerfGE 120, 82 = NVwZ 2008, 407). Als rechtserhebliche Maßnahme kommt **jedes Verhalten** des Ag. in Betracht, **das geeignet ist, die Rechtsstellung des Ast. zu beeinträchtigen** (vgl. BVerfGE 118, 277 = NVwZ 2007, 916 m. w. Nachw. = NJW 2008, 49). Erforderlich ist, dass der Ast. **durch die angegriffene Maßnahme in seinem Rechtskreis konkret betroffen** wird (vgl. BVerfGE 1, 208; BVerfGE 13, 123 = NJW 1961, 1913; BVerfGE 124, 161 = NVwZ 2009, 1092 = NJW 2009, 3016). Handlungen, die nur vorbereitenden oder bloß vollziehenden Charakter haben, scheiden als Angriffsgegenstand im Organstreit aus (vgl. BVerfGE 68, 1 = NJW 1985, 603; BVerfGE 97, 408 = NJW 1998, 3040; BVerfGE 120, 82 = NVwZ 2008, 407).

Nach diesen Maßstäben bezieht sich der Antrag zu 1) nicht auf taugliche Angriffsgegenstände: Die beiden Schreiben [der Bundesregierung] stellen **keine rechtserheblichen Maßnahmen i. S. des § 64 I BVerfGG** dar.

Die **Einschätzungen der Ag. in dem Schreiben sind nur vorläufiger Natur**. Im Hinblick darauf, dass in dem Zeitpunkt, in dem die Ag. zu dem Beschluss des Ausschusses Stellung nahm, wesentliche Erkenntnisse zum relevanten Sachverhalt noch nicht vorlagen oder jedenfalls nicht gesichert waren, ist das Schreiben erkennbar lediglich als **erste, nur in allgemeiner Form abgefasste Äußerung ohne Festlegung auf eine bestimmte Bewertung des bisher bekannten Sachverhalts** gemeint. Dies betrifft etwa die Fragen, ob Edward Snowden im Besitz eines gültigen Passes ist und ob seitens der Behörden der Russischen Föderation eine Ausreise bewilligt oder eine Zustimmung der russischen Behörden zur Zeugenvernehmung vor Ort erteilt würde. Die Vorläufigkeit der Einschätzung ergibt sich auch daraus, dass der Ag. zu diesem Zeitpunkt ein konkretes Amtshilfeersuchen zur Beurteilung noch nicht vorlag. I. Ü. handelt es sich bei diesem Schreiben um eine **lediglich unverbindliche Stellungnahme**, die Entscheidungen zuständiger Behörden oder unabhängiger Gerichte über die Erteilung eines Aufenthaltstitels oder über die Bewilligung einer Auslieferung nicht präjudizieren oder vorwegnehmen sollte oder konnte.“ (BVerfG aaO)

VwGO
§ 42 II

Klagebefugnis

VwGO

Klage einer Gemeinde auf Unterlassung ehrenrühriger Äußerungen bzgl. Mitarbeiter

(OVG Saarlouis in NJOZ 2015, 274; Urteil vom 17.10.2013 – 2 A 303/12)

Bei den aus Grundrechten (Art. 1 I, 2 I GG) oder aus einer entsprechenden Anwendung des § 1004 I 2 BGB abzuleitenden **Persönlichkeitsrechten** und den sich daraus im Verletzungsfall ergebenden **Unterlassungsansprüchen einzelner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Behörde** (hier: einer Gemeinde) handelt es sich um **höchstpersönliche Rechte**, die im Falle einer Verletzung durch ggf. beleidigende Äußerungen **allein von den Betroffenen selbst gerichtlich geltend gemacht werden können**. Der **Dienstherr ist insoweit nicht klagebefugt**.

„Da die Kl. in beiden Fällen erkennbar **materiell-rechtlich nicht aktivlegitimiert ist**, weil sie **nicht Inhaberin dieser Persönlichkeitsrechte bzw. Gläubigerin der sich daraus ergebenden Schutzansprüche** ist, macht sie im vorliegenden Verfahren mit dem Hauptantrag „fremde Rechte“ im eigenen Namen geltend. Die hierfür zu fordernde Prozessführungsbefugnis beziehungsweise in der Terminologie der VwGO Klagebefugnis (§ 42 II VwGO) (vgl. zur entsprechenden Anwendbarkeit der Bestimmung bei allgemeinen Leistungs- oder Unterlassungsklagen etwa Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll, § 42 Rn. 120), d. h. in den Fällen der vorliegenden Art die Befugnis, ohne eigene materiell-rechtliche Beziehung über ein behauptetes **fremdes Recht** als „richtige“ Partei einen Prozess im eigenen Namen führen zu dürfen (vgl. hierzu allgemein Prütting/Gehrlein, § 50 Rn. 33 ff.) hat das VG zu Recht verneint. Insoweit kann hier nicht vom Vorliegen der Voraussetzungen einer ausnahmsweise zulässigen gewillkürten oder gesetzlichen Prozessstandschaft ausgegangen werden (wird ausgeführt).“ (OVG Saarlouis aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Wardenbach:** Verschiebung der Regelverjährungsfrist nach § 199 I Nr. 2 BGB durch Unzumutbarkeit der Klageerhebung wegen anspruchsfreundlicher Rspr.? (BB 2015, 2)

Die **Verschiebung des Fristbeginns für die dreijährige Regelverjährungsfrist** nach § 199 I Nr. 2 BGB aufgrund einer **zweifelhaften Rechtslage**, die sich in einem **Irrtum über die Person des Ersatzpflichtigen** niederschlägt, kann als Auslegung des geschriebenen Tatbestandsmerkmals „Kenntnis der Person des Ersatzpflichtigen“ wie in der Rspr. des RG und den früheren Entscheidungen des BGH zu § 852 BGB a.F. auch für § 199 I Nr. 2 BGB angenommen werden. – Bereits die Loslösung vom Tatbestandsmerkmal der Kenntnis der Person des Ersatzpflichtigen und die Ausgestaltung der Zumutbarkeit der Klageerhebung als „übergreifende Voraussetzung für den Verjährungsbeginn“, also als **zusätzliches, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal** durch die spätere Rspr. des BGH seit der Düngekalkhandel-Entscheidung aus dem Jahr 1963 war dagegen rechtsmethodisch eine richterliche Rechtsfortbildung extra legem. – Der **BGH** hat neben der Unzumutbarkeit der Klage wegen unsicherer Rechtslage die neue Kategorie der Unzumutbarkeit der Klageerhebung wegen anspruchsfreundlicher Rspr. als Grund für eine Verschiebung des Verjährungsbeginns installiert. - Die **Verschiebung des Verjährungsbeginns unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit der Klage wegen anspruchsfreundlicher Rspr.** ist nach Auffassung des Autors abzulehnen, denn diese Rechtsfortbildung **widerspricht der Abwägung der Gläubiger- und Schuldnerinteressen**, wie sie der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Verjährungsrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz getroffen hat; außerdem steht sie im **Widerspruch zu den Intentionen des Gesetzgebers**, wie sie den Gesetzesmaterialien und den Vorarbeiten entnommen werden können; sie steht auch im Widerspruch zu dem mit den Verjährungsvorschriften verfolgten Ziel, **Rechtssicherheit und Rechtsfrieden** zu schaffen. - Das Institut schafft selbst Rechtsunsicherheit und für die betroffene Gläubiger und Schuldner unvorhersehbare Ergebnisse; ferner privilegiert das Institut eine Änderung einer anspruchsfreundlichen Rspr. gegenüber einer Änderung eines anspruchsfreundlichen Gesetzes, damit handelt es sich um eine **unzulässige Rechtsfortbildung contra legem**. - Mit einer Verschiebung des Verjährungsbeginns aufgrund der Unzumutbarkeit der Klageerhebung wegen anspruchsfreundlicher Rspr. kann die dreijährige Regelverjährung weitgehend ausgehebelt werden; dem ist nötigenfalls durch eine Klarstellung des Gesetzgebers entgegenzuwirken.

2. **Junglas:** Darlehensrückzahlungsforderungen als Entgeltforderungen i. S. des § 288 II BGB? (NJOZ 2015, 241)

§ 288 II BGB ist sowohl beim verzinslichen als auch beim unverzinslichen Darlehen auf den Darlehensrückzahlungsanspruch anzuwenden, wenn am Darlehensvertrag **kein Verbraucher beteiligt ist**; dies folgt daraus, dass die Rückzahlung des Darlehens das Äquivalent und damit das „Entgelt“ für die Darlehensauszahlung ist. - Da eine Verzugs- oder Prozesszinsforderung im Klageverfahren auch ohne vorherigen Hinweis abgewiesen werden kann, soweit sie – wie regelmäßig – Nebenforderung ist (§ 139 II ZPO i.V. mit § 4 I ZPO), kann es angesichts des derzeitigen Lit.- und Rspr.-Standes sinnvoll sein, die **Geltendmachung des Zinssatzes nach § 288 II BGB in der Klageschrift näher zu begründen**. - Eine Klärung dieser Frage durch den BGH bzw. den EuGH – nach Vorlage gem. Art. 267 AEUV – steht noch aus.

3. **Gutzeit:** Unverhältnismäßige Verkäuferhaftung beim „kleinen“ Schadensersatz (NJW 2015, 445)

Ist eine **gekauften Sache mangelhaft** und liegen die Voraussetzungen für einen käuferseitigen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung vor, so kann der Käufer im Rahmen des sog. „**kleinen Schadensersatzes**“ vom Verkäufer den **Ersatz des mangelbedingten Minderwerts der Sache** einfordern; der Käufer kann aber auch **alternativ die Kosten für die Mangelbeseitigung** verlangen. - Die unterschiedlichen Berechnungsmethoden sind dem kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch geschuldet, der entweder auf Nachbesserung oder auf Nachlieferung gerichtet ist (§ 439 I BGB). - Diese Scheidung im Nacherfüllungsanspruch setzt sich sodann bei der Berechnung eines Schadensersatzes statt der Leistung fort: Der **Kostenersatz für die Mangelbeseitigung knüpft an den Nachbesserungsanspruch an; der Ersatz des mangelbedingten Minderwerts ist die schadensrechtliche Konsequenz einer unterbliebenen Nachlieferung**; weil das „alte“ Kaufrecht einen Nachbesserungsanspruch des Käufers nicht kannte, war es überzeugend, dass der BGH seinerzeit für einen „kleinen“ Schadensersatzanspruch allein den mangelbedingten Minderwert als Berechnungsgrundlage akzeptierte; aber auch diese Rspr. ist mit der Schuldrechtsreform überholt; der **derzeitige kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch führt zur Berechnungsalternative**. - Bedeuten die Berechnungsalternativen für den kleinen Schadensersatz eine **konsequente Fortführung der Anspruchsalternativen des Käufers im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs**, so ließe sich erwägen, dem Käufer den Rückgriff auf eine der Berechnungsalternativen für den Schadensersatzanspruch dann zu versagen, wenn der Verkäufer im Nacherfüllungsfall eben diese vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung gem. § 439 III BGB wegen unverhältnismäßiger Kosten hätte verweigern können; soweit nämlich schon der vorgelagerte Nacherfüllungsanspruch nicht besteht, dürfen die unverhältnismäßig hohen Kosten auch in der Folge dem Verkäufer schadensersatzrechtlich (quasi im zweiten Anlauf) nicht weitergereicht werden; dieser Auffassung ist in der Tat

der BGH: „Der Verkäufer, der die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern darf, kann nicht im Wege des Schadensersatzes verpflichtet sein, diese Kosten zu tragen.“

4. **Kramme:** Die Einbeziehung von Pflichtinformationen in Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträge (NJW 2015, 279)

Nach § 312d I 2 BGB werden **vorvertragliche Verbraucherinformationen unabhängig von einer rechtsgeschäftlichen Einigung Vertragsbestandteil**; Unklarheiten zur Reichweite des Erfüllungsanspruchs werden beseitigt, wenn die eigentlichen Vertragsbestandteile von den vorvertraglich bereitgestellten Informationen zu Lasten des Verbrauchers abweichen. - Infolge des **Richtlinienwortlauts** und seiner Umsetzung besteht die Gefahr, dass das Erfüllungsinteresse durch eine einfache Zustimmung zu ungelesenen AGB beschränkt wird. - Der **Schutz des Erfüllungsinteresses** ist noch einem weiteren **Risiko ausgesetzt**: So ist es denkbar, dass die Verbraucherinformationen zum Nachteil des Verbrauchers von den übrigen Vertragsbestandteilen abweichen; unbillige Ergebnisse infolge des neuen Einbeziehungsautomatismus lassen sich aber vermeiden, wenn auch die so einbezogenen Informationspflichten einer Kontrolle nach § 305c I BGB unterworfen werden. - Zu einer **unnötigen Unklarheit hinsichtlich der Reichweite des § 312d I 2 BGB** führt der Umstand, dass der **Gesetzgeber bei der Umsetzung vom Wortlaut des Art. 6 V abgewichen ist**, indem bestimmt wird, dass nur die in Erfüllung der Informationspflicht gegebenen Informationen Vertragsbestandteil werden sollen. - Um einen Widerspruch zur Richtlinie zu vermeiden, sollte in diesen Zusatz keine Beschränkung der Einbeziehung hineininterpretiert werden; insbesondere ist von einer Einbeziehung der Verbraucherinformationen auch dann auszugehen, wenn sie unter Verletzung des Transparenzgebots bereitgestellt werden, z. B. wenn sie unklar verfasst sind oder erst nach Vertragsschluss zur Verfügung gestellt werden. - Widersprechen Verbraucherinformationen den übrigen Vertragsinhalten, können **Verbraucherverbände** gegen diese **Intransparenz einen Unterlassungsanspruch auf §§ 1, 2 I UKlaG sowie auf §§ 8 I, 4 Nr. 11 UWG stützen**; dass ein solcher Widerspruch den betroffenen Verbrauchern im Einzelfall einen Vorteil bringt, da die zu Gunsten des Verbrauchers abweichenden Verbraucherinformationen Vertragsbestandteil werden, ändert hieran nichts, denn die Aufrechterhaltung solcher Widersprüche ist nicht i. S. des Verbraucherschutzes und soll durch den neuen § 312d I 2 BGB gerade eingedämmt werden. - Über den Anwendungsbereich der Vorschrift hinaus ist § 312d I 2 BGB keine Wertung für oder gegen eine vertragliche Einbeziehung von Verbraucherinformationen in den Vertrag zu entnehmen; greift die Vorschrift nicht ein, ist wie bisher im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob die Verbraucherinformationen Vertragsbestandteil werden.

5. **Sauren:** Ausgewählte Rspr. zum Wohnungseigentum und Erbbaurecht (Rpfleger 2015, 4)

6. **Laumen:** Die sog. tatsächliche Vermutung (MDR 2015, 1)

Tatsächliche Vermutungen beruhen auf Sätzen der Lebenserfahrung; sie haben **lediglich Bedeutung im Rahmen der freien Beweiswürdigung als Beweiserleichterung** bei der Beweisführung der beweisbelasteten Partei. - **Besonders starke Erfahrungssätze begründen einen Anscheinsbeweis**, sodass der Hauptbeweis als geführt anzusehen ist und sich die Beweisführungslast umkehrt: Dem Beweisgegner obliegt dann die Führung des Gegenbeweises. - Weniger starke Erfahrungssätze können zumindest als **Indiz** herangezogen werden, das für sich allein oder mit anderen Indizien geeignet sein kann, den Hauptbeweis zu erbringen. - **Tatsächliche Vermutungen haben** jedoch entgegen der in der Rspr. einiger Senate des BGH vertretenen Ansicht **keinen Einfluss auf die Verteilung der objektiven Beweislast**: Da der jeweilige Erfahrungssatz unmittelbar im Rahmen der Beweiswürdigung herangezogen werden kann, ist der Begriff der tatsächlichen Vermutung an sich überflüssig, er sollte deshalb vermieden werden.

II. Strafrecht

1. **Fahl:** Unwahre Verfahrensrüge und Strafvereitelung (StV 2015, 51)

Bespr. der Entsch. des **LG Augsburg vom 14.03.2011 – 3 Kls 400 Js 110961/10**, in dem es um die **Frage** geht, **ob eine unwahre Verfahrensrüge den Straftatbestand der Strafvereitelung erfüllt**. – Nach LG Augsburg aaO ist es dem Verteidiger grds. weder verwehrt, ein aussichtsloses Rechtsmittel einzulegen, noch wider besseren Wissens einen Verfahrensfehler unter Berufung auf ein unrichtiges Hauptverhandlungsprotokoll zu rügen; zwar erfolgt eine solche Rüge **rechtsmissbräuchlich**, dem kann jedoch mit einer Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls die Grundlage entzogen werden. – Nach Auffassung des Autors ist dieser Entscheidung zuzustimmen, da **nicht jedes standesunwürdige Verhalten eines Rechtsanwalts auch strafbar (prozesswidrig) sein muss**; so muss auch nicht jedes prozesswidrige Verhalten schon allein deswegen strafbar sein; das Strafrecht kann stets nur dann eingreifen, wenn andere Mittel, wie z.B. das Ständerecht oder das Strafprozessrecht, versagen (ultima ratio Gedanke); dem **prozessualen Missbrauch** ist primär **mit den Mitteln des Prozessrechts zu begegnen**, für eine zusätzliche strafbewerte Sanktion gibt es danach keinen Grund; auch die unwahre Tatsachenbehauptung im Protokollberichtigungsverfahren, sei es durch Festhalten am bisherigen Vortrag, durch weiteres Substantiieren oder durch schlichtes nicht zurücknehmen, ist nicht als Strafvereitelung (bzw. Versuch) gem. § 258 strafbar.

2. **Meyer/Lohkamp/Schwerdtfeger:** Strafrechtliche Risiken bei der Weitergabe von Akteninhalten mit kinderpornographischen Inhalten bei der Berufsausübung (StV 2014, 772)

Akten mit kinderpornographischem Inhalt dürfen dem Mandanten nie zur Verfügung gestellt werden; dafür sind geeignete organisatorische Maßnahmen zu treffen und **in der Handakte zu vermerken**. - Akten mit kinderpornographischem Inhalt dürfen nur dann einem („eigenem“) Sachverständigen zur Verfügung gestellt werden,

wenn dieses erforderlich ist; auch dazu ist in der Handakte ein entsprechender Vermerk aufzunehmen. - **Gutachteraufträge sind schriftlich abzufassen**; der Gutachterauftrag sollte die Gesichtspunkte „Gegenstand“, „Methodik“ und „Zielsetzung“ genau nennen; der Gutachter ist darauf hinzuweisen, dass er nicht dazu berechtigt ist, ihm zur Verfügung gestellte kinderpornographische Dateien an Dritte – auch nicht an seinen Auftraggeber (den Mandanten!) – weiterzuleiten.

3. **Fromm**: Aktuelles zur Besorgnis der Befangenheit des Richters im Strafprozess (NJOZ 2015, 1)

§ 24 II StPO sieht die Möglichkeit vor, den Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen; einem solchen Antrag ist stattzugeben, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, **Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters** zu rechtfertigen. - Die Befangenheit des Richters im Strafprozess kann sich in unterschiedlichster Weise äußern: Oft übersehen wird, dass nicht eine Befangenheit des Richters erwiesen sein muss, sondern bereits die **Besorgnis der Befangenheit ausreicht**; maßgeblich ist hierbei die **Sicht eines verständigen und vernünftigen Verfahrensbeteiligten**; es kommt nicht darauf an, ob der Richter sich selbst für unbefangen hält. - In der Praxis ist ein befangenes Verhalten von Richtern überdurchschnittlich oft vorzufinden im Rahmen einer tatsächlichen Verständigung oder Erörterungen mit dem Ziel eines verfahrensbeendenden Deals, der Terminierung der Hauptverhandlung sowie der Art der Befragung von Zeugen; auch zum Ziele der schnellen, möglichst wenig arbeitsreichen Prozess erledigung lassen es Richter häufig an einem objektiven, sachlichen Verhalten vermissen. - **Wenn bei dem Urteil ein Richter mitgewirkt hat, nachdem er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt war und das Ablehnungsgesuch entweder für begründet erklärt war oder mit Unrecht verworfen** worden ist, ist ein **Urteil stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen**, § 338 I Nr. 3 StPO; der Verfahrensfehler muss unbedingt ordnungsgemäß i. S. von § 344 II 2 StPO in der Revisionsbegründung gerügt werden.

III. Öffentliches Recht

1. **Kipker/Gärtner**: Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Einsatz polizeilicher „Body-Cams“ (NJW 2015, 296)

Die **derzeitige Ausgestaltung des Einsatzes polizeilicher Body-Cams**, der in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreift, lässt **nicht unerhebliche Zweifel an der Verfassungskonformität der Maßnahme** aufkommen: Neben der unzureichenden Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlagen wirft vor allem die Verhältnismäßigkeit Probleme auf. - Obgleich die polizeilichen Videoaufnahmen zur Erreichung ihres Einsatzzwecks grds. geeignet und erforderlich sind, kann die Angemessenheit, ausgehend von den derzeitigen gesetzlichen Regelungen, nicht ohne Weiteres unterstellt werden; vielmehr **bedarf ein angemessener und damit verhältnismäßiger Body-Cam-Einsatz zahlreicher weiterer verfahrensrechtlicher Konkretisierungen**: Hierzu gehören die **strikte Anlassbezogenheit des Kameraeinsatzes**, die **Sicherstellung einer optimalen Beweisfunktion** durch eine ganzheitliche Videoaufzeichnung, die **Erhöhung der Transparenz während des Aufnahmevorgangs** durch spezielle Hinweispflichten und insbesondere die **Sicherstellung dieser Transparenz auch in der nachgelagerten Phase der Datenauswertung**; hierzu empfiehlt es sich, eine unabhängige Treuhandstelle einzurichten, die für die Gewährleistung von Datensicherheit und effektiver Betroffenenrechte zuständig ist. - Zudem gilt es vor dem Hintergrund des Body-Cam-Einsatzes zu bedenken, dass die sicherheitspolitische Tendenz zu einer immer weitergehenden Überwachung des Bürgers trotz der im Einzelfall zu bejahenden verfassungsrechtlichen Zweckgeeignetheit und Erforderlichkeit nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass **gegenseitiges Vertrauen zwischen Bürgern und Behörden die Grundvoraussetzung einer erfolgreichen Kooperation** darstellt; ob der zunehmende Aufbau einer technischen Drohkulisse diesem Vertrauen auf Dauer förderlich ist, erscheint zweifelhaft. - **Langfristiges Ziel der Polizei zur Reduzierung von Übergriffen auf Beamte**, aber auch zur Förderung der Ermittlungstätigkeit sollte es deshalb sein, wieder mit konventionellen deeskalierenden Mitteln gegen mögliche Störer im öffentlichen Raum vorzugehen. - Werden Body-Cams aber eingesetzt, so sollte auch darüber nachgedacht werden, inwieweit es als Mittel des deeskalierenden Entgegenkommens notwendig und sinnvoll ist, dem sich auf Grund des **Subordinationsverhältnisses** gegenüber dem Polizisten in einer schwächeren Position befindlichen Bürger in bestimmten Situationen zu Beweiszwecken einen Anspruch auf Einschalten der Körperkamera einzuräumen. - Es ist davon auszugehen, dass sich die **polizeiliche Nutzung von Body-Cams in absehbarer Zeit weiter ausdehnt** und es nicht nur bei dem ab diesem Jahr landesweiten Einsatz in Hessen bleibt; neben Hamburg prüft derzeit auch Baden-Württemberg intensiv die Möglichkeit eines Modellversuches; die Länder Bremen, Schleswig-Holstein, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland und Bayern sowie die Bundespolizei haben sich zumindest schon in Hessen über die Technik informieren lassen. – Voraussichtlich wird diese Form der mobilen Videoüberwachung **künftig ein Standardinstrument im polizeilichen Einsatz** bilden; es muss hier deshalb von Anfang an ein klarer rechtlicher Regelungsrahmen geschaffen werden, um künftigen Fehlentwicklungen vorzubeugen.

2. **Schenke**: Die Klage auf Feststellung der unangemessenen Dauer eines gerichtlichen Verfahrens (NJW 2015, 433)

Eine **auf Feststellung der Unangemessenheit der Verfahrensdauer gerichtete Klage** ist in Übereinstimmung mit dem BVerwG **grds. zulässig** ist. - Ihre Statthaftigkeit ist insbesondere dann zwingend und durch den Justizgewährungsanspruch geboten, wenn eine Feststellung ausreicht, um den einem Verfahrensbeteiligten durch die unangemessene Verfahrensdauer erwachsenen Schaden wiedergutzumachen (§ 198 II 2, IV 1 GVG) und dem Kl. deshalb ein Rechtsanspruch auf eine entsprechende Feststellung zusteht. - Der Auffassung des BGH, § 198 II 2, IV 1 GVG begründe nur ein negatives Tatbestandsmerkmal eines Entschädigungsanspruchs und schließe damit

zugleich einen Anspruch auf eine gerichtliche Feststellung aus, ist nicht zu folgen: **Dem Wiedergutmachungsanspruch**, der der Konkretisierung des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs wie auch der Art. 6 I, 13 EMRK dient, **kann bei einem immateriellen Schaden**, der sich aus einer unangemessenen Verzögerung ergibt, **nicht nur durch einen Geldentschädigungsanspruch, sondern auch durch einen Feststellungsanspruch Rechnung getragen werden**. - Für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage spielt es grds. keine Rolle, ob der Kl. einen Rechtsanspruch auf eine gerichtliche Feststellung der Unangemessenheit der Verfahrensdauer hat; das Bestehen eines Rechtsanspruchs ist erst für die Begründetheit der Feststellungsklage bedeutsam. - Eine Feststellungsklage ist aber nicht nur dann begründet, wenn der Kl. ein Recht auf Feststellung der Unangemessenheit der Verfahrensdauer besitzt, sondern ebenso dann, wenn die Feststellung in das gerichtliche Ermessen gestellt ist und das Gericht in Ausübung seines Ermessens die begehrte Feststellung trifft. - Ein Rechtsschutz über die Feststellungsklage hat auch dann Erfolg, wenn der Kl. wegen der Überlänge des gerichtlichen Verfahrens bereits einen Geldentschädigungsanspruch hat, er sich aber mit der **Geltendmachung eines Feststellungsanspruchs als einem Minus** begnügt. - Der **Feststellungsanspruch kann nicht nur statt eines Geldentschädigungsanspruchs, sondern auch neben diesem mit Erfolg geltend gemacht werden**; § 198 IV 3 Hs. 1 GVG steht dem nicht entgegen. - Danach kommt der Klage auf **Feststellung einer unangemessenen Verfahrensdauer** ein erhebliches Rechtsschutzpotenzial zu; die Möglichkeit Verfahrensbeteiligter, sich nicht mit einer Feststellungsklage zu begnügen, sondern stattdessen auf Entschädigung zu klagen, wird durch die Bejahung des Rechtsschutzes mittels einer Feststellungsklage rechtlich nicht beschnitten.

3. **Braun: Zulässigkeit einer Waffenbesitzsteuer (DÖV 2015, 97)**

Die 2003 und 2009 durch die entsprechenden Waffenrechtsänderungsgesetze eingeführten **Verschärfungen des Waffenrechts** werden verbreitet immer noch nicht als ausreichend betrachtet; da Waffenverbote aber nicht durchsetzbar sind, wird dies eben auf anderem Wege versucht. - Nach Ansicht des Autors steht zu befürchten, dass der nächste Schritt, den **legalen Waffenbesitz weiter zu reglementieren** und vor allem zu verteuern, darin bestehen wird, **von der Verordnungsermächtigung des § 36 V WaffG Gebrauch zu machen** und weitere, im Ergebnis sehr kostspielige Sicherungssysteme vorzuschreiben. - Schon die Verordnungsermächtigung zum Erlass derartiger Regelungen erscheint bedenklich; völlig ignoriert wird, dass das **Problem** nicht der legale, sondern der **illegale Waffenbesitz** ist; diesen wird man aber weder mit strengeren Waffengesetzen noch mit Steuern reglementieren können. - Das deutsche Waffenrecht ist eines der strengsten weltweit; insgesamt folgt aus der dargestellten Argumentation klar die **Unzulässigkeit einer Waffenbesitzsteuer**; sogar die Befürworter einer Waffenbesitzsteuer müssen in weiten Bereichen Einschränkungen machen und insbesondere bei den betroffenen Personengruppen detaillierte Differenzierungen vornehmen; selbst wenn man also von einer Zulässigkeit ausgehen würde, wäre ein Verfahren zu wählen, das wegen der notwendigen Differenzierung so aufwendig wäre, dass keinesfalls eine vernünftige Relation zwischen Aufwand und Ertrag vorliegen würde.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Große-Wilde/Fleuth: Reform der Verbraucherrechte – Erweiterung der Informationspflichten für Rechtsanwälte (MDR 2014, 1425)**

Durch die **Umsetzung der EU-Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU (VRRL)** hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 13.06.2014 **neue Verbraucherschutzvorschriften für Unternehmen** eingeführt (Gesetz vom 20.09.2013, BGBl. I 2013, 3642). - Bislang ist der Fokus auf den Handel und seine Verträge gerichtet, wenig Aufmerksamkeit hat bislang die Erweiterung der Informationspflichten von Rechtsanwälten erhalten; der Autor geht daher auf die verschiedenen Beratungssituationen des Rechtsanwalts in der täglichen Praxis ein, beleuchtet, welche Informationspflichten sich konkret aus der Neuregelung der VRRL ergeben und bietet Muster für ein Informationsblatt für Verbraucher, eine Widerrufsbelehrung sowie ein Widerrufsformular an.

2. **Kudlich: Ecclestone, Verständigungsgesetz und die Folgen – Reformbedarf für § 153a StPO? (ZRP 2015, 10)**

§ 153a SPO beinhaltet ein Erledigungssystem, das sich seit seiner Einführung vor rund 40 Jahren als flexibles und praktikables Instrument grds. bewährt hat und daher beibehalten werden sollte; dass es bei seiner (jedenfalls korrekten) Handhabung nicht zu einseitigen Ungerechtigkeiten kommt, wird wohl noch dadurch belegt, dass die Einstellungspraxis nicht nur der Entlastung der Strafverfolgungsbehörden dient, sondern in geeigneten Verfahren durchaus auch von der Verteidigung nachgefragt wird. - Dass man etwa fehlendes Augenmaß bei der Anwendung im Einzelfall weniger dem Gesetzgeber als vielmehr den Gesetzesanwendern vorwerfen muss, gilt hier wie bei allen anderen Vorschriften (und nebenbei: wie insbesondere auch beim Verständigungsgesetz). - Gleichwohl sind **Wertungswidersprüche** zwischen der erweiterten Anwendung des § 153a StPO bis weit in den Bereich der mittleren Kriminalität hinein und der 2009 neu geschaffenen Vorschrift des § 257 c StPO in seinem Verständnis durch BVerfG und BGH nicht zu verkennen: Diese betreffen nicht einmal vorrangig spektakuläre Entscheidungen, die auf Grund der betroffenen Summen auf große Aufmerksamkeit gestoßen sind, sondern die ganz unterschiedliche Regelungsdichte und die konträren Anforderungen insbesondere an Transparenz und Dokumentation; wenn sich der Gesetzgeber nicht zu einer weiteren Ausweitung des Systems **konsensualer Verfahrenserledigungen** entschließt, sondern diese nach wie vor als **bloße Verfahrensbesonderheit innerhalb des grds. inquisitorischen Systems** begreift, muss über eine **vorsichtige Angleichung des Verfahrens insbesondere § 153a II StPO an die Regelungen der Verständigung nach § 257a StPO** nachgedacht werden.

Ausnahme und Dispens

Ausnahme

Die **Ausnahme** nach § 31 I BauGB ist bereits im Bebauungsplan vorgesehen. Der Plangeber hat bei der Aufstellung des Bebauungsplanes bereits erkannt, dass es zu **typischen Sondersituationen** kommen kann und für diese Sondersituationen geregelt, dass eine Abweichung von den Festsetzungen des Bebauungsplanes möglich sein soll.

Die Ausnahmen müssen grundsätzlich ausdrücklich vorgesehen sein, d.h. sie müssen in der Satzung sowohl nach Art als auch nach Umfang bestimmt sein. Dabei ist unter Art der Ausnahme zu verstehen, von welchen Festsetzungen die Gemeinde Ausnahmen zulassen will; unter Umfang der Ausnahme ist zu verstehen, wie weit die Ausnahme gehen darf.

Achtung: § 1 III 2 BauNVO sieht vor, dass die Vorschriften der § 2 bis 14 BauNVO durch eine entsprechende Festsetzung im Bebauungsplan Bestandteil des Bebauungsplanes werden. Damit sind mit der Festlegung eines Baugebietes der BauNVO auch die jeweiligen Abs. 3 der Vorschriften Inhalt des Bebauungsplanes, welche jeweils die ausnahmsweise zulässigen Vorhaben aufführen. Die Mitfestsetzung der vorgesehenen Ausnahmen kann die Gemeinde nur vermeiden, wenn sie dies im Bebauungsplan ausdrücklich so bestimmt.

Befreiung/Dispens

Der **Dispens** hingegen stellt eine Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplanes dar. Es handelt sich um **atypische Sondersituationen**, die der Plangeber bei der Aufstellung des Bebauungsplanes nicht erkannt hat. Eine solche atypische Sondersituation kann nur angenommen werden, wenn sie sich aus objektiven, grundstücksbezogenen Umständen ergibt. Eine subjektive, bauherrenbezogene Sondersituation spielt hier keine Rolle (vgl. BVerwGE 56; 71; 40, 268; Brohm, Öffentl. BauR, § 19, Rn 6).

Die **Grundzüge der Planung** dürfen nicht berührt werden, daher kommt eine Befreiung nur in Betracht, wenn die planerischen Zielvorstellungen der Gemeinde hierdurch nicht vereitelt werden. Dies ist aber z.B. bei einer negativen Vorbildwirkung des betreffenden Bauvorhabens anzunehmen.

Befreiungstatbestände

Gründe des Wohls der Allgemeinheit (§ 31 II Nr.1 BauGB)

Für eine Befreiung hiernach genügt nicht jeder Allgemeinwohlgrund. Dieser muss die Befreiung vielmehr erfordern. Dafür genügt es, dass zur Wahrnehmung des jeweiligen öffentlichen Interesses (soziale, kulturelle, sportliche, Verkehrs- oder Versorgungseinrichtungen) die Befreiung vernünftigerweise geboten ist (BVerwGE 56, 71).

Städtebauliche Vertretbarkeit (§ 31 II Nr. 2 BauGB)

Vertretbar ist eine Abweichung schon dann, wenn sie sich als ein nach § 1 V, VI BauGB **zulässiger Inhalt eines Bebauungsplans** darstellt (BVerwG, DVBl. 1990, 572). Hier hätte die Gemeinde G auch zulässiger Weise andere Baugrenzen vorsehen können, so dass eine städtebauliche Vertretbarkeit anzunehmen ist. Allerdings würde die Abweichung den **Grundzügen der Planung widersprechen**, weil es der Gemeinde bei der Festlegung der rückwärtigen Baugrenzen gerade auf die Schaffung begrünte Gartenzonen in den rückwärtigen Grundstücksbereichen, die auch der Wohnruhe dienen sollen (VGH BadW, VBIBW 93, 351), ankam. Ein Dispens nach § 31 II Nr. 2 BauGB ist daher nicht möglich.

Offenbar nicht beabsichtigte Härte (§ 31 II Nr. 3 BauGB)

Es kommt nicht darauf an, ob der Grundstückseigentümer besonders getroffen ist. Maßgeblich ist vielmehr, ob das Grundstück in seiner speziellen Situation anders als andere Grundstücke von bestimmten Festsetzungen betroffen ist, die so vom Satzungsgeber nicht gewollt waren.

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: Saarland	Prüfer (mit Titel usw.) B	Tag d. mündl. Prüfung 21.11.2014
--------------------------	-------------------------------------	--

Zur Person:

B ist ein ruhiger und angenehmer Prüfer, der viel Wert auf genaue Gedankenführung und Argumentationsweise legt. In seiner Notengebung ist er großzügig.

Zur Prüfung:

Fall: In einer Gaststätte in Saarbrücken treffen sich mehrere Mitglieder eines Vereins um 20:00 Uhr, um einen Dia-Abend zu einem geschichtlichen Thema zu machen. Aus diesem Grund tragen sie Dia-Projektoren, Leinwände und andere Dinge in das Gasthaus. Bei diesem Treffen waren nur Mitglieder des Vereins eingeladen und hatten Zutritt zu dem Raum. Ein Nachbar beobachtet dieses Geschehen und ruft bei der Polizei. Er teilt den Beamten mit, dass sich mehrere Neonazis mit Glatzen, Bomberjacken und Hakenkreuztätowierungen in der Kneipe treffen würden und dass die Polizei sofort kommen soll. Daraufhin rückte die Polizei mit 8 uniformierten Beamten an. Sie kontrollierten die Ausweise aller in der Gaststätte Anwesenden. Zudem fragten sie eine Frau (F), ob sie ein Tattoo habe. Als sie dies verneinte, forderten sie die F auf, sich auszuziehen und sich untersuchen zu lassen. Zudem wurde die F fotografiert. Zuletzt sprachen die Beamten gegenüber allen Mitgliedern des Vereins einen Platzverweis aus und die Anwesenden mussten die Gaststätte verlassen.

F kam einige Tage später auf die Wache und forderte die Herausgabe der von ihr gemachten Fotos, was jedoch von der Polizei abgelehnt wurde.

Zu prüfen war, ob das Verhalten der Polizei rechtmäßig war.

Zunächst musste erkannt werden, dass 5 verschiedenen Maßnahmen der Polizei vorlagen: die Ausweiskontrolle, die Untersuchung der F, die Anfertigung von Fotos, der Platzverweis und die Nichtrückgabe der Fotos.

Es musste die Frage beantwortet werden, auf welche Grundlage sich die Polizei stützen kann. Nach dem Gesetzesvorbehalt bedarf jede Maßnahme einer gesetzlichen Ermächtigung. Zudem musste erkannt werden, dass das polizeiliche Verhalten in die Grundrechte der Betroffenen aus Art. 8 GG (Versammlungsfreiheit) eingreifen könnte. Nach Art. 8 II GG dürfen Versammlungen unter freiem Himmel durch Gesetz eingeschränkt werden. Eine solche liegt aber laut Sachverhalt nicht vor. Man musste erläutern, wie dennoch behördliche Maßnahmen zu rechtfertigen sind (Stichwort: kollidierende Grundrechte) und welche Gesetze als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommen.

Besprochen wurde dann das Versammlungsgesetz, das aber bzgl. der Ausweiskontrolle und der Durchsuchung der F nicht einschlägig ist. B stellte noch die Frage, ob es ein saarländisches Versammlungsrecht gäbe, was natürlich nicht der Fall ist. Daraufhin musste erklärt werden, wieso es dies nicht gibt und wann der Bund bzw. die Länder die Gesetzgebungskompetenz haben (Grundsatz der Gesetzgebungskompetenz der Länder, die verschiedenen Gesetzgebungskompetenzen, Vorrang des später erlassenen Gesetzes).

Ein Prüfling schlug dann als Ermächtigungsgrundlage für die in Frage stehenden polizeilichen Maßnahmen § 8 SPoIG vor, aber die Generalklausel ist subsidiär zu anderen spezielleren Paragraphen, weshalb zunächst § 9 SPoIG geprüft wurde.

Fraglich war, ob hier ein Verwaltungsakt der Polizei vorliegt. Laut Legaldefinition des § 35 SVwVfG ist ein Verwaltungsakt jede hoheitliche Maßnahme, die die Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes trifft und auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Hier kam es darauf an, zu erkennen, dass das saarländische VwVfG einschlägig ist. Es mussten die Form und das Wirksamwerden von Verwaltungsakten erläutert werden, vor allem war § 37 II VwVfG zu nennen, wonach Verwaltungsakte auch mündlich erlassen werden können, der Betroffene dann aber ein Recht auf schriftliche Bestätigung hat.

B schilderte dann einen anderen **Fall**, in dem ein Passant einen Polizisten nach dem Weg fragt. Hat der Passant einen Anspruch auf Auskunft? Wie ist der Fall zu bewerten, wenn der Polizist eine falsche Auskunft gibt.

B wollte darauf hinaus, dass die Polizei zwar „Dein Freund und Helfer“ sein sollte, sie aber nicht dazu verpflichtet ist, eine solche Auskunft zu geben. Selbst wenn der Polizist hilft, liegt darin kein Verwaltungsakt, da damit keine Rechtsfolge gesetzt werden soll, vielmehr handelt es sich um eine Gefälligkeit. Der Passant hat zwar die Möglichkeit, das Verhalten des Polizisten bei dessen Dienstherrn zu rügen, aber kann nicht gerichtlich dagegen vorgehen.

Dann sollte der Begriff der Gefahr definiert werden und anhand dessen sollte entschieden werden, ob hier eine Gefahr vorlag. Vor allen war wichtig zu sehen, auf welche Betrachtungsweise es bei der Beurteilung ankommt. Ausschlaggebend ist, wie sich die Situation für die Polizei in dem konkreten Moment darstellt und nicht, wie es sich im nach hinein als richtig herausstellt. In diesem Zusammenhang musste erkannt werden, dass auch die Polizei der Nachforschungspflicht unterliegt, d. h. wenn möglich, muss sie selbst Informationen sammeln, um den Sachverhalt gründlich aufzuklären.

Weiter wurde auf § 10 SPolG (erkennungsdienstliche Maßnahmen), § 12 SPolG (Platzverweis) und §§ 17, 17a SPolG (Durchsuchung und Untersuchung von Personen) eingegangen. Dabei wurde der Unterschied von Durchsuchung und Untersuchung von Personen diskutiert (bei ersterem wird sowohl am Körper als auch in der Kleidung gesucht, bei der Untersuchung wird in den Körperöffnungen gesucht).

Weiter wurde der Fall nicht besprochen, weil die Zeit um war. Zu einem endgültigen Ergebnis kamen wir also gar 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: Bayern	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. E	Tag d. mündl. Prüfung 19.11.2014
------------------------	---	--

Zur Person:

Dr. E prüfte in diesem Termin zum ersten Mal, was sich jedoch eher als Glücksgriff für uns Prüflinge herausstellte. Er war äußerst freundlich und motivierte die Prüflinge durch positive Bestärkung. Selbst bei Antworten, die er eigentlich nicht hören wollte, fand er fast immer eine „gute Idee“ oder einen „tollen Ansatz“.

Dr. E prüfte der Reihe nach durch und half immer weiter, wenn der Prüfling keine Antwort wusste. Falls der Prüfling dann immer noch nicht auf die Antwort kam, ging Dr. E in der Reihe nach weiter und bohrte nicht unnötig nach.

Zur Prüfung:

Fall: A und B fahren mit ihren Pkw auf der Fürther Straße in Nürnberg. Plötzlich halten beide an, steigen aus und es kommt zu einem Streit zwischen Ihnen. In diesem Streit bespuckt der A den B. Strafbarkeit?

Da ich als erster an der Reihe war, nannte ich zunächst die Beleidigung nach § 185 StGB. Dr. E wollte jedoch nicht auf die Beleidigung hinaus, weshalb ich weitere mögliche Tatbestände herausarbeiten sollte.

Als nächstes ging ich auf eine eventuelle Körperverletzung nach § 223 StGB ein. Es wurden dann die Tatbestandsvoraussetzungen geprüft. Da die Gesundheitsbeschädigung ausschied, gingen wir auf die körperliche Misshandlung näher ein. Letztlich war wichtig, dass es einer „körperlichen Reaktion“ des B zur Bejahung der Körperverletzung bedurft hätte. Da B sich die Spucke jedoch einfach abwischen konnte und auch nicht „traumatisiert“ war, wurde das Vorliegen einer Körperverletzung abgelehnt und es blieb bei der Beleidigung.

Dann wurde der **Fall** weiter ausgebaut: Der A holt jetzt noch eine Schere aus der Tasche und schneidet B die Haare ab.

Strafbarkeit?

Hier lag das Augenmerk auf § 24 StGB und bei der Frage, inwiefern eine Schere ein gefährliches Werkzeug sein kann, wenn es zu dem Zweck verwendet wurde, dem es auch generell dient. Die Schere war vorliegend in ihrer konkreten Verwendungsweise kein gefährliches Werkzeug, sodass § 224 StGB abzulehnen war.

Anschließend wurden die Möglichkeiten der Anklage, der Privatklage, des Strafbefehls, § 407 StPO und die Einstellung nach §§ 153 ff StPO besprochen und in diesem Zusammenhang insbesondere die Vorteile bzw. Gefahren einzelner Maßnahmen für den Angeklagten und den StA / die Öffentlichkeit diskutiert.

Im Zuge dieser Diskussion kamen wir dann auch auf das Fahrverbot (§ 44 StGB) bzw. den Entzug der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB) zu sprechen. Nach Erläuterung der Unterschiede (max. 3 Monate nicht fahren dürfen vs. Führerschein neu machen müssen) sollten wir erörtern, was man am Fahrverbot ändern könnte. Daraufhin sprachen wir über eine mögliche Erhöhung der Dauer des Fahrverbots auf 6 Monate (um einen Anschluss an die Entziehung der Fahrerlaubnis zu finden, § 69a StGB) sowie über die Möglichkeit, den Zusammenhang mit Kraftfahrzeugen aufzuheben.

Fazit:

Ich persönlich fand Dr. E einen äußerst angenehmen Prüfer, der auch ordentliche Punktzahlen vergibt. Die Definitionen der einzelnen Tatbestände herunterbeten zu können, war ihm nicht so wichtig, es kam ihm eher darauf an, ein grundlegendes Verständnis für die Probleme zu haben.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

Prüfungsstoff im Mündlichen



