



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

38. Jahrg.

März 2013

Heft 3

Aus dem Inhalt:

- | | |
|-----------------------|--|
| OLG Dresden: | Wirtschaftliche Unmöglichkeit als Kündigungsgrund |
| BVerfG: | Untreue durch Aufnahme eines Kassenkredits |
| VGH München: | Öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch |
| VGH München: | Skihütte als privilegiertes Vorhaben im Außenbereich |
| BGH: | Gewährung rechtlichen Gehörs vor Berufungsverwerfung |
| BGH: | Aussetzung der Hauptverhandlung bei Verteidigerwechsel |
| OVG Saarlouis: | Fortsetzungsfeststellungsinteresse |



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des Sorgerechts unverheirateter Eltern.....	1
--	---

Brandaktuell

BVerfG: Anspruch auf Prozesskostenhilfe (ungeklärte Rechtsfragen und Beweisaufnahme).....	2
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

OLG München: Grundbuchberichtigungsanspruch (Wirkungen des stattgebenden Urteils).....	3
OLG Dresden: Vermieterkündigung eines Mietverhältnisses (wirtschaftliche Unmöglichkeit).....	6

Strafrecht

BGH: Verletzung von Dienstgeheimnissen (Einträge in behördlichen Datenbanken).....	10
BVerfG: Untreue (satzungswidrige Aufnahme eines Kassenkredits).....	12

öffentl. Recht

VGH München: Öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch (Ausschluss nach § 275 II BGB).....	15
VGH München: Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich (Privilegierung einer Skihütte)	18

Kurzauslese I

LAG Berlin-Bbg: Zugangsnachweis (Zugang einer E-Mail).....	21
BGH: Schadensersatzanspruch (Nutzungsentuschädigung für Ausfall eines Internetanschlusses).....	21
OLG Celle: culpa in contrahendo (Abbruch von Vertragsverhandlungen).....	21
BGH: Kaufvertrag (Vorschieben eines Strohmanns durch Unternehmer).....	22
BGH: Betriebskosten (Zulässigkeit der Abrechnung „fiktiver Drittkosten“).....	22
BAG: Kündigungsschutzklage (Beginn der Klagefrist bei Kündigung durch vollmachtlosen Vertreter).....	22
LG Kleve: Einziehung (Grundstück als Tatwerkzeug).....	23
BGH: Geldfälschung (Inverkehrbringen).....	23
BGH: Heimtückemord an einem Kleinkind (Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten).....	24
BGH: Untreue/Unterschlagung (Konkurrenzen).....	24
BGH: Gefährliches Werkzeug (Häcksler).....	24
BGH: Geldwäsche (Haftung für „vermietetes“ Girokonto).....	25
VG Berlin: Akteneinsichtsrecht des Insolvenzverwalters (Steuerunterlagen).....	25
OVG Greifswald: Verjährung eines Zinsanspruchs (Subventionsleistungen).....	26

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Gewährung rechtlichen Gehörs (Erforderlich vor Verwerfung der Berufung).....	27
BGH:	Umfang der Lohnpfändung (Mitpfändung des Anspruchs auf Abrechnung).....	30

Strafrecht

BGH:	Verteidigerwechsel (Aussetzung der Hauptverhandlung).....	34
------	--	----

öffentl. Recht

BVerwG:	Verfahrensmangel im Berufungsverfahren (Entscheidung ohne mündliche Verhandlung).....	36
OVG Saarlouis:	Fortsetzungsfeststellungsinteresse (Datenspeicherung nach erkennungsdienstlicher Behandlung).....	39

Kurzauslese II

OLG München:	Verweisungsbeschluss (Bindungswirkung).....	44
OLG Zweibrücken:	Beschluss im einstw. Anordnungsverfahren (Unanfechtbarkeit).....	44
BGH:	Rechtsbeschwerde (Berücksichtigung neuer tatsächlicher Umstände).....	44
BGH:	Strafkammerbesetzung (Hauptverhandlung).....	45
LG Limburg:	Ermittlungsverfahren(Verteidigerbestellung).....	45
OLG Hamm:	Revisionsverfahren (Pflichtverteidigerbestellung).....	45
OLG Bamberg:	Rechtsbeschwerde (Umdeutung in Berufung oder Revision).....	45
OLG Celle:	Gesetzlicher Richter (Überbesetzung der StVK).....	46
VGH München:	Nichtzugang eines Abgabenbescheids (Zulässigkeit des Bestreitens des Zugangs).....	47
VG Freiburg:	Verwaltungsakt (Verleihung des Doktorgrads).....	47
VGH Mannheim:	Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (Feststellung der Rechtsnatur einer zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderung einer Gemeinde).....	47
OVG Münster:	Klagefrist (Belehrung über das falsche Rechtsmittel).....	48
BVerfG:	Rücknahmefiktion (verfassungsrechtliche Anforderungen).....	48

Weitere Schriftumsnachweise	49
--	----

Übersicht:	Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage.....	51
-------------------	--	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Öffentliches Recht.....	52
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	53

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des Sorgerechts unverheirateter Eltern

Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 31.01.2013; In-Kraft-Treten ein Monat nach der Verkündung

I. Allgemeines

Nach **altem Recht** erhielten Eltern, die nicht miteinander verheiratet waren, das gemeinsame Sorgerecht nur, wenn sie heirateten oder sich übereinstimmend für die gemeinsame Sorge entschieden. Der **EuGH** sah darin einen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention, das **BVerfG** hatte in seiner Entscheidung vom 21.07.2010 (1 BvR 420/09) festgestellt, dass der Gesetzgeber „dadurch unverhältnismäßig in das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes eingreift, dass er ihn generell von der Sorgetragung für sein Kind ausschließt, wenn die Mutter des Kindes ihre Zustimmung zur gemeinsamen Sorge mit dem Vater oder zu dessen Alleinsorge für das Kind verweigert, ohne dass ihm die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung am Maßstab des Kindeswohls eingeräumt ist.“

Nach der **Neuregelung** ist die gemeinsame Sorge immer dann zu ermöglichen, wenn das Wohl des Kindes dem nicht entgegensteht.

II. Die gesetzlichen Neuregelungen im Überblick

Um zügig Klarheit über die Sorgerechtsfrage zu ermöglichen, findet das normale familiengerichtliche Verfahren nur noch dann statt, wenn tatsächlich Kindeswohlfragen zu klären sind. Geplant ist folgendes **abgestufte Verfahren**:

1. Jugendamt oder Familiengericht

Ist die Mutter nicht mit der gemeinsamen elterlichen Sorge einverstanden, hat der Vater die **Wahl**, ob er zunächst zum **Jugendamt** geht, um doch noch eine Einigung mit der Mutter zu erreichen oder aber ob er sofort das **Familiengericht** anruft. Der Gang zum Jugendamt ist dabei nicht verpflichtend.

2. 6-Wochen Frist zur Stellungnahme

Im gerichtlichen Verfahren erhält die Mutter **Gelegenheit zur Stellungnahme zum Antrag des Vaters**; die Frist dafür endet frühestens **sechs Wochen** nach der Geburt des Kindes. Durch diese Frist soll sichergestellt werden, dass die Mutter nicht noch unter dem Eindruck der Geburt eine Erklärung im gerichtlichen Verfahren abgeben muss.

3. Entscheidung im beschleunigten Verfahren

Das Familiengericht soll in einem **beschleunigten und vereinfachten Verfahren**, bei dem eine Anhörung des Jugendamts und eine persönliche Anhörung der Eltern entbehrlich sind, entscheiden, sofern die Mutter entweder gar nicht Stellung nimmt oder die Gründe, die sie gegen die gemeinsame Sorge vorträgt, mit dem Kindeswohl nicht im Zusammenhang stehen. Derartige kindeswohlrelevante Gründe dürfen dem Gericht auch sonst nicht bekannt sein. Das Gericht hat die Möglichkeit, **in besonders gelagerten Ausnahmefällen** das **normale Verfahren** zu wählen. Dies kann z. B. dann in Betracht kommen, wenn der Richter am Vortrag der Mutter erkennt, dass deren sprachliches Ausdrucksvermögen stark eingeschränkt ist. Eine umfassende gerichtliche Prüfung ist aber nur dort vorgesehen, wo sie zum Schutz des Kindes wirklich erforderlich ist. Der Entwurf trägt damit gleichzeitig einer rechtstatsächlichen Untersuchung Rechnung, wonach bei Streit um das Sorgerecht häufig Gründe vorgebracht werden, die mit dem Kindeswohl nichts zu tun haben, sondern aus der Trennung der Eltern resultieren.

4. Negative Kindeswohlprüfung

Das Familiengericht spricht dem **Vater immer dann das Sorgerecht zu, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht** (negative Kindeswohlprüfung).

5. Alleinsorge des Vaters möglich

Schließlich wird dem Vater der Zugang zur **Alleinsorge auch ohne Zustimmung der Mutter** eröffnet. Voraussetzung dafür ist, dass eine gemeinsame elterliche Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass die Übertragung auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Brandaktuell

BGB
§ 323

Anspruch auf Prozesskostenhilfe ungeklärte Rechtsfragen und Beweisaufnahme

ZivilR

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 12/2013; Beschluss vom 28.01.2013 - 1 BvR 274/12)

Fall: Der Beschwerdeführer war wegen eines Herzleidens in Behandlung. Das behandelnde Krankenhaus lehnte die Aufnahme auf die Warteliste für die Organvermittlung zur Herztransplantation ab, weil aufgrund gravierender Verständigungsprobleme und der deswegen nicht gesicherten Mitwirkung des Patienten die Indikation zur Herztransplantation fehle. Nachdem der Beschwerdeführer von einem anderen Transplantationszentrum auf die Warteliste genommen worden war, beantragte er Prozesskostenhilfe für eine Schmerzensgeldklage gegen das ursprünglich behandelnde Krankenhaus. Die Ablehnung allein wegen fehlender Sprachkenntnisse diskriminiere ihn und verletze sein allgemeines Persönlichkeitsrecht.

Das Landgericht lehnte die begehrte Prozesskostenhilfe ab; das Oberlandesgericht wies die sofortige Beschwerde zurück. Hiergegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde.

Die Ablehnung der Prozesskostenhilfe könnte den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 3 I GG (Gleichheitssatz) in Verbindung mit Art. 20 III 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) verletzen.

I. Die Bedeutung des sozialstaatlichen Gleichprinzips beim Rechtsschutz

*„In der Rechtsprechung des BVerfG sind Inhalt und Reichweite des aus Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG folgenden **Anspruchs auf Rechtsschutzgleichheit** bereits geklärt. Auslegung und Anwendung der einfachrechtlichen Vorschriften obliegen dabei in erster Linie den zuständigen Fachgerichten. Verfassungsrecht wird jedoch dann verletzt, wenn die angegriffene Entscheidung Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der in Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG verbürgten Rechtsschutzgleichheit beruhen. **Schwierige, bislang ungeklärte Rechts- und Tatfragen dürfen nicht im Prozesskostenhilfverfahren entschieden werden, sondern müssen auch von Unbemittelten einer prozessualen Klärung zugeführt werden können. Zudem läuft es dem Gebot der Rechtsschutzgleichheit zuwider, wenn der unbemittelten Partei - wegen Fehlens der Erfolgsaussichten ihres Rechtsschutzbegehrens - Prozesskostenhilfe verweigert wird, obwohl eine **Beweisaufnahme ernsthaft in Betracht kommt** und keine konkreten und nachvollziehbaren Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Beweisaufnahme mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgehen würde.**“ (BVerfG aaO)*

II. Anwendung auf den Fall

1. Die Ausgangsgerichte haben schwierige und bislang ungeklärte Rechtsfragen im Prozesskostenhilfverfahren entschieden.

*„In der Literatur wird bereits **formal** die **Ermächtigung** der Bundesärztekammer zum Erlass von Richtlinien **in Frage gestellt**. Inhaltlich wird an den Richtlinien **kritisiert**, dass die unzureichende Mitwirkung des Patienten zu einer Kontraindikation gegen die Aufnahme in die Warteliste führen kann. Soweit die Richtlinien ferner vorsehen, dass die unzureichende Mitwirkung auch auf **sprachlichen Verständigungsschwierigkeiten** beruhen kann, lasse dies die Möglichkeit außer Acht, einen Dolmetscher hinzuzuziehen. Auf die **Beantwortung dieser - von der Rechtsprechung bislang nicht geklärten - Fragen** kommt es für die Beurteilung der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Ansprüche an.“ (BVerfG aaO)*

2. Eine Verletzung der Rechtsschutzgleichheit liegt außerdem darin, dass die Ausgangsgerichte Prozesskostenhilfe verweigert haben, obwohl eine **Beweisaufnahme ernsthaft in Betracht kam** sowie keine konkreten und nachvollziehbaren Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass diese mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgehen würde.

*„Für die im Ausgangsverfahren zwischen den Beteiligten streitige Frage, ob ein Gespräch des Beschwerdeführers mit einer psychologisch erfahrenen Person stattgefunden hat, kommt eine **Beweisaufnahme ernsthaft in Betracht**. Diese Frage ist **entscheidungserheblich**, da nach den Richtlinien der Rat einer psychologisch erfahrenen Person einzuholen ist, bevor die Aufnahme in die Warteliste endgültig abgelehnt wird. Im Hauptsacheverfahren hätte neben der vom Krankenhaus benannten Zeugin auch der Beschwerdeführer vernommen beziehungsweise angehört werden müssen, da es um ein entscheidungserhebliches Gespräch unter vier Augen zwischen einer Zeugin und dem Beschwerdeführer als Partei des Ausgangsverfahrens ging.“ (BVerfG aaO)*

Ergebnis: Der Beschluss des OLG verletzt daher die Grundrechte des Beschwerdeführers, weil es schwierige und bislang ungeklärte Rechtsfragen im Prozesskostenhilfverfahren entschieden sowie eine ernsthaft in Betracht kommende Beweisaufnahme abgeschnitten hat.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 894

Grundbuchberichtigungsanspruch Wirkungen des stattgebenden Urteils

ZivilR

(OLG München in NJOZ 2013, 252; Beschluss vom 20.02.2012 – Wx 6/12)

1. Für die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers bedarf es neben der Bewilligung des eingetragenen Betroffenen der **schlüssigen Darlegung der Unrichtigkeit**, indessen **nicht des Unrichtigkeitsnachweises**.
2. Wird die Berichtigungsbewilligung durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt, so können regelmäßig den Urteilsgründen die für die schlüssige Darlegung erforderlichen Tatsachen entnommen werden.
3. Das der Klage auf Grundbuchberichtigung **stattgebende Urteil** erscheint als solches **nicht geeignet**, auch das **dingliche Recht selbst rechtskräftig festzustellen**.
4. Es ersetzt zwar die Bewilligung des als Eigentümer eingetragenen Betroffenen, nicht aber auch die in grundbuchtauglicher Form zu erteilende Eigentümerzustimmung.

A. Grundlagenwissen: Der Grundbuchberichtigungsanspruch, § 894 BGB

Der Grundbuchberichtigungsanspruch setzt voraus, dass die Buchlage von der wirklichen Rechtslage zu Lasten des Anspruchstellers abweicht. Mit dem Grundbuchberichtigungsanspruch soll daher keine Änderung der Rechtslage herbeigeführt, sondern das Grundbuch an die schon bestehende, dingliche Rechtslage angepasst werden.

I. Unrichtigkeit des Grundbuchs

Zunächst muss die Unrichtigkeit des Grundbuchs festgestellt werden.

1. Dafür sind zunächst der Grundbuchinhalt und sein Aussagegehalt zu ermitteln.
2. Danach ist festzustellen, wie sich die dingliche Rechtslage tatsächlich darstellt.
3. Weichen Grundbuchlage und wirkliche Rechtslage voneinander an, so ist das Grundbuch unrichtig.

II. Beeinträchtigung des Anspruchstellers

Der Grundbuchberichtigungsanspruch hängt im Weiteren davon ab, ob die Unrichtigkeit des Grundbuchs auch gerade zu Lasten des Anspruchstellers gegeben ist. Ist das Grundbuch zwar unrichtig, der Anspruchsteller aber nicht der nach der dinglichen Rechtslage wirklich Berechtigte, so steht ihm auch kein Grundbuchberichtigungsanspruch zu.

III. Betroffenheit des Anspruchsgegners

Darüber hinaus muss die Rechtslage dergestalt zugunsten des Anspruchsgegners abweichen, dass dieser seine Zustimmung zur Änderung des Grundbuchs erteilen müsste. Ist dies der Fall, so kann seine Zustimmung nach § 894 BGB durch das klagestattgebende Urteil ersetzt werden.

B. Wirkung eines Urteils über einen Grundbuchberichtigungsanspruch (vgl. OLG München in NJOZ 2013, 252)

Fall: Die beiden Bet. sind Geschwister. Im Grundbuch ist die Bet. zu 2 als Eigentümerin von Grundbesitz eingetragen. Der Bet. zu 1 hat die vollstreckbare Ausfertigung eines Teil-Endurteils des LG T. vom 09.11.2010 mit Rechtskraftvermerk vorgelegt, wonach die Bet. zu 2 als Bekl. verurteilt wird, ihre Zustimmung zur Be-

ichtigung des Grundbuchs insofern zu erteilen, als nicht diese, sondern der Bet. zu 1, der dortige Kl., Eigentümer verschiedener Grundstücke ist (Nr. I). Entsprechend lauten Nrn. II und III des Teil-Endurteils dahin, das die Bet. zu 2 verurteilt wird, ihre Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs insofern zu erteilen, als nicht diese, sondern der Bet. zu 1 Miteigentümer zu 1/2 bzw. Miteigentümer zu 1/15 der im Einzelnen bezeichneten Grundstücke ist. Gegenstand des Zivilverfahrens bildete ein Streit über die Frage der Wirksamkeit eines notariellen Hofübergabevertrags. Das Gericht ging davon aus, dass der dortige Kl. gegenüber der Bekl. Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs „gemäß § 894 BGB“ habe, weil der die Eigentümerstellung der Bekl. begründende Hofübergabevertrag wegen Verstoßes gegen § 138 BGB sittenwidrig und nichtig sei.

Mit Schriftsatz vom 09.12.2011 hat der Bet. zu 1 unter Vorlage der vollstreckbaren Ausfertigung des Teil-Endurteils Berichtigung des Grundbuchs beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 20.12.2011 den Antrag zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Der Eigentumswechsel im Grundbuch bedürfe der Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber sowie der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch. Form und Inhalt der erforderlichen Einigung regelt § 925 BGB. Die Erklärung des Veräußerers könne auch durch ein rechtskräftiges Urteil gem. § 894 ZPO ersetzt werden, das ihn verpflichte, die Auflassung zu erklären. Gleichwohl bedürfe es dann der Beurkundung der Auflassung nach § 925 BGB sowie § 20 GBO. Der vorgelegte Titel verurteile die Bet. zu 2 dazu, ihre Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs dahingehend abzugeben, dass der Kl. als Allein- bzw. Miteigentümer eingetragen werde. Das Urteil enthalte nicht die erforderliche Auflassungserklärung. Es stelle lediglich fest, dass der Inhalt des Grundbuchs nicht mit der wahren Rechtslage übereinstimme und der Kl. daher einen Berichtigungsanspruch habe. Insoweit sei wegen dieses Urteils je ein Widerspruch nach § 899 BGB gegen die Eintragung des Eigentums der Bekl. eingetragen worden; dies sei der einzig eintragungsfähige Inhalt des vorgelegten Urteils, dem ein Übertragungswille der dort Bekl. nicht zu entnehmen sei.

Hat das Grundbuchamt zu Recht die Änderung des Grundbuchs abgelehnt?

I. Voraussetzungen für die Berichtigung des Grundbuchs

Nach § 22 I 1 GBO bedarf die Änderung des Grundbuchs einer Berichtigungsbewilligung, die durch das ergangene Urteil ersetzt wird (§ 894 ZPO).

Darüber hinaus verlangt die Grundbuchberichtigung hinsichtlich der Berichtigung des Eigentümers zusätzlich noch die schlüssige Darlegung der Unrichtigkeit (vgl. Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., § 22 Rn. 94; Demharter, GBO, 28. Aufl., § 22 Rn. 31), in dessen aber nicht den Unrichtigkeitsnachweis.

*„Ist **schlüssig dargelegt**, dass das Grundbuch unrichtig ist und durch die beantragte Eintragung richtig würde, so hat das Grundbuchamt die dazu **vorgetragene Tatsachen ohne Nachprüfung als richtig zu unterstellen**. Dies folgt aus der beurkundenden Funktion der Berichtigung, die **gerade nicht eine Rechtsänderung zum Gegenstand hat** (vgl. Hügeler/Holzer, GBO, 2. Aufl., § 22 Rn. 72). Den Eintragungsantrag darf das Grundbuchamt nur ablehnen, wenn es auf Tatsachen begründete **sichere Kenntnis** hat, dass eine **Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht gegeben** ist oder das unrichtige Grundbuch durch die Eintragung nicht richtig würde; bloße Zweifel genügen nicht (Senat, FGPrax 2011, 69 = BeckRS 2011, 02125). Das formelle Konsensprinzip bringt es in diesem Fall mit sich, dass das Grundbuch durch die bewilligte Eintragung unrichtig werden kann (Demharter, FGPrax 2001, 54 [55]; enger OLG Jena, FGPrax 2001, 12). Wird die Berichtigungsbewilligung durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt, so können regelmäßig den **Urteilsgründen** die für die **schlüssige Darlegung erforderlichen Tatsachen entnommen** werden (Demharter, § 22 Rn. 31; Meikel/Böttcher, § 22 Rn. 110).“ (OLG München aaO)*

II. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob das vorgelegte Teil-Endurteil diesen Anforderungen genügt.

*„Dieses unterscheidet auf der Grundlage des geltenden **Abstraktionsprinzips** zwar nicht ausdrücklich zwischen der Nichtigkeit (§ 138 BGB) des schuldrechtlichen und der des dinglichen Rechtsgeschäfts. Jedoch geht das LG davon aus, dass **der die Eigentümerstellung begründende Hofübergabevertrag** wegen eines besonders auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung sowie wegen bewusster Ausnutzung der wirtschaftlich schwächeren Stellung des Übergebers **sittenwidrig und nichtig** sei, um daraus den Schluss zu ziehen, dass das **Grundbuch**, welches die Bet. zu 2 als Eigentümerin ausweise, **unrichtig** sei und der Bet. zu 1 damit einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gem. § 894 BGB habe.“*

*Im Fall eines **wucherischen Geschäfts** ist es wegen der gesetzlichen Fassung des § 138 II BGB („sich ... gewähren lässt“) **ganz herrschende Meinung**, dass die **Nichtigkeit auch das Erfüllungsgeschäft** ergreift (BGH, NJW 1982, 2767 [2768]; NJW 1994, 1275). Es ist, was hier genügt, keineswegs offensichtlich und klar, dass die Rechtsfolge für die dingliche Seite hier anders zu beurteilen wäre, mag auch bei einem „**wucherähnlichen**“ **Rechtsgeschäft** (nach § 138 I BGB) die Nichtigkeitsfolge das abstrakte Verfügungsgeschäft regelmäßig nicht erfassen (vgl. BGHZ 146, 298 =NJW-RR 2001, 878 L) und das OLG in einem vorausgegangenen Prozess unter den Parteien (Urt. v. 16. 4. 2008 – 3 U 3171/07) offenbar von dieser Rechtsfolge ausgegangen sein. Dass jene Entscheidung materiell nicht bindet, hat das LG zutreffend ausgeführt.“ (OLG München aaO)*

Es kommt daher auf die Rechtskraftwirkung des Urteils über den Grundbuchberichtigungsanspruch an. Maßgeblich ist daher die Frage, ob dieses Urteil auch eine positive Feststellung des Eigentums im Verhältnis der Verfahrensbeteiligten zueinander enthält. Diese Frage ist umstritten.

1. Urteil über Grundbuchberichtigungsanspruch enthält positive Feststellung der Eigentumssituation

„Nach **verbreiteter, früher wohl herrschender Auffassung** stellt ein der Klage auf Grundbuchberichtigung stattgebendes Urteil in den subjektiven Grenzen der Rechtskraft das dingliche Recht selbst fest, so dass das Urteil die positive Feststellung des Eigentums im Verhältnis der Verfahrensbeteiligten untereinander enthält und den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit i. S. des § 22 I 1 GBO erbringt (OLG Jena, FGPrax 2001, 56 = BeckRS 2000, 30150490; RGZ 158, 40 [43]; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 894 Rn. 12; Staudinger/Gursky, BGB, Bearb. 2008, § 894 Rn. 166; wohl auch Demharter, § 22 Rn. 37); dann bedarf es nicht zusätzlich zum Urteil der Eigentümerzustimmung nach § 22 II GBO in der Form des § 29 GBO.“ (OLG München aaO)

2. dingliche Rechtslage nur nicht der Rechtskraft fähige Vorfrage für Urteil über Grundbuchberichtigungsanspruch

„Diese **Ansicht** wird **zunehmend** deshalb **angezweifelt**, weil die dingliche Rechtslage für die Entscheidung über den Grundbuchberichtigungsanspruch nur eine Vorfrage darstelle, die **Beurteilung einer Vorfrage** jedoch **grundsätzlich nicht in Rechtskraft** erwachse. Dieser Grundsatz gilt uneingeschränkt für den mit § 894 BGB vergleichbaren Herausgabeanspruch nach § 985 BGB. Ebenso wie das Ziel einer Herausgabeklage nach § 985 BGB nicht die Feststellung der Vorfrage, wer Eigentümer ist, zum Gegenstand hat, so geht es auch bei der **Grundbuchberichtigungsklage** aus § 894 BGB **nicht um die Feststellung eines dinglichen Rechts am Grundstück**, sondern darum, dem Berechtigten die dem Besitz bei beweglichen Sachen entsprechende und in erster Linie als Rechtsscheinträger und Publizitätsmerkmal des Veräußerungstatbestands dienende Buchposition wieder zu verschaffen (BGH, NJW-RR 2002, 516 [517] = NZM 2002, 498; ebenso NJW 2008, 1397 [1398]; Kohler, in: Bauerlv. Oefele, GBO, 2. Aufl., § 22 Rn. 173; Meikel/Böttcher, § 22 Rn. 116; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., vor § 322 Rn. 36).“ (OLG München aaO)

3. Auffassung des OLG München

Das OLG München schließt sich der letzteren Ansicht an.

„Die **Beweiswirkung** des einer Berichtigungsklage stattgebenden Urteils erfasst – wie sonst auch – weder die Richtigkeit der Entscheidung noch **die in der Urteilsbegründung geschilderten Tatsachen**. Deshalb bedarf es neben der durch das Urteil ersetzten Bewilligung der Betroffenen noch der **Zustimmung des (wahren) Berechtigten, der als Eigentümer eingetragen werden soll** (Demharter, § 22 Rn. 56), also des Bet. zu 1.

Als zur Eintragung erforderliche Erklärung muss die Zustimmung in der Form des § 29 I 1 GBO abgegeben werden. Der (**formlose**) **Eintragungsantrag** (§ 13 I GBO) **genügt dafür nicht** (vgl. § 30 GBO). Der Senat teilt nicht die Ansicht des OLG Jena (FGPrax 2001, 56 [57] = BeckRS 2000, 30150490), es reiche die Urteilsurkunde, die den Prozessantrag des Bet. zu 1 ausweise, ihn anstelle der Bet. zu 2 als (Mit-)Eigentümer der bezeichneten Grundstücke einzutragen. Denn der **Titel ersetzt nur die Bewilligung der Bet. zu 2 als Schuldnerin**, nicht aber sonstige Erklärungen, namentlich solche des Gläubigers, die zur Herbeiführung der Eintragung noch abzugeben sind (vgl. Zöller/Stöber, § 894 Rn. 6 u. 7).“ (OLG München aaO)

III. Ergebnis

Es ist daher dem Bet. zu 1 aufzugeben, seine Zustimmung zur Eintragung als Eigentümer in grundbuchmäßiger Form (§ 29 I 1 GBO) zu erklären (§ 22 II GBO), ferner den – bereits zurückgegebenen – Titel mit der durch ihn fingierten Eintragungsbewilligung der Bet. zu 2 wieder vorzulegen. Eine Auflassung bedarf es jedoch entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes nicht, da keine dingliche Rechtsänderung vorgenommen werden soll, sondern nur eine bestehende Rechtslage im Grundbuch zu dokumentieren ist.

(OLG Dresden in NJOZ 2013; Urteil vom 16.08.2012 – 5 U 1350/11)

1. Die Frage nach der Berechtigung der außerordentlichen Kündigung eines Mietvertrags wegen **wirtschaftlicher Unmöglichkeit** bzw. Unerschwinglichkeit für den Vermieter (Unterfall der Leistungerschwerung) ist auf der Grundlage der Regelung in **§ 313 III BGB (Störung der Geschäftsgrundlage)** zu entscheiden, nicht aber anhand von § 275 II BGB.
2. Eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach **§ 543 I BGB** setzt grundsätzlich voraus, dass der **Kündigungsgrund in der Person oder dem Risikobereich des Kündigungsgegners** begründet ist.

A. Grundlagenwissen: Wirksamkeit der Kündigung eines Mietverhältnisses**I. Kündigungsgrund****1. des Mieters****a) Mietverhältnis auf bestimmte Zeit**

nur außerordentliche Kündigung möglich (vgl. BGH NJW 2007, 2177)

aa) fristlose außerordentliche Kündigung

z.B. § 543 II Nr. 1 (Nichtgewährung des Gebrauchs); § 569 I (Gesundheitsbeschädigung)

bb) fristgerechte außerordentliche Kündigung

z.B. § 580 (Tod des Mieters)

b) Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit

aa) fristlose (außerordentliche) Kündigung: wie bei MV auf bestimmte Zeit

bb) fristgerechte (ordentliche) Kündigung: kein Grund erforderlich

2. des Vermieters**a) Mietverhältnis auf bestimmte Zeit**

nur außerordentliche Kündigung möglich

aa) fristlose außerordentliche Kündigung

z.B. § 543 II Nr. 3 (Zahlungsverzug); § 543 II Nr. 2 (vertragswidriger Gebrauch)

bb) fristgerechte außerordentliche Kündigung;

z.B. § 580 (Tod des Mieters)

b) Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit

aa) fristlose außerordentliche Kündigung: wie bei MV auf bestimmte Zeit

bb) fristgerechte (ordentliche) Kündigung; z.B. § 573

II. Kündigungserklärung

Grundsätzlich formfrei, bei Wohnraummiete Schriftform erforderlich, § 568. Der Vermieter muss dabei gem. § 573 II BGB die Gründe der Kündigung angeben. Ebenso beide Parteien, wenn aus wichtigem Grund gekündigt werden soll, § 569 IV.

Nachschieben von Gründen ist hierbei jedoch möglich, es handelt sich dann aber um eine neue Kündigung mit neuen Kündigungsfristen.

III. Kündigungsfrist

nur bei der ordentlichen und außerordentlich befristeten Kündigung, §§ 573c, 573d BGB

IV. kein Ausschluss der Kündigung, z.B. § 543 II 2 BGB

B. Kündigung aus wichtigem Grund wegen hoher Instandsetzungskosten (vgl. OLG Dresden in NJOZ 2013)

Fall: Der Kl. nimmt den Bekl. auf Räumung und Herausgabe von Räumen auf der Burg G. in K. in Anspruch. Am 18.12.1990/02.01.1991 schlossen die damalige Gemeinde G. als Vermieterin und der Bekl. sowie Herr KW als Mieter einen Mietvertrag über die Nutzung von verschiedenen Räumlichkeiten in unterschiedlichen Flügeln der Burg G. Dabei handelt es sich sowohl um gewerblich genutzte als auch um Wohnräume.

Mit Übergang des Eigentums an der Burg ist der Kl. in die Vermieterstellung eingerückt. Der ursprüngliche Mitmieter K W ist aus dem Mietverhältnis ausgeschieden. Der Bekl. betreibt im Westflügel der Burg eine gastronomische Einrichtung und mehrere Fremdenzimmer. Der Mietvertrag wurde ursprünglich auf eine Dauer von 20 Jahren fest abgeschlossen. Der Mieter erhielt allerdings eine Verlängerungsoption um weitere 10 Jahre, welche mit dem Schreiben vom 12.02.2002 ausgeübt wurde. Die Gesamtlauzeit des Mietvertrags erhöhte sich damit auf 30 Jahre. Die Regelungen des Mietvertrags wurden durch die Vereinbarung der Vertragsparteien vom 03.11.1995 modifiziert. Der Kl. macht geltend, die ihm grundsätzlich obliegende Instandsetzungspflicht (§ 535 I 2 BGB) in Bezug auf den Westflügel der Burg G. führe zu einer Kostenbelastung in Höhe von mindestens des von der gerichtlichen Sachverständigen B ermittelten Betrags von rund 626 000 Euro. Mit diesen Kosten werde die so genannte „Opfergrenze“ überschritten, weil ihnen jährliche Mieteinnahmen vom Bekl. in Höhe von nur durchschnittlich rund 17 000 Euro gegenüberständen.

Daher sei er nicht verpflichtet, die Instandsetzungsmaßnahmen durchzuführen. Ohne Durchführung der Instandsetzungsmaßnahmen bestehe aber eine akute Einsturzgefahr, so dass der Kl. wegen des Überschreitens der „Opfergrenze“ auch nicht zur weiteren Fortführung des Mietverhältnisses mit dem Bekl. verpflichtet sei, sondern auch insoweit von seiner Verpflichtung gem. § 275 II BGB bzw. § 242 BGB befreit sei. Mit dieser Begründung erklärte der Kl. die außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses in seinen Schreiben an den Bekl. vom 26.09. und 15.10.2008. Der Bekl. wies die Kündigungen bereits aus formalen Gründen wegen fehlender Vollmacht zurück und hält sie im Übrigen für unbegründet. Er hat sowohl die Notwendigkeit der vom Kl. bezifferten Kosten als auch die Einsturzgefahr in Abrede gestellt.

Hat der Kl. einen Räumungsanspruch?

Der Kl. könnte einen Räumungsanspruch aus dem Mietverhältnis nach § 546 I BGB oder nach § 985 BGB haben. Beide Ansprüche setzten jedoch voraus, dass das unstreitig zunächst wirksam bestehende Mietverhältnis beendet ist.

I. Beendigung des Mietverhältnisses wegen Unmöglichkeit, § 275 II BGB

Der Vermieter könnte nach § 275 II BGB von seiner Leistungspflicht freigeworden sein, weil ihm die Leistungserbringung unmöglich ist.

*„Nach dem Willen des Gesetzgebers, welcher die aktuelle Fassung des § 275 II BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform mit Wirkung zum 01.01.2002 schuf, sollte diese Vorschrift die so genannte **faktische Unmöglichkeit** regeln, bei welcher die Behebung des Leistungshindernisses zwar theoretisch möglich wäre, **kein vernünftiger Gläubiger** diese aber **ernsthaft erwarten** würde. Das entsprechende Schulbeispiel ist der billige, als Stückschuld geschuldete Ring, welcher sich auf dem Grund eines Sees befindet, von welchem er nur mit erheblichem Kostenaufwand heraufgeholt werden kann. Dagegen wollte der Gesetzgeber den Fall der so genannte **wirtschaftlichen Unmöglichkeit** bzw. Unerschwinglichkeit im Sinne der bloßen Leistungerschwerung für den Schuldner nicht mit der Regelung in § 275 II BGB erfassen, sondern **nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage** behandelt wissen (vgl. BT-Dr 14/6040, S. 129, 130).*

*Der Kl. macht ... eine so genannte wirtschaftliche Unmöglichkeit im Sinne einer **bloßen Leistungerschwerung** geltend, denn er argumentiert dahin, er könne zwar tatsächlich die Sanierungsmaßnahmen durchführen, dies sei ihm aber nicht zuzumuten, weil die Durchführung der Leistung im Verhältnis zum Ertrag aus dem Mietvertrag zu teuer sei. Nach dem – auch im Wortlaut des § 275 II BGB zum Ausdruck gekommenen – Willen des Gesetzgebers unterfällt dieser Fall der bloßen Leistungerschwerung den **Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage**, die in § 313 BGB geregelt sind. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des für die Geschäftsraummiete zuständigen XII. Zivilsenates des BGH (vgl. ZMR 1996, 309 = BeckRS 2011, 14025) und des Senats (NJW 2003, 1819 = NZM 2003, 356). Der Senat ist der Ansicht, dass eine **Beendigung des Mietvertrags** erst durch den Ausspruch einer Kündigung eintritt, **nicht aber bereits kraft Gesetzes.**“ (OLG Dresden aaO)*

II. Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung des Kl.

Auf die Frage nach der Unmöglichkeit kommt es aber letztlich auch nicht an, da der Kl. Kündigungen ausgesprochen hat.

Eine Beendigung durch ordentliche Kündigung kam wegen der Befristung des Mietvertrags nicht in Betracht. Der Kl. könnte aber den Mietvertrag durch die von ihm ausgesprochenen außerordentlichen Kündigungen vom 26.09. und 15.10.2008 beendet haben. Das diese Kündigungen wirksam sind, der Kl. daher einen Kündigungsgrund haben muss.

1. Kündigung aus wichtigem Grund, § 543 I BGB

Hier kommt eine Kündigung nach § 543 I BGB aus wichtigem Grund in Betracht.

*„Eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 I BGB scheidet aus, denn sie setzt grundsätzlich voraus, dass der **Kündigungsgrund in der Person oder dem Risikobereich des Kündigungsgegners** begründet ist (vgl. BGH, ZMR 1996, 309 = BeckRS 2011, 14025; Senat, NJW 2003, 1819 = NZM 2003, 356; ebenso allgemein zur Kündigung aus wichtigem Grund: BGH, NJW-RR 2011, 916 = MMR 2011, 194 m. Anm. Sodtalters = NZM 2011, 828 L). Im vorliegenden Falle wurde aber der angefallene **Sanierungsbedarf weder durch den Bekl. begründet noch fällt er in seinen – vertraglichen oder gesetzlichen – Risikobereich**. Die Instandsetzungspflicht fällt vielmehr gem. § 535 I 2 BGB in den Verantwortungsbereich des Kl. als Vermieter.“ (OLG Dresden aaO)*

Die Voraussetzungen für eine Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 I BGB liegen daher nicht vor.

2. außerordentliches Kündigungsrecht außerhalb des § 543 I BGB

a) Herleitung

Ein außerordentliches Kündigungsrecht außerhalb des Anwendungsbereichs des § 543 I BGB könnte sich jedoch aus § 275 II oder § 313 BGB ergeben.

*„Ein Kündigungsrecht des Kl. kann sowohl über § 275 II BGB als auch über § 313 III BGB nur dann ausnahmsweise begründet werden, wenn die **Abwägung der beiderseitigen Interessen** unter Berücksichtigung des Inhaltes der von den Parteien geschlossenen Vereinbarung ergibt, dass das Interesse des Kl. an der Lösung vom Vertrag das Interesse des Bekl., am Vertrag festzuhalten, übersteigt (vgl. zur Abwägung auch Hirsch, ZMR 2007, 81).“ (OLG Dresden aaO)*

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob eine solche Interessenabwägung im vorliegenden Fall dazu führt, dem Kl. ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zuzusprechen.

*„Ein wesentlicher Gesichtspunkt, der gegen ein Kündigungsrecht des Kl. spricht, ist die **vertragliche Regelung zur Risikoverteilung**. Der Kl. hat im Mietvertrag die Instandsetzungsverpflichtung übernommen. Damit hat er zugleich das Risiko übernommen, dass während der Vertragslaufzeit ein Instandsetzungsbedarf entsteht, für den er aufzukommen hat. Gerade im vorliegenden Falle eines **langfristig befristeten Mietvertrags** liegt ein **typisches Vertragsrisiko** darin, dass der **Instandsetzungsbedarf im Laufe der langen Mietzeit** entsteht. Im vorliegenden Falle gilt dies umso mehr, als der Kl. bzw. sein Rechtsvorgänger ein historisches Gebäude vermietet hat, welches zum Zeitpunkt der Vermietung schon seit längerer Zeit nicht mehr entscheidend saniert worden war. Mithin enthält der Mietvertrag eine entsprechende **vertragliche Risikoübernahme durch den Vermieter**. Dieses vertraglich übernommene Risiko hat sich nunmehr verwirklicht. Demzufolge macht der Kl. mit der Begründung der Kündigungen vom 26.09. und 15.10.2008 die Verwirklichung eines Risikos geltend, welches er selbst bzw. sein Rechtsvorgänger mit Abschluss des Mietvertrags übernommen hat. Eine **Anpassung des Vertrags** nach den Regelungen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt in diesen Fällen **regelmäßig nicht in Betracht** (vgl. BGH, NJW 2002, 2384 = NZM 2002, 659). Auch im Anwendungsbereich des § 275 II BGB steht aber die vertragliche Risikoübernahme der Geltendmachung eines gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts entgegen, weil die nach § 275 II 1 BGB vorzunehmende Abwägung „unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses“ zu erfolgen hat.“ (OLG Dresden aaO)*

Darüber hinaus steht dem Interesse des Kl. an der Vermeidung des Instandsetzungsaufwandes im vorliegenden Falle ein besonders starkes Leistungsinteresse des Bekl. als Gläubiger des Instandsetzungsanspruchs gegenüber.

*„Im vorliegenden Falle besteht das Interesse des Bekl. als Mieter darin, die **Nutzungsfähigkeit der Räume überhaupt wiederherstellen** zu lassen. Sein Leistungsinteresse geht also nicht nur auf eine Beseitigung der Beschränkung der Nutzung, sondern auf die **Ermöglichung der Nutzung überhaupt**. Der Kl. selbst trägt vor, es bestehe eine akute Einsturzgefahr im Westflügel.“ (OLG Dresden aaO)*

Umgekehrt liegt das Interesse des Kl. nach seiner eigenen Darstellung nicht in der dauerhaften und endgültigen, sondern nur in der vorübergehenden Befreiung von den drohenden Sanierungskosten.

*„Der Kl. hat auf Nachfrage durch den Senat, in welcher Weise mit dem Westflügel der Burg G. verfahren werden sollte, wenn der Bekl. das Mietobjekt räumen würde, ausgeführt, es sollten **kurzfristig keine Sanierungsmaßnahmen, sondern nur Sicherungsmaßnahmen** ausgeführt werden. Zur Frage, ob auch langfristig keine Sanierung des Westflügels durchgeführt werden solle, sei eine Entscheidung nicht gefallen. Dementsprechend macht der Kl. nicht das – stärker zu bewertende – Interesse an einer dauerhaften Vermeidung von Instandsetzungskosten geltend, sondern vielmehr **nur das – schwächer zu bewertende – Interesse an der vorübergehenden Vermeidung von Instandsetzungskosten**. Berücksichtigt man diese Interessenlage im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung, so führt dies nach Auffassung des Senats dazu, dass der Kl. nicht ausnahmsweise über § 275 II BGB oder § 313 III BGB ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des streitgegenständlichen Mietvertrags zusteht.“ (OLG Dresden aaO)*

Ein Kündigungsgrund lässt sich daher weder aus § 313 BGB noch aus § 275 II BGB herleiten.

c) Ergebnis

Der Kl. hatte keinen Grund für eine außerordentliche Kündigung. Die ausgesprochenen Kündigungen sind unwirksam. Das Mietverhältnis besteht fort. Der Kl. hat keinen Räumungsanspruch aus § 546 I BGB. Dem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB kann der Bekl. sein Recht auf Besitz aus dem Mietvertrag gem. § 986 I BGB entgegenhalten.

Verletzung von Dienstgeheimnissen
Einträge in behördlichen Datenbanken
 (BGH in NJW 2013, 549; Urteil v. 15.11.2012 – 2 StR 388/12)

1. **Einträge in dem polizeilichen Informationssystem POLIS sind Geheimnisse i.S.d. § 353b StGB.** Geheimhaltungsbedürftig sind auch **Negativauskünfte** über fehlende Einträge in dieser Datenbank.
2. Die Weitergabe von **Daten aus dem Einwohnerinformationssystem EWOIS und des zentralen Verkehrsinformationssystem ZEVIS** unterfällt hingegen **nicht dem Tatbestand des § 353b StGB.**

Fall: Der Angekl. hatte aufgrund seiner Funktion als Polizeibeamter mittels ihm individuell zugeordneter Zugangsdaten Zugriff auf die Datenbestände u.a. des polizeilichen Informationssystems POLIS und des zentralen Verkehrsinformationssystems des deutschen Kraftfahrtbundesamtes ZEVIS. Während POLIS eine kriminalpolizeiliche Sammlung personenbezogener Daten von bereits polizeilich in Erscheinung getretenen Personen darstellt, sind in dem Informationssystem ZEVIS u.a. personenbezogene Daten zu den Haltern der in Deutschland registrierten Kraftfahrzeuge gespeichert.

Im Zeitraum von Mai 2008 bis August 2009 führte der Angekl. im Auftrag seines Bekannten D, der Bordelle betrieb, wiederholt verschiedene Abfragen in beiden Datenbanken durch. Die jeweiligen Rechercheergebnisse übermittelte er anschließend an seinen Auftraggeber D. Bei sieben der Personenüberprüfungen waren zu den abgefragten Personalien keine Einträge in der POLIS-Datenbank vorhanden, was der Angekl. dem D. in Form einer Negativauskunft mitteilte. In Fällen der POLIS-Abfragen offenbarte der Angekl. seine hierdurch gewonnenen Erkenntnisse über Strafverfahren und Vorstrafen; dabei gab er in einem Fall zu einer von ihm abgefragten Person neben der Information über eine Vorstrafe auch einen Ausdruck von Lichtbildaufnahmen aus einer erkennungsdienstlichen Behandlung an D. weiter. Dieser setzte die ihm übermittelten Informationen zielgerichtet ein, um Dritte unter Druck zu setzen und gefügig zu machen. So beteuerte er seine guten Kontakte zur Polizei und untermauerte dies glaubhaft durch die Lancierung der von dem Angekl. erhaltenen Informationen. Auf diese Weise entstand bei zahlreichen Dritten insbesondere im Umfeld seines Bordellbetriebs der Eindruck, dass D. jederzeit alles über sie bei der Polizei in Erfahrung bringen könne. Zahlreiche Prostituierte ließen sich wegen des Umstands, dass sie um die „guten Verbindungen“ des gesondert verfolgten D. zur Polizei wussten, in ihrem (Aussage-)Verhalten beeindrucken, und ihr Vertrauen in die öffentliche Verwaltung wurde so sehr erschüttert, dass sie eine Zusammenarbeit mit den Polizeibehörden, teilweise auch aus Angst und Ungewissheit bezüglich der staatlichen Informationsverarbeitung, ablehnten.

Der Angekl. hingegen, der eine Gegenleistung für seine Bemühungen nicht erhielt, ging davon aus, dass D. an den Informationen deshalb interessiert sei, „um im Zusammenhang mit dem Betrieb und der Vermietung seiner Bordelle mit der Polizei keinen Ärger zu bekommen, damit der Betrieb nicht geschäftsschädigend gestört würde“. Er meinte, mit seinen Auskünften dadurch zur Prävention von Straftaten beizutragen, dass er D. durch die Informationsweitergabe in die Lage versetzte, die Beschäftigung von einschlägig in Erscheinung getretenen Personen zu unterlassen. Weiterhin glaubte der Angekl., durch seine Informationsweitergabe den D. als Zuträger von Informationen aus dem Rotlichtmilieu für die Polizei gewinnen zu können

- I. Der Angekl. könnte, indem er auf Aufforderung des D. jeweils (auch) Zugriff auf das Informationssystem POLIS nahm und ihn über seine diesbzgl. Rechercheergebnisse unterrichtete, den objektiven Tatbestand des **§ 353b I StGB** erfüllt haben.

1. Sowohl bei den vom Angekl. weitergegebenen **Daten aus der polizeilichen Datensammlung POLIS**, als auch bei dem mitgeteilten Umstand, dass zu bestimmten Personalien keine Erkenntnisse vorliegen, handelt es sich um **Dienstgeheimnisse i. S. des § 353b I StGB.**

*„Beides sind tatsächliche Gegebenheiten, deren Kenntnis wegen der **beschränkten Zugriffsmöglichkeit auf das Informationssystem** nicht über einen begrenzten Personenkreis hinausgeht. Dabei sind auch **Negativauskünfte über fehlende Einträge in der polizeilichen Datensammlung geheimhaltungsbedürftig**, da auch sie **nachteilige Auswirkungen auf die polizeiliche Aufgabenerfüllung** haben können etwa durch **Minimierung des Kontrolldrucks**, wie er im Rotlicht-Milieu durch verstärkte Kontrolltätigkeit der Polizei zur Bekämpfung des Auf- und Ausbaus organisierter krimineller Strukturen gezielt erzeugt wird (vgl. BGHSt 46, 339).“* (BGH aaO)

2. **Durch die unbefugte Informationsweitergabe** wurden zudem **wichtige öffentliche Interessen konkret gefährdet.**

*„Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob durch die Offenbarung der Daten, die nach den Feststellungen keine konkreten polizeilichen Maßnahmen berührten, schon eine unmittelbare Gefahr für wichtige öffentliche Interessen eingetreten ist; hierfür ließe sich die Wesensart der verletzten Dienstgeheimnisse anführen, deren Offenbarung **kriminelle Aktivitäten begünstigt**, indem sie es interessierten Personen ermöglicht, das*

eigene Verhalten dem Erkenntnisstand der Behörde anzupassen, oder - im Falle fehlender Erkenntnisse der Polizei - größere Freiräume für polizeilich relevante Aktivitäten zu eröffnen (vgl. BGHSt 46, 343; OLG Köln BeckRS 2012, 06355).

Jedenfalls hat das Landgericht tragfähig eine mittelbare Gefährdung, die zur Verwirklichung dieses Tatbestandsmerkmals genügen kann (vgl. BGHSt 11, 401; BGH NStZ 2000, 596), damit begründet, dass der D. durch die Kundgabe der vom Angekl. erlangten Informationen und die zielgerichtete Offenlegung seiner Verbindung zur Polizei das Vertrauen zahlreicher Bürger in die **Integrität der Polizei** erschüttert hat. Für eine **effektive Wahrnehmung der ihr obliegenden präventiven und repressiven Aufgaben** kommt der Integrität der Polizei und ihrer Beamten gerade auch in dem häufig durch zwangsweise Ausbeutung gekennzeichneten Prostitutionsmilieu besondere Bedeutung zu. Daher hat das Landgericht in der Erschütterung des Vertrauens in die Polizeiarbeit zu Recht eine konkrete Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen gesehen.“ (BGH aaO)

3. **Zwischenergebnis:** Durch die Weitergabe der Daten aus der polizeilichen Datensammlung POLIS, als auch durch die Mitteilung, dass zu bestimmten Personalien keine Erkenntnisse vorliegen, hat der Angekl. den objektiven Tatbestand des § 353b I StGB verwirklicht.
- II. Der Angekl. hat auch dadurch, dass er die ihm über das **zentrale Verkehrsinformationssystem ZEVIS** zugänglichen Halterdaten aus dem Zentralen Fahrzeugregister des Kraftfahrt-Bundesamtes zu den ihm von D. jeweils mitgeteilten Kennzeichen abfragte und an diesen weitergab, nicht den Tatbestand der Verletzung des Dienstgeheimnisses gem. § 353b I StGB erfüllt, denn bei den ihm in ZEVIS recherchierten Halterdaten **handelte es sich nicht um Geheimnisse i. S. des § 353b I StGB.**

„Unter Geheimnissen sind Tatsachen zu verstehen, die nur einem **begrenzten Personenkreis** bekannt und zudem **geheimhaltungsbedürftig** sind (vgl. BGHSt 46, 340; BGHSt 48, 126; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 353b Rn 6). Dies trifft auf die nach § 33 I StVG im Zentralen Fahrzeugregister gespeicherten Halterdaten, die im Rahmen einer **einfachen Registerauskunft** nach § 39 I StVG **jedermann zu den gesetzlich genannten Zwecken übermittelt** werden dürfen, nicht zu.

Dabei kann offen bleiben, ob im Hinblick auf die gesetzlich geregelten Voraussetzungen der einfachen Registerauskunft schon **faktisch keine nur einem begrenzten Personenkreis bekannten Daten** vorliegen, wie dies für den Anwendungsbereich des § 203 II 1 StGB in der Rspr. angenommen worden ist, (vgl. BGHSt 48, 28; OLG Hamburg NStZ 1998, 358; BayObLG NJW 1999, 1727; MüKo-StGB/Cierniak/Pohlitz, 2. Aufl., § 203 Rn 93; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 203 Rn 10); dagegen könnte sprechen, dass diese Voraussetzungen für die meisten Halterdaten nie und ansonsten nur in seltenen Fällen und für einen beschränkten Kreis von Auskunftsberechtigten erfüllt sein werden. Es handelt sich bei den in § 39 I StVG genannten Daten eines Kfz-Halters wie dessen Name und Anschrift jedenfalls um keine Tatsachen, die ihrer Bedeutung nach der Geheimhaltung bedürfen und daher auch **nicht der Amtsverschwiegenheit unterliegen** (vgl. § 37 II Nr. 2 BeamStG). Dies folgt schon daraus, dass Zugangsvoraussetzung für den eine Halterauskunft nach § 39 I StVG Verlangenden lediglich die Darlegung eines berechtigten Interesses ist, das nicht einmal glaubhaft gemacht werden muss.“ (BGH aaO)

- III. Soweit nach den vorstehenden Ausführungen daher ausschließlich eine Strafbarkeit des Angekl. nach § 203 II 2 StGB in Betracht kommt, fehlt es jedoch an den gem. § 205 I StGB erforderlichen **Strafanträgen.**

„Die **Antragsberechtigung als Verletzter i. S. des § 77 I StGB** richtet sich nach dem Träger des verletzten Rechtsguts. Danach ist bei § 203 StGB Verletzter nur diejenige **Person, über deren personenbezogene Daten der Täter Auskunft gegeben hat.** Antragsberechtigt sind daher nur die einzelnen Kraftfahrzeughalter, deren Daten der Angeklagte unbefugt weitergab (vgl. BGHSt 48, 28).“ (BGH aaO)

Untreue
Satzungswidrige Aufnahme eines Kassenkredits
(BVerfG in NJW 2013, 365; Beschluss v. 01.11.2012 – 2 BvR 1235/11)

Die mit einer **gegen gemeindliches Haushaltsrecht verstoßenden Darlehensaufnahme** begründeten **Zinsverpflichtungen** können einen **Nachteil i. S. von § 266 StGB** darstellen, wenn der Kreditbetrag für die Gemeinde wirtschaftlich wertlos ist.

Fall: Der Bf. zu 1) war erster Bürgermeister einer bayerischen Gemeinde und der Bf. zu 2) deren Kämmerer. In diesen Funktionen oblag den Bf. die laufende Abwicklung von Kassenkrediten der Gemeinde. Der Gemeinderat hatte jedenfalls seit dem Haushaltsjahr 2005 in der Haushaltssatzung der Gemeinde festgelegt, dass Kassenkredite in einer Höhe von bis zu drei Millionen Euro genehmigt seien. Von Juni 2007 bis Anfang 2009 lagen die tatsächlich aufgenommenen Kassenkredite durchgängig über dieser Obergrenze, ohne dass die Überschreitungen in der Haushaltssatzung ausgewiesen waren. Durch Verschiebung von in einem Haushaltsjahr angefallenen Ausgaben in das folgende Haushaltsjahr sowie von fiktiven Einnahmen aus dem Folgejahr in das Vorjahr stellten die Bf. in den Haushaltsjahren 2005 bis einschließlich 2008 jeweils einen ausgeglichener Vermögenshaushalt dar, der anstelle der tatsächlich vorhandenen Unterdeckung jeweils einen Überschuss auswies. Die in Anspruch genommenen Kassenkredite wiesen die Bf. zum Jahresende nicht aus, sondern buchten sie in das kommende Haushaltsjahr um. Dem Gemeinderat präsentierten sie auf diese Weise jeweils einen von ihnen als "ordentlich" bezeichneten Haushalt; der Schuldenstand der Gemeinde habe sich ständig reduziert, für als erforderlich dargestellte Investitionen seien Kreditaufnahmen "nicht mehr geplant" (Haushalt 2007) beziehungsweise "nicht vorgesehen" (Haushalt 2008). Im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Angaben beschloss der Gemeinderat jeweils die ihm vorgeschlagenen Tief- und Hochbaumaßnahmen, allein für das Jahr 2007 in einer Größenordnung von fünf Millionen Euro. Dass der Gemeinderat diese Investitionen auch für das Haushaltsjahr 2007 und in dieser Höhe beschlossen hätte, wenn seine Mitglieder gewusst hätten, dass sie entgegen den Angaben der Bf. sicher über Kredite finanziert werden mussten, da der Vermögenshaushalt schon aus den Vorjahren entgegen den Angaben der Bf. erhebliche Unterdeckungen auswies und bislang nicht bekannte feste Kassenkredite über drei Millionen Euro bestanden, konnte nicht festgestellt werden.

Um die dem Gemeinderat nicht offengelegten Finanzierungslücken zu decken, nahmen die Bf. weitere feste Kassenkredite für die Gemeinde auf, ohne zuvor eine Erweiterung des - wie die Bf. wussten - dauerhaft überschrittenen Kreditrahmens durch eine Nachtragshaushaltssatzung zu beantragen.

Im Juli 2007 nahm die Gemeinde feste Kassenkredite von insgesamt über drei Millionen Euro und einen über ein Sparkassenkonto laufenden variablen Kassenkredit von dauerhaft über einer Million Euro in Anspruch. Gleichwohl nahmen die Bf. - in Kenntnis der Umstände und ohne die Genehmigung des Gemeinderats einzuholen - einen weiteren festen Kassenkredit über zwei Millionen Euro mit einer Laufzeit von zwölf Monaten auf, wofür Zinszahlungen in Höhe von insgesamt rund 88.000 Euro anfielen. Die ausgezahlten Darlehensbeträge von insgesamt zwei Millionen Euro verwendeten sie in den folgenden Monaten wiederholt zum Ausgleich des Negativsaldos auf dem Sparkassenkonto.

Ende März 2008 nahm die Gemeinde einschließlich des vorgenannten Kassenkredits feste Kassenkredite in Höhe von insgesamt fünf Millionen Euro in Anspruch; das variable Sparkassenkonto wies einen Negativsaldo von rund 700.000 Euro auf. Dennoch nahmen die Bf. - wiederum in Kenntnis der Umstände und ohne die Genehmigung des Gemeinderats einzuholen - einen weiteren festen Kassenkredit über zwei Millionen Euro mit einer Laufzeit von zwölf Monaten auf, für den Zinsen von insgesamt rund 93.000 Euro zu zahlen waren. Mit dem Kreditbetrag lösten sie einen anderen auslaufenden Kassenkredit ab.

Fraglich ist, ob **durch die Kreditaufnahme** ein i. S. des § 266 StGB **tatbestandsmäßiger Vermögensnachteil** verursacht worden ist, dem **keine gleichwertige Gegenforderung** gegenüber steht.

I. Für die Strafgerichte folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit von Strafnormen ein **Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung**.

1. Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die - tatbestandsausweitend - über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der mögliche Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist (vgl. BVerfGE 71, 108; BVerfGE 87, 209; BVerfGE 92, 1; BVerfGE 126, 170).

Dementsprechend darf die Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen also auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, al-

so zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen; vgl. BVerfGE 87, 209; BVerfG 92, 1; BVerfG 126, 170).

2. Im Falle des **Nachteilsmerkmals des § 266 I StGB** muss die Auslegung den gesetzgeberischen Willen beachten, das Merkmal selbständig neben dem der Pflichtverletzung zu statuieren; sie darf daher dieses Tatbestandsmerkmal **nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal verschleifen**, d. h., es in diesem Merkmal aufgehen lassen.

Deswegen und um das Vollendungserfordernis zu wahren, sind **eigenständige Feststellungen zum Bestehen eines Nachteils** geboten. Von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen - etwa bei einem ohne weiteres greifbaren Mindestschaden - abgesehen, werden die Strafgerichte den von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach beziffern und dessen Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darlegen müssen (vgl. BVerfGE 126, 170). Normative Gesichtspunkte können bei der Feststellung eines Nachteils durchaus eine Rolle spielen. Sie dürfen aber, soll der Charakter der Untreue als Vermögensdelikt und Erfolgsdelikt bewahrt bleiben, wirtschaftliche Überlegungen nicht verdrängen. So kann bspw. die Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilsbegründend angesehen werden; vielmehr bleibt es auch in solchen Fällen erforderlich, zu prüfen, ob das verbotene Geschäft - wirtschaftlich betrachtet - nachteilhaft war (BVerfGE 126, 170).

- II. Bei der Anwendung des § 266 I StGB ist die **strafbegrenzende Funktion des Nachteilsmerkmals** zu beachten.

1. Der **BGH** hat einen von den Bf. verursachten **Vermögensnachteil** darin gesehen, dass **der Gemeinde Mittel in Höhe der durch die Kreditaufnahme entstandenen Zinsverpflichtungen dauerhaft entzogen** worden sind.

*„Den zu entrichtenden Kreditzinsen stand allerdings die Möglichkeit gegenüber, die **Kreditbeträge für eine bestimmte Zeit nutzen zu können**. Dies stellt regelmäßig einen **eigenständigen wirtschaftlichen Wert** dar, der geeignet ist, die Zinsverpflichtung in tatbestandsausschließender Weise zu kompensieren. Besteht der Vermögensnachteil - wie hier - in einer pflichtwidrig begründeten Forderung, der eine wirtschaftlich werthaltige Gegenleistung gegenübersteht, so muss sich den Urteilsgründen mit hinreichender Klarheit entnehmen lassen, weshalb der eingetretene Nachteil nicht in einer den objektiven Tatbestand ausschließenden Weise ausgeglichen worden ist.“* (BVerfG aaO)

2. Eine **Kompensation der Zinsverpflichtung** kann hier nur dann ausscheiden, wenn das **Darlehen** - etwa unter dem Gesichtspunkt des subjektiven Schadenseinschlags - in der konkreten Lage **für die Gemeinde wirtschaftlich wertlos** war.

- a) In **Rspr. und Lit.** ist anerkannt, dass auch dann, wenn einer eingegangenen Verpflichtung eine objektiv gleichwertige Leistung gegenübersteht, ein Vermögensnachteil nach den Grundsätzen des subjektiven beziehungsweise individuellen Schadenseinschlags in Betracht kommen kann (vgl. für den Fall einer Nachteilszufügung durch pflichtwidrige Verwendung von Haushaltsmitteln BGHSt 43, 293; BGH NStZ 2001, 248; BGH BGHR StGB § 266 Abs. 1 - Vorsatz 1; s. auch Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn 43 m. w. Nachw.).

Die dabei vorgenommene Fallgruppenbildung dient nicht zuletzt der Konkretisierung des Nachteilsmerkmals und ist daher geeignet, den Anwendungsbereich des Untreuetatbestandes i. S. des Bestimmtheitsgebots zu begrenzen (vgl. BVerfGE 126, 170).

- b) Die mit einer Darlehensaufnahme begründeten **Zinsverpflichtungen** können daher in verfassungsrechtlich zulässiger Weise als **Nachteil i. S. des § 266 I StGB** gewertet werden, **wenn der Kreditbetrag** für den Kreditnehmer gemessen an den genannten Kriterien **subjektiv wertlos ist** (vgl. BVerfGE 126, 170).

*„Das Verschleifungsverbot wäre danach in der vorliegenden Konstellation jedenfalls dann nicht verletzt, wenn die **wirtschaftliche Wertlosigkeit der Kreditaufnahme** auf die konkrete finanzielle Situation der Gemeinde gestützt würde, während die Pflichtverletzung - wie hier - bereits in der Aufnahme der Kassenkredite unter **Verstoß gegen Bestimmungen der gemeindlichen Haushaltssatzung** und der Bayerischen Gemeindeordnung gesehen und ohne Rückgriff auf die Haushaltslage der Gemeinde festgestellt wurde.“* (BVerfG aaO)

III. Aus den vorinstanzlichen Entscheidungen ergibt sich jedoch nicht mit hinreichender Klarheit, dass der Vermögensnachteil trotz der der Gemeinde zur Verfügung stehenden Kreditbeträge auf der Grundlage eines subjektiven Schadenseinschlags und ohne Verstoß gegen das Verschleifungsverbot angenommen worden ist.

1. Das Landgericht hat die **Gründe**, aus denen es eine Kompensation der Zinsverpflichtung verneint, **nicht ausdrücklich dargelegt**.

„Mit seinen **Ausführungen zur wirtschaftlichen Situation der Gemeinde** sowie zu ihren **konkreten Bedürfnissen zum Zeitpunkt der Kreditaufnahme** berührt das Landgericht zwar die Fallgruppe des subjektiven Schadenseinschlags. So wies der Gemeindehaushalt nach den Feststellungen des Landgerichts zum Zeitpunkt der Aufnahme der Kassenkredite jeweils Fehlbeträge in Höhe von mehreren Millionen Euro auf. Der Gemeinderat habe in der irrigen Annahme, dass hierfür keine Kreditaufnahme erforderlich sei, Investitionen für Baumaßnahmen im Umfang von mehreren Millionen Euro beschlossen, anstatt - was ebenso möglich gewesen wäre - die bereits seit Jahren verschobenen Maßnahmen noch weiter aufzuschieben und damit den laufenden Haushalt um die Investitionsbeträge zu entlasten, den Umfang der Investitionen der Haushaltslage anzupassen oder bestehende Darlehensverpflichtungen zurückzuführen. Damit wird eine Situation dargestellt, angesichts derer es nicht fern liegt, dass die Aufnahme (weiterer) Kassenkredite wirtschaftlich verfehlt und - bei **objektiver Würdigung der Lage der Gemeinde** - schädlich war. Jedoch lassen die Urteilsgründe nicht sicher erkennen, ob der Verurteilung diese rechtliche Wertung zugrunde liegt. Das Landgericht hat es versäumt, die Gründe ausdrücklich darzulegen, aus denen es eine Kompensation der Zinsverpflichtung verneint. Sofern es sich hierbei auf einen **subjektiven Schadenseinschlag** stützen wollte, hätte es dies zum Ausdruck bringen und - entsprechende tatsächliche Feststellungen vorausgesetzt - verbalisieren müssen, dass die zu den Zinsverpflichtungen führende Darlehensaufnahme der Finanzierung von Investitionen gedient hat, die als wirtschaftlich sachwidrig zu bewerten sind, etwa weil sie die zu diesem Zeitpunkt **bedrängte finanzielle Situation der Gemeinde** verschärften. Hieran fehlt es.

Hingegen hat das Landgericht im Rahmen der Begründung des Nachteils ausgeführt, es habe nicht festgestellt werden können, dass der Gemeinderat die Investitionen - wenngleich es sich um gemeindliche Pflichtaufgaben handelte auch bei vollständiger Kenntnis der Situation der Gemeinde in dieser Form und zu diesem Zeitpunkt beschlossen hätte. Damit erörterte es bei der Darlegung eines Nachteils (auch) einen Eingriff der Bf. in die Dispositionsfreiheit des Gemeinderats. Dies führt in die Nähe einer unzulässigen Verschleifung der Tatbestandsmerkmale der Pflichtverletzung und des Vermögensnachteils. Die fraglichen Ausführungen schließen unmittelbar an die Feststellung an, ein Schaden liege in den Zinsverpflichtungen gegenüber den Banken, während die Pflichtverletzung bereits in der Aufnahme der Mittel liege. Es bleibt unklar, ob das Landgericht die **Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit** in einen Zusammenhang mit der Pflichtverletzung - die allerdings bereits an früherer Stelle im Urteil bejaht worden ist - gestellt hat, oder ob es den Vermögensnachteil maßgeblich daraus abgeleitet hat, dass der Gemeinderat in seiner Dispositionsfreiheit eingeschränkt wurde, weil er aufgrund der pflichtwidrigen Aufnahme der Kassenkredite unzutreffend davon ausging, die beschlossenen Investitionen ohne weitere Kreditaufnahme finanzieren zu können. Letzteres würde das **Bestimmtheitsgebot** verletzen, weil das Tatbestandsmerkmal des Nachteils unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG in dem der Pflichtwidrigkeit aufgegangen wäre (vgl. BVerfGE 126, 170).“ (BVerfG aaO)

2. In gleicher Weise mehrdeutig sind die mit der Verfassungsbeschwerde beanstandeten Erwägungen im Beschluss des BGH, für die Investitionen seien die falschen Mittel eingesetzt worden, und die Bf. könnten sich nicht darauf berufen, aufgrund der Dringlichkeit der Kreditaufnahme bedingenden Investitionen zum Mitteleinsatz verpflichtet gewesen zu sein oder der Gemeinde eine sonst **unumgängliche Inanspruchnahme anderweitiger Mittel** oder eine **anderweitige Kreditaufnahme erspart** zu haben.

„Zwar entstammen diese Wendungen teilweise der Rspr. des BGH zur Untreue bei zweckwidriger Verwendung öffentlicher Gelder (vgl. BGHSt 40, 287). Gleichwohl bleibt letztlich unklar, ob die rechtliche Würdigung des BGH dahin geht, dass die zur Verfügung stehenden Kassenkredite angesichts der konkreten Lage der Gemeinde keinen berücksichtigungsfähigen Vorteil darstellen konnten, der geeignet war, den mit der Zinsverpflichtung verbundenen Vermögensnachteil aufzuwiegen. Ein Schwerpunkt der Ausführungen zur Frage des Vermögensnachteils liegt auch im Beschluss des BGH auf der durch die Manipulationen der Bf. bedingten Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit des Gemeinderats, ohne dass nachvollziehbar ist, ob dieser Aspekt oder eigenständige wirtschaftliche Erwägungen den BGH zur Annahme eines Vermögensnachteils veranlasst haben.“ (BVerfG aaO)

(VGH München in NVwZ-RR 2013, 135; Beschluss vom 05.11.2012 – 8 ZB 12.116)

Der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch kann nach § 275 II BGB auch in Fällen einer grob fahrlässigen Überbauung ausnahmsweise ausgeschlossen sein, wenn sie einen geringen Umfang aufweist und der Nutzen eines Rückbaus für den betroffenen Grundstückseigentümer marginal ist

A. Grundlagenwissen: Der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch

I. Allgemeines

Der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch ist auf die Beseitigung der rechtswidrigen Folgen von rechtswidrigem Verwaltungshandeln gerichtet. Er wird als eigenständiges Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts aus Art. 20 III GG hergeleitet. Er ist kein Schadensersatz, sondern ein Wiederherstellungsanspruch (sog. Restitutionsanspruch).

1. bei rechtswidrigem VA

Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen eines vollzogenen und auf eine Anfechtungsklage hin wegen Rechtswidrigkeit aufzuhebenden VA aus § 113 I 1 und 2 VwGO (sog. Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch).

2.. Bei rechtswidrigem Realakt

Anspruch auf Rückgängigmachung der rechtswidrigen Folgen von rechtswidrigem schlicht-hoheitlichen Handeln, hergeleitet aus Art. 20 III GG (sog. allgemeiner öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch)

II. Anspruchsvoraussetzungen

1. rechtswidriges Verwaltungshandeln
2. rechtswidrige Beeinträchtigung
3. Kausalität zwischen Verwaltungshandeln und Beeinträchtigung
4. tatsächliche und rechtliche Möglichkeit der Folgenbeseitigung

B. Ausschluss eines öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs nach § 275 II BGB

Fall: Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Beseitigung der beim Ausbau einer Gemeindestraße erfolgten Überbauung ihrer Grundstücke sowie die Herausgabe dieser Grundstücksflächen.

Die Klägerin ist Eigentümerin der unbebauten Grundstücke Fl.Nrn. .../7 und .../8 Gemarkung A. Die Grundstücke liegen in einem Wohngebiet an dem als Ortsstraße gewidmeten H.-weg. Im Zuge des Ausbaus des H.-wegs wurden die Randsteine bzw. die Pflasterung des Fahrbahnrandes entlang der südöstlichen Grenzen der Grundstücke so eingebracht, dass sie in einer Breite von insgesamt 6 cm auf einer Fläche von 1,14 m² in das Grundstück Fl.Nr. .../7 und auf einer Fläche 0,42 m² in das Grundstück Fl.Nr. .../8 hineinreichen. Ein Angebot der Beklagten auf Übernahme der Flächen gegen Zahlung von 590,24 € lehnte die Klägerin ab. Die Klägerin verlangt nunmehr die Beseitigung der Überbauung und Herausgabe der betreffenden Grundstücksflächen. Hat sie hierauf einen Anspruch?

Ein Anspruch könnte sich aus einem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch ergeben.

I. Herleitung des Anspruchs

*„Dass dieser gewohnheitsrechtlich anerkannte Anspruch seine **Grundlage im verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten** findet und nicht, wie die Klägerin meint, in § 1004 BGB, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats und des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BayVGH vom 15.05.1990, BayVBl. 1990, 627; vom 26.09.2000 Az. 8 B 00.789 [juris]; vom 31.03.2005 BayVBl 2006, 88; vom 31.08.2011, BayVBl 2012, 245/247; BVerwG vom 26.08.1993; BVerwGE 94, 100/103 ff.; vom*

19.07.1984 BVerwGE 69, 366/369 f.; vom 23.05.1989, BVerwGE 82, 76/95) und bedarf keiner weiteren Ausführungen.“ (VGH München aaO)

II. Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für einen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch vorliegen.

1. rechtswidriges Verwaltungshandeln

Die Beklagte hat im Rahmen des kommunalen Straßenbaus durch schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln rechtswidrig Flächen der Klägerin in Anspruch genommen. Eine Berechtigung hierfür ist nicht ersichtlich.

2. rechtswidrige Beeinträchtigung / Kausalität

Die Klägerin erleidet auch eine rechtswidrige Beeinträchtigung durch die unberechtigte Inanspruchnahme ihre Grund und Bodens für den kommunalen Straßenbau. Sie ist nicht verpflichtet, dies hinzunehmen.

3. andauernde Folgen

Die Folgen des rechtswidrigen Verwaltungshandelns durch unberechtigte Inanspruchnahme von Grundstücksfläche der Klägerin dauern auch noch an.

45. rechtliche und tatsächliche Möglichkeit zur Folgenbeseitigung

Es muss aber auch sowohl rechtlich als auch tatsächlich möglich sein, diese noch vorhandenen Folgen zu beseitigen. Rechtlich ist eine solche Beseitigung ohne weiteres möglich, auch aus tatsächlicher Hinsicht spricht nichts gegen einen Rückbau.

Die Anspruchsvoraussetzungen für einen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch liegen daher vor.

III. Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 II BGB

Fraglich ist jedoch, ob die Beklagte die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs verweigern kann.

1. Verweigerung nach § 251 II 1 BGB

„Zwar ist der Klägerin zuzugeben, dass der Ausschluss des Anspruchs nicht (mehr) auf § 251 II 1 BGB und den darin enthaltenen Grundsatz gestützt werden kann, wonach ein **Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung eines Grundstücks nicht erfüllt** werden muss, wenn die Erfüllung für den Schuldner **nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen** möglich ist. Denn die Bestimmung des § 251 II 1 BGB ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat anschließt, in Fällen der vorliegenden Art infolge der Neuregelung des § 275 II BGB durch das am 01.01.2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) überholt (vgl. BGH vom 30.05.2008, NJW 2008, 3122/3123; vom 18.07.2008, NJW 2008, 3123/3124; vom 23.10.2009, NJW-RR 2010, 315).“ (VGH München aaO)

2. Verweigerung nach § 275 II BGB

Nach § 275 II 1 BGB kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit diese einen **Aufwand erfordert**, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem **groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers** steht.

a) Anwendbarkeit auf den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch

„Diese Regelung entspricht nach dem Willen des Gesetzgebers dem bisher in § 251 II 1 BGB zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Grundsatz (vgl. BGH vom 30.5.2008 NJW 2008, 3122/3123). Die Rechtsprechung des Senats, die bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB als möglichen **Ausschlussstatbestand auch für den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch** anerkannt hat (vgl. BayVGH vom 15.5.1990, BayVBl 1990, 627/678 f.; vom 27.10.1998, BayVBl. 1999, 561), bedarf daher der Anpassung an die gesetzliche Neuregelung.

Dies führt indes nicht dazu, dass der bisher in § 251 II 1 BGB enthaltene Grundsatz dem Folgenbeseitigungsanspruch nicht mehr entgegen gehalten werden kann. Vielmehr folgt eine entsprechende Beschränkung nunmehr aus § 275 II BGB. Dies gilt nicht nur für zivilrechtliche Beseiti-

gungsansprüche aus § 1004 Abs. 1 BGB (vgl. BGH vom 30.05.2008 NJW 2008, 3122/3123), sondern in gleicher Weise für den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch.“ (VGH München aaO)

b) Maßstab des § 275 II BGB

Allerdings ist bei der nach § 275 II BGB gebotenen **Abwägung zwischen dem Leistungsinteresse des Gläubigers** und dem mit der Anspruchserfüllung verbundenen **Aufwand des Schuldners** auch das **Verschulden des Schuldners** zu berücksichtigen (vgl. BGH vom 21.05.2010, NJW 2010, 2341/2342). Dies ergibt sich nunmehr ausdrücklich aus § 275 II 2 BGB, wonach bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen auch zu berücksichtigen ist, ob dieser das Leistungshindernis zu vertreten hat.

*„Allerdings war das **Verschulden** auch bereits bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Aufwendungen nach § 251 II BGB zu berücksichtigen (vgl. BGH vom 24.04.1970, NJW 1970, 1180/1181; vom 26.10.1972, BGHZ 59, 365/368; vom 0.10.1987, NJW 1988, 669). Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Regelungen besteht vor allem im **Grad des Missverhältnisses** zwischen dem Aufwand des Schuldners und dem Gläubigerinteresse, welches bei § 275 II 1 BGB „grob“ sein muss, also ein **besonders krasses, nach Treu und Glauben untragbares Ausmaß** erreichen muss. Die Änderung dieses Maßstabs rechtfertigt sich nach dem Willen des Gesetzgebers vor allem daraus, dass der Gläubiger bei einer vom Schuldner nicht zu vertretenden Unmöglichkeit seinen Anspruch ersatzlos verliert (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 130).“ (VGH München aaO)*

c) Anwendung auf den Fall

Im vorliegenden Fall wurde der Überbau grob fahrlässig vorgenommen.

„Zugunsten der Klägerin kann unterstellt werden, dass die Beklagte beim Ausbau des H-wegs durch ihre Bediensteten insoweit grob fahrlässig gehandelt hat, als die Randsteine bzw. die Randpflasterung der Straße teilweise in die Grundstücke der Klägerin hinein verlegt wurden. Auch eine Gemeinde verhält sich, nicht anders als ein privater Grundstückseigentümer, der bewusst im Bereich der Grundstücksgrenze baut, in der Regel grob fahrlässig, wenn sie sich vor der Bauausführung nicht, ggf. durch Hinzuziehung eines Vermessungsingenieurs, vergewissert, dass die für die Bebauung vorgesehene Fläche ihr gehört, oder während der Bauausführung nicht darauf achtet, dass die Grenzen ihres Grundstücks nicht überschritten werden (vgl. BGH vom 19.9.2003 BGHZ 156/170 ff.; vom 19.9.2008 NJW-RR 2009, 24). Der Senat geht mangels entgegenstehenden Vortrags der Beteiligten davon aus, dass diese Voraussetzungen hier erfüllt sind.“ (VGH München aaO)

Die grobe Fahrlässigkeit ist bei der Abwägung maßgeblich zu berücksichtigen.

*„Die Berücksichtigung des Verschuldens hat zur Folge, dass in den Fällen eines **grob fahrlässigen Überbaus** ein **Ausschluss des Beseitigungsanspruchs** nach dieser Vorschrift **nur ausnahmsweise** in Betracht kommen kann, weil die Abwägung bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit **in der Regel dazu führt, dem Überbauenden die Einrede zu versagen** (vgl. BGH vom 18.07.2008, NJW 2008, 3123/3125; Brandenburgisches OLG vom 04.11.2010, BauR 2011, 705/708).“ (VGH München aaO)*

Ein Ausschluss des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs kommt danach nur in Betracht, wenn trotz des grob fahrlässigen Verhaltens der Beklagten ein solcher Ausnahmefall anzunehmen ist.

*„Die Besonderheit des vorliegenden Falls besteht ... darin, dass die **Überbauung nur sehr geringfügig** ist und die **bestimmungsgemäße Nutzung** der betroffenen Grundstücksflächen **nicht spürbar beeinträchtigt**, weil das Grundstück Fl.Nr. .../8 ohnehin als Zufahrtsfläche vorgesehen ist und die lediglich 6 cm breite Randsteinbebauung auf dem Grundstück Fl.Nr. .../7 einer Einriedung des Grundstücks auf dieser Fläche nicht entgegen steht. Die **Geringfügigkeit der Überbauung** zum einen und der allenfalls **marginale Nutzen**, den die Klägerin durch einen Rückbau der Randsteine hätte, zum anderen rechtfertigen es hier **ausnahmsweise**, trotz des grob fahrlässigen Verhaltens der Beklagten die Beseitigung der Überbauung mit einem **Kostenaufwand** in Höhe von 7.000 € bis 8.000 € **als nach § 275 II BGB grob unverhältnismäßig anzusehen**.“ (VGH München aaO)*

IV. Ergebnis

Die Beklagte kann sich gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch der Klägerin auf das Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 II BGB berufen

(VGH München in NVwZ 2013, 311; Beschluss vom 15. 11. 2012 – 1 ZB 10.2422)

Die Errichtung einer Skihütte ist nur dann i. S. von § 35 I Nr. 4 BauGB im Außenbereich erforderlich, wenn sie für die gastronomische Grundversorgung der Skifahrer objektiv notwendig ist. Für eine privilegierte Zulässigkeit genügt es nicht, dass durch den zusätzlichen Gaststättenbetrieb die Attraktivität des Skigebiets gesteigert wird.

A. Grundlagenwissen: Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich**I. Bei privilegierten Vorhaben, § 35 I BauGB**

Zulässig sind grundsätzlich nur privilegierte Vorhaben. Diese sind in § 35 I BauGB aufgeführt. Privilegiert sind solche Vorhaben, die eigentlich nur im Außenbereich möglich sind. Daher erstreckt sich die Privilegierung insbesondere auf landwirtschaftliche Betriebe einschließlich notwendiger Wohngebäude, Anlagen zur Gewinnung von Wasser- und Windenergie sowie auf atomrechtliche Anlagen.

Privilegierte Vorhaben nach § 35 I BauGB sind zu genehmigen, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die Erschließung gesichert ist. Es handelt sich also um eine gebundene Entscheidung.

1. Vorliegen eines **Privilegierungstatbestandes** § 35 I BauGB

2. Nichtentgegenstehen öffentlicher Belange

a) Beeinträchtigung öffentlicher Belange, § 35 III BauGB

b) **Nichtentgegenstehen**

Die Beeinträchtigung muss **so schwerwiegend** sein, dass der **Privilegierungszweck zurücktritt** und das Vorhaben trotz Privilegierung unzulässig ist. Beachte insbesondere § 35 III 3 BauGB.

3. Abgabe einer **Verpflichtungserklärung** nach § 35 V 2 BauGB

Vorhabenträger muss sich verpflichten, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen, sofern ein Privilegierungstatbestand des § 35 Nr. 2 – 6 BauGB vorliegt.

4. Sicherung der **Erschließung**

II. Bei sonstigen Vorhaben, § 35 II BauGB

Nichtprivilegierte Vorhaben sind nur in Einzelfällen zulässig, wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden.

Obwohl der Wortlaut der Vorschrift vorsieht, dass diese Vorhaben zugelassen werden „können“, handelt es sich hierbei nicht um eine Ermessensentscheidung, sondern wegen Art. 14 I GG aufgrund **verfassungskonformer Auslegung** um eine **gebundene Entscheidung**. Ist also die Erschließung gesichert und eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange nicht festzustellen, so besteht auch im Außenbereich ein Anspruch auf die planungsrechtliche Zulassung des Vorhabens (vgl. BVerwGE 18, 247).

1. Nichteingreifen eines Privilegierungstatbestandes des § 35 I BauGB

2. Nichtbeeinträchtigung öffentlicher Belange, § 35 III BauGB

Bei dem Begriff der öffentlichen Belange handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der durch die Regelungen in § 35 III BauGB weiter ausgefüllt wird (vgl. Wortlaut; insbesondere Umwelt- und Landschaftsschutz sowie Vermeidung von Splittersiedlungen).

3. Falls Beeinträchtigung feststellbar: **Teilprivilegierungen**, § 35 IV BauGB

Bestimmte Vorhaben, die nicht unter § 35 I BauGB fallen, werden von einigen Anforderungen des § 35 III BauGB ausgenommen (vgl. Wortlaut).

- a) Beeinträchtigung nur von § 35 III Nr. 1, 2, 5, 7 BauGB
- b) Vorliegen eines Teilprivilegierungstatbestandes

IV. Sicherung der Erschließung

B. Privilegierung einer Skihütte im Außenbereich (vgl. VGH München in NVwZ 2013, 311)

Fall: Die Kl. begehren eine Baugenehmigung für eine Hütte mit saisonaler gastronomischer Nutzung (Skihütte) auf dem Außenbereichsgrundstück Fl. Nr. 2154 Gemarkung P., das im Landschaftsschutzgebiet „W.“ an der D.-abfahrt liegt und über einen Forstweg erschlossen wird. Vorbehaltlich der Zustimmung der Träger öffentlicher Belange erklärte der Bau- und Umweltausschuss des Bekl. am 23.07.2009 sein Einverständnis mit dem Bauvorhaben, weil durch den Ausbau des Skigebiets am H-berg auch der Bedarf an Gastronomie in diesem Gebiet gestiegen sei.

Mit Schreiben vom 04.08.2009 teilte das Landratsamt G. – Untere Naturschutzbehörde – dem Bekl. mit, dass das notwendige Einvernehmen zu einer Befreiung von dem Verbot der Schutzgebietsverordnung nicht erteilt werden könne. Mit Bescheid vom 12.10.2009 lehnte der Bekl. den Bauantrag ab. Hat die hiergegen erhobene zulässige Verpflichtungsklage der Kl. Aussicht auf Erfolg?

Die Verpflichtungsklage hat nach § 113 V VwGO Erfolg, wenn die Ablehnung rechtswidrig ist und die Kl. in ihren Rechten verletzt. Dies ist der Fall, wenn die Kl. einen Anspruch auf die Baugenehmigung haben. Die Kl. haben einen Anspruch auf die Baugenehmigung, wenn das Vorhaben bauplanungs- und bauordnungsrechtlich zulässig ist und keine sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

I. bauplanungsrechtliche Zulässigkeit

Das Vorhaben muss zunächst bauplanungsrechtlich zulässig sein. Es handelt sich um ein Vorhaben außerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplans im Außenbereich. Die Zulässigkeit bestimmt sich daher nach § 35 BauGB.

1. Zulässigkeit als privilegiertes Vorhaben, § 35 I BauGB

Bei der Skihütte könnte es sich um ein nach § 35 I BauGB privilegiertes Vorhaben handeln. Dann müsste ein Privilegierungstatbestand des § 35 I BauGB vorliegen und dem Vorhaben dürften – neben der Sicherung der Erschließung – keine öffentlichen Belange entgegenstehen. In Betracht kommt hier eine Berufung auf den Privilegierungstatbestand des § 35 I Nr. 4 BauGB. Danach liegt ein Privilegierungstatbestand vor, wenn das beabsichtigte Vorhaben wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden „soll“.

a) Prüfungsmaßstab für den Privilegierungstatbestand § 35 I Nr. 4 BauGB

*„Es handelt sich um einen **Auffangtatbestand** für solche Vorhaben, die von den Nrn. 1–3, 5 und 6 nicht erfasst werden, nach den Grundsätzen städtebaulicher Ordnung, wenn überhaupt, sinnvoll aber nur im Außenbereich ausgeführt werden können, weil sie zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zwecks auf einen **Standort außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile angewiesen** sind. Die tatbestandliche Weite dieser Vorschrift ist durch erhöhte Anforderungen an die im Gesetz umschriebenen Privilegierungsvoraussetzungen auszugleichen, weil sich nur so das gesetzgeberische Ziel erreichen lässt, den **Außenbereich** in der ihm **vornehmlich zukommenden Funktion, der Land- und Forstwirtschaft sowie der Erholung für die Allgemeinheit** zur Verfügung zu stehen, vor einer unangemessenen Inanspruchnahme zu schützen. Das Tatbestandsmerkmal des „Sollens“ setzt demgemäß eine Wertung voraus, ob **nach Lage der Dinge das Vorhaben wegen seiner Zweckbestimmung hier und so sachgerecht nur im Außenbereich untergebracht werden kann** (vgl. BVerwGE 96, 95 [103 f.] = NVwZ 1995, 64; BVerwG, Beschl. v. 06.09.1999, NVwZ 2000, 678 = NJW 2000, 2221 L). Die Privilegierung setzt daher voraus, dass die **Durchführung des Vorhabens im Außenbereich gerade durch die besondere Eigenart des Vorhabens erfordert** wird. „Erforderlich“ in diesem Sinn ist das, was getan werden muss, damit die privilegierte Tätigkeit ausgeübt werden kann (vgl. BVerwG, NVwZ 2000, 678 = NJW 2000, 2221 L).“ (VGH München aaO)*

b) Anforderungen an Privilegierung von Gastronomiebetrieben im Außenbereich

Fraglich ist, wann nach diesen Maßstäben von der Zulässigkeit von Gastronomiebetrieben im Außenbereich ausgegangen werden kann.

*„Der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 09.06.1999 (1 B 96.4197 [Juris]), die vom BVerwG mit dem genannten Beschluss vom 06.09.1999 bestätigt wurde, zum Ausdruck gebracht, dass in Ski- und Wandergebieten ein Gaststättenbetrieb nur insoweit erforderlich sein kann, als es um die **gastronomische Grundversorgung der Skifahrer und Wanderer** geht. Bei den Abfahrten vom H-berg ist diese Grundversorgung durch die **Einkehrmöglichkeiten** sowohl bei der **Bergstation** als auch bei der **Talstation** nach wie vor gegeben. Trotz des beträchtlichen Ausbaus der Förderkapazität durch die neuen Lift- und Gondelanlagen sowie der weiteren Maßnahmen zur Steigerung der Attraktivität des Skigebiets ist das **vorhandene Gastronomieangebot immer noch „ausreichend“**, wie der ADAC-Skipisten-Test im Winter 2009/2010 ergeben hat (vgl. den Artikel im G. Tagblatt v. 16.11. 010). Zwar mag es angesichts der „eingeschränkten Platzverhältnisse“ und des konstatierten „Nachholbedarfs in Sachen Gastronomie“ aus Sicht der Skifahrer und des Bekl. wünschenswert sein, dass zusätzliche Einkehrmöglichkeiten geschaffen werden, doch würde dies **über die objektiv notwendige (Grund-)Versorgung hinausgehen.**“ (VGH München aaO)*

Es genügt daher für eine privilegierte Zulässigkeit nicht, dass der geplante zusätzliche Gaststättenbetrieb zu einer Bereicherung der Skiabfahrt und einer Aufwertung des gesamten Skigebiets führen würde.

*„[Die] Erforderlichkeit der geplanten Skihütte [lässt sich] auch nicht damit begründen, dass entlang der **K-abfahrt bzw. D-abfahrt noch keine Einkehrmöglichkeit** besteht. Für die (nur) ca. 3 km lange Abfahrt dürften Skifahrer auch bei unterdurchschnittlicher Geschwindigkeit **nicht mehr als 15 Minuten** benötigen. Für die Grundversorgung der Skifahrer ist es aber nicht erforderlich, dass diese in kurzen zeitlichen Abständen eine Einkehrmöglichkeit vorfinden. Vielmehr genügt es, wenn die **Skifahrer nur in größeren zeitlichen Abständen** einen so genannten **Versorgungsstützpunkt** (vgl. VGH München, Ur. v. 09.06.1999 – 1 B 96.4197) antreffen.“ (VGH München aaO)*

Die geplante Errichtung einer Skihütte im Außenbereich ist daher nicht gem. § 35 I Nr. 4 BauGB privilegiert.

2. Zulässigkeit als sonstiges Vorhaben, § 35 II BauGB

Allerdings könnte das Vorhaben als sonstiges nach § 35 II BauGB zulässig sein. Dies ist der Fall, wenn keine öffentlichen Belange beeinträchtigt werden. Die maßgeblichen öffentlichen Belange sind exemplarisch in § 35 III BauGB aufgeführt.

„Dass die Skihütte als nicht privilegiertes Vorhaben öffentliche Belange i. S. von § 35 II BauGB beeinträchtigt, wurde von den Kl. nicht in Frage gestellt. Abgesehen davon ist offenkundig, dass durch das Vorhaben die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege (vgl. § 35 III 1 Nr. 5 BauGB) beeinträchtigt werden.“ (VGH München aaO)

II. Ergebnis

Das Vorhaben ist schon planungsrechtlich unzulässig, so dass kein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung besteht und die Ablehnung rechtmäßig erfolgt ist. Die Verpflichtungsklage ist daher unbegründet.

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
§ 130

Zugangsnachweis Zugang einer E-Mail

BGB

(LAG Berlin-Brandenburg in DB 2013, 407; Beschluss vom 27.11.2012 – 15 Ta 2066/12)

- I. Für die **Darlegung des Zugangs einer E-Mail** reicht es nicht aus, dass die **E-Mail abgesandt worden ist**.

*„Eine Willenserklärung geht unter Abwesenden zu, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen (Palandt/Ellenberger, § 130 BGB Rn 5). Eine E-Mail geht insofern zu, wenn sie in die Mailbox des Empfängers oder der des Providers abrufbar gespeichert wird. Die Beweislast kommt demjenigen zu, der sich auf den Zugang beruft. Für den Zugang einer E-Mail kann möglicherweise eine **Eingangs- oder Lesebestätigung** einen Nachweis erbringen. Ein **Ausdruck der E-Mail ohne Eingangs- oder Lesebestätigung reicht für einen Anscheinsbeweis nicht aus**. Ein Beweis des ersten Anscheins für den Eingang in die Mailbox des Empfängers ergibt sich auch nicht bereits dann, wenn der Erklärende die Absendung der E-Mail beweisen kann.“* (LAG Berlin-Brandenburg aaO)

- II. Eine andere Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des BGH vom 21.11.2006 (1 ZB 17/06 - juris).

„Dort ging es ausschließlich um die Frage, wer darzulegen und ggf. zu beweisen hat, ob der Beklagte im Falle eines sofortigen Anerkenntnisses Anlass zur Klage gegeben hat i. S. des § 93 ZPO. Der BGH hat insofern aus allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen geschlossen, dass dies nicht der Kl., sondern der Bekl. darzulegen hat. § 93 ZPO stellt im Rahmen der Kostenverteilung selbst bei einem sofortigen Anerkenntnis einen Ausnahmetatbestand für diejenige Partei dar, die keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben hat. Hierzu gehört auch die Tatsache, dass die beklagte Partei zuvor nicht abgemahnt worden war. Diese Ausnahmekonstellation ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Im hiesigen Fall geht es ausschließlich darum, wer nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen den Zugang einer Willenserklärung unter Abwesenden darlegen und beweisen muss. Da der Ast. sich darauf beruft, Bewerber gewesen zu sein, muss er auch darlegen und beweisen, dass die entsprechende E-Mail dem Antragsgegner zugegangen ist.“ (LAG Berlin-Brandenburg aaO)

BGB
§§ 253, 280

Schadensersatzanspruch Nutzungsentschädigung für Ausfall eines Internetanschlusses (BGH in BB 2013, 258; Urteil vom 24.01.2013 – III ZR 98/12)

BGB

Für den **Fortfall der Möglichkeit**, einen **Internetzugang** für weitere Zwecke als für den Telefon- und Telefaxverkehr **zu nutzen**, steht dem **Anschlussinhaber** ein **Schadensersatzanspruch** zu.

*„Die **Nutzbarkeit des Internets** ist ein **Wirtschaftsgut**, dessen **ständige Verfügbarkeit** seit längerer Zeit auch im privaten Bereich für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von **zentraler Bedeutung** ist und bei dem sich eine **Funktionsstörung** als solche auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung **signifikant auswirkt**. Das Internet stellt weltweit umfassende Informationen in Form von Text-, Bild-, Video- und Audiodateien zur Verfügung. Dabei werden thematisch nahezu alle Bereiche abgedeckt und verschiedenste qualitative Ansprüche befriedigt. So sind etwa Dateien mit leichter Unterhaltung ebenso abrufbar wie Informationen zu Alltagsfragen bis hin zu hochwissenschaftlichen Themen. Dabei ersetzt das Internet wegen der leichten Verfügbarkeit der Informationen immer mehr andere Medien, wie zum Beispiel Lexika, Zeitschriften oder Fernsehen. Darüber hinaus ermöglicht es den weltweiten Austausch zwischen seinen Nutzern, etwa über E-Mails, Foren, Blogs und soziale Netzwerke. Zudem wird es zunehmend zur Anbahnung und zum Abschluss von Verträgen, zur Abwicklung von Rechtsgeschäften und zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten genutzt (von der unübersehbaren Vielfalt z.B. nur: Fernabsatzkäufe, Hotel-, Bahn- und Flugbuchungen, Erteilung von Überweisungsaufträgen, Abgabe von Steuererklärungen, An- und Abmeldung der Strom-, Gas- und Wasserversorgung sowie der Müllabfuhr, Verifikation von Bescheinigungen). Nahezu 70 % der Einwohner Deutschlands [bedienen sich] des Internets, wobei dreiviertel hiervon es sogar täglich nutzen. Damit hat sich das Internet zu einem die Lebensgestaltung eines Großteils der Bevölkerung entscheidend mitprägenden Medium entwickelt, dessen Ausfall sich **signifikant im Alltag bemerkbar** macht. Die Unterbrechung des Internetzugangs hat typischerweise Auswirkungen, die in ihrer Intensität mit dem Fortfall der Möglichkeit, ein Kraftfahrzeug zu nutzen, ohne weiteres vergleichbar sind.“* (BGH aaO)

BGB
§§ 311 II, 280, 281

culpa in contrahendo Abbruch von Vertragsverhandlungen (OLG Celle in ZAP 2013, 119; Urteil vom 08.02.2012 – 14 U 139/11)

BGB

Ein **Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss**, der wegen des **Abbruchs von Vertragsverhandlungen** geltend gemacht wird, kommt erst dann in Betracht, wenn ein Verhandlungspartner bei der Gegenseite **zurechenbar** das aus deren Sicht **berechtigte Vertrauen erweckt** hat, der **Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen**, dann aber die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abbricht (vgl. nur BGH BauR 2001, 632). Hat der Verhandlungspartner den Vertragsschluss als sicher hingestellt, kommt es auf ein Verschulden dabei nicht an (BGH WM 1996, 738).

„Im Hinblick auf die grds. bestehende **Vertrags(abschluss)freiheit** gilt jedoch zunächst der Grundsatz, dass ein Vertragspartner sich auch nach länger andauernden Verhandlungen über einen Vertrag ohne rechtliche Nachteile von den Verhandlungen zurückziehen und vom Vertragsschluss Abstand nehmen kann, ohne sich allein deshalb bereits schadensersatzpflichtig zu machen (BGH BauR 2001, 623). An die Feststellung eines sog. **qualifizierten Vertrauenstatbestandes** sind strenge Anforderungen zu stellen, da die Postulation einer Haftung nicht zu einer Aushöhlung der Entschließungsfreiheit führen darf (OLG Dresden WM 2011, 604).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist im vorliegenden Fall nicht festzustellen, dass die Bekl. bei der Kl. zurechenbar das aus deren Sicht berechnigte Vertrauen erweckt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen. Vielmehr hat die Kl. bis zuletzt auf eigenes Risiko gehandelt (wird ausgehandelt).“ (OLG Celle aaO)

BGB
§§ 117, 474

Kaufvertrag
Vorschieben eines Strohmanns durch Unternehmer
(BGH in MDR 2013, 202; Urteil vom 12.12.2012 – VIII ZR 89/12)

BGB

Schiebt beim Verkauf einer beweglichen Sache an einen Verbraucher der Verkäufer, der **Unternehmer** ist, einen **Verbraucher als Strohmann vor**, um die Sache unter Ausschluss der Haftung für Mängel verkaufen zu können, so ist der **Kaufvertrag** zwischen den Verbrauchern **wirksam, sofern nicht die Voraussetzungen eines Scheingeschäfts nach § 117 BGB vorliegen**.

„Nach § 117 I BGB ist eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, **nichtig**, wenn sie mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben wird. Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es hat vielmehr rechtsfehlerfrei die Feststellung getroffen, dass die mit dem Kaufvertrag verbundenen Rechtsfolgen von beiden Parteien, insbesondere auch vom Kl., gewollt waren. Damit scheidet ein Scheingeschäft aus.

Daran ändert auch nichts, dass die Bekl. von ihrem Ehemann dazu veranlasst worden war, den Kaufvertrag abzuschließen, damit kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt und die Sachmängelhaftung ausgeschlossen werden konnte. Das **Vorschieben eines Strohmanns erfolgt im rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht zum Schein**. Vielmehr ist das **Strohmann-Geschäft ernstlich gewollt**, weil sonst der damit erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise erreicht würde. Daher ist ein solches Geschäft nach st. Rspr. des BGH für den Strohmann rechtlich bindend (BGH NJW 2002, 2030 m. w. Nachw.).

Etwas anderes käme nach § 117 I BGB nur dann in Betracht, wenn der Kl. Kenntnis davon gehabt hätte und damit einverstanden gewesen wäre, dass die Bekl. lediglich als "Strohmann" für ihren Ehemann aufgetreten ist. Dafür fehlt es jedoch.

Aus dem Senatsurteil vom 22.11.2006 (BGHZ 170, 67) ergibt sich nichts anderes: In dieser Entscheidung hat der Senat die Frage, wie die ausschließliche Haftung des Händlers für Sachmängelansprüche bei einem **Umgehungsgeschäft** dogmatisch zu begründen ist, offen gelassen, weil es darauf nicht ankam. Dort hat der Senat lediglich Literaturmeinungen zur Begründung der ausschließlichen Haftung des Händlers wiedergegeben, unter anderem die Auffassung von Müller (NJW 2003, 1975), wonach der vorgeschobene Kaufvertrag zwischen den Verbrauchern als Scheingeschäft unwirksam sein soll. Diese Auffassung entspricht aber nicht der st. Rspr. des BGH und ist vom Senat auch nicht gebilligt worden. Da es auch im vorliegenden Fall nicht um die Haftung des Händlers geht, bedarf auch hier keiner Entscheidung, wie dessen ausschließliche Haftung bei einem Umgehungsgeschäft zu begründen ist.“ (BGH aaO)

BGB
§ 556

Betriebskosten
Zulässigkeit der Abrechnung „fiktiver Drittkosten“
(BGH in NZM 2013, 120 = NJW 2013, 456; Urteil vom 14.11.2012 – VIII ZR 41/12)

BGB

Ein **Vermieter darf** die von ihm durch eigenes Personal erbrachten **Hausmeisterdienste und Gartenpflegearbeiten** gem. § 1 I 2 BetrKV nach den **fiktiven Kosten** (ohne Umsatzsteuer) **abrechnen**, die bei Erbringung der Leistungen durch einen Dritten (ein Unternehmen) entstanden wären.

„Diese gesetzliche Regelung dient der Vereinfachung der Abrechnung für den Vermieter. Sie steht nicht nur dem privaten Vermieter zur Verfügung, der seine eigene Arbeitskraft einsetzt; vielmehr können auch institutionelle Eigentümer, die diese Leistungen durch ihre Arbeitnehmer oder durch unselbstständige Einheiten erbringen, nach den Kosten abrechnen, die bei Beauftragung eines Dritten (Unternehmen) entstanden wären (vgl. BR-Dr 568/03, S. 28). Durch diese Abrechnung nach fiktiven Kosten eines Fremdunternehmers können **Streitigkeiten der Mietparteien darüber vermieden werden**, inwieweit vom Vermieter eingesetzte eigene Arbeitskräfte mit umlagefähigen und nicht umlagefähigen Aufgaben betraut waren und wie diese Kosten voneinander abzugrenzen sind.“ (BGH aaO)

KSchG
§§ 1 II 1, 4 S. 1

Kündigungsschutzklage
Beginn der Klagefrist bei Kündigung durch vollmachtlosen Vertreter
(BAG in DB 2013, 520; Urteil vom 06.09.2012 – 2 AZR 858/11)

KSchG

Im Falle einer **Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht** beginnt die **Klagefrist des § 4 KSchG erst mit dem Zugang der Genehmigung des Arbeitgebers beim Arbeitnehmer**.

I. Nach **Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung** setzt der Beginn der Klagefrist den Zugang einer vom Arbeitgeber stammenden, ihm jedenfalls zurechenbaren Kündigung voraus.

„Die Erweiterung des § 4 I KSchG auf „sonstige Unwirksamkeitsgründe“ erfolgte im **Interesse einer raschen Klärung der Frage, ob eine Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat oder nicht** (BR-Drucks. 421/03 S. 11 und 19). Die dreiwöchige Klagefrist dient vor allem dem Schutz des Arbeitgebers. Er soll nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang und einer Zeitspanne für die Klagezustellung darauf vertrauen dürfen, dass seine Kündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat (APS/Hesse, 4. Aufl., § 4 KSchG Rn 10c). **Dieses Schutzes bedarf der Arbeitgeber nicht, wenn weder er selbst noch ein Vertreter mit Wirkung für und gegen ihn gekündigt hat** (BAG AP KSchG 1969 § 4 Nr. 70; ErfK/Kiel, 12. Aufl., § 4 KSchG Rn 6; MüKo-

BGB/Hergenröder, 6. Aufl., § 4 KSchG Rn 1; Genenger RdA 2010, 274). Schon dieser Umstand spricht gegen die Ansicht, die Klagefrist werde auch durch eine dem Arbeitgeber nicht zuzurechnende Kündigung in Gang gesetzt. Hinzu kommt, dass es andernfalls u. U. ein Dritter in der Hand hätte, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, ohne dass zumindest eine Partei des Arbeitsvertrags dies tatsächlich wollte. Versäumte der Arbeitnehmer die Einhaltung der Klagefrist, träte die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG ein, ohne dass der Arbeitgeber die Möglichkeit gehabt hätte, dies zu verhindern. Er wäre vielmehr darauf angewiesen, dass die (ohne Befugnis) ausgesprochene Kündigung auch vom Arbeitnehmer nicht akzeptiert und klageweise angegriffen wird.“ (BAG aaO)

- II. Eine Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht ist dem Arbeitgeber nicht zuzurechnen, weil sie nicht von seinem Willen getragen ist.

„Die erforderliche Zurechenbarkeit wird erst durch eine (nachträglich) erteilte Genehmigung hergestellt (BAG AP KSchG 1969 § 4 Nr. 70). Eine solche ist gem. § 180 S. 2, § 177 I BGB möglich, wenn der Erklärungsempfänger die Vertretungsmacht nicht „bei der Vornahme“ beanstandet hat (BAG AP BGB § 626 Nr. 232 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 33). Materiellrechtlich kann die Genehmigung sowohl gegenüber dem Vertreter als auch dem Erklärungsempfänger erklärt werden (§ 182 I BGB). Da aber § 4 S. 1 KSchG den Beginn der Frist an den Zugang der Kündigungserklärung knüpft und damit von der Kenntnismöglichkeit des Arbeitnehmers abhängig macht, ist auch für die Genehmigung - ebenso wie im Fall des § 4 S. 4 KSchG - auf ihren Zugang beim Arbeitnehmer abzustellen (ErfK/Kiel, 12. Aufl., § 4 KSchG Rn 6; APS/Hesse, 4. Aufl., KSchG § 4 Rn 10c; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl., § 4 Rn 20). Die materiellrechtliche Rückwirkung der Genehmigung (§ 184 I BGB) ist für den Lauf der Klagefrist ohne Bedeutung (vgl. allgemein Palandt/Ellenberger, 72. Aufl., § 184 Rn 2; zur Verjährung: Staudinger/Gursky, BGB, § 184 Rn 38 m. w. Nachw.). Das Interesse des Arbeitgebers an der raschen Klärung der Frage, ob die Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat, beginnt im Fall der Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht erst mit der Genehmigung.“ (BAG aaO)

StGB
§ 74 I

Einziehung Grundstück als Tatwerkzeug

StGB

(LG Kleve in NSTz 2013, 167; Urteil vom 30.05.2012 – 120 KLs 11/12)

Ein Grundstück, auf dem eine Marihuana-Plantage betrieben worden ist, kann als Tatwerkzeug nach § 74 I StGB eingezogen werden.

„Gegenstände, die zur Begehung der Tat oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind (instrumenta sceleris), können eingezogen werden. Die Benutzung eines Gegenstands – Sachen oder Rechte – lediglich bei Gelegenheit der Tat reicht nicht aus; einziehbar sind nur solche Gegenstände, die nach der Absicht des Täters gezielt die Verwirklichung des Straftatbestandes fördern (BGH NSTz-RR 2002, 332).

Vorliegend wurde gerade das Grundstück mit dem darauf befindlichen Gebäude zur Begehung der Tat gebraucht. Die Absicht zur illegalen Nutzung bereits bei Erwerb des Gegenstands ist nicht Voraussetzung für die Einziehung nach § 74 StGB. Das auf dem Grundstück befindliche Haus wurde jedoch insbes. im hiesigen Tatzeitraum ausschließlich für die geheime Aufzucht der Cannabisplantagen gebraucht und zu keinem Zeitpunkt zu Wohnzwecken genutzt. Das Haus ermöglichte erst den Anbau des Cannabis. Durch den hohen Aufwand, der betrieben wurde (Vielzahl professioneller Gerätschaften, aufwendig angelegt, große Flächen auf 2 Geschossen genutzt, gezielte Umgehung des Stromzählers) wird deutlich, dass es sich auch nicht nur um eine vorübergehende Nutzung handeln sollte. Das Nutzen des Grundstücks für den Betrieb der Cannabisplantage beschränkt sich auch keineswegs auf das bloße Zur-Verfügung-Stellen von Platz für die Cannabispflanzen.

Tatwerkzeug i.S.d. § 74 StGB ist das Haus darüber hinaus auch deshalb, weil es als harmloses und besonders geschütztes Versteck – freistehendes Einfamilienhaus in Wohnlage – so geeignet ist, das zufällige Entdecken des kriminellen Handelns zu verhindern. So wurde hier gerade der Anschein eines normalen Wohnhauses zu den Tatzwecken genutzt. Insofern hat das eingezogene Grundstück für die hiesige Tat eine ganz hervorgehobene Bedeutung eingenommen und ist nicht lediglich darauf beschränkt, Tatort des illegalen Anbaus zu sein.

Zutreffend weist auch Burr (NSTz 2006, 226) darauf hin, dass ohne Zweifel die Verwirklichung des deliktischen Vorhabens durch den Gebrauch der Sache gezielt gefördert werde, wenn auf einem Grundstück Betäubungsmittel angebaut werden; ohne die Inanspruchnahme von Immobilienvermögen sei die Unterhaltung einer zur Gewinnung von Betäubungsmitteln in Betrieb genommene Plantage logisch undenkbar. Dem steht auch nicht die Entscheidung des OLG Köln (NSTz 2006, 225) entgegen; dort ging es um einen anderen Sachverhalt, nämlich die Veranstaltung von unerlaubten Glücksspielen in Teilen eines Gebäudes.“ (LG Kleve aaO)

StGB
§ 146 I

Geldfälschung Inverkehrbringen

StGB

(BGH in NSTz-RR 2013, 74; Beschluss vom 20.11.2012 – 2 StR 189/12)

- I. Der Tatbestand des Inverkehrbringens ist nicht erfüllt, wenn der Bundesbank Münzen mit dem Ersuchen um Einziehung und Ersatz übergeben werden, da in einem solchen Fall das Geld außerhalb des allgemeinen Zahlungsverkehrs eingeliefert wird.

„In Verkehr gebracht wird falsches Geld, wenn es so aus dem Gewahrsam entlassen wird, dass ein anderer tatsächlich in die Lage versetzt wird, sich des falschen Geldes zu bemächtigen und nach Belieben damit umzugehen, es insbesondere weiterzuleiten (vgl. RGSt 67, 167; BGHSt 1, 143 = NJW 1951, 529; BGH NJW 1996, 2802 = NSTz 1996, 604; BGH NSTz 2003, 423). Dies kann auch durch Einzahlung von Falschgeld bei der Bank im Rahmen des allgemeinen Zahlungsverkehrs erfolgen (OLG Schleswig NJW 1963, 1560), selbst dann, wenn die betreffende Notensorte zur Einziehung aufgerufen ist, die Umlaufzeit jedoch noch nicht abgelaufen ist. Durch das Handeln des Täters muss aber auch tatsächlich eine Gefahr des Umlaufs des falschen Geldes begründet sein, was sich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls bestimmt (vgl. BGHSt 35, 21 = NJW 1973, 65). Entsprechend kann ein Inverkehrbringen auch dann gegeben sein, wenn falsches Geld weggeworfen wird, sofern die naheliegende Gefahr besteht, dass es gefunden wird und wieder in den Zahlungsverkehr gelangt (BGHSt 35, 21 = NJW 1973, 65). Der Tatbestand des Inverkehrbringens ist demgegenüber nicht erfüllt, wenn der Bundesbank ein Geldschein

von vorneherein mit dem Ersuchen um Einziehung und Ersatz übergeben wird, da in einem solchen Fall das Geld **außerhalb des allgemeinen Zahlungsverkehrs eingeliefert** wird (vgl. OLG Schleswig NJW 1963, 1560).

Vorliegend bestand keine Gefahr, dass die **Münzen** wieder in den Umlauf gelangten, da diese nicht nur erkennbar unfachmännisch zusammengesetzt, sondern auch **stark beschädigt** und von daher **nicht mehr umlauffähig** waren. Bereits die Abgabe der Münzen – unter Angabe des Namens, der Adresse und der Kontoverbindung des Einreichenden – in normierten, durchsichtigen „Safebags“, die einer Sichtkontrolle unterzogen wurden, belegt, dass diese lediglich zum Zwecke der Erstattung des Nennwerts der Münzen und nicht im Rahmen des allgemeinen Zahlungsverkehrs eingereicht wurden. Da es sich bei der Bundesbank um diejenige Behörde handelt, die beschädigtes Geld zwecks Entwertung und Vernichtung auch selbst aus dem Verkehr zieht, bestand keine Gefahr, dass die Münzen noch an Dritte weitergegeben und wieder in den Zahlungsverkehr gelangen konnten.“ (BGH aaO)

- II. Wer sich **gefälschte Münzen verschafft** oder sie selbst **fälscht** mit dem **Ziel, diese bei der Bundesbank** als der dafür zuständigen Stelle **zur Erstattung des Nennwerts einzureichen**, macht sich **nach § 146 I Nr. 1 und Nr. 2 StGB strafbar**.

„Es muss dem Täter auf das Inverkehrbringen oder das Ermöglichen des Inverkehrbringens von Falschgeld als echtem Geld ankommen, ohne dass diese Zielvorstellung Endzweck seines Handelns zu sein braucht (BGH NJW 1952, 311; Ruß, LK-StGBStGB, 12. Aufl., § 146 Rn 15; MüKo-StGB/Erb, § 146 Rn 24; Schönte/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 146 Rn 7). Die Angekl. wollten auch nicht nur mittelbar die Weitergabe der Münzen in den Umlauf ermöglichen, sondern für jedermann erkennbar nicht mehr umlauffähige Münzen bei der dafür zuständigen Stelle zur Erstattung des Nennwerts einreichen.“ (BGH aaO)

StGB
§ 211

Heimtückemord an einem Kleinkind
Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten
(BGH in NStZ 2013, 158; Beschluss vom 02.07.2012 – II-6 WF 127/12)

StGB

Bei dem **Heimtückemord an einem Kleinkind** kommt es auf die **Arg- und Wehrlosigkeit eines im Hinblick auf das Kind schutzbereiten Dritten** an. Schutzbereiter Dritter ist dabei **jede Person, die den Schutz eines Kleinkindes vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut**.

„[Es ist] nicht erforderlich, dass der potentiell schutzbereite Dritte „zugegen“ ist. Schutzbereiter Dritter ist vielmehr jede Person, die den Schutz eines Kleinkindes vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut (vgl. BGHSt 8, 216; BGH NStZ 2006, 338). Der schutzbereite Dritte muss auf Grund der Umstände des Einzelfalls den **Schutz allerdings auch wirksam erbringen können**, wofür eine gewisse **räumliche Nähe erforderlich** ist (BGH NStZ 2008, 93).

Der Ehemann der Angekl. war der Vater des Kindes. Die bisherigen Feststellungen lassen auf seine Schutzbereitschaft schließen. Er lebte mit dem Kind in einem Haushalt und wachte regelmäßig über dessen Schlaf. Offen geführte Angriffe auf dessen Leben hätte er bemerkt und wäre diesen entgegengetreten. Auf Grund der räumlichen Nähe im Nebenzimmer und der Konzentration auf das Kind wäre er zum wirksamen Schutz des Kindes auch in der Lage gewesen. Tatsächlich konnte er aber den tödlichen Angriff auf das Leben seines Kindes nicht abwehren, da er sich im Vertrauen auf die Angekl. schlafen gelegt hatte, ohne mit einem Angriff auf das Leben des Kindes zu rechnen.

Ein **Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des zur Tatzeit schlafenden Ehemanns** [scheitert] auch nicht daran, dass die Angekl. diesen nicht weglockte und damit **dessen Arg- und Wehrlosigkeit nicht herbeiführte**, ihn also weder von der Überwachung des Kindes ablenkte noch sonst gezielt in Sicherheit wog. Für das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten ist es – wie bei der Heimtücke gegenüber dem Tatopfer selbst, bei der es nicht darauf ankommt, ob der Täter die Arglosigkeit herbeiführte oder bestärkte (vgl. BGH NStZ 2006, 338) – vielmehr **ausreichend, dass der Täter die von ihm erkannte Arglosigkeit des Dritten bewusst zur Tatbegehung ausnutzt**, und zwar unabhängig davon, worauf diese beruht (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 43; BGH NStZ 2008, 93).“ (BGH aaO)

StGB
§§ 246 I u. II, 266 II, 262 III 2 Nr. 1

Untreue/Unterschlagung
Konkurrenzen
(BGH in NStZ 2013, 161; Beschluss vom 16.06.2012 – 2 StR 137/12)

RVG

Die **veruntreuende Unterschlagung** tritt aufgrund **formeller Subsidiarität hinter der gewerbsmäßig begangenen Untreue** zurück.

„§ 2446 I StGB greift nach seinem 2. Halbsatz nur ein, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Dies gilt nach der Rspr. für ein Zusammentreffen der Unterschlagung mit allen Delikten, für die das Gesetz eine höhere Strafdrohung vorsieht (BGHSt 47,243; krit. Fischer, StGB, 59. Aufl., § 246 Rn 23a). Es besteht – unbeschadet der Platzierung in Abs. 1 – schon nach dem Wortlaut des Gesetzes (vgl. zur weiten Wortlautauslegung BGHSt 43, 237) kein Grund zu der Annahme, dass die Subsidiaritätsklausel im Fall einer nach § 246 II StGB qualifizierten Unterschlagung keine Geltung mehr beanspruchen soll. § 246 II StGB nimmt auch insoweit auf Abs. 1 der Norm Bezug. Vorausgesetzt wird dann allerdings, dass die konkurrierende Norm auch eine höhere Strafdrohung vorsieht als der qualifizierte Unterschlagungstatbestand. Dies ist hier der Fall.“ (BGH aaO)

StGB
§§ 250 II Nr. 1, 224 I Nr. 2

Gefährliches Werkzeug
Häcksler
(BGH in ZAP 2013, 179; Beschluss vom 12.12.2012 – 5 StR 574/12)

RVG

Ein **Häcksler** stellt kein gefährliches Werkzeug i. S. der §§ 250 II Nr. 1, 224 I Nr. 2 StGB dar.

„Nach der insoweit auf § 250 II Nr. 1 StGB übertragbaren Rspr. des BGH zum Tatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB sind gefährliche Werkzeuge nur solche **Gegenstände, die durch menschliche Einwirkung irgendwie gegen einen menschlichen Körper in Bewegung gesetzt werden können** (vgl. BGHSt 22, 235; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 224 Rn 7 m. w. Nachw.). Hier wie dort sind demgemäß **nur bewegliche Gegenstände** erfasst. Für § 250 StGB wird dies zusätzlich daraus deutlich, dass gefährliche Werkzeuge im Sinne der Vorschrift „bei sich geführt“ werden können müssen (§ 250 I Nr. 1a StGB; vgl. zu dem sinngleichen Merkmal in § 30a II Nr. 2 BtMG auch BGHSt 52, 89). Daran fehlt es ersichtlich bei dem hier in Frage stehenden Gerät, das groß genug war, um einen Menschen aufnehmen zu können, und das seine **Gefährlichkeit nicht aus einer Bewegung gegen den Menschen oder eines Menschen gegen das Gerät** (vgl. hierzu RGSt 24, 372), **sondern aus einem Verarbeitungsvorgang** gewinnt (vgl. auch RG aaO S. 375). Davon bleibt unberührt, dass die durch den Angekl. ausgesprochene besonders markante Drohung im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden kann.“ (BGH aaO)

StGB
§ 261

Geldwäsche

StGB

Haftung für „vermietetes“ Girokonto

(BGH in BB 2013, 257; Urteil vom 19.12.2012 – VIII ZR 302/11)

Wer leichtfertig sein **Bankkonto für die Abwicklung betrügerischer Internetgeschäfte zur Verfügung stellt**, verwirklicht damit den **Tatbestand des § 261 StGB**, denn strafbar macht sich auch, wer die **Sicherstellung des Geldwäschegegenstandes vereitelt oder gefährdet**.

„Die Bekl. hat nicht nur das Auffinden der durch gewerbsmäßigen Betrug erlangten Gelder vereitelt oder gefährdet (§ 261 I StGB), sondern hat durch ihr Verhalten die auf ihr Konto überwiesenen Beträge in der Zeit zwischen deren Eingang und Weiterleitung auch verwahrt, soweit sie diese nicht für sich verwendet hat (§ 261 II Nr. 2 StGB).

„**Verwahren**“ bedeutet - bei Sachen - die bewusste Ausübung des Gewahrsams oder unmittelbaren Besitzes (BGH NSTZ 2012, 321 m. w. Nachw.; Schmidt/Krause, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 261 Rn 21). Tatobjekt der Geldwäsche sind aber nicht nur Sachen, sondern alle Vermögensgegenstände, also auch Forderungen und sonstige Rechte (Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 261 Rn 4 m. w. Nachw.). Für das Verwahren von Forderungen kommt es deshalb darauf an, ob der Täter eine der **unmittelbaren Sachherrschaft** entsprechende **tatsächliche Verfügungsgewalt über die Forderung** hat (vgl. Altenhain, Nomos-Kommentar, StGB, 3. Aufl., § 261 Rn 115).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt: Die Bekl. hatte die **tatsächliche Verfügungsgewalt über die auf ihr Konto überwiesenen Beträge, d. h. über die daraus entstandenen Forderungen gegenüber der Bank**. Denn sie war als Kontoinhaberin gegenüber der Bank weiterhin uneingeschränkt befugt, über die auf ihrem Konto vorübergehend "geparkten" Guthaben zu verfügen; die interne Vereinbarung mit T. über die Vermietung ihres Kontos ändert daran nichts. Die durch gewerbsmäßigen Betrug erlangten Gelder sind aufgrund dieser Vereinbarung und damit nicht "ohne Zutun" der Bekl. in deren **Herrschaftsbereich** gelangt. Auch der Verwahrungsvorsatz der Bekl. wird durch den mit T. geschlossenen "Mietvertrag" dokumentiert. Denn in dieser Vereinbarung hatte sich die Bekl. verpflichtet, die auf ihrem Konto eingehenden Beträge nicht unberechtigt vom Konto zu nehmen, sondern unangetastet zu lassen. Sie hat diese Beträge damit bis zu deren Weiterleitung verwahrt i. S. des § 261 II Nr. 2 StGB.“ (BGH aaO).

AO 1977
§§ 30, 78 Nr. 2

Akteneinsichtsrecht des Insolvenzverwalters

SteuerR

Steuerunterlagen

(VG Berlin in NVwZ-RR 2013, 209; Urteil vom 30.08.2012 – 2 K 147/11)

Ein **Insolvenzverwalter hat Anspruch auf Akteneinsicht in die beim Finanzamt geführten Steuerunterlagen des Insolvenzschuldners**.

- I. Nach **§ 3 I 1 BerlIFG** hat jeder Mensch nach Maßgabe dieses Gesetzes gegenüber den in § 2 BerlIFG genannten Stellen nach seiner Wahl ein **Recht auf Einsicht oder Auskunft über den Inhalt der von der öffentlichen Stelle geführten Akten**.

„Der Kl. wird in seiner Eigenschaft als **Insolvenzverwalter** als natürliche Person und damit als Mensch tätig und ist als solcher **grds. anspruchsberechtigt**. Das Finanzamt ist als örtliche Landesfinanzbehörde gem. §§ 2 I Nr. 4, 17 II FinanzverwaltungsG eine Behörde i. S. des § 2 I 1 BerlIFG. Die begehrten Informationen – der bei dem Finanzamt S. unstreitig vorhandene Kontoauszug mit Daten über Steuerschulden und geleistete Zahlungen der Insolvenzschuldnerin – sind elektronisch festgehaltene Aufzeichnungen, die amtlichen Zwecken dienen, und damit Akten i. S. von § 3 II BerlIFG. Ausschlussgründe nach §§ 6 ff. BerlIFG stehen dem Anspruch nicht entgegen.“ (VG Berlin aaO)

- II. Gem. § 6 I BerlIFG **besteht das Recht auf Akteneinsicht oder Aktenauskunft nicht, soweit** durch die Akteneinsicht oder Aktenauskunft **personenbezogene Daten veröffentlicht** werden und tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass überwiegend Privatinteressen verfolgt werden oder der Offenbarung schutzwürdige Belange der Betr. entgegenstehen und das **Informationsinteresse das Interesse der Betr. an der Geheimhaltung nicht überwiegt**.

„**Personenbezogene Daten** sind nur Einzelangaben natürlicher Personen (§ 4 I 1 BerlDSG). Im vorliegenden Fall werden durch die Akteneinsicht keine personenbezogenen Daten veröffentlicht, sondern Angaben über Zahlungen und Kontostände einer juristischen Person an den Bekl.“ (VG Berlin aaO)

- III. Nach § 9 I BerlIFG besteht das Recht auf Akteneinsicht u. a. nicht, soweit und solange durch das vorzeitige Bekanntwerden des Akteninhalts nachteilige Auswirkungen für das Land Berlin bei der Durchführung eines laufenden Gerichtsverfahrens zu befürchten sind.

„Diese Voraussetzungen sind hier schon deshalb nicht erfüllt, weil ein solcher Prozess noch nicht anhängig ist.“ (VG Berlin aaO)

- IV. Das IFG Berlin enthält keine der Regelung des § 9 III IFG Bund oder § 5 I NWIFG vergleichbare Bestimmung, wonach der Antrag abgelehnt werden kann, wenn der **Ast. bereits über die begehrten Informationen verfügt oder sich diese in zumutbarer Weise aus allgemein zugänglichen Quellen beschaffen kann.**

„Selbst wenn dem Anspruch unter bestimmten Voraussetzungen das aus § 242 BGB folgende **Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens** entgegengehalten werden könnte, läge dieser Fall hier nicht vor. Der Kl. hat nachvollziehbar dargelegt, dass er infolge der defizitären kaufmännischen Führung der Insolvenzschuldnerin nicht über die erforderlichen Unterlagen verfügt, um die Voraussetzungen für eine Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO beurteilen zu können.“ (VG Berlin aaO)

- V. Dem Informationsanspruch des Insolvenzverwalters steht schließlich auch eine auf Bundesrecht beruhende **Geheimhaltungspflicht nach § 17 IV BerlIFG** nicht entgegen. Einen solchen Ausschlussgrund stellt insbesondere nicht die Bestimmung des § 30 AO 1977 zum Steuergeheimnis dar, die den Datenschutz in Steuersachen regelt.

„Zwar verbietet das **Steuergeheimnis** nach Maßgabe von § 30 AO 1977, Steuerdaten unbefugt weiterzugeben. Hier unterliegen die in der Akte der Insolvenzschuldnerin enthaltenen Informationen aber zumindest dem Insolvenzverwalter gegenüber **keiner Geheimhaltungspflicht**, so dass das Steuergeheimnis insoweit nicht berührt wird. Denn mit der **Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlangt der Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen (§ 80 I InsO) und hat gegenüber dem Insolvenzschuldner einen Anspruch auf Auskunft über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse (§ 97 I 1 InsO), mithin auch über alle Umstände, die für die Beurteilung von Gläubigerforderungen bedeutsam sein können. Muss der Schuldner also dem Insolvenzverwalter die ihm möglichen Auskünfte über die von ihm gezahlten Steuern erteilen, sind diese Informationen dem Insolvenzverwalter gegenüber von vornherein nicht geheimhaltungsbedürftig (vgl. OVG Koblenz NZI 2010, 357; OVG Münster NZI 2011, 915). Die Offenbarung erfolgt damit jedenfalls nicht „unbefugt“ i. S. von § 30 II Alt. 1 AO 1977.“ (VG Berlin aaO)

BGB
§ 195

Verjährung eines Zinsanspruchs Subventionsleistungen

öffR

(OVG Greifswald in NVwZ-RR 2013, 205; Beschluss vom 13.11.2012 – 2 L 218/10)

Erstattungsbegleit- und Vorgriffszinsen unterliegen der (kurzen) Verjährung nach bürgerlich-rechtlichen Verjährungsvorschriften auch dann, wenn Subventionsempfänger eine öffentlich-rechtliche Körperschaft war.

„Soweit der Beklagte für die hier maßgebliche Frage der Verjährung von Ansprüchen auf Erstattungsbegleitzinsen nach § 49 a III 1 VwVfG M-V und Vorgriffszinsen nach § 49a IV 1 VwVfG M-V sich mit allgemeinen Ausführungen gegen die entsprechende Anwendung der zivilrechtlichen Verjährungsregelungen wendet, kann dem nicht gefolgt werden. Das **BVerwG** [hat] bestätigt, dass öffentlich-rechtliche Zinsansprüche bis zum Jahr 2000 nach deutschem Recht nach den §§ 197, 201 BGB a.F. verjähren. Auch die Anwendbarkeit des Art. 229 § 6 I 1, IV EGBGB ist vom BVerwG in diesem Zusammenhang nicht in Zweifel gezogen worden.

Die Ausführungen des Bekl. dazu, dass in den Fällen, in denen sich zwei öffentlich-rechtliche Rechtsträger in einem verwaltungsrechtlichen (Schuld-)Verhältnis gegenüberstehen, Besonderheiten hinsichtlich der Verjährungsfristen gelten sollen, begründen gleichfalls nach Auffassung des Senats keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung: Denn **vom Grundsatz her besteht hinsichtlich der Anwendbarkeit des Rechtsinstituts der Verjährung im öffentlichen Recht kein Unterschied abhängig davon, ob Gläubiger und Schuldner beide juristische Personen des öffentlichen Rechts sind oder nicht.** Auch im **Subventionsrechtsverhältnis** kommt es danach für die Frage, welche Verjährungsregelungen heranzuziehen sind, darauf an, welche die sach nächsten sind. Eine **differenzierte Verjährungsregelung für öffentlich-rechtliche Zinsansprüche**, abhängig von der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsform des Subventionsempfängers wäre auch vor dem Hintergrund der gleichgelagerten Interessenlage der Subventionsbegünstigten insoweit **nicht gerechtfertigt.**“ (OVG Greifswald aaO)

Entscheidungen VerfahrensrechtGG
Art. 103 I**Gewährung rechtlichen Gehörs
Erforderlich vor Verwerfung der Berufung**

ZPO

(BGH in NJW-RR 2013, 255, Beschluss vom 04.12.2012 – VIII ZB 25/12)

1. Vor der Verwerfung einer Berufung wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist dem Berufungskl. rechtliches Gehör zu gewähren.
2. Diese Pflicht wird bei Fehlen einer ausdrücklichen Normierung unmittelbar aus Art. 103 I GG hergeleitet.
3. Art. 103 I GG gibt dem Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens ein **Recht darauf, sich** zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt **zu äußern**.

A. Grundlagenwissen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 233 ZPO**I. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags**

Der Antrag kann nur bei Versäumung einer Notfrist und der sonstigen in § 233 ZPO aufgeführten gestellt werden.

II. ordnungsgemäße Antragstellung

1. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der Form der versäumten Prozesshandlung gestellt werden und nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten.
2. Der Wiedereinsetzungsantrag muss innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von zwei Wochen gestellt werden, wobei die Frist nach § 234 II ZPO mit dem Tag zu laufen beginnt, an dem das Hindernis zur fristgerechten Vornahme der Prozesshandlung behoben ist. Ist allerdings seit dem Ablauf der Frist mehr als ein Jahr vergangen, kann die Wiedereinsetzung nach § 234 III ZPO gar nicht mehr beantragt werden. Geht es um die Frist zur Begründung der Berufung, der Revision, der Nichtzulassungsbeschwerde, der Rechtsbeschwerde oder der Beschwerde nach §§ 621e, 629a II ZPO so ist eine Frist von einem Monat einzuhalten
3. Der Antrag muss nach § 237 ZPO bei dem Gericht eingereicht werden, welches für die Entscheidung über die nachgeholte Prozesshandlung zuständig ist.

III. Rechtsschutzbedürfnis

Trotz Versäumung einer wiedereinsetzungsfähigen Frist kann ausnahmsweise das Rechtsschutzbedürfnis für einen Wiedereinsetzungsantrag fehlen, wenn die versäumte Prozesshandlung überholt ist oder die Versäumung keine nachteiligen Folgen für den Antragsteller hat.

IV. Nachholung der Prozesshandlung

Die versäumte Prozesshandlung muss nach § 236 II 2 ZPO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist, also nicht notwendig zugleich mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt werden. Erfolgt eine solche Nachholung, ohne dass ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird, so kann das Gericht auch von Amts wegen über eine Wiedereinsetzung entscheiden.

V. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Partei ohne ihr Verschulden gehindert war, die Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen und dies auch glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

Ist ein verschuldeter Fehler feststellbar, so kommt eine Wiedereinsetzung gleichwohl dann in Betracht, wenn der Fehler nicht ursächlich für die Fristversäumnis war. (vgl.

BGH VersR 1993, 77; BGH VersR 1991, 123). Ein Fehler ist dann ursächlich, wenn ohne ihn die Frist nach dem gewöhnlichen Verlauf nicht versäumt worden wäre (vgl. BGH VersR 1974, 1001).

B. Anhörung vor Verwerfung der Berufung (vgl. BGH in NJW-RR 2013, 255)

Fall: Die Kl. hat gegen das Urteil des AG Warstein vom 29.06.2011, ihr zugestellt am 19.07.2011, am 26.07.2011 Berufung eingelegt. Nachdem sie am 06.10.2011 erfahren hatte, dass ihre Berufungsbegründung vom 13.09.2011 nicht beim BerGer. eingegangen war, hat sie am 07.10.2011 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

Das LG Arnsberg hat durch Beschluss vom 24.10.2011 (I-3 S 108/11, BeckRS 2013, 00284) den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Kl. die versäumte Rechtshandlung (Berufungsbegründung) nicht innerhalb der „Antragsfrist von zwei Wochen“ nachgeholt habe. Durch Beschluss vom gleichen Tag hat es die Berufung der Kl. mangels Berufungsbegründung als unzulässig verworfen. Gegen beide Beschlüsse wendete sich die Kl. im Wege der Rechtsbeschwerde an den BGH, mit der sie fristgerecht – wie in einem weiteren Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Wiedereinsetzungsfrist – vorträgt, ihr Prozessbevollmächtigter habe die Berufungsbegründung erneut am 07.10.2010 in einem gesonderten Umschlag per Post an das BerGer. übersandt. Wird die Rechtsbeschwerde Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde

1. Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und der allgemeinen Sachentscheidungs Voraussetzungen

Zunächst müssen auch für eine Rechtsbeschwerde die **Prozess- und allgemeinen Sachentscheidungs Voraussetzungen** vorliegen. Dies ist hier zweifellos der Fall. Zuständig für die Rechtsbeschwerde ist nach § 133 GVG der **BGH**.

2. Statthaftigkeit

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 574 I ZPO statthaft gegen Beschlüsse, wenn dies **gesetzlich so vorgesehen** ist oder die sie **zugelassen** wurde. Im vorliegenden Fall wird ein Antrag auf Wiedereinsetzung in die Berufungsbegründungsfrist verworfen. Auf die Entscheidung über die **Zulässigkeit des Antrags auf Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand und auf die Anfechtung der Entscheidung sind nach § 238 II ZPO die **Vorschriften** anzuwenden, die in diesen Beziehungen für die **nachgeholtte Prozesshandlung** gelten.

Nach § 522 I ZPO hat das Berufungsgericht von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Die Entscheidung kann durch Beschluss ergehen. Gegen den Beschluss findet die Rechtsbeschwerde statt. Wird die Berufung als unzulässig verworfen, weil einem gestellten Wiedereinsetzungsantrag nicht stattgegeben wurde, so kann diese Entscheidung also nach § 238 II i.V.m. § 522 I 4 ZPO mit der Rechtsbeschwerde gem. § 574 I Nr. 1 ZPO angefochten werden. Die Rechtsbeschwerde ist hier also statthaft.

3. Beschwerdegrund

Ist die Rechtsbeschwerde – wie hier – nach § 574 I Nr. 1 ZPO statthaft, so ist Sie nach § 574 II ZPO nur zulässig, wenn die **Rechtssache grundsätzliche Bedeutung** hat oder die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert. Hier geht es um die Auslegung und Anwendung des sich aus Art. 103 I GG ergebenden Anspruchs auf die Gewährung rechtlichen Gehörs.

„Sie ist nach § 574 II Nr. 2 Alt. 2 ZPO zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.“ (BGH aaO)

4. Beschwerdebefugnis

Eine Beschwerdebefugnis besteht ohne weiteres bei Vorliegen einer **formellen Beschwer**. Die Kl. ist formell beschwert, wenn das Gericht einen Antrag auf Wieder-

einsetzung in den vorigen Stand in die Berufungsbegründungsfrist und in der Folge die Berufung als unzulässig zurückweist. Eine Beschwerdebefugnis besteht in einem solchen Fall ohne Weiteres.

5. Form und Frist

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 575 ZPO binnen einer **Notfrist von einem Monat** ab Zustellung des Beschlusses durch Einreichung einer Beschwerdeschrift beim BGH einzulegen. Die Frist wurde hier gewahrt.

6. Zwischenergebnis

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.

II. Begründetheit

Die Rechtsbeschwerde kann nach § 576 ZPO nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der **Verletzung des Bundesrechts** oder einer Vorschrift **beruht**, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt.

1. Rechtsverletzung

Die Zurückweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Verwerfung der Berufung als unzulässig wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist könnte Art. 103 GG verletzen. Dies ist der Fall, wenn das Berufungsgericht vor seiner Entscheidung über die Verwerfung der Berufung als unzulässig wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist die Kl. hätte anhören müssen.

*„Nach **ständiger Rechtsprechung** ist vor der Verwerfung einer Berufung wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist dem Berufungskl. **rechtliches Gehör zu gewähren** (BGH, NJW 1994, 392; NJW-RR 2006, 142, unter II 1; NJW-RR 2008, 78 Rn. 6; NJW-RR 2007, 1718 Rn. 7 f.; NJW-RR 2010, 1075 Rn. 7; Musielak/Ball, ZPO, 9. Aufl., § 522 Rn. 4; Rimmelspacher, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 522 Rn. 4; Hk-ZPO/Wöstmann, 4. Aufl., § 522 Rn. 3; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 522 Rn. 6, 13). Diese Pflicht wird – da eine ausdrückliche Normierung wie beispielsweise in § 522 II ZPO fehlt – **unmittelbar aus Art. 103 I GG hergeleitet**. Art. 103 I GG gibt dem Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens ein Recht darauf, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt zu äußern (vgl. BGH, NJW 1994, 392; NJW-RR 2007, 1718 Rn. 8; NJW-RR 2010, 1075).“* (BGH aaO)

Das BerGer. hätte den Wiedereinsetzungsantrag der Kl. nicht wegen unterbliebener Nachholung der versäumten Prozesshandlung zurückweisen und die Berufung der Kl. nicht verwerfen dürfen, ohne sie zunächst darauf hinzuweisen, dass eine Berufungsbegründung (auch) im Rahmen des Wiedereinsetzungsverfahrens nicht eingegangen war. Es liegt daher eine Verletzung von Bundesrecht vor.

2. Beruhen der Entscheidung auf dieser Rechtsverletzung

Die angefochtene Entscheidung muss auch auf dieser Verletzung des rechtlichen Gehörs beruhen.

*„Hätte das BerGer. die Kl. vor der Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrags und der Verwerfung der Berufung dazu angehört, dass eine Berufungsbegründung auch im Rahmen des Wiedereinsetzungsverfahrens nicht eingegangen war, hätte diese **darlegen können**, die Berufungsbegründung in einem gesonderten Umschlag am 07.10.2011 und somit **rechtzeitig zur Post gegeben** zu haben, wie sie dies in ihrem zweiten Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vom 08.11.2011 und in ihrer Rechtsbeschwerdebegründung vorgebracht hat. Das BerGer. hätte dann Gelegenheit gehabt, diesem Vorbringen nachzugehen und dessen Wahrheitsgehalt zu prüfen (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 78 Rn. 8).*

*Ungeachtet dessen hat das BerGer. ferner verkannt, dass die **Wiedereinsetzungsfrist** und damit korrespondierend die Frist zur Nachholung der versäumten Prozesshandlung (§ 236 II 2 ZPO) vorliegend gem. § 234 I 2 ZPO einen **Monat und nicht lediglich zwei Wochen** betrug, da es sich um die Frist zur Begründung der Berufung handelte (vgl. Senat, NJOZ 2010, 239). Die Frist lief daher bis zum 07.11.2011 (§ 222 II ZPO). Vor diesem Datum hätte das BerGer. keine Entscheidung über den Antrag der Kl. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (vgl. BGH, NJW 2011, 1363 Rn. 4) und in Folge dessen auch keine Entscheidung über die Berufung (vgl. Musielak/Ball, § 522 Rn. 8) treffen dürfen.“* (BGH aaO)

Der angefochtene Beschluss beruht auf der Verletzung des rechtlichen Gehörs.

III. Ergebnis: Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

ZPO

Umfang der Lohnpfändung

ZPO

§§ 829, 836, 840 I

Mitpfändung des Anspruchs auf Abrechnung

(BGH in NJW 2012, 539; Beschluss vom 19.12.2012 – VII ZB 50/11)

1. Bei der Pfändung eines Anspruchs auf Lohnzahlung stellt der Anspruch auf Erteilung einer Lohnabrechnung einen unselbstständigen Nebenanspruch dar, wenn es der Abrechnung bedarf, um den Anspruch auf Lohnzahlung geltend machen zu können.
2. Wenn nicht ausgeschlossen ist, dass dem Schuldner gegen den Drittschuldner derartige Ansprüche auf Lohnabrechnung zustehen, werden diese angeblichen Ansprüche des Schuldners gegen den Drittschuldner (Arbeitgeber) bei einer Lohnpfändung mitgepfändet.
3. In derartigen Fällen der Mitpfändung kann das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers die Mitpfändung im Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (klarstellend) aussprechen.

A. Grundlagenwissen: Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss**I. Der Pfändungsbeschluss****1. Zuständigkeit**

Funktionell zuständig für die Vollstreckung wegen Geldforderungen in Geldforderungen ist nach § 828 I ZPO das **Vollstreckungsgericht**, welches in Abweichung von § 764 II ZPO nach § 828 II ZPO das **Amtsgericht des allgemeinen Gerichtsstands des Schuldners** ist.

2. Besondere Anforderungen an die Pfändung einer Geldforderung**a) Antrag an das Vollstreckungsgericht**

Der Erlass eines Pfändungsbeschlusses ist beim Vollstreckungsgericht zu beantragen. Hierbei sind neben **Schuldner, Gläubiger** und **Schuldgrund** auch **Drittschuldner** und die zu pfändende Forderung zu bezeichnen.

b) rechtliches Gehör

Eine Anhörung des Schuldners findet nach § 834 ZPO **grundsätzlich nicht** statt, da anderenfalls die Gefahr besteht, dass der Schuldner die Forderung vor der Wirksamkeit der Pfändung abtritt.

c) keine Prüfung der Forderungsberechtigung des Schuldners

Es wird nur geprüft, ob die Behauptung des Gläubigers bezüglich des Bestehens einer Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner schlüssig dargelegt ist.

d) Rechtsschutzbedürfnis

In seltenen Fällen kann sich die Frage stellen, ob der Gläubiger ein Rechtsschutzbedürfnis für die Pfändung der Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner hat. Diese Frage ist immer dann aufzuwerfen, wenn der Gläubiger selbst Drittschuldner ist oder die zu pfändende Forderung dem Gläubiger bereits abgetreten worden ist.

e) Inhalt des Pfändungsbeschlusses

Der Pfändungsbeschluss ergeht inhaltlich korrespondierend mit dem Vollstreckungsantrag des Gläubigers. Allerdings hat das Gericht gem. § 829 I 1 ZPO zugleich auch dem Drittschuldner zu verbieten, an den Schuldner zu zahlen (sog. **Arrestatorium**). Zugleich ist jedoch nach § 829 I 2 ZPO auch dem Schuldner zu verbieten, Verfügungen über die Forderung zu treffen (sog. **Inhibitorium**).

f) Zustellung

Der Pfändungsbeschluss muss dem Drittschuldner gem. § 829 II 1 ZPO zugestellt werden. Die Pfändung wird gem. § 829 III ZPO **erst mit** dieser **Zustel-**

lung **wirksam**. Zudem ist auch dem Schuldner eine Abschrift zuzustellen, insbesondere damit ihn das Inhibitorium auch erreicht. Eine Wirksamkeitsvoraussetzung ist dies jedoch nicht.

4. Wirkungen des Pfändungsbeschlusses

Mit der Pfändung tritt die **Verstrickung der Forderung** ein und es entsteht ein **Pfändungspfandrecht** an der Forderung. Die Verstrickung und das Pfändungspfandrecht beziehen sich, außer in Fällen ausdrücklicher Teilpfändung, stets auf die gesamte Forderung, unabhängig davon, wie hoch die Forderung ist, wegen der vollstreckt wird. Mitumfasst werden auch zukünftige Zinsen (§ 1289 BGB) sowie Neben- und Vorzugsrechte (§ 401 BGB). Auch Legitimationsurkunden sind von der Forderungspfändung umfasst. Rückständige Zinsen sind nur umfasst, wenn sie im Pfändungsbeschluss ausdrücklich aufgenommen wurden. Besteht die gepfändete Forderung nicht oder ist der Schuldner nicht Inhaber der Forderung, so geht die Pfändung ins Leere, ist also unwirksam. Hieran ändert auch ein späterer Forderungserwerb des Schuldners nicht, er muss im Zeitpunkt der Pfändung Forderungsinhaber sein. Anderenfalls muss der Gläubiger einen neuen Pfändungsbeschluss erwirken (h.M.; vgl. BGH NJW 2002, 755, 757; Musielak-Becker, § 829, Rn. 17).

II. Der Überweisungsbeschluss

Mit dem Pfändungsbeschluss allein ist die Forderung bislang nur „eingefroren“, eine Befriedigung der Forderung, aus der vollstreckt wird, kann allein aus dem Pfändungsbeschluss nicht erfolgen. Der Gläubiger muss sich die Forderung noch nach § 835 ZPO überweisen lassen. Nur mit einem wirksamen Überweisungsbeschluss wird er berechtigt, die **fremde Forderung seines Schuldners gegen den Drittschuldner in eigenem Namen** geltend zu machen.

Der Überweisungsbeschluss kann grundsätzlich zeitgleich mit dem Pfändungsbeschluss beantragt und erlassen werden. **Gegen einen einheitlichen Beschluss bestehen keine Bedenken**, wenn beide Maßnahmen nach §§ 829 III, 835 III ZPO durch einheitliche Zustellung an den Drittschuldner wirksam werden (vgl. Musielak-Becker, § 835, Rn. 3).

1. Vorliegen einer wirksamen Pfändung

Der Überweisungsbeschluss setzt das Vorliegen einer wirksamen Pfändung voraus, denn nur wenn eine Forderung durch Pfändungsbeschluss der Verfügungsmacht des Schuldners entzogen ist, kann das Gericht die Forderung dem Gläubiger überweisen.

2. Zustellung

Der Überweisungsbeschluss ist nach §§ 835 III 1, 829 II 1 ZPO dem Drittschuldner zuzustellen und wird nach §§ 835 III 1, 829 III ZPO mit der Zustellung wirksam. Dem Schuldner ist, ohne dass die Wirksamkeitsvoraussetzung ist, nach §§ 835 III 1, 829 II 2 ZPO eine Abschrift zuzustellen.

3. Inhalt des Überweisungsbeschlusses

Die Überweisung der Forderung an Gläubiger erfolgt nach seiner Wahl gem. § 835 I ZPO entweder **zur Einziehung oder an Zahlungs statt zum Nennwert**. Die Überweisung an Zahlungs statt hat nach § 835 II ZPO zur Folge, dass die Forderung auf den Gläubiger mit der Wirkung übergeht, dass er, soweit die Forderung besteht, wegen seiner Forderung an den Schuldner als befriedigt anzusehen ist. Der Gläubiger trägt dann das Risiko der Einbringlichkeit der Forderung. Vor diesem Hintergrund lassen sich Gläubiger regelmäßig eine Forderung nur zur Einziehung überweisen.

4. Wirkungen des Überweisungsbeschlusses

a) gegenüber dem Schuldner

Die Überweisung **ersetzt** nach § 836 I ZPO die **förmlichen Erklärungen** des Schuldners, von denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist.

b) gegenüber dem Drittschuldner

Mit Erlass des Überweisungsbeschlusses ist der Drittschuldner nunmehr gehalten, die Forderung gegenüber dem Gläubiger zu erfüllen. Mit Leistung an den Gläubiger tritt gegenüber dem Schuldner nach § 362 BGB **Erfüllungswirkung** ein.

c) gegenüber dem Gläubiger

Die **Überweisung an Zahlungs statt wirkt wie eine Abtretung**, so dass der Gläubiger nunmehr Inhaber der Forderung ist.

Mit der Überweisung zur Einziehung hingegen wird der Gläubiger nicht Inhaber der Forderung, ist aber **berechtigt, diese in eigenem Namen geltend zu machen**. Leistet der Drittschuldner nicht freiwillig auf die Forderung, so muss der Gläubiger diese klageweise durchsetzen. Der Überweisungsbeschluss ersetzt insofern nicht den erforderlichen Titel. Ist die gepfändete und zur Einziehung überwiesene Forderung allerdings schon tituliert, so kann der Gläubiger nach § 727 ZPO den Titel auf sich umschreiben lassen.

B. Mitpfändung des Anspruchs auf Abrechnung bei Lohnpfändung (vgl. BGH NJW 2013, 539)

Fall: Der Gläubiger betreibt gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung wegen einer titulierten Geldforderung in Höhe von 2400 DM nebst Zinsen und Kosten. Das AG – VollstreckungsG – hat auf Antrag des Gläubigers einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erlassen. Dieser bezieht sich auf angebliche Forderungen des Schuldners gegen die Drittschuldnerin auf rückständige, gegenwärtige und künftige Lohnzahlungen, Prämien, Weihnachts- und Urlaubsgeld, Abfindungen, Betriebsrenten, soweit nach §§ 850 ff. ZPO pfändbar, sowie vom Arbeitgeber durchgeführten Lohnsteuerjahresausgleich. Das AG –VollstreckungsG – hat in diesem Beschluss des Weiteren angeordnet, dass der Schuldner im Rahmen seiner Herausgabeverpflichtung nach § 836 III ZPO für die Dauer der Pfändung die Lohn- und Gehaltsabrechnungen an den Gläubiger herauszugeben hat. Dem weitergehenden Antrag des Gläubigers auf Pfändung der angeblichen Forderungen des Schuldners gegen die Drittschuldnerin „auf monatliche Übersendung der Lohnabrechnungen (Fax genügt)“ hat das AG – VollstreckungsG – nicht entsprochen. Zu Recht?

Mit dem Ausspruch der Pfändung wurden die Ansprüche des Schuldners auf Auszahlung von Lohn beschlagnahmt. Fraglich ist, ob mit der Pfändung der Ansprüche auf Lohnzahlung auf die Ansprüche des Schuldners gegen die Drittschuldnerin auf monatliche Erteilung von Lohnabrechnungen mitgepfändet worden sind.

I. Umfang der Beschlagnahme

„Die mit einer Pfändung verbundene Beschlagnahme erstreckt sich ohne Weiteres auf alle Nebenrechte, die im Falle einer Abtretung nach §§ 412, 401 BGB mit auf den neuen Gläubiger übergehen; einer gesonderten Neben- oder Hilfspfändung bedarf es dazu nicht (vgl. BGH, NJW-RR 2012, 434 Rn. 12; NJW-RR 2003, 1555 [1556]).

Neben den in § 401 BGB ausdrücklich genannten Rechten wird diese Vorschrift unter anderem auf solche Hilfsrechte entsprechend angewandt, die zur Geltendmachung oder Durchsetzung einer Forderung erforderlich sind (vgl. BGH, NJW-RR 2012, 434 Rn. 14 m. w. N.). Solche Nebenrechte sind insbesondere Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung, die darauf abzielen, Gegenstand und Betrag des Hauptanspruchs zu ermitteln (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1555 [1556]; BGHZ 165, 53 [57] = NJW 2006, 217).“ (BGH aaO)

II. Anspruch auf Lohnabrechnung als Nebenrecht

Der Anspruch des Schuldners auf Erteilung von Lohnabrechnungen könnte ein solches Nebenrecht sein.

„Bei der Lohnpfändung stellt der Anspruch auf Erteilung einer Lohnabrechnung einen solchen unselbstständigen Nebenanspruch dar, wenn es der Abrechnung bedarf, um den Anspruch auf Lohnzahlung geltend machen zu können. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dem Schuldner gegen die Drittschuldnerin derartige Ansprüche auf Lohnabrechnung zustehen. Nach allgemeinen Grundsätzen kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Auskunft über die Grundlagen seines Vergütungsanspruchs verlangen, wenn der Arbeitnehmer hierüber unverschuldet keine Kenntnis hat (vgl. BAGE 119, 62 = NZA 2006, 1294 Rn. 15 m. w. Nachw.). Das schließt den Anspruch auf eine Abrechnung mit ein, wenn es der Abrechnung bedarf, um den Anspruch auf die Zahlung konkret verfolgen zu können (vgl. BAGE 119, 62 = NZA 2006, 1294 Rn. 15). Ob derartige Ansprüche des Schuldners auf Lohnabrechnung gegen die Drittschuldnerin tatsächlich gegeben sind, ist im vorliegenden Verfahren unerheblich. Denn das VollstreckungsG prüft grundsätzlich nicht, ob eine zu pfändende Forderung besteht (vgl. BGH, NZI 2012, 809 Rn. 23; NJW 2004, 2096 [2097] m. w. Nachw.). Bezüglich einer Mitpfändung gilt Entsprechendes.

Eine Pfändung muss immer dann erfolgen, wenn dem **Schuldner die Forderung nach irgendeiner vertretbaren Rechtsansicht zustehen kann** (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 733 Rn. 9 m. w.N.). Ein Pfändungsantrag darf nur ausnahmsweise abgelehnt werden, wenn dem Schuldner der Anspruch **aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen offenbar nicht zustehen kann oder ersichtlich unpfändbar** ist (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 733 Rn. 9 m. w. Nachw.). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Insbesondere steht nicht fest, dass die Erfüllung der genannten Ansprüche auf Lohnabrechnung gegenüber dem Gläubiger unzulässigerweise in ein Recht des Schuldners auf Geheimhaltung oder informationelle Selbstbestimmung eingreifen würde, weil in den Abrechnungen schuldnerbezogene Daten enthalten sind, die sich nicht nur auf das pfändbare Arbeitseinkommen beziehen (a. M. LAG Hessen, Urt. v. 24.01.2002 – 5 Sa 1213/01, BeckRS 2002, 30879670; Reiter, FA 2007, 258 [259 f.]). Das **Interesse des Schuldners**, die in Lohnabrechnungen enthaltenen, sein Arbeitsverhältnis betreffenden persönlichen Daten gegenüber Dritten nicht zu offenbaren, **überwiegt grundsätzlich nicht das Vollstreckungsinteresse des Gläubigers** (vgl. BGH, NJW-RR 2006, 1576 Rn. 14). Der Schuldner hat im vorliegenden Verfahren im Übrigen keinen Vortrag gehalten, aus dem sich Hinweise auf ein derartiges Geheimhaltungsinteresse ergeben.“ (BGH aaO)

Ein Arbeitnehmer kann daher einen Anspruch auf Erteilung einer Lohnabrechnung haben, wenn er nur so die Höhe seiner Forderung konkret nachvollziehen kann. Dies stellt einen Nebenanspruch zum Anspruch auf Lohnzahlung da. Vor diesem Hintergrund kann auch der Anspruch auf Lohnabrechnung grundsätzlich als Nebenrecht mitgepfändet werden.

III. Entgegenstehen von § 840 ZPO

Allerdings könnte der Umstand, dass der Drittschuldner dem Gläubiger nach § 840 ZPO ohnehin zur Auskunftserteilung verpflichtet ist, einer Mitpfändung des möglichen Lohnabrechnungsanspruchs entgegenstehen.

„Die Vorschrift des § 840 ZPO, die eine Auskunftsobliegenheit des Drittschuldners begründet (vgl. BGH, NJW-RR 2006, 1566 Rn. 10 m. w. Nachw.), steht der vorstehend erörterten Mitpfändung nicht entgegen. **§ 840 ZPO lässt materiell-rechtliche Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche**, die den Drittschuldner treffen und von der Pfändung der Forderung gem. § 401 BGB miterfasst werden, **unberührt** (vgl. Lücke, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., § 840 Rn. 2; Schuschke/Walker, Vollstreckung u. Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 840 Rn. 2).“ (BGH aaO)

IV. Rechtsschutzbedürfnis für Mitpfändung des Abrechnungsanspruchs

Ist ein möglicher Lohnabrechnungsanspruch des Schuldners gegen den Drittschuldner nach Vorstehendem ohnehin als Nebenrecht von dem Umfang der Beschlagnahme und damit von den Rechtswirkungen des Pfändungsbeschlusses erfasst, so bedarf es an sich keiner ausdrücklichen Mitpfändung dieses Abrechnungsanspruchs. Allerdings könne hier ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für diesen Ausspruch bestehen.

„In Fällen der **Mitpfändung von Nebenrechten** wie im Streitfall kann das VollstreckungsG auf Antrag des Gläubigers in dem das Hauptrecht pfändenden Beschluss die Mitpfändung (**klarstellend**) **aussprechen** (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1555 [1556]; NJW-RR 2012, 434 Rn. 11; LG Bochum, JurBüro 2000, 437 m. w.N.; Stöber, Forderungspfändung, 15. Aufl., Rn. 1742; Scherer, Rpfleger 1995, 446 [450]; a. M. OLG Zweibrücken, JurBüro 1995, 660 [662] = BeckRS 1995, 04013). Ein solcher klarstellender Ausspruch erleichtert dem Gläubiger den Nachweis der Mitpfändung (vgl. OLG Hamm, DGVZ 1994, 188 [189] = BeckRS 1994, 09097; LG Koblenz, JurBüro 1996, 663 [664]; Behr, JurBüro 1995, 626 [628]).

Das Rechtsschutzbedürfnis für den genannten klarstellenden Ausspruch **entfällt nicht** wegen der im Pfändungs- und Überweisungsbeschluss enthaltenen, bestandskräftig gewordenen Anordnung, dass der Schuldner für die Dauer der Pfändung die **Lohnabrechnungen an den Gläubiger herauszugeben hat** (vgl. dazu BGH, NJW-RR 2006, 1576 Rn. 8). § 836 III 3 ZPO ermöglicht eine Zwangsvollstreckung in diese Urkunden nur, sofern sie sich – schon oder noch – im Besitz des Schuldners befinden (vgl. BGH, JurBüro 2010, 440 = BeckRS 2010, 11179 Rn. 20).“ (BGH aaO)

Das Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers für den begehrten Ausspruch bezüglich der Pfändung der angeblichen Forderungen auf monatliche Übersendung der Lohnabrechnungen ist gegeben.

V. Ergebnis

Die angeblichen Forderungen des Schuldners gegen die Drittschuldnerin auf monatliche Übersendung der Lohnabrechnungen sind zusammen mit den angeblichen Forderungen auf Lohnzahlung als Nebenrechte mitgepfändet. Dies hätte das Vollstreckungsgericht klarstellend aussprechen müssen.

Verteidigerwechsel
Aussetzung der Hauptverhandlung
 (BGH in NStZ 2013, 122; Urteil v. 30.08.2012 – 4 StR 108/12)

1. Kommt es zu einem **Verteidigerwechsel**, weil nach § 145 I 1 StPO ein neuer Pflichtverteidiger bestellt werden muss, **wird § 265 IV StPO nicht von § 145 III StPO verdrängt**.
2. Ein nach § 145 I 1 StPO **neu bestellter Verteidiger** hat als unabhängiges Organ der Rechtspflege **grds. selbst zu beurteilen, ob er** für die Erfüllung seiner Aufgabe **hinreichend vorbereitet ist**.

Fall: Der Angekl. wurde am 1. Hauptverhandlungstag von seinem Wahlverteidiger Rechtsanwalt P vertreten. Nachdem er keine Angaben zur Sache gemacht hatte, vernahm das Gericht die Nebenkl. und 5 weitere Zeugen. Am 2. Verhandlungstag, zu dem der Angekl. ebenfalls mit Rechtsanwalt P erschienen war, wurden 4 weitere Zeugen vernommen, Abschriften von Mitteilungen auf einem Anrufbeantworter gelesen und die Tonbandaufnahme eines Camcorders angehört. Im Anschluss an die Verlesung der Abschriften machte die Nebenkl. weitere Angaben zur Sache. Rechtsanwalt P stellte mehrere Beweisanträge und verlas nach Anhörung der Tonbandaufnahme eine als Anlage zu Protokoll genommene Erklärung. Danach wurde die Hauptverhandlung unterbrochen und ein Termin zur Fortsetzung der Hauptverhandlung auf den 31.10. um 13 Uhr bestimmt.

Am 31.10. zeigte Rechtsanwalt P dem Gericht um 11.15 Uhr an, dass er das Mandat niedergelegt habe. Der Angekl. erschien um 12.45 Uhr ohne Verteidiger bei Gericht und erklärte, dass er nicht in der Lage gewesen sei, das von seinem Wahlverteidiger geforderte Honorar aufzubringen. Gegen 13.20 Uhr stellte sich dem Angekl. der vom Gericht verständigte Rechtsanwalt S vor und nahm Einsicht in die Akte. In diesem Zusammenhang erklärte Rechtsanwalt S dem Angekl., dass er überlegen müsse, ob er die Verteidigung in der Kürze der Zeit vorbereiten könne; eine weitere Verzögerung, die durch eine Wiederholung des Verfahrens entstehen würde, könne aber kaum im Interesse des Angekl. liegen. Danach wurde die Hauptverhandlung um 13.45 Uhr fortgesetzt und Rechtsanwalt S für den Angekl. als Pflichtverteidiger bestellt. Ein Antrag auf Aussetzung oder Unterbrechung der Hauptverhandlung wurde nicht gestellt. In der Folge vernahm das Gericht bis 15 Uhr 4 Zeugen. Danach wurde die Hauptverhandlung unterbrochen und Termin zur Fortsetzung auf den 15.11. bestimmt. Im Hauptverhandlungstermin vom 15.11. vernahm das Gericht 3 weitere Zeugen. Anschließend verlas Rechtsanwalt S einen Beweisantrag und eine gegen die Nebenkl. erstattete Strafanzeige. Nachdem das Gericht die Mitschrift der Tonaufzeichnung des Camcorders verlesen hatte, wurde die Nebenkl. nochmals vernommen und die Beweisaufnahme geschlossen. Der Vertreter der StA, der Nebenklägervertreter und der Verteidiger hielten ihre Schlussvorträge. Nach einer abschließenden Erklärung des Angekl. wurde die Sitzung um 12 Uhr unterbrochen und um 12.30 Uhr mit der Urteilsverkündung fortgesetzt.

Nach Ansicht der Revision hat das LG seine Fürsorgepflicht verletzt, weil es die Hauptverhandlung nach dem Verteidigerwechsel nicht von Amts wegen ausgesetzt oder zumindest unterbrochen hat. Zwar sei Rechtsanwalt S „über den Inhalt der bisherigen Aussagen durch andere Beteiligte unterrichtet“ worden, „wobei die Unterrichtung nicht durch den Angekl. erfolgte“, doch sei eine Wiederholung der wesentlichen Teile der Hauptverhandlung nicht erfolgt. Das LG habe die Nebenkl. nach dem Verteidigerwechsel lediglich ergänzend vernommen.

Das LG könnte gegen §§ 265 IV, 140 I, 145 III StPO und Art. 6 III MRK verstoßen haben, weil es die **Hauptverhandlung nicht von Amts wegen ausgesetzt oder zumindest unterbrochen hat**, obwohl dies zur **Vorbereitung der Verteidigung des Angekl.** geboten gewesen sein könnte.

- I. Nach **§ 265 IV StPO** hat das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag die Hauptverhandlung auszusetzen, falls dies infolge der veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung der Verteidigung angemessen erscheint.
 1. **Verfahrensvorgänge** können eine **veränderte Sachlage i.S.d. § 265 IV StPO herbeiführen**, wenn sie geeignet sind, die Fähigkeit des Angekl. zu einer sachgerechten Verteidigung zu beschränken.

Der **Wechsel des Verteidigers während der laufenden Hauptverhandlung ist** ein solcher **Verfahrensvorgang**. Er **schafft** selbst dann eine **veränderte Sachlage**, wenn der neue Verteidiger – wie hier – sogleich an die Stelle des früheren tritt (BGH NJW 2000, 1350; BGH VRS 26, 46; vgl. BGH NStZ 2009, 650; BGH NJW 1965, 2164; BGH NJW 1958, 1736).

Kommt es zu einem **Verteidigerwechsel**, weil nach § 145 I 1 StPO ein neuer Pflichtverteidiger bestellt werden muss, **wird § 265 IV StPO nicht von § 145 III StPO verdrängt**, weil diese Bestimmung nur eine ergänzende, aber **keine abschließende Regelung für diese Fallgestaltung enthält** (BGH JR 1974, 247).

2. **Ob auf eine veränderte Sachlage** nach § 265 IV StPO in Ausübung der prozessualen Fürsorgepflicht mit einer **Aussetzung der Hauptverhandlung zu reagieren ist, steht im pflichtgemäß ausübenden Ermessen des Gerichts** und hängt vom Einzelfall ab (BGH NStZ-RR 2002, 270; BGH NJW 1958, 1736).
 3. Anstelle einer Aussetzung kann es bei einem Verteidigerwechsel auch ausreichend sein, **wichtige Verfahrensabschnitte zu wiederholen**, um dem neuen Verteidiger Gelegenheit zu geben, sich ein umfassendes eigenes Urteil von dem Beweisergebnis zu machen (BGH VRS 26, 46).
- II. Hiervon ausgehend bestand **keine Notwendigkeit, die Hauptverhandlung von Amts wegen auszusetzen oder zu unterbrechen, nachdem dies weder von dem Verteidiger, noch dem Angekl. beantragt** oder angeregt worden war.
1. Ein nach § 145 I 1 StPO **neu bestellter Verteidiger hat** als unabhängiges Organ der Rechtspflege **grds. selbst zu beurteilen, ob er für** die Erfüllung seiner Aufgabe **hinreichend vorbereitet** ist (BGH BGHR StPO § 265 IV Verteidigung, angemessene 5; BGH wistra 2000, 146). Hält er die ihm verbleibende Vorbereitungszeit für nicht ausreichend, kann er durch einen Antrag nach § 145 III StPO eine Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung erzwingen.
 2. Das Gericht hat über die Frage, ob die **Fürsorgepflicht** eine Aussetzung der Hauptverhandlung nach § 265 IV StPO gebietet, unabhängig von Anträgen und Erklärungen der Beteiligten zu entscheiden, doch kommt bei dieser Entscheidung der **Einschätzung des neu bestellten Verteidigers und seinem Prozessverhalten eine maßgebliche Bedeutung** zu: Stellt der neue Verteidiger seine Fähigkeit zu sachgerechter Verteidigung nicht in Frage, will er vielmehr die **Hauptverhandlung ohne zeitliche Verzögerung fortsetzen** und gibt auch der Angekl. nicht zu erkennen, dass er mehr Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung benötigt, so ist das Gericht i. d. R. nicht dazu berufen, seine Auffassung von einer angemessenen Vorbereitungszeit gegen den Verteidiger durchzusetzen und von diesem nicht angestrebte prozessuale Maßnahmen zu treffen (vgl. BGH NStZ 2009, 650; BGH MDR 1977, 767; BGH NJW 1965, 2164).

*„Ein solcher Fall liegt hier vor: Wie sich aus dem Revisionsvorbringen ergibt, war die Entscheidung des neuen Verteidigers, nicht nach § 145 III StPO vorzugehen und **keinen Aussetzungsantrag** zu stellen, von der Erwägung geleitet, dass es unter den gegebenen Umständen den Interessen des Angekl. eher entspricht, die bereits begonnene Hauptverhandlung in einem Durchgang zu Ende zu bringen. Der Angekl. hat dieser ihm mitgeteilten Abwägung nicht widersprochen und auch seinerseits keinen Aussetzungs- oder Unterbrechungsantrag gestellt. Bei dieser Sachlage war das LG nur dann gehalten, von Amts wegen eine Aussetzung oder Unterbrechung der Hauptverhandlung anzuordnen, wenn sich die dem Prozessverhalten des Angekl. und seines Verteidigers zu entnehmende Einschätzung der Sach- und Rechtslage als evident interessenwidrig dargestellt hätte und ohne diese Maßnahmen eine **effektive Verteidigung** (Art. 6 III c MRK) unter keinem Gesichtspunkt mehr gewährleistet gewesen wäre (vgl. BGH VRS 26, 46). Dies war jedoch nicht der Fall. Den Anklagevorwürfen lagen übersichtliche Lebenssachverhalte zugrunde. Zentrales Beweismittel waren die Angaben der Nebenkl., die nach dem Verteidigerwechsel nochmals vernommen wurde. Zu diesem Zeitpunkt hatte der neue Verteidiger 14 Tage Zeit, sich in den Fall einzuarbeiten und die ihm erteilten Informationen zu ihren bisherigen Angaben sowie dem übrigen Beweisergebnis auszuwerten und ggf. zu ergänzen. Die Revision trägt nicht vor, dass bei der erneuten Vernehmung der Nebenkl. Fragen oder Vorhalte des Verteidigers zurückgewiesen worden sind. Der Umstand, dass sich der Verteidiger in der Lage sah, gegen die Nebenkl. eine Strafanzeige zu erstatten und diese Anzeige vor deren nochmaliger Vernehmung in der Hauptverhandlung zu verlesen, lässt erkennen, dass er den bisherigen Angaben der Nebenkl. entgegenzutreten vermochte.“* (BGH aaO)

VwGO

Verfahrensmangel im Berufungsverfahren

VwGO

§ 130a S.1

Entscheidung ohne mündliche Verhandlung

(BVerwG in BeckRS 2013, 46051; Beschluss vom 03.12.2012 - 2 B 32.12)

1. § 130a VwGO enthält **keine ausdrücklichen Einschränkungen** für die Anwendbarkeit.
2. Die Entscheidung über das Absehen von einer mündlichen Verhandlung muss allerdings **ermessensfehlerfrei** ergehen.
3. Mit dem **Grad der Schwierigkeiten** wächst das **Gewicht der Gründe**, die gegen eine Anwendung des § 130a VwGO sprechen.
4. Art. 6 I EMRK macht nach der Rechtsprechung des EGMR die Entscheidung davon abhängig, ob im konkreten Fall **zentrale strittige Tatfragen** zur Entscheidung anstehen und ob für die tatsächliche Feststellung die Entscheidungsfindung allein **aufgrund der Aktenlage sachgerecht möglich** ist.
5. Diese Anforderungen sind bei **konventionskonformer Anwendung** im Rahmen der Ermessensausübung nach § 130a VwGO vom Berufungsgericht zu berücksichtigen.
6. Zur **sachgerechten Aufklärung schwieriger tatsächlicher Fragen** ist eine **mündliche Berufungsverhandlung** daher **geboten**.

Fall: Die Klägerin begehrt die Gewährung von Hinterbliebenenversorgung. Sie war seit dem 26.03.2007 mit einem am 22.11.2007 an Lungenkrebs verstorbenen Beamten verheiratet. Der Beklagte lehnte den Antrag mit der Begründung ab, es handle es sich um eine sog. Versorgungsehe, weil die Ehe unmittelbar nach Feststellung der lebensbedrohenden Erkrankung des Ehemanns geschlossen worden sei. Die hiergegen gerichtete Klage, mit der die Klägerin insbesondere geltend gemacht hatte, die Eheschließung sei bereits lange vor Kenntnis der Erkrankung geplant gewesen, wies das Verwaltungsgericht ab. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Berufung zwar wegen besonderer tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeit der Rechtssache zugelassen, in der Sache aber durch Beschluss nach § 130a Satz 1 VwGO zurückgewiesen. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sei auch in Ansehung der gestellten Beweisanträge entbehrlich, weil die erkennbaren Umstände eher geeignet seien, die gesetzliche Vermutung für das Vorliegen einer Versorgungsehe zu bestätigen als zu widerlegen.

Mit der Nichtzulassungsbeschwerde macht die Klägerin Gehörsverstöße und Aufklärungsmängel geltend. Der Verwaltungsgerichtshof habe die Frage, ob der Heiratsentschluss bereits vor Bekanntwerden der Krankheit vorlag, zwar als entscheidungserheblich erachtet, gleichwohl aber sowohl eine persönliche Anhörung der Klägerin als auch die beantragte Beweisaufnahme unterlassen. Wird die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde Erfolg haben?

Die Nichtzulassungsbeschwerde wird hier nach § 132 II Nr. 3 VwGO auf einen Verfahrensmangel des Berufungsverfahrens gestützt. Sie wird Erfolg haben, wenn ein solcher Verfahrensmangel tatsächlich feststellbar ist und das Berufungsurteil darauf beruht.

I. Vorliegen eines Verfahrensmangels

Die Berufung der Klägerin ist hier durch Beschluss nach § 130a S. 1 VwGO ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen worden. Hierin könnte ein Verfahrensmangel liegen.

1. Regelungsgehalt des § 130a S.1 VwGO

Nach § 103a S. 1 VwGO kann das Oberverwaltungsgericht über die Berufung durch Beschluss entscheiden, wenn es sie einstimmig für begründet oder einstimmig für unbegründet hält und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält.

*„Der Anwendungsbereich des § 130a VwGO ist auf **einfach gelagerte Streitsachen** beschränkt (Beschluss vom 20.10. 2011 - BVerwG 2 B 63.11 -IÖD 2012, 20 Rn. 6). Auch wenn § 130a VwGO **keine ausdrücklichen Einschränkungen** enthält, hat das Berufungsgericht bei seiner Ermessensausübung zu berücksichtigen, dass sich die Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung im **System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes** nach der Ausgestaltung des Prozessrechts als gesetzlicher Regelfall und Kernstück auch des Berufungsverfahrens erweist (§ 125 Abs. 1 i. V. m. § 101 I VwGO). Diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis liegt die Vorstellung zugrunde, dass die gerichtliche **Entscheidung grundsätzlich das Ergebnis eines diskursiven Prozesses** zwischen Gericht und Beteiligten im Rahmen der mündlichen Verhandlung sein soll. Davon geht auch § 104 I VwGO aus, der dem Vorsitzenden des Gerichts die Pflicht auferlegt, in der mündlichen Verhandlung die Streitsache mit den Beteiligten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu erörtern. Das Rechtsgespräch erfüllt zudem den Zweck, die Ergebnisrichtigkeit der gerichtlichen Entscheidung zu fördern (Urteil vom 9. Dezember 2010 - BVerwG 10 C 13.09 - BVerwGE 138, 289 = Buchholz 310*

§ 130a VwGO Nr. 82, jeweils Rn. 23). Dies gilt umso mehr, je größer die tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten der Streitsache sind. Mit dem **Grad der Schwierigkeiten** wächst das **Gewicht der Gründe**, die gegen eine Anwendung des § 130a VwGO sprechen (Urteil vom 30.06.2004 - BVerwG 6 C 28.03 - BVerwGE 121, 211 = Buchholz 310 § 130a VwGO Nr. 64; Beschluss vom 20.10.2011 aaO. Rn. 6).“ (BVerwG aaO)

2. Auslegungsgebot durch Art. 6 I EMRK

Das ergibt sich nicht zuletzt aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu **Art. 6 I EMRK**, der aus dieser **Verfahrensgarantie** im Einzelfall die Notwendigkeit herleitet, **auch in der zweiten Instanz mündlich zu verhandeln**.

„Der Gerichtshof stellt bei Verfahrensordnungen, in denen im Berufungsrechtszug auch Tatfragen zu entscheiden sind, darauf ab, ob im konkreten Fall **zentrale strittige Tatfragen zur Entscheidung anstehen** und ob für die tatsächliche Feststellung die Entscheidungsfindung allein aufgrund der Aktenlage sachgerecht möglich ist (vgl. etwa EGMR, Urteil vom 29.10.1991 - Nr. 22/1990/213/275 „Helmers“ - NJW 1992, 1813 m.w.N.). Diese Anforderungen sind bei **konventionskonformer Anwendung** im Rahmen der Ermessensausübung nach § 130a VwGO vom Berufungsgericht zu berücksichtigen und **gestatten es in diesen Fällen nicht, von einer mündlichen Verhandlung abzusehen** (Beschluss vom 12.03.1999 - BVerwG 4 B 112.98 - Buchholz 310 § 130a VwGO Nr. 35). Das gilt auch in der vorliegenden Streitigkeit einer Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis. Die Gewährleistungen aus Art. 6 I 1 EMRK gelten auch für Beamte, sofern ihnen nach innerstaatlichem Recht die Möglichkeit eingeräumt ist, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen (EGMR, Urteil vom 19.04.2007 - Nr. 63235/00 „Eskelinen“ -Rn. 61; hierzu auch Meyer-Ladewig, EMRK-Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 19).“ (BVerwG aaO)

3. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob der Verwaltungsgerichtshof nach diesen Maßstäben von einer mündlichen Verhandlung absehen und über die Berufung der Klägerin durch Beschluss nach § 130a S. 1 VwGO entscheiden durfte.

a) Pflicht zu mündlicher Verhandlung wegen Schwierigkeit der Sache

„Mit der Beschwerde ist dabei im Ausgangspunkt davon auszugehen, dass die durch den Verwaltungsgerichtshof ausgesprochene **Berufungszulassung** nach § 124a Abs. 5 Satz 2 i. V. m. § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO **wegen besonderer tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten ein Indiz** hierfür abgibt (vgl. Urteil vom 30.06.2004 - BVerwG 6 C 28.03 -BVerwGE 121, 211 = Buchholz 310 § 130a VwGO Nr. 64, jeweils Rn. 15). Im Einzelfall mag sich jedoch die im Zeitpunkt der Zulassungsentcheidung getroffene Einschätzung **nachträglich als unzutreffend** und die Rechtssache einer Entscheidung im Verfahren nach § 130a VwGO zugänglich erweisen (vgl. Urteil vom 01.04.2004 - BVerwG 2 C 16.03 - Buchholz 239.1 § 3 BeamtVG Nr. 2; Beschluss vom 10.06.2008 -BVerwG 2 B 31.08 -). **Anhaltspunkte** hierfür sind **den Akten indes nicht zu entnehmen**; vielmehr ging in der Zwischenzeit lediglich die mit der Zulassungsbegründung der Sache nach im Wesentlichen übereinstimmende Berufungsbegründung ein. Auch das Anhörungsschreiben nach § 130a Satz 2 i. V. m. § 125 II 3 VwGO enthält keine entsprechenden Hinweise.“ (BVerwG aaO)

Das BVerwG hat aber letztlich offen gelassen, ob die Inanspruchnahme des § 130a Satz 1 VwGO hier schon wegen der Schwierigkeit der Rechtssache außer Betracht zu bleiben hatte.

b) Pflicht zur mündlichen Verhandlung wegen Streitigkeit zentraler Tatsachenfragen

Jedenfalls kann sich das Absehen von einer mündlichen Verhandlung schon deshalb als ermessensfehlerhaft darstellen, weil zentrale strittige Tatfragen zur Entscheidung anstanden.

„[Ein] Absehen von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung [war] hier jedenfalls deshalb ermessensfehlerhaft, weil die Klägerin nach Zugang des Anhörungsschreibens **auf entscheidungserheblichen Tatsachenvortrag**, der im verwaltungsgerichtlichen Urteil nicht berücksichtigt wurde, **hingewiesen** und hierzu **Beweisanträge gestellt** hat (vgl. Beschluss vom 20.10.2011 - BVerwG 2 B 63.11 - IÖD 2012, 20 Rn. 8). Damit hatte der Verwaltungsgerichtshof nicht nur über Rechtsfragen zu befinden, sondern auch über die tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts. Zur **sachgerechten Aufklärung schwieriger tatsächlicher Fragen** ist eine **mündliche Berufungsverhandlung** aber **geboten** (vgl. Beschluss vom 12.03.1999 - BVerwG 4 B 112.98 - Buchholz 310 § 130a VwGO Nr. 35). Für die Überprüfung einer erstinstanzlichen Beweiswürdigung gilt dies erst recht (vgl. Beschluss vom 26.03.2012 - BVerwG 2 B 26.11 -).“ (BVerwG aaO)

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen hier vorlagen.

„Nach § 19 I 1 BeamtVG erhält die Witwe eines Beamten Witwengeld. Die Gewährung ist gemäß Satz 2 Nr. 1 der Vorschrift jedoch ausgeschlossen, wenn die Ehe mit dem Verstorbenen nicht mindestens

ein Jahr gedauert hat, es sein denn, dass nach den besonderen Umständen des Falles die Annahme nicht gerechtfertigt ist, dass der alleinige oder überwiegende Zweck der Heirat war, der Witwe eine Versorgung zu verschaffen. Bei **Kenntnis einer lebensbedrohlichen Erkrankung** im Zeitpunkt der Eheschließung kommt die Gewährung von Witwengeld in diesem Falle daher regelmäßig nur in Betracht, wenn der **Heiratsentschluss bereits vor Bekanntwerden der Erkrankung gefasst** worden ist. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn noch kein Termin für die Eheschließung beim Standesamt festgestanden hat. In dieser Konstellation kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Versorgung kausal für die Eheschließung war (Beschlüsse vom 02.10.2008 - BVerwG 2 B 7.08 - und vom 19.01.2009 - BVerwG 2 B 14.08 - m.w.N.). Von entscheidender Bedeutung ist daher einerseits die Kenntnis des künftigen Ehepartners von der lebensbedrohlichen Erkrankung des Beamten, andererseits die Frage, ob schon vor diesem Zeitpunkt ein Heiratsentschluss gefasst worden ist.

Von diesem rechtlichen Maßstab ist auch der Verwaltungsgerichtshof ausgegangen. Gleichwohl hat er es **unterlassen, die Beweggründe für die Eheschließung im Rahmen einer mündlichen Verhandlung weiter aufzuklären** und sich damit eine hinreichende Tatsachengrundlage für seine Entscheidungsfindung zu verschaffen. Dies gilt zunächst bereits, weil die Klägerin die Tatsachenfeststellungen des Verwaltungsgerichts substantiiert in Zweifel gezogen hatte. Denn damit war eine sachgerechte **Entscheidungsfindung alleine aufgrund der bestehenden Aktenlage nicht möglich** (vgl. Urteil vom 09.10.2010 - BVerwG 10 C 13.09 - BVerwGE 138, 289, Rn. 23). Mit der abschließenden Bemerkung, die Umstände sprächen „eher“ für als gegen die gesetzliche Vermutung belegen dies auch die Entscheidungsgründe des Verwaltungsgerichtshofs selbst.“ (BVerwG aaO)

Insbesondere aber hat der Verwaltungsgerichtshof die gestellten Beweisanträge fehlerhaft abgelehnt. Zwar kennt auch der vom Untersuchungsgrundsatz bestimmte Verwaltungsprozess die Möglichkeit, einen Beweis Antrag durch „Wahrunterstellung“ abzulehnen.

„Diese Verfahrensweise setzt indes voraus, dass die **behauptete Beweistatsache** im Folgenden **so behandelt wird, als wäre sie wahr** (vgl. § 244 Abs. 3 Satz 2 a. E. StPO); was regelmäßig nur für nicht entscheidungserhebliche Behauptungen in Frage kommt (Beschluss vom 12.08.1998 - BVerwG 7 B 162.98 - juris Rn. 2). Das Gericht darf sich daher im weiteren Verlauf nicht in Widerspruch zu den als wahr unterstellten Annahmen setzen und muss sie **„ohne jede inhaltliche Einschränkung“** in ihrem mit dem Parteivorbringen gemeinten Sinn behandeln, **als wären sie nachgewiesen** (Urteil vom 24.03.1987 - BVerwG 9 C 47.85 - BVerwGE 77, 150 <155>, Beschluss vom 20.09.1993 - BVerwG 4 B 125.93 - juris Rn. 7). Gegen diese Grundsätze hat der Verwaltungsgerichtshof verstoßen und mit der von ihm angenommenen Wahrunterstellung der Sache nach eine **unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung** vorgenommen. [wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO)

Der geltend gemachte Verfahrensmangel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO liegt vor, weil die Voraussetzungen für eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss nach § 130a Satz 1 VwGO nicht gegeben waren.

„Die Berufungsentscheidung verstößt damit gegen das Gebot, über die Berufung aufgrund mündlicher Verhandlung zu entscheiden (§ 125 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 101 Abs. 1 VwGO) und verletzt zugleich den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG und § 108 Abs. 2 VwGO (Urteil vom 9. Dezember 2010 - BVerwG 10 C 13.09 - BVerwGE 138, 289 = Buchholz 310 § 130a VwGO Nr. 82, jew. Rn. 24 m. w. N.).“ (BVerwG aaO)

II. Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensmange

„Die Berufungsentscheidung beruht auf einem Verfahrensmangel im Sinne von § 132 II Nr. 3 VwGO, weil der Verwaltungsgerichtshof über die Berufung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss nach § 130a Satz 1 VwGO entschieden hat.“ (BVerwG aaO)

III. Ergebnis

Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet.

Fortsetzungsfeststellungsinteresse
Datenspeicherung nach erkennungsdienstlicher Behandlung
(OVG Saarlouis in BeckRS 2012, 58861; Urteil vom 05.10.2012 - 3 A 72/12)

1. Die **Anfertigung erkennungsdienstlicher Unterlagen** zwecks Speicherung in entsprechenden Datensammlungen stellt einen **gewichtigen Eingriff in die Persönlichkeits-sphäre** des Betroffenen dar. Von daher ist im Falle einer nachträglichen Löschung entsprechender Daten in der Regel ein **Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Datenerhebung aus Rehabilitationsgesichtspunkten** gegeben.
2. Maßgeblich dafür, welche Gründe i. S. v. § 39 I 2 VwVfG wesentlich sind, und wie intensiv die Begründung eines Verwaltungsakts im konkreten Fall sein muss, sind vor allem die **Art des in Frage stehenden Verwaltungsakts und der betroffenen Rechte**, die Bedeutung der Sache für den Betroffenen und auch der Kenntnisstand des Betroffenen hinsichtlich der in Betracht kommenden Gründe.
3. Wurde das einer erkennungsdienstlichen Behandlung zugrunde liegende **Anlassverfahren später** eingestellt, **setzt eine fortdauernde Datenspeicherung einen verbleibenden Straftatverdacht voraus**. Im Falle der Verfahrenseinstellung ist daher zu prüfen, ob noch Verdachtsmomente gegen den Betroffenen bestehen, die eine Fortdauer der Speicherung zur präventiv-polizeilichen Verbrechensbekämpfung rechtfertigen.

Fall: Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit einer erkennungsdienstlichen Behandlung des Klägers und der Speicherung der dabei erhobenen Daten.

Im Februar 2009 wurden gegen den 1954 geborenen Kläger mehrere Strafermittlungsverfahren eingeleitet. Gegenstand der Ermittlungen war der Verdacht des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen, des Raubes und der Nachstellung.

Mit Bescheid vom 04.03.2009 wurde eine erkennungsdienstliche Behandlung des Klägers angeordnet, die die Anfertigung von zehn Fingerabdrücken, Handflächen- und Handkantenabdrücken, Lichtbildern und einer Ganzaufnahme umfasste. Als Begründung war in der Anordnung angeführt, dass dies zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung gemäß § 81 b 2. Alt. StPO nötig sei. Gegen den Kläger würden mehrere Ermittlungsverfahren geführt. Aufgrund des bisherigen Ermittlungsstandes ergebe sich der Verdacht, dass der Kläger weiter straffällig werden könne. Die Anordnung wurde am 05.03.2009 umgesetzt, als der Kläger sich bei der Kriminalpolizeiinspektion A-Stadt eingefunden hatte, um entsprechend einer an ihn ergangenen Aufforderung ihm gehörende, bei einer Hausdurchsuchung sichergestellte Videokassetten abzuholen. Hierbei hat der Kläger habe sich kooperativ verhalten. Nach erfolgter Rechtsbelehrung hat er das entsprechende Formblatt unterschrieben und keinen Widerspruch gegen die erkennungsdienstlichen Maßnahmen erhoben.

Der Kläger legte mit Schreiben vom 19.03.2009 Widerspruch gegen die erkennungsdienstliche Behandlung ein. Zur Begründung trug er vor, dass die erkennungsdienstliche Behandlung in Anbetracht der Gesamtumstände der gegen ihn vorgebrachten Vorwürfe rechtswidrig sei. Die widerrechtlich erlangten Daten seien zu löschen.

Mit Bescheid vom 19.11.2009 wurde der Widerspruch des Klägers zurückgewiesen. Da die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung bereits vollzogen war, wurde der Widerspruch des Klägers als Antrag auf Löschung der erhobenen und gespeicherten Daten ausgelegt. Der so verstandene Widerspruch sei zulässig, aber nicht begründet. Rechtsgrundlage für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung sei § 81 b 2. Alt. StPO. Die Voraussetzungen für die Durchführung einer erkennungsdienstlichen Behandlung und Speicherung der dabei gewonnenen Daten seien im Falle des Klägers erfüllt gewesen. Gegen den Kläger würden Ermittlungen wegen sexuellen Missbrauchs, wegen Raubes und wegen Nachstellung geführt. Aus diesen Strafverfahren, insbesondere der ihm zur Last gelegten Sexualstraftat, ergebe sich auch die für die Zulässigkeit einer erkennungsdienstlichen Behandlung notwendige Wiederholungsgefahr. Ein Sexualdelikt sei regelmäßig von einer besonderen Veranlagung oder Neigung des Täters geprägt und könne deshalb die Gefahr einer Wiederholung schon bei erstmaliger Begehung mit sich bringen. Am 18.12.2009 hat der Kläger hiergegen Klage erhoben.

Wenige Tage nach Klageerhebung wurde das gegen den Kläger eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person gemäß § 170 II StPO eingestellt. Die Ermittlungen ergaben aus Sicht der Staatsanwaltschaft keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Erhebung einer entsprechenden öffentlichen Klage. In Bezug auf den Verdacht der Nachstellung gemäß § 238 StGB wurde das Verfahren nach § 154 I Nr. 1 StPO mit Blick auf das gegen den Kläger noch anhängige Verfahren wegen des Verdachts des Raubes eingestellt. Außerdem wurde es als zweifelhaft bezeichnet, ob die angezeigten Verhaltensweisen des Klägers den Tatbestand des § 238 StGB erfüllen.

Zur Begründung der Klage hat der Kläger vorgetragen, dass bereits die Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung rechtswidrig gewesen sei, da sie unter Androhung von Zwangsanwendung erfolgt sei. Die weitere Speicherung der Daten verletzte ihn ebenfalls in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Ungeachtet der rechtswidrigen Datenerhebung folge dies auch daraus, dass das Strafermittlungsverfahren gegen den

Kläger, in dessen Rahmen diese Daten erhoben worden seien, inzwischen gemäß § 170 II StPO eingestellt und der Tatverdacht somit ausgeräumt worden sei. Von daher könne kein öffentliches Interesse an der Speicherung der Daten mehr bestehen. Im Laufe des Verfahrens sind die den Kläger betreffenden erkennungsdienstlichen Unterlagen gelöscht bzw. vernichtet worden. Daraufhin hat der Kläger seine ursprünglich auf Löschung bzw. Vernichtung der ihn betreffenden erkennungsdienstlichen Unterlagen gerichtete Klage in eine auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Datenerhebung bzw. -speicherung gerichtete Klage umgestellt.

Wird die Klage Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Klage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art.

Für Klagen gegen die Anfertigung erkennungsdienstlicher Unterlagen als Maßnahme der vorsorgenden Strafrechtspflege nach § 81 b Alt. 2 StPO ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (vgl. BVerwG, Beschl. v. 18. 5. 2011 – 6 B 1/11, NVwZ-RR 2011, 710 = ZA 07/2012, S. 51)

2. statthafte Klageart

Der Kläger hat zunächst eine Verpflichtungsklage auf Löschung bzw. Vernichtung ihn betreffender erkennungsdienstlicher Daten erhoben. Im Laufe des Verfahrens ist die Löschung vorgenommen worden, so dass sich das Begehren des Klägers erledigt hatte. Er hat dann seinen Klageantrag auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO umstellt gerichtet auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des die erkennungsdienstliche Behandlung anordnenden Bescheids des Beklagten vom 04.03.2009 sowie des Widerspruchsbescheides vom 19.11.2009.

„Der vom Kläger nunmehr gestellte Antrag ist als Fortsetzungsfeststellungsantrag in analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO statthaft, nachdem sich das ursprünglich auf Löschung bzw. Vernichtung der den Kläger betreffenden erkennungsdienstlichen Unterlagen gerichtete Begehren des Klägers im Laufe des Berufungsverfahrens durch entsprechende Maßnahmen des Beklagten erledigt hat.“ (OVG Saarlouis aaO)

3. Zulässigkeit der ursprünglich erhobenen Verpflichtungsklage

Da die Erledigung erst im Laufe des Klageverfahrens erfolgt ist, ist die Fortsetzungsfeststellungsklage nur zulässig, wenn auch die ursprünglich erhobene Verpflichtungsklage zulässig war. Am Vorliegen der allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen für die Verpflichtungsklage bestehen keine Bedenken.

4. Besondere Feststellungsinteresse

Allerdings hat der Kläger nach Erledigung seines ursprünglichen Begehrens nicht in jedem Fall ein schutzwürdiges Interesse daran, dass das Gericht die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme überprüft, von der keine Rechtswirkungen mehr ausgehen.

*„Ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 113 I 4 VwGO kann jedes bei vernünftiger Erwägung nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse **rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art** sein, vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 113 Rz. 129 ff.“* (OVG Saarlouis aaO)

Ein solches, berechtigtes Interesse für eine Fortsetzungsfeststellungsklage besteht grundsätzlich nur dann, wenn eine **Wiederholungsgefahr** anzunehmen ist, es dem Kläger um seine **Rehabilitation** geht oder eine nicht aussichtslose **Schadensersatzklage** vorbereitet werden soll, bei der der Kläger nicht um die Früchte des bereits geführten Prozesses gebracht werden soll. Über diese drei Fallgruppen hinaus ist nach der Rechtsprechung des BVerfG darüber hinaus ein besonderes Feststellungsinteresse für eine Fortsetzungsfeststellungsklage anzunehmen, wenn die erledigte Maßnahme **besondere Grundrechtsrelevanz** hat und der Grundrechtseingriff ansonsten ohne gerichtliche Prüfung bliebe.

*„In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist anerkannt, dass ein schutzwürdiges ideelles Interesse an der Rechtswidrigkeitsfeststellung nicht nur in Fällen in Betracht kommt, in denen **abträgliche Nachwirkungen** der erledigten Verwaltungsmaßnahme fortbestehen. Vielmehr kann auch die Art des Eingriffs, insbesondere im **grundrechtlich geschützten Bereich**, verbunden mit dem verfassungsrechtlich ga-*

rantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, erfordern, ein Feststellungsinteresse anzuerkennen. Hierzu zählen namentlich **Feststellungsbegehren, die polizeiliche Maßnahmen zum Gegenstand haben**, vgl. BVerwG, Urteil vom 29.4.1997 - 1 C 2/95 -, m. w. N., NJW 1997, 2534 ff.

Ausgehend davon bejaht die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung im Falle einer **zwischenzeitlichen Löschung bzw. Vernichtung erkennungsdienstlicher Daten regelmäßig ein Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Datenerhebung**, vgl. etwa VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 18.12.2003 - 1 F 2211/02 -; VG Würzburg, Urteil vom 12.4.2012 - W 5 K 11.757 -; VG E-Stadt, Urteil vom 21.1.2010 - 6 K 860/08 -, jeweils m. w. N.; dokumentiert bei juris.“ (OVG Saarlouis aaO)

Ein besonderes Feststellungsinteresse des Klägers ist vor diesem Hintergrund anzunehmen.

„Denn die Anfertigung erkennungsdienstlicher Unterlagen zwecks Speicherung in entsprechenden Datensammlungen der Ermittlungsbehörden stellt einen **gewichtigen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre** des Betroffenen gemäß Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG, insbesondere in der Ausprägung des **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung**, dar. Die erhobenen Daten stehen der Polizei für einen längeren Zeitraum in Sammlungen zur Verfügung, in denen der Betroffene als einschlägig Verdächtiger geführt wird. Von daher ist in aller Regel ein berechtigtes Feststellungsinteresse aus **Rehabilitationsgesichtspunkten** gegeben. Dies ist auch im Falle des Klägers anzunehmen.“ (OVG Saarlouis aaO)

Entgegen der Auffassung des Beklagten steht einem Rehabilitationsinteresse des Klägers weder entgegen, dass die Datenerhebung eine polizeiinterne Maßnahme darstellte, welche wohl nicht an die Öffentlichkeit gedrungen ist, noch, dass die Daten „nur“ drei Jahre lang gespeichert wurden.

5. Zwischenergebnis

Die auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage umgestellte Klage ist zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist analog § 113 I 4 VwGO begründet, wenn der die erkennungsdienstliche Behandlung des Klägers anordnende Bescheid des Beklagten vom 4.3.2009 rechtswidrig war und den Kläger nicht in seinen Rechten verletzt hat.

1. Rechtswidrigkeit des Bescheides

a) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die vorgenannten Bescheide und die auf dieser Grundlage durchgeführte erkennungsdienstliche Behandlung des Klägers war § 81 b 2. Alt. StPO.

„Nach dieser Vorschrift dürfen Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten **auch gegen seinen Willen** aufgenommen und ähnliche Maßnahmen an ihm vorgenommen werden, soweit dies **für die Zwecke des Erkennungsdienstes notwendig** ist. Die Regelung stellt in materiell-rechtlicher Hinsicht Polizeirecht dar und dient ebenso wie die weitere Aufbewahrung und systematische Zusammenstellung der Daten in kriminalpolizeilichen Sammlungen ohne unmittelbaren Bezug zu einem konkreten Strafverfahren der vorsorgenden Bereitstellung von sächlichen Hilfsmitteln für die sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben der Kriminalpolizei bei der Erforschung und Aufklärung von Straftaten, vgl. BVerwG, Urteil vom 23.11.2005 - 6 C 2/05 -, juris.“ (OVG Saarlouis aaO)

b) formelle Rechtswidrigkeit

Der betreffende Bescheid könnte schon formell rechtswidrig sein. Daran, dass er zuständigkeitsgemäß erlassen wurden, bestehen keine Bedenken. Allerdings ist ein Verwaltungsakt nach § 39 I VwVfG ordnungsgemäß zu begründen. An einer solchen formell **ordnungsgemäßen Begründung** konnte es hier jedoch fehlen. Nach § 39 I 1 VwVfG ist ein schriftlicher Verwaltungsakt mit einer Begründung zu versehen ist und in der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen sind, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben (§ 39 I 2 VwVfG). Zudem soll nach § 39 I 2 VwVfG die Begründung von Ermessensentscheidungen auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist.

„Die Begründungspflicht bezweckt in erster Linie, dass die Betroffenen die für ihren konkreten Fall **maßgeblichen Gründe** erfahren, damit sie in der Lage sind, sich über einen eventuellen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung schlüssig zu werden und ihn sachgemäß zu begründen. Die Begründung muss so sein, dass die **Betroffenen und die Gerichte sie nachvollziehen** können. Sie muss für die

Betroffenen aus sich heraus verständlich sein. Eine lediglich formale und nichtssagende Begründung genügt nicht. Maßgeblich dafür, welche Gründe i. S. von § 39 I 2 VwVfG wesentlich sind, und wie intensiv die Begründung im konkreten Fall sein muss, sind vor allem die Art des in Frage stehenden Verwaltungsakts und der betroffenen Rechte, die Bedeutung der Sache für den Betroffenen und auch der Kenntnisstand des Betroffenen hinsichtlich der in Betracht kommenden Gründe, vgl. Kopp, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 39 VwVfG, Rz. 18 f, m. w. N..“ (OVG Saarlouis aaO)

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben hier von einem beachtlichen Begründungsdefizit auszugehen ist.

„[Es] ist in der Anordnung vom 04.03.2009 zur Begründung der erkennungsdienstlichen Behandlung ausgeführt, dass gegen den Kläger zur Zeit mehrere Ermittlungsverfahren wegen Verdachts des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen gemäß § 179 StGB in Tateinheit mit Vergewaltigung/sexueller Nötigung gemäß § 177 StGB, des Verdachts des Raubes gemäß § 249 StGB und der Nachstellung gemäß § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB anhängig seien. Aufgrund des bisherigen Ermittlungsstandes ergebe sich der Verdacht, dass der Kläger weiter straffällig werde. Ob diese recht knappe Begründung insbesondere mit Blick auf den Kenntnisstand des Klägers von den Gesamtumständen den Erfordernissen des § 39 I 1 VwVfG bereits gerecht wird, kann vorliegend dahinstehen. Jedenfalls in Zusammenschau mit der weiteren Argumentation im Widerspruchsbescheid vom 19.11.2009 genügt sie dem gesetzlichen Begründungserfordernis. Im Widerspruchsbescheid ist insoweit ausgeführt, dass nach Auffassung der Widerspruchsbehörde im Falle des Klägers von einem hinreichenden Tatverdacht des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen gemäß § 179 StGB ausgegangen werden könne. Der hinreichende Tatverdacht werde allein schon durch die Einleitung des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens bestätigt. Soweit ein derartiges Verfahren eröffnet werde, müsse davon ausgegangen werden, dass ausreichend Indizien hierfür vorlägen. Der Tatverdacht gegen den Kläger sei hierdurch ausreichend begründet gewesen. Da Sexualdelikte regelmäßig von einer besonderen Veranlagung oder Neigung des Täters geprägt seien, könne in solchen Fällen auch regelmäßig eine Wiederholungsgefahr angenommen werden. Zudem würden dem Kläger weitere Straftaten (Raub und Nachstellung) vorgeworfen. Die Erkenntnisse aus der erkennungsdienstlichen Behandlung seien auch geeignet, die Verfolgung künftiger Straftaten zu erleichtern. Gerade in Fällen sexuellen Missbrauchs könne z. B. die Vorlage von Lichtbildern bei Zeugen aber auch Opfern die Strafverfolgung zur Identifizierung oder auch Ausschluss Unschuldiger erleichtern.“ (OVG Saarlouis aaO)

Dem Kläger wurden insoweit die wesentlichen Gründe für die erkennungsdienstliche Behandlung in nachvollziehbarer Form dargelegt. Selbst wenn man die Begründung in der Anordnung vom 4.3.2009 als nicht ausreichend erachtete, so wäre dieser Mangel jedenfalls durch die vorgenannten Ausführungen im Widerspruchsbescheid geheilt (§ 45 I Nr. 2 VwVfG). Ob die angegebene Begründung einer materiell-rechtlichen Überprüfung standhält, ist keine Frage der formellen Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide, sondern der Begründetheit der zu entscheidenden Fortsetzungsfeststellungsklage.

c) materielle Rechtswidrigkeit

Der Bescheid könnte aber materiell rechtswidrig sein. Dies wäre der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 81 b 2. Alt. StPO nicht vorliegen oder die Entscheidung ermessensfehlerhaft ist.

aa) Begriff des Beschuldigten

Die Vorschrift des § 81 b 2. Alt. StPO setzt voraus, dass es sich bei dem Adressaten der Maßnahme um einen Beschuldigten in einem Strafverfahren handelt.

„Der Beschuldigtenbegriff ist dabei so zu verstehen, dass die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung nicht an beliebige Tatsachen anknüpfen darf und nicht zu jedem beliebigen Zeitpunkt ergehen kann. Vielmehr müssen sich aus dem konkret gegen den Betroffenen geführten Strafverfahren in tatsächlicher Hinsicht sowohl der Anlass als auch aus den Ergebnissen dieses Verfahrens die gesetzlich geforderte Notwendigkeit der erkennungsdienstlichen Behandlung herleiten lassen, vgl. BVerwG, ständige Rechtsprechung, Urteil vom 23.11.2005 - 6 C 2.05 -, juris.“ (OVG Saarlouis aaO)

bb) Notwendigkeit der Datenerhebung und -speicherung

„Des Weiteren muss die Datenerhebung (und die folgende Speicherung in einer entsprechenden kriminalpolizeilichen Datensammlung) bezogen auf die Zukunft notwendig und verhältnismäßig sein. Die Notwendigkeit der Anfertigung und Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Unterlagen bemisst sich danach, ob der anlässlich des gegen den Betroffenen gerichteten Strafverfahrens festgestellte Sachverhalt nach kriminalistischer Erfahrung angesichts aller

Umstände des Einzelfalls - insbesondere angesichts der Art, Schwere und Begehungsweise der dem Betroffenen im strafrechtlichen Anlassverfahren zur Last gelegten Straftaten, seiner Persönlichkeit sowie unter Berücksichtigung des Zeitraums, während dessen er strafrechtlich nicht (mehr) in Erscheinung getreten ist - **Anhaltspunkte** für die Annahme bietet, dass der Betroffene **künftig** oder anderwärts gegenwärtig mit guten Gründen als Verdächtiger in den Kreis **potentieller Beteiligter an einer noch aufzuklärenden strafbaren Handlung** einbezogen werden könnte und dass die erkennungsdienstlichen Unterlagen die dann zu führenden Ermittlungen - den Betroffenen schließlich überführend oder entlastend - fördern könnten, ständige Rechtsprechung des BVerwG, vgl. etwa Urteile vom 19.10.1982 - 1 C 29/79 -, BVerwGE 66, 192, 199 und vom 23.11.2005 - 6 C 2/05 -, juris. Für die Annahme der Notwendigkeit bedarf es somit einer **Wiederholungsgefahr**.“ (OVG Saarlouis aaO)

Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Notwendigkeit“ unterliegt hierbei der **vollen Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte**.

„Lediglich das der polizeilichen Prognose über das künftige Verhalten des Betroffenen zugrunde liegende Wahrscheinlichkeitsurteil ist einer Kontrolle nur begrenzt zugänglich; diese erstreckt sich lediglich darauf, ob die Prognose auf zutreffender Tatsachengrundlage beruht und ob sie nach gegebenem Erkenntnisstand unter Einbeziehung des kriminalistischen Erfahrungswissens sachgerecht und vertretbar ist, vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 18.12.2003 - 1 S 2211/02 -, m. w. N.; juris. Grundsätzlich genügt es, dass der Betroffene während des Verwaltungsverfahrens Beschuldigter war, vgl. BVerwG, Urteil vom 23.11.2005 - 6 C 2.05 -, VG Minden, Urteil vom 20.2.2008 - 11 K 40/08 -, juris.“ (OVG Saarlouis aaO)

cc) Weitere Anforderungen für Datenspeicherung

Wurde jedoch das zugrunde liegende **Anlassverfahren später eingestellt**, setzt eine fortdauernde Datenspeicherung einen verbleibenden Straftatverdacht voraus.

„Im Falle der Verfahrenseinstellung (oder auch eines Freispruchs) ist daher zu prüfen, ob **noch Verdachtsmomente gegen den Betroffenen bestehen**, die eine Fortdauer der Speicherung zur präventiv-polizeilichen Verbrechensbekämpfung rechtfertigen. In Bezug auf das Erfordernis der Wiederholungsgefahr bedarf es in diesen Fällen einer eingehenden Würdigung aller hierfür relevanten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Gründe für die Verfahrenseinstellung, vgl. BVerfG, Beschluss vom 16.5.2002 - 1 BvR 2257/01; OVG NRW, Beschluss vom 14.04.2010 - 5 A 479/09 -, m. w. N., juris. Aus den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Anlasswirkung der Beschuldigteneigenschaft nach § 81 b StPO folgt zudem, dass die Wiederholungsgefahr sich auf vergleichbare Straftaten wie die, die das Anlassverfahren auslösten, beziehen muss.

Ausgehend davon waren der Bescheid vom 04.03.2009 und der Widerspruchsbescheid vom 19.11.2009 materiell-rechtlich nicht zu beanstanden.[wird ausgeführt]“ (OVG Saarlouis aaO)

dd) Verhältnismäßigkeit der Datenspeicherung

Die Datenerhebung und -speicherung war mit Blick auf deren Anlass auch verhältnismäßig.

„Es ist nichts dagegen einzuwenden, dass der Beklagte angesichts der Schwere der zugrunde liegenden Anlassstrafataten dem mit der erkennungsdienstlichen Behandlung verfolgten Zweck der Förderung möglicher künftiger Ermittlungen und damit indirekt auch eines eventuellen Opferschutzes höheres Gewicht beigemessen hat als dem durch die Maßnahme tangierten Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung.“ (OVG Saarlouis aaO)

ee) Durchführung der Maßnahmen ohne gesonderte Vorladung

Die Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung war schließlich auch nicht deshalb rechtswidrig, weil sie ohne gesonderte Vorladung anlässlich der Rückgabe verschiedener Asservate an den Kläger erfolgte.

„Aus dem Gesetz ergibt sich **keine Notwendigkeit einer gesonderten Vorladung** zu einer erkennungsdienstlichen Behandlung. Maßgeblich ist insoweit allein, dass der Betroffene vor der Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung über seine Rechtsschutzmöglichkeiten hinreichend informiert war, wovon man im Falle des Klägers ausweislich des von ihm unterzeichneten Formulars der ED-Anordnung vom 04.03.2009 ausgehen kann.“ (OVG Saarlouis aaO)

2. Ergebnis

Die Durchführung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen und die Datenspeicherung waren rechtmäßig. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist nicht begründet.

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
§ 36 I Nr. 6

Verweisungsbeschluss Bindungswirkung

ZPO

(OLG München in MDR 2013, 243; Beschluss vom 20.08.2012 – 34 AR 312/12)

Die **Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses entfällt nicht** schon dadurch, dass das aus seiner Sicht **unzuständige Amtsgericht**, statt nach § 504 ZPO zu befehlen, **es unterlässt, die Entscheidung des Bekl. abzuwarten**, ob er rügelos zur Hauptsache verhandeln will.

- I. Nach **§ 281 II 2 u. 4 ZPO** ist ein **Verweisungsbeschluss grds. unanfechtbar** und für das Gericht, an das **verwiesen wird, bindend**. Das bestimmende Gericht hat dies im Verfahren nach § 36 I Nr. 6 ZPO zu beachten, so dass der erste mit verfahrensrechtlicher Bindungswirkung erlassene Verweisungsbeschluss im Bestimmungsverfahren fortwirkt (vgl. etwa Zöller/Vollkommer, ZPO, § 36 Rn 28). **Auch unrichtige oder verfahrensfehlerhaft ergangene Beschlüsse sind grds. bindend**; demnach ist auch ein sachlich zu Unrecht ergangener Verweisungsbeschluss regelmäßig der Nachprüfung entzogen (st. Rspr.; siehe nur Zöller/Vollkommer aaO). Die **Bindungswirkung tritt ausnahmsweise** nur dann **nicht ein, wenn die Verweisung jeder Rechtsgrundlage entbehrt** und daher **willkürlich** ist oder wenn sie auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs beruht (BGHZ 102, 338; Zöller/Greger, ZPO, § 281 Rn 17 und 17a). Auch bei einer nicht verfahrensfehlerfreien Sachbehandlung kann Willkür nur bejaht werden, wenn die Verweisung nicht mehr zu rechtfertigen ist.
- II. Ein **Verstoß gegen das Gebot rechtlichen Gehörs** ist nicht in dem Umstand zu erblicken, dass die Bekl. die angenommene Unzuständigkeit nicht gerügt hat und ihr die Möglichkeit genommen wurde, durch mündliche Verhandlung zur Hauptsache (§ 504 ZPO) die Zuständigkeit herzustellen.

„Das Amtsgericht München hat auf die aus seiner Sicht bestehende Unzuständigkeit hingewiesen. Es hat auch zum Verweisungsantrag der Kl. der Gegenseite Gelegenheit zur Äußerung gegeben. Allerdings hat das Bayerische Oberste Landesgericht (NJW 2003, 366; zustimmend, jedoch ohne eigene Begründung, Fischer MDR 2005, 1091) eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und damit die fehlende Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses daraus hergeleitet, dass das Amtsgericht, statt nach § 504 ZPO den Bekl. zu befehlen und die Entscheidung des Bekl., ob er rügelos zur Hauptsache verhandeln wolle, abzuwarten, nur auf seine Unzuständigkeit hinweist und dem Bekl. lediglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Verweisungsantrag des Kl. gibt.

Dem folgt jedoch der erkennende Senat nicht: Denn die Bestimmung des § 504 ZPO ist eine Schutzvorschrift zugunsten des Bekl. und dient dazu, die Erschleichung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit zu verhindern. Darin erschöpft sie sich aber auch. Sie verpflichtet das Gericht nicht, dem Bekl. eine ausdrückliche Gelegenheit zur rügelosen Einlassung einzuräumen, um damit ggf. die bei einem an sich unzuständigen Gericht erhobene Klage im Nachhinein zulässig zu machen (siehe Vossler NJW 2003, 1164; zweifelnd auch Zöller/Greger § 281 Rn 17a). Wäre der beklagten Partei daran gelegen, könnte sie überdies nach § 38 Abs. 3 Nr. 1 ZPO verfahren.“ (OLG München aaO)

FamFG
§ 57 S. 1

Beschluss im einstw. Anordnungsverfahren Unanfechtbarkeit

RVG

(OLG Zweibrücken in FamRZ 2013, 238; Beschluss vom 15.05.2012 – 2 UF 64/12)

Ein **Beschluss, mit dem** nach fruchtlosem Verstreichen der Frist zur Einleitung des Hauptsacheverfahrens die **Aufhebung einer einstweiligen Anordnung abgelehnt wird, ist nicht anfechtbar**.

*„Aus den **Gesetzesmaterialien** zum FamFG (BT-Dr 16/6308, S. 201) ergibt sich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der Beschluss, mittels welchem die einstweilige Anordnung aufgehoben wird, unanfechtbar ist. Etwas anderes kann auch für den Beschluss nicht gelten, der die Aufhebung ablehnt. Insoweit kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass das Verfahren nach § 52 FamFG dem nach § 926 ZPO nachgebildet sei, bei welchem die Aufhebungsentscheidung nach den allgemeinen Regeln anfechtbar ist. Dem Gesetzgeber war dies bei Erlass des FamFG bekannt. Dennoch ergibt sich aus der Begründung, dass in Familienverfahren der Aufhebungsbeschluss unanfechtbar ist (BT-Dr 16/6308, S. 201).*

Der Beschluss des OLG Karlsruhe (NJOZ 2011, 836 = FamRZ 2011, 571) gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Er betrifft die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels gegen die Ablehnung der Fristsetzung und somit einen anderen Sachverhalt.“ (OLG Zweibrücken aaO)

FamFG
§ 74

Rechtsbeschwerde Berücksichtigung neuer tatsächlicher Umstände

FamFG

(BGH in FamRZ 2013, 214; Beschluss vom 07.11.2012 – XII ZB 17/12)

In der **Rechtsbeschwerdeinstanz** ist die **Nachprüfung tatsächlicher Verhältnisse grds. ausgeschlossen**. Eine **Ausnahme** hiervon gilt **aus Gründen der Verfahrensökonomie**, also im Interesse einer möglichst raschen und Kos-

ten sparenden Erledigung der Sache bei Vermeidung eines neuen Verfahrens, **wenn die Berücksichtigung neuer tatsächlicher Umstände keine nennenswerte Mehrarbeit verursacht.**

„§ 74 III 4 FamFG bestimmt in entsprechender Anwendung von § 559 ZPO, welche Tatsachengrundlage für die Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts maßgebend ist; nämlich nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil bzw. der Beschwerdeentscheidung und dem Sitzungsprotokoll bzw. den Vermerken über Anhörungstermine (§ 28 IV FamFG) ersichtlich ist. Damit ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz eine Nachprüfung tatsächlicher Verhältnisse grds. ausgeschlossen (Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl., § 74 Rn 29). Eine Ausnahme hiervon gilt aus Gründen der **Verfahrensökonomie, also im Interesse einer möglichst raschen und Kosten sparenden Erledigung der Sache bei Vermeidung eines neuen Verfahrens**, wenn die Berücksichtigung neuer tatsächlicher Umstände keine nennenswerte Mehrarbeit verursacht (BGH FamRZ 2002, 318; BGH FamRZ 2002, 93; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl., § 74 Rn 36). Voraussetzung für die Berücksichtigung neuer Tatsachen ist aber stets, dass sie **schützenswerte Belange anderer Beteiligter nicht verletzt** (Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl., § 74 Rn 38).“ (BGH aaO)

GVG
§ 76

Strafkammerbesetzung
Hauptverhandlung

GVG

(BGH in NSTZ 2013, 181; Beschluss vom 14.11.2012 – 3 StR 335/12)

Eine **begonnene Hauptverhandlung ist** – vom Ausnahmefall des § 76 V GVG abgesehen – **in der ursprünglich beschlossenen Besetzung zu Ende zu führen.**

„Sowohl nach **Wortlaut und Systematik des § 76 GVG** als auch nach der **Intention des Gesetzgebers** (vgl. BT-Dr 17/6905, S. 10, 12) ist die **begonnene Hauptverhandlung in der ursprünglich beschlossenen Besetzung zu Ende zu führen** (vgl. entsprechend zu § 76 II GVG a.F. BGH StraFo 2011, 517 m. w. Nachw.). Ein erneuter Beschluss über die Kammerbesetzung ist nach Beginn der Hauptverhandlung gem. § 76 V GVG nur unter den hier nicht gegebenen Voraussetzungen möglich, dass die Sache vom RevGer. zurückverwiesen oder die Hauptverhandlung ausgesetzt worden ist.“ (BGH aaO)

StPO
§§ 140, 141 III

Ermittlungsverfahren
Verteidigerbestellung

StPO

(LG Limburg in NSTZ-RR 2013, 87; Verfügung vom 27.11.2012 – 5 AR 33/12)

Im **Ermittlungsverfahren** ist grds. ein **Antrag der Staatsanwaltschaft für die Beiordnung eines Verteidigers erforderlich.**

„Mit der **überwiegenden Rspr.** (vgl. OLG Oldenburg StV 1993, 511; OLG Karlsruhe StV 1998, 123; LG Cottbus StV 2002, 414; a.A. LG Bremen StV 1999, 532; Übersicht zur Rspr. bei Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 141 Rn 24) ist im Ermittlungsverfahren – von Sonderregelungen im Recht der Untersuchungshaft abgesehen – grds. ein Antrag der StA für eine Beiordnung erforderlich. Diese Ansicht wird hier geteilt. Die **nach § 141 III StPO gebotene Prüfung obliegt in erster Linie der StA.** Das Ergebnis, keinen Antrag zu stellen, bindet im Regelfall den für das Hauptverfahren zuständigen Vorsitzenden. Die ablehnende Entscheidung der StA wird zudem überwiegend auch nicht im Verfahren nach §§ 23ff EGGVG als überprüfbar angesehen (vgl. OLG Karlsruhe StV 1998, 123 m. w. Nachw.). Dies entbindet den für das Hauptverfahren zuständigen Vorsitzenden aber nicht von der Verantwortung, für ein den Anforderungen der EMRK genügendes Verfahren Sorge zu tragen (vgl. Lüderssen/Jahn, § 141 Rn 24). Unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens kann für die Verteidigerbestellung eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht kommen (offen gelassen OLG Karlsruhe StV 1998, 123).“ (LG Limburg aaO)

StPO
§ 140 II

Revisionsverfahren
Pflichtverteidigerbestellung

StPO

(OLG Hamm in NSTZ-RR 2013, 87; Beschluss vom 13.09.2012 – III-3 Ws 249/12)

Es ist **nicht zwingend notwendig, dem Angekl. einen Pflichtverteidigers zum Zwecke der Mitwirkung bei der Erstellung einer Revisionsbegründungsschrift beizuordnen.**

„Als **Grundlage für die Bestellung eines Pflichtverteidigers** kommt in der vorliegenden Sache **allein § 140 II StPO** in Betracht. Liegen die Voraussetzungen für eine Pflichtverteidigerbestellung nach dieser Vorschrift ohne Berücksichtigung der mit der Abfassung einer Revisionsbegründungsschrift verbundenen Schwierigkeiten nicht vor, **kann die Notwendigkeit der Pflichtverteidigerbestellung nicht allein mit dem Argument bejaht werden, das Revisionsrecht sei für einen Angekl. zu kompliziert** (KG NSTZ 2007, 663). Denn der Gesetzgeber hat mit der einem jeden Angekl. eingeräumten Möglichkeit, die Revisionsbegründung zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erklären, eine andere gesetzliche Regelung getroffen (KG NSTZ 2007, 663 m. w. Nachw.). Die Notwendigkeit einer Pflichtverteidigerbestellung kann in dieser Fallkonstellation allenfalls für die **Abfassung besonders schwieriger Revisionsrügen, mit denen der Urkundsbeamte überfordert wäre, oder für den Fall, dass der Angekl. auf Grund objektiver Umstände des Verfahrensgeschehens oder subjektiver Eigenschaften nicht oder nur eingeschränkt in der Lage ist, die Revision – auch unter Mitwirkung des Urkundsbeamten – zu begründen, bejaht werden** (KG NSTZ 2007, 663). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die **Mittellosigkeit** des Angekl. **begründet als solche ebenfalls keinen Anspruch auf Bestellung eines Pflichtverteidigers.**“ (OLG Hamm aaO)

StPO
§ 300

Rechtsbeschwerde
Umdeutung in Berufung oder Revision

StPO

(OLG Bamberg in NSTZ 2013, 182; Beschluss vom 27.09.2012 – 2 Ss OWi 1189/12)

Wird die **Anklage unter dem Gesichtspunkt einer Straftat unverändert zugelassen, behält** das Verfahren seinen **Charakter als Strafverfahren** auch dann bei, **wenn sich** im Laufe des weiteren Verfahrens **herausstellt, dass** bei

prozessualer Tatidentität „nur“ eine Verurteilung wegen einer Ordnungswidrigkeit in Betracht kommt. Eine gegen eine solche Verurteilung erhobene „Rechtsbeschwerde“ ist demgemäß nach § 300 StPO regelmäßig als Berufung umzudeuten und die Entscheidung über das strafprozessuale Rechtsmittel ggf. an das hierfür zuständige Gericht abzugeben.

„Nach allgemeiner Meinung ist als Rechtsmittel gegen das Urteil im Strafverfahren die Berufung oder (Sprung-) Revision auch dann zulässig, wenn gegen den Angekl. lediglich wegen einer Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße verhängt worden ist. Hiervon geht auch § 313 III StPO aus (KK-OWiG-Wache, 3. Aufl., § 82 Rn 21; Göhler/Seitz OWiG, 16. Aufl., § 82 Rn 25 m. w. Nachw.). Wird die Anklage unter dem Gesichtspunkt einer Straftat unverändert zugelassen, behält das Verfahren seinen Charakter als Strafverfahren auch dann bei, wenn sich im Laufe des weiteren Verfahrens herausstellt, dass bei prozessualer Tatidentität „nur“ eine Verurteilung wegen einer Ordnungswidrigkeit in Betracht kommt (BGHSt 35, 290 = DAR 1988, 314 = NStZ 1988, 465).

Dass das Rechtsmittel als „Rechtsbeschwerde“ bezeichnet worden ist, macht es nicht unzulässig; vielmehr ist es gem. § 300 StPO in das zulässige Rechtsmittel umzudeuten und zwar in der Weise, dass der erstrebte Zweck möglichst erreichbar ist; im Zweifel gilt das Rechtsmittel als eingelegt, das die umfassendere Nachprüfung erlaubt (Meyer-Goßner, 55. Aufl., § 300 Rn 3). Danach ist ein als „Rechtsbeschwerde“ bezeichnetes Rechtsmittel in aller Regel als Berufung zu behandeln. Trifft der Angekl. nämlich unter den zulässigen Rechtsmitteln der Berufung und der Revision keine Wahl, so sieht das Gesetz in erster Linie das Rechtsmittel der Berufung vor; ein nicht näher bezeichnetes Rechtsmittel ist damit als Berufung zu behandeln (Meyer-Goßner, § 335 Rn 2). Nichts anderes kann grds. gelten, wenn der Angekl. der irrigen Auffassung ist, gegen das angefochtene Urteil sei die Rechtsbeschwerde gegeben. Einer solchen unrichtigen Bezeichnung ist nicht zu entnehmen, welches der beiden ihm wahlweise eröffneten Rechtsmittel der Angekl. ergreifen wollte. Da sich der Rechtsmittelführer in derartigen Fallkonstellationen der **Wahlmöglichkeit zwischen Berufung und Revision regelmäßig gerade nicht bewusst gewesen** sein wird, ist deshalb eine gegen das Urteil eingelegte Rechtsbeschwerde regelmäßig als Berufung zu behandeln. Dies gilt aber dann nicht, wenn sich aus der Rechtsbeschwerdebegründung oder aus sonstigen Umständen zweifelsfrei ergibt, dass der Rechtsmittelführer auf eine Nachprüfung des Urteils in tatsächlicher Hinsicht verzichten wollte (vgl. KK-OWiG-Wache aaO und Göhler/Seitz aaO mit Hinweis insb. auf BayObLG VRS 41, 59; OLG Zweibrücken VRS 51, 372; OLG Hamm VRS 67, 456; OLG Stuttgart VRS 77, 70; OLG Düsseldorf VRS 76, 303; OLG Düsseldorf VRS 80, 217; OLG Jena VRS 116, 364).“ (OLG Bamberg aaO)

GG
Art. 101 I 2

Gesetzlicher Richter Überbesetzung der StVK

StrafR

(OLG Celle in NStZ 2013, 184; Beschluss vom 26.09.2012 – 1 Ws 319/12)

- I. Die Besetzung einer StVK mit einem Vorsitzenden und mehr als 4 beisitzenden Richtern ist mit dem Grundsatz des gesetzlichen Richters unvereinbar.

„Vorliegend gehörten der StVK im maßgeblichen Zeitraum außer dem Vorsitzenden fünf bzw. sechs Richter an. Dies ist mit dem Grundsatz des gesetzlichen Richters unvereinbar (vgl. OLG Koblenz NStZ 1982, 301). Zwar ist die **Überbesetzung eines Spruchkörpers grds. zulässig** (vgl. BVerfG NJW 1997, 1497; BVerfG NJW 2004, 3482). Eine Zusammensetzung des Spruchkörpers eines Kollegialgerichts ist jedoch **dann mit dem Grundsatz des gesetzlichen Richters unvereinbar, wenn die Zahl der dem Spruchkörper zugeteilten Mitglieder es gestattet, dass sie in zwei personell voneinander (einschließlich des Vorsitzenden) verschiedenen Sitzgruppen verhandeln und entscheiden können oder dass drei Spruchkörper mit jeweils verschiedenen Beisitzern gebildet werden können** (vgl. LR-Breitling 26. Aufl., § 21e GVG Rn 11 m. w. Nachw.). Auch für die StVK gilt, dass sie nicht im unzulässigen Umfang überbesetzt sein darf (vgl. LR-Siolek, § 78b GVG, Rn 11). Ausgehend von der Höchstbesetzung der StVK bei einer Entscheidung mit 3 Richtern (§ 78b I Nr. 1 GVG) darf die **Gesamtzahl der der Kammer angehörenden Richter nicht mehr als einen** – wegen § 21f I GVG notwendigen – **Vorsitzenden und vier Beisitzer** betragen (vgl. LR-Breitling, aaO, Rn 11). Diese Zahl ist zum Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung überschritten gewesen. Dass sämtliche Richter nur mit Bruchteilen ihrer Arbeitskraft der StVK zugewiesen worden sind, ist bei der Bewertung, ob eine Kammer überbesetzt ist, unerheblich (vgl. BGH DRiZ 1965, 239). Folglich entsprach der maßgebliche Teil des Geschäftsverteilungsplans nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Hierauf beruht auch die angefochtene Entscheidung. Zwar ist diese von der kleinen StVK beschlossen worden, die von Gesetzes wegen nur mit einem Richter besetzt ist (§ 78b I Nr. 2 GVG). Der aufgezeigte Mangel wirkt sich aber auch auf derartige Entscheidungen aus, da eine Differenzierung in der Besetzung zwischen großer und kleiner StVK im Geschäftsverteilungsplan nicht vorgenommen worden ist.“ (OLG Celle aaO)

- II. Soweit der Geschäftsverteilungsplan zwischen großer und kleiner StVK nicht differenziert, erfolgt die Aufteilung der Geschäfte des Einzelrichters in der kleinen StVK nach § 21g GVG.

„Soweit die Rechtsbeschwerde verfassungsrechtliche Bedenken dagegen erhebt, dass die Aufteilung auch der Geschäfte des Einzelrichters nach § 78b I Nr. 2 GVG einem kammerinternen Geschäftsverteilungsplan nach § 21g GVG überlassen werden, folgt dem der Senat nicht. Es entspricht nach wie vor der h. M., dass **es sich bei großer und kleiner StVK um einen einheitlichen Spruchkörper handelt** (vgl. OLG Düsseldorf NStZ 1982, 301; OLG Hamm NStZ 1981, 452; Meyer-Goßner, 55. Aufl., § 78b GVG Rn 1; KK-Diemer, 6. Aufl., § 78b GVG Rn 1; Radtke/Hohmann-Rappert, § 78b GVG Rn 1; LR-Siolek, vor § 78a, Rn 7ff.). Diese Ansicht ist vom BVerfG gebilligt worden (vgl. BVerfG NStZ 1983, 44).

Auch mit der **Neufassung des § 78b I GVG** durch Art. 3 Nr. 9 RpfEntlG vom 11.01.1993 ist **keine förmliche Aufspaltung in große und kleine StVK erfolgt**. Zwar ist das vormalige Argument einer generell gegebenen (Rück)Übertragungskompetenz des Einzelrichters auf seinen Spruchkörper als Begründung entfallen, da anders als etwa in den Fällen des § 348 III ZPO, § 66 VI 2 GKG, § 42 III 2 RVG, § 80a III OWiG eine Übertragung von Aufgaben der kleinen StVK auf die Kammer in der Besetzung mit 3 Richtern gesetzlich nicht mehr vorgesehen ist. Die Begründung im Gesetzesentwurf (BT-Dr 12/1217, S. 48) bietet jedoch keinen Anhaltspunkt dafür, dass mit der Neufassung der Vorschrift im Jahre 1993 ein dogmatischer Wechsel beabsichtigt gewesen ist (vgl. Siegemund/Wickern wistra 1993, 136; LR-Siolek, § 76 GVG Rn 28). Selbst bei abweichender Auffassung wäre indessen keine detaillierte Verteilung einzelner Geschäfte der kleinen StVK auf den originären Einzelrichter durch das Präsidium vorzunehmen. Um die von den §§ 21e und 21g GVG sachgerecht vollzogene **Trennung der Geschäftsverteilung im Gerichtsinternum und im Spruchkörperinternum**, die eine Beschränkung der Geschäftsverteilungshoheit des Präsidiums bewirkt, nicht zu unterlaufen, wäre auf Grund einer analogen Anwendung von § 21g III GVG auch in diesem Fall von Seiten des Präsidiums nur die Besetzung der Kammer, nicht aber die dem Spruchkörper vorbehaltene interne Verteilung der Geschäfte vorzunehmen (vgl. Remus, Präsidialverfassung und gesetzlicher Richter, 2008, S. 160f.; LR-Siolek, § 78b GVG, Rn 11).“ (OLG Celle aaO)

AO 1977
§ 122 II

Nichtzugang eines Abgabebescheids
Zulässigkeit des Bestreitens des Zugangs

öfFR

(VGH München in NVwZ-RR 2013, 169; Urteil vom 24.11.2011 – 20 B 11.1659)

Der **Abgabegläubiger** hat den **Zugang eines mit einfacher Post versandten Abgabebescheides nachzuweisen**. Der **Nachweis eines entsprechenden Postausgangs** beim Abgabegläubiger **genügt nicht**.

Grundsätzlich **genügt es, wenn der Abgabeschuldner den Zugang bestreitet**, weil er nichts dazu vortragen kann, warum ihn ein Schreiben nicht erreicht hat.

„Die Bekl. konnte den Zugang ihres Abgabebescheids an den Kl. nicht nachweisen. Sie behauptet zwar, den Herstellungsbeitragsbescheid mit einfachem Schreiben auf dem Postwege dem Kl. übersandt zu haben, bleibt aber den Nachweis des Zuganges schuldig. Nach Art. 13 I Nr. 3 bBayKAG i. V. mit § 122 II Nr. 1 AO 1977 gilt ein schriftlicher Abgabebescheid, der durch die Post übermittelt wird, bei einer Übermittlung im Inland am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, außer wenn er nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist; im Zweifel hat die Behörde den Zugang des Verwaltungsaktes und den Zeitpunkt des Zuganges nachzuweisen (§ 122 II Halbs. 2 AO 1977).

Ihrer durch das Gesetz auferlegten materiellen Beweislast ist die Bekl. nicht nachgekommen. Sie hätte ihr aber nachkommen müssen (vgl. Tipke/Kruse, AO 1977, § 122 Rn 58 m. w. Nachw.; s. auch: Ruff KStZ 2011, 201). Das von ihr in kopierten Auszügen vorgelegte „Postausgangsbuch“ bekundet lediglich, dass für ein einfaches Schreiben an den Kl. („...“) 0, 55 € an Porto ausgegeben worden ist. Ob ein Schreiben und welchen Inhaltes tatsächlich an diesem Tage zwecks Übermittlung an den Kl. zur Post gegeben worden war, kann der in Ablichtung vorgelegten S. 95 des Postausgangsbuches nicht entnommen werden. Die Bekundungen der informatorisch in der mündlichen Verhandlung angehörten Bediensteten der Gemeinde, sämtliche von der Gemeindeverwaltung auslaufende Post erfasse eine Mitarbeiterin durch Eintrag in dieses Buch mit Namen und Anschrift des Empfängers sowie weiter das für die Postsendungen aufgewandte Porto, das Buch diene auch einem Abgleich zwischen tatsächlichem Portoaufwand und vermerkten Postgebühren, geben keinen weiteren Aufschluss darüber. Schließlich hat die Bedienstete auch eingeräumt, vom Inhalt der ihr bereits in Umschlägen vorliegenden Schreiben habe die Mitarbeiterin keine Kenntnis. Eine postalische Anschrift des Kl. fehlt ohnehin auf der betreffenden Seite des „Postausgangsbuches“.

Aber selbst wenn ein entsprechender Postausgang des Abgabebescheids von dem Bekl. nachgewiesen worden wäre, ist damit noch nicht gesagt, dass der Kl. auch dieses Schreiben erhalten hat. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen ein abgeschickter Brief den Adressaten tatsächlich nicht erreicht. Postsendungen können aus den verschiedensten Gründen verloren gehen: Postboten unterschlagen Briefe, Zustellfehler geschehen infolge unzuverlässiger oder laufend wechselnder Briefträger oder Briefe verschwinden im normalen Postlauf aus unerklärlichen Gründen und ohne Nachweis ihres Verbleibs (vgl. Ruff KStZ 2011, 201).“ (VGH München aaO)

BadWürttVwVfG
§ 48

Verwaltungsakt
Verleihung des Doktorgrads

VwVfG

(VG Freiburg in NVwZ-RR 2013, 186; Urteil vom 23.05.2012 – 1 K 58/12)

Die **Verleihung des Doktorgrades** ist ein **begünstigender Verwaltungsakt**, der nach § 48 BadWürttVwVfG zurückgenommen werden kann.

„§ 19 I PromO scheidet als Rechtsgrundlage bereits deshalb aus, weil diese Bestimmung nur die hier nicht gegebene Fallkonstellation regelt, dass sich noch vor der Aushändigung der Doktorurkunde ergibt, dass sich der Bewerber bei den Promotionsleistungen einer Täuschung schuldig gemacht hat, oder dass wesentliche Voraussetzungen für die Promotion irrigerweise als gegeben angenommen worden sind.

Zwar ist in § 35 VII BadWürttHochschG eine spezialgesetzliche Regelung für die Entziehung akademischer Grade für den Fall enthalten, in dem sich der Inhaber durch sein späteres Verhalten der Führung des Grades als unwürdig erwiesen hat. Diese Regelung schließt den Rückgriff auf die allgemeinen Rücknahmenvorschriften in anderen Fallkonstellationen jedoch nicht aus, wie sich bereits aus der ausdrücklichen Formulierung „unbeschadet der §§ 48 und 49 BadWürttVwVfG“ ergibt. Die Entziehung des Doktorgrades ist in Baden-Württemberg auch nicht vom Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausgenommen (vgl. § 2 IV 2 BadWürttVwVfG).

Gem. § 48 I 1 BadWürttVwVfG kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden (vgl. zur unbedenklichen Anwendbarkeit dieser Rücknahmeregelung beim Entzug des Doktorgrades: BVerwG BeckRS 2006, 27037).“ (VG Freiburg aaO)

VwGO
§ 40 I

Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
Feststellung der Rechtsnatur einer zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderung einer Gemeinde
(VGH Mannheim in DöV 2013, 204; Beschluss vom 20.08.2012 – 2 S 788/12)

VwGO

Für das **auf die Feststellung gerichtete Begehren einer Gemeinde**, dass ihre zur Insolvenztabelle angemeldete Forderung wegen nicht gezahlter Gewerbesteuern die Qualität einer Forderung aus vorsätzlich unerlaubter Handlung i. S. des § 302 Nr. 1 InsO hat, ist nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern der **ordentliche Rechtsweg gegeben**.

„Gem. § 13 GVG gehören vor die ordentlichen Gerichte die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, soweit nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder aufgrund Bundesrechts besondere Gerichte bestellt sind. Die vorliegende Streitigkeit ist eine solche bürgerliche Rechtsstreitigkeit, für die auch nicht besondere Gerichte bestellt sind.

Der über die rechtliche Einordnung der Forderung der Kl. geführte Rechtsstreit ist eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit. Für den Rechtsweg ist die Natur des Rechtsverhältnisses entscheidend, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (BGHZ 102, 280). Der Schadensersatzanspruch aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung beurteilt sich nach § 823 II BGB und damit nach den Normen des Zivilrechts. Der Umstand, dass der von der Klägerin geltend gemachte Schutzgesetzverstoß den Normen des öffentlichen Rechts zuzuordnen ist, ändert an der Zuständigkeit der Zivilgerichte nichts. Ob der Bekl. gegen die ihm nach § 34 AO

auferlegten Pflichten vorsätzlich verstoßen hat, ist eine dem öffentlichen Recht zuzuordnende Vorfrage. **Vorfragen beeinflussen jedoch den Rechtsweg nicht** und sind von den zuständigen Gerichten selbstständig zu beantworten, soweit über sie nicht bereits rechtskräftig entschieden ist. Der im Verfahren nach §§ 179 ff InsO isoliert auszutragende Streit um die rechtliche Einordnung einer angemeldeten Forderung als eine Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung ist deshalb vor den Zivilgerichten zu führen (BGH WM 2011, 142 m. w. Nachw.).

Für den vorliegenden Rechtsstreit ist auch **kein besonderes Gericht bestellt**. Eine andere Rechtswegzuständigkeit ergibt sich insbes. nicht aus § 185 S. 1 InsO, wonach in Fällen, in denen für die Feststellung einer Forderung der Rechtsweg zum ordentlichen Gericht nicht gegeben ist, die Feststellung bei dem zuständigen anderen Gericht zu betreiben oder von der zuständigen Verwaltungsbehörde vorzunehmen ist. Der Verwaltungsrechtsweg wäre danach nur dann eröffnet, wenn für die Feststellung der Forderung der Klägerin der Rechtsweg zum ordentlichen Gericht nicht gegeben wäre. An dieser Voraussetzung fehlt es, da es sich bei dem Begehren der Kl. - wie ausgeführt - um eine vor die ordentlichen Gerichte gehörende bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt.“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 58 II 1 HS 2

Klagefrist
Belehrung über das falsche Rechtsmittel

VwGO

(OVG Münster in NWVBI 2013, 60; Urteil vom 03.09.2012 – 9 A 1565/09)

§ 58 II 1 HS 2 VwGO, wonach in bestimmten Fällen keine Klagefrist läuft, **gilt** aufgrund der **vergleichbaren Interessenlage** auch in dem Fall, dass **über das falsche Rechtsmittel belehrt** wird.

„Da die Bekl. in dem Bescheid den unzutreffenden Hinweis erteilt hat, dass der Widerspruch zulässig sei, tatsächlich aber die Klage das richtige Rechtsmittel war, ist eine Rechtsmittelfrist nicht in Gang gesetzt worden (§ 58 I VwGO). Der Bescheid ist auch nicht nach Ablauf der Jahresfrist des § 58 II 1 HS 1 VwGO bestandskräftig geworden, obgleich gegen ihn bislang keine Klage erhoben worden ist. Nach § 58 II 1 HD 2 VwGO gilt die Jahresfrist nämlich nicht, wenn die Einlegung des Rechtsbehelfs vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt unmöglich war oder eine schriftliche oder elektronische Belehrung dahin erfolgt ist, dass ein Rechtsbehelf nicht gegeben sei.

Der hier vorliegende Sachverhalt, dass über das falsche Rechtsmittel belehrt worden ist, ist dem zuletzt genannten Fall gleichzusetzen: Denn die **Interessenlage des Beteiligten**, der sich entsprechend der ihm erteilten Belehrung über das falsche Rechtsmittel verhält und infolgedessen das zu tun unterlässt, was er zur Wahrung seiner Rechte richtigerweise hätte tun müssen, entspricht der Interessenlage des Beteiligten, der ausdrücklich dahin belehrt worden ist, ein Rechtsbehelf sei nicht gegeben, und es infolgedessen unterlässt, den allein statthafter Rechtsbehelf einzulegen (vgl. BVerwGE 77, 181; BFHE 208, 350; Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Auflage 2010, § 58 Rn 83; Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 5. Auflage 2011, § 58 Rn 19; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Loseblatt, Stand: Januar 2012, § 58 Rn 46).

Vor diesem Hintergrund - für eine Verwirkung der Anfechtungsmöglichkeit ist nichts ersichtlich - greift die Regelung des § 166 AO mangels Unanfechtbarkeit des Gebührenbescheides nicht ein. Gleiches wäre i. Ü. der Fall, wenn der Bescheid nur innerhalb der Jahresfrist des § 58 II 1 HS 1 VwGO anfechtbar gewesen oder die Anfechtungsmöglichkeit nachträglich verwirkt worden wäre. Denn § 166 AO setzt voraus, dass die Anfechtungsbefugnis des Vertreters solange bestanden hat, wie der Steuer- bzw. Gebührenbescheid anfechtbar war (vgl. BFHE 207, 5; Klein, Abgabenordnung, 11. Auflage 2012, § 166 Rn 9).“ (OVG Münster aaO)

VwGO
§ 92 II, III

Rücknahmefiktion
Verfassungsrechtliche Anforderungen

VwGO

(BVerfG in NVwZ 2013, 136; Beschluss vom 17.09.2012 – 1 BvR 2254/11)

Die **Rücknahmefiktion i. S. des § 92 II VwGO** darf nicht als Sanktion für einen Verstoß gegen **prozessuale Mitwirkungspflichten oder unkooperatives Verhalten eines Beteiligten** gedeutet oder eingesetzt werden. Die Rücknahmefiktion soll vielmehr nur die **Voraussetzungen für die Annahme eines weggefallenen Rechtsschutzinteresses festlegen und gesetzlich legitimieren**.

„Eine Regelung über eine Verfahrensbeendigung wegen unterstellten Wegfalls des Rechtsschutzinteresses ist grds. von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden (vgl. BVerfG NVwZ 1994, 62). Allerdings führt die Rücknahmefiktion des § 92 II VwGO zur Beendigung des Rechtsschutzverfahrens mit **möglicherweise irreversiblen Folgen**, insbes. wenn behördliche Ausgangsentscheidungen dadurch in Bestandskraft erwachsen, ohne dass der Kl. dies durch ausdrückliche Erklärung in bewusster Entscheidung herbeigeführt hätte. Die Handhabung eines solch **scharfen prozessualen Instruments** muss daher im Lichte der **Rechtsschutzgarantie** aus Art. 19 IV 1 GG unter strikter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben erfolgen, verstanden als Ausnahme von dem Grundsatz, dass ein Kl. oder Ast. das von ihm eingeleitete Verfahren auch durchführen will. Namentlich darf § 92 II VwGO nicht als Sanktion für einen Verstoß gegen prozessuale Mitwirkungspflichten oder unkooperatives Verhalten eines Beteiligten gedeutet oder eingesetzt werden. Hierfür ist die Rücknahmefiktion nicht konzipiert. Sie soll vielmehr nur die Voraussetzungen für die Annahme eines weggefallenen Rechtsschutzinteresses festlegen und gesetzlich legitimieren Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 92 Rn 3 u. 46; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 92 Rn 18).

Zwar gilt auch für die Rücknahmefiktion des § 92 II VwGO, dass nicht jede fehlerhafte Anwendung des einfachen Rechts einen Verfassungsverstoß darstellt. Angesichts der gravierenden, den Rechtsschutz jedenfalls im konkreten Verfahren ohne Sachprüfung abschneidenden Wirkung dieser Vorschrift gebietet Art. 19 IV 1 GG jedoch eine strenge Prüfung der fachgerichtlichen Auslegung und Anwendung des § 92 II VwGO durch das BVerfG. Insbes. hat es zu kontrollieren, ob die von den Verwaltungsgerichten mit Rücksicht auf die Rechtsschutzgarantie herausgearbeiteten Anforderungen an eine zulässige Betreibensaufforderung nach § 92 II 1 und 3 VwGO gewahrt und die Voraussetzungen für die Annahme eines Nichtbetreibens nicht verfehlt, insbes. der Vorschrift hierbei keine falsche Zielrichtung gegeben wurden. Hiernach müssen zum einen zum Zeitpunkt der Betreibensaufforderung **sachlich begründete Anhaltspunkte** vorliegen, die den **späteren Eintritt der Fiktion als gerechtfertigt erscheinen lassen**. Solche Anhaltspunkte sind insbesondere dann gegeben, wenn der Kl. seine prozessualen Mitwirkungspflichten nach § 86 I VwGO verletzt hat (vgl. BVerwG NVwZ 2000, 1297; BVerwG NVwZ 2001, 918; BVerwG BeckRS 2005, 28495). Zum anderen hat ein Kl. das Verfahren nur dann nicht mehr i. S. von § 92 II 1 VwGO betrieben, wenn er innerhalb der Zwei-Monatsfrist nicht substantiiert dargetan hat, dass und warum das Rechtsschutzbedürfnis trotz des Zweifels an seinem Fortbestehen, aus dem sich die Betreibensaufforderung ergeben hat, nicht entfallen ist (vgl. BVerwG BeckRS 2005, 28495).“ (BVerfG aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Rebler:** Straßenverkehr - Ansprüche aus GoA in Fällen der Nothilfe oder Selbstaufopferung (MDR 2013, 257)

Leistet jemand an einer Unfallstelle Hilfe und erleidet dabei einen (Sach- oder Körper-) Schaden, kann er diesen vom Opfer (Geretteten) nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) ersetzt erhalten; dies gilt nach der **Reform des § 7 II StVG** aber nicht mehr in den Fällen, in denen ein Kfz-Führer einem auf die Straße laufenden **Kind ausweicht** und dabei gegen ein Hindernis prallt, denn hier muss der Kraftfahrer seinen Schaden selber tragen. - **Keine Auswirkungen hat die Änderung des § 7 II StVG auf das Verhältnis zwischen den Führern von Kraftfahrzeugen:** Erleidet jemand bei einem Ausweichmanöver einen Schaden, sind die Grundsätze der GoA nach wie vor noch anwendbar.

2. **Schmidt:** Aktuelle Probleme der Bauhandwerkersicherung (NJW 2013, 497)

Der Gesetzgeber hat mit den am 01.01.2009 in Kraft getretenen Änderungen des **§ 648a BGB** ein **wirksames Sicherungsmittel für die Unternehmer** geschaffen; **Besteller haben nahezu keine effizienten Verteidigungsmöglichkeiten gegen den Anspruch des Unternehmers auf Sicherheitsleistung;** strittige Gegenforderungen der Besteller bleiben unberücksichtigt. - Sofern die Höhe der offenen Vergütungsansprüche unstrittig ist und der Besteller sich auch nicht auf § 648 a VI BGB berufen kann, muss der Besteller eine Sicherheit leisten; anderenfalls riskiert er, dass der Unternehmer seine Leistung verweigert, berechtigterweise kündigt oder sogar auf Stellung der Sicherheit klagt. - Vor allem im Rahmen baubegleitender Rechtsberatung muss § 648 a BGB aus Sicht des Unternehmers und aus Sicht des Bestellers stets im Auge behalten werden. - Ein Sicherheitsverlangen des Unternehmers, auf das der Besteller nicht vorbereitet ist, kann die weitreichenden geschilderten Rechtsfolgen auslösen; demgegenüber kann der Unternehmer über § 648 a BGB zumindest die Folgen einer Insolvenz des Bestellers während der Bauphase abmildern.

3. **Bergschneider:** Der Beschlussvergleich gem. § 278 VI ZPO und das Problem der Form (FamRZ 2013, 260)

Der **Beschlussvergleich** der §§ 278 VI ZPO, 36 III FamFG **ersetzt** über §§ 127a IV BGB auch die **notarielle und schriftliche Form**. - Der **Inhalt des Prozessvergleichs kann über den Inhalt des Streitgegenstandes hinausgehen**, wenn er in einem **inneren Zusammenhang** mit dem gerichtlichen Verfahren steht; ob das Gericht einen derartigen Vergleich protokolliert, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen. - Der Beschlussvergleich ersetzt die Formvorschrift, welche die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile vor Gericht verlangt, bei der Auflassung nach § 925 I 3 BGB, jedoch nicht beim Ehevertrag nach § 1410 BGB. - Grds. ist ein Beschlussvergleich mit formersetzender Wirkung **auch in einem Verfahrenskostenhilfverfahren zulässig**.

4. **Zundel:** Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahr 2012 (NJW 2013, 352 u. 579)
5. **Hoffmann:** Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2012 (NJW 2013, 513)

II. Strafrecht

1. **Stam:** Das „große Ausmaß“ – ein unbestimmbarer Rechtsbegriff (NStZ 2013, 144)

Der Autor lehnt den **dezisionistischen Ansatz des BGH**, der sich um die Konkretisierung des Merkmals des „großen Ausmaßes“ bemüht, ab; nach seiner Auffassung wäre eine empirische Herleitung unter Anknüpfung etwa an durchschnittliche Schadenssummen vorzugswürdig, die, damit sie ein großes Ausmaß haben, um einen zu bestimmenden Faktor zu erhöhen wären; dies würde sich nicht nur bei der Steuerhinterziehung und beim besonders schweren Fall des Betrugs und des Subventionsbetrugs, sondern darüber hinaus auch für die besonders schweren Fälle der Bestechung nach § 335 II Nr. 1 StGB und der Urkundenfälschung nach § 267 III 2 Nr. 2 StGB anbieten. - Hierdurch würde nach Ansicht des Autors die angestrebte **Einheitlichkeit der Rspr.** erreicht, ohne dass auf wenig plausible, willkürlich „gegriffene“ Werte zurückgegriffen werden müsste. - Für die Steuerhinterziehung sowie den Subventionsbetrug dürfte der so zu ermittelnde Wert jedenfalls deutlich oberhalb von 50.000 € liegen. - Aber auch mit Hilfe dieses Ansatzes lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, ab welchem Betrag ein Schaden ein großes Ausmaß hat, dieser hat mit den Regelungen der §§ 263 III 2 Nr. 2 Alt. 1, 264 II 2 Nr. 1 StGB und § 370 III 2 Nr. 1 AO **unbestimmbare Regelbeispiele** geschaffen; der **Gesetzgeber** muss jedoch, um seinem **verfassungsrechtlichen Auftrag** gerecht zu werden, die **Bestimmung der Wertgrenzen selbst vornehmen**; derzeit ersetzt die Rspr. den vom Gesetzgeber gelassenen Spielraum schlicht durch einen selbst gewählten festen Wert, was nach Ansicht des Autors vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Gewaltenteilung fragwürdig ist und gegen das Gebot der Normenklarheit verstößt.

2. **Cierniak/Zimmermann:** Aus der Rspr. des BGH zum Strafverfahrensrecht (NStZ-RR 2013, 65)
3. **Cirener:** Die Zulässigkeit von Verfahrensrügen in der Rspr. des BGH (NStZ-RR 2013, 68)

III. Öffentliches Recht

1. **Sodan/Kluckert:** Kompetenzordnung und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Grenzen für Vergnügungsteuersätze (NVwZ 2013, 241)
Bei der **Festsetzung von Vergnügungsteuersätzen zum Zwecke der Verhaltenslenkung** müssen Gemeinden die für ihre jeweiligen Länder geltenden **Kompetenzausübungsschranken beachten**; sie sind aus der Steuer-gesetzgebungskompetenz der Länder nicht berechtigt, zur Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs, zum **Schutze der Allgemeinheit und der Spieler** sowie im **Interesse des Jugendschutzes** tätig zu werden, weil das vom Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenzausübung festgelegte Spielerschutzniveau von ihnen nicht für ausreichend angesehen wird oder möglicherweise sogar die Entscheidung des Bundesgesetzgebers, das Gewerbe des Automatenaufstellers überhaupt legal ausüben zu dürfen, nicht hingenommen werden soll. - Eine weitere Schranke setzt der **Parlamentsvorbehalt**: Maßnahmen, mit denen die Berufstätigkeit der Spielautomatenaufsteller insgesamt zurückgedrängt und eingedämmt werden soll, sind naturgemäß wesentlich dafür, ob das Grundrecht der Berufsfreiheit verwirklicht werden kann; die Kommunalabgabengesetze der Länder bilden keine ausreichende parlamentarische Grundlage für vergnügungsteuerrechtliche Eingriffe, mit denen konkrete Berufstätigkeiten zurückgedrängt und eingedämmt werden sollen. - Schließlich werden die Regelungsspielräume der Gemeinden durch das Gebot der **Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung** begrenzt: Die innere Folgerichtigkeit fehlt, wenn die bei einer indirekt erhobenen Aufwandsteuer – wie der Vergnügungsteuer – erforderliche kalkulatorische Abwälzbarkeit (auf den Spieler) nur durch Umsatzsteigerungen bei den Spielautomatenaufstellern und höhere Verlustquoten bei den Spielern erreicht werden kann.
2. **Schröder:** Die Frauen- und Familienförderung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in NRW (NWVBI 201 51)
§ 19 TV-gG-NRW stellt einen weiteren Baustein zur Politisierung des öffentlichen Auftragswesens dar, indem neben **Wirtschaftlichkeitsaspekten** auch und v.a. **gesellschaftspolitische Ziele** bei der Beschaffungsent-scheidung Berücksichtigung finden; ob das Vergaberecht tatsächlich einen nachhaltigen Beitrag zur Frauen- und Familienförderung leisten kann, bleibt angesichts der **fragmentarischen Regelung in § 19 TVgG-NRW** offen. - Zweifel an der Wirksamkeit könnten auch im Hinblick auf Branchen entstehen, die traditionell einen sehr niedrigen Frauenanteil aufweisen, wie dies etwa im Hoch- und Tiefbau der Fall ist; Maßnahmen zur Frauen- und Familienförderung können aber auch und gerade in solchen Branchen als Initialzündung dienen, um z. B. dem zu erwartenden Fachkräftemangel in Zukunft wirksam und rechtzeitig begegnen zu können; der Aufwand muss für die Unternehmen letztlich sinn- und maßvoll sein und darf keine allzu hohen formalen und bürokratischen Hürden beinhalten.
3. **Itzel:** Neuere Entwicklungen im Amts- und Staatshaftungsrecht – Rechtsprechungsüberblick 2012 (MDR 2013, 197)

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Schäfer:** Schriftsatznachlass zum Zwecke der Beweiswürdigung? (NJW 2013, 654)
Den **Nachlass beweiswürdigender Schriftsätze sieht die ZPO im Grundsatz nicht vor**, im Prinzip ist Schrift-satznachlass nur in Bezug auf schriftsätzliches Vorbringen des jeweiligen Prozessgegners oder auf richterliche Hinweise geboten. - Hat das **Gericht** einen Beweiswürdigungsschriftsatz dennoch nachgelassen, ist es **an die-sen Nachlass gebunden**; es kann die Partei dann – jedenfalls in der Regel – nicht darauf verweisen, dass auch in dem nachgelassenen Schriftsatz nur eine rechtliche Bewertung statthaft sei, also eine Beweiswürdigung im engeren Sinne; vielmehr **muss es neuen Beweisantritten, die der nachgelassene Schriftsatz enthält, so nachgehen**, als sei der Beweisantritt noch vor Sitzungsschluss erfolgt. - Eine Pflicht, Schriftsatznachlass zum Zwecke der Stellungnahme auf ein Beweisaufnahmeergebnis zu gewähren, kann sich im Einzelfall u. a. aus Ver-fassungsgrundsätzen ergeben; zudem stehen im Rahmen der §§ 128 II, 284 S. 2, 495 a S. 1 ZPO Mittel zu Ge-bote, die den berechtigten Interessen der Beteiligten Rechnung tragen können
2. **Gragert:** Haftungsfallen im arbeitsgerichtlichen Prozess (AnwBI 2013, 173)
3. **Rumland/Landsittel:** Haftungsfallen im Erbrecht bei der Unternehmensnachfolge (AnwBI 2013, 191)
4. **Quaas:** Rspr. des Senats für Anwaltssachen des BGH im Jahre 2012 (BRAK-Mitt. 2013, 7)
5. **Strohal:** Neue Freibeträge in der Prozess- und Verfahrenskostenhilfe (FamRZ 2013, 263)

Die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage kommt im Zusammenhang mit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in Betracht, wenn der angefochtene/begehrte Verwaltungsakt sich erledigt hat und daher nach § 43 II VwVfG keine Wirkungen mehr entfaltet, so dass weder die nachträglich Aufhebung noch der nachträglich Erlass des Verwaltungsaktes wegen des Wegfalls des Rechtsschutzinteresses in Betracht kommen.

I. Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Klagegegenstand muss ein Verwaltungsakt sein. Es sind folgende Konstellationen denkbar.

1. In § 113 I 4 VwGO ist der Fall geregelt, dass die Erledigung **während einer schon anhängigen Anfechtungsklage** eintritt.
2. Tritt in der Anfechtungssituation das erledigende Ereignis **vor Klageerhebung** ein, wird § 113 I 4 VwGO **analog** angewendet.
3. Begehrt der Kläger den **Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes** und erledigt sich dieses Begehren während des Klageverfahrens, ist eine Fortsetzungsfeststellungsklage **analog § 113 I 4 VwGO** möglich.
4. Erledigt sich das Begehren auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes vor der Erhebung der Klage, so wird § 113 I 4 VwGO im Wege der **Doppelanalogie** angewendet.

II. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen der ursprünglich einschlägigen Klageart

1. bei Erledigung nach Klageerhebung

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

2. bei Erledigung vor Klageerhebung

Ein Vorverfahren ist entbehrlich, soweit die Erledigung vor Ablauf der Widerspruchsfrist eingetreten ist, da dann der Sinn und Zweck der Selbstkontrolle nicht mehr erreicht werden kann. Auf die Einhaltung der ursprünglichen Klagefrist kommt es nicht an. Die Prüfung der Klagebefugnis entfällt ebenfalls. Es ist allein das besondere Feststellungsinteresse zu prüfen.

III. Klagefrist

Nach h.M. läuft für die Fortsetzungsfeststellungsklage keine Klagefrist. Es besteht, da ohnehin Erledigung eingetreten ist, auch kein Bedürfnis nach einer zeitlichen Begrenzung. Solange ein besonderes Feststellungsinteresse besteht, kann auch die Fortsetzungsfeststellungsklage erhoben werden

IV. Das besondere Feststellungsinteresse

1. Wiederholungsgefahr

Eine Wiederholungsgefahr ist dann anzunehmen, wenn **konkrete Anhaltspunkte** dafür vorliegen, dass ein **gleichartiger VA** in **absehbarer Zeit** wieder gegen den Kläger ergehen wird.

2. Rehabilitationsinteresse

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

Entfaltet der erledigte VA unabhängig von seinen Rechtswirkungen objektiv **diskriminierende Wirkungen**, so hat der Kläger ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA zur Wiederherstellung seiner Reputation. Es kommt also auf eine feststellbare Betroffenheit der **Menschenwürde** oder des **Persönlichkeitsrechts** an

3. Vorbereitung einer Schadensersatzklage

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist grundsätzlich auch dann gegeben, wenn der Kläger wegen des rechtswidrigen Verwaltungshandelns einen Schadensersatzprozess vor dem ordentlichen Gericht anstrengen will. Es ist erforderlich, dass der Amtshaftungsprozess schon **anhängig** ist, da der Kläger nicht um die Früchte des Prozesses gebracht werden soll.

4. Grundrechtseingriff

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG gebietet es, die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung in Fällen gewichtiger, allerdings in tatsächlicher Hinsicht überholter Grundrechtseingriffe zu eröffnen, wenn die direkte Belastung durch einen angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann, so dass eine **Rechtsschutzlücke** entstehen würde).

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung

Öffentliches Recht

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

Land: Saarland	Prüfer (mit Titel usw.) Ri OLG Dr. W	Tag d. mündl. Prüfung 23.01.2013
---------------------------------	---	---

Zur Person:

Prof. Dr. H war bei der Prüfung freundlich, gelöst und nicht so wirr, wie in anderen Protokollen beschrieben. Er hörte bei allen Prüfungsabschnitten aufmerksam zu und unterhielt sich teils anregt über die gestellten Fragen. Bei der Prüfung im Öffentlichen Recht war er geduldig, obwohl wir ziemlich im Dunkeln tappten, was die Beantwortung seiner Fragen anging. Entgegen der Beschreibung in früheren Protokollen wurde er trotz unserer Unwissenheit nicht ungehalten.

Zur Sache:

Den größten Teil der Prüfung versuchten wir, die von ihm eigentlich als Einstieg gedachte Frage zu beantworten, welche Auswirkungen es hätte, wenn die EU-Verfassung ebenfalls eine Bestimmung mit dem Wortlaut des Art. 1 III GG enthalten würde.

Wir behaupteten zunächst, dass es keine gravierenden Auswirkungen hätte, da wir - zu Unrecht - davon ausgingen, dass in der EU-Verfassung im Wesentlichen die gleichen Grundrechte wie im GG verankert werden sollten. Schließlich versuchten wir es noch mit Art. 23 GG und mit der Ewigkeitgarantie des Art. 79 III GG, dessen Voraussetzungen wir auf Nachfrage erläutern sollten. Die richtige Antwort war das aber auch nicht.

Er ließ uns dann noch einen Vergleich der Grundrechte in der Weimarer Reichsverfassung mit dem Grundrechtsschutz im GG anstellen, der mangels konkretem Wissen nicht ergiebig war und uns nicht weiterhalf. Auch nach dem Hinweis, dass das GG keine sozialen Grundrechte enthält, solche aber in der EU-Verfassung enthalten sein sollen, konnten wir seine Frage nicht beantworten.

Dieser Teil der Prüfung verlief extrem schleppend und unergiebig, da keiner von uns eine Antwort wusste.

Schließlich stelle Prof. Dr. H noch einen kleinen Fall:

Die Landesregierung von BW erlässt einen Regierungsbeschluss, nach dem Handwerker ein Startkapital von 15.000 € bekommen, wenn sie sich selbstständig machen. Voraussetzung ist allerdings, dass Männer innerhalb von 2 Jahren und Frauen innerhalb von 5 Jahren nach der Meisterprüfung ihren eigenen Betrieb gründen.

Herr A beantragt, 3 Jahre nachdem er seine Meisterprüfung abgelegt hat, dieses Startkapital und erhält einen ablehnenden Bescheid. Was kann er tun?

Zunächst grenzten wir die Verpflichtungs- von der Anfechtungsklage ab und kamen dazu, dass die richtige Klageart eine Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage ist.

Im Rahmen der Begründetheit mussten wir eine Grundlage für den Anspruch des A finden. Anzusprechen war hier, dass der Beschluss keine Außenwirkung hat und daher keine Rechte für A begründen kann. Er könnte aber einen Anspruch aus Art. 3 GG i.V.m. den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung haben. Wir kamen noch kurz darauf zu sprechen, ob der Beschluss wegen Verstoßes gegen Art. 3 III GG verfassungswidrig ist und unter welchen Voraussetzungen eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechtes ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann. Wir nannten biologische Gründe, sowie solche, die zwingend mit dem Geschlecht zusammenhängen.

Zum Schluss gingen wir noch kurz auf die Voraussetzungen der Staatszielbestimmung des Art. 3 II GG ein. Als Voraussetzungen wurde eine Unterrepräsentation von Frauen und eine gravierende Benachteiligung von Frauen auf einem bestimmten Gebiet vorgeschlagen. Was richtig gewesen wäre, erfuhren wir nicht mehr, weil die Zeit glücklicherweise endlich vorbei war.

In Anbetracht unseres geringen Wissens und dem schleppenden Verlauf der Prüfung war die Benotung in Ordnung.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Zivilrecht

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

Land: Bayern	Prüfer (mit Titel usw.) VRi OLG A	Tag d. mündl. Prüfung 04.02.2013
------------------------	---	--

Zur Person:

Z ist ein freundlicher Prüfer, der allerdings Wert darauf legt, dass Schlagworte genannt werden. Er hatte die Prüfung gut im Griff und gab den Prüflingen auch Gelegenheit, zu argumentieren und Wissen zu zeigen. Protokollfest im Hinblick auf Beweisrecht.

Zur Sache:

Z brachte das Schlagwort „Waffengleichheit im Zivilprozess“ und schilderte dann vereinfacht den folgenden Fall:

Die Kl. (eine Brauerei in Holland) klagt gegen eine Bank auf Schadensersatz (der Rechtsgrund für die Klage interessierte nicht weiter, es ging hier lediglich um das Prozessrecht). Die Kl. beruft sich bei ihrer Anspruchsbegründung auf eine mündlich mit der Bank getroffene Vereinbarung, für die sie aber keinen Zeugen benennen kann. Beim Abschluss der Vereinbarung waren nur der Geschäftsführer der Kl. und ein Mitarbeiter der beklagten Bank anwesend. Die Bank bestreitet die Vereinbarung und bietet ihren Mitarbeiter als Zeugen dafür an, dass eine Vereinbarung, wie von der Kl. vorgetragen, nicht geschlossen wurde. Das Ausgangsgericht hat den Mitarbeiter der Bank im Prozess als Zeugen gehört (der den Vortrag der Bank bestätigte), nicht aber - entgegen dem Antrag der Kl. - den Geschäftsführer der Kl. Die Klage wurde danach abgewiesen, weil die Kl. den Abschluss der Vereinbarung nicht beweisen konnte.

Der EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) hat darin, dass der Geschäftsführer der Kl. nicht vernommen wurde, einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention) gesehen und das Urteil aufgehoben.

Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK lautet wie folgt:

„Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat“

Zunächst ging es um die Abgrenzung des Zeugen von der Partei. Hier war uns nicht ganz klar, worauf Z hinauswollte, denn mit den von uns gegebenen Erklärungen (Partei ist die Herrin des Verfahrens usw., der Zeuge ist ein Beweismittel), war Z nicht recht zufrieden. Er wollte die Worte „entweder - oder“ hören. Entweder ist jemand Zeuge oder Partei - klar!

Dann ging es um die Möglichkeiten im deutschen Zivilprozessrecht, als Partei vernommen werden zu können, also um die §§ 445 ff ZPO. Die verschiedenen Möglichkeiten (Parteivernehmung auf Antrag des Gegners - § 445 ZPO -, Einvernahme der eigenen Partei mit Zustimmung der Gegenseite - § 447 ZPO - und Parteivernahme von Amts wegen - § 448 ZPO -) wurden angesprochen. Vor allem § 448 ZPO wurde erörtert und es wurde darüber diskutiert, unter welchen Voraussetzungen das Gericht von Amts wegen eine oder beide Parteien vernehmen kann. Diese sind:

- Erhebung aller angebotenen und erheblichen Beweismittel (Subsidiarität des § 448 ZPO) und
- Vorhandensein einer gewissen Wahrscheinlichkeit der unter Beweis gestellten Behauptung im Zeitpunkt der Parteivernehmung.
- Als Rechtsfolge ist ein Ermessen des Gerichts bezüglich der Anordnung der Parteivernehmung normiert.

Dann wurde noch die Abgrenzung der Parteivernehmung von der Parteianhörung besprochen (für Parteivernehmung ist ein Beweisbeschluss erforderlich - § 450 ZPO -; nur die Parteiaussage ist Beweisstoff, bei Parteianhörung liegt nur - streitiger oder unstreitiger - Vortrag vor).

Dann wandelte Z den **Fall** ab:

Eine für das Vorbringen des Kl. erhebliche Urkunde befindet sich in den Händen des Gegners. Der Kl. beantragt, den Prozess auszusetzen, weil er einen weiteren Prozess gegen den Bekl. auf Herausgabe der Urkunde anstrebt. Nachdem auf diesem Wege die Herausgabe der Urkunde erzwungen wurde, soll der Schadensersatzprozess fortgeführt werden.

Z fragte nach der Rechtsgrundlage für eine derartige Aussetzung des Verfahrens. Hier wurde nach einigem Suchen § 148 ZPO genannt. Diese Norm greift aber vorliegend nicht ein, da die Voraussetzungen, dass der erste Rechtsstreit (Schadensersatz) vom Ausgang des zweiten Verfahrens (Herausgabeklage) abhängt, nicht gegeben ist: Für die Vorlage von Urkunden, die sich in Händen des Gegners befinden, sieht die ZPO vielmehr in § 421 ZPO ein eigenes Verfahren vor, das teilweise auch die Folgen der Nichtvorlage regelt (§ 427 ZPO). Für den Fall einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Nichtvorlage der Urkunde kommt man über die Grundsätze der Beweisvereitelung zu einer Beweislastumkehr (im Falle der vorsätzlichen Beweisvereitelung) bzw. zu einer Beweiserleichterung (im Fall der fahrlässigen Beweisvereitelung).

Alles in allem war es eine faire Prüfung. Meinen Nachfolgern viel Glück!!!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3
Protokollwissen

Protokolle anfordern!

Prüfungsstoff im Mündlichen
1/3
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

ZA lesen!

1/3
unbekannter Stoff

Phantasie zeigen! ■

