



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

39. Jahrg.

August 2014

Heft 08

---

## Aus dem Inhalt

- BGH:** Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten
- BGH:** Betrugsschaden bei Vereinbarung von Rückvergütungen
- BerlVerfGH:** Verfassungsmäßigkeit polizeilicher Übersichtsaufnahmen
- BGH:** Kostenerstattung bei Vollstreckung Zug-um-Zug
- VerfG Rh-Pf:** Beweisverwertungsverbot
- VGH Kassel:** Zwangsgeldfestsetzung bei mehreren Zwangsgeldern
- OVG Lüneburg:** Forderung von Schadensersatz durch Leistungsbescheid

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

Die Neuregelung der Honorarberatung über Finanzinstrumente .....	1
--	---

### Brandaktuell

BVerfG:	Veröffentlichung der Anklageschrift vor der Verhandlung (Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit) .....	2
---------	--	---

### Zivilrecht

BGH	:	Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten (zum Zwecke der Nacherfüllung) .....	3
OLG Karlsruhe:		Beschaffenheitsvereinbarung beim Gebrauchtwagenkauf („TÜV neu“) .....	6

### Strafrecht

BGH:	Betrugsschaden (Vereinbarung von Rückvergütungen) .....	10
OLG Hamburg:	Verwendung verbotener Kennzeichen (Unzulässigkeit der Verwendung nahezu identischer Kennzeichen) .....	12

### öffentl. Recht

BerlVerfGH:	Anfertigung polizeilicher Übersichtsaufnahmen (Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigung) .....	16
-------------	--	----

### Kurzauslese I

BGH:	Kenntnisabhängige Verjährung (Beginn bei Anspruchsübergang) .....	23
OLG Dresden:	Anscheinsbeweis (Unberechtigte Kartenverfügungen) .....	23
BGH:	Herausgabeanspruch (Erledigung in der Zwangsvollstreckung) .....	24
BGH:	Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Versendung) .....	24
BGH:	Rücktritt vom versuchten Totschlag (Einvernehmlicher Rücktritt aller Tatbeteiligten) .....	25
VGH München:	Akteneinsichtsrecht (Kein Anspruch auf Einsichtnahme in polizeiliche Dienst- u. Einsatzpläne) .....	25
BVerfG:	Äußerungen des Bundespräsidenten (verfassungsgerichtliche Kontrolle) .....	25
BVerfG:	Abgeordnetenimmunität (Zulässigkeit der Beobachtung von Abgeordneten durch den Verfassungsschutz) .....	26
BGH:	Wissens- und Informationseinheit (Zurechnung bei einer Behörde) .....	27

### Zivilrecht

BGH:	Vollstreckung Zug-um-Zug (Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwalts- und Gerichtsvollzieherkosten) .....	28
OLG Karlsruhe:	Zulässigkeit der Feststellungsklage (Unklarheiten über Schadenshöhe) .....	31

**Strafrecht**

VerfG Rh-Pf: Beweisverwertungsverbot  
(durch Privatperson rechtswidrig/strafbar erlangtes Beweismittel)..... 35

**öffentl. Recht**

VGH Kassel: Zwangsgeldfestsetzung  
(Gesamtbetrag bei mehreren Zwangsgeldern)..... 38

OVG Lüneburg: Forderung von Schadensersatz durch Leistungsbescheid  
(öffentliche Abgaben und Kosten)..... 41

**Kurzauslese II**

BVerfG: Richterliche Hinweispflicht  
(Gehörsverletzung)..... 44

BGH: Richterliche Hinweispflicht  
(Änderung der Rechtsauffassung)..... 44

OLG Koblenz: Vernehmung von Amts wegen  
(Parteivernehmung)..... 44

LG Stuttgart: Einstweiliges Verfügungsverfahren  
(Zustellung von Anerkenntnisurteilen im Parteibetrieb)..... 45

OLG Nürnberg: Hilfsweise eingelegte Beschwerde  
(Unzulässigkeit)..... 45

OLG Hamm: Öffentliche Zustellung  
(Folgen der fehlenden Belehrung)..... 45

BGH: Urteilszustellung  
(vor Erstellung des Protokolls)..... 46

LG Berlin: Mithören eines Telefonats  
(Zulässigkeit des Zeugenbeweises)..... 46

BGH: Angefochtener Verwaltungsakt  
(Tatbestandswirkung)..... 46

HessVGH: Anwaltszwang  
(Ablehnungsgesuch vor dem OVG/VerwGH)..... 47

OVG NRW: Urteilsinhalt/-form  
(fehlende Unterschrift)..... 47

**Weitere Schrifttumsnachweise** ..... 48

**Übersicht:** Der Putativnotwehrexzess..... 51

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung: Strafrecht..... 52

Assessorprüfung: Öffentliches Recht..... 53

## Aus der Gesetzgebung

### Die Neuregelung der Honorarberatung über Finanzinstrumente

Gesetz zur Förderung und Regulierung einer Honorarberatung über Finanzinstrumente (Honoraranlageberatungsgesetz) vom 15.07.20113 (BGBl. I S. 2390); In-Kraft-Treten am 01.08.2014

#### I. Allgemeines

Bislang entsprach es gängiger Praxis, dass Berater Kunden nicht immer die für sie passenden Finanzprodukte verkauften, sondern solche, bei denen sie selbst hohe Provisionen erhielten. Das neue Gesetz soll sowohl für den Bereich der nach dem Kreditwesengesetz (KWG) regulierten Institute als auch für die aktuell nach § 34f GewO beaufsichtigten Finanzanlagenvermittler eine **neue, gesetzlich definierte Form der (Honorar-)Anlageberatung** schaffen, die dem Kunden ein **alternatives Angebot zur provisionsbasierten Anlageberatung bieten** soll. **Ziel des Gesetzes** ist es, die **Honorarberatung als eigenständiges Berufsfeld zu etablieren**, den aggressiven Verkauf von Finanzprodukten einzudämmen und neutrale Beratung zu fördern.

Die Dienstleistungsanbieter haben künftig die **Wahl zwischen Honorarberatung und provisionsbasierter Anlageberatung**, allerdings für Institute i. S. d. KWG und Finanzanlagenvermittler i. S. d. GewO mit unterschiedlichen organisatorischen Konsequenzen: Finanzanlagenvermittler unterliegen **strengerer organisatorischen Beschränkungen**, da sie – anders als Institute – provisionsbasierte Beratung nicht mehr neben einer Honorarberatung unter einer Erlaubnis nach § 34f GewO erbringen dürfen, sondern vielmehr bei einer Entscheidung für die Honorar-Finanzanlagenberatung eine separate Erlaubnis nach § 34h GewO beantragen müssen.

#### II. Die gesetzlichen Neuregelungen im Überblick

Finanzanlagenberater müssen sich zukünftig entscheiden, ob sie weiterhin mit einer Erlaubnis nach § 34f GewO (provisionsbasiert) arbeiten möchten oder ob sie als sog. Honorar-Finanzanlagenberater nach dem § 34h GewO n.F. arbeiten möchten. Für letzteren Fall stellt **§ 34h GewO n.F.** eine **separate Erlaubnis als Honorar-Finanzanlagenberater** dar. Eine **parallele Ausübung provisions- und honorarbasierter Tätigkeit** unter einer der beiden Gewerbeerlaubnisse (§ 34f GewO oder § 34h GewO n.F.) ist vom Gesetzgeber **ausdrücklich nicht gestattet**, auch nicht bei entsprechend funktionaler oder sonst organisatorischer Trennung.

Die Anforderung der **funktionalen und organisatorischen sowie personellen Trennung der Honorar-Anlageberatung von der provisionsbasierten Anlageberatung** wird die Institute vor **erhebliche organisatorische Herausforderungen** stellen. Denn typischerweise werden die Knowhow-Träger und dem Kunden vertrauten Ansprechpartner, d.h. die Kundenberater, im provisionsbasierten wie auch Honorar-Anlageberatungsbereich dieselben sein. Hier wird künftig eine klare Trennlinie erforderlich sein, welche Berater künftig ausschließlich im provisionsbasierten und welche im honorarbasierten Bereich tätig sein werden.

Dem Kunden muss rechtzeitig vor Beginn einer Beratung in verständlicher Form mitgeteilt werden, ob die Anlageberatung als Honorar-Anlageberatung oder weiter als provisionsbasierte Beratung erbracht wird (Wohlverhaltenspflichten).

Zulässig ist die Honorar-Anlageberatung darüber hinaus nur dann, wenn sich der Honorar-Anlageberater einen **hinreichenden Marktüberblick** verschafft, d.h. seiner Beratung eine hinreichende Anzahl von möglichen Finanzinstrumenten zugrunde legt, die hinsichtlich der Art und ihres Anbieters oder Emittenten hinreichend gestreut sind.

Der Gesetzgeber möchte jedenfalls bei den Neuregelungen im WpHG für Institute (vgl. § 31 IVc WpHG n. F.) im Rahmen der Honorar-Anlageberatung **keinerlei nicht-monetäre Zuwendungen mehr zulassen**. Insoweit werden im Bereich der Honorar-Anlageberatung künftig Einladungen zu Produkt-Roadshows, soweit diese nicht rein fachbezogene Inhalte haben, kritisch zu betrachten sein. Reine Fachveranstaltungen bzgl. der einzelnen Finanzinstrumente und -produkte dürften aber nach wie vor zulässig sein und nicht als „nicht-monetäre Zuwendung“ i. S. des Honorar-Anlageberatungsgesetzes qualifizieren, da sie insoweit keinen geldwerten Vorteil für den Honorar-Anlageberater bzw. das Institut begründen.

## Brandaktuell

BGB  
§ 823 I

### Veröffentlichung der Anklageschrift vor der Verhandlung Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit

BGB

(BVerfG in becklink 1033557; Beschluss vom 27.06.2014 - Az.: 2 BvR 429/12)

1. Das **strafbewehrte Verbot**, eine Anklageschrift im Wortlaut öffentlich mitzuteilen, bevor sie in öffentlicher Verhandlung erörtert wurde (§ 353d Nr. 3 StGB), ist **mit dem Grundgesetz vereinbar**, auch wenn die Veröffentlichung mit dem Willen des Betroffenen erfolgt.
2. Der Straftatbestand solle nicht nur die Rechte des Angeklagten schützen, sondern auch verhindern, dass **Verfahrensbeteiligte** – insbesondere Laienrichter und Zeugen – **in ihrer Unbefangenheit beeinträchtigt** werden.

**Fall:** Der Beschwerdeführer wurde im April 2009 wegen gewerbsmäßigen Betrugs in Tateinheit mit gewerbsmäßiger Urkundenfälschung angeklagt. Mit Beschluss vom 01.12.2009 ließ das Landgericht die Anklage teilweise zu und eröffnete das Hauptverfahren. In der ersten Dezemberhälfte 2009 stellte der Beschwerdeführer diesen Beschluss sowie Teile der Anklageschrift auf seiner Homepage als Download zur Verfügung. Das Amtsgericht verurteilte den Beschwerdeführer deshalb wegen verbotener Mitteilung über Gerichtsverhandlungen (§ 353d Nr. 3 StGB) zu einer Geldstrafe in Höhe von zehn Tagessätzen à 16 Euro. Berufung und Revision des Beschwerdeführers blieben ohne Erfolg. Hiergegen hat der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde erhoben.

#### I. keine Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG)

Ferner ist das BVerfG der Ansicht, dass § 353d Nr. 3 StGB auch in Fällen der **Veröffentlichung mit dem Willen des Betroffenen** nicht die Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) verletzt.

„§ 353d Nr. 3 StGB verfolge eine **doppelte Schutzrichtung**. Er solle in erster Linie verhindern, dass **Verfahrensbeteiligte**, insbesondere Laienrichter und Zeugen, durch die vorzeitige Veröffentlichung amtlicher Schriftstücke **in ihrer Unbefangenheit beeinträchtigt werden**. Damit diene die Strafvorschrift einerseits der Ermittlung des wahren Sachverhalts als Grundlage der gerichtlichen Entscheidung und **gewährleiste** andererseits die **unbedingte Neutralität des Gerichts**. Daneben träten als Schutzgut die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen und – hinsichtlich des Angeklagten – die Aufrechterhaltung der Unschuldsvermutung.“

Wegen dieser doppelten Schutzrichtung entfällt die Zwecktauglichkeit der Vorschrift nicht allein dadurch, dass sich ein Betroffener durch die verfrühte Veröffentlichung **seines eigenen Schutzes begibt**. Bedeutung und Tragweite des materiellen Schuldprinzips und der Neutralität des Gerichts für das rechtsstaatliche Strafverfahren rechtfertigten bereits isoliert betrachtet die Strafbarkeit seines Handelns. Daneben stehe weiterhin der Schutz der Persönlichkeitsrechte von anderen Betroffenen, etwa von Mitangeklagten oder Nebenklägern.

#### II. Eignung des Verbots

§ 353d Nr. 3 StGB stellt nur die Veröffentlichung der Anklageschrift im Wortlaut unter Strafe. Wiedergaben in indirekter Rede sind vom Tatbestand ausgenommen. Dies könnte dazu führen, dass die Regelung zur Erreichung der vorstehenden gesetzgeberischen Ziele ungeeignet ist.

„Die hierdurch bestehenden Umgehungsmöglichkeiten seien der **Meinungsfreiheit geschuldet**, die es gebiete, nur absolut notwendige Einschränkungen vorzunehmen. Gegenüber der erkennbaren Meinungsäußerung komme dem Zitat die besondere Überzeugungs- und Beweiskraft des Faktums zu. Nur eine **wortgetreue Wiedergabe von Akteilen** erwecke den Eindruck **amtlicher Authentizität** und bezwecke diesen regelmäßig auch. Sie werde deshalb in der Regel weitergehende Wirkung haben als die bloße Mitteilung eines Dritten, in der über den Inhalt amtlicher Akten berichtet werde. Gerade für den Schutz der Unbefangenheit der Verfahrensbeteiligten ist dieser Unterschied wesentlich.“ (BVerfG aaO)

#### III. Angemessenheit des Verbots

„§ 353d Nr. 3 StGB sei auch angemessen, selbst wenn die **Veröffentlichung mit dem Willen des Betroffenen** erfolge, so das BVerfG. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass die Strafvorschrift sich bereits begrifflich nicht auf Elemente des persönlichen Meinens und Dafürhaltens, sondern nur auf Tatsachenbehauptungen erstrecke. Zudem sei das Verbot zeitlich beschränkt bis zur Erörterung in der mündlichen Verhandlung. Auch während dieser Dauer blieben Formen der indirekten Wiedergabe erlaubt. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass § 353d Nr. 3 StGB für alle Verfahrensbeteiligten des Strafprozesses gilt, einschließlich der Staatsanwaltschaft und der Nebenklage. Ein einseitiges Recht des Angeklagten zur Veröffentlichung würde die Wahrheitsfindung als zentrales Element des Strafprozesses zugunsten einer außerprozessualen Diskussion zurückdrängen.“ (BVerfG aaO)

**Entscheidungen materielles Recht**BGB  
§ 439 II**Erstattungsfähigkeit von Sachverständigenkosten  
zum Zwecke der Nacherfüllung**

ZivilR

(BGH in MDR 2014, 764; Urteil vom 30.04.2014 - VIII ZR 275/13)

1. **§ 439 II BGB** erfasst verschuldensunabhängig **auch Sachverständigenkosten**, die einem Käufer entstehen, um die Ursache der Mangelerscheinungen des Kaufgegenstandes aufzufinden und auf diese Weise zur Vorbereitung eines die Nacherfüllung einschließenden Gewährleistungsanspruchs die Verantwortlichkeit für den Mangel zu klären.
2. Stehen der Mangel und die Mangelverantwortlichkeit des Verkäufers fest, besteht der Erstattungsanspruch für die "**zum Zwecke der Nacherfüllung**" aufgewandten Sachverständigenkosten auch dann fort, wenn der Käufer **später zur Minderung übergeht**.

**A. Grundlagenwissen: Der Nacherfüllungsanspruch des § 439 BGB**

Die Regelungen des Sachmängelrechts geben dem Käufer daher **primär** einen **Nacherfüllungsanspruch**. Die Einzelheiten dazu regelt § 439 BGB.

Im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs obliegt dem Käufer die **Wahl** zwischen

- **Mängelbeseitigung** und
- **Neulieferung**.

Allerdings ist der Verkäufer nach § 439 III BGB berechtigt, die vom Käufer **gewählte Art** der Erfüllung des Nacherfüllungsanspruchs zu **verweigern**, wenn sie nur mit **unverhältnismäßigen Kosten** möglich ist. Bei der Bewertung dieser Unzumutbarkeit ist nach § 439 III 2 BGB insbesondere zu berücksichtigen:

- der **Wert der Sache in mangelfreiem Zustand**,
- die **Bedeutung des Mangels** und
- die **mangelnde Vorteilhaftigkeit** der jeweils anderen Art der Nacherfüllung für den Käufer.

**In diesen Fällen kann der Käufer nicht die jeweils andere Art der Nacherfüllung verlangen.** Aber selbst diese kann der Verkäufer unter den oben genannten Voraussetzungen verweigern. Dem Käufer verbleibt dann (unabhängig vom verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch) nur die Möglichkeit des Rücktritts oder der Minderung. Das Recht zum **Rücktritt** steht ihm allerdings gem. § 323 I 2 BGB **nur zu, wenn der Mangel nicht unerheblich** ist (vgl. § 323 V 2 BGB).

Wählt der Käufer die **Neulieferung**, so ist er dem Verkäufer gem. § 439 IV BGB zur **Rückgewähr der mangelhaften Sache nach §§ 346-348 BGB** verpflichtet.

§ 439 II BGB stellt in diesem Zusammenhang klar, dass der **Verkäufer die Kosten für die Nacherfüllung zu tragen hat**. Dies gilt insbesondere für Transport- und Arbeitskosten unabhängig von deren Höhe. Ein **Unverhältnismäßigkeitseinwand** ist jedoch insgesamt nach § 439 III BGB **möglich**.

**B. Erstattungsfähigkeit der Kosten für ein privates vorgerichtliches Gutachten (vgl. BGH in MDR 2014, 764)**

**Fall:** Die Kläger kauften im Herbst 2009 bei der Beklagten, die unter anderem mit Bodenbelägen handelt, Massivholzfertigparkett, das sie anschließend durch einen Schreiner in ihr Wohnhaus einbauen ließen. Dieser ging dabei nach einer von der Beklagten mitgelieferten Verlegeanleitung vor, die von der Streithelferin der Beklagten als der Herstellerin des Parketts stammte. In der Folgezeit traten an dem verlegten Parkett Verwölbungen und andere Veränderungen wie etwa ein Schrumpfen in Randbereichen auf. Die von den Klägern

erhobene Mängelrüge wies die Beklagte nach Rücksprache mit der Streithelferin zurück, weil die Veränderungen nach deren Einschätzung auf einer zu geringen Raumfeuchte beruhten. Die Kläger beauftragten daraufhin einen Privatsachverständigen mit der Begutachtung der Mangelercheinungen und wandten dafür 1.258,72 EUR an Sachverständigenhonorar auf. Als Gutachtensergebnis stellte sich heraus, dass die Veränderungen des Bodenbelages auf eine in diesem Fall ungeeignete, in der mitgelieferten Verlegeanleitung so aber als zulässig und möglich empfohlene Art der Verlegung zurückzuführen war. Hierauf gestützt, begeherten die Kläger anschließend eine Minderung des Kaufpreises um 30 Prozent sowie die Erstattung der Kosten für die Einholung des Privatgutachtens. Der auf Rückerstattung des Minderungsbetrags, auf Ersatz der für die Einholung des Privatgutachtens aufgewandten Kosten sowie auf Freistellung der Kläger von vorgerichtlichen Anwaltskosten gerichteten Klage hat das Amtsgericht nur hinsichtlich des Minderungsbetrags stattgegeben. Haben die Kläger darüber hinaus einen Anspruch auf Erstattung der Sachverständigenkosten?

Ein Anspruch auf Erstattung der Sachverständigenkosten könnte sich aus § 439 II BGB ergeben. Dort ist geregelt, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Kosten, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat.

### I. § 439 II BGB als Anspruchsgrundlage für Sachverständigenkosten

Hinsichtlich der Kosten für ein privates Sachverständigen Gutachten, welches der Auffindung der Ursache der Mangelercheinungen und der Klärung der Verantwortlichkeit für den Mangel dient, liegt noch keine höchstrichterliche Entscheidung vor. Die Beantwortung dieser Frage ist im Schrifttum umstritten.

#### 1. Mindermeinung: kein Erstattungsanspruch

*„Teilweise wird angenommen, dass § 439 II BGB keine Anspruchsgrundlage bilde für Aufwendungen des Käufers, die lediglich der Vorbereitung von Gewährleistungsansprüchen dienen; derartige Aufwendungen seien, da sie mit der Behebung des Mangels nicht zusammenhängen, nur auf der Grundlage von § 280 I BGB ersatzfähig (MüKo-BGB/Westermann, 6. Aufl., § 439 Rn. 15; BeckOK-BGB/Faust, Stand März 2011, § 439 Rn. 21 f.).“ (BGH aaO)*

#### 2. herrschende Meinung: Erstattungsanspruch besteht

*„Überwiegend wird jedoch die Auffassung vertreten, dass darunter auch Aufwendungen zur Klärung einer unklaren Mangelursache fielen, weil das damit verbundene Kostenrisiko grundsätzlich dem Verkäufer zugewiesen sei (Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2014, § 439 Rn. 16, 90; Palandt/Weidenkaff, BGB, 73. Aufl., § 439 Rn. 11; Jauernig/Berger, BGB, 15. Aufl., § 439 Rn. 37; Erman/Grunewald, BGB, 13. Aufl., § 439 Rn. 7; jurisPK-BGB/Pammler, 6. Aufl., § 439 Rn. 51; Reinking/Egert, Der Autokauf, 12. Aufl., Rn. 757 f.; Martis, MDR 2011, 1218, 1223 f.).“ (BGH aaO)*

#### 3. Standpunkt des BGH

Diese strittige Frage wurde nun vom BGH dahingehend entschieden, dass mit der herrschenden Meinung vom Bestehen eines Erstattungsanspruchs auszugehen ist.

##### a) § 439 II BGB als eigenständige Anspruchsgrundlage

Nach Auffassung des BGH ist § 439 II BGB dabei eine eigenständige Anspruchsgrundlage

###### aa) Wortlautauslegung

*„Der Wortlaut lässt es ohne Weiteres zu, darunter auch die zur Klärung der Mangelursache erforderlichen Sachverständigenkosten zu fassen. Denn letztere werden mit der Zielrichtung, dem Käufer die Durchsetzung eines daran anknüpfenden Nacherfüllungsanspruchs zu ermöglichen, und damit "zum Zwecke der Nacherfüllung" aufgewandt.“ (BGH aaO)*

###### bb) Entstehungsgeschichte

Bereits die Entstehungsgeschichte der Norm spricht für ein solches Verständnis.

*„Denn es war die Absicht des Gesetzgebers, mit Schaffung des § 439 II BGB den auf das vereinbarte Nachbesserungsrecht bezogenen, ansonsten aber weitgehend wortlautidentischen bisherigen § 476a Satz 1 BGB aF zu übernehmen und darin aufgehen zu lassen (BT-Drucks. 14/6040, S. 205, 231). Für diesen war durch die höchstrichterliche Rechtsprechung (BGH, Urteile vom 23.01.1991 - VIII ZR 122/90, aaO; vom 17.02.1999 - X ZR 40/96, NJW-RR 1999, 813 unter II; ähnlich auch schon BGH, Urteil vom 22.03.1979 - VII ZR 142/78, WM 1979, 724 unter I 3) geklärt, dass es sich um eine eigenständige, von einem Verschulden des Verkäufers unabhängige Anspruchsgrundlage des Käufers auf Erstattung seiner*



notwendigen Aufwendungen handelt. Dazu zählen auch Kosten, die für ein die Schadensursache untersuchendes und der Vorbereitung der Nachbesserung dienendes Gutachten aufgewandt werden. Dass der Gesetzgeber von dem so geprägten Normverständnis abrücken wollte, ist nicht ersichtlich.“ (BGH aaO)

### cc) Berücksichtigung der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Gegen ein solches Verständnis spricht auch nicht die Vorgabe der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

„Zu Unrecht geht die Revision davon aus, dass die in Art. 3 II der Richtlinie aufgeführten Rechtsbehelfe **keine verschuldensunabhängige Haftung** für die in § 439 II BGB genannten Aufwendungen **zuließen**, sondern dass es dazu einer in Art. 8 I der Richtlinie angesprochenen Verschuldenshaftung bedürfe. Diese Sichtweise verkennt nicht nur den gegenüber den sonstigen Rechten und Pflichten der Kaufvertragsparteien eigenständigen Anspruchscharakter des § 439 II BGB und die hiermit verbundene Absicht des nationalen deutschen Gesetzgebers, mit dieser Norm die von Art. 3 III 1, IV der Richtlinie geforderte **Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung verschuldensunabhängig zu gewährleisten** (BT-Drucks. 14/6040, S. 231; vgl. dazu auch Senatsurteil vom 21.12.2011 - VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 50).“ (BGH aaO)

Außerdem wäre der Gesetzgeber auch nicht gehindert gewesen, die Richtlinie durch die Übernahme der in § 476a S. 1 BGB aF vorgefundenen Regelung **überschießend umzusetzen**, ohne dabei auf gesetzessystematische Grenzen zu stoßen.

„Denn Art. 8 II der Richtlinie hat es - wie in Erwägungsgrund 24 eigens hervorgehoben ist - den Mitgliedstaaten freigestellt, im Anwendungsbereich der Richtlinie **strengere Bestimmungen zu erlassen oder aufrechtzuerhalten**, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen. Das schließt es ein, den nach bisherigem Recht gemäß § 476a S. 1 BGB aF für das vertraglich vereinbarte Nachbesserungsrecht enthaltenen Schutzstandard beizubehalten und auf das gesetzliche Nacherfüllungsrecht gemäß § 439 I BGB auszudehnen.“ (BGH aaO)

## II. Vorliegen der Voraussetzungen im vorliegenden Fall

Der Erstattungsanspruch nach § 439 II BGB setzt voraus, dass das Sachverständigengutachten „zum Zwecke der Nacherfüllung“ eingeholt wurde. Dem könnte entgegenstehen, dass der Kläger nachträglich von einem Nacherfüllungsanspruch gemäß § 439 I BGB auf die Geltendmachung eines Minderungsrechts gemäß § 441 BGB übergegangen ist.

„Dies ändert nichts daran, dass die angefallenen Sachverständigenkosten jedenfalls zum Zeitpunkt ihrer für den Ersatzanspruch maßgeblichen Entstehung nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zumindest auch **zum Zwecke der Nacherfüllung** als dem anderen Gewährleistungsrechten **vorgeschalteten Gewährleistungsrecht** aufgewandt worden sind und aus damaliger Sicht zur Klärung der Ursache des Mangels und seiner Zurechnung erforderlich waren (vgl. BGH, Urteil vom 08.05.2012 - XI ZR 61/11, WM 2012, 1189 Rn. 28, zu § 670 BGB). Ob derartige Aufwendungen anschließend **tatsächlich zu einer (erfolgreichen) Nacherfüllung** führen, ist für den zuvor bereits wirksam entstandenen Ersatzanspruch **ohne Bedeutung** (jurisPK-BGB/Pammler, aaO Rn. 50). Das gilt insbesondere auch dann, wenn der Verkäufer - wie hier nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts geschehen - anschließend **weiterhin jegliche Mängel bestritten** hat und deshalb der Käufer eine Nacherfüllung auch im Falle einer Fristsetzung unter keinen Umständen erwarten konnte, so dass für ihn gemäß § 437 Nr. 2, § 440, § 323 II Nr. 1, § 441 I 1 BGB der letztlich eingeschlagene Weg zur Kaufpreisminderung eröffnet war.“ (BGH aaO)

## III. Ergebnis

Die Kläger haben gegen die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung der Kosten eines vorgerichtlichen Privatgutachtens nach § 439 II BGB.

1. Beschreibt der Verkäufer einen Gebrauchtwagen für eine Versteigerung bei eBay mit dem Zusatz „**TÜV neu**“, so liegt darin in der Regel eine Willenserklärung, die auf den Abschluss einer entsprechenden **Beschaffenheitsvereinbarung** im Sinne von § 434 I 1 BGB gerichtet ist.
2. Schließen die Parteien auf der Basis eines vorausgegangenen Angebots bei eBay einen **schriftlichen Kaufvertrag** ab, wird die verbindliche Beschreibung bei eBay („TÜV neu“) in der Regel auch dann Bestandteil des Kaufvertrages, wenn die **Beschreibung im Kaufvertrag nicht ausdrücklich erwähnt** wird.
3. Ein **formulärmäßiger Gewährleistungsausschluss** im Kaufvertrag beseitigt nicht die Haftung des Verkäufers aus einer gleichzeitig abgeschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung.
4. Soll mit „TÜV neu“ auf eine kurz vorher durchgeführte TÜV-Prüfung hingewiesen werden, so ist diese Beschreibung dahingehend zu verstehen, dass bei der TÜV-Prüfung **kein erheblicher Mangel festgestellt** wurde, bzw. dass ein vom TÜV möglicherweise festgestellter erheblicher Mangel, den der Käufer nicht kennt, vom Verkäufer vor Abschluss des Kaufvertrages beseitigt wurde (hier: Korrosion an tragenden Teilen).

**Fall:** Der Kl. verlangt von dem Bekl. die Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufs. Im August 2011 bot der Bekl. ein amerikanisches Pickup-Fahrzeug Chevrolet Avalanche auf der Internetplattform eBay zur Versteigerung an. Er hatte einen Mindestpreis von 12.700 Euro festgesetzt; die Dauer der Versteigerung war auf zehn Tage angesetzt. Der Bekl. hatte seinem Angebot bei eBay verschiedene Fotos von dem Fahrzeug und eine ausführliche Beschreibung beigefügt. In dieser Beschreibung hieß es unter anderem:

„Hallo eBay und willkommen in meiner Auktion, Gegenstand dieser Auktion ist ein ehrlicher Chevrolet Avalanche Z71 Pickup ... BJ 2002, fast fünf Jahre in meinem Besitz. Tachostand 78.321 Miles, TÜV & AU neu (April)...“.

Es folgte eine ausführliche Beschreibung von Ausstattungs-Details. Außerdem wurden im Angebot des Bekl. kleinere Mängel wie folgt beschrieben:

„Die Ledersitzfläche hat hinten auf der Beifahrerseite ein kleines Loch! Sollte also mal von einem Aufbereiter bearbeitet werden. Die kleinen Steinschläge, die leider bei so einem Riesen nicht ausbleiben, können von jedem Lackdokter für kleines Geld beseitigt werden. Der Außenspiegel an der Beifahrerseite ist beim Einklappen aus der Feder gesprungen, habe einen neuen gekauft, müsste nächste Woche geliefert werden.“

Der Kl. hatte Interesse an dem Fahrzeug und nahm zum Bekl. Telefonkontakt auf. Telefonisch und per E-Mail einigten sich die Parteien darauf, dass der Kl. das Fahrzeug zu einem Kaufpreis von 13.000 Euro erwerben sollte. Auf Grund der Absprache mit dem Kl. beendete der Bekl. am 20.8.2011 – vor Ablauf der Auktionsfrist – die eBay-Auktion. Am 22.08.2011 wurde das Fahrzeug dem Kl. absprachegemäß an dessen Wohnort in U. gebracht. Die Parteien unterzeichneten einen vom Bekl. vorbereiteten schriftlichen Kaufvertrag. In dem Kaufvertrag (ADAC-Formular 2010) war ein formulärmäßiger „Ausschluss der Sachmängelhaftung“ vereinbart. In der Rubrik „Zusatzausstattung bzw. folgendes Zubehör“ wurde handschriftlich eingetragen: „Siehe eBay-Auktion!“ Mit dem Fahrzeug erhielt der Kl. auch verschiedene Papiere, unter anderem einen TÜV-Bericht von der Hauptuntersuchung vom 23.05.2011. In diesem Bericht wurden „geringe Mängel“ festgestellt, die Prüf-Plakette wurde zugeteilt. Die festgestellten Mängel waren in dem Bericht wie folgt bezeichnet: „Korrosion sonst tragende Teile – schwächt bei Nichtbehandlung die tragende Struktur“. Der Bericht weist zudem darauf hin, dass Halter und Fahrer für die unverzügliche Beseitigung aller Mängel verantwortlich sind. Die im TÜV-Bericht festgestellte Korrosion wurde vom Bekl. vor der Übergabe des Fahrzeugs an den Kl. am 22.08.2011 nicht beseitigt. Zwischen den Parteien ist streitig, zu welchem Zeitpunkt der Kl. vom Inhalt des TÜV-Berichts Kenntnis genommen hat. In der Folgezeit machte der Kl. gegenüber dem Bekl. verschiedene Mängel des Fahrzeugs geltend, und verlangte eine Beseitigung der Mängel, insbesondere der im TÜV-Bericht genannten Korrosion an tragenden Teilen des Fahrzeugs. Die Prozessbevollmächtigte setzte dem Bekl. zur Mangelbeseitigung Fristen. Der Bekl. reagierte nicht. Mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 19.01.2012 ließ der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag erklären und verlangt nun die Rückabwicklung des Kaufvertrags auf Grund seines Rücktritts. Zu Recht?

Der Kl. kann nach §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 I BGB die Rückabwicklung des Kaufvertrages verlangen, wenn er wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist.

Zwischen den Parteien ist wirksam ein schriftlicher Kaufvertrag nach § 433 BGB geschlossen worden. Allerdings könnte der Kl. nach §§ 323 I, 434 I 1, 437 Nr. 2 BGB wirksam vom Vertrag zurückgetreten sein.

## I. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang

Als Rücktrittsgrund kommt hier das Vorliegen eines Sachmangels nach § 434 I 1 BGB in Betracht. Es könnte eine Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 434 I 1 BGB vorliegen. Eine Beschaffenheitsvereinbarung könnte darin zu sehen, dass der Bekl. in der Beschreibung des Fahrzeugs auf eBay den Hinweis „TÜV & AU neu (April)“ gegeben hat. Dies könnte eine verbindliche Willenserklärung zur Beschaffenheit des angebotenen Pickup sein.

## 1. Auslegung des Begriffs „TÜV neu“

*„Die Bedeutung einer Fahrzeugbeschreibung auf eBay ist grundsätzlich **durch Auslegung zu ermitteln**. Maßgeblich für die Auslegung ist der Empfängerhorizont von Interessenten, an welche die Beschreibung auf eBay gerichtet ist. „TÜV neu“ wird – unter Umständen mit verschiedenen Zusätzen – beim Verkauf von Gebrauchtwagen in der Praxis oft zur Konkretisierung des Angebots verwendet. Aus der Sicht des Kaufinteressenten soll damit auf bestimmte Vorteile des Angebots hingewiesen werden. Mit dem Hinweis „TÜV & AU neu (April)“ wird zum einen beschrieben, dass das Fahrzeug erst kurze Zeit vor dem Angebot die **TÜV-Untersuchung erfolgreich bestanden** hat. Bei einem Angebot im August 2007 bedeutet das für den Interessenten, dass er weiß, dass er das Fahrzeug bei einem Erwerb mindestens bis April 2009 ohne neue TÜV-Untersuchung fahren kann.*

*Zum anderen ist die Formulierung „TÜV neu“ jedenfalls in gewissem Umfang im Sinne einer **Beschreibung des technischen Zustands des Fahrzeugs** zu verstehen. Die TÜV-Untersuchung dient der Feststellung technischer Mängel, welche die Verkehrssicherheit beeinträchtigen können. „TÜV neu“ heißt für einen Kaufinteressenten daher, dass entweder bei der TÜV-Untersuchung **keine erheblichen Mängel festgestellt** wurden (denn sonst wäre die TÜV-Plakette nicht vergeben worden), oder, dass vom TÜV **festgestellte erhebliche Mängel vom Verkäufer beseitigt** wurden. Dass der Verkäufer vom TÜV ausdrücklich festgestellte erhebliche Mängel nicht beseitigt hat, obwohl er vom TÜV zur „unverzüglichen Beseitigung aller Mängel“ aufgefordert wurde, ist bei einer Fahrzeugbeschreibung „TÜV & AU neu (April)“ nicht zu erwarten.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Soweit in der Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen zu der Frage vertreten werden, ob die Klausel „TÜV neu“ gleichzeitig eine eigene Erklärung des Verkäufers zur Verkehrssicherheit des Fahrzeugs enthält, oder ob der Hinweis lediglich – ohne eigene Erklärungen zur Beschaffenheit – die Feststellungen des TÜV bei einer Untersuchung wiedergeben soll (vgl. mit teilweise unterschiedlichen Tendenzen die Entscheidungen OLG München, Urt. v. 19.10.1990 – 21 U 6283/90; OLG Karlsruhe, VersR 1993, 192; OLG Köln, OLGReport 1997, 172; OLG Köln, NZV 1998, 466 = VersR 2000, 246) ist diese Auseinandersetzung im vorliegenden Fall nicht relevant, auch soweit dabei zum Teil die Auffassung vertreten wird, „TÜV neu“ bedeute nur, dass der TÜV keine sicherheitsrelevanten Mängel festgestellt hat, nicht jedoch, dass diese Feststellung des TÜV auch zutreffend war (so OLG München, Urt. v. 19.10.1990 – 21 U 6283/90; anders OLG Karlsruhe, VersR 1993, 192).

*„Vorliegend geht es darum, dass „TÜV neu“ aus der Sicht des Käufers – mindestens – bedeutet, dass der TÜV bei der angegebenen Untersuchung **keine sicherheitsrelevanten Mängel festgestellt** hat, bzw., dass der Verkäufer seiner **Verpflichtung** zur unverzüglichen Beseitigung vom TÜV festgestellter Mängel **nachgekommen** ist.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

## 2. Rechtsbindungswille des Verkäufers

Allerdings könnte es sich bei dem Hinweis „TÜV & AU neu“ auf eBay um eine unverbindliche Fahrzeugbeschreibung handeln. Zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB kann es hingegen nur gekommen sein, wenn diese Beschreibung zugleich eine Willenserklärung zur Beschaffenheit des angebotenen Fahrzeugs i.S.v. § 434 I 1 BGB darstellt.

### a) Charakter von Angebotsbeschreibungen auf eBay

Die Verbindlichkeit kann sich zunächst aus dem Charakter der Angebots-Beschreibungen auf eBay ergeben.

*„Die Versteigerung eines Fahrzeugs auf eBay läuft in der Regel so ab, dass das **Angebot auf eBay die einzige Grundlage** – und die einzige Information – für den Kaufinteressenten ist, der ein bestimmtes Gebot abgibt. Das Angebot auf eBay und das Gebot des Meistbietenden führen beim Ablauf der Versteigerungsfrist zum **Zustandekommen eines verbindlichen Kaufvertrags**. Dem Käufer stehen dabei in der Regel für seine Entscheidung keine anderen Informationen zur Verfügung, als Daten, Lichtbilder und Fahrzeugbeschreibung des Verkäufers bei eBay. Das bedeutet, dass der Fahrzeugbeschreibung im Angebot auf eBay erhebliche Bedeutung für die Entscheidung des Käufers zukommt; dieser muss*

sich für seine Entscheidung auf die Richtigkeit der Angaben des Verkäufers verlassen können. **Fahrzeugbeschreibungen** des Verkäufers im Rahmen einer Auktion bei eBay sind daher in der Regel im Sinne **verbindlicher Willenserklärungen gem. § 434 I 1 BGB** zu verstehen, wenn nicht der Verkäufer ausdrücklich bei seinen Angaben auf die Unverbindlichkeit hinweist (vgl. zu Beschaffenheitsvereinbarungen durch Erklärungen in Angeboten auf eBay BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346; BGH, NJW 2013, 1074 Rn. 14 ff.; KG, NJW-RR 2012, 290 = MMR 2011, 585; OLG Schleswig, DAR 2012, 581 = BeckRS 2012, 21210; OLG Köln, Beschl. v. 28.3.2011 – 3 U 174/10, BeckRS 2011, 14828).“ (OLG Karlsruhe aaO)

### b) konkrete Formulierung

Die Verbindlichkeit kann sich darüber hinaus aber auch aus den konkreten Formulierungen im Angebot des Bekl. ergeben.

„Es handelt sich um eine **ausführliche verbale Fahrzeugbeschreibung**, insbesondere zu den **Ausstattungsmerkmalen des Fahrzeugs**, aber **auch zu kleineren Mängeln**. Der Bekl. hat auf ein Loch in der Ledersitzfläche, auf Steinschlag-Schäden und einen defekten Außenspiegel hingewiesen. In der Überschrift des Angebots ist die Rede von einem „ehrichen Chevrolet Avalanche Z71 Pickup“. Es handelt sich bei diesen Formulierungen um zusätzliche Hinweise für einen Interessenten, dass der Verkäufer das Fahrzeug **in allen für den Käufer wesentlichen Punkten beschreiben** wollte. Wenn der Bekl. auf Kleinstmängel (Loch in der Ledersitzfläche, Steinschlagschäden und defekter Außenspiegel) hinweist, dann kann der Käufer nicht damit rechnen, dass bei der Erklärung „TÜV neu“ vom TÜV schriftlich festgestellte und dem Verkäufer bekannte, sicherheitsrelevante Mängel (Rost) nicht angegeben werden.“ (OLG Karlsruhe aaO)

### c) Vertragsschluss durch schriftlichen Kaufvertrag statt durch Gebot

Hier könnte aber gleichwohl deshalb etwas anderes gelten, weil der Vertrag letztlich nicht durch das Gebot des Kl. unmittelbar zustande gekommen ist, sondern die Parteien – anders als bei eBay-Auktionen üblich – einen schriftlichen Kaufvertrag geschlossen haben.

„Der schriftliche Kaufvertrag ändert allerdings nichts daran, dass die **Angebotsbeschreibung** des Bekl. auf eBay „TÜV & AU neu (April)“ **Teil des Kaufvertrags** im Sinne einer Beschaffenheitsvereinbarung geworden ist. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob die Parteien – wie der Kl. geltend macht – bereits kurz vor dem schriftlichen Vertrag einen (verbindlichen) Kaufvertrag per Telefon und E-Mail abgeschlossen haben; ein solcher vorheriger Kaufvertrag wäre durch den schriftlichen Vertrag überholt.

**Grundlage des schriftlichen Vertrags** war das **vorherige Angebot des Bekl.** auf eBay. Maßgeblich für die Kaufentscheidung des Kl. war die Fahrzeugbeschreibung, die der Kl. aus dem Internet kannte. Die Parteien hatten im Kaufvertragsformular bei den „Angaben des Verkäufers“ für die „Zusatzausstattung bzw. folgendes Zubehör“ ausdrücklich auf die eBay-Auktion hingewiesen. In der Rechtsprechung ist daher anerkannt, dass das Angebot auf eBay in der Regel auch ohne ausdrückliche Erwähnung im anschließenden schriftlichen Vertrag den Charakter einer Beschaffenheitsvereinbarung haben soll (vgl. hierzu BGH, NJW 2013, 1074, Rn. 14 ff.; KG, NJW-RR 2012, 290 = MMR 2011, 585; OLG Schleswig, DAR 2012, 581 = BeckRS 2012, 21210; OLG Köln, DAR 2011, 260 = BeckRS 2011, 14828). Der schriftliche Kaufvertrag ist mithin dahingehend auszulegen, dass die Beschreibung im Angebot auf eBay – einschließlich der verbindlichen Erklärung zur Beschaffenheit iSv § 434 I 1 BGB – maßgeblich sein sollte.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil der schriftliche Kaufvertrag nach einem Abbruch der Internet-Auktion abgeschlossen wurde. Die Beschaffenheitsvereinbarung gilt dennoch weiter.

„Denn auch vorliegend war das Internet-Angebot nach den Umständen des Falls **aus der Sicht beider Parteien maßgeblich für den schriftlichen Vertrag**. Eine andere Auslegung des Kaufvertrags käme nur dann in Betracht, wenn die Parteien im schriftlichen Vertrag von der Fahrzeugbeschreibung auf eBay insgesamt oder in bestimmten Einzelpunkten Abstand genommen hätten. Dies ist jedoch nicht der Fall. Aus dem schriftlichen Kaufvertrag ergibt sich keine Änderung oder Relativierung der Beschreibung „TÜV neu.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Das Fahrzeug war daher mangelhaft, da es bei Übergabe (§ 446 BGB) nicht der vereinbarten Beschaffenheit entsprach. Das Fahrzeug wies Korrosion an tragenden Teilen auf, die bei Nichtbehandlung die tragende Struktur schwächen konnten. Korrosion an tragenden Teilen ist grundsätzlich ein wesentlicher Mangel, da es sich um einen für die Verkehrssicherheit relevanten Umstand handelt. Den im TÜV-Protokoll vom 23.05.2011 angegebenen Mangel hat der Kl. bis zur Übergabe nicht beseitigt.

## II. kein Ausschluss der Gewährleistung

Die Gewährleistung könnte aber ausgeschlossen sein.

### 1. vereinbarter Gewährleistungsausschluss

Allerdings haben die Parteien einen Gewährleistungsausschluss vereinbart. Dies ist bei Privatverkäufen von gebrachten Waren grundsätzlich ohne Weiteres möglich. Fraglich ist jedoch, ob der wirksam vereinbarte Gewährleistungsausschluss sich auch auf die Beschaffenheitsvereinbarung beziehen kann.

*„Ein Gewährleistungsausschluss in einem Gebrauchtwagen-Kaufvertrag ist generell dahingehend zu verstehen, dass dieser solche Eigenschaften des Fahrzeugs nicht betreffen soll, die Gegenstand einer gleichzeitigen Beschaffenheitsvereinbarung im Vertrag sind. Eine andere Auslegung würde dem in der Beschaffenheitsvereinbarung zum Ausdruck gekommenen **Willen der Parteien widersprechen** (vgl. zur begrenzten Wirkung eines Gewährleistungsausschlusses bei einer gleichzeitigen Beschaffenheitsvereinbarung BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346; BGH, NJW 2013, 1074 Rn. 19).“* (OLG Karlsruhe aaO)

Der vereinbarte Gewährleistungsausschluss umfasst nicht die Beschaffenheitsvereinbarung.

### 2. Arglist des Käufers

Die Gewährleistung ist aber nach § 442 BGB auch dann ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt oder ihm ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

*„Die **Beweislast für eine positive Kenntnis** des Käufers vom Mangel obliegt dem Verkäufer (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 73. Aufl. 2014, § 442 Rn. 6). Eine Kenntnis des Kl. wäre nur dann anzunehmen, wenn er vor Abschluss des Vertrags nicht nur den TÜV-Bericht ausgehändigt erhalten hätte, sondern wenn er die **Feststellungen in diesem Bericht vor Vertragsschluss auch zur Kenntnis genommen hätte**. Denn für die Behauptung, dem Kl. sei die Korrosion bei Abschluss des Vertrags „bekannt“ gewesen, hat der Bekl. keinen Beweis angetreten.*

*Auch eine **grob fahrlässige Unkenntnis** (§ 442 I 2 BGB) kann der Senat nicht feststellen. Ob es für den Kl. zweckmäßig gewesen wäre, das Fahrzeug vor Vertragsschluss einer technischen Untersuchung zu unterziehen, ist ohne Bedeutung. Denn es gehört zum **Wesen einer Beschaffenheitsangabe** des Verkäufers, dass der Käufer diesen Angaben **vertrauen** darf. Es war daher keinesfalls grob fahrlässig, dass der Kl. auf die Beschreibung „TÜV neu“ ohne eigene Prüfung vor Vertragsschluss vertraut hat. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es heute vielfach üblich ist, Gebrauchtwagen auf dem privaten Markt ohne eingehende technische Prüfungen zu verkaufen. Anders wären insbesondere auch Versteigerungen auf eBay nicht denkbar.“* (OLG Karlsruhe aaO)

## III. Vorliegen der weiteren Voraussetzungen für einen Rücktritt

Dem Bekl. wurde mehrfach eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt, so dass der Kl. nach § 323 I BGB mit Rücktrittserklärung vom Vertrag zurückgetreten konnte, zumal der Mangel auch nach § 323 V 2 BGB erheblich war.

## IV. Ergebnis

Nach dem Rücktritt des Kl. ist der Bekl. gem. § 346 I BGB zur Zahlung von 10.794,14 Euro nebst Zinsen verpflichtet, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs.

**Betrugsschaden**  
**Vereinbarung von Rückvergütungen**

(BGH in NJW 2014, 2295; Beschluss vom 25.04.2014 – 1 StR 13/13)

Werden bei der Einreichung eines Subventionsantrags Zahlungsrückflüsse verschwiegen, liegt eine **kokludente Täuschung** vor: Der Antragsteller hat mit dem Subventionsantrag nämlich sinngemäß erklärt, dass die geltend gemachten Kosten tatsächlich aufwandsgestützt sind.

**Fall:** Der Angekl. hat als Geschäftsführer mehrerer Firmen ein Tourismusprojekt initiiert. Im Rahmen der Beauftragung von Baufirmen für das Projekt machte er die Auftragsvergabe davon abhängig, dass jeweils ca. 12,5 % des in Auftrag gegebenen Umsatzvolumens an ihn persönlich ausgezahlt wurden. Mit diesem Geld in Höhe von mindestens zwei Millionen Euro finanzierte er teilweise seine eigene Beteiligung am Bauprojekt.

Für das Projekt beantragte der Angekl. für die T-Gesellschaft (nachfolgend: T), deren Mitgeschäftsführer und Mitgesellschafter er war, bei der Investitionsbank des Landes Brandenburg auf der Grundlage der vergebenen Aufträge Fördermittel, wobei er aber die an ihn gezahlten Rückvergütungen verschwieg. Die Investitionsbank des Landes Brandenburg (nachfolgend: I), welche die Förderung des Projekts zur «Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur» übernommen hatte, zahlte auf die angegebenen zuwendungsfähigen Kosten von circa 34,6 Millionen Euro eine Fördersumme von 9,6 Millionen Euro aus.

Zu prüfen ist, ob ein **Betrug** zum Nachteil der I gem. § 263 StGB gegeben ist. Dies ist dann zu bejahen, wenn der Angekl. als (Mit-)Geschäftsführer der Zuwendungsempfängerin **bei der Antragstellung über subventionsrechtlich erhebliche Preisbestandteile getäuscht** hat.

I. Der zwischen der T und den beauftragten Baufirmen vereinbarte Preis war nicht ordnungsgemäß zu Stande gekommen: Der **Angekl. war** nämlich als Geschäftsführer der T dazu **verpflichtet**, gegenüber den Mitgeschäftsführern **die ihm selbst zugeflossenen Provisionen offenzulegen**.

*„Dies folgt aus den ihm in seiner Rolle als Geschäftsführer der T obliegenden Pflichten: Als Geschäftsführer musste er die Vermögensinteressen der T wahrnehmen, was insbesondere das Verbot der Schädigung des Unternehmensvermögens beinhaltet. Dies begründet für den Geschäftsführer nicht nur die Pflicht zur aktiven Förderung der Gesellschaft, die ihn betreffende Treuepflicht verwehrt es ihm ebenso, die Ressourcen der Gesellschaft für eigene Zwecke zu verwenden (Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 35 GmbHG Rn 15). Kommt es hierbei zu Kollisionen zwischen den Interessen der Gesellschaft und denen des Geschäftsführers, muss der Geschäftsführer solche vermeiden, zumindest aber offenlegen (Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 43 Rn 17). Deshalb muss der Geschäftsführer auch alles tun, um eine Geschäftschance (und sei es nur die Realisierung möglicher Preissenkungsspielräume) für die Gesellschaft zu nutzen (BGH NJW-RR 2013, 363 = NZG 2013, 216).“ (BGH aaO)*

II. **Rückvergütungen**, die von dem Generalunternehmer und den Nachunternehmern an den Angekl. geflossen sind, **waren für die Preisbildung** im Verhältnis zwischen der P und der T **von entscheidender Bedeutung**.

Der **BGH** hat solche **Zahlungsflüsse in st. Rspr. als schadensbegründend angesehen**. Dem liegt die Erwägung zu Grunde, dass jedenfalls mindestens der Betrag, den der Vertragspartner für solche Zahlungen leistet, als Nachlass regelmäßig in die Preisgestaltung einfließen wird (BGHSt 49, 317] = NJW 2005, 300 = NSTz 2005, 569; BGHSt 50, 299 = NJW 2006, 925 = NSTz 2006, 210; vgl. auch Wabnitz/Janovsky, HdB des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl., Kap. IV Rn. 199 f.).

*„Bei der vorliegenden Sachverhaltsgestaltung bestand zwar die Besonderheit, dass der Angekl. der Alleingeschäftsführer und Alleingesellschafter war, mithin der Vermögensverlust durch die Zahlungsrückflüsse nur das allein ihm zugeordnete Gesellschaftsvermögen betraf. Gleichwohl gelten diese Grundsätze auch hier, weil durch den Pauschalvertrag mit der T die im Preis enthaltenen verschleierte Rückflussbeträge an diese weiterberechnet wurden. Als Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer dieser Gesellschaft, der gegenüber der Angekl. auf Grund seiner Geschäftsführerstellung dort zu ausschließlich am Wohl dieser Gesellschaft orientierten unternehmerischen Entscheidungen verpflichtet war, hätte er nicht ohne Weiteres einen Preis akzeptieren dürfen, der – wie er wusste – in diesem Umfang Rückflussbeträge an ihn persönlich enthielt. Zumindest hätte er diese aufdecken müssen, was der Angekl., weil der Mitgeschäftsführer keinen Überblick über die Finanzinterna hatte, nicht getan hat. Dies wird im Übrigen schon aus seiner verdeckten Vorgehensweise deutlich.“ (BGH aaO)*

III. Der Umstand, dass der Angekl. als von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer der T bereits einen Preis vereinbart hat, der in unzulässiger Weise die an ihn

zurückgeflossenen Beträge nicht herausgerechnet hat, wirkt sich im **Verhältnis zur I als Subventionsgeberin** aus.

*„Wie für den Angekl. offensichtlich war, wollte die Subventionsgeberin nur diejenigen Kosten gegenüber der T in Höhe der Subventionsquote abdecken, die dieser entstanden sind. In diesem Sinne **ansatzfähig sind aber nur solche Kosten, welche die T [gegenüber der Baufirma] überhaupt nur übernehmen durfte**. Soweit an den Angekl. zurückgeflossene Beträge in die Preisbildung eingegangen sind, war der Angekl. in seiner Eigenschaft als zugleich weiterer Geschäftsführer der T nicht berechtigt, diese als Preisbestandteile der T weiter zu berechnen. Damit stellen jedenfalls die **Rückflussbeträge** auch **keine** gegenüber der I **subventionsfähigen Preisbestandteile** dar. Dies war dem Angekl. als erfahrenem Unternehmer bewusst. Deshalb hat er die Zahlungsrückflüsse verdeckt, um sie sowohl der T als auch mittelbar der I weiterberechnen zu können.“* (BGH aaO)

- IV. Mit der Einreichung des Förderantrags hat der Angekl. damit **konkludent getäuscht**. Er hat mit dem Subventionsantrag nämlich **sinngemäß erklärt, dass die geltend gemachten Kosten aufwandsgestützt sind**.

*„Dies war – ohne dass es auf die Auslegung der Nebenbestimmung über „verbundene Unternehmen“ ankäme – aber schon deshalb unrichtig, weil die geltend gemachten Kosten verdeckte Zahlungsrückflüsse an ihn ausgewiesen haben, die damit lediglich **zum Schein als subventionsfähiger Aufwand** in die Preisbildung eingestellt wurden.“* (BGH aaO)

- V. **Ergebnis:** Der Angeklagte hat dadurch, dass er bei der Stellung des Subventionsantrags die Zahlungsrückflüsse und sonstigen, an ihn gezahlten Provisionen verschwiegen hat, konkludent über subventionserhebliche Preisbestandteile getäuscht und sich dadurch wegen Betruges nach § 263 StGB strafbar gemacht.

## VereinsG

**Verwendung verbotener Kennzeichen**

StrafR

**§ 20 I 1 Nr. 5 Unzulässigkeit der Verwendung nahezu identischer Kennzeichen**

(OLG Hamburg in NSTZ-RR 2014, 259; Urteil vom 07.04.2014 – 1 31/13 Rev)

1. Sowohl der von dem im Jahre 1983 durch den Bundesinnenminister verbotenen „Hells Angels Motor Club e. V.“ als Vereinswappen verwendete **stilisierte Totenkopf** als auch der von Mitgliedern dieses verbotenen Vereins auf der Rückseite ihrer „Vereinskluff“ in roten Buchstaben vor weißem Hintergrund getragene **Schriftzug „Hells Angels“** stellt ein **vereinsrechtlich verbotenes Kennzeichen** dar.
2. Nur **unwesentliche Abweichungen** eines Kennzeichens stellen dessen Übereinstimmung mit dem inkriminierten Originalkennzeichen noch nicht in Frage und **unterliegen daher ebenfalls dem strafbewehrten vereinsrechtlichen Verwendungsverbot**.

**Fall:** Der Angekl. ist Mitglied des Ortsvereins „Hells Angels MC Harbor City“. Er übersandte der Staatsanwaltschaft zwei Photographien von sich und führte schriftlich dazu u. a. aus, dass er sich „letzte Woche in Hamburg am Michel“ in seiner „Vereinskluff“ habe ablichten lassen. Der Angekl. ist auf den Lichtbildern im Bereich der Hauptkirche St. Michaelis („Michel“) zu sehen und trägt eine „ärmellose Jeansweste“. Auf deren Rückseite ist „mittig der stilisierte weiße rot/schwarz behelmte Totenkopf mit rot/gold-gelbfarbenen rechtsschwingenden Engelsflügeln aufgenäht“. Rechts unter dem „Engelsflügel“ war ein Aufnäher angebracht, der auf weißem Grund die roten Großbuchstaben „MC“ darstellt. Über dem „Totenkopf“ ist ein „halbkreisförmig nach unten gebogener Aufnäher mit dem in roten Großbuchstaben auf weißem Grund dargestellten Schriftzug ‚HELLS ANGELS‘ angebracht“. Hiermit korrespondiert ein unter dem „Totenkopf“ aufgenähtes „halbkreisförmig nach oben gebogene[s]“ Stoffteil. Dieses enthält in derselben Größe und Farbgebung den Schriftzug „HARBOR CITY“. Beide Schriftzüge bilden keinen „geschlossenen Kreis“.

Zu prüfen ist, ob sich der Angekl. wegen des **öffentlichen Verwendens von Kennzeichen eines verbotenen Vereins nach § 20 I 1 Nr. 5 und S. 2 VereinsG** strafbar gemacht hat.

I. Bei den in Frage stehenden Symbolen, dem „**stilisierte Totenkopf**“ und dem **Schriftzug „HELLS ANGELS“**, handelt es sich **vereinsrechtlich um Kennzeichen**.

1. Nach **§ 9 I VereinsG** sind Kennzeichen solche **Organisationsmittel, die den Zusammenhalt der Vereinsmitglieder stärken** und die **Vereinigung von anderen Organisationen unterscheiden** (Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 146. ErgLfg., VereinsG § 9 Rn 3).

Ein Kennzeichen wird dadurch geprägt, dass es als **allgemeines Symbol einem bestimmten Verein zugeordnet und von außenstehenden Dritten erkannt oder wiedererkannt** wird (vgl. Groh, VereinsG, § 9 Rn 6). Dies können nach § 20 I 1 Nr. 5, § 9 II 1 VereinsG namentlich sein Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grußformen, die durch ihren Symbolwert auf den Vereinszweck hinweisen. Dabei muss der Symbolgehalt im Wesentlichen aus sich heraus und ohne Berücksichtigung der Gesamtumstände, etwa Örtlichkeiten, anderer Symbole oder aber der konkreten Art der Verwendung verständlich sein (BGH NSTZ 1999, 87). Dem Vereinsrecht sind zusammengesetzte Kennzeichen fremd (vgl. Groh aaO, § 9 Rn 6). Abzustellen ist deshalb auf jedes Symbol und nicht auf deren Anordnung im Ensemble (OLG Celle NSTZ 2008, 159; Rau/Zieschack NSTZ 2008, 131).

2. Gemessen an diesen vereinsrechtlichen Maßgaben handelt es sich bei dem vom verbotenen „Hells Angels Motor-Club e.V.“ verwendeten **stilisierten behelmteten Totenkopfs „mit rot/gold-gelbfarbenen rechtsschwingenden Engelsflügeln“ um Kennzeichen i. S. des § 9 II 1 VereinsG**.

*„Dies gilt namentlich mit Blick auf die durch § 3 der Satzung des verbotenen Ortsvereins „Hells Angels Motor-Club e.V.“ erfolgte **Widmung**. Hiernach war der in Rede stehende stilisierte Totenkopf das „Vereinswappen“ und Clubblem, das überdies auf der „Vereinskluff“ zu tragen war.*

*Vor dem Hintergrund der rechtsfehlerfrei getroffenen Urteilsfeststellungen zur Bestimmung des verbotenen Kennzeichens keine Gesamtschau sämtlicher auf der „Vereinskluff“ abgebildeten Symbole veranlasst: Der 1983 durch den Bundesminister des Innern verbotene „Hells Angels Motor-Club e.V.“ aus Hamburg war der erste in Deutschland gegründete Ableger der weltweit aktiven Gruppierung „Hells Angels“. Für diesen bestand schon deshalb kein Anlass, sich zu anderen national aktiven Ortsvereinen abzugrenzen. Naheliegend aus diesem Grund hat er sich nach seiner Vereinssatzung auch nur den Totenkopf - ohne jeden Zusatz - als „Vereinswappen“ gegeben (§ 3 der Vereinssatzung). Dieses vom Landgericht festgestellte initiale Alleinstellungsmerkmal im Bundesgebiet machte jeden weiteren Unterscheidungszusatz - verstanden etwa im Sinne eines zusammengesetzten Symboles (vgl. hierzu nur Reuter, Verbotene Symbole [2006], S. 136 f.) - ersicht-*



lich entbehrlich. Mangels Neben- oder Schwestervereinen war namentlich der stilisierte Totenkopf im Geltungsbereich des Vereinsrechts bereits damals erkennbar diesem verbotenen Verein zuzuordnen.“ (OLG Hamburg aaO)

3. Vor diesem Hintergrund **kommt** auch eine am gesetzlichen Schutzzweck orientierte **Einschränkung des Kennzeichenbegriffs nicht in Betracht**, denn diese ist höchststrichtrich allein für Fälle anerkannt, in denen die Verwendung des in Rede stehenden Kennzeichens in offenkundiger und eindeutiger Weise die Gegnerschaft zu der verbotenen Organisation und die Bekämpfung der von ihr verfolgten Ziele zum Ausdruck bringt (vgl. - zu § 86a StGB - nur BGHSt 51, 244; BGHSt 25, 30, 32 f.).
4. Dies gilt gleichermaßen für den **Schriftzug „HELLS ANGELS“**.

„Zwar ist - betreffend den ähnlich ausgestalteten Tatbestand des § 86a StGB allerdings nicht unumstritten (vgl. etwa Groh aaO, § 9 Rn 7) - anerkannt, dass der **Vereinsname nicht ohne Weiteres ein Kennzeichen ist**, sofern nicht weitere Umstände hinzutreten (vgl. BGHSt 54, 61; MüKo-StGB/Steinmetz, 2. Aufl., § 86a Rn 9 m. w. Nachw.). Jede **Einzelfallwürdigung des Vereinsnamens** und eine sich hieran anschließende Auslegung haben sich - schon mit Blick auf den verfassungsrechtlich verbürgten Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG) - an den in § 9 II 1 VereinsG beispielhaft aufgezählten markanten Kennzeichen zu orientieren.

Diesen strengen verfassungsrechtlichen Maßgaben hält die tatgerichtliche Bewertung hier stand. Die Feststellungen belegen tragfähig dessen Eigenschaft als Teil einer Uniform (vgl. § 9 II 1 VereinsG):

Der **Schriftzug war Bestandteil der „einheitlichen Kleidung“** der Mitglieder des verbotenen Vereins „Hells Angels Motor Club e.V.“. Diese trugen den Schriftzug in Höhe der Schulterblätter auf ihrer „Vereinskluft“. Die gut lesbaren Großbuchstaben waren „halbkreisförmig nach unten“ gebogen und in der signifikanten Schriftart „Hessian Regular“ dargestellt. Dabei kontrastierten die in roter Farbe gehaltenen Buchstaben weithin sichtbar vor weißem Hintergrund an dieser Stelle der „Vereinskluft“. Die den Mitgliedern des verbotenen Hamburger Ortsvereins zur Last gelegten Gewalthandlungen „wurden in Vereinskluft der Hell's Angels begangen und begründeten oder bestätigten deren Ruf als besonders gewalttätige und brutale Rockergruppe“ (BVerwGE 80, 299). Dieses **einheitliche und normierte Auftreten** zielte - wie für normiertes Auftreten gerade aus dem militärischen Bereich allgemein bekannt - gerade ab auf **Wiedererkennung und Solidarisierung der Mitglieder untereinander und Abgrenzung zu allen Außenstehenden**. Der „Vereinskluft“ kam daher erkennbar der Charakter eines **uniformierten Auftretens** zu, dessen wesentlicher Bestandteil der organisationsbezogene Schriftzug „Hells Angels“ war.

Selbst wenn der gesetzliche Tatbestand des § 9 II 1 VereinsG - was nicht naheliegt - nur auf amtliche Uniformstücke ausdrücklich abzielen sollte (vgl. etwa § 132a StGB), erweist sich der in Rede stehende Schriftzug zumindest als Teil einer „Pseudo-Uniform“, die - auch als Ergebnis der gebotenen engen Auslegung (vgl. Art. 103 II GG) - wertungsmäßig zumindest neben den amtlichen Uniformstücken steht. Dies gilt zumal da die Mitglieder des verbotenen „Hells Angels Motor Club e.V.“ aus Hamburg ihrerseits die Nähe zur straffen militärischen Organisation suchten (vgl. etwa zum Vereinsamt des „Sergeant at Arms“ BVerwG aaO, S. 310).“ (OLG Hamburg aaO)

## II. Die Verwendung dieser Kennzeichen ist verboten gem. § 9 I 1 Nr. 1 VereinsG.

1. Die Kennzeichen erweisen sich als solche des im Jahre 1983 rechtskräftig verbotenen „Hells Angels Motor Club e.V.“ aus Hamburg.

„Dieser war als „erster deutscher Hells Angels Verein“ im Jahre 1973 gegründet worden. Satzungsgemäß zeigte dessen „Vereinswappen“ den „stilisierten weißen behelmteten Totenkopf mit rechtsseitigem Engelsflügel auf rotem Grund“. Damit hat die Berufungsstrafkammer widerspruchsfrei und lückenlos belegt, dass erstmals der „Hells Angels Motor-Club e.V.“ aus Hamburg diese beiden Aufnäher als Kennzeichen im Bundesgebiet führte.“ (OLG Hamburg aaO)

2. Durch die **bestandskräftige Verbotsverfügung vom 21.10.1983** steht fest, dass „Zweck und Tätigkeit des ‚Hells Angels Motor-Club e.V.‘ Hamburg den Strafgesetzen zuwider“ liefen.

„Diese **rechtsfeindliche Gesinnung** wird symbolisiert durch die vorstehend benannten und in Deutschland erstmals von diesem verbotenen Verein verwendeten Kennzeichen. Deshalb dürfen - ebenfalls bestandskräftig mit der Verbotsverfügung angeordnet - diese „Kennzeichen weder verbreitet noch öffentlich oder in einer Versammlung verwendet werden“. Der Makel der rechtsfeindlichen Gesinnung haftet diesen Kennzeichen bis heute an, so dass sie durch keinen Verein im Bundesgebiet verwendet werden dürfen. Dass diese Kennzeichen möglicherweise nicht originär vom verbotenen Hamburger Verein entwickelt, sondern - naheliegend - aus in den Vereinigten Staaten bestehenden Ortsvereinen der Gruppierung mit deren Billigung übernommen worden waren, ist für die vereinsrechtliche Bewertung bedeutungslos. Maßgeblich ist vielmehr die erste Verwendung und Widmung dieser Kennzeichen im Geltungsbereich des Vereinsgesetzes und damit im Bereich des deutschen Ordnungsrechts.“ (OLG Hamburg aaO)

III. Der Angekl. hat gegen das strafbewehrte Kennzeichenverbot verstoßen, denn er hat **Kennzeichen** öffentlich verwendet, die **identisch waren mit denen des verbotenen „Hells Angels Motor-Club e.V.“ Hamburg**.

1. Der mit Blick auf die Weite des Kennzeichenbegriffs anzuwendende **strenge rechtliche Maßstab** fordert zwar keine absolute, jede - auch kleinste - Abweichung vom verbotenen Originalkennzeichen ausschließende Übereinstimmung, notwendig ist aber ein signifikant hohes Maß sinnlich wahrnehmbarer Übereinstimmung mit der konkreten Ausgestaltung des durch die verbotene Organisation verwendeten Originalkennzeichens.

Hierfür muss der **Gesamtvergleich zwischen dem inkriminierten Originalkennzeichen und dem durch einen Täter verwendeten Kennzeichen** aus der Sicht eines unbefangenen nicht besonders sachkundigen und nicht genau prüfenden Betrachters keine oder nur solche Unterschiede aufweisen, die so geringfügig sind, dass sie diesem Betrachter auf den ersten Blick ohne Weiteres entgehen könnten.

2. Noch strengere rechtliche Anforderungen sind auch mit Blick auf das **Bestimmtheitsgebot** (Art. 103 II GG) und mit Rücksicht auf eine **klare Abgrenzung zum Tatbestandsmerkmal der Verwechslungsfähigkeit nach § 9 II 2 VereinsG** nicht geboten.

„Vor der Einführung des § 9 II 2 VereinsG durch Art. 9 Nr. 1 Terrorismusbekämpfungsgesetz bestand - hinsichtlich des in gleicher Weise gefassten § 86a StGB - bereits Einigkeit darüber, dass **unwesentliche Abweichungen** eines Kennzeichens dessen **Übereinstimmung mit dem inkriminierten Originalkennzeichen noch nicht in Frage stellen** (Stegbauer NSTZ 2006, 677; ferner zu § 86a StGB etwa Laufhütte/Kuschel, LK, 12. Aufl., § 86a Rn 6 f.; vgl. ferner Foth JR 1982, 382; OLG Hamburg NSTZ 1981, 393 mit zust. Anm. Bottke JR 1982, 77; OLG Oldenburg NSTZ 1988, 74). Durch die **Verwechslungsggeeignetheit** sollte vielmehr - korrespondierend mit § 86a II 2 StGB (vgl. BT-Drucks. 14/7386, S. 49) - der Umgang mit solchen Symbolen geregelt werden, die Abwandlungen von den üblicherweise durch die verbotenen Organisationen verwendeten Kennzeichen darstellten oder sich als nur „sehr lebhaft gedankliche Verbindungen“ zu diesen erwiesen und bei denen wegen dieser Divergenzen unsicher ist, ob sie **noch als verbotene Originalkennzeichen identifiziert werden könnten** (vgl. BT-Drucks. 12/4825, S. 6 unter Hinweis auf BGH BeckRS 1981, 05203; vgl. ferner BGHSt 25, 128; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 86a Rn 8). Die hier vorgenommene Identitätsprüfung erfasst hingegen Fälle signifikanter Übereinstimmung mit dem Originalkennzeichen und ist daher der Prüfung einer Verwechslungsggeeignetheit vorgelagert.“ (OLG Hamburg aaO)

3. Gemessen hieran stimmen die Kennzeichen des „stilisierten Totenkopfs“ sowie des Schriftzug „HELLS ANGELS“ nach **Form** sowie **Farb- bzw. Schriftgestaltung** und **Symbolgröße** mit denen des verbotenen Vereins jeweils überein.

„Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei dem Zusatz „Harbor City“ keine diese Kennzeichenqualität berührende Bedeutung beigemessen. Nach den Urteilsfeststellungen lag es fern, dass dieser hinzugefügte Name des - im Nachgang zu der das Kennzeichenverbot begründenden bestandskräftigen Verbotsverfügung errichteten - Ortsvereins „Harbor City“ an den Charakteristika der für sich selbstständigen Kennzeichen etwas ändert (vgl. zu § 86a StGB etwa Stegbauer JR 2002, 182; Reuter aaO, S. 136 f.).“ (OLG Hamburg aaO)

4. Diese **Kennzeichen** hat der Angekl. **öffentlich verwendet**.

„Zureichend hierfür ist **jeder Gebrauch, der das Kennzeichen optisch oder akustisch wahrnehmbar macht** (vgl. bereits BGHSt 23, 267; BGHSt 28, 394; ferner Erbs/Kohlhaas, VereinsG § 9 Rn 4 f. [Stand: Mai 2002]; Groh aaO, § 9 Rn 3). Ob das Kennzeichen tatsächlich wahrgenommen wird, ist wegen des Charakters § 20 AI 1 Nr. 5 VereinsG als **abstraktes Gefährdungsdelikt** unerheblich. Der [Angekl.] hat die Kennzeichen am Tattagvor der Hamburger Hauptkirche St. Michaelis („Michel“) auf dem Rücken seiner „Vereinskluft“ getragen.“ (OLG Hamburg aaO)

IV. Dieses Ergebnis begegnet auch **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken**.

1. Eine **Verletzung des Art. 14 I GG** ist nicht gegeben.

„Zwar wird dem [Angekl.] der freie Umgang mit den beiden Kennzeichen in der Öffentlichkeit hierdurch verwehrt. Die **Eigentumsgarantie gilt aber nicht schrankenlos**, sondern wird durch die Gesetze näher bestimmt. Eine solche Schranke ergibt sich ersichtlich aus § 20 I 1 Nr. 5, § 9 I VereinsG. Eine Enteignung oder ein enteignungsgleicher Eingriff liegen demnach nicht vor (a. A. wohl Bock HRRS 2012, 83, 88).“ (OLG Hamburg aaO)

2. Auch **rechtliche Wertungswidersprüche** in Bezug auf das Markenrecht **ergeben sich nicht**.

„Es mag sein, dass der „geflügelte Totenkopf“ sowie die „Schriftzüge, die Schriftart und Schriftform ‚rot auf weiß‘, in Deutschland wie im Gebiet der Europäischen Union „markenrechtlich geschützt“ sind. Den notwendigen Gleichlauf zwischen dem hierdurch berührten Privatrecht einerseits und ordnungsrechtlichen staatlichen

Maßnahmen andererseits ermöglichen § 8 II Nr. 9 MarkenG sowie - unionsrechtlich - Art. 3 II lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26.02.2009 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. Nr. L 78 S. 1 – GemeinschaftsmarkenVO). Ein im Einzelfall bestehendes Spannungsverhältnis löst etwa § 8 II Nr. 9 MarkenG durch ein angeordnetes **absolutes Schutzhindernis zugunsten des staatlichen Ordnungsanspruchs** auf (vgl. hierzu etwa BPatG, Beschlüsse v. 23. Juli 1997 - 28 W (pat) 245/96 [Totenkopf mit Engelsflügeln I], 28 W (pat) 250/96 [Totenkopf mit Engelsflügeln II] und 28 W (pat) 251/96 [Hells Angels]; ferner Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., Rn. 657). Hiernach sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen oder zu löschen (vgl. § 50 MarkenG; Art. 7f GemeinschaftsmarkenVO), deren Benutzung ersichtlich nach sonstigen Vorschriften im öffentlichen Interesse untersagt werden kann.“ (OLG Hamburg aaO)

3. Darüber hinaus wird durch dieses Normverständnis auch nicht unzulässig in die positive **allgemeine Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 I GG** eingegriffen (vgl. zum Schutzbereich BVerfGE 80, 244; ferner nur Maunz/Dürig GG, Stand 2013, Art. 9 Rn 1, 42 m. w. Nachw.).

„In Deutschland können auch zukünftig Vereine gegründet werden, die sich als Teile der „Hells Angels“-Gruppierung verstehen. Soweit dem Ortsverein „Hells Angels Harbor City“ in Hamburg und dessen Mitgliedern allein die öffentliche Verwendung der konkreten Kennzeichen mit der vorgenannten rechtlichen Bewertung verboten ist, liegt freilich ein Eingriff in deren freie Betätigung im Zuge einer Vereinigung und damit in den Schutzbereich des Art. 9 I GG vor (vgl. etwa Scholz aaO, Rn 34, 43). Dieser findet hier allerdings seine Rechtfertigung in der einfach-gesetzlichen Schranke (Art. 9 II GG) des § 9 II 1 VereinsG und trifft im konkreten Fall den [Angekl.] nicht unverhältnismäßig. Es ist namentlich **nicht erkennbar, dass** dieser oder ein Motorradclub und dessen Mitglieder **für eine Vereinsbetätigung konstitutiv auf diese inkriminierten Kennzeichen angewiesen** wären.“ (OLG Hamburg aaO)

4. Schließlich ist durch diese Normauslegung auch **kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung** gegeben.

„Selbstverständlich obliegt es auch weiterhin den Verwaltungsbehörden, **Vereinsverbote** auszusprechen. Ein solches **wird durch das Normverständnis auch nicht bewirkt** (a. A. wohl noch BayObLGSt 2004, 180; Rau/Zieschack aaO, S. 134; Bock HRRS 2012, 83). Dass in der nordrhein-westfälischen Verbotsverfügung ausweislich der Urteilsfeststellungen der Hinweis auf Möglichkeiten enthalten war, der Verwechslungsgefahr mit einem verbotenen Verein durch einen Hinweis auf den „Standort eines Chapters“ hinreichend begegnen zu können, ändert an dieser Wertung nichts. Soweit hiermit ordnungsbehördlich der hier von der Berufungsstrafkammer festgestellte historische Hintergrund der in Rede stehenden Kennzeichen erkennbar übersehen wurde, ändert dies nichts an der dem Strafsenat obliegenden umfassenden Auslegungs- und Entscheidungspflicht.“ (OLG Hamburg aaO)

**Anfertigung polizeilicher Übersichtsaufnahmen**  
**Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigung**

(BerVerfGH in NVwZ-RR 2014, 577; Urteil vom 11.04.2014 – VerfGH 129/13)

1. Die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht ist im Zuge der **Föderalismusreform** durch die Änderung des Art. 74 I Nr. 3 GG vom Bund auf die Länder übergegangen
2. Diese **teilweise Ersetzung** ist verfassungsgemäß, wenn es sich um einen abgrenzbaren Teilbereich handelt.
3. Ein Eingriff ist nicht nur bei einem Verbot oder einer Beschränkung anzunehmen, sondern bereits dann, wenn von staatlichen Maßnahmen eine Wirkung ausgeht, die den Einzelnen **davon abhalten** kann, sein **Grundrecht auszuüben**.
4. Ein schon durch diese Unsicherheit entstehendes **Gefühl des Beobachtetseins** bei Versammlungen unter freiem Himmel kann sich in einer die Eingriffsschwelle übersteigenden Art und Weise auf die innere Freiheit zur Grundrechtsbetätigung auswirken.
5. **Rechtsstaatsprinzip** und **Demokratiegebot** verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen und dabei seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.
6. Offene Übersichtsaufnahmen ohne Aufzeichnung sind bei großen oder unübersichtlichen Versammlungen im Einzelfall nach sorgfältiger Gefahrenprognose zulässig und verstoßen nicht gegen Art. 8 I GG.

**Fall:** Gegenstand des Normenkontrollantrags ist das Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen vom 23.04.2013 (VersammIG Bln) Ast. sind 62 Mitglieder des Abgeordnetenhauses von Berlin. Mit dem Erlass des Versammlungsgesetzes von 1953 – VersammIG – hatte der Bund von seiner bis 2006 bestehenden konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht Gebrauch gemacht. Durch Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 08.08.2006 (BGBl. I, 2034) ging die Kompetenz im Rahmen der Föderalismusreform auf die Länder über. Das Versammlungsgesetz des Bundes gilt nach der Übergangsregelung in Art. 125 a I GG seitdem als Bundesrecht fort, bis es durch eigene Regelungen der Länder ersetzt wird.

Als erstes Land machte Bayern mit dem Erlass des Bayerischen Versammlungsgesetzes vom 22.07.2008 – BayVersG – von seiner Kompetenz Gebrauch und schuf dabei in Art. 9 eine gesetzliche Grundlage für Bild- und Tonaufnahmen sowie Aufzeichnungen. Auf eine hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde ordnete das BVerfG durch Beschluss vom 17.02.2009 (BVerfGE 122, 342 = NVwZ 2009, 441) im Wege der einstweiligen Anordnung an, dass Übersichtsaufnahmen von Versammlungen zur Lenkung und Leitung eines Polizeieinsatzes einstweilen nur zulässig sind, wenn sie wegen der Größe oder Unübersichtlichkeit der Versammlung im Einzelfall erforderlich sind. Nach Änderung des Gesetzes nahm das BVerfG die aufrecht erhaltene Rechtssatzverfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, weil jetzt sämtliche Maßnahmen offen und damit für den einzelnen Betroffenen wahrnehmbar zu erfolgen haben, so dass zunächst um fachgerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht werden kann (BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NVwZ 2012, 818).

Im Juli 2010 entschied das VG, dass die Beobachtung von Versammlungen mittels eines Videowagens der Polizei und die Übertragung der Bilder in Echtzeit im so genannten Kamera-Monitor-Prinzip unabhängig von einer Speicherung der Bilder einen Eingriff in die Grundrechte auf Versammlungsfreiheit und auf informationelle Selbstbestimmung darstellten und somit einer Rechtsgrundlage bedürften, die in Berlin nicht existiere (VG Berlin, NVwZ 2010, 1442). In der Folge wurde das von den Ast. angegriffene „Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen“ vom 23.04.2013 – VersammIG Bln – erlassen. Es hat folgenden Wortlaut:

„§ 1.

- 1) Die Polizei darf Bild- und Tonaufnahmen von Teilnehmerinnen und Teilnehmern bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen nur anfertigen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Die Maßnahmen dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.
- 2) Die Unterlagen sind nach Beendigung der öffentlichen Versammlung oder zeitlich und sachlich damit unmittelbar im Zusammenhang stehender Ereignisse unverzüglich zu vernichten, soweit sie nicht benötigt werden

1. für die Verfolgung von Straftaten von Teilnehmerinnen und Teilnehmern oder
2. im Einzelfall zur Gefahrenabwehr, weil die betr. Person verdächtig ist, Straftaten bei oder im Zusammenhang mit der öffentlichen Versammlung vorbereitet oder begangen zu haben, und deshalb zu besorgen ist, dass von ihr erhebliche Gefahren für künftige öffentliche Versammlungen oder Aufzüge ausgehen.

Unterlagen, die aus den in Satz 1 Nr. 2 aufgeführten Gründen nicht vernichtet wurden, sind in jedem Fall spätestens nach Ablauf von drei Jahren seit ihrer Entstehung zu vernichten, es sei denn, sie würden inzwischen zu dem in Satz 1 Nr. 1 aufgeführten Zweck benötigt.

- 3) Im Übrigen darf die Polizei Übersichtsaufnahmen von Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen sowie ihrem Umfeld nur anfertigen, wenn dies wegen der Größe oder Unübersichtlichkeit der Versammlung oder des Aufzuges im Einzelfall zur Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes erforderlich ist. Die Übersichtsaufnahmen sind offen anzufertigen und dürfen weder aufgezeichnet noch zur Identifikation der Teilnehmerinnen und Teilnehmer genutzt werden. Die Versammlungsleitung ist unverzüglich über die Anfertigung von Übersichtsaufnahmen in Kenntnis zu setzen.“

§ 2. Dieses Gesetz schränkt das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) ein.

§ 3. Dieses Gesetz ersetzt § 19 a VersammIG.

Die Ast. hielten das Gesetz wegen förmlicher Unvereinbarkeit mit der Verfassung von Berlin, § 1 III auch wegen materiellen Verfassungswidrigkeit für nichtig. Zu Recht?

## I. Zulässigkeit des Normenkontrollantrags

„Der Normenkontrollantrag ist zulässig. Er ist von mehr als 1/4 der Mitglieder des Abgeordnetenhauses gestellt (Art. 84 II Nr. 2 der Berliner Verfassung [im Folgenden: VvB] und §§ 14 Nr. 4 und 43 BlnVerfGHG. Die Ast. bezeichnen einen **zulässigen Antragsgegenstand** (Art. 84 II Nr. 2 VvB, § 43 Nr. 1 BlnVerfGHG). Sie machen geltend, das angegriffene Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen vom 23.4.2013 sei insgesamt wegen **förmlicher Unvereinbarkeit** infolge **fehlender Gesetzgebungskompetenz** und § 1 III VersammIG Bln des Gesetzes wegen sachlicher Unvereinbarkeit mit der Verfassung von Berlin nichtig.“ (BerlVerfGH aaO)

Der Zulässigkeit des Antrags steht nicht entgegen, dass der geltend gemachte förmliche Verfassungsverstoß aus der Kompetenzordnung des Grundgesetzes folgen soll.

„Durch diese Rüge wird das Grundgesetz nicht selbst zum Gegenstand des Antrags. Vielmehr machen die Ast. eine Verletzung der Verfassung von Berlin durch einen Kompetenzmangel geltend. Der VerfGH Bln ist im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle befugt, die Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes zu überprüfen (vgl. VerfGH Bln, LVerfGE 5, 37 [42 ff.] = NVwZ 1997, 790; VerfGH Bln, Ur. v. 13.5.2013 – VerfGH 32/12, BeckRS 2013, 50675; Ur. v. 13.5.2013 – VerfGH 155/11, BeckRS 2013, 50633).“ (BerlVerfGH aaO)

Zwar ist vorrangig die Landesverfassung der Prüfungsmaßstab und alleiniger Entscheidungsmaßstab das Landesverfassungsgericht.

„Allerdings kann die Landesverfassung eine **eigenständige Anordnung** dahingehend enthalten, dass die Landesstaatsgewalt die **Verbandskompetenzordnung der Bundesverfassung zu beachten** hat (BVerfGE 60, 175 [205] = NJW 1982, 1579; u. Hinw. auf: BVerfGE 103, 332 [350 f.] = NVwZ-RR 2002, 81). [Dies] gilt ... für Art. 84 II Nr. 2 VvB, der die Prüfung der förmlichen Verfassungsgemäßheit einer Norm im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle dem VerfGH Bln überantwortet. Hierzu zählt nämlich insbesondere und in erster Linie die **Gesetzgebungsbefugnis** (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 130, 151 [185] = NJW 2012, 1419 Rn. 127 = NVwZ 2012, 748 Ls.). Das Land Berlin hat auf Grund seiner Eigenstaatlichkeit ein **unabgeleitetes Recht der Gesetzgebung**, im föderalen System der Bundesrepublik aber nur, soweit das Grundgesetz **nicht dem Bund vorrangige Gesetzgebungsbefugnisse** verleiht (Art. 70 I GG). Die Verpflichtung zur Wahrung der grundgesetzlichen Kompetenzordnung als einem Kernelement der bundesstaatlichen Verfasstheit ergibt sich zudem aus der Gliedstaatsklausel in Art. 1 II VvB (entsprechend: VerfGH NRW, Ur. v. 19.5.1992 – 5/91; VerfGH RhPf, Ur. v. 02.11.2000 – VGH N 2/00; VerfGH Sachs, Ur. v. 21.6.2012 – Vf.77-II-11; auch: Bethge in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: Juli 2007, § 85 Rn. 31; aA zu Art. 64 der Bremischen Landesverfassung: StGH Brem, NVwZ 2013, 1335 Ls. = BeckRS 2013, 53208). Außerdem bindet Art. 1 III VvB die Ausübung der Landesstaatsgewalt ausdrücklich an die Beachtung der Bundesverfassung.“ (BerlVerfGH aaO)

Dem steht auch nicht die Entscheidungskompetenz des BVerfG entgegen.

„Art. 100 III GG setzt voraus, dass die **Auslegung des Grundgesetzes** Gegenstand der Rechtsfindung des Verfassungsgerichts eines Landes sein und insbesondere bei **Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes** eine Rolle spielen kann (BVerfGE 103, 332 [355] = NVwZ-RR 2002, 81); er sichert zugleich die einheitliche Auslegung des Grundgesetzes und das Letztentscheidungsrecht des BVerfG. Art. 100 I GG ist nicht betroffen, soweit lediglich mittelbar auf die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes zurückgegriffen wird (vgl. VerfGH Bln, Ur. v. 13.05.2013 – VerfGH 32/12, BeckRS 2013, 50675; u. Hinw. auf: VerfG Bbg, LKV 2003, 372).“ (BerlVerfGH aaO)

## II. Begründetheit des Normenkontrollantrags

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn das Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen vom 23.04.2013 – VersammlG Bln förmlich und sachlich mit der Verfassung von Berlin vereinbar ist.

## 1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Verfassungsmäßigkeit rügt der Normenkontrollantrag das Fehlen der Gesetzgebungskompetenz.

*„Die **Gesetzgebungskompetenz** für das Versammlungsrecht ist im Zuge der Föderalismusreform durch die Änderung des Art. 74 I Nr. 3 GG vom Bund auf die Länder übergegangen (vgl. Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006, BGBl. I, 2034). Das Land Berlin hat seither die Kompetenz zur gesetzlichen Regelung des Versammlungsrechts nach Art. 70 I i.V.m. Art. 125 a GG. Soweit das Versammlungsgesetz des Bundes nach Art. 125 a I 1 GG zunächst als **Bundesrecht** fort gilt, kann es nach Art. 125 a I 2 GG durch Landesrecht „ersetzt“ werden. Von dieser Ersetzungsbefugnis hat das Land Berlin mit dem Erlass des angegriffenen Gesetzes in Übereinstimmung mit der Verfassung von Berlin (VvB) sowie der von ihr vorausgesetzten und anerkannten bundesstaatlichen Kompetenzordnung Gebrauch gemacht.“ (Berl-VerfGH aaO)*

Allerdings hat das Land Berlin keine umfassende Regelung des Versammlungsrechts für Berlin getroffen, sondern lediglich den als Bundesrecht fortgeltenden § 19 a VersammlG, welcher die entsprechende Anwendung von § 12 a VersammlG für Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen anordnet, ersetzt. Ansonsten gilt das Versammlungsgesetz des Bundes fort. Fraglich ist daher, ob die auf das Land Berlin übergegangene Gesetzgebungskompetenz auch die Befugnis zu einer nur fragmentarischen landesrechtlichen Regelung unter Fortgeltung der bundesrechtlichen Regelung im Übrigen umfasst.

*„Diese teilweise Ersetzung ist verfassungsgemäß. Die **Zulässigkeit einer Teilersetzung** wird weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur grundsätzlich in Zweifel gezogen (vgl. BVerfGE 111, 10 [30] = NJW 2004, 2363 = NVwZ 2004, 1346 Ls.; BVerwGE 137, 148 = NZA-RR 2010, 554 Rn. 36; OVG Münster, Urt. v. 12.02.2013 – 3 A 2192/10, BeckRS 2013, 48675 m.w.N.; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.06.2012 – OVG 4 B 2/10; Degenhart in Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 125 a Rn. 6; Stettner in Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. 2008, Art. 125 a Rn. 9; Uhle in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 46. EL [Stand: März 2006], Art. 125 a Rn. 30; Wolf in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 125 a Rn. 27; a.A. wohl hinsichtlich der Ersetzung einzelner Normen: Kirn in v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 125 a Rn. 3).“ (BerlVerfGH aaO)*

Ist eine Teilersetzung somit grundsätzlich zulässig, so sieht das BVerfG gleichwohl eine Notwendigkeit, eine „Mischlage aus Bundes- und Landesrecht für ein und denselben Regelungsgegenstand im selben Anwendungsbereich“ zu vermeiden, die im bestehenden System der Gesetzgebung ein Fremdkörper wäre. Das BVerfG hat daher eine nur teilweise Ersetzung des Bundesrechts nur dann für zulässig erachtet, wenn „der Landesgesetzgeber die Materie, gegebenenfalls auch einen abgrenzbaren Teilbereich, in eigener Verantwortung regelt“ (BVerfGE 111, 10 = NJW 2004, 2363 = NVwZ 2004, 1346 Ls.). Fraglich ist, ob es sich hier um einen solchen abgrenzbaren Teilbereich des Versammlungsrechts handelt.

*„An einer **eigenverantwortlichen und abgrenzbaren Teilbereichsregelung** bestehen keine Bedenken. Bereits in der Gesetzesüberschrift kommt zum Ausdruck, welchen Anwendungsbereich das Gesetz „über **Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen**“ hat. Es baut zum einen auf der durch Art. 26 VvB vorgegebenen Abgrenzung zwischen Versammlungen unter freiem Himmel und in geschlossenen Räumen auf. Zum anderen bezeichnen Bild- und Tonaufnahmen eine **eigenständige Handlungskategorie**. Auch könnte das angegriffene Gesetz sogar ohne die übrigen fortgeltenden Bestimmungen des Versammlungsgesetzes des Bundes Anwendung finden. Denn die Ausübung der Versammlungsfreiheit ist in der Verfassung von Berlin unmittelbar durch Art. 26 VvB gewährleistet. Einer gesetzlichen Grundlage bedarf die Grundrechtsausübung nicht, lediglich deren Beschränkung (Art. 26 S. 2 VvB). Die Vorschriften des angegriffenen Gesetzes bilden dafür einen in sich **geschlossenen Regelungszusammenhang**. Ob und in welcher Weise bei Versammlungen und Aufzügen unter freiem Himmel in Berlin auf versammlungsrechtlicher Grundlage Bild- und Tonaufnahmen angefertigt werden dürfen, entscheidet sich alleine nach dem angegriffenen Gesetz.“ (BerlVerfGH aaO)*

Dem könnte es allerdings widersprechen, dass § 1 I und II des Gesetzes praktisch wörtlich § 12 a I und II VersammlG entsprechen, auf den § 19 a VersammlG verweist.

*„Dem Landesgesetzgeber steht es im Rahmen des Art. 125 a I 2 GG frei, Bundesrecht entweder durch eine **inhaltlich und textlich neue Regelung** oder durch ein mit dem bisherigen Bundesrecht **gleich lautendes Landesrecht** zu ersetzen (vgl. BVerfGE 111, 10 = NJW 2004, 2363 = NVwZ 2004, 1346 Ls.). Unerheblich ist weiterhin, dass der Landesgesetzgeber den Verweis auf die Befugnisse zur Erhebung personenbezogener*

Informationen nach Maßgabe der Strafprozessordnung und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten in § 12 a III VersammlG nicht übernommen hat.“ (BerlVerfGH aaO)

## 2. materielle Verfassungswidrigkeit

Neben der förmlichen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes wurde hinsichtlich der Regelung in § 1 III BlnVersammlG auch die sachliche Unvereinbarkeit mit der Verfassung von Berlin gerügt.

### a) Schutzbereich

Die Versammlungsfreiheit ist in weitgehender Übereinstimmung mit Art. 8 GG in Art. 26 VvB gewährleistet, wonach sich Männer und Frauen zu gesetzlich zulässigen Zwecken friedlich und unbewaffnet versammeln dürfen (S. 1); für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden (S. 2). Durch die Anfertigung von Übersichtsaufnahmen von Versammlungen ist dieser Schutzbereich ohne Weiteres betroffen.

### b) Eingriff

Fraglich ist jedoch, ob die nach der angegriffenen Regelung einfachrechtlich zulässigen Übersichtsaufnahmen nach dem so genannten Kamera-Monitor-Prinzip ohne Aufzeichnung einen Eingriff darstellen.

Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten, das die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert.

*„Ein solcher Eingriff liegt ... nicht nur dann vor, wenn eine **Versammlung verboten oder aufgelöst** wird, sondern bereits dann, wenn die Art und Weise ihrer Durchführung durch staatliche Maßnahmen beschränkt wird. Dasselbe gilt, wenn von staatlichen Maßnahmen eine **Wirkung** ausgeht, die den Einzelnen **davon abhalten** kann, sein **Grundrecht auszuüben** (vgl. zum Bundesrecht: BVerfG, NVwZ-RR 2010, 625). Art. 26 VvB schützt in diesem Sinne auch die so genannte innere Versammlungsfreiheit, d.h. den **individuellen Entschluss**, sein Grundrecht durch Teilnahme an der kollektiven öffentlichen Meinungskundgabe in freier Selbstbestimmung wahrzunehmen (vgl. BVerfGE 122, 342 [369] = NVwZ 2009, 441). Unvereinbar mit dem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit wäre es namentlich, wenn Versammlungen ihren **staatsfreien, unreglementierten Charakter** durch exzessive Observationen und Registrierungen verlieren würden (BVerfGE 69, 315 [349] = NJW 1985, 2395 – Brokdorf). Denn wer damit rechnet, dass die Teilnahme an einer Versammlung **behördlich registriert** wird und ihm dadurch **persönliche Risiken** entstehen können, wird möglicherweise auf die Ausübung seines Grundrechts verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil die kollektive öffentliche Meinungskundgabe eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten demokratischen und freiheitlichen Gemeinwesens ist (vgl. BVerfGE 122, 342 = NVwZ 2009, 441; u. Hinw. auf: BVerfGE 65, 1 [43] = NJW 1984, 419).*

*Nach diesen Grundsätzen kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch eine Videobeobachtung durch eine bloße Übersichtsperspektive ohne Aufzeichnung, zu der § 1 III VersammlG Bln ermächtigt, **einschüchternde Wirkung auf Versammlungsteilnehmer entfalten** und diese in ihrer Grundrechtsausübung beeinflussen oder sogar von ihr abhalten kann. Der einzelne Versammlungsteilnehmer kann regelmäßig oder häufig aus seiner Perspektive nicht – bzw. allenfalls nach einer entsprechenden Information durch die Polizei oder die Versammlungsleitung – erkennen, ob ihn eine **Kamera identifizierend aufnimmt** und ob die **Aufnahme aufgezeichnet wird**. Ein schon durch diese Unsicherheit entstehendes Gefühl des Beobachtetseins bei Versammlungen unter freiem Himmel kann sich in einer die Eingriffsschwelle übersteigenden Art und Weise auf die innere Freiheit zur Grundrechtsbetätigung auswirken (aA: Waldhoff, JuS 2011, 479 f. = NVwZ 2010, 1442).“ (BerlVerfGH aaO)*

Die Videobeobachtung einer Versammlung greift daher auch unabhängig von der Identifizierbarkeit einzelner Versammlungsteilnehmer in das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit ein.

### c) Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte gerechtfertigt sein.

**aa) Beschränkbarkeit**

Aufgrund des Gesetzesvorbehaltes in Art. 26 S. 2 VvB (= Art. 8 II GG) können Beschränkungen des Rechts auf Versammlungsfreiheit durch Gesetz vorgesehen werden für Versammlungen unter freiem Himmel. Gerade für diesen Bereich gilt das angegriffene Gesetz, so dass es grundsätzlich vom Gesetzesvorbehalt gedeckt sein kann.

**bb) Grenzen der Beschränkbarkeit**

Dies gilt jedoch nur, wenn die Grenzen der Beschränkbarkeit eingehalten werden, also insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip berücksichtigt ist.

**(1) Bestimmtheitsgebot**

Eine in ein Grundrecht eingreifende Regelung muss hinreichend bestimmt sein.

*„Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen und dabei seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (VerfGH Bln, Beschl. v. 25.3.1999 – VerfGH 35/97; vgl. zum Bundesrecht: BVerfG, NVwZ 2013, 1468 Rn. 126 m.w.N). Die Betr. müssen die **Rechtslage erkennen** und ihr Verhalten daran ausrichten können, und die gesetzesausführende Verwaltung muss für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden. Die notwendige Bestimmtheit fehlt einer Norm allerdings nicht schon deshalb, weil sie der Auslegung bedarf. Es ist in erster Linie **Aufgabe der Rechtsanwendung, Zweifelsfragen** zu klären und Auslegungsprobleme mit den herkömmlichen Mitteln juristischer Methode zu bewältigen (VerfGH Bln, Beschl. v. 25.3.1999 – VerfGH 35/97, LKV 1999, 361; NVwZ-RR 2010, 825; zum Bundesrecht: BVerfG, NVwZ 2013, 1468 Rn. 127 m.w.N).“ (BerlVerfGH)*

Die angegriffene Vorschrift genügt hinsichtlich des Begriffs der Übersichtsaufnahme sowie der Leitung und Lenkung eines Polizeieinsatzes über die hinreichende Bestimmtheit [wird ausgeführt].

**(2) Verhältnismäßigkeit**

*„Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass das gewählte Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich ist und der damit verbundene Grundrechtseingriff nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck steht (VerfGH Bln, Beschl. v. 1.4.2008 – VerfGH 120/07, Rn. 54 m.w.N).“ (BerlVerfGH aaO)*

**(a) Geeignetheit und Erforderlichkeit**

Die Geeignetheit erfordert verfassungsrechtlich nicht, dass das Regelungsziel stets tatsächlich erreicht wird, sondern es genügt, wenn die Regelung die **Zweckerreichung fördert** (vgl. BVerfGE 125, 260 [317 f.] Rn. 207= NJW 2010, 833 = NVwZ 2010, 770 Ls.; st. Rspr.).

Erforderlich ist eine gesetzliche Regelung, wenn kein anderes geeignetes und **mindestens gleich wirksames**, aber das beschränkte Grundrecht nicht oder **weniger stark einschränkendes Mittel** zur Verfügung steht. Dabei verfügt der Gesetzgeber über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 126, 112 [145] = NVwZ 2010, 1212).

*„[Die Regelung] verfolgt mit der **Förderung einer effizienten Lenkung und Leitung von Polizeieinsätzen** bei großen oder unübersichtlichen Versammlungen einen legitimen Zweck, nämlich die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die erfahrungsgemäß von großen und unübersichtlichen Versammlungen ausgehen können. Ihre Anwendung hat sich dabei stets auch daran zu orientieren, dass es vorrangige Aufgabe der Polizei ist, die Ausübung des Grundrechts, sich **frei und friedlich zu versammeln**, zu gewährleisten und zu schützen. Dafür ist § 1 III VersammlG Bln auch geeignet und erforderlich. **Gleich geeignete mildere Mittel** als die Anfertigung offener Übersichtsaufnahmen ohne Aufzeichnung sind **nicht erkennbar**. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber die mündliche Übermittlung von Lagebildern durch Beamte vor Ort für weniger geeignet gehalten hat (vgl. BlnAbghs-Dr 17/0642, S. 4).“ (BerlVerfGH aa)*



## (b) Angemessenheit

Eine Maßnahme ist nur angemessen, wenn die mit ihr verbundene Schwere der gesetzlichen Grundrechtsbeschränkung bei einer Gesamt abwägung mit dem Ziel, einen angemessenen Ausgleich zwischen Individual- und Allgemeininteresse herzustellen (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 133, 277 = NJW 2013, 1499 Rn. 109 = NVwZ 2013, 1335 Ls.; st. Rspr.), nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der sie rechtfertigenden Gründe steht.

Auch bei Berücksichtigung der besonderen Bedeutung der Versammlungsfreiheit für eine demokratische Gesellschaft haben die betr. Allgemeininteressen, nämlich der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor möglichen, von einer Versammlung ausgehenden Gefahren und damit die Wahrung des öffentlichen Friedens, ein hohes Gewicht. Gleichzeitig ist die Intensität des in der Anfertigung von der Übersichtsaufnahmen liegenden Eingriffs mit Rücksicht auf die zu beachtenden normativen Einschränkungen und die in der mündlichen Verhandlung berichteten Vorkehrungen der Berliner Polizei bei der Anwendung des Eingriffstatbestandes als vergleichsweise gering anzusehen.

*„Übersichtsaufnahmen sind nach den angegriffenen Vorschriften nur rechtmäßig, wenn und soweit sie bei **großen oder unübersichtlichen Versammlungen im Einzelfall erforderlich** sind (vgl. dazu auch: VG Göttingen, Urt. v. 11.12.2013 – 1 A 283/12, BeckRS 2014, 45148). Sie stellen somit **keine stets zulässige Maßnahme** bei derartigen Versammlungen dar. Es müssen vielmehr Einzelfall bezogene Gründe bestehen, die eine Anwendung dieses Instruments erforderlich machen. Insofern ist ... zumindest eine **abstrakte Gefahrenprognose erforderlich**. Daraus müssen sich Anhaltspunkte ergeben, die im Einzelfall eine Anfertigung von Übersichtsaufnahmen erfordern. Die Entscheidung über den Einsatz von Übersichtsaufnahmen und ihre Anfertigung sind im Übrigen **vollständig gerichtlich überprüfbar**.*

*Hinsichtlich der Intensität und des Gewichts des Grundrechtseingriffs durch Übersichtsaufnahmen ist zunächst die nach § 1 III 2 und 3 VersammlG Bln angeordnete **offene** (d.h. zumindest wahrnehmbare: vgl. BVerfG, NVwZ 2012, 818 Rn. 12) **Anfertigung** solcher Aufnahmen einschließlich der **Pflicht zur Unterrichtung der Versammlungsleitung** zu beachten. Die Offenheit der Maßnahme ist ein wichtiger Beitrag zur Wahrung ihrer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn. Heimliche Eingriffe stehen stets unter einem erhöhten Rechtfertigungszwang (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 120, 274 [325] = NJW 2008, 822). Ein **verdeckter oder verschleierter Einsatz von Übersichtsaufnahmen** ist nach der gesetzlich angeordneten Offenheit **stets unzulässig**, auch wenn aus tatsächlichen Gründen die Erkennbarkeit für jeden einzelnen Teilnehmer nicht zu jedem Zeitpunkt gewährleistet werden kann und muss. [Gerade] bei den ... nach § 1 III 1 VersammlG Bln voraussetzungsgemäß allein in Betracht kommenden großen oder unübersichtlichen Versammlungen kann eine **sichere Erkennbarkeit nicht zuverlässig** garantiert werden, ohne durch eine auffällige Art und Weise der Anfertigung oder durch ständige oder besonders plakative Hinweise die Gefahr von **Einschüchterungseffekten sogar noch zu erhöhen**. Bei der Auswahl der Standorte ist gleichwohl stets auf Wahrnehmbarkeit zu achten. Der Herstellung der gebotenen Offenheit dient im Übrigen auch die Information der Versammlungsleitung über die Anfertigung von Übersichtsaufnahmen (§ 1 III 3 VersammlG Bln). Eine **unzureichende Information** der Versammlungsleitung kann zur **formellen Rechtswidrigkeit** der Maßnahme führen.“ (BerlVerfGH aaO)*

Weiterhin ist das Verbot der Identifikation einzelner Teilnehmer zu beachten. Zwar kann eine Identifizierbarkeit von Versammlungsteilnehmern im Einzelfall technisch möglich sein und tatsächlich – unabsichtlich durch technisches Versehen oder bewusst illegal – nicht gänzlich ausgeschlossen werden.

*„§ 1 III 2 VersammlG Bln **verbietet jedoch ausdrücklich**, die Aufnahmen zur Identifikation von Teilnehmerinnen und Teilnehmern einer Versammlung zu nutzen. Das steht zugleich **jeder weiteren Verwendung** aller aus Übersichtsaufnahmen etwa gewonnenen personenbezogenen Erkenntnisse zu Eingriffen im Rahmen der Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes **entgegen**. Gleichwohl mögliche Einschüchterungseffekte gegenüber (auch potenziellen) Versammlungsteilnehmern sind angesichts der grundlegenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit zwar nicht bedeutungslos. Schon angesichts der gesetzlich angeordneten **offenen Anfertigung** und der **flüchtigen Natur von***

**Übersichtsaufnahmen** nach dem Kamera-Monitor-Prinzip sowie des Verbots der Identifikation ist das Ausmaß der Grundrechtsberührung aber **nicht als schwerwiegend anzusehen** (vgl. zum Bayerischen Versammlungsgesetz: BVerfG, NVwZ 2009, 441). Durch die mit der Veröffentlichung von Gesetzen verbundene **Publizitätswirkung** (vgl. BVerfG, NVwZ 2002, 1365) ist überdies davon auszugehen, dass (auch potenziellen) Versammlungsteilnehmern die restriktiven Voraussetzungen einer Anfertigung von Übersichtsaufnahmen im Land Berlin bekannt sind oder jedenfalls bekannt sein können.“ (BerlVerfGH aaO)

Von Belang ist dabei auch, dass der Berliner Gesetzgeber – abweichend von bisher verfassungsrechtlich nicht verworfenen anderen landesgesetzlichen Regelungen – auf die **Aufzeichnung von Übersichtsaufnahmen gänzlich verzichtet** hat.

„Dem danach bei einer Gesamtbetrachtung **vergleichsweise wenig intensiven Eingriff** mit eher nur potenziellen Auswirkungen auf die innere Versammlungsfreiheit steht das im öffentlichen Interesse verfolgte Ziel einer effizienten Einsatzleitung gegenüber, das nicht zuletzt auch im **Interesse der Versammlungsteilnehmer** liegt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht besteht die Aufgabe der Polizei dabei wegen des im Ausgangspunkt staatsfreien, unreglementierten Charakters von Versammlungen (vgl. BVerfG, NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898 Ls. – Brokdorf) ausschließlich darin, die **freie und friedliche Durchführung von Versammlungen zu gewährleisten**, indem sie feststellbare abstrakte und konkrete Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (einschließlich und namentlich für die Unversehrtheit der Versammlungsteilnehmer und Dritter) abwendet.“ (BerlVerfGH aaO)

### c) Ergebnis

Der Eingriff in die Versammlungsfreiheit ist verhältnismäßig und daher gerechtfertigt.

„Aus den zugleich berührten Grundrechten auf freie Meinungsäußerung nach Art. 14 I VvB (Art. 5 I 1 GG) und auf freie Bestimmung über die Preisgabe persönlicher Daten nach Art. 33 VvB (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG) ergeben sich für den vorliegenden Zusammenhang keine weiterreichenden Einschränkungen.“ (BerlVerfGH aaO)

Das Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen vom 23.04.2013 (VersammlG Bln) ist folglich verfassungsgemäß.

## 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  
§ 199

### Kenntnisabhängige Verjährung Beginn bei Anspruchsübergang

BGB

(BGH in FamRZ 2014, 1101 = NJW 2014, 2492; Urteil vom 30.04.2014 – IV ZR 30/13)

Ist der **Verjährungsbeginn kenntnisabhängig**, kommt es für Beginn und Lauf der Verjährung im Falle des Gläubigerwechsels – gleich aus welchem Rechtsgrund – zunächst auf den **Kenntnisstand des ursprünglichen Gläubigers** an.

*„Hatte dieser die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis, geht der Anspruch so, d. h. mit in Gang gesetzter Verjährung auf den Rechtsnachfolger über, selbst wenn dieser die Kenntnis nicht mit oder erst nach dem Übergang des Anspruchs auf ihn erhält.*

*Nur wenn der Kenntnisstand des Rechtsvorgängers nicht geeignet war, die Verjährung in Lauf zu setzen, ist auf den Rechtsnachfolger abzustellen (Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 13. Aufl., § 199 Rn 17; MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 199 Rn 36; Lakkis in jurisPK-BGB, § 199 Rn 45; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 199 Rn 26; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2009, § 199 Rn 56; so auch LG München I MedR 2011, 514). Diese Beurteilung wurde auch zu der vergleichbaren Regelung des § 852 BGB a. F. vertreten (BGH NJW-RR 1990, 343 = VersR 1990, 497; BGH NJW 1982, 1761 = VersR 1982, 546; BGHZ 48, 181 = NJW 1967, 2199; BGH VersR 1961, 910; Kreft, RGRK, 12. Aufl., § 852 BGB Rn 38). Sowohl im Falle der Individualsukzession gem. den §§ 412, 404 BGB als auch im Falle der Universalsukzession nach § 1922 I BGB erwirbt der Rechtsnachfolger die der Verjährung unterliegende Forderung in dem Zustand, in dem sie sich im Zeitpunkt des Rechtsübergangs befindet, d. h. bereits verjährt, mit laufender Verjährung oder mit noch nicht begonnener Verjährung (vgl. BGHZ 48, 181 = NJW 1967, 2199).“ (BGH aaO)*

BGB  
§§ 675 u – 675 w

### Anscheinsbeweis Unberechtigte Kartenverfügungen

BGB

(OLG Dresden in NJW-RR 2014, 824; Urteil vom 06.02.2014 – 8 U 1218/13)

Auf mit der **Originalkarte bewirkte Barabhebungen an Geldautomaten**, die seit dem 31.10.2009 stattgefunden haben und daher dem Geltungsbereich der §§ 675 u bis 675 w BGB unterliegen, sind die **Regeln des Anscheinsbeweises sind grds. weiter anwendbar**.

- I. Nach der **Rspr. des BGH** spricht grds. der Anscheinsbeweis dafür, dass der Karteninhaber die PIN auf der EC-Karte notiert oder gemeinsam mit dieser verwahrt hat, wenn zeitnah nach dem Diebstahl einer EC-Karte unter Verwendung dieser Karte und Eingabe der richtigen persönlichen Geheimzahl (PIN) an Geldausgabeautomaten Bargeld abgehoben wird und andere Ursachen für den Missbrauch nach der Lebenserfahrung außer Betracht bleiben (BGHZ 160, 308; BGH, Beschluss v. 06.07.2010 - XI ZR 224/09; BGH, Urteil v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10).

Dies hat der **BGH auch noch nach Einführung der Zahlungsdiensterichtlinie für vor dem 31.10.2009 durchgeführte Zahlungsvorgänge bestätigt** und dahin konkretisiert, dass der Beweis des ersten Anscheins nur angenommen werden kann, wenn bei der missbräuchlichen Abhebung die Originalkarte eingesetzt worden ist, weil bei Abhebungen an Geldautomaten mit Hilfe einer Kartendublette die hierfür vorausgesetzte Typizität fehle. Denn für den Missbrauch einer Kartenkopie sei es bedeutungslos, ob die -nicht eingesetzte - Originalkarte und die PIN gemeinsam aufbewahrt worden sind (BGH, Urteil v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10).

- II. **Ob die Regeln des Anscheinsbeweises** auch nach neuer Rechtslage **fortgelten, ist allerdings in Rspr. und Schrifttum umstritten** (vgl. die Nachweise bei Kollrus MDR 2012, 377; Erman, BGB, § 675w Rn 12). Dies liegt vor allem darin begründet, dass die verfahrensrechtlichen Auswirkungen des Anscheinsbeweises im Kontext der Beweissystematik des § 675w BGB zu betrachten sind.

**Kritiker einer Fortgeltung der Regeln des Anscheinsbeweises** argumentieren, dass der Wortlaut des § 675w Satz 3 BGB, wonach Nutzungs- und Authentifizierungsaufzeichnungen als Nachweis für eine Verletzung von § 675l BGB oder für einen vorsätzlich oder grob fahrlässigen Verstoß gegen eine oder mehrere Nutzungsbedingungen „allein nicht notwendigerweise“ ausreichen, richtlinienkonform zu interpretieren sei mit der Folge, dass jegliche Abweichung von der in § 675w BGB (Art. 59 II ZdRL) aufgestellten Beweisregel, unzulässig sei (Franck/Masarie WM 2009, 1117; AG Berlin-Mitte, Urteil v. 25.11.2009 - 21 C 442/08, Rn 33).

Nach der - weit überwiegenden - **Gegenauffassung**, der sich auch OLG Dresden aaO anschließt, ist der Wortlaut „allein nicht notwendigerweise“ aber nur so zu verstehen, dass lediglich zwingende Beweisregeln, nicht aber widerlegbare Beweiserleichterungen unzulässig sind.

*„Der Anscheinsbeweis führt nicht zu einer zwingenden Beweislastumkehr, weil der Nachweis eines atypischen Verhaltens möglich bleibt (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 06.07.2012 - I-17 U 79/11; LG Berlin, Urteil v. 22.06.2010 -10 S 10/09; AG Frankfurt, Urteil v. 10.11.2010 - 29 C 1461/10 - 85; Erman, BGB, § 675w Rn 12; MüKo-BGB/Casper, 6. Aufl. 2012, § 675w Rn 13; Casper/Pfeifle WM 2009, 2343; Nobbe WM 2011, 961; Lohmann/Koch WM 2008, 57; Grundmann WM 2009, 1157; Kollrus MDR 2012, 377). Hierfür spricht auch, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich ausgeführt hat, dass mit der Einführung des § 675w BGB keine grundlegenden Änderungen in der bisherigen Rspr. verbunden seien (BT-Drucks. 16/11643, 114 f.).“ (OLG Dresden aaO)*

(BGH in NJW 2014, 2199; Urteil vom 14.03.2014 – V ZR 115/13)

Der **Verlust des Besitzes**, den der Besitzer einer Sache **infolge einer (drohenden) Zwangsvollstreckung** eines auf die Herausgabe der Sache gerichteten vorläufig vollstreckbaren Titels erleidet, **lässt den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB nicht entfallen** und führt daher nicht zur Erledigung der Hauptsache.

- I. Wird aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil, einem Arrestbefehl oder einer einstweiligen Verfügung vollstreckt, tritt nach der **BGH-Rspr. keine Erfüllung i. S. des § 362 I BGB** (BGHZ 86, 267 = NJW 1983, 1111) und damit auch keine Erledigung ein. Dasselbe gilt für Leistungen, die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel erbracht werden (BGHZ 94, 268 = NJW 1985, 2405; BGH NJW-RR 2006, 16).

Die Leistung erfolgt in beiden Fällen unter dem Vorbehalt des Rechtskrafteintritts (BGHZ 86, 267 = NJW 1983, 1111), sofern der Schuldner nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt (MüKo-BGB/Fetzer, 6. Aufl., § 362 Rn 28; MüKo-ZPO/Götz, 4. Aufl., § 708 Rn 5; Musielak, ZPO, 10. Aufl., § 708 Rn 4; Saenger/Ullrich/Siebert, ZPO, 5. Aufl., § 708 Rn 2; Krüger NJW 1990, 1208). Daher stellt auch die Räumung im Wege der Zwangsvollstreckung keine Erfüllung des Rückgewähranspruchs nach § 546 I ZPO (BGH NJW 2004, 1736) und damit kein die Hauptsache erledigendes Ereignis dar (BGH NJW 2011, 1135).

- II. Für den **Herausgabeanspruch nach § 985 BGB gilt nach Auffassung des BGH aaO nichts anderes**.

1. Allerdings wird vertreten, dass jeder Besitzverlust zum Wegfall der Vindikationslage führe und deshalb auch der auf einer (drohenden) Zwangsvollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren, auf die Herausgabe einer Sache gerichteten Titels beruhende Besitzverlust die Erledigung der Hauptsache zur Folge habe (BeckOK BGB/Fritzsche, 29. Ed. 29, § 985 Rn 10; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2013, § 985 Rn 48, 55).

2. Diese Auffassung wird von **BGH aaO** jedoch abgelehnt.

*„Ein sachgerechter Grund, die Rechtsfolgen einer Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel bei einem Herausgabeanspruch nach § 985 BGB abweichend von anderen Ansprüchen zu behandeln, ist nicht erkennbar. Der **Streitgegenstand des Verfahrens wird mit der zwangsweisen Herausgabe der Sache nicht beseitigt**. Sie erfolgt, wie andere Erfüllungshandlungen, unter dem Vorbehalt des Rechtskrafteintritts und soll nur für diesen Fall materiell-rechtliche Wirkungen entfalten. Das rechtfertigt es, bis zum Eintritt der Rechtskraft für den Herausgabeanspruch von einer fortbestehenden Vindikationslage zwischen den Parteien auszugehen (so i. E. auch RG HRR 1929 Nr. 104; OLG Düsseldorf/ZMR 2010, 677; OLG-Report 2009, 341; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl., § 985 Rn 5; MüKo-BGB/Baldus, 6. Aufl., § 985 Rn 153).*

*Nur so lassen sich zudem **Wertungswidersprüche** insbesondere zu dem Herausgabeanspruch nach § 546 I BGB vermeiden. Bei diesem hat die zwangsweise Räumung einer Wohnung keine Erledigung der Hauptsache zur Folge (BGH NJW 2011, 1135). Konkurriert der Anspruch aus § 546 BGB, wie häufig, mit einem Anspruch aus § 985 BGB (vgl. dazu BGHZ 79, 232 = NJW 1981, 865), wäre es unverständlich, wenn die Vollstreckung aus einem stattgebenden Urteil den einen Anspruch unberührt, den anderen dagegen entfallen ließe.“ (BGH aaO)*

(BGH in NStZ 2014, 468; Urteil vom 18.09.2013 – 2 StR 535/12)

**Vollendetes Inverkehrbringen von Arzneimitteln durch Abgabe an andere** i. S. des § 95 AMG setzt bei einer Versendung voraus, dass die **Sendung tatsächlich in den Zugriffsbereich des Empfängers gelangt**.

- I. Gem. **§ 95 I Nr. 3 a AMG i. V. mit § 8 I Nr. 1 a AMG** wird bestraft, wer hinsichtlich ihrer Identität oder Herkunft falsch gekennzeichnete Arzneimittel oder Wirkstoffe herstellt oder in den Verkehr bringt.
- II. Nach der **Legaldefinition des § 4 XVII AMG** ist Inverkehrbringen das Vorrätig halten zum Verkauf oder zu sonstiger Abgabe, das Feilhalten oder Feilbieten und die Abgabe an andere.

Soweit das Gesetz das Vorrätig halten zum Verkauf, das Feilhalten oder Feilbieten der Tathandlung des Inverkehrbringens zuordnet, setzt dies in allen Fällen beim Täter eine **Lager- oder Vorratshaltung von Arzneimitteln** voraus (zum Vorrätig halten BGH StV 1998, 663; zum BGHSt 23, 286; a. A. für den Internethandel MüKo/StGB-Freund, 2. Aufl., § 4 AMG Rn 30; zum Feilbieten Körner/Patzak/Volkmer, BtMG und AMG, 7. Aufl., § 95 AMG Rn 51). Das **bloße Anbieten ohne Vorratshaltung ist kein Inverkehrbringen** (vgl. Horn NJW 1977, 2329; Rehman-AMG, 3. Aufl., § 4 Rn 18; Sander, Arzneimittelrecht, § 4 Anm. 21 [Stand August 2011]; Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht, § 4 Anm. 56 [119. Lieferung 2011]).

- III. **Abgabe i. S. des § 4 XVII AMG** ist die **körperliche Übergabe an einen anderen** durch den Inhaber der Verfügungsgewalt in einer Weise, dass der Empfänger tatsächlich in die Lage versetzt wird, sich des Arzneimittels zu bemächtigen und mit ihm nach seinem Belieben umzugehen, insbesondere es zu konsumieren oder weiterzugeben (vgl. Horn NJW 1977, 2329; für das Inverkehrbringen von Falschgeld BGHSt 35, 21; BGH NStZ 2013, 465 m. w. Nachw.).

Zur **Vollendung der Tat** ist es im Falle einer **Versendung** daher stets erforderlich, dass das **Arzneimittel in den Zugriffsbereich des Adressaten gelangt**, denn erst dadurch kommt es zu einer Gesundheitsgefährdung, der das Arzneimittelgesetz mit seinen Straftatbeständen begegnen will (vgl. BT-Dr 13/9996 S. 13).

*„Nur ein **Versuch liegt deshalb vor, wenn der Täter ein Arzneimittel verschickt, es aber bei dem Adressaten nicht ankommt, weil Zollbeamte die Sendungen am Zielflughafen der Luftfracht in Empfang genommen und in staatlichen Gewahrsam überführt haben.**“*

*Ebenso ist die Sendung nicht in den Verkehr gelangt, nachdem Beamte des Landeskriminalamts diese an einer Tarnadresse in Empfang genommen und damit ebenfalls direkt in staatlichen Gewahrsam übergeleitet haben (vgl. für Inverkehrbringen von Falschgeld durch Abgabe an einen Verdeckten Ermittler BGHSt 34, 108).“ (BGH aaO)*

StGB  
§ 24 II 1

**Rücktritt vom versuchten Totschlag**  
Einvernehmlicher Rücktritt aller Tatbeteiligten

StGB

(BGH in StV 2014, 472; Beschluss vom 27.02.2014 – 1 StR 367/13)

Der **Rücktritt nach § 24 II S. 1 StGB** erfasst auch solche Konstellationen, in denen die **Tatbeteiligten den Rücktritt einvernehmlich durchführen**. Ausreichend ist es, wenn die Tatbeteiligten einvernehmlich nicht weiterhandelten, obwohl sie dies hätten tun können.

- I. Nach **§ 24 II 1 StGB** wird wegen eines von mehreren Beteiligten begangenen Versuchs nicht bestraft, wer die Vollendung der Tat verhindert. Dafür bedarf es grds. - ebenso wie bei dem Rücktritt des Alleintäters vom beendeten Versuch (§ 24 I 1 Alt. 2 StGB) - einer Mitursächlichkeit des Zurücktretens für das Ausbleiben der Tatvollendung (BGH NSTZ-RR 2012, 167).

Nach der **im Ergebnis einhelligen Rspr. des BGH** erfasst der Rücktritt gem. § 24 II 1 StGB aber auch solche Konstellationen, in denen die Tatbeteiligten den Rücktritt einvernehmlich durchführen (BGHSt 42, 158; BGH NSTZ 1989, 317; BGH NSTZ-RR 2012, 167; im Ergebnis ebenso BGH StraFo 2003, 207; BGH NSTZ 2011, 337). Dafür genügt es, dass die Tatbeteiligten einvernehmlich nicht weiterhandelten, obwohl sie dies hätten tun können (BGH StraFo 2003, 207; BGH NSTZ 2011, 337; BGH NSTZRR 2012, 167).

- II. Nach diesen Grundsätzen ist ein **Rücktritt von einem Totschlagsversuchen gem. § 24 II 1 StGB gegeben, wenn die Angreifer von weiteren Verletzungshandlungen absehen, weil sie die von ihnen verfolgten Ziele aufgrund der den Opfern zugefügten Verletzungen und Demütigungen bereits als erreicht ansahen**.

*„Auch wenn ein ausdrückliches Einvernehmen aller an den Totschlagsdelikten beteiligten Angekl., trotz Möglichkeit auf weiteres gewalttätiges Vorgehen gegen die erkennbar nicht gravierend verletzten Nebenkläger zu verzichten, nicht festgestellt ist, liegen die Voraussetzungen eines einvernehmlichen Rücktritts von beiden Versuchstaten vor: Im **Gesamtzusammenhang** des festgestellten dynamischen, durch das Vorgehen in mehreren Gruppen gekennzeichneten Geschehens **genügt eine durch sämtliche Angreifer stillschweigend getroffene Übereinkunft, von weiteren Gewalthandlungen abzusehen**, den Anforderungen einvernehmlichen Nichtweiterhandelns beim strafbefreienden Rücktritt von dem durch mehrere Tatbeteiligte begangenen Versuch.*

*Dass die Angekl. ihre außertatbestandlichen Handlungsziele, Rache und Machtdemonstration, bereits aufgrund des vorherigen Vorgehens erreicht hatten, steht dem Rücktritt nicht entgegen (vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl., § 24 Rn 9 m. w. Nachw.). Da das Landgericht Furcht vor der Ergreifung durch die Polizei als Motiv für das Absehen von weiteren Gewalthandlungen ausgeschlossen und dieses vielmehr in dem Erreichen der im vorstehenden Absatz genannten Ziele gesehen hat, erfolgte der Rücktritt auch freiwillig.“ (BGH aaO)*

BayPAG  
§ 48 I 1

**Akteneinsichtsrecht**

öfFR

Kein Anspruch auf Einsichtnahme in polizeiliche Dienst- u. Einsatzpläne  
(VGH München in NVwZ-RR 2014, 558; Beschluss vom 11.03.2014 – 10 C 14.58)

In einem ggf. einzuleitenden Ordnungswidrigkeitenverfahren besteht **kein Anspruch des Anzeigenerstatters auf Einsichtnahme in Dienst- und Einsatzpläne der Polizei**.

*„Art. 48 I 1 BayPAG regelt einen etwaigen **Auskunftsanspruch** des Kl. **über die zu seiner Person gespeicherten Daten**. Art. 29 I 1 BayVwVfG betrifft das Akteneinsichtsrecht der an einem Verwaltungsverfahren Bet. i. S. des Art. 13 BayVwVfG. Ein solches Verwaltungsverfahren liegt jedoch in Bezug auf die vom Kl. gemeldete Ruhestörung nicht vor. In einem ggf. einzuleitenden Ordnungswidrigkeitenverfahren hätte der Kl. als Anzeigenerstatter gerade kein Akteneinsichtsrecht (vgl. § 49 I OWiG).“ (VGH München aaO)*

GG  
Art. 21 I, 28 I, 38 I

**Äußerungen des Bundespräsidenten**  
Verfassungsgerichtliche Kontrolle

GG

(BVerfG in DÖV 2014, 673; Urteil vom 10.06.2014 – 2 BvE 4/13)

**Einzelne Äußerungen des Bundespräsidenten können gerichtlich nur dann beanstandet werden, wenn er mit ihnen unter evidenter Vernachlässigung seiner Integrationsaufgabe und damit willkürlich Partei ergreift**.

- I. In Erfüllung seiner **Repräsentations- und Integrationsaufgabe** obliegt es dem Bundespräsidenten, im **Interesse der Wahrung und Förderung des Gemeinwesens** das Wort zu ergreifen und die Öffentlichkeit durch seine Beiträge auf von ihm identifizierte Missstände und Fehlentwicklungen - insbesondere solche, die den Zusammenhalt der Bürger und das friedliche Zusammenleben aller Einwohner gefährden - aufmerksam zu machen sowie um Engagement bei deren Beseitigung zu werben.

Er kann in diesem Sinn integrierend nur wirken, wenn es ihm freisteht, nicht nur die Risiken und Gefahren für das Gemeinwohl, sondern auch mögliche Ursachen und Verursacher zu benennen. Gehen Risiken und Gefahren nach Einschätzung des Bundespräsidenten von einer bestimmten politischen Partei aus, ist er nicht gehindert, die von ihm erkannten Zusammenhänge zum Gegenstand seiner öffentlichen Äußerungen zu machen. Dem steht die verfassungsrechtliche Erwartung nicht entgegen, dass

der Bundespräsident - insbesondere zu Wahlkampfzeiten - eine gewisse Distanz zu Zielen und Aktivitäten von politischen Parteien und gesellschaftlichen Gruppen wahr, weil mit ihr nicht die Vorstellung eines politisch indifferenten Amtswalters verbunden ist.

**Äußerungen des Bundespräsidenten** sind dabei **verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden**, solange sie **erkennbar einem Gemeinwohlziel verpflichtet** und **nicht auf die Ausgrenzung oder Begünstigung einer Partei um ihrer selbst willen** angelegt sind.

- II. Entsprechend diesen Grundsätzen kann der **Bundespräsident** auch **weitgehend frei darüber entscheiden, bei welcher Gelegenheit und in welcher Form er sich äußert** und in welcher Weise er auf die jeweilige Kommunikationssituation eingeht. Er ist insbesondere nicht gehindert, sein Anliegen auch in zugespitzter Wortwahl vorzubringen, wenn er dies für angezeigt hält.

Mit der Repräsentations- und Integrationsaufgabe des Bundespräsidenten nicht mehr im Einklang stehen aber **Äußerungen, die keinen Beitrag zur sachlichen Auseinandersetzung** liefern, sondern ausgrenzend wirken, wie dies grds. bei beleidigenden, insbesondere solchen Äußerungen der Fall sein wird, die in anderen Zusammenhängen als "Schmäkritik" (vgl. BVerfGE 93, 266 m. w. Nachw.) qualifiziert werden.

- III. Die **verfassungsgerichtliche Kontrolle** von Äußerungen des Bundespräsidenten, die die Chancengleichheit der Parteien berühren, hat zu berücksichtigen, dass es **ausschließlich Sache des Bundespräsidenten** selbst ist, darüber zu befinden, **wie er seine Amtsführung gestaltet und seine Integrationsfunktion wahrnimmt**.

*„Inwieweit er sich dabei am Leitbild eines "neutralen Bundespräsidenten" orientiert, unterliegt weder generell noch im Einzelfall gerichtlicher Überprüfung. Andererseits widerspräche es rechtsstaatlichen Grundsätzen, wären politische Parteien, deren Recht auf Chancengleichheit ein wesentlicher Bestandteil der demokratischen Grundordnung ist, im Verhältnis zum Bundespräsidenten rechtsschutzlos gestellt.*

*Vor diesem Hintergrund erscheint es geboten, aber auch ausreichend, negative Äußerungen des Bundespräsidenten über eine Partei gerichtlich daraufhin zu überprüfen, ob er mit ihnen unter evidenter Vernachlässigung seiner Integrationsfunktion und damit willkürlich Partei ergriffen hat.“ (BVerfG aaO)*

GG  
Art. 38 I 2

**Abgeordnetenimmunität**  
**Zulässigkeit der Beobachtung von Abgeordneten durch den Verfassungsschutz**  
(BVerfG in BayVBI 2014, 434; Urteil vom 17.09.2013 – 2 BvR 2436/10 u. 2 BvE 6/08)

öffR

In der **Beobachtung eines Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes** liegt ein **Eingriff** in die sich aus Art. 38 I 2 GG ergebende **Freiheit des Abgeordneten von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle** („freies Mandat“). Dieser Eingriff kann im Einzelfall zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerechtfertigt sein, unterliegt aber **strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen** und bedarf einer Rechtsgrundlage, die den Grundsätzen des Gesetzesvorbehalts genügt.

- I. **Art. 38 I 2 GG** etabliert einen spezifischen **Kontrollzusammenhang zwischen Bundestag und Bundesregierung** als zentrales Bindeglied zwischen Gewaltenteilung und Demokratieprinzip (vgl. Möllers JZ 2011, 48; Gusy ZRP 2008, 36). Dieser Kontrollzusammenhang geht von den gewählten Abgeordneten aus; er verläuft mit dem demokratischen Legitimationsstrang vom Deutschen Bundestag hin zur Bundesregierung, nicht hingegen umgekehrt von der Regierung zum Parlament. Während die Kontrolle von Regierung und Verwaltung zum Kernbereich der parlamentarischen Aufgaben gehört, das parlamentarische Regierungssystem mithin grundlegend durch die Kontrollfunktion des Parlaments geprägt ist (vgl. BVerfGE 67, 100 [130] = NJW 1984, 2271), wird das Parlament seinerseits durch andere Verfassungsorgane nicht in vergleichbarer Weise kontrolliert (vgl. aber zur allgemeinen wechselseitigen Gewaltenteilung BVerfGE 95, 1 = NJW 1997, 383 = NVwZ 1997, 261 m. w. Nachw.). Eine demokratische „Kontrolle“ des Parlaments erfolgt vor allem durch die Wähler, die im Akt der Wahl gem. Art. 38 I 1 GG die Konsequenz aus ihrer Beurteilung der Tätigkeit von regierender Mehrheit und Opposition ziehen.
- II. Gleichwohl sind die **einzelnen Abgeordneten nicht von vornherein jeder exekutiven Kontrolle entzogen**; diese ist jedoch in erster Linie eine eigene Angelegenheit des Deutschen Bundestages, der dabei im Rahmen der Parlamentsautonomie handelt.

Das Grundgesetz statuiert deshalb in den von ihm geregelten Fällen von Maßnahmen gegen Abgeordnete ausdrücklich ein **Genehmigungserfordernis** für den Zugriff der Exekutive auf einen Abgeordneten (vgl. Art. 46 II–IV GG) und errichtet damit **prozedurale Hindernisse**, die nicht nur dem Schutz des einzelnen Abgeordneten, sondern, vermittelt durch diesen Schutz, in erster Linie der **Wahrung der Parlamentsautonomie** dienen (vgl. BVerfGE 102, 224 = NJW 2000, 3771; BVerfGE 104, 310 = NJW 2002, 1111 = NVwZ 2002, 1102). Das Parlament entscheidet dabei grds. in eigener Verantwortung, ob es die Genehmigung erteilt oder versagt. Kern dieser politischen Entscheidung ist eine Interessenabwägung zwischen den Belangen des Parlaments und den anderen Hoheitsträgern aufgegebenen Gemeinwohlbelangen, wobei dem Bundestag ein weiter Entscheidungsspielraum zukommt (vgl. BVerfGE 80, 188 = NJW 1990, 373 = NVwZ 1990, 253; BVerfGE 84, 304 = NJW 1991, 2474 = NVwZ 1991, 977; BVerfGE 104, 310 = NJW 2002, 1111 = NVwZ 2002, 1102). Auch die Überprüfung eines Abgeordneten auf eine Tätigkeit für den Staatssicherheitsdienst der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik erfolgt vor dem Hintergrund der davon berührten Parlamentsautonomie ausschließlich durch das Parlament selbst, und zwar im Rahmen einer Kollegialenquete auf Grund einer speziellen Rechtsgrundlage im Abgeordnetengesetz (§ 44 c II AbgG; zum inhaltsgleichen § 44 b II AbgG a. F., vgl. BVerfGE 94, 351 = NJW 1996, 2720 = NVwZ 1996, 1197; BVerfGE 99, 19 = NJW 1998, 3042).

- III. Die **Freiheit des Mandats** ist aber **nicht schrankenlos gewährleistet**, sondern kann durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang begrenzt werden.

Anerkannte Rechtsgüter in diesem Sinne sind insbes. die Repräsentationsfunktion und die Funktionsfähigkeit des Parlaments (vgl. BVerfGE 80, 188 = NJW 1990, 373 = NVwZ 1990, 253; BVerfGE 84, 304 = NJW 1991, 2474 = NVwZ 1991, 977; BVerfGE

96, 264 = NJW 1998, 3037; BVerfGE 99, 19 = NJW 1998, 3042; BVerfGE 112, 118 = NJW 2005, 203 = NVwZ 2005, 437; BVerfGE 118, 277 = NVwZ 2007, 916 = NJW 2008, 49; BVerfGE 130, 318 = NVwZ 2012, 495 = NJW 2012, 1419).

1. Der **Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung** kann ein **Grund für die zulässige Beschränkung verfassungsrechtlich geschützter Güter** sein.

„In der Rspr. des BVerfG ist anerkannt, dass eine **Beschränkung von Freiheitsrechten zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zulässig** sein kann, weil das Grundgesetz sich für eine streitbare Demokratie entschieden hat (vgl. BVerfGE 5, 85 = NJW 1938, 1393; BVerfGE 13, 46 = RzW 1961, 375; BVerfGE 28, 36 = NJW 1970, 1268; BVerfGE 30, 1 = NJW 1971, 275). Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören dürfen (vgl. Art. 9 II, 18, 21 GG).“ (BVerfG aaO)

2. Die **Voraussetzungen** für die Zulässigkeit des Eingriffs müssen **hinreichend klar und bestimmt geregelt** sein (vgl. BVerfGE 128, 282 [317] = NJW 2011, 2113).

„Der Gesetzgeber ist gehalten, seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (vgl. BVerfGE 49, 168 = NJW 1978, 2446; BVerfGE 59, 104 = NJW 1982, 1275; BVerfGE 78, 205 = NJW 1988, 2593 = NVwZ 1988, 1017; BVerfGE 103, 332 = NVwZ-RR 2002, 81; BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113). Die Betroffenen müssen die **Rechtslage erkennen und ihr Verhalten daran ausrichten** können (vgl. BVerfGE 103, 332 = NVwZ-RR 2002, 81; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603; BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113), und die gesetzesausführende Verwaltung muss für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden (vgl. BVerfGE 110, 33 = NJW 2004, 2213 = NVwZ 2004, 1223; BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603; BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113).

Die notwendige Bestimmtheit fehlt aber nicht schon deshalb, weil eine Norm auslegungsbedürftig ist (vgl. BVerfGE 45, 400 = NJW 1977, 1723; BVerfGE 117, 71 = NJW 2007, 1933; BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113; st. Rspr.). Dem Bestimmtheitserfordernis ist vielmehr genügt, wenn die Auslegungsprobleme mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können (vgl. BVerfGE 17, 67 = NJW 1963, 1915; BVerfGE 83, 130 = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663; BVerfGE 127, 335). Es ist in erster Linie Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane, Zweifelsfragen zu klären (vgl. BVerfGE 31, 255 = NJW 1971, 2167; BVerfGE 127, 335) und Auslegungsprobleme mit den herkömmlichen Mitteln juristischer Methode zu bewältigen (vgl. BVerfGE 83, 130 = NJW 1991, 1471 = NVwZ 1991, 663; BVerfGE 127, 335 m. w. Nachw.).“ (BVerfG aaO)

3. Diese **Grundsätze gelten auch für die wesentlichen Regelungen über die Ausübung des Mandats durch die gewählten Abgeordneten** des Deutschen Bundestages **und die Bestimmung des Verhältnisses des freien Mandats** der demokratisch gewählten Abgeordneten einerseits **und des Schutzes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung** andererseits.

„Die danach zu treffende Abwägung zwischen den Interessen des Parlaments und des gewählten Abgeordneten einerseits sowie der im Sinne der „streitbaren Demokratie“ agierenden Exekutive andererseits, die „Synthese aus ‚streitbarer Demokratie‘ und der Idee des auf gegenseitige Toleranz angelegten parlamentarisch-demokratischen Rechtsstaats“ (Stern, Das StaatsR der BRep. Dtschld. I, 2. Aufl. [1984], S. 207f.), bedürfen, auch soweit es um die Beobachtung von Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes geht, einer Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers. Das Parlament muss selbst die wesentliche Entscheidung treffen, ob es eine Beobachtung seiner Mitglieder – im Rahmen des verfassungsrechtlich Erlaubten – zulässt oder nicht und unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein soll.“ (BVerfG aaO)

InsO  
§ 133

### Wissens- und Informationseinheit Zurechnung bei einer Behörde

öffR

(BGH in BB 2014, 1729; Beschluss vom 26.06.2014 – IX ZR 200/12)

Das **vorhandene Wissen der Finanzbehörde** wird **einer anderen Behörde desselben Rechtsträgers auch dann zugerechnet**, wenn diese die **Informationen erst im Laufe des Rechtsstreits** zum Zwecke der Aufrechnung **einholt**.

„Die **aufgabenbezogene Handlungs- und Informationseinheit** entsteht ab dem Zeitpunkt, ab dem eine Behörde von der Möglichkeit der Wissensbeschaffung bei anderen Behörden desselben Rechtsträgers Gebrauch macht. In diesem Fall hat sie sich das gesamte rechts-erhebliche Wissen der einbezogenen Behörden hinsichtlich des abgewickelten Vorgangs zurechnen zu lassen, mithin auch das Wissen um den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners zum Zeitpunkt des § 140 InsO. Ab dem Zeitpunkt der Wissensbeschaffung ist auf das zuzurechnende Gesamtwissen der beteiligten Behörden abzustellen (BGHZ 190, 201). Es **genügt** für die Wissenszurechnung, **dass die Möglichkeit bestand, die Informationen im maßgeblichen Zeitpunkt innerhalb der Organisation zusammenzuführen**. Die Wissenszurechnung findet deshalb auch statt, wenn die zuständige Behörde erst zu einem späteren Zeitpunkt prüft, ob sie mit rückständigen Steuerforderungen aufrechnen kann.“ (BGH aaO)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 788

### Vollstreckung Zug-um-Zug Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwalts- und Gerichtsvollzieherkosten

ZPO

(BGH in WM 2014, 1389; Beschluss vom 05.06.2014 - VII ZB 21/12)

1. Der Gläubiger eines Titels, der eine **Vollstreckung nur Zug um Zug** erlaubt, kann die für das **Angebot der Gegenleistung** durch den Gerichtsvollzieher entstehenden Gerichtsvollziehergebühren im Regelfall als **notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung** von dem Schuldner erstattet verlangen.
2. Gleiches gilt für die **Anwaltskosten**, die durch die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe bei der Beauftragung des Gerichtsvollziehers ausgelöst werden.

#### A. Grundlagenwissen: Die Vollstreckung aus Zug-um-Zug Titeln

Wird in einem Titel nur zu einer Leistung Zug-um-Zug gegen eine Gegenleistung verurteilt, so bedarf es jedenfalls keiner titelergänzenden Vollstreckungsklausel nach § 726 I ZPO ab. Es wird schon zuvor eine Vollstreckungsklausel erteilt.

##### I. Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher

In diesem Fall hängt nach § 756 ZPO der Beginn der Zwangsvollstreckung vom Nachweis des ordnungsgemäßen Angebotes oder des Eintritts des Annahmeverzuges ab.

##### 1. Tatsächliches Angebot der Leistung durch den Gerichtsvollzieher (§ 756 I ZPO)

Der Gläubiger kann den Gerichtsvollzieher beauftragen, die Gegenleistung tatsächlich anzubieten. Nimmt der Schuldner die Gegenleistung an, darf der Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung beginnen.

Nimmt der Schuldner die Gegenleistung nicht an, muss der Gerichtsvollzieher zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Annahmeverzug des Schuldners gegeben sind. Nur wenn dies der Fall ist, darf er mit der Vollstreckung beginnen. Der Gerichtsvollzieher muss insofern prüfen, ob es sich bei der angebotenen Gegenleistung um die nach dem Titel geschuldete Leistung handelt und ob die Leistung vollständig ist.

##### 2. Wörtliches Angebot (§ 756 II ZPO)

Ein tatsächliches Angebot ist jedoch nicht zwingend erforderlich. Vielmehr reicht auch die Ablehnung eines wörtlichen Angebots des Gerichtsvollziehers.

##### 3. Nachweis der Befriedigung oder des Annahmeverzuges durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§§ 756 Abs. 1 a.E., 765 Nr. 1 ZPO)

In Betracht kommen öffentlich beglaubigte Quittungen des Schuldners, Bescheinigungen über die Hinterlegung unter Verzicht auf die Rücknahme, ein den Annahmeverzug oder die Voraussetzungen des § 756 II ZPO feststellendes Gerichtsvollzieherprotokoll und insbesondere **Urteile**, die den Annahmeverzug in „liquider“ Form ergeben. Dazu reicht aber nur die **ausdrückliche Feststellung im Tenor** oder den Gründen. Der Nachweis der Befriedigung kann z.B. durch eine notariell beglaubigte Quittung geführt werden (vgl. BGH NJW 1982, 1048; Musielak-Lackmann § 756 ZPO Rn. 10). Der Eintritt des Annahmeverzuges muss für das Vollstreckungsorgan aus dem Urteil ohne Weiteres erkennbar sein. Auf den Urkundennachweis kann verzichtet werden, wenn der Schuldner Befriedigung bzw. Annahmeverzug zugesteht.

Kann der Gläubiger den **Urkundennachweis**, seine Leistung erbracht zu haben, **nicht führen** oder hat der Schuldner den Besitz der Sache auf andere Weise als durch Leistung des Gläubigers erlangt, kann er auf Zulässigkeit uneingeschränkter Vollstreckung oder Feststellung des Vorliegens der Vollstreckungsvoraussetzungen klagen, nicht aber vollstrecken (vgl. Musielak-Lackmann § 756 ZPO Rn. 10)



## II. Vollstreckung durch das Vollstreckungsgericht

In diesem Fall kommt es auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 765 ZPO an.

1. Das Vollstreckungsgericht darf eine Vollstreckungsmaßregel anordnen, wenn der Beweis, dass der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, durch **öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird** und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist. Der Zustellung bedarf es nicht, wenn bereits der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nach § 756 I ZPO begonnen hatte und der Beweis durch das Protokoll des Gerichtsvollziehers geführt wird.
2. Es ist aber auch ausreichend, wenn der Gerichtsvollzieher eine Vollstreckungsmaßnahme nach § 756 II ZPO durchgeführt hat und diese durch das Protokoll des Gerichtsvollziehers nachgewiesen ist.

### B. Kosten des Angebots der Leistung an den Schuldner als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung (vgl. BGH in WM 2014, 1389)

**Fall:** Die Parteien streiten über die Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwalts- und Gerichtsvollzieherkosten. Die Gläubiger betreiben die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil, durch das die Schuldnerin zu einer Zahlung Zug um Zug gegen Aushändigung von Inhaberschuldverschreibungen verurteilt worden war.

Die Gläubiger erteilten über ihre damaligen Verfahrensbevollmächtigten dem Gerichtsvollzieher den Auftrag, die Inhaberschuldverschreibungen der Hauptzahlstelle der Schuldnerin in F. anzubieten. Auf Bitten des Gerichtsvollziehers übersandten die Verfahrensbevollmächtigten der Gläubiger zusätzlich einen Vollstreckungsauftrag, mit dem neben der Andienung der Inhaberschuldverschreibungen die Pfändung und - für den Fall der Fruchtlosigkeit - die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung beantragt wurde. Über das erfolglose Angebot der Inhaberschuldverschreibungen benachrichtigte der Gerichtsvollzieher die Gläubiger mit Schreiben vom 15.01.2009, in dem er zugleich auch den Annahmeverzug der Schuldnerin beurkundete.

Das Amtsgericht - Vollstreckungsgericht - hat - soweit hier von Interesse - die von den Verfahrensbevollmächtigten der Gläubiger abgerechneten Gebühren in Höhe von 1.574,97 € ebenso wie die durch den Gerichtsvollzieher abgerechneten Gebühren in Höhe von 18 € als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung angesehen und als erstattungsfähig festgesetzt. Zu Recht?

Erstattungsfähig sind nach § 788 ZPO alle notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung.

#### I. Begriff der notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehören zu den Kosten der Zwangsvollstreckung i.S.d. § 788 Abs. 1 ZPO **alle Aufwendungen**, die gemacht werden, um **unmittelbar die Vollstreckung aus dem Titel vorzubereiten** oder die einzelnen Vollstreckungsakte **durchzuführen** (vgl. BGH, Beschlüsse vom 24.01.2006 - VII ZB 74/05, NJW 2006, 1598 Rn. 9; vom 20.12.2005 - VII ZB 57/05, NJW 2006, 1141 Rn. 10; vom 14.04.2005 - V ZB 5/05, NJW 2005, 2460, 2461). **Notwendig** sind diese Kosten, wenn sie für eine Maßnahme angefallen sind, die der Gläubiger zum Zeitpunkt ihrer **Vornahme bei verständiger Würdigung der Sachlage zur Durchsetzung seines titulierten Anspruchs objektiv für erforderlich halten durfte** (vgl. BGH, Beschlüsse vom 04.10.2012 - VII ZB 11/10, NJW 2012, 3789 Rn. 11; vom 10.12.2009 - VII ZB 88/08, NJW 2010, 1007 Rn. 10; vom 24.01.2006 - VII ZB 74/05, aaO Rn. 11; vom 14.04.2005 - V ZB 5/05, NJW 2005, 2460, 2462).“ (BGH aaO)

#### II. Kosten des Leistungsangebots durch den Gläubiger

Fraglich ist jedoch, ob auch die Kosten, die dem Gläubiger dadurch entstehen, dass der dem Schuldner nach § 756 ZPO die seinerseits geschuldete Leistung anbieten muss, zu den notwendigen Kosten der Vollstreckung aus einem Zug-um-Zug Urteil gehören.

##### 1. Gerichtsvollzieherkosten

„Die Beauftragung des Gerichtsvollziehers mit der **Andienung der Inhaberschuldverschreibungen** bei der Schuldnerin war eine Maßnahme, die von den Gläubigern veranlasst wurde, um **unmittelbar die Zwangsvollstreckung gegenüber der Schuldnerin vorzubereiten**. Durch das tatsächliche Angebot des Gerichtsvollziehers gemäß § 756 I ZPO bei der Schuldnerin sollten die Voraussetzungen für die Vollstreckbarkeit des Zug um Zug Titels gemäß §§ 756, 765 ZPO herbeigeführt werden.

Ein Gläubiger, dem der **Nachweis der Befriedigung oder des Annahmeverzuges** des Schuldners durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden **nicht möglich** ist, kann aus einer Zug um Zug Verurteilung, wie sie hier nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts vorliegt, **ohne Mithilfe des Gerichtsvollziehers nicht vollstrecken**. Als besondere Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist in diesem Fall sowohl für eine Vollstreckungsmaßnahme durch den Gerichtsvollzieher als auch für eine Vollstreckungsmaßnahme durch ein anderes Vollstreckungsorgan das vorangegangene Angebot der Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher nötig, §§ 756, 765 ZPO (vgl. Wieczorek/Schütze/Salzmann, ZPO, 3. Aufl., § 756 Rn. 9; MüKo-ZPO/Heßler, 4. Aufl., § 756 Rn. 2).“ (BGH aaO)

Das Gesetz eröffnet dem Gläubiger in § 756 ZPO ausdrücklich die Möglichkeit, die ihm nach dem Titel obliegende Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher anbieten zu lassen und hierdurch die Voraussetzungen für den Vollstreckungsbeginn aus der Zug um Zug Verurteilung zu schaffen.

*„Wählt der Gläubiger diesen Weg, dann kann er die **hierfür anfallenden Gerichtsvollzieherkosten** im Regelfall als **notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung** von dem Schuldner erstattet verlangen. Der Schuldner eines Zug um Zug Titels weiß mit dessen Erlass, dass der Gläubiger jederzeit Vollstreckungsmaßnahmen gegen ihn einleiten kann, um die nach dem Titel geschuldete Leistung zwangsweise durchzusetzen. Um Nachteile aus der drohenden Vollstreckung zu vermeiden, ist der Schuldner gehalten, **initiativ tätig** zu werden und gegenüber dem Gläubiger seine freiwillige Leistungsbereitschaft im Austausch gegen die ihm aufgrund des Zug um Zug Titels gebührende Gegenleistung zu signalisieren. Handelt er nicht entsprechend, sind die für das Angebot der Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher entstehenden Gerichtsvollziehergebühren durch den Schuldner veranlasst, denn dieser hat es zur Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen kommen lassen (vgl. zum **Veranlasserprinzip** BGH, Beschluss vom 24. Januar 2006 - VII ZB 74/05, NJW 2006, 1598 Rn. 9).“* (BGH aaO)

So liegt es hier. Die Kosten für den beauftragten Gerichtsvollzieher sind angefallen, weil ein Vorgehen der Gläubiger nach § 756 I ZPO zur Durchsetzung des Titels notwendig geworden ist. Es handelt sich daher um festsetzungsfähige notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung.

## 2. Anwaltskosten

Fraglich ist, ob dies auch für die Anwaltskosten gilt, die für die Einleitung der Vollstreckungsmaßnahmen angefallen sind.

Denn diese Kosten müssten in gleicher Weise wie die Gerichtsvollzieherkosten durch die Schuldnerin veranlasst worden sein, die es zur Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen hat kommen lassen.

*„Die Gläubiger durften die Einschaltung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für die Beauftragung des Gerichtsvollziehers **bei vernünftiger Würdigung der Sachlage** auch für **objektiv erforderlich** halten. Die Kosten anwaltlicher Hilfe bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung sind **regelmäßig als notwendig** anzusehen (vgl. BGH, Beschluss vom 24.01.2006 - VII ZB 74/05, aaO Rn. 13; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 46 Rn. 18; Musielak/Lackmann, ZPO, 11. Aufl., § 788 Rn. 7; Wiczorek/ Schütze/Steiner, ZPO, 3. Aufl., § 788 Rn. 16). Anhaltspunkte dafür, dass hier ausnahmsweise etwas anderes gelten müsste, weil die Rechtsverfolgung in der Zwangsvollstreckung für die Gläubiger besonders einfach gelagert gewesen wäre, bestehen nicht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 23.06.2010 - XII ZB 242/09, BGHZ 186, 70 Rn. 23, 25; vom 25.09.2003 - IXa ZB 192/03, FamRZ 2003, 1921). Die Zwangsvollstreckung aus dem von den Gläubigern vollstreckten Titel, der eine **Vollstreckung nur Zug um Zug** erlaubt, ist **nicht so einfach gelagert**, dass ihnen die Durchführung ohne anwaltliche Hilfe zugemutet werden konnte.“* (BGH aaO)

Auch die im Streit stehenden Anwaltskosten, die durch die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe bei der Beauftragung des Gerichtsvollziehers ausgelöst wurden, sind dem Grunde nach als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 788 Abs. 1 Satz 1 ZPO anzusehen.

ZPO  
§ 256**Zulässigkeit der Feststellungsklage  
Unklarheiten über Schadenshöhe**

ZPO

(OLG Karlsruhe in BeckRS 2014, 13897, Urteil vom 05.06.2014 - 9 U 99/13)

1. Erhält der Versicherungsnehmer zum Ausgleich seines Schadens eine Zahlung von einem Dritten, der als Schädiger haftpflichtig ist, so vermindert diese Zahlung den Schaden, welchen der Versicherungsnehmer gegen seinen Schadenversicherer geltend machen kann.
2. Eine auf **Feststellung der Leistungspflicht des Versicherers** gerichtete Klage kann nur dann Erfolg haben, wenn sich feststellen lässt, dass dem Versicherungsnehmer ein Schaden im Sinne der Versicherungsbedingungen entstanden ist. Lässt sich auch durch eine Beweisaufnahme nicht mehr klären, ob der ursprüngliche Schaden die bereits von einem Dritten erhaltene Zahlung übersteigt, ist die Feststellungsklage unbegründet.

**A. Grundlagenwissen: Die Feststellungsklage, § 256 ZPO****I. Allgemeines**

Nach § 256 ZPO kann Klage auf

- Feststellung des **Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses**,
- auf **Anerkennung einer Urkunde** oder
- auf **Feststellung ihrer Unechtheit**

erhoben werden, wenn der Kläger ein **rechtliches Interesse** daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung **alsbald** festgestellt wird.

Die Feststellungsklage führt daher weder zu einem Leistungsbefehl (Leistungsklage) oder eine Gestaltung der Rechtslage (Gestaltungsklage), sondern zu einer verbindlichen Feststellung der bestehenden Rechtssituation.

**II. Zulässigkeit der Feststellungsklage****1. Prozess- und allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen**

Bei der Prüfung der Prozess- und der allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen ist hinsichtlich des nach § 253 II Nr. 2 ZPO erforderlichen **bestimmten Klageantrags** das **Rechtsverhältnis**, über das ein Ausspruch erfolgen soll **so genau zu bezeichnen**, dass über dessen **Identität** und damit über den Umfang der Rechtskraft des begehrten Feststellungsanspruchs **keinerlei Ungewissheit** herrschen kann, da die Klage ansonsten unzulässig ist.

**2. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen****a) feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses**

Ein der Feststellungsklage zugängliches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn es um die **Rechte und Pflichten von Personen zueinander oder zu Sachen** geht, wobei es nicht immer um das gesamte Rechtsverhältnis gehen muss, sondern **auch einzelne Rechte und Pflichten** feststellungsfähig sind. Es muss allerdings immer um ein **konkretes Rechtsverhältnis** gehen. Abstrakte Rechtsfragen können mit der Feststellungsklage nicht geklärt werden (vgl. RGZ 148, 81, 100; BGH WM 2001, 378, 380; BAG NJW 1985, 220.)

Grundsätzlich muss es um ein **aktuell bestehendes** oder **nicht bestehendes** Rechtsverhältnis gehen. Aber auch **schon erloschene** Rechtsverhältnisse sind feststellungsfähig, wenn sie noch **Grundlage aktueller Ansprüche** sein können (vgl. BGH NJW 1958, 1293; BGH WM 1981, 1050; BAG NJW 1994, 1751). **Künftige Rechtsverhältnisse** hingegen sind **nicht feststellungsfähig**.

**b) Feststellungsinteresse**

aa) Beim Feststellungsinteresse handelt es sich um eine **besondere Ausprägung** der Prüfung des **Rechtsschutzbedürfnisses**. Es muss **bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung** vorliegen. Fehlt es, so kann die

Feststellungsklage durch Prozessurteil als unzulässig zurückgewiesen werden. Ist die Feststellungsklage jedoch zudem **auch unbegründet**, so kann das Gericht statt ein Prozessurteil zu erlassen, die Klage **auch durch Sachurteil** als unbegründet zurückweisen und damit eine weitere Klagemöglichkeit nehmen (vgl. BGH NJW 1987, 2808, 2809; BGH NJW-RR 2001, 957).

**Hinweis:** Von dieser Möglichkeit sollte bei Aufgabenstellungen zur Prüfungszwecken möglichst kein Gebrauch gemacht werden, da die Prüfung des Feststellungsinteresses häufig unbedingt gewünscht ist.

Ein Feststellungsinteresse besteht nur, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige **Gefahr der Unsicherheit droht** und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Unsicherheit droht der **Rechtsposition** insbesondere, wenn der **Beklagte** sie **verletzt** oder **ernstlich bestreitet** (BGH NJW 1977, 1881; BGH, NJW 1984, 1118; BGH NJW 1986, 2507). Ein Feststellungsinteresse besteht aber auch, wenn sich der Beklagte **eines Anspruchs** gegen den Kläger **berühmt** (vgl. BGH NJW 1984, 1754; BGH NJW 1995, 2032, 2033). Allerdings muss aus der Unsicherheit eine **gegenwärtige Gefahr** resultieren.

#### bb) Subsidiarität

Die Feststellungsklage ist nicht grundsätzlich subsidiär. Ein Feststellungsinteresse besteht aber nach h.M. dann nicht, wenn um ein Rechtsverhältnis gestritten wird und der Kläger auch sofort Leistungsklage erheben und damit einen **vollstreckbaren Titel** erlangen könnte, da er dann **kein schutzwürdiges Interesse** daran hat, die **Gerichte mehrfach** mit seiner Angelegenheit zu befassen (vgl. BGH NJW 1997, 870; BGH NJW 2003, 3274, 3275). Dies ist insbesondere relevant bei einer Feststellungsklage auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses aus dem schon aktuell Ansprüche hergeleitet werden können und sollen.

**Trotz Möglichkeit einer Leistungsklage** kann jedoch in bestimmten Fällen gleichwohl **ausnahmsweise** ein Feststellungsinteresse für eine Leistungsklage bestehen. Dies ist der Fall, wenn zu erwarten ist, dass das **Feststellungsurteil respektiert** wird, **Schwierigkeiten mit Substantiierung** des Schadens oder **Bezifferung** der Schadenshöhe bestehen oder **auf künftige Leistung** geklagt

### B. Feststellungsklage gegen Schadensversicherer bei Unklarheiten über die Schadenshöhe (vgl. OLG Karlsruhe in BeckRS 2014, 13897)

**Fall:** Der Kläger ist Eigentümer des Anwesens L. 12 in B.. Auf dem Grundstück befindet sich ein Gebäude, welches für ein Autohaus gewerblich genutzt wurde. Im ersten Obergeschoss des Gebäudes befindet sich die Wohnung des Klägers.

Der Kläger hat bei der Beklagten eine Gebäudeversicherung unterhalten, durch welche das Anwesen unter anderem gegen Sturmschäden versichert war. Im vorliegenden Rechtsstreit macht er Ansprüche aus dieser Versicherung geltend.

Im Jahr 2008 ließ der Kläger an dem Gebäude durch die Zimmerei O. K. Arbeiten durchführen. Das bis dahin bestehende Flachdach sollte durch ein Steildach (Walmdach) ersetzt werden. Die Zimmerei O. K. errichtete einen Dachstuhl auf dem Gebäude. In einem zeitlichen Zusammenhang mit diesen Arbeiten kam es zu Schäden am Flachdach und dadurch zu Feuchtigkeitsschäden im Gebäude. Die Zimmerei O. K., bzw. deren Haftpflichtversicherer, leistete dem Kläger Schadensersatz in Höhe von 9.300,00 €. Weitergehende Ansprüche des Klägers gegen die Zimmerei O. K. blieben im Verfahren des Landgerichts Waldshut-Tiengen - 1 O 117/10 - erfolglos.

Der Kläger hat gegen die Beklagte Feststellungsklage erhoben mit dem Ziel der Feststellung, dass diese verpflichtet sei, dem Kläger aus dem Versicherungsvertrag zur Gebäudeversicherung Versicherungsschutz zu gewähren wegen des Sturmschadens vom 11.07.2008.

Am 11.07.2008 sei es an dem betreffenden Gebäude zu einem Sturmschaden gekommen. Bretter, die zur Errichtung des Dachstuhls benutzt wurden, seien durch den Sturm aus der Verankerung gerissen worden. Dadurch sei die auf dem ursprünglichen Flachdach befindliche Folie zerstört worden. Eine sehr große Menge an Regenwasser sei in das Gebäude eingedrungen. Es seien erhebliche Feuchtigkeitsschäden im Gebäude entstanden.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 01.07.2011 die Klage als unzulässig abgewiesen. Es bestehe kein Feststellungsinteresse. Denn es sei dem Kläger möglich und zumutbar, den geltend gemachten Schaden zu beziffern. Gegenüber der Feststellungsklage sei die in Betracht kommende Leistungsklage vorrangig. Auf die Berufung des Klägers hat der Senat mit Urteil vom 18.05.2012 - 9 U 139/11 - das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und das Verfahren an das Landgericht zurückverwiesen. Der Senat hat ausgeführt, die Feststellungsklage sei entgegen der Auffassung des Landgerichts zulässig. Ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 I ZPO ergebe sich jedenfalls daraus, dass die Feststellungsklage dazu dienen könne, das in den Versicherungsbedingungen vorgesehene Sachverständigenverfahren vorzubereiten. Das Landgericht habe daher die Begründetheit der Feststellungsklage zu prüfen.

Das Landgericht hat daraufhin ein schriftliches Gutachten des Deutschen Wetterdienstes eingeholt zu der Frage, ob - entsprechend der Behauptung des Klägers - am 11.07.2008 in B. im Bereich der Straße „L.“ ein orkanartiger Sturm mit Windstärke 11 geherrscht habe. Im Ergebnis hat das Landgericht die Klage jedoch als unschlüssig abgewiesen, da der Sachvortrag des Klägers zum Schadenshergang unzureichend sei. Zu Recht?

Die Zulässigkeit der Feststellungsklage bereits zuvor durch Urteil des OLG Karlsruhe vom 18.05.2012 - 9 U 139/11. Es kommt daher lediglich darauf an, ob die Klage begründet ist.

### I. Haftung dem Grund nach

Die Voraussetzungen für einen Anspruch des Klägers aus dem Versicherungsvertrag mit der Beklagten wegen des Schadensfalles vom 11.07.2008 sind dem Grunde nach gegeben.

*„Bei der Beklagten bestand für das fragliche Anwesen eine Gebäudeversicherung entsprechend dem im ersten Berufungsverfahren vorgelegten Versicherungsschein (9 U 139/11, 103 ff.). Versichert war insbesondere das Risiko „Sturm/Hagel“. Für die Versicherung galten die Allgemeinen Bedingungen der Gebäudeversicherung Baden-Württemberg über die Feuer- und Elementarschadensversicherung (FEVB 1993, vorgelegt in 9 U 139/11 -, As. 143 ff.). Eine nachträgliche Vereinbarung der neueren Bedingungen (FEVB 2001) ist von der Beklagten nicht dargetan.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

### II. Schlüssigkeit der Klage

Fraglich ist, ob die Klage entgegen der Annahme des erstinstanzlichen Gerichts schlüssig war. Schlüssig ist eine Klage, wenn der geltend gemachte Anspruch nach dem klägerischen Vortrag gegeben ist.

Der Kläger hat vorgetragen, dass am 11.07.2008 in B. im Bereich der Straße „L.“ ein orkanartiger Sturm mit Windstärke 11 geherrscht habe. Es sei es an dem betreffenden Gebäude zu einem Sturmschaden gekommen. Bretter, die zur Errichtung des Dachstuhls benutzt wurden, seien durch den Sturm aus der Verankerung gerissen worden. Dadurch sei die auf dem ursprünglichen Flachdach befindliche Folie zerstört worden. Eine sehr große Menge an Regenwasser sei in das Gebäude eingedrungen. Es seien erhebliche Feuchtigkeitsschäden im Gebäude entstanden.

Legt man diesen Vortrag zugrunde, so besteht grundsätzlich ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte als Gebäudeversicherer auf Ersatz des eingetretenen Sturmschadens, so dass die Klage schlüssig ist.

### III. Begründetheit der Klage

Diesen Vortrag muss der Kläger jedoch auch beweisen. Zudem muss ihm nachweislich ein über den bereits von der Zimmerei O. K ausgeglichenen Schaden hinausgehender finanzieller Nachteil entstanden sein.

#### 1. Beweisbarkeit des Eintritts eines Sturmschadens

*„Am 11.07.2008 traten in B. bei einem lokalen Gewitter im Bereich des klägerischen Anwesens starke Winde und Böen von **jedenfalls Windstärke 10** auf. Im Zusammenhang mit den Arbeiten am Dachstuhl befand sich auf dem Dach des klägerischen Anwesens ein durch ein Gerüstseil gesicherter Bretterstapel. Aus diesem Stapel wurde ein Brett durch eine Sturmböe herausgerissen. Das vom Sturmwind erfasste Brett flog auf die Dachfolie und drang mit einer Kante in die Folie ein. Es entstand ein Loch in der Dachabdichtung, durch welches erhebliche Mengen Regenwasser in das Gebäude gelangten. Auf diese Weise wurden erhebliche Feuchtigkeitsschäden im Anwesen des Klägers verursacht.“*

*Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ein **Versicherungsfall** (Sturm im Sinne von § 3 Abs. 3 a FEVB 1993), für welchen die Beklagte einzustehen hat. Die Beklagte hat grundsätzlich einzustehen für diejenigen Schäden, die durch den Sturm am Gebäude des Klägers entstanden sind, einschließlich der Feuchtigkeitsschäden im Gebäude. Denn gemäß § 6 Abs. 4 b FEVB 1993 besteht in der Elementarschadensversicherung Versicherungsschutz auch bei eingedrungenem Regen, wenn - wie vorliegend - Wassereintritt durch einen Sturmschaden verursacht wurde. Der Umstand, dass der Schaden wohl*

gleichzeitig durch eine Pflichtverletzung der Bauhandwerker verursacht wurde (möglicherweise unzureichende Sicherung des Bretterstapels auf dem Dach), ändert grundsätzlich nichts an der Leistungspflicht der Beklagten im Rahmen der Elementarschadensversicherung.“ (OLG Karlsruhe aaO)

## 2. Leistungspflicht der Beklagten

Aus der grundsätzlichen Versicherungshaftung müsste sich aber auch eine Leistungspflicht der Beklagten ergeben. Dazu muss sich feststellen lassen, dass dem Kläger durch den Versicherungsfall ein Schaden entstanden ist bzw. dass ein - für die Leistungspflicht der Beklagten erforderlicher - Schaden heute noch gegeben ist.

Der Kläger hat wegen desselben Schadensfalls von der Zimmerei O. K. bzw. von deren Haftpflichtversicherung eine Leistung in Höhe von 9.300,00 € erhalten.

„Mit dieser Zahlung sollten Aufwendungen des Klägers abgegolten werden zur Beseitigung **derjenigen Schäden**, die auch Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind. Erhält der Versicherungsnehmer in der Schadensversicherung wegen eines bestimmten Schadensfalls eine **Leistung von einem Dritten**, so kann er **denselben Schaden nicht noch einmal** gegenüber dem Versicherer geltend machen. Es fehlt dann - in der Höhe der bereits erlangten Leistungen - an einem vom Versicherer zu ersetzenden Schaden (vgl. Prölss in Prölss/Marin, Versicherungsvertragsgesetz, 27. Auflage 2004, § 67 VVG, Rn. 32). Ein vom Versicherer zu ersetzender Schaden kommt nur dann in Betracht, wenn der **Gesamtschaden** den Betrag, den der Versicherungsnehmer von einem dritten Schädiger erlangt hat, **übersteigt**.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Voraussetzung für eine Leistungspflicht der Beklagten ist daher ein Schaden im Sinne der Versicherungsbedingungen, der über 9.300,00 € liegt.

„Die **Beweislast** für den eingetretenen Schaden obliegt im Verhältnis zum Versicherer dem **Versicherungsnehmer**. Mithin wäre es Sache des Klägers, nachzuweisen, dass der nach den Versicherungsbedingungen eingetretene Sturmschaden einen Betrag von 9.300,00 € übersteigt.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Fraglich ist, ob dem Kläger das Führen dieses Beweises gelungen ist.

„Der Senat folgt zur Frage des Versicherungsschadens den Ausführungen des Sachverständigen Br.. Dieser hat in einem anderen Verfahren (Landgericht Waldshut-Tiengen - 1 OH 6/08 -, damals auf Antrag des Klägers gegen die Zimmerei O. K.) die erforderlichen Aufwendungen zur Beseitigung des Sturmschadens auf insgesamt 10.500,00 € beziffert, wobei auch die **Beseitigung sämtlicher Feuchtigkeitsschäden** im Gebäude berücksichtigt war. Auf dieses frühere Gutachten hat sich der Sachverständige im Senatstermin vom 15.04.2014 bezogen, so dass die damaligen Feststellungen des Sachverständigen auch im vorliegenden Rechtsstreit maßgeblich sind.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Damit bleibt die vom Kläger bereits erlangte Entschädigung von 9.300,00 € zwar hinter dem festgestellten Schaden zurück, gleichwohl kann der Kläger einen weiteren Schaden jedoch nur dann von der Beklagten ersetzt verlangen, wenn dieser nachweislich auf den Sturm zurückzuführen ist.

„Nach dem Gutachten des Sachverständigen besteht zwar **kein Zweifel** daran, dass durch den **Sturmschaden** vom 11.07.2008 ein **erheblicher Wassereintritt** im Gebäude des Klägers verursacht wurde. Es bestehen jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten insoweit, als nicht feststeht, ob der Sturmschaden die **einzige Ursache für den Wassereintritt** war. Nach dem Gutachten des Sachverständigen lässt sich zum einen nicht ausschließen, dass in jedenfalls geringerem Umfang **möglicherweise schon Feuchtigkeitsschäden vor dem Sturm** vorhanden waren. Zum anderen ist es nach dem Gutachten des Sachverständigen Br. zumindest möglich, dass **Klebestellen auf der Dachfolie**, die nichts mit dem Sturmschaden zu tun hatten, undicht gewesen sein können, so dass bei Regen auch an diesen Stellen in gewissem Umfang - auch unabhängig von der sturmbedingten Beschädigung der Dichtung - Wasser in das Gebäude gelangt sein kann.

Es ist vielmehr **möglich**, dass ein **Teil der Feuchtigkeitsschäden** - wahrscheinlich ein eher kleinerer Teil - **nicht durch den Sturm verursacht** wurde, und daher auch nicht von der Beklagten zu ersetzen wäre. Das bedeutet: Trotz des vom Sachverständigen errechneten Gesamtbetrages von 10.500,00 € steht nicht fest, dass die zur Beseitigung des eigentlichen Sturmschadens erforderlichen Aufwendungen 9.300,00 € übersteigen. Bei einer zeitnahen Dokumentation der vorhandenen Feuchtigkeitsschäden wären die Chancen einer exakten Schadensfeststellung und einer Abgrenzung der Sturmschäden deutlich besser gewesen. Aus Beweislastgründen muss sich die Unterlassung einer zeitnahen Schadensdokumentation im Rechtsstreit zulasten des Klägers auswirken.“ (OLG Karlsruhe aaO)

## IV. Ergebnis

Ein Schaden im Sinne der Versicherungsbedingungen ist daher nicht eingetreten. Die Feststellungsklage ist unbegründet.

(VerfG Rh-Pf in StV 2014, 469 = NJW 2014, 1434; Urteil vom 24.02.2014 –VGH B 26/13)

Die **rechtswidrige oder strafbare Erlangung eines Beweismittels durch eine Privatperson** führt nur in **Ausnahmefällen** zu einer **Unverwertbarkeit dieses Beweismittels** in einem Strafverfahren.

**Fall:** Gegen den Bf. wird wegen des Verdachts der Hinterziehung von Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag in den Veranlagungszeiträumen 2007 bis 2011 ermittelt. Ausweislich eines Vermerks des Finanzamts T. wurde dem Land Rheinland-Pfalz im Jahr 2012 von einer Privatperson ein Datenpaket der „X-AG“ angeboten und von diesem erworben. Die entsprechenden Datensätze der Bankkunden aus dem Zuständigkeitsbereich der Steuererfahrung T. seien an diese übergeben worden. Das AG Koblenz ordnete auf Antrag der StA die Durchsuchung der Wohnung und des Arbeitsplatzes des Bf. an. Bestimmte Tatsachen ließen erwarten, dass die Durchsuchungshandlung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde. Gegen den Bf. bestehe nach den bisherigen Ermittlungen der Verdacht der Einkommensteuerhinterziehung sowie der Hinterziehung von Solidaritätszuschlag. Die Ermittlungen hätten ergeben, dass der Bf. bei der „X-AG“ und/oder einem der Tochterunternehmen, der „Y-AG“ oder der „... Bank“, Konten unterhalten habe, die am 31.12.2005 einen Stand von 718.343,93 Euro und am 31.10.2010 einen Stand von 673.545,49 Euro aufgewiesen hätten. Der Bf. habe Einkünfte aus diesem Kapitalvermögen nicht erklärt.

Bei der am 16.04.2013 vollzogenen Durchsuchung der Wohnung des Bf., des Tresors auf seinem ehemaligen Arbeitsplatz und seines Bankfachs wurden Unterlagen (eine Karteikarte bzgl. einer luxemburgischen Bank sowie ein Eintragungsgesuch Aktienregister) sichergestellt.

Zu prüfen ist, ob die gerichtlichen (Durchsuchungs-)Beschlüsse auf Daten und Informationen gestützt werden durften, die das Land Rheinland-Pfalz von einer Privatperson, die diese zuvor auf rechtswidrige oder strafbare Weise erlangt hat, erworben hatte. Dies könnte dazu führen, dass die bei der Durchsuchung sichergestellten Beweismittel einem Verwertungsverbot unterliegen.

Es könnte nämlich gegen das **Gebot des fairen Verfahrens** i. V. mit Art. 7 I RhPfVerf. bzw. mit dem **Gebot effektiven Rechtsschutzes** nach Art. 124 RhPfVerf verstoßen, dass die Gerichte in den Durchsuchungsbeschlüssen auch im Hinblick auf die möglicherweise strafbare Erlangung der Steuerdaten-CD durch den privaten Informanten kein Verwertungsverbot angenommen haben.

I. Die Wertung, dass die **rechtswidrige oder strafbare Erlangung eines Beweismittels durch eine Privatperson nicht per se zur Unverwertbarkeit dieses Beweismittels** im Strafverfahren führt, entspricht der **fachgerichtlichen Rspr.** (vgl. BGHSt 36, 167 = NJW 1989, 2760 m. w. Nachw.; LG Bochum BeckRS 2010, 07104) und **steht mit dem Verfassungsrecht in Einklang** (vgl. BVerfG NJW 2011, 2417; ferner BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891).

Besteht schon bei rechtswidriger Erhebung von Informationen durch staatliche Stellen von Verfassungen wegen nicht ohne Weiteres ein Verwertungsverbot, so muss dies i. d. R. erst recht gelten, wenn lediglich ein rechtswidriges oder strafbares Handeln von Privatpersonen in Frage steht.

*„Denn **Beweiserhebungsvorschriften richten sich nach Wortlaut, Systematik und Zweck an Ermittlungsbehörden, nicht an Privatpersonen** (BVerfG NJW 2011, 2417). Letztere sind zudem – anders als staatliche Stellen – weder dem Rechtsstaatsprinzip noch unmittelbar den Grundrechten verpflichtet (vgl. hierzu auch Kaspar GA 2013, 206). In der **Verwertung einer in strafbarer Weise beschafften Information** liegt auch **kein widersprüchliches Verhalten des Staates**. Denn sie stellt keine Billigung der vorangegangenen Beweisbeschaffung dar und schließt selbst eine spätere strafrechtliche Verfolgung des Informanten nicht aus (Kaspar GA 2013, 206). Somit **kommt es auch in Steuerangelegenheiten auf die Motive des Informanten nicht entscheidend an**. Ob dieser aus Gerechtigkeitsgefühl oder aber aus weniger hehren Beweggründen gehandelt hat, ist für die Verwertung steuerlich relevanter Mitteilungen unerheblich (vgl. VerfGH Rh-Pf AS 27, 199 = NJW 1999, 2264).*

*Aus dem **verfassungsrechtlichen Gebot eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens**, in dessen Rahmen auch die **Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege zu berücksichtigen** sind, kann daher nur in besonderen Ausnahmefällen ein Verwertungsverbot für Informationen abgeleitet werden, die in rechtswidriger oder strafbewehrter Weise von Privatpersonen beschafft wurden. Dies ist etwa bei der Erlangung der Informationen durch eine schwerwiegende menschenrechtswidrige Behandlung der Fall (vgl. hierzu auch OLG Celle NJW 1985, 640; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 136 a Rn 3). In der Rspr. und im Schrifttum wird zudem ein Verwertungsverbot dann in Betracht gezogen, wenn das private Handeln dem Staat zuzurechnen ist, weil es letztlich als staatliches Handeln erscheint (vgl. LG Düsseldorf vom 17.09.2010 – 14 Qs-131 Js 150/1060/10, vorgesehen für BeckRS 2014, 07071; Kölbl NStZ 2008, 241; Ostendorf ZIS 2010, 301).“ (VerfG Rh-Pf aaO)*

## II. Eine auf Ausnahmefälle beschränkte **Zurechnung des privaten Handelns zur staatlichen Sphäre kann ebenfalls nicht angenommen werden.**

1. Die den Fachgerichten mitgeteilten Umstände des Datenerwerbs waren ausreichend, um auf dieser Grundlage über eine Zurechnung des privaten Handelns zur staatlichen Sphäre befinden zu können.

„Zwar enthalten die hier angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen keine Ausführungen zu der Frage, wie es zu dem Datenerwerb kam und welche Überlegungen die Finanzbehörden zu dem Ankauf angestellt haben. Aus der mit Antragstellung auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses vorgelegten Akte der StA ist allerdings zu entnehmen, dass es zu dem Erwerb der Daten seitens des Landes Rheinland-Pfalz durch ein Angebot des Informanten kam. Eine **aktive Beteiligung staatlicher Stellen an der Beschaffung der ausländischen Bankdaten** oder eine sonstige Einflussnahme wurde **nicht geschildert und fand auch nicht statt**. Diese Tatsachengrundlage ist für die Beurteilung der Frage, ob sich das Land den „Datendiebstahl“ zurechnen lassen muss, noch ausreichend.“ (VerfG Rh-Pf aaO)

2. Danach war **aus verfassungsrechtlicher Sicht hier eine Zurechnung des privaten Handelns zum Staat nicht geboten.**

„Der **Anbieter der angekauften Steuerdaten-CD [handelte] aus eigenem Antrieb** und ist von sich aus an die deutschen Behörden herangetreten, um die Daten zur Verfügung zu stellen. Hierauf sei von Seiten des Ministeriums der Finanzen lediglich reagiert worden, ein aktives Bemühen habe es nicht gegeben. Damit **lag hier eine konkludente Beauftragung oder Förderung des privaten Handelns** (vgl. hierzu Kaspar GA 2013, 206) **nicht vor**. Ob überhaupt jemand tätig wurde, wo, wann und wie dies geschehen sollte, war für die staatlichen Behörden – anders etwa als in den Fällen des gezielten Einsatzes eines Mitgefangenen zur Aushorchung eines Zellengenossen (vgl. etwa BGH NJW 1987, 2525; BGH NJW 1998, 3506) – nicht vorhersehbar. Das **Tätigwerden beruhte vielmehr auf einer eigenen Willensentschließung der Privatperson**. Ein **bewusstes Zusammenwirken der staatlichen Behörden und des Informanten** oder die Möglichkeit des Staates, auf das Geschehen Einfluss zu nehmen, die es gerechtfertigt erschienen ließe, die Privatperson als „verlängerten Arm“ des Staates anzusehen, **bestand nicht**.

Sofern der Bf. der Ansicht ist, eine Zurechnung des privaten Handelns zur staatlichen Sphäre sei bereits deswegen geboten, weil die angeblich inzwischen routinemäßige Praxis des Datenankaufs und der Bezahlung des Informanten eine **Anreizwirkung** habe, so kann dem nicht gefolgt werden: Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Gerichte eine Gleichstellung von privatem und staatlichem Handeln nicht bereits deswegen angenommen haben, weil möglicherweise der Staat durch frühere vereinzelt Ankäufe von Steuerdaten-CDs einen gewissen Anreiz dazu gesetzt hat, im Ausland unerlaubterweise Daten von Bankkunden zu ermitteln und an deutsche Behörden weiterzugeben. Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass es zu dem hier allein maßgeblichen Zeitpunkt des Ankaufs der Daten-CD in der Vergangenheit in nur wenigen Fällen zu einem Ankauf von Daten gekommen war (vgl. BT-Drs. 17/14680 vom 03.09.2013). Zum anderen bestand jedenfalls zu diesem Zeitpunkt noch **kein Automatismus eines Erwerbs bzw. einer Geldzahlung** (vgl. auch Kaspar GA 2013, 206). Die vorhandene Anreizwirkung war daher noch nicht von derartigem Gewicht, dass sie sich als Eingliederung des privaten Beweisbeschaffers in die staatliche Sphäre dargestellt hätte.“ (VerfG Rh-Pf aaO)

3. Daraus folgt jedoch nicht, dass zukünftig jegliche Verwertung von ausländischen Bankdaten, die durch ein rechtswidriges oder strafbewehrtes Verhalten eines privaten Dritten erlangt wurden, ohne Weiteres mit der Verfassung in Einklang steht.

„Dies gilt jedenfalls solange, wie der Gesetzgeber den Ankauf solcher in rechtswidriger oder gar strafbarer Weise erlangten Daten nicht ausdrücklich legitimiert, sondern **Finanz- und Strafverfolgungsbehörden auf einer zumindest unklaren rechtlichen Grundlage operieren**. Vielmehr ist es denkbar, dass zukünftig gleichsam mosaikartig eine Situation entstehen könnte, die es als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Handeln eines privaten Informanten der staatlichen Sphäre zuzurechnen. Denn die Behörden dürfen nicht jedes auf Eigeninitiative beruhende unrechtmäßige Einwirken Dritter auf private Schutzgüter bewusst ausnutzen (Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl. 2013, Rn 401). Sollte es daher etwa zu einer verstärkten Involvierung staatlicher Behörden in das Procedere bezüglich der Datenbeschaffung oder zu einer planmäßigen Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen staatlichen Behörden und privaten Informanten kommen, wird die Frage der Zurechnung des privaten Handelns zum Staat und damit die Frage eines möglichen Verwertungsverbots solcher Daten neu aufgeworfen.

**Solange sich die Rolle staatlicher Behörden nicht allein auf eine schlichte Entgegennahme von Bankdaten ohne Gegenleistung und ohne irgendeine Einflussnahme auf das Geschehen beschränken sollte, sind auch die Gesamtumstände in den Blick zu nehmen:** So können für die Frage der Zurechnung auch ein ggf. erheblicher Anstieg von Ankäufen ausländischer Bankdaten und eine damit verbundene Anreizwirkung zur Beschaffung dieser Daten von Bedeutung sein. Hierbei wird etwa einerseits in Rechnung zu stellen sein, wie häufig und in welchen zeitlichen Abständen es zu ernstzunehmenden Angeboten durch private Informanten und daraufhin zu einem Ankauf von Bankdaten in der Vergangenheit gekommen ist, in wie vielen Fällen andererseits ein Erwerb von Bankdaten durch staatliche Stellen abgelehnt wurde. Von Relevanz wäre es schließlich auch, wenn es bereits in der Vergangenheit zu einer Zusammenarbeit mit denselben Personen in ähnlichen Fällen gekommen sein sollte.



Die **Gerichte** sind daher **zukünftig** auch **gehalten, zu überprüfen, wie sich das Ausmaß und der Grad der staatlichen Beteiligung hinsichtlich der Erlangung der Daten darstellen**. Hierbei sind sie auf eine möglichst umfassende Information der Staatsanwaltschaften bzw. Finanzbehörden zu den Umständen des Datenerwerbs angewiesen, um ihrer Prüfpflicht nachzukommen. Dies betrifft den konkreten Einzelfall ebenso wie die Gesamtentwicklung. Eine **Beobachtungs- und Reaktionspflicht des Staates** ist gerade für die Austarierung des **Spannungsverhältnisses zwischen Wahrheitsermittlung und Verwertungsverböten** im Hinblick auf die **Funktionalität der Strafrechtspflege** und einem **effektiven Grundrechtsschutz** nicht verzichtbar (Landau NStZ 2007, 121). Die Intensität der Prüfungspflicht wird es daher in aller Regel auch ausschließen, ohne eigene Abwägung und Bewertung auf mehrere Jahre zurückliegende Entscheidungen anderer Gerichte zu scheinbar parallel gelagerten Fällen pauschal Bezug zu nehmen. Die Entscheidung darüber, wo die Grenze für eine Zurechnung des privaten Handelns zum Staat zu ziehen ist, obliegt dabei jedoch letztlich ebenso in erster Linie den Fachgerichten, wie die Entscheidung darüber, welche Folgen sich aus einer Zurechnung des privaten Handelns zum Staat ergeben.“ (VerfG Rh-Pf aaO)

**Zwangsgeldfestsetzung**  
**Gesamtbetrag bei mehreren Zwangsgeldern**

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2014, 505; Beschluss vom 28.01.2014 – 6 A 1875/13)

1. Für die Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 II Nr. 3 VwGO) muss dargetan werden, welche konkrete und in ihrer Bedeutung **über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfrage** oder welche bestimmte und für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle bedeutsame **Frage tatsächlicher Art** einer Klärung bedarf.
2. Dass ein Rechtsstreit **in irgendeiner Form zur Klärung ungeklärter Rechtsfragen beitragen** kann, reicht zur Zulassung des Rechtsmittels allein nicht aus.
3. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung liegen vor, wenn ein **einzelner tragender Rechtssatz** oder eine **erhebliche Tatsachenfeststellung** mit schlüssigen Gegenargumenten so infrage gestellt wird, dass eine Änderung der Entscheidung zumindest möglich erscheint
4. Der Gesamtbetrag aus der Festsetzung mehrerer Zwangsgelder kann die Höchstgrenze nach § 11 III VwVG bzw. nach den spezielleren Regelungen in anderen Gesetzen übersteigen.

**A. Grundlagenwissen: Grundzüge der Verwaltungsvollstreckung****I. Begriff:**

Verwaltungsvollstreckung umfasst die **Durchsetzung von Geldforderungen der Verwaltung** (z.B. aus einem Leistungsbescheid durch Sachpfändung) und die **Durchsetzung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen**. Die entsprechenden gesetzlichen Regelungen finden sich vornehmlich in dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes oder des Landes (VwVG), aber auch in den Polizeigesetzen.

Prüfungsrelevant ist dabei vor allem die zweite Variante, da die Durchsetzung von Forderungen weitgehend dem zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsverfahren entspricht und in der öffentlich-rechtlichen Klausur kaum eine Rolle spielt.

**II. Zwangsmittel**

Im Rahmen des Verwaltungsvollstreckungsrechts zur Durchsetzung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen sind drei Zwangsmittel vorgesehen (§ 9 VwVG):

1. **Ersatzvornahme** (§ 10 VwVG)
2. **Zwangsgeld** (§ 11 VwVG)
3. **unmittelbarer Zwang** (§ 12 VwVG)

**III. Das gestreckte Vollstreckungsverfahren**

Durchsetzung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen erfolgt in einem bestimmten Verfahrensgang

1. Erlass eines **VA**
2. Eintritt der Bestandskraft oder sofortige Vollziehbarkeit (§ 80 II VwGO)
3. **Androhung** des Zwangsmittels (§ 13 VwVG)
4. **Festsetzung** des Zwangsmittels (§ 14 VwVG)
5. **Anwendung** des Zwangsmittels (§ 15 VwVG)

**IV. Sofortvollzug (§ 6 II VwVG)**

Als Sofortvollzug bezeichnet man ein Vollstreckungsverfahren, das nicht unter Einhaltung der obigen Verfahrensstufen ausgeführt wird. Beim Sofortvollzug **fehlt ein zuvor erlas-**

**sener VA**, der zu erlassende VA wird vielmehr im Wege des Sofortvollzuges sofort umgesetzt. Zulässig ist ein solches Vorgehen, wenn es zur Abwehr eine gegenwärtige Gefahr erforderlich ist

Der Sofortvollzug ist zu unterscheiden von der sofortigen Vollziehung. Bei der sofortigen Vollziehung eines VA nach § 80 II VwGO liegt begriffsnotwendig ein Grund-VA vor, gegen den Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben. Hier erfolgt die Vollstreckung daher üblicherweise im gestreckten Verfahren.

Sofortvollzug ist allerdings auch möglich, wenn ein VA noch erlassen werden konnte, dann jedoch die Einhaltung des gestreckten Vollstreckungsverfahrens (Androhung – Festsetzung – Anwendung) wegen einer gegenwärtigen Gefahr nicht mehr möglich ist.

## B. Gesamtbetrag bei Festsetzung mehrerer Zwangsgelder (vgl. VGH Kassel in NVwZ-RR 2014, 505)

**Fall:** Die Kl. ist eine ausländische Bank, die über das Internet in deutscher Sprache Bankleistungen anbot. Die Bekl. untersagte der Kl. diese Bankgeschäfte und gab ihr auf, über bestehende Konten bei Kreditinstituten in der Bundesrepublik Deutschland Auskunft zu erteilen. Widerspruch und Klage gegen die Verfügung blieben erfolglos. Mit Bescheid vom 23.09.2010 drohte die Bekl. der Kl. die Festsetzung eines Zwangsgelds von 100.000 Euro an und setzte mit Verfügung vom 24.01.2011 das Zwangsgeld in dieser Höhe fest. Gleichzeitig drohte die Behörde ein erneutes Zwangsgeld i.H.v. 150.000 Euro für den Fall an, dass die Kl. der Aufforderung weiterhin nicht nachkomme.

Da die Kl. gleichwohl die Auskunft verweigerte, setzte die Bekl. mit Bescheid vom 06.12.2011 das Zwangsgeld von 150.000 Euro fest und drohte die Festsetzung eines weiteren Zwangsgelds von 250.000 Euro an. Gegen diesen Bescheid legte die Kl. erfolglos Widerspruch ein und erhob am 16.07.2012 Klage, jedoch beschränkt auf die (erneute) Androhung des Zwangsgelds. Mit Urteil vom 01.07.2013 wies das VG (VG Frankfurt a. M., Urt. v. 1.7.2013 – 9 K 2364/12, BeckRS 2013, 56397) die Klage mit der Begründung ab, die Androhung eines weiteren, über die bislang schon festgesetzten (und teilweise beigetriebenen) Zwangsgelder von insgesamt 250.000 Euro hinausgehenden Zwangsgelds sei nicht fehlerhaft. Am 12.08.2013 hat die Kl. den Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt. Sie macht die Zulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache und der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung geltend. Ist der zulässige Antrag begründet?

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist begründet, wenn einer der geltend gemachten Zulassungsgründe vorliegt.

### I. Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 124 II Nr. 3 VwGO)

Für die Geltendmachung dieses Zulassungsgrundes muss dargetan werden, welche konkrete und in ihrer Bedeutung **über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfrage** oder welche bestimmte und für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle bedeutsame Frage tatsächlicher Art im Berufungsverfahren geklärt werden soll und inwiefern diese Frage einer Klärung im Berufungsverfahren bedarf.

*„Nicht ausreichend für die Bejahung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ist folglich, wenn in zur Entscheidung stehenden Verfahren eine **rechtliche Frage** aufgetreten ist, die **bislang nicht** oder – nach Ansicht des jeweiligen Ast. – **nicht ausreichend in Literatur und Rechtsprechung geklärt** ist. Im Hinblick hierauf kann eine von dem jeweiligen Ast. im Zulassungsantrag zur Frage der grundsätzlichen Bedeutung lediglich allgemein aufgeworfene rechtliche Problematik nicht dazu führen, die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache zu bejahen (VGH Kassel, NVwZ 2014, 533).“* (VGH Kassel aaO)

Fraglich ist daher, ob es über den konkreten Fall hinaus von Relevanz ist, ob mehrere auf Grund des § 17 S. 4 FinDAG und des § 13 VI 1 VwVG angedrohte Zwangsgelder in ihrer Summe die Höchstgrenze von 250.000 Euro überschreiten dürfen.

*„Die Herausarbeitung der **Bedeutung der Klärung für andere Verfahren** ist im vorliegenden Fall deshalb von besonderer Relevanz, weil ausweislich der von der Kl. behaupteten fehlenden Rechtsprechung und Behandlung in der Literatur – was nicht zutrifft – die praktische Bedeutung einer Überschreitung der Höchstgrenze nach § 11 III VwVG oder in Fachgesetzen durch mehrere Zwangsgelder zweifelhaft erscheinen würde. Dass ein Rechtsstreit **in irgendeiner Form zur Klärung ungeklärter Rechtsfragen beitragen** kann, reicht – wie ausgeführt – zur Zulassung des Rechtsmittels allein nicht aus. Vielmehr muss der Beitrag in der Klärung einer durch den Einzelfall aufgeworfenen bestimmten Rechtsfrage bestehen.“*

*Es ist aber darüber hinaus festzustellen, dass die von der Kl. aufgeworfene **Frage sich auf Grund der gesetzlichen Vorschriften** ohne die Durchführung eines Berufungsverfahrens in dem Sinne **beantworten lässt**, dass im Bereich der Finanzdienstleistungsaufsicht die Festsetzung von mehreren Zwangsgeldern zur Erzwin-*

gung von unvertretbaren Handlungen auch dann zulässig ist, wenn die Summe der Zwangsgelder die genannte Höchstgrenze überschreitet. Nach dem in § 17 Finanzdienstleistungsaufsichtsg (FinDAG) niedergelegten Grundsatz der Selbstvollstreckung kann die Bkl. ihre eigenen Verfügungen mit Zwangsmitteln nach den Bestimmungen des Verwaltungs-Vollstreckungsgesetzes (VwVG) durchsetzen, wobei die Höhe des Zwangsgeldes auf bis zu 250.000 Euro heraufgesetzt ist. Das Problem der **im Einzelfall verbotenen Kumulation von Zwangsgeldandrohungen** für Verbote (vgl. BVerwG, NVwZ 1998, 230) stellt sich dabei auf Grund der Sonderregelung in § 17 S. 2 FinDAG bereits nicht. Für **Gebote der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht**, die durch bestandskräftig gewordene oder sofort vollziehbare Verwaltungsakte (§ 49 Kreditwesengesetz) dem Pflichtigen auferlegt worden sind (vgl. § 6 VwVG), gilt indes, dass das **Zwangsgeld in einer bestimmten Höhe nach pflichtgemäßem Ermessen** festzusetzen ist, wobei die Androhung eines weiteren Zwangsgelds erst nach Festsetzung des vorherigen erfolgen darf. Bei beharrlichen Verstößen bzw. Uneinsichtigkeit des Pflichtigen können **wiederholte Zwangsgelder bis zur Höchstgrenze erhöht** werden (vgl. VG Kassel, NVwZ-RR 2008, 782 = ESVGH 58, 235).“ (VG Kassel aaO)

Allerdings könnte sich die Unzulässigkeit der Überschreitung der Höchstgrenze durch wiederholt angedrohte und festgesetzte Zwangsgelder aus dem Wortlaut in § 13 VI VwVG ergeben.

„Da die Festsetzung eines Zwangsgelds **nicht Sanktionscharakter** hat, sondern sichern soll, dass der Pflichtige dem Gebot oder Verbot auch nachkommt, ist entscheidend auf die **Zweckerreichung** abzustellen. Die Festsetzung eines Zwangsgelds oder die Vollstreckung ist erst einzustellen, wenn der Zweck der Maßnahme erreicht ist (§ 15 III VwVG). Dass das **einzelne Zwangsgeld** die jeweilige vom einschlägigen Gesetz vorgegebene **Höchstgrenze nicht überschreiten** darf, liegt auf der Hand, ist indes kein Maßstab zum Verständnis der Norm dahingehend, Zwangsgelder dürften insgesamt nur bis zur angegebenen Höhe festgesetzt werden.

Der **Gesamtbetrag** aus der Festsetzung mehrerer Zwangsgelder **kann** vielmehr die **Höchstgrenze** nach § 11 III VwVG bzw. nach den spezielleren Regelungen in anderen Gesetzen **übersteigen**, wenn sich der **Pflichtige beharrlich weigert**, dem Gebot oder Verbot nachzukommen (vgl. Engelhardt/App, VwVG/VwZG, 8. Aufl. 2008, § 13 Rn. 11; ebenso: OVG Münster, NVwZ-RR 1993, 671; OVG Lüneburg, Urt. V. 21.8.2002 – 1 LB 3335/01, BeckRS 2002, 23688 – jew. Für das Landesrecht).“ (VG Kassel aaO)

Eine Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 II Nr. 3 VwGO) kommt daher nicht in Betracht.

## II. Zulassung der Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung (§ 124 II Nr. 1 VwGO)

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung liegen nach der Rechtsprechung des BVerfG in dessen Beschluss vom 20.12.2010 (BVerfG, NVwZ 2011, 546) und dessen Beschluss vom 23.06.2000 (BVerfG, NVwZ 2000, 1163 = DVBl 2000, 145) vor, wenn ein **einzelner tragender Rechtssatz** oder eine **erhebliche Tatsachenfeststellung** mit schlüssigen Gegenargumenten so infrage gestellt wird, dass eine Änderung der Entscheidung zumindest möglich erscheint. **Schlüssige Gegenargumente** liegen dann vor, wenn der Ast. substantiiert rechtliche oder tatsächliche Umstände aufzeigt, aus denen sich die **gesicherte Möglichkeit** ergibt, dass die erstinstanzliche **Entscheidung unrichtig** ist. Fraglich ist, ob das hier angenommen werden kann

„Aus der Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung ergibt sich ein entsprechender Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils nicht, denn **weder** wird von der Kl. eine **Tatsachenfeststellung des VG infrage** gestellt – eine Verkennung von Tatsachen hält die Kl. dem VG nicht vor – **noch ein tragender Rechtssatz** des angegriffenen Urteils **erfolgreich relativiert**. Es ist bereits zweifelhaft, ob die Kl. mit den Ausführungen zu den ernstlichen Zweifeln dem Begründungsgebot nach § 124 a III VwGO genügt. Die Kl. benennt zur Begründung des Zulassungsgrundes nämlich keinen konkreten Rechtssatz, sondern verweist lediglich auf die Ausführungen unter I. 1. des Begründungsschriftsatzes. In diesem Abschnitt finden sich indes nur drei Absätze, wobei der erste lediglich die Begründung des VG wiederholt. Zu Gunsten der Kl. unterstellt, die Begründung des Zulassungsantrags entspräche den gesetzlichen Anforderungen noch, ist aber festzustellen, dass die geltend gemachten rechtlichen Bewertungen die Zulassung der Berufung wegen ernstlicher Zweifel nicht rechtfertigen. Die angegriffene Entscheidung ist, wie oben dargestellt, im Ergebnis materiell zutreffend, da das VG zutreffend die Klage als unbegründet abgewiesen hat.“ (VG Kassel aaO)

Eine Zulassung der Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung (§ 124 II Nr. 2 VwGO) kommt folglich ebenfalls nicht in Betracht.

VwGO      **Forderung von Schadensersatz durch Leistungsbescheid**      VwVfG  
§ 80 II 1 Nr. 1      **öffentliche Abgaben und Kosten**

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2014, 449; Beschluss vom 26.03.2014 – 13 ME 21/14)

1. Die **Forderung von Schadensersatz** durch Leistungsbescheid fällt nicht unter den Begriff der Anforderung öffentlicher Abgaben und Kosten i.S.d. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO.
2. Nicht jedes **subordinationsrechtlich geprägte Verhältnis** führt zwangsläufig zu dem Schluss, dass die Über- und Unterordnung sämtliche Einzelansprüche umfasst, die daraus erwachsen. Diese muss vielmehr gerade auch im Hinblick auf den Anspruch bestehen, der durch den Verwaltungsakt geregelt werden soll.
3. Eine **Regel** des Inhalts, dass ein dem **öffentlichen Recht zuzuordnendes Rechtsverhältnis** im Zweifel auf ein umfassendes und für alle Beziehungen geltendes **Über- und Unterordnungsverhältnis angelegt** ist, existiert nicht.
3. Eine Gemeinde besitzt nicht die Befugnis, einen Schadensersatzanspruch aus dem Kanalbenutzungsverhältnis durch Leistungsbescheid geltend zu machen.

**Fall:** Mit Leistungsbescheid vom 16.09.2013 setzte die Antragsgegnerin gegen die Antragstellerin eine Geldforderung in Höhe 40.000,00 € fest. Diese Geldforderung sollte dem Ersatz der der Antragsgegnerin für die Entsorgung des in ihrer Kläranlage angefallenen verunreinigten Klärschlammes sowie für die Reinigung dieser Kläranlage entstandenen zusätzlichen Kosten dienen, die sie auf eine satzungswidrige Nutzung der Abwasseranlage durch die Antragstellerin zurückführt.

Gegen diesen Bescheid legte die Antragstellerin Widerspruch ein. Gleichwohl wurde sie von der Antragsgegnerin unter Androhung der Vollstreckung zur Zahlung aufgefordert.

Die Antragstellerin begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Leistungsbescheid vom 16.09.2013. Hilfsweise beantragte sie, festzustellen, dass ihr Widerspruch aufschiebende Wirkung hat. Zu Recht?

#### I. **Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung**

Der Antrag der Antragstellerin nach § 80 V VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung müsste zulässig und begründet sein. Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist ohne Weiteres eröffnet. Grundsätzlich ist beim Streit um den **Eintritt des Suspensiveffekts** nach Einlegung von Widerspruch gegen einen belastenden Verwaltungsakt, wie hier den Leistungsbescheid, der Antrag nach § 80 V VwGO auch die richtige Verfahrensart. Allerdings besteht ein Rechtsschutzbedürfnis für einen solchen Antrag nur, wenn die **aufschiebende Wirkung nicht ohnehin eintritt**.

Nach § 80 I 1 VwGO haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung.

Diese Wirkung entfällt nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO bei der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten. Fraglich ist ob es sich um **Abgaben oder Kosten** in diesem Sinne handelt bei dem mit dem angefochtenen Leistungsbescheid angeforderten Abschlag auf die bislang angefallenen „Mehrkosten“ in Höhe von 40.000,00 EUR.

#### 1. **Begriff der öffentlichen Kosten**

*„Öffentliche Kosten sind grundsätzlich alle **Gebühren und Auslagen**, die dem Betroffenen **wegen der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens** auferlegt werden. Hierunter sind - nach Maßgabe der einschlägigen kostenrechtlichen Bestimmungen - die in einem Verwaltungsverfahren nach tariflichen Vorgaben oder doch leicht erkennbaren Merkmalen erhobenen (Verwaltungs-)Gebühren nebst den mit ihnen verbundenen Auslagen zu verstehen (vgl. Nds. OVG, Beschluss vom 21.02.2013, 1 ME 6/13, juris, Rn. 8; Funke-Kaiser in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 5. Aufl. 2011, § 80, Rn. 30; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 80 Rn. 62; jew. m.w.N.). Keine Kosten in diesem Sinne sind Geldforderungen der Behörde, die lediglich einen **Ersatz solcher finanzieller Aufwendungen** darstellen, für die sie **in Vorlage getreten** ist. Denn dabei handelt es sich um die **Erstattung konkreter Ausgaben**, und nicht um eine **Einahmequelle zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs der Verwaltung** (vgl. Funke-Kaiser, aaO., Rn. 29; Puttler in Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80, Rn.. 58 f.).“ (OVG Lüneburg aaO)*

Fraglich ist, ob es sich nach diesen Grundsätzen bei den mit dem angefochtenen Leistungsbescheid angeforderten „Mehrkosten“ um öffentliche Kosten im Sinne des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO handelt.

„Diese Geldforderung soll dem **Ersatz** der der Antragsgegnerin **für die Entsorgung** des in ihrer Kläranlage angefallenen verunreinigten Klärschlammes sowie für die **Reinigung dieser Kläranlage** entstandenen zusätzlichen Kosten dienen, die die Antragsgegnerin auf eine satzungswidrige Nutzung der Abwasseranlage durch die Antragstellerin zurückführt. Für die dadurch entstandenen **Schäden** haftet nach Auffassung der Antragsgegnerin die Antragstellerin auf der Grundlage des § 18 Abs. 1 der Abwasserbeseitigungssatzung. Es handelt sich mithin um eine der **Erstattung von Aufwendungen vergleichbare Forderung von Schadensersatz** und nicht um einen in einem Verwaltungsverfahren entstandenen Gebühren- oder Auslagenanspruch.“ (OVG Lüneburg aaO)

Es handelt sich daher bei dem geltend gemachten Betrag nicht um öffentliche Kosten i.S.d. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO.

## 2. Begriff der öffentlichen Abgaben

Unter dem Begriff der öffentlichen Abgaben im Sinne des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO sind **hoheitlich geltend gemachte öffentlich-rechtliche Geldforderungen** zu verstehen, die den Zweck haben, den **Finanzbedarf des Hoheitsträgers** für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben zu decken.

„Die Abgabe muss jedoch **nicht allein** oder **primär der Finanzierung dienen**, sondern kann daneben - mit gleichem Stellenwert - auch eine **Lenkungs-, Antriebs-, Zwangs- oder Straffunktion** besitzen, solange die Finanzierungsfunktion gegenüber den übrigen Zwecken der Abgabe nicht in den Hintergrund tritt und nur noch als Nebeneffekt erscheint (vgl. BVerwG, Urteil vom 17.12.1992 - 4 C 30.90 -, juris, Rn. 14 ff.; Nds. OVG, Beschluss vom 20.01.2009 - 4 ME 3/09 -, juris, Rn. 5; Funke-Kaiser, aaO., Rn. 26; Kopp/Schenke, aaO., § 80, Rn. 57; Puttler aaO., Rn. 58 f.; jew. m.w.N.). Für die geforderte Finanzierungsfunktion reicht allerdings die **schlichte Absicht der Erzielung von Einnahmen** nicht aus, die jeder Geldforderung der öffentlichen Hand in Zeiten angespannter Haushalte immanent ist. Die Finanzierungsfunktion muss vielmehr der einer **Steuer, einer Gebühr** oder eines **Beitrags vergleichbar** sein (vgl. BVerwG, Urteil vom 17.12.1992 aaO.). Das ist dann der Fall, wenn mit der betreffenden „Abgabe“ eine **stetig fortlaufende und vorhersehbare Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs** im Sinne einer geordneten Haushaltsführung erreicht wird und beabsichtigt ist. Der am fortlaufenden Eingang finanzieller Mittel interessierten öffentlichen Hand sollen nach dem Zweck der Ausnahmenvorschrift des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO durch die Einlegung von Rechtsbehelfen lediglich solche Gelder nicht vorenthalten werden, auf deren Eingang sie fest rechnen durfte, und die sie daher **für ihre Aufgabenerfüllung eingeplant** hat (vgl. Nds. OVG, Beschluss vom 24.06.1996 - 10 M 944/96 -, juris, Rn. 4; Funke-Kaiser, aaO.; Puttler aaO., Rn. 55; Schoch in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80, Rn. 132, Loseblatt, Stand September 2011; jew. m.w.N.). Nur dann ist das Entfallen der gesetzlich grundsätzlich angeordneten aufschiebenden Wirkung gerechtfertigt.“ (OVG Lüneburg aaO)

Fraglich ist, ob die Geltendmachung von Schadensersatz geeignet ist, diese Voraussetzungen zu erfüllen.

„Der Forderung von Schadensersatz kommt die gerade beschriebene Finanzierungsfunktion für die Aufgabenerfüllung der Antragsgegnerin nicht zu. Wie die Antragstellerin zutreffend ausführt, ist **ausschließlicher Zweck** des angeforderten Abschlags auf den geltend gemachten Schadensersatz, einen **entstandenen Schaden nachträglich zu decken**, nicht aber der Antragsgegnerin durch Bereitstellung der erforderlichen Mittel die generelle Aufgabenerfüllung im Bereich der Abwasserbeseitigung zu ermöglichen. Diese Mittel werden vielmehr durch die Erhebung entsprechender Abwasserbeiträge und -gebühren aufgebracht. Die Leistung von Schadensersatz dient demgegenüber der Kompensation von Aufwendungen in einem Einzelfall und ist nicht Bestandteil eines eingeplanten stetigen Mittelzuflusses.“ (OVG Lüneburg aaO)

Es liegt daher auch nicht die Geltendmachung öffentlicher Abgaben vor.

## 3. Zwischenergebnis

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs ist demnach nicht nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO und auch nicht aus sonstigen Gründen entfallen. Der Antragstellerin fehlt daher das erforderliche Rechtsschutzinteresse. Der gestellte Antrag ist mithin zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht erforderlich.

## II. Feststellung der aufschiebenden Wirkung

Allerdings vertritt die Antragsgegnerin die fehlerhafte Auffassung, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs sei nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO ausgeschlossen und beabsichtigt auf dieser Grundlage die Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen.

„[Es] liegt ein Fall einer **drohenden sogenannten „faktischen Vollziehung“**“ (vgl. dazu: Kopp/Schenke, aaO., Rn. 181) vor, die dem als Hilfsantrag gestellten Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung in **entsprechender Anwendung des § 80 V VwGO** zum Erfolg verhilft (für einen Antrag nach § 123 VwGO hingegen: Funke-Kaiser, aaO., Rn. 119). Die Antragstellerin muss nicht abwarten, bis die Vollstreckung eingeleitet worden ist.“ (OVG Lüneburg aaO)

Vor diesem Hintergrund wird der Hilfsantrag Erfolg haben.

### III. obiter dictum zur Geltendmachung von Schadensersatz durch Leistungsbescheid

Das OVG Münster hat die vorliegende Entscheidung zum Anlass genommen, sich auch rechtlich mit der Frage auseinander zu setzen, ob die Antragsgegnerin denn überhaupt berechtigt war, den geltend gemachten Schadensersatz durch Leistungsbescheid festzusetzen.

#### 1. Vorbehalt des Gesetzes auch bei Leistungsbescheid

*„Der Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes setzt nicht nur voraus, dass für die getroffene Maßnahme in materieller Hinsicht eine gesetzliche Grundlage besteht, sondern auch, dass die Behörde in der Form eines Verwaltungsaktes handeln darf. Dies ist besonders für die Geltendmachung von öffentlich-rechtlichen Leistungsansprüchen gegenüber dem Bürger von Bedeutung. Hier ist **nicht nur das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs** der Behörde (z. B. auf Zahlung eines Geldbetrages) Voraussetzung, sondern auch eine **Ermächtigung der Behörde, diesen Anspruch gerade durch Verwaltungsakt festzusetzen** (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG 13. Aufl. 2012, § 35, Rn. 23, m.w.N.). Dies ergibt sich schon daraus, dass die Behörde sich durch Erlass eines Verwaltungsaktes einen **Vollstreckungstitel selber schaffen** und den Adressaten auf diese Weise zwingen kann, seine Rechte durch aktives Handeln zu wahren. Nicht die Behörde ist veranlasst, ihre durch Leistungsbescheid titulierte Forderung auf gerichtlichem Wege durchzusetzen; vielmehr obliegt es dem Adressaten, um Rechtsschutz gegen den Verwaltungsakt nachzusuchen.“* (OVG Lüneburg aaO)

#### 2. Befugnis zum Leistungsbescheid auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage

Allerdings sind Fälle anerkannt, in denen eine Behörde auch ohne eine geschriebene Ermächtigungsgrundlage ihre Ansprüche durch Leistungsbescheid geltend machen kann (z.B. im Bereich des Beamtenverhältnisses sowie vergleichbarer Verhältnisse und bei der Rückforderung einer durch Verwaltungsakt gewährten Leistung (vgl. Kopp/Ramsauer, aaO., Rn. 23a m.w.N.).

*„Eine derartige Fallkonstellation liegt hier nicht vor. Insbesondere rechtfertigt das **„Kanalbenutzungsverhältnis“** nicht den Erlass des angefochtenen Leistungsbescheides. Nicht jedes subordinationsrechtlich geprägte Verhältnis führt zwangsläufig zu dem Schluss, dass die **Über- und Unterordnung** sämtliche Einzelansprüche umfasst, die daraus erwachsen. Diese muss vielmehr gerade auch im Hinblick auf den Anspruch bestehen, der durch den Verwaltungsakt geregelt werden soll. Eine **Regel** des Inhalts, dass ein dem öffentlichen Recht zuzuordnendes Rechtsverhältnis im Zweifel auf ein umfassendes und für alle Beziehungen geltendes Über- und Unterordnungsverhältnis angelegt ist, existiert nicht.“* (OVG Lüneburg aaO)

Es kommt demnach darauf an, ob das hier relevante Kanalbenutzungsverhältnis durch eine umfassende Über- und Unterordnung geprägt ist.

*„Zwischen den Beteiligten besteht ein **vertragsähnliches öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis**, dessen Verletzung Schadensersatzansprüche nach den im Zivilrecht entwickelten Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung nach sich ziehen kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 01.03.1995 - 8 C 36.92 -, juris, Rn. 10). **Lediglich Teilbereiche** des Kanalbenutzungsverhältnisses sind **subordinationsrechtlich geprägt**. [wird ausgeführt]. Zulässig sind insoweit alle **Bestimmungen, die im Interesse einer ordnungsgemäßen und störungsfreien Erfüllung der Abwasserbeseitigungspflicht**, insbesondere einer schadlosen Ableitung und Behandlung des Abwassers, erforderlich sind (vgl. Nds. OVG, Urteil vom 10.01.2012 - 9 KN 162/10 -, juris, Rn. 71). Damit einher geht auch die Befugnis, **entsprechende Regelungen durch Verwaltungsakt** durchzusetzen.*

*Dazu gehört die Leistung von Schadensersatz jedoch nicht. Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs **dient nicht der schadlosen Ableitung und Behandlung des Abwassers**, sondern kommt erst dann in Betracht, wenn diese im Einzelfall durch eine unsachgemäße Einleitung bereits gescheitert ist. Zu diesem Zeitpunkt besteht kein Bedürfnis mehr für die schnelle und einfache Schaffung eines von der Behörde ggf. zu vollstreckenden Titels. Es ist **kein sachlicher Gesichtspunkt erkennbar**, die geschädigte öffentliche Hand gegenüber dem Bürger zu privilegieren, der auf die gerichtliche Durchsetzung seines Schadensersatzanspruchs im Wege der Leistungsklage angewiesen ist.*

*Aus den vorstehenden Gründen ist es in der **obergerichtlichen Rechtsprechung seit langem anerkannt**, dass in Fällen eines Anschluss- und Benutzungsverhältnisses **Schadensersatzforderungen der öffentlichen Hand nicht durch Verwaltungsakt** geltend gemacht werden können (vgl. grundlegend: VGH BW, aaO., Rn. 6 ff.; OVG NRW, Urteil vom 26.03.1996 - 5 A 3812)2 -, juris, Rn. 51; Bay. VGH, Urteil vom 04.08.2005 - 4 B 01.622 -, juris, Rn. 39; OVG MV, Beschluss vom 19.07.2007 - 1 L 68/06 -, juris, Rn. 5 ff.).“* (OVG Lüneburg aaO)

Ist der Antragsgegnerin der Weg des Erlasses eines Leistungsbescheides verschlossen, so ist sie gehalten, ihren Schadensersatzanspruch auf dem Klagewege durch Erhebung einer Leistungsklage geltend zu machen.

## 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  
§ 139 I 2

### Richterliche Hinweispflicht Gehörsverletzung

ZPO

(BVerfG in BayVBI 2014, 448; Entscheidung vom 29.01.2014 – Vf. 18-VI-12)

**Nicht jeder Verstoß gegen die sich aus § 139 ZPO ergebende richterliche Hinweispflicht stellt gleichzeitig eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.**

„Das Grundrecht des Art. 91 I BV begründet keine allgemeine und unbegrenzte Aufklärungs- und Hinweispflicht. Das Gericht ist verfassungsrechtlich nicht gehalten, die Rechtslage mit den Parteien zu erörtern, sie auf alle möglicherweise maßgeblichen Umstände hinzuweisen oder vor dem Erlass seiner Entscheidung darzulegen, welchen Sachverhalt oder welche Rechtsmeinung es seiner Entscheidung zugrunde legen wird (st. Rspr.; vgl. VerfGHE 51, 49; VerfGHE 58, 266). Hinweis-, Aufklärungs- und Erörterungspflichten, die über die verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen hinausgehen, sich zu dem der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt zu äußern, sind, auch wenn sie im einfachen Prozessrecht verankert sind, nicht von der Schutzwirkung des Rechts auf Gehör umfasst (VerfGHE 44, 96). Mit der Behauptung, das Gericht habe die Hinweispflicht nach § 139 I ZPO verletzt, kann daher ein Verstoß gegen Art. 91 I BV grds. nicht dargetan werden. Verletzungen der Aufklärungspflicht könnten nur dann zu einem Verstoß gegen Art. 91 I BV führen, wenn das Gericht einen vor seiner Entscheidung überhaupt nicht erörterten tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkt zur Grundlage seiner Entscheidung macht und dadurch dem Rechtsstreit eine Wendung gibt, mit der die Parteien nach dem bisherigen Verlauf des Verfahrens nicht rechnen konnten. In einem solchen Fall legt das Gericht seiner Entscheidung letztlich einen Sachverhalt zugrunde, zu dem sich die Parteien nicht äußern konnten (st. Rspr.; vgl. VerfGHE 44, 96; VerfGH 58, 266). Insoweit **geht § 139 ZPO über das verfassungsrechtlich gewährleistete Minimum an rechtlichem Gehör hinaus** (vgl. BVerfGE 60, 305; BVerfG NJW-RR 2005, 936; Prütting/Gehrlein, ZPO, § 139 Rn 3; Zimmermann, ZPO, 9. Aufl. 2011, § 139 Rn 3).“ (BVerfG aaO)

ZPO  
§ 139 II

### Richterliche Hinweispflicht Änderung der Rechtsauffassung

ZPO

(BGH in MDR 2014, 854 = r+s 2014, 427; Beschluss vom 29.04.2014 – VI ZR 530/12)

**Erteilt das Gericht nach § 139 II ZPO einen rechtlichen Hinweis im Hinblick auf eine entscheidungserhebliche Frage, so darf es diese Frage im Urteil nicht abweichend von seiner zuvor geäußerten Rechtsauffassung entscheiden, ohne die Verfahrensbeteiligten zuvor auf die Änderung der rechtlichen Beurteilung hingewiesen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben.**

„Art. 103 I GG räumt dem Einzelnen das Recht ein, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können. Zwar muss ein Verfahrensbeteiligter grds. alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag hierauf einstellen. Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügende Gewährleistung rechtlichen Gehörs setzt aber voraus, dass ein Verfahrensbeteiligter bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt erkennen kann, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann. Erteilt das Gericht einen rechtlichen Hinweis in einer entscheidungserheblichen Frage, so darf es diese Frage im Urteil nicht abweichend von seiner geäußerten Rechtsauffassung entscheiden, ohne die Verfahrensbeteiligten zuvor auf die Änderung der rechtlichen Beurteilung hingewiesen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben (vgl. BGH NJW-RR 11, 1009; BVerfG NJW 96, 3202).“ (BGH aaO)

ZPO  
§ 448

### Vernehmung von Amts wegen Parteivernehmung

ZPO

(OLG Koblenz in MDR 2014, 858; Beschluss vom 20.02.2014 – 3 U 1396/13)

**§ 448 ZPO will und darf nicht die beweisbelastete Partei von den Folgen der Beweisfähigkeit befreien.** Ihr Zweck besteht vielmehr darin, wenn nach dem Ergebnis der Verhandlungen eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Behauptung spricht und andere Erkenntnisquellen nicht mehr zur Verfügung stehen, dem Gericht ein Mittel zur Gewinnung der letzten Klarheit an die Hand zu geben.

„Nach § 448 ZPO kann das Gericht, auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien anordnen, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht dazu ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit von einer zu erweisenden Tatsache zu begründen. Die Vorschrift will und darf nicht die beweisbelastete Partei von den Folgen der Beweisfähigkeit befreien. Ihr Zweck besteht vielmehr darin, wenn nach dem Ergebnis der Verhandlungen eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der streitigen Behauptung spricht und andere Erkenntnisquellen nicht mehr zur Verfügung stehen, dem Gericht ein Mittel zur Gewinnung der letzten Klarheit an die Hand zu geben (Zöller/Greger, ZPO, 30. Auflage 2014, § 448 Rn 2). Auch wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 448 ZPO vorliegen, ist das Gericht zur Parteivernehmung von Amts wegen nicht verpflichtet. Die Parteivernehmung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (Zöller/Greger aaO, Rn 4 a). Für die Ausübung des Ermessens ist insbesondere von Bedeutung, ob das Gericht von der Parteivernehmung eine Ausräumung seiner Restzweifel erwartet. Dies beurteilt sich nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit, die bereits für die zu beweisende Behauptung einerseits spricht und dem voraussichtlichen Überzeugungswert der Parteiaussage andererseits; eine vorweggenommene Beweiswürdigung ist insoweit ausnahmsweise zulässig (Zöller/Greger, ebd.; BGH WM 1968, 406).“ (OLG Koblenz aaO)



**Einstweiliges Verfügungsverfahren**  
Zustellung von Anerkenntnisurteilen im Parteibetrieb  
(LG Stuttgart in MMR 2014, 536; Urteil vom 21.02.2014 – 11 O 28/13)

Teil-Anerkenntnisurteile, die im einstweiligen Verfügungsverfahren ergehen, sind im Parteibetrieb nach § 929 II ZPO zuzustellen.

*„Das Erfordernis der Parteizustellung gilt auch für Urteilsverfügungen. Diese werden den Parteien zwar gem. §§ 317, 166 II ZPO von Amts wegen zugestellt und damit zur Kenntnis gebracht. Der Sinn und Zweck der Vollziehungsfrist besteht jedoch darin, dass der Gläubiger seinen Vollziehungswillen dokumentiert und dies ist durch eine bloße Amtszustellung nicht möglich (vgl. OLG Stuttgart GRUR-RR 2009, 194).*

*Das Erfordernis der Zustellung im Parteibetrieb entfällt auch nicht deshalb, weil die Aufhebungskl. die Unterlassungsverpflichtung anerkannt und sich an diese gehalten hat. In einem solchen Fall ist zwar eine Verwirklichung des Titels durch den Gläubiger i. S. einer Zwangsvollstreckung nicht erforderlich, weshalb die Vollziehung durch Zustellung im Parteibetrieb als bloße Förmerei angesehen werden könnte. Hiergegen spricht jedoch der Sinn und Zweck des Vollziehungserfordernisses: Wie bereits ausgeführt wurde, soll der Gläubiger mit der Vollziehung für die ganze Dauer des Verfügungsverfahrens die Eilbedürftigkeit dokumentieren und mit der Frist soll sichergestellt werden, dass sich die Umstände, die dem Erlass der einstweiligen Verfügung zu Grunde lagen, möglichst bis zum Beginn der Vollziehung des Titels nicht verändert haben. Um diesen Zweck der Vollziehung zu erfüllen, ist ein irgendwie geartetes Signal des Gläubigers erforderlich, das seinen Vollziehungswillen zweifelsfrei dokumentiert. Ein bloßes Zuwarten genügt hierfür nicht, insbesondere dann nicht, wenn es wie vorliegend um ein Unterlassungsgebot, also ein Dauerverhalten geht, das innerhalb der Vollziehungsfrist nicht, wie z.B. die Duldung einer bestimmten Maßnahme, vollständig erfüllt werden kann. Hinzu kommt, dass der Schuldner im Hinblick auf den Anspruch nach § 945 ZPO, der an die „Vollziehung“ der einstweiligen Verfügung anknüpft, wissen muss, ob der Gläubiger tatsächlich Rechte aus dem Titel durchsetzen will.*

*Vom Erfordernis einer Zustellung im Parteibetrieb ist schließlich auch nicht im Hinblick auf das Vorliegen eines Anerkenntnisurteils eine Ausnahme zu machen. Ein Anerkenntnis hat grds. nur prozessuale Wirkungen und es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Aufhebungskl. zum Zeitpunkt der Abgabe des Anerkenntnisses damit auch den materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruch wie bei einer Abschlusserklärung anerkennen wollte. Dem Anerkenntnis kann daher nicht die Wirkung beigemessen werden, dass die Aufhebungskl. damit auf ihre Rechte aus § 927 ZPO verzichten wollte (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1986, 1232).“ (LG Stuttgart aaO)*

**Hilfswise eingelegte Beschwerde**  
Unzulässigkeit

(OLG Nürnberg in MDR 2014, 798; Beschluss vom 26.03.2014 – 11 UF 1513/13)

Beantragt ein Beteiligter die Berichtigung eines Beschlusses des Erstgerichts und legt er **"hilfswise" Beschwerde** ein, handelt es sich um eine **unzulässige, weil bedingte Beschwerde**.

*„Die Einlegung der Beschwerde darf aber nicht von außerprozessualen Bedingungen abhängig gemacht werden (BVerfGE 40, 272 ff. spricht von einem „allgemein anerkannten Grundsatz des Prozessrechts“). Um eine solche Bedingung handelt es sich aber im vorliegenden Verfahren. Mit der Unzulässigkeit des bedingten Rechtsmittels soll der Status einer erlassenen Entscheidung eindeutig festgelegt werden (Musielak/Borth, FamFG, 4. Aufl., § 64 FamFG Rn 7). So kann etwa auch keine zulässige Beschwerde unter der Bedingung der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe eingelegt werden.*

*Der Sinn dieser Regelung zeigt sich im vorliegenden Verfahren besonders deutlich: Während nämlich bei einem Antrag auf Berichtigung die Rechtskraft der Ehescheidung während des Berichtigungsverfahrens (jedenfalls in der Regel) eintritt, besteht bei einer Beschwerde des Versorgungsträgers für die Ehegatten binnen eines Monats gem. § 145 I FamFG nach Zustellung des der Beschwerdeschrift die Möglichkeit, auch den Scheidungsausspruch anzugreifen. Würde man die Einlegung einer von dem Misserfolg eines Berichtigungsantrags abhängigen Beschwerde zulassen, so bliebe auch die Rechtskraft der Scheidung ungewiss. Es wäre nämlich schon unklar, ob die Frist nach § 145 I FamFG mit Zustellung der Beschwerdeschrift oder erst mit dem die Berichtigung ablehnenden Beschluss beginnt, wobei allerdings die Berichtigung gem. § 42 FamFG „jederzeit“ erfolgen kann. Der Versorgungsträger, der den Entscheidungsprozess des Gerichts nicht unbedingt nachvollziehen kann, wird hierdurch auch nicht unbillig belastet, weil bei nicht zweifelsfreiem Erfolg des Berichtigungsverfahrens der Weg der (unbedingten) Beschwerde offensteht (OLG Saarbrücken NJW-RR 2010, 1221; Vollkommer, § 319 ZPO Rn 21).“ (OLG Nürnberg aaO)*

**Öffentliche Zustellung**  
Folgen der fehlenden Belehrung

(OLG Hamm in NStZ 2014, 421; Beschluss vom 17.12.2013 – 3 RVs 91/13 u. 3 Ws 400/13)

I. Die **fehlende Belehrung** nach § 35a S. 2 StPO berührt die **Wirksamkeit der öffentlichen Zustellung** der Ladung zur Berufungshauptverhandlung **nicht**.

1. Nach einer in **Rspr. und Lit.** teilweise vertretenen Ansicht handelt es sich bei der Belehrung nach § 35a S. 2 StPO um eine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine öffentliche Zustellung nach § 40 III StPO (vgl. OLG Köln NStE Nr. 4 zu § 40 StPO; SK/StPO-Weßlau, § 40 StPO Rn 14, OLG Bbg. Beschl. v. 08.09.2009 – 1 Ss 53/09, 1 Ws 123/09; Wendisch NStZ 1988, 377); eine fehlende Belehrung führt danach zur Unwirksamkeit der Zustellung.
2. **OLG Hamm aaO lehnt diese Auffassung jedoch ab.**

*„Diese Auffassung bezieht sich zur Begründung zum einen auf den engen Zusammenhang zwischen § 35a S. 2 StPO und § 40 III StPO (vgl. OLG Bbg. aaO). Für diese Ansicht spreche zum anderen die Gesetzgebungsgeschichte. So heißt es in der Begründung zum Gesetzentwurf der BReg für das Strafverfahrensänderungsgesetz 1984, der § 35a S. 2 StPO in seiner jetzigen Fassung enthält: „Der neue § 35a S. 2 StPO stellt sicher, dass der neue § 40 III StPO nur nach entsprechender*

Belehrung anwendbar ist. Einer ausdrücklichen Bestimmung darüber, dass diese Belehrung erteilt sein muss, wenn öffentlich zugestellt werden soll, bedarf es nicht, weil sich aus dem Gesamtzusammenhang ergibt, dass sie Zulässigkeitsvoraussetzung einer Maßnahme nach § 40 III ist.“ (BT-Dr 10/1313, S. 18). Dieses Verständnis hat indes keinen Niederschlag im Gesetzeswortlaut des § 40 III StPO und in der Gesetzssystematik gefunden. § 40 III StPO führt die Voraussetzungen einer öffentlichen Zustellung in seinem Anwendungsbereich vielmehr abschließend auf. Der Annahme einer Unwirksamkeit der öffentlichen Zustellung nach § 40 III StPO bedarf es auch nicht, um einen wirksamen Rechtsschutz für den von einer mangelnden Belehrung nach § 35 a S. 2 StPO Betroffenen zu gewährleisten. Ein ausreichender Schutz ergibt sich aus den Regelungen über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.“ (OLG Hamm aaO)

- II. **Fehlt eine Belehrung** nach § 35 a S. 2 StPO, so führt dies aber dazu, dass die **Versäumung der Berufungshauptverhandlung** nach §§ 329 III, 44 S. 2 StPO **als unverschuldet anzusehen** ist.

„Nach § 44 S. 2 StPO ist die Versäumung einer Rechtsmittelfrist u. a. dann als unverschuldet anzusehen, wenn eine Belehrung nach § 35 a S. 2 StPO unterblieben ist. Aus § 329 III StPO ergibt sich, dass in seinem Anwendungsbereich die Versäumung eines Termins der Versäumung einer Frist im Sinne der Vorschriften über die Wiedereinsetzung gleichzusetzen ist. Die Versäumung eines Termins, zu dem unter Verstoß gegen § 35 a S. 2 StPO durch öffentliche Zustellung nach § 40 III StPO geladen worden ist, ist dementsprechend im Anwendungsbereich des § 329 III StPO als unverschuldet anzusehen (i. E. ebenso OLG Frankfurt NSTZ 1988, 376; KMR/StPO-Ziegler, § 35 a, Rn 24; LR/StPO-Wendisch, § 35 a, Rn 29; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 35 a Rn 16, 13).“ (OLG Hamm aaO)

StPO  
§ 273 IV

**Urteilszustellung**  
Vor Erstellung des Protokolls

StPO

(BGH in NSTZ 2014, 420; Beschluss vom 13.02.2013 – 4 StR 246/12)

§ 273 IV StPO ist eine **zwingende Verfahrensvorschrift**, deren Verletzung zur Unwirksamkeit der Urteilszustellung führt.

„Nach § 273 IV StPO darf das Urteil nicht zugestellt werden, bevor das Protokoll fertiggestellt ist. Durch diese Regelung soll sichergestellt werden, dass mit dem Protokoll schon zu Beginn der regelmäßig mit der Urteilszustellung in Lauf gesetzten **Revisionsbegründungsfrist** eine abgeschlossene Grundlage für die Entscheidung über die Anbringung von Verfahrensrügen vorliegt, die dem Anfechtungsberechtigten während der gesamten Revisionsbegründungsfrist zur Einsichtnahme offen steht (vgl. BGHSt 37, 287; BGH NSTZ 2002, 160; BGH NSTZ 1991, 502; Entwurf der BReg. zum StPÄG 1964, BR-Dr 9/62, S. 41). § 273 IV StPO ist eine zwingende Verfahrensvorschrift, deren Verletzung zur Unwirksamkeit der Zustellung führt (vgl. BGHSt 27, 80; LR-Stuckenberg 26. Aufl., § 273 Rn 65 m. w. Nachw.; BR-Dr 9/62, aaO). Gem. § 271 I 1 StPO ist die Niederschrift über die Hauptverhandlung vom Vorsitzenden und den mit der Protokollierung befassten Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu unterschreiben. Die Fertigstellung des Protokolls erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des BGH zu dem Zeitpunkt, zu dem die letzte der für die Beurkundung des gesamten Protokollinhalts erforderlichen Unterschriften geleistet wurde (vgl. BGHSt 51, 298; BGH BGHR StPO § 271 Protokoll 1; BGH NSTZ 1992, 29; BGH BGHR StPO § 145 a Unterrichtung 1; BGH NSTZ 1984, 89; BGHSt 23, 115; vgl. auch BR-Dr 9/62, aaO).“ (BGH aaO)

GG  
Art. 2 I, 1 I

**Mithören eines Telefonats**  
Zulässigkeit des Zeugenbeweises

GG

(LG Berlin in MDR 2014, 860; Beschluss vom 15.05.2014 – 67 S 90/14)

Benennt eine Prozesspartei für eine von ihr behauptete mündliche Abrede einen Zeugen, der ein **Telefongespräch** der Parteien über eine Mithöreinrichtung **mitgehört** haben soll, **ohne sich zuvor** sämtlichen Gesprächsteilnehmern **zu offenbaren**, **unterfällt dieser Beweisantritt** einem **Beweiserhebungsverbot**.

„Denn in der Erhebung und Verwertung der Aussage eines Zeugen, der ein Telefonat ohne Einwilligung des Gesprächspartners mitgehört hat, liegt selbst angesichts der weiter **fortschreitenden Entwicklung der Telekommunikationstechnologie ein Eingriff in das durch Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG geschützte Recht des Gesprächspartners am gesprochenen Wort**, für den es einer dem Rang des grundrechtlichen Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Rechnung tragenden Rechtfertigung bedarf (BVerfG NJW 2002, 3619; BGH NJW-RR 2010, 1289). Dabei reicht das Interesse an einer funktionstüchtigen Straf- und Zivilrechtspflege nicht aus, um im Rahmen der erforderlichen Abwägung von einem gleichen oder höheren Gewicht ausgehen zu können, als es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zukommt. Vielmehr müssen weitere Aspekte hinzutreten, die ergeben, dass das **Interesse an der Beweiserhebung trotz der Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung schutzwürdig** ist. Davon kann ausnahmsweise nur bei **notwehähnlichen Situationen** wie der Anfertigung heimlicher Tonbandaufnahmen zur Feststellung der Identität eines anonymen Anrufers oder zur Feststellung erpresserischer Drohungen oder dem Fall eines auf andere Weise nicht abwehrbaren Angriffs auf die berufliche Existenz ausgegangen werden (BGH aaO, m. w. Nachw.).“ (LG Berlin aaO)

UWG  
§ 4 Nr. 11

**Angefochtener Verwaltungsakt**  
Tatbestandswirkung

UWG

(BGH in MDR 2014, 794; Urteil vom 24.09.2013 – I ZR 73/12)

Die **Tatbestandswirkung eines (nicht nichtigen) Verwaltungsakts entfällt nicht** dadurch, dass dieser **angefochten** ist und die **Anfechtung aufschiebende Wirkung** hat.

„Die **aufschiebende Wirkung** einer Anfechtungsklage **begründet lediglich eine Vollziehbarkeithemmung**; der **Verwaltungsakt als solcher bleibt davon unberührt** und damit wirksam (vgl. BVerwG NVwZ 1989, 48; BVerwGE 132, 250 = NJW 2009, 1099). Dementsprechend ist die zuständige Landesbehörde an den Verwaltungsakt auch dann gebunden, wenn dieser angefochten worden ist.“ (BGH aaO)

(HessVGH in DÖV 2014, 720; Beschluss vom 11.03.2014 – 10 A 500/13)

Ein **Ablehnungsgesuch nach § 54 I VwGO i. V. m. §§ 41, 49 ZPO unterliegt** vor dem Oberverwaltungsgericht/ Verwaltungsgerichtshof **dem Vertretungszwang** nach § 67 IV 1 VwGO.

- I. Nach **§ 67 IV 1 VwGO** müssen sich die Beteiligten u.a. vor dem Oberverwaltungsgericht, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Der dort geregelte **Vertretungszwang nimmt** nach der ausdrücklichen Regelung **nur Handlungen im Prozesskostenhilfverfahren aus** und **gilt** somit für alle anderen Prozesshandlungen (so auch Kugele, VwGO, 1. Aufl. 2013, § 67 Rn 21) und daher nach ganz überwiegender Auffassung in Rspr. und Lit., der sich HessVGH aaO anschließt, **auch für Ablehnungsgesuche**.

so auch BVerwG, Beschluss vom 11.12.2012 - 8 B 58/12 -; Bay. VGH, Urteil vom 26.06.2012 - 1 B 11.2741 - und Beschluss vom 23.02.2009 - 11 B 07. 30511 -; OVG NRW, Beschluss vom 10.05.2011 - 17 E 512/11 -; OVG Berlin-Bbg, Beschluss vom 22.12.2009 - OVG 10 B4.09 -; Nds. OVG, Beschluss vom 28.11.2008 - 5 LA 104/05 -, alle Juris-Ausdruck; Bader. u.a., VwGO, 5. Aufl. 2011, § 67 Rn 27; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 67 Rn 30; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand April 2013, § 67 Rn 67; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 15. Aufl. 2010, § 54 Rn 14; Schmidt, Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 54, Rn 17; Posser/Wolff, VwGO, 2. Aufl. 2014, § 67, Rn 45; a. A. Posser/Wolff aaO, § 54 Rn 31; Görditz, VwGO, 1. Aufl. 2013, § 54 Rn 37

- II. Nach einer **anderen Auffassung** kann nach der entsprechend anwendbaren Regelung in § 44 I 2. Halbs. ZPO ein Ablehnungsgesuch vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden, weshalb der Vertretungszwang nicht gilt.

Damit ist offenbar gemeint, dass nach §78 III ZPO der Vertretungszwang für Prozesshandlungen nicht gilt, die vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vorgenommen werden können, und dass diese Regelung nach § 173 S. 1 ZPO auch im Verwaltungsprozess entsprechende Anwendung finden müsse. So ist zumindest früher unter Anwendung der genannten Bestimmungen in der Rspr. die Auffassung vertreten worden, dass Ablehnungsgesuche nicht dem Vertretungszwang des § 67 VwGO unterliegen (vgl. etwa Bay. VGH, Beschluss vom 21.04.2006 - 9 BV 05.1863 -, Juris-Ausdruck).

*„Allerdings betrafen diese Entscheidungen die Fassung, die die genannte Bestimmung vor ihrer Neufassung durch das am 01.07.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007 (BGBl I Seite 2840) erfahren hat. Diese Neufassung der Bestimmung nimmt vom Vertretungszwang ausdrücklich lediglich das Prozesskostenhilfverfahren aus, womit der Gesetzgeber offensichtlich zum Ausdruck bringen wollte, dass andere Ausnahmen grds. nicht zuzulassen sind, sofern sich solche nicht aus ausdrücklichen **Spezialvorschriften** ergeben (vgl. etwa § 66 V 1 GKG; § 33 VII 1 RVG). Nach dieser Neufassung der Vorschrift des § 67 IV VwGO besteht für die Annahme einer Verdrängung dieser Regelung durch § 44 I 2. Halbs. i.V. m. § 78 III ZPO kein Raum mehr (so ausdrücklich BVerwG, Beschluss vom 11.12.2012, aaO, mit ausführlicher Begründung unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte zur Neuregelung des § 67 IV VwGO; Bay. VGH, Beschluss vom 26.06.2012, aaO; Nds. OVG, Beschluss vom 28.11.2008, aaO; Kopp/Schenke aaO; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand April 2013, § 67 Rn 6; a. A. auch für die derzeitige Rechtslage noch Posser/Wolff aaO und Görditz aaO). Dieser Auffassung gebührt der Vorrang.“* (HessVGH aaO)

(OVG NRW in DÖV 2014, 720; Urteil vom 01.04.2014 – 8 A 655/12)

Die **fehlende Unterschrift** eines an der Entscheidung beteiligten Richters unter ein erstinstanzliches Urteil kann noch **im Berufungsverfahren nachgeholt** werden.

- I. **Mit Nachholung der Unterschrift und erneuter Zustellung wird** das bis dahin **unwirksame (Schein-)Urteil existent** und damit Gegenstand des Berufungsverfahrens, ohne dass es einer erneuten Rechtsmitteleinlegung bedarf (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 117 Rn 58; vgl. zur Unwirksamkeit des Urteils bis zur Nachholung der Unterschrift: BVerwGE 91, 242).
- II. Der Umstand, dass die **fehlende Unterschrift erst nach Ablauf von fünf Monaten** nach dem Tag der gerichtlichen Entscheidung **nachgeholt wurde, steht dem nicht entgegen**.

*„Zwar ist die **nachträgliche Abfassung, Unterzeichnung und Übergabe der Urteilsurschrift an die Geschäftsstelle** gem. § 117 IV VwGO nach den Grundsätzen der Entscheidung des Gem. Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 27.04.1993 (vgl. BVerwGE 92, 367), **auf längstens diese Frist begrenzt**. Dies gilt jedenfalls für Urteile, die aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergehen und nach § 116 I oder II VwGO verkündet werden (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2003, 460; vgl. zur Anwendbarkeit der 5-Monats-Frist auf Kammerentscheidungen ohne mündliche Verhandlung (§ 116 III VwGO): Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 138 Rn 249).*

*Wird diese Frist überschritten, ist das Urteil verfahrensfehlerhaft zustande gekommen und i. S. des §138 Nr. 6 VwGO nicht mit Gründen versehen; dies führt im Revisionsverfahren zur Aufhebung des Urteils (vgl. zu § 547 Nr. 6 ZPO: BGH NJW 2006, 1881; BGH NJW-RR 2007, 141).*

*Dies gilt indes nicht gleichermaßen für das Berufungsverfahren, weil sich die **Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung** durch den Senat - anders als im Revisionsverfahren (vgl. § 137 VwGO) - **nicht darauf beschränkt, ob diese Entscheidung auf der Verletzung geltenden Rechts beruht**, sondern der Senat eine von der Entscheidung des Verwaltungsgerichts unabhängige umfassende Neuprüfung des Rechtsstreits vornimmt (vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 124 Rn 221).“* (OVG NRW aaO)

## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Witt:** Aus- und Einbaukosten in der Sachmängelhaftung bei einem Kaufvertrag zwischen Unternehmen (NJW 2014, 2156)

Bespr. der Entsch. BGH NJW 2014, 2183 - Der **Regress nach § 478 BGB** setzt stets einen **Verbrauchsgüterkauf**, d. h. den Weiterverkauf an einen Verbraucher, voraus; ein Regress ist nicht zugelassen, wenn gar kein Kauf-, sondern ein Werkvertrag vorliegt. - Dass der BGH in einem obiter dictum seine – fragwürdige – Rspr. zu § 278 BGB, wonach der **Hersteller der Kaufsache nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers** ist, der die Sache an seinen Kunden verkauft, auf den Werklieferungsvertrag überträgt, vermag nach Ansicht des Autors angesichts der Nähe dieser Vertragsart zum Werkvertrag nicht zu überzeugen. - **Praktische Konsequenz** des Ausspruchs ist, dass der **Werklieferer mangels Verschuldenszurechnung eine vertragliche Schadensersatzhaftung nicht zu fürchten braucht, wenn er Vorleistungen auf externe Personen auslagert**.

2. **Borges:** Die Haftung des Internetanschlussinhabers für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte (NJW 2014, 2305)

Besprechung der Entsch. BGH NJW 2014, 2360 und BGH NJW 2013, 1441 - Die Wertung des BGH, dass der **Internetanschlussinhaber grds. nicht dazu verpflichtet** ist, **Ehegatten und volljährige Kinder**, denen er die Nutzung eines Internetanschlusses zur Verfügung stellt, **zu belehren**, ist jedenfalls **auf alle volljährigen Personen zu übertragen**: Bei diesen fehlt es grds. an einer Belehrungspflicht des Anschlussinhabers, da von einem Verständnis hinsichtlich der Unzulässigkeit von Rechtsverletzungen per Internet ausgegangen werden kann. - Offen ist neben weiteren Fallgruppen vor allem die **Bedeutung der Haftungsbeschränkung des § 8 TMG** und des diesem zu Grunde liegenden Art. EWG RL 2000 31 Artikel 12 E-Commerce-Richtlinie.

3. **Nietsch:** Schadensersatz beim Deckungskauf trotz Erfüllung (NJW 2014, 2385)

**Problemstellung:** Muss der **Gläubiger im Rahmen eines verzugsbedingten Deckungskaufs Mehrkosten aufwenden**, stellt sich die **Frage, unter welchen Voraussetzungen er** deswegen vom Schuldner **Schadensersatz fordern kann**; Bedeutung hat diese Frage insbesondere dann, wenn er am Vertrag festhalten möchte; es stellt sich die Frage, ob ein Schadensersatzanspruch neben dem Erfüllungsanspruch besteht oder ob zwischen beiden eine Wahl getroffen werden muss. – Der **BGH** hat die **Mehrkosten eines Deckungskaufs** jüngst **als Schaden statt der Leistung eingeordnet** und daraus gefolgert, dass ein Ersatz neben der Erfüllung nicht in Betracht kommt, da der Gläubiger sonst durch einen Ersatzanspruch schadensrechtlich bereichert werden könnte.

4. **Kirchheim:** Die Störung der Hauptverhandlung durch in §§ 177, 178 GVG nicht genannte, an der Hauptverhandlung beteiligte Personen (NSTz 2014, 431)

**Problemstellung: Adressaten von Maßnahmen nach §§ 177, 178 GVG können nur Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht beteiligte Personen sein**; wird die Hauptverhandlung **durch andere an der Verhandlung beteiligte Personen, insbesondere Verteidiger oder Staatsanwälte, gestört**, sind diese **Vorschriften – auch in Extremfällen – nicht anwendbar**. – Wird die Hauptverhandlung durch in §§ 177, 178 GVG nicht genannte Verfahrensbeteiligte in schwerwiegender Weise gestört, müssen der Vorsitzende bzw. das Gericht im Interesse der **Funktionsfähigkeit der Rechtspflege** im konkreten Einzelfall in die Lage versetzt werden, zeitnah und effektiv den ordnungsgemäßen Fortgang der Hauptverhandlung sicherzustellen. - Aus der „**Roben-Rspr.**“ des BVerfG, des BGH und der OLG, die zu Verstößen gegen die Pflicht zum Tragen der Berufstracht ergangen ist, folgt, dass **Verfahrensbeteiligte**, die die Ordnung der Sitzung stören, **durch eine Anordnung nach § 176 GVG zurückgewiesen** werden können; dadurch verlieren sie ihre Stellung als an der Sitzung Beteiligte, so dass – wenn sie weiterhin stören – gegen sie Maßnahmen nach §§ 177, 178 GVG ergriffen werden könnten. - Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Zurückweisung von Verfahrensbeteiligten auf der Grundlage des geltenden Rechts indes abzulehnen, da hierfür derzeit **keine ausreichende gesetzliche Rechtsgrundlage** existiert; angesichts der abschließenden Regelungen in §§ 177, 178 GVG kann eine Zurückweisung insbesondere nicht auf § 176 GVG gestützt werden; de lege ferenda sollte nach Auffassung des Autors jedoch eine Rechtsgrundlage für die Zurückweisung von Verfahrensbeteiligten geschaffen werden, denn dieses Instrument werde zum einen den Bedürfnissen der Praxis gerecht, zum anderen lasse es sich so ausgestalten, dass sowohl die verfahrensrechtliche Stellung der Adressaten als auch die betroffenen verfassungsrechtlichen Belange angemessen berücksichtigt werden.

### II. Strafrecht

1. **Landau:** Das Urteil des Zweiten Senats des BVerfG zu den Absprachen im Strafprozess vom 19.03.2013 (NSTz 2014, 425)

Bespr. der Entsch. BGH NJW 2013, 1058

2. **Fromm:** Neues zur „Umbeordnung“ des Pflichtverteidigers (NJOZ 2014, 1081)

Die **Pflichtverteidigung hat sich erübrigt, wenn der Beschuldigte einen anderen Verteidiger mit seiner Vertretung beauftragt** hat und dieser die Wahl annimmt; in diesem Falle ist die Bestellung des Officialverteidigers zwingend zurückzunehmen. - Auf Grund der **Gefahr des faktischen Unterlaufens der freien Verteidigerwahl** im Falle eines Untersuchungshäftlings muss bei den Voraussetzungen für den Pflichtverteidigerwechsel abgestuft werden: Ist das Vertrauen des Pflichtverteidigers durch staatlichen Akt „oktroiert“ worden, muss der Wechsel zum eigentlichen Anwalt des Vertrauens unter erleichterten Voraussetzungen möglich gemacht werden als in der bisherigen Rechtsprechung anerkannt. - Mangels einer wirklichen Entfaltung eines **Vertrauensverhältnisses** im Falle der Beordnung durch staatlichen Akt gebührt dem Recht des Beschuldigten auf freie Wahl eines Anwalts aus § 137 StPO grds. der Vorrang gegenüber den Interessen der Staatskasse auf möglichst niedrige Verfahrenskosten. - Einem **Pflichtverteidigerwechsel ist** jedenfalls dann **unter erleichterten Voraussetzungen zuzustimmen**, wenn der weiteren Zusammenarbeit mit dem bisherigen Verteidiger die Vertrauensgrundlage entzogen ist oder die Qualität der Verteidigung ansonsten leiden würde. - Der **Beschuldigte hat keinen Einfluss auf eine abgeänderte Entscheidung des Gerichts bzgl. des Pflichtverteidigers, wenn er** in bössartiger Weise **zur Verzögerung des Verfahrens beitragen will** und eine Hauptverhandlung durch seine geänderte Auffassung „platzen“ würde. - Die gerichtliche Fürsorgepflicht gebietet eine Zustimmung zum Wechsel des Pflichtverteidigers, wenn der bisherige Pflichtverteidiger damit einverstanden ist, durch die Beordnung des neuen Verteidigers keine Verfahrensverzögerung verursacht wird und keine Mehrkosten für die Staatskasse entstehen.

### III. Öffentliches Recht

1. **Ismer/Meßerschmidt:** Vor Ernennung begangene Straftaten im Beamtenrecht (DÖV 2014, 594)

Nach der **Rspr. des BAG darf der Arbeitgeber nach Vorstrafen fragen**, wenn ein Zusammenhang mit der zu besetzenden Stelle besteht und die Tat nicht aus dem Bundeszentralregister gelöscht ist; dasselbe gilt für laufende Straf- und Ermittlungsverfahren, nicht aber für allgemeine Fragen nach eingestellten Verfahren; vergleichbare Grundsätze sind, wenngleich mit den gebotenen Modifikationen, auch im Beamtenrecht anzuwenden: Eine **Verbeamtung scheidet bei Unwürdigkeit aus**; dafür **reichen eingestellte Strafverfahren grds. nicht aus**; bei einer erfolgten Verurteilung ist demgegenüber eine Gesamtwürdigung vorzunehmen; bei laufenden Ermittlungsverfahren kommen eine Zurückstellung der Bewerbung sowie eine Verbeamtung auf Widerruf in Betracht. - Bei **Bagatelldelikten** muss der Dienstherr – insbesondere in grundrechtssensiblen Bereichen – allerdings sofort verbeamten, da keine relevante Unsicherheit besteht; ist die Verbeamtung trotz zuvor begangener Straftaten oder laufender Verfahren erfolgt, kommt eine Rücknahme wegen arglistiger Täuschung oder Unwürdigkeit in Betracht; bei der **arglistigen Täuschung** ist allerdings **Kausalität erforderlich**; auch scheidet aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine Rücknahme aus, wenn der Beamte über ein laufendes Verfahren getäuscht hat, es aber später zu einem Freispruch oder zur Verurteilung mit Verhängung einer nicht zur Unwürdigkeit begründenden Strafe kommt. - Eine Rücknahme wegen Unwürdigkeit setzt voraus, dass der Beamte im Ernennungszeitpunkt bereits verurteilt war; die in § 24 BeamStG genannten Freiheitsstrafen sind dabei als Mindestgrenzen heranzuziehen; ferner ist § 51 IBZRG zu beachten. - Bei **Auslandsstrafaten** ist zudem eine Einzelfallprüfung erforderlich, ob eine Gleichstellung mit deutschen Straftaten erfolgen kann; dies setzt insbesondere eine Strafbarkeit der Tat im Inland – und nicht nur Qualifikation als Ordnungswidrigkeit – voraus, wenn sie im Inland begangen worden wäre.

2. **Spilker:** Postmortaler Schutz durch das Grundgesetz (DÖV 2014, 637)

**Problemstellung:** Die **Reichweite des postmortalen Rechtsschutzes ist weder verfassungsrechtlich konkretisiert noch in der Rspr. und Wissenschaft abschließend geklärt**; postmortal besteht zwar mangels Grundrechtsträgerschaft kein subjektiv-öffentliches Recht mehr, jedoch eine aus den Wertentscheidungen des Grundgesetzes und der Menschenwürde abgeleitete Pflicht, vor Beeinträchtigungen der Würde des Menschen zu schützen, diese endet nicht mit dem Tod. - In der **zivilrechtlichen Rspr.** ist dies für das aus der Menschenwürde abgeleitete (postmortale) allgemeine Persönlichkeitsrecht i. S. d. § 823 I BGB anerkannt und wird auf die Wertentscheidungen des Grundgesetzes zurückgeführt. - Während das BVerfG bislang nur einen postmortalen Schutz bei Angriffen auf die Menschenwürde bejaht hat, vertritt der Autor die Ansicht, dass ein **postmortaler Persönlichkeitsschutz auch aufgrund einer Reflexwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistet** sein muss: Die in der **Menschenwürde** und den Grundrechten zum Ausdruck kommende Wertentscheidung des Gesetzgebers verpflichtet dazu, **Schutzwirkungen bestimmter Grundrechte auch postmortal und unabhängig von der Existenz des Rechtsträgers zu garantieren**; dies gilt dann, wenn postmortale Angelegenheiten im Schutzbereich des Grundrechts zu Lebzeiten geregelt werden können; da es dem Grundrechtsträger nicht auf die Regelung an sich, sondern auf die postmortale Berücksichtigung dieser ankommt, wäre eine **Begrenzung der Schutzwirkung auf die Lebenszeit widersprüchlich und entspräche nicht den Wertentscheidungen des Grundgesetzes**. - Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst ferner ein Recht auf ein unbeeinträchtigtes Andenken der Angehörigen an den Verstorbenen; daher bestehen bei postmortalen Rechtsverletzungen regelmäßig auch Abwehransprüche naher Angehöriger.

3. **Berger:** Geschäftsführung ohne Auftrag zwischen Verwaltungsträgern (DÖV 2014, 662)

Jede **Zuständigkeits- und Aufgabennorm weist dem jeweiligen Aufgabenträger grds. auch die Verantwortung für die Kosten zu**; Abweichungen von dieser allgemeinen Kostenverteilung sind Abweichungen von der Zuständigkeitsordnung. - Ein Gesetz, welches Abweichungen dieser Aufgaben- und Kostenverteilung zwischen Verwaltungsträgern vorsieht und einen Aufgabenträger von der Kostenlast zulasten eines anderen Verwaltungsträgers befreit, muss den rechtsstaatlichen Anforderungen an die hier sog. **Kostenklarheit** genügen; danach muss eine von der Zuständigkeits- und Kostenverteilung abweichende Regelung bereichsspezifisch und hinreichend eindeutig erfolgen; die **zivilrechtlichen Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683 i. V. m. § 670 BGB genügen diesen rechtsstaatlichen Anforderungen nicht**, denn sie sind **weder bereichsspezifisch noch hinreichend eindeutig**; die §§ 677 ff. BGB dürfen also nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sie einem Aufgabenträger gegenüber einem anderen Hoheitsträger einen Anspruch auf Kostenerstattung zuerkennen. - Die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB auf das Verhältnis von Hoheitsträgern ist also hochgradig voraussetzungsabhängig; dies erklärt die jahrzehntelang unversöhnlich nebeneinander stehenden Ansätze von Rspr. und Lit.; umso wichtiger ist es, bereits auf der Primärebene die Zuständigkeiten klar und eindeutig abzugrenzen, um die Fallgruppen paralleler Aufgabenverantwortlichkeiten von Hoheitsträgern bereits von vornherein zu begrenzen.

#### IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

##### 1. **Dölling**: Die Vollstreckbarerklärung der Kostenentscheidung im Zivilurteil (NJW 2014, 2468)

Ob ein Urteil die Vollstreckung nur wegen der Kosten ermöglicht und ob die vollstreckbaren Kosten die Wertgrenze des § 708 Nr. 11 Var. 2 ZPO übersteigen, ist für jede Partei des Rechtsstreits und für jedes Prozessrechtsverhältnis gesondert zu ermitteln. - **Vollstreckbare Kosten** sind diejenigen **Kosten, die voraussichtlich im Kostenfestsetzungsverfahren festgesetzt werden**; ihr Betrag ist zu schätzen, wobei bei unsicherer Entwicklung in der Regel zu Gunsten des Schuldners der höhere Vollstreckungsbetrag zu Grunde zu legen ist, auf eine etwaige Kostenausgleichung kommt es danach nicht an. - Zu berücksichtigen sind in erster Linie **Gerichtskosten und Rechtsanwaltskosten**; Gerichtskosten kommen nur in Betracht, soweit der Gläubiger sie bereits gezahlt hat und auch nicht von der Staatskasse zurückverlangen kann; Rechtsanwaltskosten sind auch ohne Zahlung, jedoch immer nur in Höhe der gesetzlichen Vergütung zu berücksichtigen, die **Umsatzsteuer** dabei nur insoweit, als der Gläubiger sie nicht im Wege des Vorsteuerabzugs erstattet verlangen kann; die Anrechnung der vorgerichtlichen Geschäfts- auf die Verfahrensgebühr kommt nur dann zum Tragen, wenn die Geschäftsgebühr auf Grund eines materiell-rechtlichen Erstattungsanspruchs im selben Urteil in voller Höhe tituliert wird; **maßgeblich für die Berechnung der Gerichtskosten und Rechtsanwaltskosten ist die endgültige Streitwertfestsetzung bei Verfahrensabschluss**. - Kann ein Gläubiger gegen mehrere Schuldner als Streitgenossen vollstrecken, so ist der jeweils vollstreckbare Betrag maßgeblich; haften die Schuldner jedoch gesamtschuldnerisch für die Kosten, so kommt es in jedem Prozessrechtsverhältnis auf die Höhe der Gesamtschuld an: Stehen auf Gläubigerseite Streitgenossen, so hat die Vollstreckbarerklärung hinsichtlich der Anwaltskosten für jeden von ihnen zu unterstellen, dass er einen eigenen Anwalt beauftragt hat, auch wenn sie sich tatsächlich von einem gemeinsamen Anwalt haben vertreten lassen; Gerichtskosten sind bei demjenigen zu berücksichtigen, der sie bezahlt hat; haben mehrere Streitgenossen einen Gerichtskostenvorschuss von einem gemeinsamen Konto eingezahlt, so kann jeder in Höhe seines Kopfteils vollstrecken. - Ist einer Partei **PKH bewilligt** worden, so ergeben sich **Besonderheiten nur für die Gerichtskosten**: Obsiegt die nicht bedürftige Partei, so kann sie keine Gerichtskosten vollstrecken, sondern muss sie von der Staatskasse erstattet verlangen, weshalb die Gerichtskosten bei der für sie ergehenden Vollstreckbarerklärung nicht zu berücksichtigen sind; obsiegt die bedürftige Partei, kann sie Gerichtskosten nur insoweit vollstrecken, als sie sie im Rahmen der getroffenen Zahlungsbestimmungen geleistet hat; für die Vollstreckbarerklärung ist auf den Zahlungsstand bei Verkündung des Urteils abzustellen.

##### 2. **Tiedtke**: KostO und GNotKG - Kostenrechtsprechung 2013 (DNotZ 2014, 575)

##### 3. **Merkt**: Der Syndikusanwalt und Corporate Governance (NJW 2014, 2310)

Nach der **Grundsatzentscheidungen des BSG** vom 03.04.2014 können Syndikusanwälte wegen ihrer abgängigen Beschäftigung bei einem nichtanwaltlichen Arbeitgeber zukünftig nicht mehr nach § 6 SGB VI von der Zwangsmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit werden. - Diese Entscheidung wird heftig kritisiert; dabei stehen vor allem **drei Aspekte** im Vordergrund: Erstens, dass **den Syndici** vom BSG zu Unrecht der **Status als unabhängige Rechtsanwälte abgesprochen** werde und dass es nicht Aufgabe des BSG sein könne, das Berufsbild des Syndikus-Anwalts verbindlich zu definieren; zweitens, dass diese Rspr. die **Attraktivität des Berufs des Syndikus-Anwalts deutlich verschlechtere** und drittens, dass dies wiederum einen **Rückgang der Anwaltszulassung auslösen** könne, was dann zu einem Anstieg der Beitragslast für die verbleibenden Kammermitglieder führe; auch wird mit Blick auf den vom BSG für befreite Syndici gewährten Vertrauens- und Bestandsschutz, der beim Wechsel des Arbeitgebers erlischt, vor einer Beeinträchtigung der beruflichen Mobilität von Syndici mit negativen Folgen für den Arbeitsmarkt gewarnt, ebenso vor den finanziellen Folgen für Arbeitgeber und vor möglichen Weiterungen für andere freie Berufe.

##### 4. **Wendt**: Die Rspr. des IV. Zivilsenats des BGH zur Rechtsschutzversicherung (r+s 2014, 328)

### Der Putativnotwehrexzess

I. Nach § 33 StGB bleibt derjenige, die **Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken überschreitet, straffrei.**

Erfasst ist damit nur der **intensive Notwehrexzess**, d. h. der Fall, in dem die Abwehrhandlung des Täters gegenüber einem wirklichen rechtswidrigen Angriff die Grenzen der Erforderlichkeit überschreitet (h. M., z. B. BGH NStZ 1983, 453; BGH NStZ 1987, 20; Lackner, StGB, 16. Aufl., § 33 Anm. 2).

Strafbefreiung nach § 33 StGB ist aber auch dann noch möglich, wenn bei der das erforderliche Maß überschreitenden Notwehrhandlung die Intensität des Angriffs bereits nachgelassen hat oder die unmittelbare Wiederholung des Angriffs zu befürchten ist (BGH NJW NStZ 1987, 20).

Dabei kommt es nicht darauf an, ob die in § 33 StGB genannten Affekte ein Ausmaß erreicht haben, das zu einer **wesentlichen Verkennung der tatsächlichen Umstände** hätte führen können.

Hat der Verteidiger sich über das Ausmaß einer von einem rechtswidrigen Angreifer drohenden Gefahr oder das zu ihrer Beseitigung erforderliche Mittel infolge einer auf tatsächlichem Gebiet liegenden Fehlvorstellung geirrt, so kommt ein nach § 16 I StGB exkulpirerender Irrtum über Tatumstände in Betracht, und zwar unabhängig davon, auf welchen Gründen er beruht.

II. Ein **Putativnotwehrexzess** ist hingegen dann gegeben, wenn jemand sich **irrtümlich einen rechtswidrigen Angriff vorstellt und dabei** aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken mit seiner „Abwehrhandlung“ die **Grenzen der erforderlichen Verteidigung überschreitet**, die ihm bei bestehender Notwehrlage erlaubt gewesen wäre.

III. Der Putativnotwehrexzess und der Erlaubnistatbestandsirrtum überschneiden sich zwar, eine **klare Abgrenzung** ist aber **im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen erforderlich**: Der **Erlaubnistatbestandsirrtum entlastet** nach h. M. **vom Vorsatzunrecht**, während der **Putativnotwehrexzess unbeachtlich** ist. Die Regelung des **§ 33 StGB** ist **keine typisierte Erlaubnistatbestandsregelung** (a. A.: Frister, Die Struktur des „voluntativen Schuldlements“, 1993, 229).

1. Anders als beim extensiven Notwehrexzess ergibt sich beim **Putativnotwehrexzess** bereits aus dem Wortlaut und aus dem Gesetzeszusammenhang, dass es sich **nicht um einen Anwendungsfall des § 33 StGB** handelt, denn es liegt keine Notwehr vor und es hat auch nie eine Notwehrlage bestanden, so dass der Bereich der gerechtfertigter Abwehrhandlung auch nicht überschritten werden kann. Es wäre nicht nachzuvollziehen, wenn eine vermeidbare Putativnotwehr strafbar wäre, ihre schuldhaftige Überschreitung aber straffrei bliebe (Roxin, FS Schaffstein 1975, 105, 119; Roxin AT/I § 22 Rn 95).

2. Nicht entschuldigt ist also, wer im asthenischen Affekt unbeteiligte Dritte verletzt (BGH NStZ 2002, 141; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, StGB, § 33 Rn 10), denn die **Regelung des § 33 StGB ist auf diesen Fall weder direkt noch analog anwendbar**. Bereits dem Wortlaut der Vorschrift ist für die Behandlung solcher Konstellationen nichts zu entnehmen. Gleichwohl folgt aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, dass in diesen Fällen eine Entschuldigung nicht durchgreifen kann, denn der Exzess trifft einen unbeteiligten Dritten, der am Konflikt keine Schuld trägt (MüKo-StGB/Erb, § 33 Rn 25 m. w. Nachw.). Die Drittwirkung kann im Einzelfall daher allenfalls nach § 34 StGB gerechtfertigt bzw. nach § 35 StGB entschuldigt sein.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Strafrecht

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

<b>Land:</b> Hessen	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> M	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 25.06.2014
------------------------	-------------------------------------	--

**Zur Person:**

M gibt den Gutmütigen. Er gibt zwischendurch immer mal wieder zu verstehen, dass er viel Verständnis für unsere missliche Lage hat und lächelt milde. Er ist allerdings schon während der Zivilrechtsprüfung fast eingeschlafen, war aber zum Strafrecht doch wieder einigermaßen wach. Seine Prüfung unterschied sich insofern von den anderen, als dass er den jeweiligen Kandidaten einfach sprechen ließ, ohne ihn zu stoppen. Das galt auch dann, wenn sich der Kandidat etwas neben der Spur befand. M vermittelt den Eindruck, als ob er nicht wirklich ein passionierter Strafrechtler wäre. Jedenfalls bemerkt er manchen Fehler nicht und hält sich an seine Lösungsskizze.

**Zur Prüfung:**

**Fall:** A ist knapp bei Kasse und leiht sich von B 1000 €. Das Geld soll in 4 Monatsraten zu je 250 € zurückgezahlt werden. A kann schon nach der 2. Rate nicht mehr zahlen. Daraufhin wird A von B und seinem Bruder C in seiner Wohnung aufgesucht. Sie fordern Zahlung. A kann nicht zahlen, sodass B und C seinen BMW als „Pfand“ mitnehmen wollen. B sieht den Autoschlüssel, bewegt sich auf diesen zu. A stellt sich dazwischen. Da schlägt B dem A mit der Faust mehrfach ins Gesicht, woraufhin A benommen zu Boden geht. B greift sich den Schlüssel. Damit A nicht gleich Hilfe holen kann reißt B das Telefonkabel aus der Wand. Dieses steht im Eigentum der Telekom. C schritt während des Geschehens nicht ein. Erst bei Verlassen der Wohnung des A ist C dem B behilflich, indem er ihm die Tür aufhält. A erstattet Strafanzeige.

Aus welchem Grund auch immer begann die Prüfung mit §§ 242, 22 StGB bzgl. des Schlüssels. Hier mangelt es aber an der Zueignungsabsicht, da ja nur ein Pfand genommen werden sollte, also der Schlüssel und das Auto wieder zurückgegeben werden sollten.

§ 255 StGB scheidet an der fehlenden Bereicherungsabsicht (aus meiner Sicht sehr fraglich, für M aber ein klarer Fall).

§ 249 scheidet an der fehlenden Zueignungsabsicht.

§ 223 StGB liegt vor. Qualifikation gem. § 224 StGB?

Nr. 4: fraglich ob gemeinschaftlich „mittäterschaftlich“ meint und ob dies vorliegt. Angeblich ist beides vertretbar. Jeder wurde nach seiner Meinung gefragt.

Nr. 5: Faustschläge ins Gesicht als eine das Leben gefährdende Behandlung? Auch hier waren verschiedene Meinungen vertretbar.

Nr. 3: (-), Nr. 2: (-)

§ 248 b StGB liegt vor. Strafantragserfordernis gem. § 77 ff. StGB? M wollte wissen, ob A auch dann antragsberechtigt ist, wenn er das Kfz nur geleast hat. Das ist zu bejahen.

§ 240 StGB liegt ebenfalls vor.

Tatobjekt Kabel: Sachbeschädigung liegt vor. Dann ließ uns M nach einer weiteren Vorschrift suchen, auf die er uns schließlich selber stieß: § 317 StGB (ist ebenfalls zu bejahen).

M spannt den **Fall** dann weiter: B fährt mit dem BMW bis der Tank fast leer ist. An der Tankstelle tankt er, fährt jedoch davon ohne zu bezahlen. Er meint, er würde dabei vom Personal beobachtet, tatsächlich merkt das Personal aber nichts.

§§ 263, 22 StGB? B täuscht über seine Zahlungswilligkeit. Problematisch ist aber das Vorliegen eines Vermögensschadens, denn das Benzin bleibt zivilrechtlich Eigentum der Tankstelle da der Tank leer ist und keine Vermischung stattfindet. Aber bei § 263 StGB genügt die schadensgleiche Vermögensgefährdung.

Unterschlagung ist subsidiär.

Viel Erfolg!



# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Öffentliches Recht

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

<b>Land:</b> NRW	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> MR P	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 20.06.2014
---------------------	--	--

**Zur Person:**

P wirkte sehr jugendlich und ist ein sehr angenehmer und netter Prüfer. Während des Aktenvortrags schaute er häufig und interessiert hoch und machte sich einige Notizen. Er führte sehr gut durch seine eigene Prüfung, formulierte seine Fragen klar und schilderte den Sachverhalt sehr langsam. Er prüfte uns im ersten Durchlauf der Reihe nach, wobei er bei jedem Prüfling einige Minuten verblieb. Er ließ jedem Kandidaten ausreichend Zeit, auf seine Fragen zu antworten und sich ggf. zu verbessern. Er gab Fragen frei und reagierte auch, wenn ein Prüfling zögerte, man aber zu erkennen gab, dass man die Antwort weiß (oder glaubt zu wissen).

Entgegen vorheriger Protokolle prüfte er nicht Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes. Man kann aber durchaus eine Vorliebe für allgemeine prozessuale Fragen erkennen. Es kommt ihm auf präzise und saubere Formulierungen an. In vorherigen Protokollen zeigte sich meines Erachtens mit kleinen Ausnahmen keine besondere Tendenz dahingehend, aktuelle Themen zu prüfen. Allerdings wurden wir im Schwerpunkt der Prüfung mit dem Griechenlandgesetz und den Landtagswahlen konfrontiert, so dass das Verfassungsrecht nicht vernachlässigt werden sollte und ein Blick in Skripte aus dem ersten Semester empfehlenswert ist.

**Zur Sache:**

P fragte einleitend, ob wir morgens Zeitung gelesen hätten, er selbst schlug die Titelseite der Rheinischen Post auf und las eine Schlagzeile vor: Griechenlandgesetz – Bundespräsident will Gegenzeichnung verweigern (sinngemäß).

Er fragte, ob Deutschland Griechenland überhaupt helfen dürfe. Nachdem K2 ausführlich die Situation Griechenlands und die Kreditvergabe sowie die Rolle Deutschlands als Bürge für diese Kredite erklärte, arbeiteten wir heraus, dass – da jeder Staat grundsätzlich für sich selbst verantwortlich sei – es für die Kreditgewährung eine gesetzliche Grundlage geben müsse, also das sog. geplante Griechenlandgesetz.

Wir erläuterten die Stellung des Bundespräsidenten als oberstes Bundesorgan gem. Art. 54 ff. GG und seine Befugnisse gem. Art. 82 I 1 GG. Es ging um das formelle und materielle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten und die Frage, was getan werden könnte, wenn der Bundespräsident die Gegenzeichnung verweigere (Gesetzesvorschlag geht zurück in den Bundesrat, erneute Abstimmung nach Änderung; abstrakte und konkrete Normenkontrolle im Nachhinein; Art. 93 Nr. 1 GG). Es ging im Wesentlichen um Grundzüge des Verfassungsrechts im Hinblick auf das Gesetzgebungsverfahren.

Sodann kamen wir zur Landtagswahl:

Wir erläuterten die Aufgaben des Landtags (Wahl des Ministerpräsidenten gemäß Art. 52 I LV NRW, Legislative, Wahl von Landesverfassungsrichtern, Kontrolle des Parlaments über die Regierung). Erläutert werden sollte der Wahlvorgang. Dabei kam es darauf an, dass der Wähler (seit 2005) 2 Stimmen hat. Erklärt wurde das gesamte Wahlsystem inkl. Zustandekommen von Überhang- und Ausgleichsmandaten. Jeder Kandidat sollte einen Wahlgrundsatz aus Art. 31 GG nennen und erklären.

Sodann wurde gefragt, ob sich jede noch so kleine Partei zur Wahl stellen könne. Es ging darum, den Grundsatz der Ernsthaftigkeit der Bewerbung als Partei herauszuarbeiten.

Weiterhin fragte P, ob es denn so einfach ginge, dass Wahlwerbeplakate an den Straßenlaternen stünden. Neben straßenrechtlichen Vorschriften kamen wir auf § 46 III 1 StVG, wonach „allgemein“ Ausnahmen von dem Verbot, Plakate im Straßenverkehr auszuhängen, gemacht werden können. P wollte wissen, was mit „allgemein“ gemeint ist (durch Erlass werden Ausnahmen hier geregelt). Wir kamen dann auf Art. 80 GG und grenzten Rechtsverordnungen von formellen Gesetzen ab. Ein Kandidat sollte die Voraussetzungen des Art. 80 GG darstellen – Bestimmtheits- und Zitiergebot.

Sodann verließ P das Verfassungsrecht und schilderte folgenden Sachverhalt:

Am 26.01.2010 erlässt die Stadt S einen Gebührenbescheid gegenüber B mit der Rechtsbehelfsbelehrung: Widerspruch binnen eines Monats nach Bekanntgabe möglich. B erhält den Bescheid mittels Übergabeeinschreiben. In der Akte bei der Stadt S ist vermerkt: Einschreiben am 25.01.2010. Können wir heute noch Widerspruch einlegen?

Es ging um die Frist des § 70 I 1 VwGO. Da sich die Prüfung dem Ende neigte, rissen wir nur noch folgende Themen an: Was bedeutet Bekanntgabe nach § 41 VwVfG? Gelten Bekanntgabefiktionen? Ist das LZG oder das VwZG anwendbar? (Letzteres wegen des Hinweises in § 70 III 2 VwGO). Was kann man im Fall der Fristversäumung machen? § 58 II VwGO bei falscher Rechtsbehelfsbelehrung oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Da die Zeit abgelaufen war, wies P darauf hin, dass dieser Sachverhalt eine aktuelle Entscheidung des OVG Münster betreffe, woraufhin ein Kandidat die Problematik der Entscheidung schilderte, ob es in die Rechtsbehelfsbelehrung „nach Bekanntgabe“ oder „nach Zustellung“ heißen müsse, da dem Bürger der Unterschied als Laie nicht klar ist und er nicht wissen kann, wann seine Rechtsbehelfsfrist zu laufen beginnt.

Insgesamt trotz verfassungsrechtlicher Fragen sehr angenehme Prüfung. Viel Erfolg!

# 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](http://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



