



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

37. Jahrg.

Dezember 2012

Heft 12

---

Aus dem Inhalt:

**OLG Hamm:** Betriebsgefahr tritt zurück gegenüber leichtsinnigem Fußgänger

**BGH:** GoA durch in kommunalem Auftrag handelndes Unternehmen

**BGH:** Einschleusen von Ausländern nach Erschleichen eines Visums

**OVG Magdeburg:** Gefährderansprache im Vorfeld einer Demonstration

**BAG:** Unwirksamkeit eines Vergleichs bei Insolvenz des Arbeitgebers

**BGH:** Zulässigkeit einer öffentlichen Zustellung

**LG Bonn:** Zeugnisverweigerungsrecht nach Schweigepflichtentbindung



#### **Impressum:**

##### **Verlag und Redaktion:**

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

[info@juridicus.de](mailto:info@juridicus.de)

[www.juridicus.de](http://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

Das Beschneidungsgesetz .....	1
-------------------------------	---

### Brandaktuell

BAG: Schlussformel im Arbeitszeugnis (kein Anspruch auf Dank und gute Wünsche) .....	2
---	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

OLG Hamm: Zurücktreten der Betriebsgefahr (Volle Verantwortlichkeit des leichtsinnigen Fußgängers) .....	3
BGH: Geschäftsführung ohne Auftrag bei der Straßenreinigung (in kommunalem Auftrag handelndes Unternehmen) .....	6

#### Strafrecht

KG: Betrug durch Unterlassen (Garantenpflicht eines Erben) .....	10
BGH: Einschleusen von Ausländern (erschliches Visum) .....	13

#### öffentl. Recht

OVG Magdeburg: Gefährderansprache (im Vorfeld einer Demonstration) .....	16
VGH Kassel: Interkommunales Delegationsverbot (kein Verbot dynamischer Verweisungen) .....	21

#### Kurzauslese I

BGH: Rechtsscheinhaftung (Unternehmergesellschaft mit Rechtsformzusatz „GmbH“) .....	24
BGH: Verjährungshemmung (negative Feststellungsklage) .....	24
BGH: Wirksamkeit von AGB (überraschende Entgeltklausel) .....	25
BGH: Geschäftsführerhaftung (Markenverletzung durch eine GmbH) .....	25
BGH: Heimtückemord (Arglosigkeit trotz vorangegangener verbaler und gewalttätiger Streitigkeit) .....	25
BGH: Räuberische Erpressung (gewaltsame Wegnahme eines Mobiltelefons) .....	25
BGH: Submissionsabsprache (Täterbegriff) .....	26
VG Neustadt: Trennungsgeld (ledige Referendare/innen) .....	26
VG Stuttgart: Schulischer Nachteilsausgleich (Notenschutz für Schüler mit Behinderung) .....	27
VG Gießen: Anscheinsgefahr (Kostenpflicht) .....	28

## Entscheidungen Verfahrensrecht

### Zivilrecht

BAG:	Unwirksamkeit eines Vergleichs (Insolvenz des Arbeitgebers).....	29
BGH:	öffentliche Zustellung (Nachforschungen zum Aufenthalt des Zustellungsadressaten).....	34

### Strafrecht

LG Bonn:	Zeugnisverweigerungsrecht (Entbindung von der Schweigepflicht durch Insolvenzverwalter).....	38
----------	---	----

### öffentl. Recht

OVG Weimar:	Beitreibung von Zwangsgeld (nicht mehr bei Erfüllung einer Unterlassungspflicht).....	41
-------------	--	----

### Kurzauslese II

OLG Düsseldorf:	Berufungsverfahren (zulässige Änderung des Klageantrags).....	44
OLG Schleswig:	Akteneinsichtsrecht (Verfahrensbeendigung).....	44
BGH:	Berufungsbegründung (Auseinandersetzung mit erstinstanzlicher Beweiswürdigung).....	44
OLG Naumburg:	Zurückweisung der Berufung (Anschlussberufung).....	45
OLG Dresden:	Anschlussberufung (Verlängerung der Begründungsfrist).....	46
BGH:	Verfahrensverständigung (gerichtliche Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts).....	46
OLG Celle:	Öffentlichkeitsgrundsatz (Anforderung an Darlegung des Revisionsgrundes).....	46
OLG Hamburg:	Akteneinsichtsrecht (Verletztenbegriff).....	47
VGH München:	Widerspruch gegen Duldungsbescheid (keine aufschiebende Wirkung).....	48
BVerwG:	Asylgerichtsverfahren (Zulässigkeit der Anschlussberufung).....	48
BVerwG:	Nichtzulassungsbeschwerde (Darlegung eines Aufklärungsmangels).....	48
OLG Bamberg:	Nichtigkeitsfeststellungsklage (Antragsvoraussetzungen).....	48

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	50
---	----

<b>Übersicht:</b>	Prüfung der Rechtmäßigkeit der Festsetzung eines Zwangsmittels.....	54
-------------------	---	----

### Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Zivilrecht .....	55
Assessorprüfung:	Öffentliches Recht.....	56

## Aus der Gesetzgebung

### Das Beschneidungsgesetz

Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 12.12.2012, Kraft-Treten am Tag nach der Verkündung

#### I. Allgemeines

Im **Mai 2012** hatte das **LG Köln (NJW 2012, 2128 = ZA 08/2012, S. 15)** entschieden, dass die Beschneidung eines nicht einwilligungsfähigen männlichen Kleinkindes aus religiösen Gründen und ohne medizinische Indikation auf Wunsch von dessen Eltern, die dem islamischen Glauben angehören, den Tatbestand der Körperverletzung nach § 223 I StGB erfüllt. Dabei hatte das LG Köln die Sozialadäquanz des elterlichen Verhaltens ebenso wie die Rechtfertigung des Arztes verneint, das Handeln des Arztes jedoch auf Grund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums (§ 17 S. 1 StGB) als entschuldigt angesehen.

Diese Entscheidung hatte in der jüdischen und islamischen Welt für heftige Empörung und zu erheblicher **Rechtsunsicherheit unter Ärzten und den Eltern** geführt, die eine Beschneidung vornehmen lassen wollten. Bis zum Bekanntwerden der Entscheidung des LG Köln war in der Rechtspraxis unbestritten, dass Eltern grds. auch in eine nicht medizinisch indizierte, z. B. religiös motivierte, Beschneidung einwilligen können.

Daraufhin hatte das Bundesjustizministerium einen Gesetzentwurf vorgelegt, der am 12.12.2012 vom Deutschen Bundestag unverändert verabschiedet wurde. Bereits am 14.12.2012 billigte auch der Bundesrat das Gesetz.

#### II. Die Neuregelung im Überblick

Im **Recht der elterlichen Sorge** wird nach dem Gesetz klargestellt, dass die Personensorge der Eltern grds. auch das Recht umfasst, bei Einhaltung bestimmter Anforderungen in eine nicht medizinisch indizierte Beschneidung ihres nicht einsichts- und urteilsfähigen Sohnes einzuwilligen. Eine entsprechende Regelung soll mit **§ 1631 d BGB** im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geschaffen werden.

**Voraussetzungen**, unter denen die Eltern in eine Beschneidung ihres Sohnes einwilligen können, sind:

- Die **Beschneidung** muss **fachgerecht** („nach den Regeln der ärztlichen Kunst“) durchgeführt werden, insbes. möglichst schonend und mit einer angemessenen und effektiven Schmerzbehandlung.
- Vor dem Eingriff muss – wie bei jedem anderen nicht medizinisch indizierten Eingriff auch – **besonders umfassend über alle** damit verbundenen **Risiken und mögliche Folgen aufgeklärt** werden.
- Die Eltern müssen – wie bei allen Erziehungsentscheidungen – den **Kindeswillen**, soweit ein solcher schon gebildet werden kann, in ihre Entscheidung über die Beschneidung mit **einbeziehen**.
- Eine **Ausnahmeregelung** sieht vor, dass von einer Beschneidung abzusehen ist, wenn im Einzelfall das **Kindeswohl gefährdet** würde.
- In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Sohnes dürfen auch **von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen** die Beschneidung vornehmen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und für die Durchführung der Beschneidung **einem Arzt vergleichbar befähigt** sind.

## Brandaktuell

GewO  
§ 109

### Schlussformel im Arbeitszeugnis kein Anspruch auf Dank und gute Wünsche (BAG in becklink 1023966; Urteil vom 11.12.2012, - 9 AZR 227/11)

ArbeitsR

**Fall:** Der Kläger leitete einen Baumarkt der Beklagten. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erteilte ihm die Beklagte ein Arbeitszeugnis mit einer überdurchschnittlichen Leistungs- und Verhaltensbeurteilung. Das Zeugnis endet mit den vom Kläger beanstandeten Sätzen «Herr K scheidet zum 28.02.2009 aus betriebsbedingten Gründen aus unserem Unternehmen aus. Wir wünschen ihm für die Zukunft alles Gute.» Der Kläger vertrat die Auffassung, der Schlusssatz sei unzureichend und entwerte sein gutes Zeugnis. Seiner Ansicht nach habe er einen Anspruch auf die Formulierung «Wir bedanken uns für die langjährige Zusammenarbeit und wünschen ihm für seine private und berufliche Zukunft alles Gute.»

Fraglich ist, ob der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet ist, das Arbeitszeugnis mit Formulierungen abzuschließen, in denen er dem Arbeitnehmer für die geleisteten Dienste dankt, dessen Ausscheiden bedauert oder ihm für die Zukunft alles Gute wünscht.

Das BAG kommt zu dem Ergebnis, dass Aussagen über persönliche Empfindungen des Arbeitgebers kein notwendiger Zeugnisinhalt sind.

Das BAG verweist auf die Vorschrift des § 109 GewO. Nach § 109 I 2 GewO müsse das einfache Zeugnis **mindestens Angaben zu Art und Dauer der Tätigkeit** enthalten. Der Arbeitnehmer könne gemäß § 109 I 3 GewO verlangen, dass sich die Angaben **darüber hinaus auf Leistung und Verhalten im Arbeitsverhältnis** (sogenanntes qualifiziertes Zeugnis) erstrecken. Aussagen über persönliche Empfindungen des Arbeitgebers gehörten damit nicht zum notwendigen Zeugnisinhalt.

Trotz häufig entgegenstehender Praxis besteht nach Auffassung des BAG kein Anspruch auf eine Dankesformel.

*„**Schlussätze in Zeugnissen**, mit denen Arbeitgeber in der Praxis oft persönliche Empfindungen wie Dank oder gute Wünsche zum Ausdruck bringen, seien **nicht «beurteilungsneutral»**, sondern geeignet, die objektiven Zeugnisausagen zu Führung und Leistung des Arbeitnehmers zu bestätigen oder zu relativieren, so das BAG. Wenn ein Arbeitgeber solche Schlussätze formuliert und diese nach Auffassung des Arbeitnehmers mit dem übrigen Zeugnisinhalt nicht in Einklang stehen, sei der Arbeitgeber **nur verpflichtet, ein Zeugnis ohne Schlussformel zu erteilen**. Auch wenn in der Praxis, insbesondere in Zeugnissen mit überdurchschnittlicher Leistungs- und Verhaltensbeurteilung, häufig dem Arbeitnehmer für seine Arbeit gedankt werde, könne daraus mangels einer gesetzlichen Grundlage kein Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Dankesformel abgeleitet werden.“* (BAG aaO)

**Ergebnis:** Der Arbeitgeber ist gesetzlich nicht verpflichtet, das Arbeitszeugnis mit Formulierungen abzuschließen, in denen er dem Arbeitnehmer für die geleisteten Dienste dankt, dessen Ausscheiden bedauert oder ihm für die Zukunft alles Gute wünscht. Dies stellt das Bundesarbeitsgericht klar. Sei der Arbeitnehmer mit einer vom Arbeitgeber in das Zeugnis aufgenommenen Schlussformel nicht einverstanden, könne er nur die Erteilung eines Zeugnisses ohne diese Formulierung verlangen.

## Entscheidungen materielles Recht

StVO  
§§ 7, 9

### Zurücktreten der Betriebsgefahr Volle Verantwortlichkeit des leichtsinnigen Fußgängers (OLG Hamm in NJW-RR 2012, 1236; Beschluss vom 26.04.2012 – 6 U 59/12)

ZivilR

1. Bei einem Verkehrsunfall zwischen einem Fußgänger und einem Kraftfahrzeug hat der Halter grundsätzlich zumindest für die **Betriebsgefahr** einzustehen.
2. Allerdings kann die Betriebsgefahr dann ganz zurücktreten, wenn ein Fußgänger sich durch sein Verhalten **leichtsinnig in hohem Maße selbst gefährdet**, indem er versucht, eine vierspurige Straße bei dichtem Verkehr zu überqueren.

#### A. Grundlagenwissen: Haftungsausschlüsse bei Verkehrsunfällen

Die Haftung des Halters kann trotz Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ausgeschlossen sein. Für das **Eingreifen von Ausschlussgründen** trägt der **Halter die Beweislast, der sich auf den Ausschlussgrund beruft**.

Hierzu gehören die **höhere Gewalt** (§ 7 II StVG), die **Schwarzfahrt** (§ 7 III 1 StVG), das **Führen langsamer Fahrzeuge** (§ 8 Nr. 1 StVG), **Tätigkeit des Verletzten beim Betrieb des Kraftfahrzeugs** (§ 8 Nr. 2 StVG), **Haftungsausschluss** bei Personenbeförderung, **Verwirkung** (§ 15 StVG).

Darüber hinaus ist die Haftung auch ausgeschlossen, wenn sich der Unfall als **unabwendbares Ereignis** darstellt, sofern am Unfall **mehrere Kraftfahrzeuge** beteiligt (§ 17 III StVG). Ein unabwendbares Ereignis ist ein Ereignis, das auch durch äußerste Sorgfalt nicht abgewendet werden kann. Es muss ein **sachgemäßes geistesgegenwärtiges Handeln über den gewöhnlichen und persönlichen Maßstab hinaus** vorliegen, wobei nach der Rechtsprechung der Maßstab eines Idealfahrers anzulegen ist.

Ansonsten kann jedoch auch Mitverschulden zu einer Reduzierung der Haftungsquote bis hin zum Haftungsausschluss führen.

Dies ergibt sich für die Anspruchsgrundlage des § 7 I StVG aus § 17 I StVG, soweit mehrere Kraftfahrzeuge am Unfall beteiligt sind, ansonsten aus § 9 StVG, der auf § 254 BGB verweist.

##### I. Haftungsverteilung bei mehreren Kraftfahrzeugen, § 17 I, II StVG

Die Abwägung der Haftungsanteile nach § 17 I, II StVG ist daher häufig von besonderer Relevanz. Zu berücksichtigen ist dabei, dass es sich streng genommen nicht um eine Berücksichtigung von „Mitverschulden“ handelt, da die Gefährdungshaftung nach § 7 I StVG gar nicht von einem Verschulden abhängt. Vielmehr findet eine **Bewertung der Verursachungsanteile** unter **Berücksichtigung der Betriebsgefahr** der Fahrzeuge (25 %) statt.

Verursachen **mehrere Kraftfahrzeuge** einen Unfall, so haften die Halter einem **geschädigten Dritten** grundsätzlich als **Gesamtschuldner**. Allerdings haften sie entgegen den allgemeinen Regeln nicht grundsätzlich zu gleichen Teilen, sondern **nach ihren Verursachungsbeiträgen**. Dies gilt nach § 17 II StVG auch, wenn es nicht um den Schaden eines Dritten geht, sondern auch für die **Haftungsanteile der beteiligten Kraftfahrzeuge untereinander**.

Da die Betriebsgefahr zweier Kraftfahrzeuge grundsätzlich gleichwertig ist, kommt es regelmäßig auf die Ermittlung der Verursachungsanteile an. Hierbei ist zu ermitteln, welche **Verkehrs- oder Verhaltensverstöße** den Beteiligten vorgeworfen werden können. Allerdings sind nicht alle Verhaltensverstöße gleichwertig. Vielmehr gibt es bestimmte Grundpflichten im Straßenverkehr, deren **Verletzung stets schwerwiegender** ist als die Verletzung anderer Pflichten. Hier zuhören:

- **Vorfahrtsverletzungen**
- Missachtung von **Rotlicht** und **Zebrastrifen**
- Missachtung des Vorrangs von **Schienenverkehr**
- Verletzung des Vorrangs **entgegenkommender Fahrzeuge**
- Verletzung des Vorrangs von **Gegenverkehr beim Linksabbiegen**

Ansonsten die die Abwägung einzelfallabhängig und muss stets gesondert vorgenommen und begründet werden.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass es dem Kläger oftmals ein **Anscheinsbeweis** die Beweisführung erleichtert.

Ein Anscheinsbeweis liegt vor, wenn es eine **allgemeine Lebenserfahrung** hinsichtlich eines **typischen Geschehensablaufs** gibt. Diese Lebenserfahrung ist auf generalisierbare Erfahrungssätze zurückzuführen (**Ursache – Wirkung**). Der Anscheinsbeweis ist ein mittelbarer Beweis.

Die **Darlegungs-** und **Beweislast** geht beim Anscheinsbeweis dahin, nachzuweisen, dass ein **typischer Geschehensablauf** anzunehmen ist, der auf eine **typische Ursache** zurückzuführen ist. Dies spielt bei der Feststellung des Verschuldens eine große Rolle, vor allem im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen („Wer auffährt, ist schuld.“). Wenn die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises auch für die **Kausalität** grundsätzlich strittig (vgl. hierzu BGH NJW 1954, 1119, BGHZ 11, 227), so ist es doch im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen anerkannt, dass gerade der Verstoß gegen die vorgenannten Grundpflichten führt dazu, dass dann auch ein Anscheinsbeweis hinsichtlich der Ursächlichkeit dieses Verkehrsverstoßes für das Unfallereignis annehmen kann.

**Ausgeschlossen** ist ein Anscheinsbeweis, wenn es auf die individuelle Entscheidungsfreiheit und **individuell geprägte Verhaltensweisen** ankommt, da hier nicht auf allgemeine Erfahrungssätze zurückgegriffen werden kann.

Der Anscheinsbeweis stellt eine **Beweiserleichterung** für den Beweisverpflichteten dar. Soweit es dem Beweisgegner allerdings gelingt, den Anscheinsbeweis durch einen **Gegenbeweis** zu erschüttern, lebt die ursprüngliche Beweispflicht wieder auf und der Vollbeweis ist zu erbringen. Der Anschein ist dann erschüttert, wenn der Beweisgegner **Tatsachen vorträgt und beweist**, die den Schluss auf einen **atypischen Geschehensablauf** zulassen (vgl. grundlegend BGHZ 2, 1; 6, 169; 7, 198; 8, 239).

## II. Haftungsverteilung in sonstigen Fällen, § 9 StVG i.V.m. § 254 BGB

Bei Unfällen zwischen **Kraftfahrzeugen und Radfahrern oder Fußgängern** muss ein Ausgleich der Haftungsanteile nach § 9 StVG i.V.m. § 254 BGB stattfinden. Hierbei ist jedoch neben dem Verschulden auch stets die verschuldensunabhängig bestehende **Betriebsgefahr** des Kraftfahrzeugs zu berücksichtigen.

## B. keine Berücksichtigung der Betriebsgefahr bei leichtsinnigem Fußgänger (OLG Hamm in NJW-RR 2012, 1236)

**Fall:** Der Kl. wurde als Fußgänger bei einem Verkehrsunfall mit dem vom Bekl. zu 1 geführten Fahrzeug der Bekl. zu 2, haftpflichtversichert bei der Bekl. zu 3, am 29.05.2009 gegen 13.38 Uhr auf der Straße X in F. verletzt. Der Kl. unstreitig die in Fahrtrichtung des Bekl. zu 1 mehrspurige Straße vom rechten Fahrbahnrand aus, aus der Sicht des Bekl. zu 1 von rechts kommend, und wurde von dem vom Bekl. zu 1 gesteuerten Pkw erfasst und erlitt diverse Verletzungen.

Das LG Essen (Urt. v. 27.02.2012 – 3 O 358/10, BeckRS 2012, 11927) hat die Klage auf Schmerzensgeld von mindestens 10 000 Euro abgewiesen. Mit Antrag vom 02.04.2012 begehrt der Kl. Prozesskostenhilfe für die Durchführung des Berufungsverfahrens. Er glaubt, die Abwägung sei nicht richtig. Ein alleiniges Verschulden des Kl. scheidet aus. Es sei erforderlich gewesen, festzustellen, ob die Verantwortlichkeit des Kl. nach § 827 BGB ausgeschlossen gewesen sei. Dieser leide an paranoider Schizophrenie

Hat das LG Essen zu Recht einen Haftungsausschluss angenommen?

Ein Anspruch des Kl. auf Schadensersatz könnte sich aus §§ 7, 18 StVG i. V. mit § 115 VVG oder aus § 823 BGB ergeben, wovon nach § 11 S. 2 StVG sowie nach § 253 II BGB auch Schmerzensgeldanspruch umfasst sind.



## I. Anspruch aus § 18 StVG oder § 823 BGB

Die Haftung nach § 823 BGB ist davon abhängig, dass der Kl. dem Bekl. ein Verschulden nachweisen kann, bei der Fahrerhaftung nach § 18 StVG wird dieses Verschulden zwar vermutet, der Fahrer kann sich aber durch den Nachweis des fehlenden Verschuldens entlasten.

*„Das LG hat zutreffend festgestellt, dass die Angabe des Bekl. zu 1, er habe den Kl. zunächst nicht sehen können, weil er **durch ein rechts vor ihm fahrendes Fahrzeug verdeckt** gewesen sei, richtig ist. Dafür spricht zunächst – so auch das LG – dass diese Möglichkeit nach den Ausführungen des Sachverständigen Professor T tatsächlich bestand. Weiter – so das LG – wäre es **ungewöhnlich gewesen**, wenn der Bekl. – hätte er den Kl. gesehen – **nicht gebremst hätte** (was freilich nur eine vorsätzliche Handlung beträfe). Schließlich habe der Bekl. zu 1 – entgegen der für die Beklagtenseite günstigeren Darstellung seines Anwalts – die **Gehrichtung des Kl.** (von rechts nach links) bestätigt.“*

*Für die Glaubhaftigkeit der Angaben des Bekl. zu 1 spricht weiter, dass er **detaillierte Angaben zu dem den Kl. verdeckenden Fahrzeug** machen konnte. Bei seiner Anhörung vor dem LG hat er dazu angegeben, es habe sich um einen Kombi gehandelt. Weiter kommt hinzu, dass die Zeugin B, die hinter dem Bekl. zu 1 fuhr, **starken Verkehr** bekundet und ausgesagt hat, dass tatsächlich **zwei andere Fahrzeuge auf dem Mittelstreifen** gewesen seien. Die Angaben des Bekl. zu 1 werden damit in so vielen Punkten bestätigt, dass sich das LG zutreffend von der Richtigkeit seiner Darstellung überzeugt hat. Im Rahmen der Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme kann das Gericht auch eine Parteierklärung nach § 141 ZPO zur Überzeugungsbildung heranziehen (BGH, NJW 1999, 363).*

*Angesichts dieser Feststellungen **scheidet ein Anspruch** des Kl. gegen die Bekl. **nach § 823 BGB oder nach § 18 StVG** – jeweils i. V. mit § 115 VVG – **aus**, weil den Bekl. zu 1 erwiesenermaßen **kein Verschulden** trifft. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen war für den Bekl. zu 1 der **Unfall unvermeidbar**, wenn der Kl. bei der Querung der Fahrbahnen zunächst verdeckt war, wovon hier – siehe oben – auszugehen ist. Ein Geschwindigkeitsverstoß ist hier nicht erkennbar. Insoweit wird auf die zutreffenden landgerichtlichen Ausführungen verwiesen.“ (OLG Hamm aaO)*

## II. Anspruch aus § 7 StVG

Die Inanspruchnahme im Rahmen der Halterhaftung nach § 7 StVG ist als Gefährdungshaftung ausgestaltet, so eine Haftung auch dann in Betracht kommt, wenn – wie oben festgestellt – ein Verschulden des Bekl. ausgeschlossen ist. Allerdings ist auch im Rahmen der Haftung nach § 7 StVG nach § 9 StVG i.V.m. § 254 BGB ein Mitverschulden des Kl. berücksichtigungsfähig. Fraglich ist jedoch, ob bei einem Unfall zwischen einem Fußgänger und einem Kraftfahrzeug nicht im Rahmen der Haftung nach § 7 StVG stets die erhöhte Betriebsgefahr eines Kraftfahrzeugs Berücksichtigung finden muss.

*„Das LG hat zutreffend ausgeführt, dass der Kl. sich **durch die Fahrbahnüberquerung** bei herannahendem dichten Verkehr **in hohem Maße selbst gefährdet** hat. Der Fußgänger hat vor dem Betreten und beim Überschreiten der Fahrbahn besondere Vorsicht walten zu lassen. Denn der **Fahrdamm** dient in erster Linie dem Kraftfahrzeugverkehr. Der Fußgänger muss **auf diesen achten** und auf ihn **Rücksicht nehmen**. Er muss darauf bedacht sein, nicht in die Fahrbahn eines sich nähernden Fahrzeugs zu geraten. Wenn ein Fußgänger sich nicht entsprechend einrichtet, handelt er in der Regel **grob fahrlässig**. Die Haftung des Kraftfahrers würde nur dann nicht zurücktreten, wenn er freie Sicht auf den Fußgänger gehabt hätte (vgl. nur KG, NZV 2003, 380 = VRS 104, 1 m. w. Nachw.). Das war hier – siehe oben – nicht der Fall.“ (OLG Hamm aaO)*

Allerdings setzt die Berücksichtigung von Mitverschulden des Kl. voraus, dass nicht dessen Verschulden generell ausgeschlossen ist. Nach § 827 BGB ist die Verschuldensfähigkeit ausgeschlossen, wenn jemand in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem anderen Schaden zufügt.

*„Es mag zwar sein, dass bei ihm auch zum Unfallzeitpunkt schon eine paranoide Schizophrenie vorlag. Dass diese aber ursächlich für sein Verhalten war, ist nicht schlüssig dargelegt. Dass eine paranoide Schizophrenie zur fehlenden Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit im Straßenverkehr führt, versteht sich nicht von selbst. Nähere Darlegung dazu hat der Kl. nicht erbracht. Hinzu kommt (wenn auch nicht mehr entscheidend), dass dieser Umstand bestritten war und ein Beweisantritt durch den Kl. erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem LG erfolgt ist.“ (OLG Hamm aaO)*

Ein möglicher Anspruch aus § 7 StVG, scheidet daher deshalb aus, weil hier das überwiegende Mitverschulden des Kl. die allein anzusetzende Betriebsgefahr des Beklagtenfahrzeugs zurücktreten lässt (§ 9 StVG, § 254 BGB).

**BGB                    Geschäftsführung ohne Auftrag bei der Straßenreinigung                    BGB**  
**§§ 677, 683, 670                    in kommunalem Auftrag handelndes Unternehmen**

(BGH in NVwZ-RR 2012, 707; Urteil vom 31.06.2012 – III ZR 275/11)

1. Beruht die Verpflichtung des Geschäftsführers indes auf einem **wirksam geschlossenen Vertrag**, der die **Rechte und Pflichten** des Geschäftsführers und insbesondere die Entgeltfrage **umfassend regelt**, kann ein Dritter, dem das Geschäft auch zugute kommt, nicht auf Aufwendungsersatz wegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag in Anspruch genommen werden (
2. Eine „**umfassende**“ **Regelung** der Rechte und Pflichten des Geschäftsführers erfordert nicht, dass sämtliche Details der Entgeltfrage einschließlich der exakten Höhe des Entgelts in dem Vertrag geregelt werden. Ausreichend ist vielmehr, dass in dem Vertrag, in dessen Rahmen die betreffende Leistung geschuldet ist, die **Entgeltlichkeit überhaupt** und im Sinne einer **umfassenden Vergütungspflicht des Auftraggebers** vereinbart ist.
3. Wer einen Auftrag zur Reinigung einer Straße erteilt, kann jedoch **nicht erwarten**, dass der Auftragnehmer **ihm gegenüber unentgeltlich tätig** wird und bereit ist, sich wegen der Vergütung ausschließlich an den – möglicherweise unbekanntem oder seine Verantwortlichkeit bestreitenden bzw. seine Zahlungspflicht in Abrede stellenden – Verursacher zu halten.
4. Ein – grundsätzlich auch im Verhältnis **zwischen (hoheitlich handelnden) Verwaltungsträgern und Privatpersonen** möglicher – Rückgriff auf den Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683, 670 BGB ist dann **ausgeschlossen**, wenn **vorrangige einschlägige Regelungen** über die Erstattung von Kosten und Auslagen für die betr. Maßnahmen bestehen.

**A. Grundlagenwissen: echte berechnigte GoA, §§ 677, 683 BGB**

**I. Besorgung eines fremden Geschäfts**

**1. objektiv fremdes Geschäft:**

Geschäft, das nach seinem **objektiven Inhalte** ausschließlich dem Pflichten- und Interessenkreis einer anderen Person zugewiesen ist (Reparatur seiner Sache).

**2. subjektiv fremdes Geschäft**

Das **subjektiv fremde Geschäft** ist ein objektiv neutrales Geschäft, das allein durch die Willensrichtung des Geschäftsführers zu einem fremden Geschäft zu werden vermag. Damit müssen die Besorgung eines fremden Geschäfts und der Fremdgeschäftsführungswillen gemeinsam geprüft werden (Kauf einer Sache).

**II. Fremdgeschäftsführungswille**

Wird bei objektiv fremdem Geschäft vermutet; sonst äußerliche Erkennbarkeit erforderlich.

**III. ohne Auftrag**

**IV. Berechnigung zur Geschäftsbesorgung**

1. Geschäftsführung liegt im Interesse oder wirklichen/mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, § 683 S. 2 BGB
2. Geschäftsführung entspricht einer Pflicht des Geschäftsherrn gem. § 679 BGB
  - konkrete Belange der Allgemeinheit gefährdet oder beeinträchtigt (z.B. gesetzliche Unterhaltspflichten, z.B. §§ 1360 ff.; 1601 ff., 1969 BGB)
  - § 679 BGB analog, wenn der Wille des Geschäftsherrn gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt., z.B. Selbstmörder
3. Genehmigung unberechnigter GoA, § 684 S. 2 BGB

## V. Rechtsfolgen

Der Geschäftsführer hat **Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen** nach §§ 683 S. 1, 670 BGB, der Geschäftsführer, der Geschäftsherr hat Anspruch auf **Herausgabe** des durch die Geschäftsführung Erlangten nach §§ 681 S. 2, 667, 668 BGB, auf **Anzeige der Geschäftsführung** nach § 681 S.1, auf **Auskunft und Rechenschaft** nach §§ 681 S. 2, 666 BGB sowie Anspruch auf **Schadensersatz** nach § 823 BGB bei Verschulden des Geschäftsführers, aber Haftungsbeschränkung bei Gefahrenabwehr (§ 680 BGB).

## B. Kein Anspruch aus GoA des privaten Unternehmers gegen den Bürger bei Beauftragung durch die öffentliche Hand (vgl. BGH in NVwZ-RR 2012, 707)

**Fall:** Die Kl. verlangte von der Bekl. die Zahlung von Kosten für die Entfernung einer von einem Omnibus der Bekl. am 11.05.2010 auf der W.-Straße im Bereich der Ortsdurchfahrt L. verursachten Kühlflüssigkeitsspur. Die Stadt L. erteilte der Kl. am 11.05.2010 einen Auftrag zur „Verkehrsflächenreinigung im maschinellen Nassreinigungsverfahren inkl. Nebenarbeiten“. Der Text des von dem Vertreter der Stadt unterzeichneten Formulars der Kl. war auf eine Auftragserteilung durch den Verursacher der Verschmutzung zugeschnitten. So heißt es in den über der Unterschriftsleiste befindlichen Passagen: „Der Unterzeichnete erklärt hiermit, als Halter und/oder Fahrer X, dass er die näher bezeichnete Verunreinigung verursacht hat. In Kenntnis dieser Tatsache hat er die ausführende Firma mit der Beseitigung der Verunreinigung beauftragt...“. Am 09.08.2010 trat die Stadt L. ihre aus dem Schadensfall vom 11.05.2010 resultierenden Schadensersatzansprüche gegen den Fahrer, den Halter und den Haftpflichtversicherer des unfallbeteiligten Fahrzeugs in Höhe der entstandenen Reinigungskosten an die Kl. ab. Mit Schreiben vom 10.08.2010 stellte die Kl. der Bekl. für die ausgeführten Arbeiten einen Betrag in Höhe von 1.446,09 Euro in Rechnung, der von der Bekl. nicht beglichen wurde. Hat die Kl. gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung dieses Betrages?

### I. Anspruch aus § 398 BGB i.V.m. § 15 I HessStrG

Ein Anspruch der Kl. gegen die Bekl. auf Zahlung von 1.446,09 € könnte sich aus § 398 BGB i.V.m. § 15 I HessStrG ergeben.

*„Ein etwaiger öffentlich-rechtlicher Anspruch der Stadt L. gem. § 15 I des HessStrG, wonach eine Gemeinde (u. a.) die Verunreinigung von Ortsdurchfahrten auf Kosten des Verursachers beseitigen oder beseitigen lassen könne, [ist] jedenfalls nicht wirksam an die Kl. abgetreten worden.“* (BGH aaO)

### II. Anspruch aus § 398 BGB i.V.m. § 7 StVG oder § 823 I BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. aus § 398 BGB i.V.m. § 7 StVG oder § 823 I BGB einen Anspruch auf Zahlung von 1.446,09 € haben.

Eine Abtretungserklärung ist seitens der Stadt L. erfolgt. Auch handelt es sich sowohl bei dem Anspruch aus § 7 StVG als auch bei dem Anspruch aus § 823 I BGB um abtretbare Ansprüche. Die Kl. kann jedoch einen solchen Anspruch nur geltend machen, wenn der Stadt L. auch ein entsprechender Schadensersatzanspruch überhaupt zustand. Die Schadensersatzpflicht knüpft insofern sowohl bei § 7 StVG als auch bei § 823 I BGB an eine mögliche Eigentumsverletzung an.

*„Ein privatrechtlicher Schadensersatzanspruch gem. § 7 I StVG, § 823 I BGB [steht] der Stadt L. nicht zu, da sie nicht Eigentümerin der verschmutzten Straße [ist].“* (BGH aaO)

### III. Anspruch aus §§ 677, 683, 670 BGB

Schließlich kommt ein Anspruch der Kl. gegen die Bekl. auf Zahlung von 1.446,09 € aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683, 670 BGB in Betracht.

#### 1. Besorgung eines fremden Geschäfts

Die Kl. müsste überhaupt ein fremdes Geschäft geführt haben. Hierbei ist zwischen einem **objektiv fremden Geschäft** zu unterscheiden, das nach seinem **objektiven Inhalte** ausschließlich dem Pflichten- und Interessenkreis einer anderen Person zugewiesen ist (Reparatur seiner Sache) und einem subjektiv-fremden Geschäft. Dieses ist ein objektiv neutrales Geschäft, das allein durch die Willensrichtung des Geschäftsführers zu einem fremden Geschäft zu werden vermag. Damit müssen die Besorgung eines fremden Geschäfts und der Fremdgeschäftsführungswillen gemeinsam geprüft werden (Kauf einer Sache).

„Nach § 15 I 1 Halbs. 1 HessStrG hat derjenige, der eine Straße über das übliche Maß hinaus verunreinigt, die Verunreinigung ohne Aufforderung unverzüglich zu beseitigen. Auf Grund dieser neben der polizeilichen Reinigungspflicht der Gemeinde (§ 10 HessStrG) bestehenden gesetzlichen Reinigungspflicht des Verursachers hat die Kl. mit der Beseitigung der Verunreinigung (auch) ein Geschäft der Bekl. ausgeführt.“ (BGH aaO)

Es liegt daher ein objektiv fremdes Geschäft des Bekl. vor.

## 2. Fremdgeschäftsführungswille

Fraglich ist jedoch, ob die Kl. mit dem erforderlichen Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt hat. Die Kl. hat im Auftrag der Stadt L. gehandelt, mit welcher sie eine vertragliche Vereinbarung abgeschlossen hat.

### a) GoA trotz vertraglicher Vereinbarung

Zwar ist grundsätzlich anerkannt, dass ein Fremdgeschäftsführungswille bestehen kann, wenn der Geschäftsführer das Geschäft zumindest auch für einen anderen führen will. Ob dies aber dann gelten kann, wenn der Geschäftsführer auf der Grundlage einer vertraglichen Regelung gehandelt hat, wurde bislang von verschiedenen Gerichten unterschiedlich bewertet.

„Beruht die Verpflichtung des Geschäftsführers indes auf einem **wirksam geschlossenen Vertrag**, der die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers und insbesondere die **Entgeltfrage umfassend regelt**, kann ein Dritter, dem das Geschäft auch zugute kommt, nicht auf Aufwendungsersatz wegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag in Anspruch genommen werden (BGH, NJW-RR 2004, 81 [83]; NVwZ-RR 2011, 925 f.; Staudinger/Bergmann, BGB, [2006], Vorbem. zu §§ 677 ff., Rn. 324). Den Rückgriff auf Aufwendungsersatzansprüche verwehrt in diesem Fall der aus der Parteiautonomie folgende **Vorrang der vertraglichen Rechte** gegenüber dem Ausgleich der aus der erbrachten Leistung resultierenden Vorteile Dritter, die außerhalb des Vertrags stehen (BGH, NJW-RR 2004, 81).“ (BGH aaO)

### b) Bestehen einer wirksamen vertraglichen Regelung mit der Stadt L.

Für die Frage, ob die Kl. überhaupt einen Anspruch aus GoA geltend machen kann, kommt es daher darauf an, ob die Beauftragung der Kl. durch die Stadt L. als eine in diesem Sinne umfassende Regelung zu verstehen ist.

Fraglich ist hierbei zunächst, ob es der Annahme einer solchen entgegensteht, dass das Vertragsformular der Kl. als Auftraggeber nur eine persönliche Haftung von Halter oder Fahrer des die Verunreinigung verursachenden Fahrzeugs neben dem Haftpflichtversicherer vorsieht.

„Da aber der Vertreter der Stadt L. gleichwohl über der Leiste **„Unterschrift Berechtigter/Fahrer/Halter“** und unter den zuvor bezeichneten beiden Textpassagen das **Auftragsformular unterschrieben** hat, bestehen unter Zugrundelegung des revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabs keine Bedenken gegen eine Auslegung der **Willenserklärung der Stadt L. dahingehend**, sie wolle die Klausel, aus der sich eine **Kostenpflichtigkeit** des unterzeichnenden Auftraggebers ergibt, **auch gegen sich gelten lassen**.

Es mag sein, dass das Interesse der Stadt grundsätzlich darauf gerichtet war, nicht selbst mit den Kosten der Reinigungsmaßnahme belastet zu werden. Wer einen **Auftrag** zur Reinigung einer Straße erteilt, kann jedoch **nicht erwarten**, dass der **Auftragnehmer ihm gegenüber unentgeltlich tätig wird** und bereit ist, sich wegen der Vergütung ausschließlich an den – möglicherweise unbekanntem oder seine Verantwortlichkeit bestreitenden bzw. seine Zahlungspflicht in Abrede stellenden – Verursacher zu halten. Umstände, warum die Kl. als Auftragnehmerin **im Falle eines „kommunalen“ Auftrags**, anders als bei der Beauftragung durch den Verursacher oder Fahrzeughalter, bereit gewesen sein sollte, **auf** eine vertragliche Regelung der **Kostenpflichtigkeit** der beauftragten Maßnahmen **zu verzichten**, sind weder festgestellt noch vorgetragen. In beiden Konstellationen hat die Kl. als Auftragnehmerin vielmehr ein **erhebliches Interesse an einer unmittelbaren Regelung** bereits im Rahmen der Auftragserteilung. Dem Interesse der Stadt, jedenfalls im Ergebnis nicht selbst mit den Kosten der Reinigung belastet zu werden, wird in diesem Rahmen hinreichend durch § 15 I HessStrG Rechnung getragen, auf Grund dessen die Stadt von dem Verursacher die **Erstattung der ihr entstandenen Kosten verlangen** kann.“ (BGH aaO)

Es liegt daher eine entsprechende Regelung auch hinsichtlich der Kostenpflicht vor, so dass die Kl. sich unmittelbar an ihren Vertragspartner halten kann und muss und ihr ein Rückgriff auf die Ansprüche aus GoA verwehrt ist.

### c) Anforderungen an den Regelungsumfang

Fraglich ist jedoch, wann von einer umfassenden Regelung ausgegangen werden kann.

*„Entgegen der Auffassung der Revision **erfordert** eine die Anwendung der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag ausschließende **„umfassende“** **Regelung** der Rechte und Pflichten des Geschäftsführers und insbesondere der Entgeltfrage in einem zwischen dem Geschäftsführer und einem Dritten wirksam geschlossenen Vertrag **nicht**, dass **sämtliche Details** der Entgeltfrage einschließlich der exakten Höhe des Entgelts in dem Vertrag geregelt werden. Ausreichend ist vielmehr, dass in dem Vertrag, in dessen Rahmen die betreffende Leistung geschuldet ist, die **Entgeltlichkeit überhaupt und im Sinne einer umfassenden Vergütungspflicht des Auftraggebers vereinbart** ist (vgl. Wendlandt, NJW 2004, 985 [987]). Dann nämlich erfolgt die Tätigkeit des Auftragnehmers ausschließlich auf der Grundlage der vertraglichen Regelung, so dass für einen Rückgriff auf die Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag kein Raum bleibt. Das **Fehlen besonderer Abreden über die konkrete Bemessung der geschuldeten Vergütung** ist dagegen im Hinblick auf § 632 II BGB unschädlich.“* (BGH aaO)

Es ist daher von einem hinreichenden Regelungsumfang auszugehen, so dass der Rückgriff auf die Regelungen über die GoA ausgeschlossen ist und ein Anspruch der Kl. gegen den Bekl. damit scheidet.

### IV. Anspruch aus § 398 i.V.m. §§ 677, 683, 670 BGB

Allerdings könnte der Stadt L. ihrerseits ein Anspruch aus GoA auf Zahlung von 1.446,09 € gem. §§ 677, 683, 670 BGB zustehen, der dann an die Kl. abgetreten worden sein könnte.

Fraglich ist jedoch, ob ein Träger öffentlicher Gewalt bei einem Tätigwerden im eigenen Aufgabenbereich sich überhaupt auf den Standpunkt stellen kann, dieses Tätigwerden sei ein privatrechtliches im Rahmen einer GoA.

*„Wenn eine (hessische) Gemeinde **übermäßige Straßenverunreinigungen selbst beseitigt oder durch ein von ihr beauftragtes gewerbliches Reinigungsunternehmen beseitigen lässt**, so kann sie nach § 15 I 1 Halbs. 2 HessStrG vom Verursacher der Verunreinigung **Erstattung der ihr entstandenen (Werklohn-) Kosten** verlangen. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist aber ein – grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen (hoheitlich handelnden) Verwaltungsträgern und Privatpersonen möglicher – **Rückgriff auf den Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683, 670 BGB dann ausgeschlossen, wenn vorrangige einschlägige Regelungen über die Erstattung von Kosten und Auslagen für die betr. Maßnahmen bestehen** (vgl. BGHZ 156, 394 [397] = NJW 2004, 513 ff., m. w. Nachw.; BGH, NVwZ 2008, 349; Staudinger/Bergmann, Vorbem. zu §§ 677 ff. Rn. 283). § 15 I 1 Halbs. 2 HessStrG, der der Gemeinde einen **öffentlich-rechtlichen**, durch Leistungsbescheid oder Leistungsklage geltend zu machenden **Erstattungsanspruch** zubilligt (vgl. Neumeyer, HessStrG [2011], § 15 S. 6), enthält eine solche abschließende Sonderregelung, die **keinen Raum für zivilrechtliche Ansprüche aus §§ 677, 683, 670 BGB** der die Verunreinigung beseitigenden Körperschaft des öffentlichen Rechts lässt (vgl. OLG Koblenz, GewA 1978, 351 f. – zu § 40 RhPfStrG a. F.; Schneider, MDR 1989, 193 [197] – zu § 7 III FStrG und den Straßengesetzen der Länder; ähnlich auch: Edhofer/Willmitzer, BayStrWG, 12. Aufl., Art. 16 Erl. 2.3).*

*Angesichts dieses der Bestimmung des § 15 HessStrG zu Grunde liegenden Regelungskonzepts begegnete es erheblichen Bedenken, wenn eine Gemeinde den **vorgewiesenen Weg über § 15 HessStrG (bewusst und zielgerichtet) dadurch vermeiden könnte**, dass sie die Reinigungsarbeiten mit der Maßgabe durchführen lässt, das von ihr eingeschaltete **Reinigungsunternehmen möge sich wegen des Entgelts unmittelbar mit dem Verursacher auseinandersetzen**. Es dürfte daher, um eine Umgehung der der Gemeinde auferlegten öffentlich-rechtlichen Bindungen zu verhindern, nahe liegen, einer derartigen Abrede – die letztlich auf die Erteilung eines Auftrags hinaus liefe, für einen anderen als Geschäftsführer ohne Auftrag tätig zu werden – den angestrebten rechtlichen Erfolg („Zuweisung“ eines Aufwendungsersatzanspruchs nach §§ 683, 670 BGB) zu versagen (in diesem Sinne auch: LG Baden-Baden, Urt. v. 24.07.2009 – 2 O 121/09; LG Bielefeld, Urt. v. 23.10.2009 – 1 O 486/08, in: BeckRS 2010, 10460; a. A.: OLG Frankfurt a. M., Hinweisbeschl. v. 03.11.2009 – 16 U 225/08)“* (BGH aaO).

**V. Ergebnis:** Die Kl. hat keinen Anspruch gegen den Bekl. auf Zahlung von 1.446,09 €.

(KG in ZAP 2012, 1043; Beschluss vom 27.07.2012 – 3 Ws 381/12)

Die für eine **Strafbarkeit wegen Betruges durch Unterlassen** erforderliche **Garantenpflicht** i. S. des § 13 I StGB ist **nicht gegeben, wenn** nach einem Todesfall die **Alleinerbin** des/der Verstorbenen **es unterlässt**, dem **Rentenversicherungsträger den Todesfall mitzuteilen** und die fortlaufenden **Rentenzahlungen für sich verbraucht**.

**Fall:** Der Angekl. wird vorgeworfen, in zwei Fällen durch Unterlassen einen Betrug begangen zu haben, wodurch ein Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt worden sei. Die Angekl. soll es entgegen der ihr gem. § 60 I 2 SGB I i.V.m. § 118 IV SGB VI als Alleinerbin ihrer verstorbenen Mutter obliegenden Verpflichtung unterlassen haben, der Dt. Rentenversicherung Bund den Tod ihrer Mutter mitzuteilen. Infolgedessen habe der zuständige Sachbearbeiter der Dt. Rentenversicherung Bund nicht die Einstellung der für die Mutter laufenden Rentenzahlungen veranlasst. So seien fortlaufend Rentenzahlungen i. H. von anfangs 685,52 € und zuletzt 734,02 € auf das Konto der Verstorbenen, über das auch die Angekl. schon zu Lebzeiten ihrer Mutter verfügungsberechtigt gewesen sei, überwiesen worden. Insgesamt habe die Rentenversicherungsträgerin Rentenzahlungen von insgesamt 75.283,51 € geleistet, worauf kein Anspruch bestanden habe. Die Angekl. habe die eingehenden Rentenzahlungen verbraucht, indem sie über das Konto ihrer Mutter fortlaufend Verfügungen zugunsten ihres eigenen Kontos und zudem Überweisungen für eigene Zwecke vorgenommen habe.

Ebenso sei die Angekl. ihrer Unterrichtungspflicht gegenüber der Dt. Rentenversicherung Berlin-Brandenburg nicht nachgekommen, so dass auch hier der zuständige Sachbearbeiter den automatisierten Überweisungsvorgang irrtumsbedingt nicht eingestellt habe. Hierdurch seien im Tatzeitraum monatliche Zahlungen von zunächst 717,66 € und zuletzt 765,64 € auf das Konto der Verstorbenen geleistet worden, die sich auf einen Betrag von insgesamt 87.568,93 € summiert hätten. Auch diese Geldbeträge habe die Angekl. für eigene Zwecke verwendet.

Fraglich ist, ob überhaupt eine **Garantenpflicht** der Angekl. i. S. des § 13 I StGB gegeben ist.

I. Eine solche ergibt sich nicht aus **§ 60 I 2 SGB I**.

Diese Vorschrift bestimmt, dass denjenigen, der eine Sozialleistung zu erstatten hat, eine Auskunftspflicht entsprechend § 60 I 1 SGB I gegenüber dem Leistungsträger trifft.

1. Unzweifelhaft ist die Angekl. gem. § 118 IV 1 SGB VI zur Erstattung der überzahlten Beträge verpflichtet, denn gem. § 102 V SGB VI war der **Rentenanspruch** der verstorbenen Mutter **mit ihrem Tod erloschen**, so dass die danach erfolgten **Leistungen zu Unrecht erbracht** worden sind.

*„Die Ansprüche aus dem Girovertrag gegen die kontoführende Bank sind auf die Angekl. als Alleinerbin nach dem Tod ihrer Mutter gem. § 1922 BGB übergegangen. Eine Rücküberweisung der zu Unrecht erbrachten Geldzahlungen durch die kontoführende Bank kam nicht mehr in Betracht, da die Angekl. bereits über die Beträge verfügt hatte (§ 118 III 2 u. 3 SGB VI).“ (KG aaO)*

2. Auch das materiellrechtliche **Bestehen eines Erstattungsanspruches reicht zur Begründung der Mitteilungspflicht** gem. § 60 I 2 SGB I **nicht aus**. Diese wird nämlich erst dann wirksam, wenn der Leistungsträger ein Erstattungsverfahren einleitet.

OLG Hamburg wistra 2004, 151; zustimmend Peglau wistra 2004, 316; MüKo-StGB/Hefendehl, § 263 Rn 154; Hoyer, Systematischer Kommentar zum StGB, 60. Lfg., 7. Auflage, § 263 Rn 58; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Kommentar zum StGB, 3. Auflage, § 263 Rn 159; Eichenhofer/Wenner, Kommentar zum SGB I, IV, X, § 60 Rn 18; Mrozynski, SGB I, 4. Auflage, § 60 Rn 42; weitergehend Bringewat NStZ 2011, 131, der bei § 60 Abs. 1 SGB I eine Garantenpflicht generell verneint; a. A.: AG Tiergarten DAngVers 1988, 469, zustimmend Bonz DAngVers 1988, 470; Möhlenbruch NJW 1988, 1894; Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 2. Auflage, § 60 SGB I, Rn 3; unklar insoweit Tiedemann, LK, StGB, 12. Auflage, § 263 Rn 57, der einerseits die Auffassung vertritt, dass die Abhebung von irrtümlich nach dem Tod des Berechtigten gezahlten Rentenbeträgen keinen Betrug durch Unterlassen darstelle, andererseits aber anerkennt, dass der Erbe verpflichtet sei, den Tod des Berechtigten dem Versicherungsträger anzuzeigen.

*„Diese eingeschränkte Reichweite der Auskunftspflicht gem. § 60 I 2 SGB I ergibt sich aus dem Verweis auf § 60 I 1 SGB I, der für die Erstattungsfälle entsprechend zu gelten hat. Die Mitwirkungspflicht nach Satz 1 trifft aber nur denjenigen, der „Sozialleistungen beantragt oder erhält“. Die Auskunftspflicht des Leistungsempfängers knüpft damit an ein auf den Leistungsbezug gerichtetes Verwaltungsverfahren an. Sie beginnt mit Eröffnung des Verwaltungsverfahrens und dauert während aller Phasen des Sozialleistungsverhältnisses bis zum Ablauf des Leistungsbezuges an. Auch in den Fällen, in denen Rentenzahlungen nach dem Tod des Berechtigten zu Unrecht erbracht worden sind, hat der Träger der Rentenversicherung gem. § 118 IV 2 SGB VI die Erstattungsansprüche durch Verwaltungsakt geltend zu machen. Im vorliegenden Fall sind aber in dem Zeitraum der verfahrensgegenständlichen Überzahlungen von den Rentenversicherungsträgern*

noch keine Rückforderungsbescheide gegenüber der Angekl. erlassen oder wenigstens Anfragen an die Angekl. zur Vorbereitung der Rückforderung gerichtet worden.“ (KG aaO)

3. Lässt somit schon der **Wortlaut des § 60 I SGB I** nicht den Schluss zu, dass in den Erstattungsfällen die Mitwirkungspflicht des Erstattungspflichtigen weiter gehen soll als bei den Beziehern von Sozialleistungen, so sind auch sonst keine rechtlich erheblichen Gründe für eine solche Annahme gegeben.

„Sofern von Tiedemann aaO unter Hinweis auf die Vorschrift des § 99 S. 2 SGB X die Auffassung vertreten wird, dass Angehörige und Erben sowie diejenigen, die zur Erstattung der zu Unrecht erbrachten Rentenzahlungen verpflichtet sind, zur Mitteilung vom Tod des Berechtigten an den Versicherungsträger verpflichtet seien, ist diese Ansicht schon deshalb abzulehnen, weil § 99 S. 2 SGB X nur sog. Rückgriffsfälle erfasst. Bei Rentenzahlungen aber besteht - selbst wenn diese wegen Todes des Berechtigten zu Unrecht erbracht worden sein sollten - kein Rückgriffsanspruch des Leistungsträgers gegenüber anderen Personen, sondern allenfalls ein Erstattungsanspruch gegenüber dem durch die Rentenzahlung Begünstigten. Gegenüber den Erben kommt ein **Erstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung** nach §§ 812 ff. BGB in Betracht, der vor den Zivilgerichten geltend zu machen ist (BGH NJW 1978, 1385).“ (KG aaO)

4. Auch aus den **Gesetzesmaterialien** ergeben sich keine Hinweise darauf, dass für die Begründung der Mitwirkungspflicht in den Erstattungsfällen bereits der materiellrechtliche Bestand eines Erstattungsanspruches für ausreichend zu erachten ist.

„Die Vorschrift des § 60 I 2 SGB I ist durch § 28 Nr. 2 Bundeserziehungsgeldgesetz (BGBl. 1985 I 2154 ff.) aufgrund einer Empfehlung des Ausschusses für Jugend, Familie und Gesundheit zum Regierungsentwurf des Bundeserziehungsgeldgesetzes (BT-Drucks. 10/4148, Seite 18) eingefügt worden. Zum Zweck der Gesetzesänderung wird im Ausschussbericht (BT-Drucks. 10/4212, S. 7) lediglich klargelegt, dass die Mitwirkungspflichten des § 60 I 1 SGB I auch für den Fall von Erstattungen gelten sollen. Es ergeben sich hieraus keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber dem neu einzuführenden § 60 I 2 SGB I einen deutlich weiteren Anwendungsbereich als nach der bestehenden Regelung des § 60 I 1 SGB I zumessen wollte. Schon gar nicht richtete sich das Augenmerk des Gesetzgebers auf Fälle der Rückerstattung von Rentenzahlungen nach § 118 IV SGB VI.“ (KG aaO)

5. **Für eine Erstreckung der Mitwirkungspflicht des Erstattungspflichtigen auch auf die Anzeige des Sterbefalles** gegenüber dem Rentenversicherungsträgers besteht nach der gegebenen Gesetzeslage auch **kein sachliches Bedürfnis**.

„§ 119 III Nr. 1 SGB VI sieht nämlich vor, dass die mit der Zahlung und Anpassung der laufenden Geldleistungen betraute Deutsche Post AG die Zahlungsvoraussetzungen durch Auswertung von Sterbefallmitteilungen nach § 101a SGB X oder durch die Einholung von Lebensbescheinigungen im Rahmen der §§ 60 I, 65 I Nr. 3 SGB I zu überwachen hat, wobei die letztere Verfahrensweise vor allem bei im Ausland lebenden Rentenbeziehern in Betracht kommt. Auf diese Weise wird ausreichend sichergestellt, dass die Träger der Rentenversicherung im Rahmen des geltenden Untersuchungsgrundsatzes (§ 20 SGB X) die notwendigen Informationen erhalten. Da dem Gesetzgeber diese Verfahrensweise offensichtlich ausreichend erscheint, hat er auch bislang davon abgesehen, für den Erben durch ausdrückliche gesetzliche Regelung im Rahmen des SGB VI die Pflicht zu begründen, den Sterbefall gegenüber dem Rentenversicherungsträger anzuzeigen.“ (KG aaO)

- II. Auch aus dem **Grundsatz von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) lässt sich eine entsprechende Garantienpflicht nicht ableiten, denn eine solche ließe sich nur annehmen bei „besonderen Umständen im zwischenmenschlichen Bereich“ (vgl. BGHSt 39, 392).

„Weil aber zwischen der Angekl. und den Rentenversicherungsträgern überhaupt **kein Rechtsverhältnis** bestand und **auch durch den Erbfall nicht eingetreten** ist, lässt sich eine Pflicht der Angekl., das Vermögen der Rentenversicherungsträger zu schützen, nicht begründen (vgl. auch OLG Köln NJW 1979, 278; OLG Hamm MDR, 692; OLG Düsseldorf NJW 1987, 853; jeweils für die alte Rechtslage vor Einführung des § 60 I 2 SGB I).

Zwar wird von Ranft (Jura 1992, 66) die Auffassung vertreten, dass eine Garantienstellung des Erben hergeleitet werden kann, wenn die Rentenzahlungen auf sein Konto eingegangen sind, dieser Gedanke lässt sich aber auf den vorliegenden Fall nicht anwenden, da hier die Rentenzahlungen ja nur auf das Konto der Erblasserin erfolgt sind, für das die Angekl. lediglich eine Verfügungsvollmacht besaß. Die für das Konto der Leistungsbezieherin bestehende **Verfügungsvollmacht begründet** aber schon deshalb **keinen „besonderen Umstand“**, der eine **Garantienpflicht aus Treu und Glauben begründen konnte**, da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die Leistungsträger von der Verfügungsvollmacht der Angekl. Kenntnis hatten. Somit konnten sie auch kein rechtlich schützenswertes Vertrauen in die Person der Angekl. aufbauen. Dieses Ergebnis steht auch in Einklang mit der Entscheidung des OLG Hamm (NJW 1987, 2245), das eine Garantienstellung des Erben in einem vergleichbaren Fall nur deshalb annahm, weil dieser vor dem Tod des Erblassers zwei Mal selbst mit eigenem Namen eine Bestätigung über den Empfang der jährlichen Aufstellung der Sozialleistungen nebst Unterrichtung über die Anzeigepflichten unterschrieben hatte.“ (KG aaO)

- III. Auch die beachtliche **Höhe der im vorliegenden Fall erfolgten Überzahlungen begründet keine Garantenpflicht**, da sich der **Schadensfaktor auf die Eigenart der zu beurteilenden Rechtsbeziehungen nicht auswirkt**.

*„Dies übersieht Möhlenbruch NJW 1988, 1894, der in mit dem vorliegenden Fall vergleichbaren Fällen wegen der erheblichen Höhe des Schadens eine Offenbarungspflicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben für gegeben erachtet. Auch aus dem das Sozialversicherungsrecht tragenden **Solidaritätsprinzip** lässt sich eine die Angeschuldigte treffende Garantenstellung nicht ableiten (so aber Möhlenbruch aaO), denn ein derartig weit gestecktes **gesellschaftliches Prinzip begründet eben keine „besonderen Umstände“**, wie sie vom BGH für die Annahme einer Garantenstellung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gefordert werden.“ (KG aaO)*

- IV. **Ergebnis:** Da somit unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt eine Garantenstellung der Angeschuldigten gegenüber den Trägern der Rentenversicherung zu begründen ist, scheidet eine Strafbarkeit wegen Betruges durch Unterlassen gem. §§ 263 I, 13 StGB aus.



AufenthG  
§ 95Einschleusen von Ausländern  
Erschliches Visum

StrafR

(BGH in NSTZ 2012, 644; Beschluss vom 24.05.2012 – 5 StR 567/11)

Ein durch arglistige Täuschung **erschliches, gleichwohl aber formell bestandskräftiges Visum schließt eine Strafbarkeit wegen illegaler Einreise und illegalen Aufenthalts (§ 95 I Nr. 2, 3 AufenthG) sowie eine Strafbarkeit nach den hieran anknüpfenden Schleusungstatbeständen der §§ 96, 97 AufenthG nach § 95 IV AufenthG nicht aus.**

**Fall:** Der Angekl. gehörte vietnamesischen Banden an, deren Ziel es war, vietnamesische Staatsbürger illegal nach Deutschland zu verbringen. Eine Bande ging in der Weise vor, dass der ungarischen Botschaft in Vietnam vorgespiegelt wurde, bei gegen ein Entgelt von 11.000 bis 15.000 \$ zu schleusenden vietnamesischen Staatsbürgern handele es sich um Mitglieder touristischer Reisegruppen. Die vorgeblichen Reisegruppen bestanden jeweils aus 20 bis 30 Personen. In der irrigen Annahme, dass die Reisen tatsächlich stattfinden würden, erteilte die ungarische Botschaft den Betroffenen Touristenvisa, die einen kurzen Aufenthalt in allen Schengenstaaten ermöglichen. Die Reisen wurden in den ersten Tagen zum Schein gemäß Reiseprogramm durchgeführt, bevor die Betroffenen dem vorab gefassten Tatplan entsprechend von Paris aus in die jeweiligen Zielländer – zumeist Deutschland – weiter transportiert wurden. Die in Berlin eintreffenden Geschleusten wurden zunächst in sog. „Safehouses“ untergebracht, bis sie dann von in Deutschland ansässigen Verwandten abgeholt und anderweitig einquartiert wurden.

Die weitere Bande machte sich den Umstand zunutze, dass vietnamesische Arbeitskräfte in Schweden als Beerenpflücker auf wenige Monate befristete Arbeitsvisa erlangen konnten, die einen Aufenthalt im Schengenraum erlaubten. Bei der Beantragung der Visa wurde den zuständigen Behörden vorgespiegelt, dass die zu schleusenden Personen als Beerenpflücker arbeiten wollten, während sie in Wahrheit planten, sich unmittelbar nach ihrer Ankunft in Schweden weiter nach Deutschland oder in andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union schleusen zu lassen.

Dem Angekl. liegt im Einzelnen zur Last:

Am 21.06.2010 nahm er mit 2 anderen Bandenmitgliedern 6 vietnamesische Staatsbürger in Empfang, die mit erschlichenen ungarischen Touristenvisa von Paris kommend in Berlin eingetroffen waren. Mit einem Mittäter sorgte er dafür, dass diese und 3 weitere geschleuste Personen durch Verwandte oder Bekannte abgeholt und untergebracht wurden. Dafür erhielt er 500 €. Dem Plan entsprechend tauchten die vietnamesischen Staatsbürger nach ihrer Ankunft in Deutschland unter (Tat 1).

Am 04.07.2010 holte er mit 2 Bandenmitgliedern 10 in gleicher Weise nach Berlin verbrachte vietnamesische Staatsbürger ab und sorgte für deren Unterbringung. Er erhielt Geldleistungen in unbekannter Höhe (Tat 2).

Am 17.07.2010 fuhren der Angekl. und ein Mittäter nach Schweden, um den Transport einer Gruppe von vietnamesischen Staatsangehörigen nach Berlin zu organisieren. Diese hatten unter Hilfestellung der Bande schwedische Arbeitsvisa als Beerenpflücker erschlichen. Jeder vietnamesische Staatsangehörige hatte für die Schleusung 2.000 € an den Angekl. zu zahlen. Der Mittäter fuhr mit 4 geschleusten Personen am 19.07.2010 nach Berlin. Deren Unterbringung in Berlin wurde von einem weiteren Mittäter durchgeführt (Tat 3).

Anschließend organisierten der deswegen in Schweden verbliebene Angekl. und sein dorthin zurückgekehrter Mittäter nach gleichem Muster die Schleusung weiterer vietnamesischer Staatsbürger nach Berlin. Auch diese Personen mussten jeweils 2000 € an den Angekl. bezahlen. In der Nacht vom 20. auf den 21.07.2010 wurden 8 vietnamesische Staatsangehörige von Schweden nach Berlin verbracht, wo deren Aufnahme und Unterbringung organisiert wurde (Tat 4).

Der Angekl. könnte sich wegen **gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern** nach § 97 II i.V.m. § 96 I Nr. 1a u. b i.V.m. § 95 I Nr. 3 und § 96 I Nr. 2 i.V.m. § 95 I Nr. 2 AufenthG strafbar gemacht haben.

I. **Für die Annahme deutscher Strafgewalt irrelevant ist, dass sich die Vorgänge zum Erschleichen der Visa im Ausland abgespielt haben.**

*„Das gilt schon deswegen, weil es sich bei § 95 VI AufenthG nicht um einen eigenständigen Straftatbestand, sondern um eine Gleichstellungsklausel in Bezug auf das in § 95 I Nr. 2, 3 AufenthG normierte (negative) Tatbestandsmerkmal des Fehlens eines erforderlichen Aufenthaltstitels handelt (vgl. Wohlers JZ 2001, 850; a.M. wohl Huber, Aufenthaltsgesetz, 2010, § 95 Rn 368ff.; Schott Einschleusen von Ausländern, 2. Aufl., S. 280ff.)“* (BGH aaO)

II. **Die Voraussetzungen des § 95 II AufenthG sind erfüllt.**

*„Die zu schleusenden Personen gaben gegenüber den Amtsträgern der ungarischen Botschaft in Vietnam bewusst wahrheitswidrig vor, zu touristischen Zwecken bzw. zum Zweck des Beerenpflückens in Schweden für einen Kurzaufenthalt in den Schengenraum einreisen zu wollen. Demgegenüber hatten sie von Anfang an die*

**Absicht, dauerhaft in Deutschland zu bleiben**, was der Erteilung der Visa zwingend entgegenstand (vgl. Art. 21 I Visakodex, Art. 5 I e Schengener Grenzkodex; Renner AusländerR, 9. Aufl., § 6 Rn 22). Nur auf Grund der **Fehlvorstellung der Amtsträger über den wahren Zweck der Reisen** wurden die Visa erteilt.“ (BGH aaO)

- III. § 95 VI AufenthG stellt für die Fälle des unerlaubten Aufenthalts und der unerlaubten Einreise (§ 95 I Nr. 2, 3 AufenthG) ein Handeln aufgrund eines solchermaßen erlangten Aufenthaltstitels einem Handeln ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel gleich. Die **Vorschrift bewirkt** in den relevanten Fällen **trotz Vorhandensein eines verwaltungsrechtlich formell bestandskräftigen Aufenthaltstitels eine Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 2 und 3 AufenthG**, die ihrerseits den Anknüpfungspunkt für die „Schleusungstatbestände“ nach §§ 96, 97 AufenthG bilden können (a. M. Schott aaO, S. 283f.).
1. Dass der **Gesetzgeber diese Rechtsfolge herbeiführen wollte**, unterliegt **keinem Zweifel**.  
*„U. a. mit der Einführung des § 95 VI AufenthG reagierte er auf das Urteil des BGH NJW 2005, 2095). Darin wurde entschieden, dass ausländerrechtlichen Erlaubnissen für die verwaltungsakzessorischen Straftatbestände des Aufenthaltsgesetzes Tatbestandswirkung zukommt, weswegen rechtsmissbräuchlich erlangte, jedoch formell wirksame Einreise- oder Aufenthaltsgenehmigungen (Visa) die Strafbarkeit wegen illegaler Einreise und illegalen Aufenthalts (§ 95 I 1 Nr. 2 und 3, auch i.V.m. § 96 I AufenthG) ausschließen (BGH NJW 2005, 2095). Der Behebung von Strafbarkeitslücken auf Grund dieser Entscheidung dienten verschiedene im genannten Gesetz enthaltene Maßnahmen (hierzu RegE, BT-Drs 16/5065 S. 164, 182f., 199). Mit dem an § 330d Nr. 5 StGB angelehnten § 95 VI AufenthG wollte der Gesetzgeber sämtliche Fälle erfassen, „in denen die strafbefreiende Genehmigung auf unlautere Weise erlangt worden ist“ (BT-Drs 16/5065, S. 199; vgl. hierzu auch den diesbezüglichen Hinweis in BGH NJW 2005, 2095).“ (BGH aaO)*
  2. In § 95 VI AufenthG hat der **gesetzgeberische Wille** auch unter dem Blickwinkel des **strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots** (Art. 103 II GG) hinreichenden Niederschlag gefunden.
    - Für die illegale Einreise erscheint dies eindeutig und wird im Schrifttum soweit ersichtlich auch nicht bestritten (vgl. MüKo-StGB/Gericke 1. Aufl., § 95 AufenthG Rn 107).
    - Gleiches gilt indessen entgegen vereinzelt Stimmen in der Lit. (Gericke aaO, Rn 28; Schott aaO, S. 282f.) auch in Bezug auf § 95 I Nr. 2 AufenthG (so im Ergeb. der Großteil des Schrifttums, vgl. Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche NebenG, Stand April 2010, § 95 AufenthG Rn 11a; Renner, AusländerR, 9. Aufl., § 95 AufenthG Rn 22; Mosbacher, GK/AufenthG, Stand Juli 2008, § 95 Rn 57; Hailbronner AusländerR, Stand Oktober 2010, § 95 AufenthG Rn 110; Brocke NSTZ 2009, 546).
  3. Allerdings ersetzt § 95 VI AufenthG ausdrücklich nur das **Fehlen des erforderlichen Aufenthaltstitels** und erwähnt die weitere in § 95 I Nr. 2 AufenthG enthaltene Voraussetzung einer vollziehbaren Ausreisepflicht nicht. Der Umstand, dass ein **formell bestandskräftiger Aufenthaltstitel grds. eine vollziehbare Ausreisepflicht hindert, führt indessen nicht dazu, dass** die ausdrücklich auch auf § 95 I Nr. 2 AufenthG zielende **Regelung des § 95 VI AufenthG „fehlgeschlagen“** ist.  
*„Aus der Gleichstellung des Handelns auf Grund eines erschlichenen Aufenthaltstitels mit dem Handeln ohne Aufenthaltstitel folgt vielmehr auch, dass im Rahmen der Strafvorschriften des § 95 I Nr. 2 und 3 AufenthG die mit einem erschlichenen Aufenthaltstitel erfolgte Einreise als unerlaubt und die Ausreisepflicht somit als vollziehbar anzusehen ist (vgl. § 58 II Nr. 1 AufenthG). Ausdrücklicher Erwähnung im Gesetzestext bedarf dies nicht zwingend.“ (BGH aaO)*
  4. Über eine **Duldung** verfügten die eingeschleusten Personen nicht.  
*„Im Hinblick darauf, dass sie sich im Bundesgebiet von vornherein vor den Behörden verborgen haben, stellt sich die Frage eines die Erfüllung des Tatbestands ausschließenden hypothetischen Duldungsanspruchs (hierzu BVerfG NSTZ 2003, 488) mithin nicht (BGHR AuslG § 92 Unerlaubter Aufenthalt 4 m. w. Nachw.; BGHSt 54, 140).“ (BGH aaO)*
  5. **§ 95 VI AufenthG lockert** im vorbezeichneten Umfang die **Akzessorietät der betroffenen Strafrechtsbestimmungen zum – unionsrechtlich ausgeformten – Verwaltungsrecht**.
    - a) Auf ein **Vorabentscheidungsersuchen des BGH** hin hat der **EuGH** entschieden, dass die Art. 21 und 34 der Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex) sind

dahin auszulegen sind, dass sie einer aus der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften resultierenden Strafbarkeit wegen Einschleusens von Ausländern in Fällen, in denen die geschleusten Personen, die Drittstaatsangehörige sind, über ein Visum verfügen, das sie durch arglistige Täuschung der zuständigen Behörden des Ausstellermitgliedstaats über den wahren Reisezweck erlangt haben und das nicht zuvor annulliert worden ist, nicht entgegenstehen.

- b) Bei Anwendung dieser Rspr. ist nach BGH aaO davon auszugehen, dass die **formell vorhandenen Visa** der geschleusten Personen wegen Erfüllung des § 95 VI AufenthG **einer Strafbarkeit** des Angekl. **nicht entgegenstehen**.

*„Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken sind nicht gegeben. Die Lockerung der Verwaltungsakzessorietät hat § 95 VI AufenthG mit § 330d Nr. 5 StGB und ähnlichen Bestimmungen (§ 34 VIII AWG, § 16 IV CWÜAG) gemein. Einfachrechtlich liegen diese Maßnahmen im Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers. Der verfassungsrechtlich gewährleistete Vertrauensschutz ist mangels schutzwürdigen Vertrauens der geschleusten Personen und der diese unterstützenden Mitglieder der Schleuserorganisationen offensichtlich nicht verletzt (vgl. Gericke aaO, Rn 107; Schönke/Schröder-Heine, StGB, 28. Aufl., § 330d Rn 27 m. w. Nachw.).*

*Auch der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung (vgl. dazu etwa BVerfGE 116, 164) hindert nicht, einer durch die Beteiligten rechtsmissbräuchlich erlangten rechtswidrigen Erlaubnis, die aus diesem Grunde von den zuständigen Verwaltungsbehörden zu „annullieren“, also mit Wirkung ex tunc aufzuheben (vgl. Art. 34 I Visakodex) und damit aus von den Betroffenen selbst zu verantwortenden Gründen von Anfang an schwer fehlerbehaftet ist, eine die Strafbarkeit ausschließende Wirkung zu versagen (für § 330d Nr. 5 StGB h.M., vgl. etwa Schönke/Schröder-Heine aaO; LK-Steindorf, 11. Aufl., § 330d Rn 6; Wohlers aaO, 854f. m. w. Nachw. auch zur Gegenansicht; s. a. Sieber u.a., Europäisches StrafR 2011, § 28 Rn 17). Vielmehr verhilft die Regelung dem gleichfalls verfassungsrechtlich abgesicherten Gebot wirksamer Verfolgung und Ahndung von Straftaten zum Erfolg. Typischerweise ist eine formell erklärte Annullierung der Visa in Konstellationen wie der hier zu beurteilenden weder vor noch nach der Einreise der geschleusten Personen faktisch möglich. Dementsprechend würden die einschlägigen Tatbestände ohne Bestand des § 95 VI AufenthG weitgehend leerlaufen. Wenn der Gesetzgeber den vordergründigen Widerstreit der genannten Belange dahin auflöst, dass er dem Gebot effektiver Verfolgung und Ahndung von Straftaten den Vorrang gibt, so ist dies von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.“ (BGH aaO)*

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2012, 720; Urteil vom 21.03.2012 – 3 L 341/11)

1. **Beschränkt** sich eine so genannte Gefährderansprache **nicht auf warnende Hinweise**, sondern werden darüber hinaus Ge- und/oder Verbote ausgesprochen, so handelt es sich um einen **mit der Anfechtungsklage anfechtbaren Verwaltungsakt**.
2. Die **Besorgnis**, dass **künftig eine konkrete Gefahrenlage entstehen könnte**, **genügt nicht** für die Annahme einer konkreten Gefahr i. S. des § 3 Nr. 3 a SOG LSA, die Voraussetzung für den Erlass einer polizeilichen Verfügung nach § 13 SOG LSA ist.

**A. Grundlagenwissen: Gefährderansprache (vgl. hierzu Hebler, Die Gefährderansprache, NVwZ 2011, 1364)**

Die Gefährderansprache hat ist gesetzlich nicht geregelt. Darunter wird verstanden die in einem konkreten Fall an einen **potenziellen Gefahrenverursacher** gerichtete Ermahnung, Störungen der öffentlichen Sicherheit zu. Sie kommt zur Anwendung bei Personen, denen mitgeteilt wird, dass die Polizei- bzw. Ordnungsbehörde ausreichend über die bisherigen Verhaltensweisen der betreffenden Person informiert sei und dass **polizeiliche Gegenmaßnahmen** gegen die betreffende Person bereits **vorbereitet** seien.

Die Gefährderansprache ist mangels Regelungsgehalts kein Verwaltungsakt i. S. von § 35 S. 1 VwVfG. Sie stellt **schlicht-hoheitliches Handeln** und mithin einen Realakt dar. Eine Regelung im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG ist (nur) dann gegeben, wenn die Maßnahme der Behörde ihrem objektiven Gehalt nach darauf gerichtet ist, eine verbindliche Rechtsfolge festzusetzen. Die Gefährderansprache beinhaltet **hinweisende Elemente** (Mitteilung des Kenntnisstandes der Behörde bezüglich der betreffenden Person), **empfehlende Elemente** (das Anheimstellen, bestimmte Dinge zu tun bzw. zu unterlassen) und auch **warnende Elemente** (es drohen bestimmte behördliche Maßnahmen, wenn die Person nicht wie empfohlen handelt); sie gibt indes **kein Tun, Dulden oder Unterlassen** rechtsverbindlich auf.

Auf Grund ihres nicht lediglich hinweisenden, sondern auch empfehlenden und warnenden Charakters geht mit der Gefährderansprache ein **Eingriff in den Rechtskreis der betroffenen Person** einher.

Die Gefährderansprache ist **nicht ausdrücklich gesetzlich** geregelt und es sind auch keine polizei- bzw. ordnungsgesetzlichen Standardbefugnisse einschlägig. Als Rechtsgrundlage kommt daher allein die **polizeiliche Generalklausel** in Betracht. Die polizeiliche Generalklausel erfordert eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Weiterhin muss die betreffende Person auch polizeilich Verantwortlicher sein, wobei im Zusammenhang mit Gefährderansprachen allein eine Verhaltens-, nicht hingegen eine Zustandsverantwortlichkeit in Betracht kommt. Schließlich muss das behördliche Handeln **ermessensfehlerfrei** und insgesamt **verhältnismäßig** sein.

Ob diese genannten Voraussetzungen erfüllt sind, ist von den Einzelfallumständen abhängig. Bei einer Gefährderansprache handelt die Behörde „im Frühstadium von Gefahren“, denn es soll einem zukünftig zu besorgenden Verhalten einer bestimmten Person begegnet werden. Der Bereich der **Gefahrenabwehr** darf indes nicht verlassen und der Bereich der bloßen Gefahrenvorsorge nicht betreten werden, denn so weitgehend zu Gunsten der Polizeibehörden ist die polizeiliche Generalklausel nicht ausgestaltet. Es müssen daher **konkrete Erkenntnisse** vorliegen, dass mit **hinreichender Wahrscheinlichkeit** von der betreffenden Person eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit** ausgeht.

**B. Gefährderansprache im Vorfeld einer Demonstration (vgl. OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2012, 720)**

**Fall:** Die Kl. wandte sich gegen eine so genannte Gefährderansprache im Vorfeld einer Demonstration. Die Kl., Stadträtin der MLPD im Stadtrat von A.-Stadt, gehörte als stellvertretende Versammlungsleiterin zu den

Veranstaltern der unter dem Motto „Courage zeigen – keinen Platz für Nazis, nicht in D.-Stadt und anderswo“ angemeldeten Versammlung, die als Gegendemonstration zu einer von Nazis für den 03.10.2009 angemeldeten Kundgebung geplant war. Eine Mitveranstalterin der von den Nazis angemeldeten Versammlung erstatte am 02.10.2009 bei der Polizei Strafanzeige, weil die Kl. in einem Telefonat, das sie mit Bekannten der Anzeigenerstatterin unter dem Vorwand geführt hätten, sie würden sich für eine Teilnahme an der von der Kl. angemeldeten Gegendemonstration interessieren, erklärt habe, „dass man plane, durch Barrieren und Proteste zu verhindern, dass die ‚Rechten‘ den (...) Kundgebungsplatz erreichen“. Darauf suchten zwei Polizeibeamte die Kl. am Abend des 02.10.2009 gegen 20 Uhr auf und führten wegen der für den Folgetag geplanten Demonstrationen eine so genannte Gefährderansprache nach einem vorgefertigten Protokoll durch. Darin heißt es nach einer einleitenden Darstellung zu Anlass und Ziel der Maßnahme weiter:

*„Nach polizeilichen Erkenntnissen wurden Sie in der Vergangenheit im Zusammenhang mit Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung festgestellt. Wegen dieser Vorfälle ist gegen Sie ein entsprechendes Verfahren (...) eingeleitet worden. Die Sicherheitsbehörden und die Polizei sind in Bezug auf den o. g. Grund und auch für zukünftige Ereignisse angehalten, vorbeugende Maßnahmen zu ergreifen, um Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verhindern. Im Rahmen dieser Gefährderansprache fordern wir Sie daher auf, zur Vermeidung weiterführender Maßnahmen gegen Ihre Person, keine Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorzunehmen, nicht zu solchen aufzufordern und sich nicht an diesen zu beteiligen.... Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass die oben genannten Forderungen auch für alle zukünftigen Ereignisse, Veranstaltungen und geschichtsträchtigen Tage gelten. Eine Zuwiderhandlung führt zu weiteren sicherheitsbehördlichen Maßnahmen. Dazu kann auch eine mehrtägige Gewahrsamnahme nach § 37 I Nr. 2 c SOG LSA gehören.“*

Das Ermittlungsverfahren gegen die Kl. wurde mit Verfügung der Staatsanwaltschaft D. vom 03.12.2009 eingestellt. Mit der am 19.11.2009 erhobenen Klage hat die Kl. geltend gemacht, die Gefährderansprache sei rechtswidrig gewesen. Wird die Klage Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn die **allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs voraussetzungen** vorliegen.

### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet in allen **öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art**, soweit keine Sonderzuweisungen eingreifen.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlich sind, also nach der **modifizierten Subjektstheorie** einen **Träger öffentlicher Gewalt berechtigten und verpflichten**. Hier sind Normen des Polizeirechts streitentscheidend, welchen den klassischen Bereichen des öffentlichen Rechts zugehört. Da hier auch **nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten**, liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vor und der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist eröffnet.

### 2. statthafte Klageart

Die einschlägige Klageart bestimmt sich zunächst nach dem Begehren der Kl.. Diese möchte, dass gerichtlicherseits die Rechtswidrigkeit der erfolgten Gefährderansprache festgestellt wird. Da die **Feststellungsklage** nach § 43 II VwGO **subsidiär** ist, ist zunächst zu prüfen, ob nicht eine andere Klageart einschlägig ist. Die Prüfung der Rechtswidrigkeit der Gefährderansprache könnte die Kl. auch mit einer **Anfechtungsklage** nach § 42 I 1 1. Fall VwGO erreichen. Diese setzt allerdings voraus, dass gegen einen **belastenden Verwaltungsakt** vorgegangen wird, so dass zu prüfen ist, ob die Gefährderansprache nach **§ 35 S. 1 VwVfG** als Verwaltungsakt angesehen werden kann. Nach § 35 S. 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere **hoheitliche Maßnahme**, die eine **Behörde** zur Regelung eines **Einzelfalls** auf dem Gebiet des **öffentlichen Rechts** trifft und die auf **unmittelbare Rechtswirkung nach außen** gerichtet ist.

*„Eine Regelung ist dann anzunehmen, wenn die Maßnahme der Behörde ihrem objektiven Gehalt nach darauf gerichtet ist, eine **verbindliche Rechtsfolge zu setzen** und **Rechte des Betroffenen** unmittelbar **begründet, geändert, aufgehoben**, mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden (BVerwGE 111, 246 Rn. 24 = NVwZ 2001, 436 m. w.N.).“* (OVG Magdeburg aaO)

Hier ist fraglich, ob eine solche verbindliche Rechtsfolge gesetzt wurde, da die Behörde selbst die Maßnahme nicht als Verwaltungsakt, sondern lediglich als Hinweis verstanden wissen will.

*„Die Gefährderansprache beschränkte sich entgegen der Auffassung der Bekl. nach dem Inhalt des Protokolls nicht auf warnende Hinweise. Vielmehr ist der Kl. **aufgegeben worden, bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen**. Die Bekl. hat danach die Kl. aufgefordert, „keine Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorzunehmen, nicht zu solchen aufzufordern und sich nicht an diesen zu beteiligen. Dazu gehört, insbesondere folgende Verhaltensweisen zu unterlassen: (...)“. Mit der sich anschließenden beispielhaften Aufzählung von Verhaltensweisen (Aufrufen zu Straftaten im Zusammenhang mit einer nicht verbotenen Versammlung, Öffentliches Aufrufen zu Straftaten, Beleidigungen, Provokationen und Tätlichkeiten gegenüber anderen Personen, Verwendung von Kennzeichen und Symbolen verfassungswidriger Organisationen, Beschädigung oder Zerstörung fremden Eigentums, Plakatieren jeder Art, soweit nicht ausdrücklich der Eigentümer oder Besitzer der Grundfläche zugestimmt hat, Beachtung der Anmeldepflicht für öffentliche Versammlungen, Beachtung von Genehmigungspflichten für die Benutzung öffentlicher Friedhöfe, Parkanlagen, Straßen, Plätze) sind der Kl. **eine Mehrzahl von konkreten Ge- und Verboten auferlegt worden**. Wenn die Kl. nach dem Wortlaut des Protokolls aufgefordert wird, keine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorzunehmen und insbesondere bestimmte, gesondert aufgezählte Verhaltensweisen zu unterlassen, so kann dies **aus der Sicht eines verständigen Empfängers** in der Lage der Adressatin nicht anders verstanden werden, als dass ihr durch die Bekl. **einseitig hoheitlich ein bestimmtes Tun und Unterlassen auferlegt wird**.“ (OVG Magdeburg aaO)*

Der Annahme eines Verwaltungsakts könnte jedoch entgegenstehen, dass die Gefährderansprache mündlich erfolgte und das **Protokoll** als eine **bloße Wiedergabe** ihres Inhalts nicht selbst Verwaltungsakt ist.

*„[Dies] **steht der Verwaltungsaktsqualität nicht entgegen**, weil Verwaltungsakte auch mündlich erlassen werden können (§ 37 II 1 VwVfG). Dass die **Behörde die Maßnahme nicht als Verwaltungsakt verstanden hat und ihn auch nach ihrer Berufungsbegründung nicht als Verwaltungsakt verstanden wissen will**, ändert daran ebenfalls nichts, weil es nach dem o. g. **auf den Empfängerhorizont und nicht auf den Erklärungswillen der Behörde ankommt**. Die Behörde hat sich der Maßnahme, der bei objektiver Betrachtungsweise Regelungscharakter beizumessen ist, auch willentlich entäußert.“ (OVG Magdeburg aaO).*

Nach dem Protokoll über die Gefährderansprache vom 02.10.2009 handelt es sich bei der Maßnahme um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG. Dieser gibt der Kl. bestimmte Verhaltensweisen auf, ist also belastend.

Die Anfechtungsklage setzt jedoch weiterhin voraus, dass der Verwaltungsakt, über dessen Aufhebung das Verwaltungsgericht befinden soll, noch wirksam ist. Hier könnte mit der Durchführung der Versammlungen am 03.10.2009 Erledigung eingetreten sein.

*„Der **Regelungsgehalt** der Verfügung ist mit der Durchführung der Versammlungen nicht erschöpft. Vielmehr sollen die in der Verfügung ausgesprochenen Ge- und Verbote auch **„auf alle zukünftigen Ereignisse, Veranstaltungen und geschichtsträchtigen Tage“** Anwendung finden. Es handelt sich mithin um einen **Dauerverwaltungsakt**, durch den die Kl. **nach wie vor beschwert** ist.“ (OVG Magdeburg aaO)*

Die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage ist daher auch nicht mit der Durchführung der Versammlungen am 03.10.2009 entfallen, so dass die einschlägige Klageart die Anfechtungsklage ist.

### 3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Die Kl. müsste nach § 42 II VwGO geltend machen können, **in ihren Rechten verletzt zu sein**. Als Adressatin eines sie belastenden Verwaltungsaktes kann stets eine Verletzung in Art. 2 I GG vorliegen, so dass die Kl. nach der **Adressatentheorie** ohne Weiteres klagebefugt nach § 42 II VwGO ist.

### 4. Klagefrist, § 74 I VwGO

Grundsätzlich läuft für die Erhebung der Anfechtungsklage nach § 74 I VwGO eine Klagefrist von einem Monat ab Bekanntgabe des Verwaltungsaktes. Die Gefährderansprache erfolgte am 02.10.2009, so dass die **Monatsfrist** bei Klageerhebung am 19.11.2009 längst abgelaufen war.

*„Dass die einmonatige Frist für die Erhebung der Anfechtungsklage (§ 74 I VwGO) verstrichen war, als die Klage am 19.11.2009 erhoben worden ist, lässt die Zulässigkeit der Klage unberührt, weil die Frist*

für einen Rechtsbehelf nach § 58 I VwGO nur zu laufen beginnt, wenn der Bet. **über den Rechtsbehelf belehrt** worden ist. Die **Jahresfrist** (§ 58 II VwGO) für die Klage gegen einen Bescheid, bei dem die Belehrung – wie hier – unterblieben ist, **ist gewahrt**.“ (OVG Magdeburg aaO).

## 5. Zwischenergebnis

Da alle weiteren Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen, ist die Anfechtungsklage zulässig.

## II. Begründetheit der Klage

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die Gefährderansprache rechtswidrig ist und die Kl. in ihren Rechten verletzt.

### 1. Rechtswidrigkeit der Gefährderansprache

Die Gefährderansprache ist rechtswidrig, wenn schon eine Ermächtigungsgrundlage fehlt oder die formellen und materiellen Handlungsvorgaben nicht eingehalten wurden.

#### a) Ermächtigungsgrundlage

Da für eine Gefährderansprache spezielle Ermächtigungsgrundlagen fehlen, kommt nur die **Generalklausel** nach § 13 SOG LSA **als Ermächtigungsgrundlage** in Betracht.

vgl. § 11 BayPAG, §§ 1, 3 BWPoIG; § 17 I BlnASOG; § 10 I BbgPoIG; § 10 BremPoIG; § 11 NdsSOG; § 3 HbgSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOG; § 8 NwPoIG; § 9 RhPfPOG; § 8 I Saar-PoIG; § 3 I SächsPoIG; § 174 SchIHVwG; § 12 I ThürPAG

#### b) formelle Rechtswidrigkeit

An der Zuständigkeit der handelnden Polizeibehörde sowie an der Einhaltung der formellen Handlungsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken, so dass die Gefährderansprache nicht schon aus formellen Gründen rechtswidrig ist.

#### c) materielle Rechtswidrigkeit

Die Gefährderansprache könnte aber aus materiellen Gründen rechtswidrig sein. Dies kann seinen Grund darin haben, dass entweder die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht gegeben sind oder die Gefährderansprache von den vorgesehen Rechtsfolgen der Norm nicht gedeckt ist.

##### aa) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Ein Handeln nach der polizeilichen Generalklausel setzt voraus, dass eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit besteht. Fraglich ist, ob dies angenommen werden kann.

##### (1) Definition

*„Eine Gefahr i. S. des § 13 SOG LSA ist nach § 3 Nr. 3 lit. a SOG LSA eine konkrete Gefahr, d. h. eine Sachlage, bei der im **einzelnen Falle** die **hinreichende Wahrscheinlichkeit** besteht, dass **in absehbarer Zeit** ein Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eintreten wird.*

*Die öffentliche Sicherheit ist die **Unverletzlichkeit der Rechtsordnung**, der **subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen** sowie des Bestandes, der **Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates** oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt (§ 3 Nr. 1 SOG LSA).“ (OVG Magdeburg aaO)*

##### (2) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob im Zeitpunkt der Gefährderansprache eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für einen Schadenseintritt bestand.

*„Dass im Zeitpunkt des Einschreitens **konkrete Anhaltspunkte** dafür vorgelegen hätten, dass die Kl. zu Straftaten aufrufen, andere Personen beleidigen oder tätlich angreifen werde, dass sie Kennzeichen und Symbole verfassungswidriger Organisationen verwenden, fremdes Eigentum beschädigen oder zerstören werde, die Anmeldepflicht für öffentliche Versammlungen nicht beachten oder Genehmigungspflichten für*

die Benutzung öffentlicher Einrichtungen (Friedhöfe, Parkanlagen, Straßen, Plätze) missachten werde, ist **weder ersichtlich, noch macht die Bekl. dies geltend**, räumt sie doch selbst ein, es habe sich um eine **Gefahrenvorsorge im Vorfeld der Entstehung möglicher Gefahren** gehandelt. Die Besorgnis, dass künftig eine konkrete Gefahrenlage entstehen könnte, berechtigt indes nicht dazu, vorsorglich Maßnahmen zur Unterbindung zu treffen. Die Anzeige der Nazis mag Anlass sein, der Frage nachzugehen, ob eine Gefahrenlage besteht oder künftig zu entstehen droht. Eine solche Situation mag so genannte **Gefahrenforschungseingriffe** rechtfertigen, **nicht aber das Einschreiten gegen eine nur als möglich erscheinende Gefahrenlage.**“ (OVG Magdeburg aaO)

Eine konkrete Gefahrenlage in diesem des § 3 Nr. 3 lit. a SOG LSA hat nach Lage der Dinge im maßgeblichen Zeitpunkt des Einschreitens der Behörde nicht vorgelegen, weil nach der Sachlage in diesem Zeitpunkt keine hinreichende Wahrscheinlichkeit für einen Schadenseintritt bestanden hat.

„Abgesehen davon lässt selbst der Inhalt der von den Nazis erstatteten Strafanzeige gegen die Kl. **nicht ansatzweise irgendwelche Anhaltspunkte** dafür erkennen, dass die Kl. die Absicht gehabt hätte, andere Personen zu beleidigen oder gar tätlich anzugreifen. Soweit der Kl. aufgegeben wird, es zu unterlassen, Kennzeichen und Symbole verfassungswidriger Organisationen zu verwenden, liegen **nicht einmal Anhaltspunkte für eine abstrakte Gefahr** vor. Es hat insoweit eher den Anschein, als habe die Bekl. die Verfügung **nach einem einzelfallunabhängigen Muster ausgesprochen, das auf Nazis zugeschnitten ist.** Ihre Anwendung auf die Kl. erscheint durch nichts gerechtfertigt.“ (OVG Magdeburg aaO)

#### bb) Zwischenergebnis

Es fehlen daher schon die Tatbestandsvoraussetzungen für ein Handeln nach der Generalklausel.

Im Übrigen ist die Verfügung nicht hinreichend bestimmt i. S. des § 37 I VwVfG.

„Der Kl. ist aufgegeben worden, keine **Störungen der öffentlichen Sicherheit vorzunehmen, dazu aufzufordern oder sich daran zu beteiligen.** Die daran anknüpfenden Unterlassungsgebote sind nur beispielhaft genannte Verhaltensweisen. Auch hinsichtlich des **zeitlichen Geltungsanspruchs** ist die Verfügung **zu unbestimmt**, wenn die Bekl. geltend macht, dass die Unterlassungsgebote „auch für alle künftigen Ereignisse, Veranstaltungen und geschichtsträchtigen Tage gelten“. Was die Behörde unter „**künftigen Ereignissen**“ und „**Veranstaltungen**“ und erst Recht unter „**geschichtsträchtigen**“ **Tagen** verstehen möchte, erschließt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zusammenhang.“ (OVG Magdeburg aaO)

Die Gefährderansprache ist daher rechtswidrig.

### 2. Rechtsverletzung

Durch diesen rechtswidrigen, sie belastenden Verwaltungsakt ist die Kl. auch jedenfalls in ihrem Recht aus Art. 2 I GG verletzt.

### III. Ergebnis

Die zulässige Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet und wird daher Erfolg haben.



(VGH Kassel in NVwZ-RR 2012, 770; Urteil vom 25.04.2012 – 5 A 2112/11)

1. Aus § 51 Nr. 6 HessGO folgt ein **innerkommunales Delegationsverbot** von der Gemeindevertretung auf den Gemeindevorstand oder einen Ausschuss für Entscheidungen über den Erlass, die Änderung oder Aufhebung von Satzungen.
2. Hiervon **erfasst ist** aber nicht ein **Verbot dynamischer Verweisungen** auf andere Rechtsnormen.
3. Eine dynamische Verweisung ist ansonsten zulässig, wenn sie
  - **dem Zweck der verweisenden Norm nicht zuwiderläuft,**
  - die **Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt** und
    - sich der verweisende Normgeber seiner Kompetenz und **Verantwortung** hinsichtlich wesentlicher Norminhalte **nicht entäußert**

**Fall:** Die Kl. verfolgte im Berufungsverfahren ihre in erster Instanz erfolglose Klage gegen die Heranziehung zur erhöhten Hundesteuer weiter. Die Bekl. erhebt gem. § 5 I ihrer Satzung über die Erhebung einer Hundesteuer – HundeStS – vom 5. 11.2009 für einen Hund eine jährliche Steuer von 72 Euro. Für gefährliche Hunde nach § 5 III HundeStS beträgt die Steuer für einen Hund jährlich 360 Euro. § 5 III HundeStS lautet wie folgt:

*„Als gefährliche Hunde gelten Hunde der Rassen und Gruppen sowie deren Kreuzungen untereinander oder mit anderen Hunden, deren Gefährlichkeit nach § 2 I der HessGefahrenabwehrVO über das Halten und Führen von Hunden vom 22.01.2003 (HessGVBl I S. 54) in der jeweils geltenden Fassung vermutet wird, oder die nach § 2 II der Gefahrenabwehrverordnung über das Halten und Führen von Hunden vom 22.01.2003 (HessGVBl I, S. 54) in der jeweils geltenden Fassung gefährlich sind.“*

Die Kl. war Halterin zweier Hunde der Rasse American Staffordshire Terrier. Sie wohnt im Gebiet der bekl. Stadt. Mit Bescheid vom 21.01.2010 setzte die Bekl. für das Jahr 2010 gegenüber der Kl. eine Hundesteuer in Höhe von 360 pro Hund, insgesamt also von 720 fest. Dagegen wandte sich die Kl. am 27.01.2010 mit ihrem Widerspruch insoweit, als in dem Bescheid ein Betrag von mehr als 144 – der Betrag für gewöhnliche Hunde – festgesetzt worden war. Obwohl über den Widerspruch noch nicht entschieden ist, hat die Kl. Anfechtungsklage erhoben. Ist diese begründet?

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn der Heranziehungsbescheid rechtswidrig ist und die Kl. in ihren Rechten verletzt.

## I. Rechtswidrigkeit des Heranziehungsbescheides

Der Heranziehungsbescheid ist rechtswidrig, wenn schon eine Ermächtigungsgrundlage fehlt oder die formellen und materiellen Handlungsvorgaben nicht eingehalten wurden.

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für die Heranziehung der Kl. zu der festgesetzten Hundesteuer kommt die Satzung über die Erhebung einer Hundesteuer im Gebiet der Bekl. vom 05.11.2009 – HundeStS – in Betracht. Diese ist jedoch nur eine taugliche Ermächtigungsgrundlage, wenn sie wirksam ist. Da es sich um eine Satzung handelt, ist diese unwirksam, wenn sie unter einem Rechtsverstoß erlassen wurde. Es ist daher inzident die Rechtmäßigkeit der HundeStG der Bekl. zu prüfen.

#### a) Satzungsermächtigung

Nach § 7 KAG Hessen ist die Bekl. als Gemeinde befugt, Kommunalsteuern festzulegen, sofern nur der eigene Wirkungskreis betroffen ist. Dies ist bei der Festlegung von Hundesteuer ohne weiteres der Fall, so dass eine taugliche Satzungsermächtigung vorliegt.

#### b) Satzungsgebungsverfahren

Hinsichtlich der Ordnungsgemäßheit des Satzungsgebungsverfahrens bestehen keine Bedenken.

#### c) Inhaltliche Ausgestaltung

Fraglich ist jedoch, ob die inhaltliche Ausgestaltung der Regelung einer rechtlichen Prüfung standhält.

§ 5 III HundeStS verweist auf § 2 I und II HessHundeVO „in der jeweils geltenden Fassung“. Damit handelt es sich um eine so genannte „**dynamische**“ **Verweisung**, d. h. in die Satzung wird die **Norm, auf die verwiesen wird**, in der zum Zeitpunkt der Anwendung der Satzung jeweils geltenden Fassung einschließlich eventueller bis zu diesem Zeitpunkt vorgenommener Änderungen **inkorporiert**.

#### aa) Voraussetzungen für die Zulässigkeit dynamischer Verweisungen

*„Derartige dynamische Verweisungen auf Normen anderer Normgeber sind deshalb nicht unproblematisch, weil die **normsetzende Körperschaft** sich damit **vom Normsetzungswillen eines anderen Normgebers abhängig** macht und – zumindest teil- oder zeitweise – insoweit Einschränkungen der eigenen Normsetzungskraft hinnimmt. Dennoch werden derartige dynamische Verweisungen über die Grenzen der eigenen Normsetzungskompetenz hinweg **unter bestimmten Voraussetzungen verfassungsrechtlich für zulässig erachtet** (so etwa für eine Verweisung des Bundesgesetzgebers auf Landesrecht: BVerfGE 47, 285 = NJW 1978, 1475; u. a. s. etwa auch die Verweisung in § 4 HessKAG auf bestimmte Normen der bundesrechtlichen Abgabenordnung). Sie setzt nach rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen voraus, dass sie*

- dem Zweck der verweisenden Norm nicht zuwiderläuft,
- die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt und
- sich der verweisende Normgeber seiner Kompetenz und Verantwortung hinsichtlich wesentlicher Norminhalte nicht entäußert

(vgl. VGH München, NVwZ-RR 2007, 57; NVwZ-RR 1997, 464; OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2003, 233).“ (VGH Kassel aaO)

#### bb) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die dynamische Verweisung in § 5 III HundeStS diese Vorgaben erfüllt.

##### (1) Zweckerfüllung

Die Verweisung darf dem Zweck der verweisenden Norm, also der HundeStS nicht zuwiderlaufen.

*„Diese **beabsichtigt** mit der Festlegung einer erhöhten Steuer für **gefährliche Hunde**, die Zahl dieser im Stadtgebiet gehaltenen Hunde **längerfristig zu vermindern**. Dabei wird die Regelung erkennbar von dem Zweck getragen, diesen **steuerrechtlichen Lenkungszweck** in enger Anlehnung an die Regelungen des Ordnungsrechts zu verfolgen. Für die in § 2 I HessHundeVO ausdrücklich genannten Hunderassen und ihre Kreuzungen geht das Ordnungsrecht davon aus, dass sie **in besonderer Weise die Veranlagung in sich tragen, in bestimmten Situationen ein gefährliches Verhalten zu entwickeln**, so dass im Rahmen der ordnungsrechtlichen Prävention der Verordnungsgeber bestimmte Maßnahmen ergriffen hat. Gleiches gilt für die in § 2 II HessHundeVO genannten Fallgruppen, in denen Hunde durch bestimmte Vorfälle ihre Gefährlichkeit konkret dokumentiert haben. **An diese Erwägungen knüpft der kommunale Steuergesetzgeber zur Verfolgung seines Lenkungszwecks mithilfe einer erhöhten Steuer an.**“ (VGH Kassel aaO)*

Die Verweisung in § 5 III HundeStS widerspricht daher nicht dem Zweck der verweisenden Norm, also der Hundesteuersatzung der Bekl. im Hinblick auf das angestrebte Lenkungsziel.

##### (2) Wahrung der Rechtssicherheit

Weiterhin dürfte die dynamische Verweisung auf landesrechtliche Vorschriften nicht zu einer Rechtsunsicherheit führen.

*„Die Rechtssicherheit ist ausreichend gewährleistet, da die **Normen** des § 2 I und II HessHundeVO in der jeweils geltenden Fassung für den Steuerschuldner **ausreichend feststellbar** sind. Jegliche eventuelle Änderung wird im Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlicht.“ (VGH Kassel aaO)*

##### (3) keine Abgabe von Kompetenz und Verantwortung durch den Normgeber

Schließlich muss der verweisende Normgeber dafür Sorge tragen, dass er durch die Verweisung nicht seine Kompetenz und Verantwortung für den Norminhalt an den Normgeber der Norm, auf die verwiesen wird, abgibt.

*„Der Satzungsgeber hat es auch jederzeit in der Hand, durch Ausübung seiner Satzungs-**hoheit auf Änderungen der verwiesenen Norm zu reagieren** oder selbst Änderungen*

seiner Satzungsregelung vorzunehmen (vgl. insgesamt dazu ebenso: VGH München, NVwZ-RR 2007, 57).“ (VGH Kassel aaO)

#### (4) innerkommunales Delegationsverbot

Allerdings ist in § 51 Nr. 6 HessGO vorgesehen, dass der Rat einer Gemeinde zuständig ist für den Erlass, die Änderung und Aufhebung von Satzungen und diese Satzungsgebungsbefugnis auch nicht delegieren darf (sog. Innerkommunales Delegationsverbot).

vgl. § 32 II Nr. 2 BayGO, §39 II Nr. 3 BWGO; § 35 II Nr. 10 BbgGO; § 22 III MVGO; § 40 Nr. 4, 5 NdsGO; § 41 II 2 f) NwGO; § 32 II Nr. 1 RhPfGO; § 35 SaarlGO; § 4 II SächsGO; § 44 III 1 LSAGO; § 174 SchIH; § 26 II Nr. 2 ThürGO

Hierin könnte eine **zusätzliche Begrenzung für dynamische Verweisungen** durch den Satzungsgeber liegen, die über die oben im Einzelnen aufgeführten verfassungsrechtlichen Grundsätze hinausgeht.

„Eine derartige zusätzliche Begrenzung durch diese kommunalrechtliche Bestimmung wird **teilweise daraus hergeleitet**, dass eine dynamische Verweisung zukünftige Änderungen der Norm, auf die die Satzung verweise, in die Norm aufnehme, so dass der **Satzungsgeber nicht selbst über Änderungen der Satzung entscheide** (vgl. zur entsprechenden Norm des NWKommunalrechts: OVG Münster, NVwZ 2005, 606 = KStZ 2005, 70). Dieser Auffassung kann jedoch – jedenfalls für das hessische Kommunalrecht – nicht gefolgt werden, denn der sich aus der gesetzlichen Systematik ergebende Regelungszweck des § 51 HessGO ist ein anderer.

„**Regelungszweck** des § 51 Nr. 6 HessGO ist ... **nicht**, etwaige über die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen hinausgehende **Voraussetzungen** für die Zulässigkeit **einer dynamischen Verweisung** für den kommunalen Satzungsgeber aufzustellen, was im Übrigen zu einer generellen Unzulässigkeit dynamischer Fremdverweisungen im kommunalen Satzungsrecht führen dürfte. § 51 HessGO insgesamt regelt vielmehr im Zusammenspiel mit § 50 I 3 HessGO ein **innerkommunales Delegationsverbot im Verhältnis von Gemeindevertretung zu Gemeindevorstand oder Ausschuss**, im Fall der Bekl. also von der Stadtverordnetenversammlung zum Magistrat (ebenso bereits: VGH München, NVwZ 2005, 606 = KStZ 2005, 70 – zum bayerischen Kommunalrecht). Ein Verstoß der Verweisung in § 5 III HundeStS gegen § 51 Nr. 6 HessGO und eine daraus folgende Unwirksamkeit der Regelung über gefährliche Hunde, die einer erhöhten Steuer nach § 5 II HundeStS unterliegen, scheidet deshalb aus.“ (VGH Kassel aaO)

Die dynamische Verweisung in § 5 III HundeStS auf § 2 I und II HessHundeVO erfüllt daher alle Rechtmäßigkeitsanforderungen

#### d) Zwischenergebnis

Die Satzung ist rechtmäßig und daher taugliche Ermächtigungsgrundlage für den angefochtenen Heranziehungsbescheid

### 2. formelle und materielle Rechtswidrigkeit

Die formellen Handlungsvorgaben wurden eingehalten. Auch liegen die Vorgaben des § 5 III HundeStS i.V.m. § 2 I und II HessHundeVO für die Annahme eines gefährlichen Hundes vor. Es müssten aber auch die materiellen Voraussetzungen für den Heranziehungsbescheid gegeben sein.

„Das **Vorliegen der Tatbestandsmerkmale** für die Heranziehung der Kl. zur erhöhten Hundesteuer für die beiden Hunde als „gefährliche Hunde“ i. S. von § 5 II und III der Satzung über die Erhebung einer Hundesteuer im Gebiet der Bekl. vom 5. 11. 2009 – HundeStS – ist für die Zeit, in der sie unter der Geltung der Satzung Halterin der Hunde war, zwischen den Bet. **nicht streitig**. Die beiden Hunde unterfielen als American Staffordshire Terrier der Regelung des § 5 III HundeStS i. V. mit § 2 I 2 Nr. 2 HessGefahrenabwehrVO über das Halten und Führen von Hunden – HessHundeVO – vom 22. 1. 2003 (HessGVBl I, 54, hier maßgeblich i. d. F. der ÄndVO vom 16. 12. 2008, HessGVBl I, 1028), so dass für sie die erhöhte Steuer nach § 5 II HundeStS zu entrichten war.“ (VGH Kassel aaO)

## II. Ergebnis

Die Anfechtungsklage gegen den rechtmäßigen Heranziehungsbescheid ist unbegründet und wird daher keinen Erfolg haben.

## 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  
§ 179

### Rechtsscheinhaftung

BGB

Unternehmergesellschaft mit Rechtsformzusatz „GmbH“

(BGH in DB 2012, 2784 = NJW 2012, 2871; Urteil vom 12.06.2012 – II ZR 256/11)

Eine **Rechtsscheinhaftung nach § 179 BGB** greift nicht nur in den Fällen ein, in denen der Rechtsformzusatz einer Kapitalgesellschaft ganz weggelassen wird, sondern **auch dann, wenn für eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) mit dem unrichtigen Zusatz „GmbH“ gehandelt wird.**

„Eine Unternehmergesellschaft muss nach § 5a I GmbHG abweichend von § 4 GmbHG in der Firma die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen. Nach der **Wertung des Gesetzgebers** stellt das von vornherein (**stark**) **verminderte Stammkapital** der Unternehmergesellschaft als Variante der GmbH eine **Information** dar, **die dem Rechtsverkehr zwingend offenzulegen ist.** Eine Abkürzung des Zusatzes „(haftungsbeschränkt)“ ist nicht zulässig (vgl. Begr. RegE des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG] vom 25.06.2007, BT-Dr 16/6140, S. 31; Henssler/Strohn, § 5a GmbHG Rn 13; MüKo-GmbHG/J. Mayer, § 4 Rn 17, 18; MüKo-GmbHG/Rieder, § 5a Rn 14f.). Erst recht darf der Zusatz nicht weggelassen werden. Die **gesetzliche Vorgabe ist exakt und buchstabengetreu einzuhalten** (OLG Hamburg NZG 2011, 872 = GmbHR 2011, 657; Roth/Altmeppen, § 5a Rn 10). Daher ist insbes. die Bezeichnung als GmbH nicht zulässig. Dies ergibt sich schon aus der in § 5a I GmbHG benutzten Wendung „abweichend von § 4 ...“ (vgl. Goette/Habersack, Rn 1.103); MüKo-GmbHG/J. Mayer, § 4 Rn 17 m. w. Nachw.).

Das **Publikum soll nicht darüber getäuscht werden**, dass es sich bei der Unternehmergesellschaft um eine Gesellschaft handelt, die möglicherweise mit sehr geringem Gründungskapital ausgestattet ist (vgl. Begr. RegE, BT-Dr 16/6140, S. 31). Der **spezielle Rechtsformzusatz soll als unverzichtbarer Bestandteil des Gläubigerschutzes** (Gegenäußerung der BReg, Anlage 3 zur BT-Dr 16/6140 S. 74) sicherstellen, dass die Geschäftspartner erkennen können, mit welcher Art von Gesellschaft sie es zu tun haben, und sich entsprechend darauf einstellen können. Die Seriositätsschwelle, die in einem angemessenen Mindeststammkapitalbetrag liegt, strahlt auch eine gewisse Seriosität auf die Rechtsform der GmbH insgesamt aus (vgl. Begr. RegE, BT-Dr 16/6140, S. 31).

Diese Erwägungen, in denen die **Warnfunktion des in § 5a I GmbHG vorgeschriebenen Rechtsformzusatzes** gerade auch in Abgrenzung zur GmbH zum Ausdruck kommt, rechtfertigen eine Rechtsscheinhaftung des Handelnden nicht nur bei Weglassen des Zusatzes, sondern auch dann, wenn durch die Verwendung des Zusatzes GmbH für eine Unternehmergesellschaft der falsche Eindruck vermittelt wird, der Vertragspartner habe mit einem Stammkapital von mindestens 25.000 € ausgestattet werden müssen. Denn dadurch wird der Geschäftsverkehr über die geringere Kreditwürdigkeit der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) getäuscht.“ (BGH aaO)

BGB

### Verjährungshemmung

StPO

§§ 203, 204, 212 I Nr. 1

Negative Feststellungsklage

(BGH in MDR 2012, 1365 = NJW 2012, 3633; Urteil vom 15.08.2012 – XII ZR 86/11)

**Weder die Erhebung einer negativen Feststellungsklage durch den Schuldner noch die Verteidigung des Gläubigers hiergegen reicht aus, um eine Hemmung der Verjährung zu bewirken.**

- I. Schon **vor der Neugestaltung des Verjährungsrechts** durch das am 01.01.2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz entsprach es der **Rspr. des BGH**, dass weder die Erhebung einer (negativen) Feststellungsklage des Schuldners, die darauf gerichtet ist, gerichtlich feststellen zu lassen, dass eine Forderung, derer sich der Gläubiger berührt, nicht besteht oder nicht durchsetzbar ist, noch die Verteidigung des Gläubigers gegen eine solche Klage zu einer Unterbrechung der Verjährung dieser Forderung führt (BGHZ 122, 287 = NJW 1993, 1847; BGHZ 72, 23 = NJW 1978, 1975; BGH NJW 1994, 3107, jew. zu § 209 BGB a. F.).

Zur Begründung wurde entscheidend darauf abgestellt, dass den in § 209 BGB a. F. aufgezählten Unterbrechungstatbeständen das gemeinsame Prinzip innewohne, dass der Berechtigte die Feststellung oder Durchsetzung seines Anspruchs aktiv betreiben müsse, um den Verjährungseintritt zu verhindern. Die bloße Verteidigung gegen eine negative Feststellungsklage des Schuldners könne dem nicht gleichgestellt werden, weil sich der Gläubiger dann auf die Abwehr der gegen ihn gerichteten Klage beschränke und gerade nicht seinen Anspruch durchzusetzen versuche (vgl. BGHZ 72, 23 = NJW 1978, 1975).

- II. Nach **BGH aaO** hat die **Neugestaltung des Verjährungsrechts** durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz dieses **Prinzip beibehalten.**

„Denn auch die in den §§ 203, 204 I BGB enthaltenen **Hemmungstatbestände verlangen, dass der Gläubiger aktiv seinen Anspruch verfolgt**, um den Eintritt der Verjährung zu verhindern. Deshalb genügt auch nach neuem Recht weder die Erhebung einer negativen Feststellungsklage durch den Schuldner noch die Verteidigung des Gläubigers hiergegen, um eine Hemmung der Verjährung zu bewirken (vgl. MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 204 Rn 4 u. 7; Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 204 Rn 3; Musielak/Foerste, ZPO, 7. Aufl., § 256 Rn 17; Henrich, BeckOK-BGB, Stand: 01.05.2012, § 204 Rn 3; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rn 17; a. A. Lakkis, jurisPK-BGB, 5. Aufl., § 204 Rn 38; offengelassen in BGH NJW-RR 2010, 640 Rn 13).“ (BGH aaO)

BGB  
§§ 305c I, 306 I, II

**Wirksamkeit von AGB**  
**Überraschende Entgeltklausel**

BGB

(BGH in MMR 2012, 741; Urteil vom 26.07.2012 – VII ZR 262/11)

Wird eine **Leistung** (hier: Grundeintrag in ein Internetverzeichnis) **in einer Vielzahl von Fällen unentgeltlich angeboten**, wird eine **Entgeltklausel**, die so **unauffällig in das Gesamtbild eines Antragsformulars eingefügt** ist, dass sie von dem Vertragspartner des Klauselverwenders dort nicht vermutet wird, gem. § 305c I BGB **nicht Vertragsbestandteil**. Dies **gilt auch dann**, wenn es sich bei dem Vertragspartner um einen **Gewerbetreibenden**, der **kaufmännisch erfahren** ist, handelt.

*„Auch ein gewerblicher Vertragspartner, der der Kl. mittels des von ihr verwendeten Formulars einen Eintragungsauftrag erteilt, braucht mit einer Entgeltabrede dieser Art nicht zu rechnen. Eintragungen in Branchenverzeichnisse im Internet [werden] zwar nicht generell, aber in einer Vielzahl von Fällen unentgeltlich angeboten. Die berechnete Kundenerwartung wird in der vorliegenden Fallgestaltung nicht hinreichend deutlich korrigiert. Die Bezeichnung des Formulars als „Eintragungsantrag Gewerbedatenbank“ macht nicht hinreichend deutlich, dass es sich um ein Angebot zum Abschluss eines entgeltlichen Vertrags handelt. Der Hinweis auf die Vergütungspflicht in der Längsspalte geht im ihn umgebenden Fließtext unter. Das gilt bereits für den Begriff „Vergütungshinweis“ in der Überschrift und erst recht für die Höhe der Vergütung und die Laufzeit des Vertrags. Die Aufmerksamkeit auch des gewerblichen Adressaten wird durch Hervorhebung im Fettdruck und Gestaltung auf die linke Spalte gelenkt. Die in der Längsspalte mitgeteilte Entgeltspflicht ist demgegenüber drucktechnisch so angeordnet, dass eine **Kenntnisnahme durch den durchschnittlich aufmerksamen gewerblichen Adressaten nicht zu erwarten** ist.“*

*Sind AGB nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag grds. nach § 306 I BGB i.Ü. wirksam und sein Inhalt richtet sich gem. § 306 II BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Zutreffend und unangegriffen geht das Berufungsgericht insoweit davon aus, dass die Herstellung des Werks den Umständen nach nicht nur gegen eine Vergütung zu erwarten war (§ 632 I BGB), sodass ein Werklohnanspruch auch auf dieser Grundlage nicht besteht.“ (BGH aaO)*

GmbHG  
§§ 3 I Nr. 1, 53 I

**Geschäftsführerhaftung**  
**Markenverletzung durch eine GmbH**

GmbHG

(BGH in BB 2012, 2911; Urteil vom 19.04.2012 – I ZR 86/10)

Der **Geschäftsführer einer GmbH haftet** regelmäßig auch **persönlich für eine Markenverletzung**.

*„Für eine mögliche Kennzeichenverletzung haftet neben der [GmbH] auch deren Geschäftsführer, wenn er **Kenntnis von den Kennzeichenverletzungen hatte und sie nicht verhindert hat** (vgl. BGH GRUR 1986, 248 - Sporthosen; BGH GRUR 2009, 845 = WRP 009, 1001 - Internet-Videorecorder; BGH GRUR 2011, 1043 - TÜV II).“*

*Dies gilt auch im Hinblick auf die Unterlassungspflicht bezogen auf die konkrete Verletzungsform. Auch wenn der Bekl. zu 2) als Geschäftsführer die Firmierung nicht selbst ändern kann, trifft ihn - unterstellt es liegt eine Kennzeichenverletzung vor - die Pflicht, die rechtsverletzende Benutzung der beanstandeten Bezeichnung zu unterlassen. Soweit dies erforderlich ist, hat er auf eine Änderung der Firmierung durch Änderung des Gesellschaftsvertrags hinzuwirken (§§ 3 I Nr. 1, 53 I GmbHG).“ (BGH aaO)*

StGB  
§ 211 II

**Heimtückemord**

StGB

**Arglosigkeit trotz vorangehender verbaler und gewalttätiger Streitigkeit**

(BGH in NSTZ-RR 2012, 371; Urteil vom 06.09.2012 – 3 StR 171/12)

Auch wenn es **früher bereits zu körperlichen Übergriffen** des Angekl. auf das Tatopfer sowie zu **verbalen Streitigkeiten** gekommen ist, **steht dies dessen Arglosigkeit im Tatzeitpunkt nicht ohne Weiteres entgegen**.

*„Verbale Streitigkeiten stehen, selbst wenn sie der Tötungshandlung unmittelbar vorausgehen, der Heimtücke nicht entgegen. Es kommt auch in einem solchen Fall auf die Arglosigkeit des Opfers gegenüber einem Angriff auf Leben oder körperliche Unversehrtheit an. Eine tatsächlich vorhandene Arglosigkeit i. d. S. wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass das **Opfer nach den Umständen mit einem tätlichen Angriff hätte rechnen müssen**. Erkennt der im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einer von ihm ausgehenden bloß verbalen Attacke zur Tötung seines Opfers ansetzende Täter dessen dennoch erhalten gebliebene Arglosigkeit gegenüber der Möglichkeit eines tätlichen Angriffs und nutzt er diese bewusst zur Tat aus, so handelt er heimtückisch (BGHSt 33, 363 = NJW 1986, 1502 = NSTZ 1986, 504; BGH BGHR StGB § 211 II Heimtücke 13; BGH BGHR StGB § 211 II Heimtücke 21; BGH NSTZ-RR 2007, 174).“ (BGH aaO)*

StGB  
§§ 253 I, 255

**Räuberische Erpressung**

StGB

**Gewaltsame Wegnahme eines Mobiltelefons**

(BGH in NSTZ 2012, 627; Beschluss vom 14.02.2012 – 3 StR 392/11)

Der **bloße Besitz einer Sache** stellt **nur dann** einen **Vermögensvorteil** i.S.d. § 253 StGB dar, **wenn ihm ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert** zukommt, z.B. weil er zu **wirtschaftlich messbaren Gebrauchsvorteilen** führt, die der Täter oder ein Dritter für sich nutzen will.

*„Eine – bei **fehlender Zueignungsabsicht** mögliche (vgl. BGHSt 14, 386) – Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung (§§ 253 I, 255 StGB) kommt vorliegend nicht in Betracht, denn der Angekl. handelte nicht in der Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern. Bloßer Besitz einer Sache bildet einen Vermögensvorteil nur dann, wenn ihm ein **eigenständiger wirtschaftlicher Wert** zukommt, etwa weil er zu **wirtschaftlich messbaren Gebrauchsvorteilen** führt, die der Täter oder der Dritte für sich nutzen will. Daran fehlt es nicht nur in den Fällen, in denen der Täter die Sache unmittelbar nach Erlangung vernichten will, sondern auch dann, wenn er den mit seiner Tat verbundenen **Vermögensvorteil nur als notwendige oder mögliche Folge seines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens** hinnimmt (vgl. nur BGH NSTZ 2011, 699; BGH BGHR StGB § 253 I Bereicherungsabsicht 1 zu einem Fall der Wegnahme zwecks Beweisvereitelung)“ (BGH aaO)*

(BGH in NJW 2012, 3318; Beschluss vom 25.07.2012 – 2 StR 154/12)

**Täter einer Submissionsabsprache** i. S. des § 298 I StGB kann nicht nur **derjenige sein, der selbst ein Angebot abgibt**; als Täter kommen vielmehr **auch auf der Veranstalterseite handelnde Personen** in Betracht, **wenn ihnen die Abgabe des Submissionsangebots zurechenbar** ist.

- I. Ob nur Kartellmitglieder Täter des § 298 StGB sein können, hat der **BGH** bisher offengelassen (BGHSt 49, 201 = NJW 2004, 2761).

In der **Lit.** wird diese **Frage** im Ausgangspunkt **kontrovers diskutiert**:

- Die **h. M.** nimmt an, dass Nicht-Kartellmitglieder, insbes. Personen auf Seiten des Veranstalters, als Täter des § 298 StGB in Betracht kommen.

Fischer, § 298 Rn 17b; Grütznert, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, S. 534 f.; Joecks, Studienkomm-StGB, 9. Aufl., § 298 Rn 5; König JR 1997, 397; Kosche, Strafrechtliche Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen – § 298 StGB, S. 160; Maurach/Schröder/Maiwald, Strafr BT Teilbd. 2, 9. Aufl., § 68 Rn 6; Mitsch, Strafr BT II Teilbd. 2, § 3 Rn 207; Otto, Strafr BT 61/148; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 298 Rn 18; Schönke/Schröder, § 298 Rn 17; Rudolphi, SK-StGB, 6. Aufl., 50. Lfg., Apr. 2000, § 298 Rn 10

- Die **Gegenansicht** geht im Grundsatz zwar nur von der Möglichkeit einer Teilnahme strafbarkeit von Nicht-Kartellmitgliedern aus, hält teilweise jedoch auch deren Täterschaft für möglich.

Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- u. SteuerstrafR, § 298 Rn 24; Greeve, Korruptionsdelikte in der Praxis Rn 387; Greeve/Leipold, Hdb. d. BaustrafR, § 10 Rn 100; v. Heintschel-Heinegg, StGB, § 298 Rn 17; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 298 Rn 6; Tiedemann, LK-StGB, § 298 Rn 47; MüKo-StGB/Hohmann, § 298 Rn 105 f.; Dannecker, NK-StGB, § 298 Rn 63; ders. JZ 2005, 49; Dannecker, NK-StGB, § 298 Rn 64a; MüKo-StGB/Hohmann, § 298 Rn 107; so wohl auch Tiedemann, LK-StGB, § 298 Rn 47

- II. **BGH aaO** vertritt jedenfalls für die vorliegende Fallkonstellation der Beteiligung eines **Veranstalters** an einer auf einer Absprache beruhenden Angebotsabgabe die Auffassung, dass zumindest seit der Neuregelung von § 1 GWB auch dieser den **Tatbestand des § 298 I StGB täterschaftlich verwirklichen** kann.

„Dessen **Wortlaut** steht einer solchen Auslegung nicht entgegen. Es handelt sich nicht um ein Sonderdelikt (Dannecker, NK-StGB, § 298 Rn 18; Fischer, § 298 Rn 17; Schönke/Schröder, § 298 Rn 17; MüKo-StGB/Hohmann, in § 298 Rn 99; Lackner/Kühl, § 298 Rn 6; Tiedemann, LK-StGB, § 298 Rn 13; a. A. Graf/Jäger/Wittig, § 298 Rn 4); Täter kann daher nicht nur derjenige sein, der selbst ein Angebot abgibt. Da seit der Neufassung des § 1 GWB auch vertikale Absprachen den Tatbestand des § 298 I StGB erfüllen, müssen sich vielmehr auch Veranstalter als Täter strafbar machen können, sofern ihnen nach den allgemeinen Regeln der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme die **Abgabe des Submissionsangebots** i. S. des § 25 StGB **zurechenbar** ist; ansonsten würde der mit der kartellrechtskonformen Ausgestaltung von § 298 StGB verfolgte Zweck – Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen Kartellrecht und Strafrecht – unterlaufen.“

Auch **teleologische Überlegungen** sprechen für eine Täterstellung des auf Veranstalterseite Handelnden: **Rechtsgut der Straftaten gegen den Wettbewerb** sind zunächst der **freie Wettbewerb** (Fischer, Vorb. § 298 Rn 6; Lackner/Kühl, § 298 Rn 1; Tiedemann, LK-StGB, § 298 Rn 6), daneben nach **h. M.** aber auch **Vermögensinteressen des Veranstalters** (Dölling/Duttge/Rössner, StGB, 2. Aufl., § 298 Rn 4; Fischer, § 298 Rn 2; Schönke/Schröder, Vorb. §§ 298 ff. Rn 3; Kindhäuser, LPK-StGB, 4. Aufl., § 298 Rn 1; Mitsch, § 3 Rn 196). Beide Rechtsgüter sind hier betroffen, da die Beteiligung einer Person auf Seiten des Veranstalters an den Absprachen mit den Bieterunternehmen den Wettbewerb durch gezielte Einflussnahme zu Gunsten eines Bieters einseitig verzerrt und zudem das Vermögen des Veranstalters gefährdet.“ (BGH aaO)

(VG Neustadt in NVwZ-RR 2012, 902; Urteil vom 04.07.2012 – 1 K 1088/11)

- I. Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendaren in dem **besonderen öffentlich-rechtlichen Auszubildungsverhältnis** steht gem. § 6 V 1 Nr. 3 RhPfJAG **Trennungsgeld entsprechend den Vorschriften des Landesreisekostengesetzes und der Trennungsgeldverordnung** für Beamtinnen und Beamte zu. Die den Trennungsgeldanspruch **einschränkenden Vorschriften der §§ 1 V 4, 2 RhPFTVG** finden dabei auf ledige Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare ohne eigene Wohnung **keine Anwendung**.

„Gem. § 6 V 1 Nr. 3 RhPfJAG [finden] die Vorschriften des RhPFTVG insges. auf Rechtsreferendare und Rechtsreferendarinnen keine Anwendung. Dies hat zur Folge, dass die Zusage einer Umzugskostenvergütung (wie auch deren Fiktion) für sie ins Leere geht, da sie gar keinen Anspruch auf eine Umzugskostenvergütung gem. § 2 RhPFTVG auslösen kann. Anders als bei Landesbeamtinnen und Landesbeamten, für die eine Zusage der Umzugskostenvergütung (auch) positive, nämlich anspruchsbegründende Wirkung im Hinblick auf die Umzugskostenvergütung hat, käme ihr für Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare im Vorbereitungsdienst faktisch nur eine negative, nämlich anspruchsausschließende Wirkung im Hinblick auf das Trennungsgeld zu. Im System des Umzugskosten- und Reisekostenrechts für Beamte hat das Instrument der Umzugskostenvergütungszusage quasi die Funktion einer „Schaltstelle“ zwischen Trennungsgeld und Umzugskostenvergütung. Diese Funktion kann sie für Rechtsreferendare ohne Anspruch auf eine Umzugskostenvergütung nicht erfüllen; die Anwendung dieses Instruments stellt sich damit hier als **systemwidrig** dar (vgl. BVerwG BeckRS 2011, 53776). Die von § 6 V 1 Nr. 3 RhPfJAG vorgegebene entsprechende Anwendung der trennungsgeldrechtlichen Vorschriften auf Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare muss diese Besonderheit berücksichtigen mit der Folge, dass die Fiktion der Umzugskostenvergütungszusage hier nicht greifen kann.“ (VG Neustadt a.d.W. aaO)

- II. Dagegen kann nicht mit Erfolg eingewendet werden, dass beim Fehlen einer eigenen Wohnung des Rechtsreferendars mit der Zuweisung an den neuen Dienstort keine **erhöhten Aufwendungen für die Beibehaltung der bisherigen Wohnung** entstehen.

„Das Trennungsgeld wird gewährt, um den **Mehraufwand der Haushaltsführung am neuen Dienstort abzugelten** (vgl. BVerwG BeckRS 2011, 53776). Dem trägt die RhPFTrennungsgeldverordnung in § 3 II Rechnung, indem sie auch Berechtigte ohne Beibehaltung einer eigenen Wohnung nicht vollständig vom Bezug des Trennungsgeld ausschließt, sondern lediglich einen niedrigeren Satz zuerkennt als für Berechtigte mit einer eigenen Wohnung, für deren Beibehaltung zusätzliche Aufwendungen anfallen, die durch den höheren Tagessatz des § 3 II 1 Nr. 2 RhPFTGV abgedeckt werden. Käme dem Aufwand am neuen Dienstort für das Trennungsgeld keinerlei Bedeutung zu, wäre der Anspruch aus § 3 II 1 Nr. 3 RhPFTGV nicht nachvollziehbar. Danach zwingen Sinn und Zweck des Gesetzes gerade nicht dazu, die Gewährung von Trennungsgeld an ledige Rechtsreferendare und Rechtsreferendarinnen ohne eigene Wohnung vollständig auszuschließen.“ (VG Neustadt a.d.W. aaO)

- III. Auch aus einem **Vergleich mit den Landesbeamtinnen und Landesbeamten in Ausbildung** folgt nach VG Neustadt aaO nicht, dass einem/einer ledigen Referendar/in Trennungsgeld zu versagen wäre.

„Zwar hat der Gesetzgeber durch die Verweisung auf die für Landesbeamtinnen und Landesbeamten geltenden Vorschriften seinen Willen zu erkennen gegeben, **Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare im öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis in Bezug auf trennungsgeld- und reiskostenrechtliche Ansprüche nicht besser zu stellen als vergleichbare, d. h. in Ausbildung befindliche Beamtinnen und Beamte**. Für diese gilt indessen, wenn sie ledig und ohne eigene Wohnung sind, die Umzugskostenvergütung, wie ausgeführt, mit der Zuweisung zur Ausbildungsstelle als zugesagt und entfällt damit weitgehend ein Anspruch auf Trennungsgeld. Dementsprechend wäre auch der Trennungsgeldanspruch der ledigen Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare begrenzt (so: OVG Koblenz BeckRS 2010, 47041). Da der juristische Vorbereitungsdienst in der Vergangenheit im Beamtenverhältnis auf Widerruf erfolgte, lassen sich hierfür auch **historische Gründe** anführen.“ (VG Neustadt a.d.W. aaO)

- IV. Allerdings unterscheiden sich die Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare im öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis von den Landesbeamtinnen und Landesbeamten im Ausbildungsverhältnis heute dadurch, dass sie gem. § 6 V 1 Nr. 3 RhPfJAG keine Umzugskostenvergütung erhalten können. Eine **vollständige Gleichbehandlung beider Gruppen in Bezug auf Reisekosten und Umzugskostenvergütung ist damit nicht möglich**.

„Die **entsprechende Anwendung des § 1 V 4 RhPFTVG auf Rechtsreferendare und Rechtsreferendarinnen führt dementsprechend gar nicht zu einer Gleichstellung beider Gruppen, sondern zu einer Schlechterstellung der Rechtsreferendare**, während diese gegenüber den Landesbeamtinnen und Landesbeamten besser stehen, wenn die Fiktion der Umzugskostenvergütung auf sie nicht angewandt wird. Dieses Spannungsverhältnis muss nach Auffassung der Kammer zu Gunsten eines Trennungsgeldanspruchs für Rechtsreferendare gelöst werden.

Während nämlich ledige Landesbeamtinnen und Landesbeamte ohne eigene Wohnung im Fall einer Zuweisung zur neuen Ausbildungsstelle zwar kein Trennungsgeld, aber eine (wenn auch nach den Ausführungen des Bkl. lediglich eine geringe) Umzugskostenvergütung erhalten können, wären ledige Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare ohne eigene Wohnung durch die entsprechende Anwendung des § 1 V 4 RhPFTGV faktisch vollständig von einem finanziellen Ausgleich ihrer Mehraufwendungen bei einem Wechsel zu einer auswärtigen Ausbildungsstelle ausgeschlossen. Dass der Gesetzgeber diesen weitgehenden Ausschluss für eine Personengruppe gewollt hat, die einen nicht geringen Anteil der Rechtsreferendare darstellen dürfte, lässt sich weder dem **Wortlaut** des RhPfJAG noch der RhPfJAPO oder den **Gesetzesmaterialien** hierzu entnehmen (vgl. VG Koblenz BeckRS 2007, 19740). Dagegen spricht auch § 18 II RhPfJAPO, der von einem grds. bestehenden Trennungsgeldanspruch ausgeht und diesen – nur für bestimmte Fälle – zeitlich einschränkt. Schließlich muss nach Auffassung der Kammer die besondere Situation in der Ausbildung der Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendaren mit in den Blick genommen werden, die sich durch **ständige Wechsel ihrer Ausbildungsstelle** zur Gewinnung möglichst breiter Erfahrungswerte auszeichnet. Dadurch sind sie **typischerweise in besonderem Maße mit erhöhten Aufwendungen belastet**, was den vollständigen Ausschluss von Trennungsgeld und Umzugskostenvergütung für einen erheblichen Teil der Referendare nicht gerechtfertigt erscheinen lässt.“ (VG Neustadt a.d.W. aaO)

GG  
Art. 3 III 2

### Schulischer Nachteilsausgleich Notenschutz für Schüler mit Behinderung

GG

(VG Stuttgart in NVwZ-RR 2012, 844; Urteil vom 12.07.2012 – 12 K 2267/12)

**Voraussetzung für „Notenschutz“ bei Behinderten** ist, dass die **Kausalität zwischen Verschlechterung von Noten und der Behinderung konkret festgestellt** werden kann. Es genügt hierfür nicht, dass die schulischen Leistungen allgemein auf Grund der Behinderung schlechter sind, als sie ohne Behinderung wären.

„Zum Ausgleich von Behinderungen im schulischen Bereich werden in Bezug auf Noten **zwei Modelle** diskutiert. Es handelt sich zum einen um „Notenschutz“, mit dem erreicht werden soll, dass das bisher erreichte Notenniveau erhalten bleibt, wenn es sich aktuell auf Grund einer Behinderung verschlechterte, oder dass einzelne Noten nicht gewertet werden. Zum anderen handelt es sich um eine Verbesserung der Noten, denen – auf Grund der Behinderung – keine entsprechende schulische oder Prüfungsleistung zu Grunde liegt.

Auf „Notenschutz“ kann sich die Ast. nicht mit Erfolg berufen. Denn dabei wird vorausgesetzt, dass das Notenbild vor Eintritt der Behinderung mit dem sich danach ergebenden Notenbild verglichen wird. Hierfür müssen Nachweise vorliegen. Vorliegend hat die Ast. aber nicht einmal geltend gemacht, dass eine solche fassbare Notenverschlechterung auf Grund der Behinderung stattfand. Sie beruft sich vielmehr darauf, die Behinderung und ihre Auswirkungen hätten während der ganzen Gymnasialzeit bestanden. Die Berufung auf „Notenschutz“ hätte darüber hinaus vorausgesetzt, dass die Ast. die konkrete Entwicklung der Noten aufzeigt und nachweist. Daran fehlt es ebenfalls.

Auf eine (einheitliche) Verbesserung der Durchschnittsnote hat die Ast. keinen Anspruch. Sie macht selbst nicht geltend, die ihr erteilten Noten und die daraus errechnete Durchschnittsnote entsprächen nicht den gezeigten Leistungen. Sie beruft sich vielmehr darauf, ihre Leistungen wären ohne die vorhandenen Behinderungen besser. Ein **Nachteilsausgleich** in Form der von der Ast. begehrten Notenverbesserung ist aber **unzulässig, weil dies ein Abweichen vom Leistungsgrundsatz** bedeutete. **Auch das Vorhandensein einer Behinderung lässt es nicht zu, für den Behinderten den Bewertungsmaßstab zu verändern** (vgl. OVG Lüne-

burg NVwZ-RR 2009, 68). Auch ein **Behinderter muss die jeweiligen Anforderungen erfüllen**. Es ist nicht zulässig, Beurteilungen fiktive Leistungen zu Grunde zu legen. Sonst läge ein Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit vor. Ein Nachteilsausgleich muss vielmehr über andere Maßnahmen erfolgen, z. B. schulische Förderung oder Berücksichtigung der Behinderung bei der praktischen Durchführung von Prüfungen.

Auch Art. 3 III 2 GG, nach dem niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf, verleiht der Ast. nicht den begehrten Anspruch. Denn er stellt nur ein Abwehrrecht dar (vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2009, 68).“ (VG Stuttgart aaO)

Brand/KatSchG HE  
§§ 3 I Nr. 1, 53 I

**Anscheinsgefahr**  
Kostenpflicht

öffR

(VG Gießen in DÖV 2012, 860; Urteil vom 04.07.2012 – 8 K 3253/11)

**Das Setzen des Anscheins einer Gefahr** - hier durch Rauchentwicklung infolge Anbrennens von Speisen - **verpflichtet den Betroffenen, die Kosten des Feuerwehreinsatzes zu tragen**.

- I. Nach **§ 61 III Nr. 1** des Hessischen Brand- und Katastrophenschutzgesetzes - HBKG - sind die Kosten eines Feuerwehreinsatzes, der nicht wegen eines Brandes oder im Falle einer Katastrophe erfolgt ist, insbes. also in den Fällen der Allgemeinen Hilfe, nach allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen oder nach örtlichen Gebührenordnungen zu erstatten. Kostenpflichtig ist die Person, deren Verhalten die Leistung erforderlich gemacht hat (§ 61 III Nr. 1 HBKG).
- II. Der Einsatz der Feuerwehr diene vorliegend nicht der Brandbekämpfung, wenngleich die Alarmierung der Feuerwehr unter der Angabe unklare Rauchentwicklung aus einem Haus und unter dem Einsatzstichwort Feuer 2 erfolgte. Für die **Frage der Kostenerstattung** ist aber **auf die objektiven Gegebenheiten abzustellen**, so wie sie sich am Einsatzort dargestellt haben.

*„Die Kl. hat vorliegend den Einsatz der Feuerwehr erforderlich gemacht, in dem sie Essen auf dem Herd verbrennen ließ. Hierdurch kam es zu einer Rauch- und Dampfbildung, was die Annahme einer sogenannten Anscheinsgefahr begründet hat. Bei Anlegung des insoweit erforderlichen objektiven Maßstabs lag im Zeitpunkt des Einschreitens der Feuerwehr eine drohende Gefahr für Leben, Gesundheit, natürliche Lebensgrundlagen oder Sachen (vgl. § 6 I HBKG) nicht vor. Von dem Anbrennen des Essens ging, jedenfalls im Zeitpunkt des Eintreffens der Feuerwehr, keine drohende Gefahr (mehr) aus.*

*Durch das Anbrennenlassen des Essens und der infolge entstandenen Rauchbildung, die außerhalb der Wohnung der Klägerin wahrgenommen wurde und Anlass für die Alarmierung der Feuerwehr war, ist aber zumindest der **Anschein des Bestehens einer Gefahr gesetzt** worden. Im Zeitpunkt der Alarmierung der Feuerwehr war nicht abzuschätzen, was die Ursache der gemeldeten Rauchentwicklung gewesen ist, so dass die **Annahme drohenden Schadeneintritts gerechtfertigt** war. Für die Feuerwehr bestand daher die Pflicht auszurücken. Dass der außerhalb der Wohnung wahrnehmbare Rauch letztlich einem nicht gefahrbringenden Sachverhalt geschuldet war, war auch bei verständiger Würdigung des Sachverhalts nicht zu erkennen.“ (VG Gießen aaO)*

- III. Allein das **Setzen des Anscheins einer Gefahr** durch die Kl. mit der Folge eines rechtmäßigen Feuerwehreinsatzes **verpflichtet diese dazu, die Kosten dieses Einsatzes zu tragen**.

*„Die Kl. hat durch ihr Verhalten zurechenbar die **Voraussetzungen der Anscheinsgefahr unmittelbar selbst verursacht**, indem sie das Essen in ihrer Küche anbrennen ließ. Die den Gefahrenanschein begründenden Umstände fallen in den **Risiko- und Verantwortungsbereich** der Kl. In einem solchem Fall ist es gerechtfertigt, die Kl. zur Kostenerstattung heranzuziehen.“ (VG Gießen aaO)*



## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 794 I Nr. 1

### Unwirksamkeit eines Vergleichs Insolvenz des Arbeitgebers

ZPO

(BAG in NJW 2012, 3390; Urteil vom 11.07.2012 – 2 AZR 42/11)

1. Streiten die Parteien über die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs, ist dieser Streit jedenfalls dann **in demselben Verfahren auszutragen**, in dem der Vergleich geschlossen wurde, wenn **nicht ausschließlich Gründe** geltend gemacht werden, die erst **nach seinem Abschluss** entstanden sind.
2. Eine **Täuschung** i. S. von § 123 I BGB kann auch in dem **Verschweigen von Tatsachen** bestehen, sofern der Erklärende **zu deren Offenbarung verpflichtet** war. Das subjektive Merkmal „Arglist“ i. S. von § 123 I BGB liegt vor, wenn der Täuschende **weiß oder billigend in Kauf** nimmt, dass seine Behauptungen nicht der Wahrheit entsprechen oder mangels Offenbarung bestimmter Tatsachen **irrige Vorstellungen beim Erklärungsgegner** entstehen oder aufrechterhalten werden; **Fahrlässigkeit** – auch grobe Fahrlässigkeit – **genügt insoweit nicht**.
3. Es fehlt an einer unvorhergesehenen, schwerwiegenden nachträglichen Veränderung der Umstände i. S. von § 313 I BGB, wenn sich durch die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen einer Partei, die sich im Wege des Prozessvergleichs zur Zahlung einer erst später fällig werdenden Abfindung verpflichtet hat, das beiden Parteien bereits **bei Vergleichsabschluss bekannte Risiko einer drohenden Zahlungsunfähigkeit** der Partei verwirklicht.
4. Der Umstand, dass ein Abfindungsanspruch aus einem Prozessvergleich durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers **zur Insolvenzforderung wird**, begründet **kein Rücktrittsrecht** des Arbeitnehmers nach § 323 I Alt. 1 BGB. Voraussetzung für das gesetzliche Rücktrittsrecht nach § 323 BGB ist die Durchsetzbarkeit der ursprünglichen Forderung. Ein durch einen zuvor mit dem Schuldner geschlossenen **Prozessvergleich begründeter Abfindungsanspruch ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr durchsetzbar**. Der Arbeitnehmer kann nicht mehr auf Leistung der Abfindung klagen, sondern nur noch gem. §§ 174 ff. InsO die Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle verlangen.

**Fall:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines gerichtlichen Vergleichs. Die Kl. war seit dem 01.09.1981 in einem Warenhaus der Bekl. beschäftigt. Zuletzt hatte sie die Stellung einer Abteilungsleiterin inne. Im Herbst des Jahres 2008 deutete die Kl. dem Geschäftsführer ihrer Filiale an, aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden zu wollen, um ihren Mann bei dessen beabsichtigter Selbstständigkeit zu unterstützen. Im Januar 2009 erkrankte die Kl. Ab Februar 2009 führte sie mit dem Personalleiter der Bekl. Gespräche über ihr Ausscheiden. Sie signalisierte, bereit zu sein, ihr Arbeitsverhältnis gegen eine Abfindung von 55.000 Euro zu beenden. Man kam überein, dass die Bekl. kündigen und man sodann einen gerichtlichen Vergleich protokollieren lassen würde. Die Bekl. kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 20.05.2009 zum 31.12.2009. Die Kl. erhob Kündigungsschutzklage. In der Güteverhandlung vor dem ArbG schlossen die Parteien am 8. 6. 2009 folgenden Vergleich:

- „1. Die Parteien sind sich darüber einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis durch ordentliche arbeitgeberseitige betriebsbedingte Kündigung vom 20.05.2009 fristgerecht mit dem 31.12.2009 endet.
2. Als Abfindung nur für den Verlust des Arbeitsplatzes zahlt die Bekl. an die Kl. entsprechend den §§ 9, 10 KSchG einen Betrag in Höhe von 55 000 Euro brutto.
3. Damit ist der Rechtsstreit beendet.“

Am 09.06.2009 stellte die Bekl. einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Das Verfahren wurde am 01.09.2009 eröffnet. Nachdem ein Insolvenzplan erstellt worden war, wurde es zum 30.09.2010 aufgehoben. Mit Anwaltsschreiben vom 23.10.2009 focht die Kl. gegenüber dem Insolvenzverwalter den gerichtlichen Vergleich vom 08.06.2009 wegen arglistiger Täuschung an. Auf der Grundlage des Insolvenzplans hätte sie mit einer Quote von 3% der Vergleichsforderung zu rechnen.

Mit ihrer Klage hat die Kl. die Unwirksamkeit des Vergleichs und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht. Sie hat beantragt, (1) festzustellen, dass der gerichtliche Vergleich vom 08.06.2009 den Rechtsstreit nicht beendet hat; (2) festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 20.05.2009 nicht aufgelöst worden ist; (3) festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht auf Grund des gerichtlichen Vergleichs mit Ab-

lauf des 31.12.2009 beendet worden ist, sondern darüber hinaus fortbesteht; (4) die Bekl. zu verurteilen, sie zu den bisherigen Bedingungen als Abteilungsleiterin weiterzubeschäftigen; hilfsweise zu 2 und 3, die Bekl. zu verurteilen, ihr Angebot, sie mit Wirkung vom 01.01.2010 unter Anerkennung der bisherigen Betriebszugehörigkeit wieder einzustellen, anzunehmen. Wird sie damit Erfolg haben?

## A. Zulässigkeit

Der Antrag auf Feststellung des Fehlens der prozessbeendenden Wirkung des Prozessvergleichs müsste überhaupt zulässig sein. Mit diesem Antrag zu 1 begehrt die Klägerin keine eigenständige Feststellung. Ihr Ziel ist die sachliche Bescheidung ihrer Anträge zu 2 bis 4. Dafür ist als Vorfrage zu klären, ob der Rechtsstreit durch den Vergleich vom 08.06.2009 beendet ist. Einer gesonderten Feststellung bedarf es nicht.

*„Streiten die Parteien über die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs, ist dieser **Streit in demselben Verfahren auszutragen, in dem der Vergleich geschlossen wurde** (BAG, NZA 2010, 1250 = AP BGB § 123 Nr. 68 = EzA BGB 2002 § 123 Nr. 9 Rn. 16; BAGE 120, 251 = NJW 2007, 1831 = NZA 2007, 466 Rn. 15). Ob der alte Prozess auch dann fortzusetzen ist, wenn der Prozessvergleich materiell-rechtlich aus Gründen unwirksam wird, die erst nach seinem Abschluss entstanden sind – wenn etwa ausschließlich ein gesetzliches Rücktrittsrecht geltend gemacht wird –, kann dahinstehen (str.; vgl. bejahend BAGE 40, 17 = NJW 1983, 2212 [zu B II 4]; verneinend BGHZ 16, 388 = NJW 1955, 705 [zu II 3]). Jedenfalls dann, wenn **neben einem Rücktritt auch die Anfechtung erklärt wurde, ist der bisherige Prozess fortzusetzen** (OLG Hamburg, ZMR 1996, 266 = BeckRS 1994, 30975248; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 30. Aufl., § 794 Rn. 36). Wird der Vergleich als wirksam angesehen, so ist **auszusprechen, dass der Rechtsstreit durch den Vergleich erledigt ist** (BAG, NZA 2010, 1250; BAGE 120, 251 = NJW 2007, 1831 = NZA 2007, 466; BGHZ 16, 388 = NJW 1955, 705).“ (BAG aaO)*

## B. Begründetheit

Fraglich ist, ob der Prozessvergleich vom 08.06.2009 den Rechtsstreit wirksam beendet hat. Über die Sachanträge, einschließlich des Hilfsantrags, ist nicht mehr zu entscheiden.

### I. Bedeutung des Prozessvergleichs

*„Ein Prozessvergleich hat neben seinen **materiell-rechtlichen Folgen** i. S. von § 779 BGB **unmittelbar prozessbeendende Wirkung** (vgl. BAG, NZA 2010, 1250 = AP BGB § 123 Nr. 68 = EzA BGB 2002 § 123 Nr. 9 Rn. 15; Thomas/Putzo/Hüßtege, § 794 Rn. 3, 26). Er wird zur Beilegung und damit Erledigung des Rechtsstreits geschlossen (§ 794 I Nr. 1 ZPO). Die Erledigung tritt grundsätzlich mit dem Abschluss des Vergleichs ein. Auch im Streitfall haben die Parteien in Nr. 3 des Vergleichs vereinbart, dass der Rechtsstreit damit beendet sei.*

*Auch soweit die Kl. geltend macht, der Vergleich vom 08.06.2009 sei dahin auszulegen, dass die **Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ohne die Abfindungszahlung** habe eintreten sollen, ändert dies nichts an seiner unmittelbar prozessbeendenden Wirkung. Die von ihr begehrte **Fortsetzung des Rechtsstreits** ist deshalb **nur bei Unwirksamkeit des Vergleichs möglich**.“ (BAG aaO)*

### II. Wirksamkeit des Prozessvergleichs

Es kommt daher allein darauf an, ob der Prozessvergleich wirksam ist. Er ist jedenfalls nicht aus formellen Gründen unwirksam. Allerdings könnte er auch materiellen Gründen unwirksam sein.

#### 1. Nichtigkeit nach § 138 I oder § 134 BGB

Der Prozessvergleich könnte wegen Sittenwidrigkeit oder wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 138 I BGB bzw. nach § 134 I BGB nichtig sein. Durch den Prozessvergleich hat die Kl. **der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zugestimmt**, obwohl die Abfindung erst mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 31.12.2009 fällig werden sollen. Die Klägerin hat daher ihre **Zustimmung** zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses **als Vorleistung** erbracht.

*„Das verstieße aber weder gegen ein gesetzliches Verbot i. S. von § 134 BGB noch gegen die guten Sitten i. S. von § 138 I BGB (vgl. für einen außergerichtlichen Aufhebungsvertrag BAG, Urt. v. 10. 11. 2011 – 6 AZR 342/10, BeckRS 2012, 65004 Rn. 21). Auch eine unangemessene Benachteiligung i. S. von § 307 I 1 BGB liegt nicht vor. Die **Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers entspricht** bei der Vereinbarung eines Beendigungsvergleichs **regelmäßig den zu Grunde liegenden Interessen**. Einerseits wird der Arbeitnehmer dadurch bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses wirtschaftlich so gestellt, wie er ohne die Aufhebungsvereinbarung gestanden hätte. Andererseits kann, da ein Aufhebungsvertrag in der Regel unter der aufschiebenden Bedingung steht, dass das Arbeitsverhältnis bis zu dem vereinbarten Auflösungszeitpunkt fortge-*

setzt wird (BAG, Urt. v. 10.11.2011 – 6 AZR 342/10, BeckRS 2012, 65004; NJW 2001, 3068 = NZA 2001, 837), die **vereinbarte Abfindungszahlung** dann **gegenstandslos** werden, wenn später z. B. eine **außerordentliche Kündigung** das Arbeitsverhältnis noch vor dem im Vertrag vorgesehenen Zeitpunkt auflöst (vgl. BAG, Urt. v. 10.11.2011 – 6 AZR 342/10, BeckRS 2012, 65004; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch/Fischermeier, 4. Aufl., § 626 BGB Rn. 32).“ (BAG aaO)

Der Prozessvergleich ist daher nicht wegen Sittenwidrigkeit oder wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 138 I BGB bzw. nach § 134 I BGB nichtig.

## 2. Nichtigkeit nach § 142 I BGB wegen Anfechtung

Der Prozessvergleich könnte jedoch nach einer **wirksamen Anfechtung** der Kl. nach § 142 I BGB nichtig sein. Eine form- und fristgerechte Anfechtung gem. §§ 124 I und II, 143 I und II BGB ist erfolgt. Allerdings müsste auch ein **Anfechtungsgrund** vorliegen. Hier kommt eine Anfechtung nach § 123 I BGB wegen **arglistiger Täuschung** durch den Bekl. in Betracht.

### a) Voraussetzungen für eine Anfechtung nach § 123 I BGB

*„Eine arglistige Täuschung i. S. von § 123 I BGB setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass der Täuschende durch **Vorspiegelung oder Entstellung von Tatsachen** beim Erklärungsgegner einen **Irrtum erregt** und ihn hierdurch zur Abgabe einer Willenserklärung veranlasst hat. Dabei muss sich die **Täuschung auf objektiv nachprüfbar Tatsachen** beziehen. Die Äußerung subjektiver Werturteile genügt nicht (BAG, NZA-RR 2012, 43 = EzA BGB 2002 § 123 Nr. 10 Rn. 41; NJOZ 2006, 2031 = NZA 2006, 624 Os. = AP BGB § 123 Nr. 64 = EzA BGB 2002 § 123 Nr. 5). Eine Täuschung kann auch in dem **Verschweigen von Tatsachen** bestehen, sofern der Erklärende **zu deren Offenbarung verpflichtet** war. Das subjektive Merkmal „**Arglist**“ i. S. von § 123 I BGB liegt vor, wenn der Täuschende **weiß oder billigend in Kauf nimmt**, dass seine Behauptungen nicht der Wahrheit entsprechen oder mangels Offenbarung bestimmter Tatsachen **irrige Vorstellungen** beim Erklärungsgegner entstehen oder aufrechterhalten werden; **Fahrlässigkeit – auch grobe Fahrlässigkeit – genügt insoweit nicht. Die Beweislast** für das Vorliegen von Arglist trägt der **Anfechtende**; dass es sich hierbei um eine innere Tatsache handelt, steht dem nicht entgegen (vgl. BAG, NZA-RR 2012, 43 Rn. 43; BAGE 91, 349 = NJW 1999, 3653 = NZA 1999, 975 [zu B I 4]).“ (BAG aaO)*

### b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob eine so verstandene arglistige Täuschung der Kl. durch den Bekl. erfolgt ist. Es ist davon auszugehen, dass die Kl. von der finanziell bedrängten Lage der Bekl. bei Abschluss des Vergleichs gewusst hat. Aus den Medien ist bekannt gewesen, eine Insolvenz der Bekl. sei möglich und würde nur durch staatliche Finanzhilfen abgewendet werden können. In dieser Lage hat die Kl. nicht davon ausgehen können, die Zahlungsfähigkeit der Bekl. werde in der Folgezeit, jedenfalls für den Zeitraum bis zur Fälligkeit der Abfindung, gesichert sein. Demgegenüber müsste die Kl. **dargelegt** haben, dass die Bekl. bei Abschluss des Vergleichs arglistig falsche Tatsachen behauptet oder die **Offenbarung bestimmter Tatsachen pflichtwidrig und arglistig unterlassen** hat, so dass bei ihr – der Kl. – für den Abschluss des Vergleichs ursächliche Fehlvorstellungen hervorgerufen wurden.

Dies könnte darin zu sehen sein, dass der Insolvenzantrag zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses am 08.06.2009 bereits vorbereitet war.

*„Die Kl. hat [aber] nicht behauptet, der Personalleiter der Bekl., welcher für diese den Vergleich schloss, habe bereits am 08.06.2009 Kenntnis von der Vorbereitung des Insolvenzantrags gehabt. Gemäß **§ 166 I BGB** ist **im Falle der Vertretung** jedoch auf die **Kenntnis des Vertreters** abzustellen. Ebenso wenig hat die Kl. mit Blick auf **§ 166 II BGB** behauptet, der Personalleiter habe den Vergleich auf Weisung anderer Vertreter der Bekl. geschlossen, welche ihrerseits Kenntnis von der Vorbereitung des Insolvenzantrags gehabt hätten.*

***Selbst bei entsprechender Kenntnis** auf Seiten des Personalleiters läge kein arglistiges Verschweigen i. S. von § 123 I BGB vor. Der Kl. war **bekannt, dass der Bekl. die Zahlungsunfähigkeit drohte**. Unter diesen Umständen musste die Bekl. nicht annehmen, es sei für die Entscheidung der Kl., den Prozessvergleich abzuschließen, von Bedeutung, ob*

für den Fall des tatsächlichen Eintritts der Zahlungsunfähigkeit ein Insolvenzantrag bereits vorbereitet wäre.

Die Kl. hat [auch] nicht behauptet, der Bekl. oder dem Personalleiter sei bei Abschluss des Vergleichs bekannt gewesen, dass der Insolvenzantrag in jedem Fall schon am nächsten Tag eingereicht würde. Ebenso wenig hat sie behauptet, sie würde den Vergleich jedenfalls nicht am 08.06.2009 geschlossen haben, hätte sie gewusst, dass am Folgetag möglicherweise die für eine Insolvenz entscheidenden Verhandlungen über mögliche Staatshilfen für die Bekl. geführt würden.“ (BAG aaO)

Mangels arglistiger Täuschung liegt ein Anfechtungsgrund nicht vor, so dass der Vergleich nicht nach § 142 I BGB nichtig ist.

### 3. Rücktritt nach § 313 I, III BGB

Der Prozessvergleich könnte auch wegen wirksamen Rücktritts unwirksam sein. Ein Rücktrittsgrund könnte sich aus § 313 I, III BGB ergeben.

Nach § 313 I, III BGB könnte die Klägerin wegen einer **wesentlichen Änderung der Geschäftsgrundlage** zurückgetreten sein.

#### a) Voraussetzungen des § 313 I, III 1 BGB

Fraglich ist zunächst, wann von einer solchen wesentlichen Änderung der Geschäftsgrundlage auszugehen ist.

„Gemäß § 313 I, III 1 BGB kann die benachteiligte Partei von einem gegenseitigen Vertrag zurücktreten, wenn sich die **Umstände**, die zur **Grundlage des Vertrags geworden sind**, nach Vertragsschluss **schwerwiegend verändert** haben, die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, ihr ein **Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet** werden kann und eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder ihrerseits einem Teil nicht zumutbar ist. **Geschäftsgrundlage** in diesem Sinne sind zum einen die **gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragspartner**, die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt geworden, beim Abschluss aber zutage getreten sind, zum anderen die dem Geschäftspartner erkennbaren oder von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien aufbaut (st. Rspr., etwa BGHZ 163, 42 = NJW 2005, 2069 [zu II 1 c]).“ (BAG aaO)

#### b) Anwendung auf den Fall

Es kommt daher darauf an, ob die Eröffnung des Insolvenzverfahrens überhaupt eine solche wesentliche Änderung im Vergleich zu der Situation bei Abschluss des Vergleichs darstellt.

„Die Zahlungsfähigkeit der Bekl. – und damit die Möglichkeit, den Vergleich vollständig zu erfüllen – [ist] objektiv bereits bei Abschluss des Vergleichs gefährdet gewesen. Den Parteien [war] durch die umfangreiche Berichterstattung in den Medien bekannt, dass der A, zu der die Bekl. gehört habe, die Insolvenz gedroht habe. Die **Zahlungsfähigkeit** der Bekl. zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Abfindung am 31.12.2009 sei damit **von Beginn an nicht gesichert** gewesen. Nach dem Scheitern der Sanierungsbemühungen [hat] sich dieses Insolvenzzisiko realisiert. Das [berechtigt] die Kl. nicht zum Rücktritt.

Soweit die Kl. behauptet hat, beide Parteien seien vor und bei Abschluss des Vergleichs von der Erfüllbarkeit der Abfindungszahlung ausgegangen, hat sich, eine solche gemeinsame Erwartung unterstellt, durch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Bekl. gleichwohl nur ein beiden Parteien bereits bei Vergleichsabschluss bekanntes Risiko verwirklicht. Es fehlt damit an einer **schwerwiegenden nachträglichen Veränderung der Umstände** i. S. von § 313 I BGB.“ (BAG aaO)

### 4. Rücktritt nach § 323 I BGB

Die Klägerin könnte aber nach § 323 I BGB zum Rücktritt berechtigt sein. Nach § 323 I BGB kann ein Rücktritt dann erfolgen, wenn der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine **fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, erbringt**, sofern der Gläubiger ihm erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Die vertragsgemäße Leistung ist hier ausgeblieben, so dass insofern ein Rücktrittsgrund nach § 323 I BGB vorliegen könnte.

„Als **ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal** ist Voraussetzung für das gesetzliche Rücktrittsrecht nach § 323 BGB die **Durchsetzbarkeit der ursprünglichen Forderung** (BAG, Urt. v. 10.11.2011 – 6 AZR 342/10, BeckRS 2012, 65004 Rn. 31; Staudinger/Otto/Schwarze, BGB, Neubearb. 2009, § 323 Rn. B 28; Soergel/Gsell, 13. Aufl., § 323 Rn. 50; Grothe, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 323 Rn. 5; Ernst, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl., § 323 Rn. 47). § 323 I BGB ermöglicht dem Gläubiger die **Wahl**, von der **Durchsetzung der Forderung** durch Leistungsklage abzusehen und sich **stattdessen** für eine **Rückabwicklung** des Vertragsverhältnisses zu entscheiden. Das gesetzliche Rücktrittsrecht setzt damit voraus, dass der **Schuldner die geschuldete Leistung ordnungsgemäß erbringen** kann und muss, dies aber – warum auch immer – nicht tut (vgl. Staudinger/Otto/Schwarze, § 323 Rn. A 8). Eine das Rücktrittsrecht begründende **Verletzung der Leistungspflicht** i. S. von § 323 I BGB ist dagegen **ausgeschlossen**, wenn der Schuldner gar nicht leisten muss oder gar nicht leisten darf, die **Forderung also nicht durchsetzbar ist** (BAG, Urt. v. 10. 11. 2011 – 6 AZR 342/10, BeckRS 2012, 65004).“ (BAG aaO)

Es kommt daher darauf an, ob der Abfindungsanspruch der Kl. aus dem gerichtlichen Vergleich zum Zeitpunkt ihres Rücktritts überhaupt noch durchsetzbar war.

„Ein **Abfindungsanspruch** aus einem mit dem Schuldner geschlossenen Vergleich, der bei Ausübung des Rücktrittsrechts wegen zwischenzeitlich erfolgter **Insolvenzeröffnung** nur noch eine **Insolvenzforderung** darstellt, ist nicht durchsetzbar (vgl. für den Abfindungsanspruch aus einem außergerichtlichen Aufhebungsvertrag BAG, Urt. v. 10.11.2011 – 6 AZR 342/10, BeckRS 2012, 65004 Rn. 32). Der Arbeitnehmer kann in einem solchen Fall **nicht mehr auf Leistung der Abfindung klagen**, sondern nur noch gem. §§ 174 ff. InsO die **Feststellung seiner Forderung zur Insolvenztabelle verlangen**. Die ursprüngliche Abfindungsforderung ist – auch nach Eintritt ihrer Fälligkeit – nicht mehr durchsetzbar (vgl. im Einzelnen BAG, Urt. v. 10.11.2011 – 6 AZR 342/10, BeckRS 2012, 65004 Rn. 32 ff.).“ (BAG aaO)

Ein Rücktrittsrecht der Kl. gem. § 323 I Alt. 1 BGB ist danach nicht gegeben. Die Abfindungsforderung war nach der Insolvenzeröffnung am 01.09.2009 nicht mehr durchsetzbar. Die Kl. hat den Rücktritt vom Vergleich frühestens mit Schreiben vom 23.10.2009 erklärt.

## 5. Rücktritt nach § 326 V BGB

In Betracht kommt weiterhin ein Rücktrittsrecht aus § 326 V BGB. Nach dieser Bestimmung kann der Gläubiger von einem gegenseitigen Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner nach § 275 I bis III BGB nicht zu leisten braucht.

„Ein Fall des Ausschlusses der Leistungspflicht wegen **Unmöglichkeit** lag hier nicht vor. Der **Abfindungsanspruch** der Kl. war wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Bekl. **zwar nicht durchsetzbar**. Die Leistung wurde der Bekl. dadurch **aber nicht i. S. von § 275 BGB unmöglich** (vgl. Ernst, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl., § 275 Rn. 13; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 275 Rn. 3, § 276 Rn. 28).“ (BAG aaO)

Ein Rücktrittsrecht nach § 326 V BGB ist demnach ebenfalls nicht anzunehmen.

**Ergebnis:** Der Prozessvergleich vom 08.06.2009 hat den Rechtsstreit wirksam beendet. Über die Sachanträge, einschließlich des Hilfsantrags, ist nicht mehr zu entscheiden.

ZPO

**öffentliche Zustellung**

ZPO

§ 185 Nr. 1

**Nachforschungen zum Aufenthalt des Zustellungsadressaten**

(BGH in NJW 2012, 3582; Urteil vom 04.07.2012 – XII ZR 94/10)

1. Im Erkenntnisverfahren darf eine öffentliche Zustellung nur angeordnet werden, wenn die begünstigte Partei alle der Sache nach geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen angestellt hat, um den Aufenthalt des Zustellungsadressaten zu ermitteln und ihre ergebnislosen Bemühungen gegenüber dem Gericht dargelegt hat.
2. Allein die ergebnislose Anfrage beim Einwohnermeldeamt und dem Zustellungspostamt des letzten Wohnsitzes des Zustellungsadressaten genügt hierfür in der Regel nicht.

**A. Grundlagenwissen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand****I. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags**

Der Antrag kann nur bei Versäumung einer Notfrist und der sonstigen in § 233 ZPO aufgeführten Fristen zur Begründung von Berufung (§ 520 II 1 ZPO), Revision (§ 551 II 2 ZPO) **Nichtzulassungsbeschwerde**, (§ 544 II ZPO), **Rechtsbeschwerde** (§ 575 II 1 ZPO) sowie der **Beschwerde nach § 621e ZPO** gestellt werden. Schließlich kann auch die Wiedereinsetzung in die **Wiedereinsetzungsfrist** des § 234 I ZPO beantragt werden.

**II. ordnungsgemäße Antragstellung**

1. Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der **Form** gestellt werden, welche **für die versäumte Prozesshandlung vorgeschrieben** ist. Der Antrag muss nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten.
2. Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 234 I ZPO 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 Wiedereinsetzungsantrag 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.

**V. 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.

**VI. Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags**

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Partei **ohne ihr Verschulden gehindert** war, die **Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch glaub-

haft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

### 1. Hinderungsgründe des Beteiligten selbst

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

### 2. Verschulden des (Prozess-)Bevollmächtigten

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

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

### 3. externe Hinderungsgründe

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

### 4. Kausalität

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

## B. Nachforschungen zum Aufenthalt des Zustellungsadressaten bei öffentlicher Zustellung (vgl. BGH in NJW 2012, 3582)

**Fall:** Der Kl. verlangt nach der Kündigung eines Mietvertrags von der Bekl. die Räumung und Herausgabe von gewerblich genutzten Räumen. Der Kl. vermietete im August 2002 ein in seinem Eigentum stehendes Appartement an die Bekl. zur Nutzung als Wohnraum. Beim Abschluss des schriftlichen Mietvertrags wurde der Kl. durch die Streithelferin der Bekl. vertreten, die mit der Verwaltung der Wohnung beauftragt war. Gleichzeitig mietete die Bekl. in dem Gebäude zwei angrenzende Wohnungen anderer Eigentümer an, wobei diese beim Vertragsschluss ebenfalls von der Streithelferin vertreten wurden. Die drei Wohnungen waren durch verschiedene bauliche Maßnahmen, insbesondere durch den Einbau einer gemeinsamen Eingangstür, zu einer räumlichen Einheit verbunden, in der die Bekl. ein Bordell betreibt. Nachdem der Kl. Kenntnis von der tatsächlichen Nutzung des Appartements als Bordellbetrieb erfahren hatte, kündigte er im August 2008 das Mietverhältnis fristlos. Das Kündigungsschreiben wurde als Einschreiben mit Rückschein an die Adresse der Mietwohnung versandt und konnte der Bekl. dort auch zugestellt werden.

Nachdem der Bekl. die Räumungsklage unter dieser Adresse nicht zugestellt werden konnte, hat das AG auf Antrag des Kl. die öffentliche Zustellung der Klage angeordnet und nach Ablauf der gesetzten Fristen im schriftlichen Vorverfahren antragsgemäß ein Versäumnisurteil gegen die Bekl. erlassen. Das Versäumnisurteil ist der Bekl. ebenfalls durch öffentliche Bekanntmachung am 02.03.2009 zugestellt worden. Am 20.05.2009 hat die Bekl. gegen das Versäumnisurteil Einspruch eingelegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist beantragt. Kenntnis vom Versäumnisurteil hatte sie am 15.05.2009 erlangt. Wird das Gericht den Einspruch als verfristet zurückweisen oder die Wiedereinsetzung gewähren?

### I. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Antrag kann nur bei Versäumung einer Notfrist und der sonstigen in § 233 ZPO aufgeführten Fristen gestellt werden. Die Frist für den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil ist nach § 339 I ZPO eine Notfrist. Fraglich ist jedoch, ob diese Frist überhaupt versäumt wurde.

Die 2-Wochenfrist für den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil beginnt nach § 339 ZPO mit der Zustellung des Versäumnisurteils. Der Fristlauf wurde daher nur ausgelöst, wenn die Zustellung ordnungsgemäß erfolgt ist.

### 1. Anforderungen an eine öffentliche Zustellung

Hier wurde eine öffentliche Zustellung nach § 185 Nr. 1 ZPO vorgenommen. Allerdings ist fraglich, ob die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung überhaupt vorliegen.

#### a) Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung

„Nach § 185 Nr. 1 ZPO kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, wenn der **Aufenthaltsort einer Person unbekannt** und eine Zustellung an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten nicht möglich ist. **Unbekannt** ist der Aufenthalt einer Person nur dann, wenn nicht nur das Gericht, sondern auch die **Allgemeinheit den Aufenthalt des Zustellungsadressaten nicht kennt** (BGHZ 149, 311 = NJW 2002, 827 [828]). Dabei ist es zunächst Sache der Partei, die durch die Zustellung begünstigt wird, **alle geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen** anzustellen, um den Aufenthalt des Zustellungsempfängers zu ermitteln und ihre ergebnislosen Bemühungen gegenüber dem Gericht darzulegen. Dies gilt auch, wenn die Zustellung von Amts wegen vorzunehmen ist (Häublein, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 185 Rn. 6).“ (BGH aaO)

#### b) Anforderungen an die Nachforschungspflicht

Allerdings ist fraglich, welche Nachforschungspflichten die Partei treffen, welche die öffentliche Zustellung beantragt. Dies ist **umstritten**.

„In welchem Umfang die Partei Nachforschungen zum Aufenthalt des Zustellungsadressaten anzustellen hat, wird in Rechtsprechung und Schrifttum allerdings unterschiedlich beurteilt. **Vereinzelt** wird es für ausreichend angesehen, wenn die Partei ergebnislos beim **Einwohnermeldeamt** und dem **Zustellungspostamt** des letzten Wohnsitzes des Zustellungsadressaten angefragt hat (vgl. OLG Naumburg, NJW-RR 2001, 1148; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 33. Aufl., § 185 Rn. 7).

Wegen der **besonderen Bedeutung der Zustellung für die Gewährung rechtlichen Gehörs** sind jedoch an die Feststellung, dass der Aufenthalt des Zustellungsadressaten unbekannt ist, **im Erkenntnisverfahren hohe Anforderungen** zu stellen (vgl. BGH, NJW 2003, 1530, unter ausdr. Abgrenzung zum Vollstreckungsverfahren; vgl. auch Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 185 Rn. 2; Dornhöfer, in: BeckOK-ZPO, Stand: April 2012, § 185 Rn. 2).

Die **überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung und im Schrifttum** verlangt deshalb zu Recht, dass die begünstigte Partei alle der Sache nach geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen anstellt, um den Aufenthalt des Zustellungsadressaten zu ermitteln. Die begünstigte Partei ist daher beispielsweise auch gehalten, durch **persönliche Nachfragen** beim ehemaligen Arbeitgeber, bei dem letzten Vermieter oder bei Hausgenossen und Verwandten des Zustellungsadressaten dessen Aufenthalt zu ermitteln (vgl. OLG Köln, Ur. v. 16.2. 2011 – 11 U 183/10, BeckRS 2011, 05618; OLG Frankfurt a. M., MDR 1999, 1402 = BeckRS 1999, 06837; OLG Zweibrücken, FamRZ 1983, 630; Häublein, in: MüKo-ZPO, § 185 Rn. 2; Zöller/Stöber, § 185 Rn. 2; Musielak/Wittschler, ZPO, 9. Aufl., § 185 Rn. 2). Die vorgenommenen Nachforschungen und deren Ergebnis muss die begünstigte Partei **gegenüber dem Gericht darlegen**. Hat das Gericht Zweifel an der Darstellung der Partei, ist es, sofern die Zustellung von Amts wegen vorzunehmen ist, auch **zu eigenen Überprüfungen verpflichtet** (Häublein, in: MüKo-ZPO, § 185 Rn. 7).“ (BGH aaO)

#### c) Anwendung auf den Fall

Es kommt folglich darauf an, ob der Kl. hier hinreichende Bemühungen zur Ermittlung einer zustellfähigen Anschrift unternommen und diese dem Gericht gegenüber nachgewiesen hat.

„Auf dieser rechtlichen Grundlage durfte sich das AG für die Anordnung der öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils **nicht mit den vom Kl. vorgelegten Unterlagen begnügen** und hätte die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils ablehnen müssen. Das BerGer. weist insoweit zutreffend darauf hin, dass dem Kl. **weitere geeignete Maßnahmen** zur Ermittlung des Aufenthaltsorts der Bekl. zur Verfügung standen, die er **ungenutzt** ließ. Naheliegend wäre gewesen, dass sich der Kl. zunächst mit der Streithelferin als Verwalterin der Eigentumswohnanlage in Verbindung setzt und dort nachfragt, ob ihr der Aufenthalt der Bekl. bekannt ist. Da dem Kl. zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits bekannt war, dass die Bekl. in der Wohnung ein Bordell betreibt, war ihm auch zuzumuten, sich unmittelbar telefonisch oder schriftlich an das in der Wohnung betriebene Bordell zu wenden, um dort Erkenntnisse über den Aufenthaltsort der Bekl. zu



erhalten. Dazu bestand auch deshalb Anlass, weil dem Kl. bekannt war, dass zuvor die Kündigung des Mietvertrags unter dieser Anschrift an die Bekl. zugestellt werden konnte.“ (BGH aaO)

Die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung lagen daher nicht vor.

## 2. Rechtsfolgen der fehlerhaften öffentlichen Zustellung

Ist eine öffentliche Zustellung fehlerhaft erfolgt, so stellt sich die Frage, welche Konsequenzen dies für den Fristlauf hat.

„Eine unter Verstoß gegen § 185 ZPO angeordnete öffentliche Zustellung **löst** nach der Rechtsprechung des BGH die **Zustellungsfiktion des § 188 ZPO nicht aus** und **setzt** damit **keine Frist in Lauf** (BGHZ 149, 311 [321] = NJW 2002, 827 [830]; BGH, NJW 2007, 303 Rn. 12). Das gilt jedenfalls dann, wenn die öffentliche Zustellung bei sorgfältiger Prüfung der Unterlagen nicht hätte angeordnet werden dürfen, deren **Fehlerhaftigkeit für das Gericht also erkennbar war** (BGHZ 149, 311 [323] = NJW 2002, 827 [830]). In einem solchen Fall, von dem das BerGer. hier ausgeht, kommt das Verfahren nicht zum Abschluss. Es ist bei Entdeckung des Fehlers fortzusetzen, ohne dass es dazu einer Wiedereinsetzung bedarf (BGHZ 149, 311 [322] = NJW 2002, 827 [831]; BGH, NJW 2007, 303 Rn. 12).“ (BGH aaO)

## II. Ergebnis

Das am 02.03.2009 öffentlich zugestellte Versäumnisurteil, gegen das die Bekl. erst am 20.05.2009 Einspruch eingelegt hat, war nicht rechtskräftig geworden. Durch die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils wurde die Einspruchsfrist (§ 339 II ZPO) nicht in Gang gesetzt, weil die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 185 Nr. 1 ZPO) für eine öffentliche Zustellung erkennbar nicht vorgelegen haben. Das Verfahren ist daher ohne Wiedereinsetzung fortzusetzen.

StPO

**Zeugnisverweigerungsrecht**

StPO

§§ 53 I, 97 I Entbindung von der Schweigepflicht durch Insolvenzverwalter

(LG Bonn in NSTz 2012, 712; Beschluss vom 13.02.2012 – 27 Qs – 410 Js 511/10 21/11)

Sowohl das **Zeugnisverweigerungsrecht** gem. § 53 I Nr. 3 StPO als auch die **Beschlagnahmefreiheit** angeforderter Unterlagen gem. § 97 I StPO **entfällt, wenn der Insolvenzverwalter** Rechtsanwälte, die mit der rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Beratung der Gesellschaften, über die das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, beauftragt sind, **von ihrer Pflicht zur Verschwiegenheit entbindet**.

**Fall:** Das Ausgangsverfahren richtete sich u.a. gegen den Besch. C2 in seiner Eigenschaft als früherer Vorstandsvorsitzender der I-AG und Geschäftsführer der Firma F2-GmbH sowie gegen weitere ehemalige und aktuelle Geschäftsführer der U-Gruppe wegen des Verdachts der Insolvenzverschleppung und des gewerbsmäßigen Betruges. Im September 2009 wurde die Sozietät S mit der rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Beratung der I-AG und einzelner ihrer Tochtergesellschaften beauftragt. In dem an die I-AG gerichteten Schreiben der Bf. wird hinsichtlich des Auftragsumfangs ausgeführt:

„Eine darüber hinausgehende Beratung der Geschäftsführer der I-AG und ihrer Gruppengesellschaften im Hinblick auf persönliche Belange, ob eventuell eine persönliche Haftung oder strafrechtliche Tatbestände erfüllt sein könnten, ist von unserer Beauftragung nicht umfasst, Sie haben mir gegenüber bestätigt, dass die Geschäftsführer hinsichtlich ihrer persönlichen Verantwortung bereits eine juristische Beratung haben.“

Rechtsanwalt Dr. D wurde zum Insolvenzverwalter über die Vermögen der Gesellschaften der U-Gruppe bestellt; er gab sodann die folgende Erklärung ab: „in vorstehend bezeichneter Angelegenheit ... teile ich mit, dass ich die Rechtsanwaltskanzlei S in meiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter über das Vermögen der I-AG und ihrer Tochtergesellschaften von ihren Verschwiegenheitspflichten gegenüber den Ermittlungsbehörden entbinde. Einer Herausgabe von Unterlagen an die Ermittlungsbehörden durch die Rechtsanwaltskanzlei S stimme ich zu.“

Hierauf wandte sich das Polizeipräsidium C. an die Sozietät S und bat darum, die in der Sozietät über wirtschaftliche Rahmenbedingungen und die Hintergründe der seinerzeit aktuellen Liquiditätskrise der U-Gruppe angelegte Unterlagen, wie z.B. Bewertungen oder Gutachten, herauszugeben. In dem Herausgabebersuchen wies es dabei auf die beigefügte Entbindungserklärung des Insolvenzverwalters Dr. D hin; eine Aushändigung der Unterlagen erfolgte nicht.

Darüber hinaus ordnete das AG auf Antrag der StA die Beschlagnahme von in den Räumlichkeiten der Bf. befindlichen Akten und E-Mails ihrer Sachbearbeiter an. Die Bf. teilte der StA mit, sie sehe sich im Hinblick auf § 95 II 2 StPO nicht dazu in der Lage, dem Beschluss Folge zu leisten. Sie legte außerdem Beschwerde gegen den Beschlagnahmebeschluss ein. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, eine ausreichende Schweigepflichtentbindung liege nicht vor. Die Entbindung durch den Insolvenzverwalter der I-AG und ihrer insolventen Tochtergesellschaften genüge nicht. Erforderlich sei vielmehr die Erteilung der Entbindungserklärung durch alle ehemaligen und noch aktuellen Organe der Gesellschaften. Die StA beantragte daraufhin nicht nur einen Durchsuchungsbeschluss, sondern auch einen Ordnungsgeldbeschluss zu erlassen.

Fraglich ist, ob die Bf. gem. § 95 I StPO verpflichtet ist, die angeforderten, in ihrem Gewahrsam befindlichen Unterlagen herauszugeben und ob die Regelung des § 95 II StPO der Verhängung eines Ordnungsgeldes entgegensteht.

Aufgrund der **Schweigepflichtentbindung** des Insolvenzverwalters Dr. D könnte hinsichtlich der Gesellschaften, über deren Vermögen er mit Eröffnung des jeweiligen Insolvenzverfahrens zum Insolvenzverwalter bestellt worden war, ein entsprechendes Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 53 I Nr. 3 StPO und damit auch die Beschlagnahmefreiheit der angeforderten Unterlagen entfallen sein.

I. **Beschlagnahmefrei** sind **nach § 97 I StPO** schriftliche Mitteilungen zwischen dem Besch. und den Personen, die nach § 52 oder § 53 I 1 Nr. 1 - 3b StPO das Zeugnis verweigern dürfen, und Aufzeichnungen, welche die in § 53 I 1 Nr. 1 bis 3b StPO Genannten über die ihnen vom Besch. anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht haben, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt.

**Soweit eine Entbindungserklärung vorliegt**, unterliegen diese Gegenstände, da das Zeugnisverweigerungsrecht in Wegfall gerät, der Beschlagnahme und damit auch der **Herausgabepflicht gem. § 95 I StPO**.

II. Grds. **kann** einen der in § 53 StPO genannten Berufsträger **nur derjenige von der Verschwiegenheitspflicht entbinden, zu dessen Gunsten diese Pflicht begründet ist**.

- Sind **mehrere Personen „Träger des Geheimhaltungsinteresses“**, ist eine – gemeinsame oder getrennte – Befreiungserklärung aller zur prozessrechtlich wirksamen Entbindung von der Schweigepflicht erforderlich (vgl. Senge, § 53 Rn 47). Der Anvertrauende und der Geschützte müssen aber nicht identisch zu sein (vgl. OLG Hamburg NJW 1962, 689, 691). Hat dem Zeugen die Tatsache jemand anvertraut, der nicht zugleich geheimnisgeschützt ist, genügt die Entbindung durch den Geheimnisgeschützten (Burhoff, Hdb. für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 6. Aufl., Rn 427).
- Das Geheimnis der Gesellschaft wird dabei nicht dadurch zu einem Geheimnis des **Organmitglieds**, dass dieses als für die Gesellschaft handelndes Organ das Geheimnis dem entsprechenden Berufsträger mitteilt. Dies gilt auch dann, wenn das Organmitglied dem Berufsgeheimnisträger Tatsachen über eigene, seine Schadensersatzpflicht begründende Handlungen mitteilt, denn die persönlichen Verhältnisse des Organmitglieds sind nicht Gegenstand des Mandats zwischen Gesellschaft und Berufsgeheimnisträger.
- Der **Geheimnisträger** befindet sich nur **im Verhältnis zur Gesellschaft in einem Pflichtenwiderstreit**. Die **einzelnen Organmitglieder stehen außerhalb des Vertragsverhältnisses**, das eben nur zwischen der Gesellschaft und dem Berufsträger besteht, und des daraus resultierenden Vertrauensverhältnisses.

*„Trägerin des Geheimhaltungsinteresses waren hier die I-AG und einzelne ihrer Tochtergesellschaften. Nach dem Vortrag der Bf. waren Gegenstand der Beratung insbes. Fragestellungen im Hinblick auf eventuelle Insolvenzantragsgründe der I-AG und einzelner ihrer Tochtergesellschaften. Weiterhin standen Fragestellungen im Raum betreffend die Ausführung von Zahlungen – der Gesellschaften – durch ihre Vorstände und Geschäftsführer. Eine Schutzpflicht ist damit nur zugunsten der beauftragenden Gesellschaften, nicht indessen ihrer Organe begründet worden.*

*Soweit sich die I-AG und ihre Tochtergesellschaften zur Vermittlung des anzuvertrauenden Geheimnisses notwendigerweise ihrer Organe bedient haben, wurde dadurch das **geschäftliche Geheimnis der jeweiligen juristischen Person nicht zu einem Geheimnis des jeweiligen Organs**. Träger des Geheimhaltungsinteresses blieb vielmehr ausschließlich die beauftragende **juristische Person**, zumal schon nach dem Vortrag der Bf. eine persönliche Beratung der Vorstände der I-AG und der Geschäftsführer der Tochtergesellschaften ausdrücklich nicht erfolgen sollte.“ (LG Bonn aaO)*

- III. Zu prüfen ist mithin, ob mit der Entbindungserklärung des Insolvenzverwalters Dr. D die erforderliche Entbindungserklärung des Geheimnisträgers hinsichtlich der Gesellschaften, über deren Vermögen er zum Insolvenzverwalter bestellt worden war, vorlag.
1. In **Lit. und Rspr.** ist die **Frage umstritten, wer** nach einem Wechsel in der Person des Geschäftsführers oder Vorstands **einen der in § 53 StPO genannten Berufsträger von der Verschwiegenheitspflicht entbinden kann**, insbes., ob die Entbindung durch den Insolvenzverwalter ausreicht. Eine Entscheidung des BGH liegt – soweit ersichtlich – bislang nicht vor.

- Nach **einer Auffassung** können die juristische Person und der ehemalige bzw. faktische Organwalter den Rechtsbeistand der juristischen Person nur gemeinsam von seiner Schweigepflicht entbinden (OLG Koblenz NStZ 1985, 426; Schmitt wistra 1993, 9; Schroers DStR 1994, 1173; Weyand wistra 1995, 240).

Dies wird damit begründet, dass sowohl die juristische Person als auch der betroffene Organwalter ein **legitimes Geheimhaltungsinteresse** hätten, dass durch § 53 StPO geschützt werden müsse. Die Entbindungserklärung der juristischen Person, vertreten durch das aktuelle Organ, sei erforderlich, da der Zeuge zu Geschäftsgeheimnissen oder zumindest Interna der juristischen Person befragt werden solle und daher Vermögensinteressen der Gesellschaft betroffen seien. Außerdem müsse das **professionelle Verhältnis zwischen dem Rechtsbeistand und seiner Mandantin geschützt** werden. Darüber hinaus gebiete der Schutzzweck des § 53 StPO, auch eine Entbindungserklärung des betroffenen ehemaligen oder faktischen Organwalters zu fordern, denn durch das Zeugnisverweigerungsrecht werde das zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten bestehende Vertrauensverhältnis geschützt.

Im Hinblick auf den Insolvenzverwalter wird für eine kumulative Entbindungsbefugnis zudem angeführt, dass auf den **Insolvenzverwalter lediglich das Recht zur**

**Vermögensverwaltung** übergehe, bei der **Befugnis zur Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht** handele es sich jedoch nicht nur um eine Maßnahme der Vermögensverwaltung, sondern auch um ein **höchstpersönliches Recht**, das nicht in das alleinige Aufgabengebiet des Insolvenzverwalters falle.

- Vereinzelt wird auch die **Auffassung** vertreten, dass allein der betroffene frühere bzw. faktische Organwalter berechtigt sei, den Rechtsbeistand der juristischen Person von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden (LG Berlin wistra 1993, 278 - Entbindung eines Steuerberaters durch den ehemaligen Geschäftsführer einer GmbH; wohl auch AG Berlin-Tiergarten wistra 2004, 319 - Entbindung eines Wirtschaftsprüfers in einem Verfahren vor dem Untersuchungsausschuss; ausf. Schmitt wistra 1993, 10)

Dies wird damit begründet, dass das Zeugnisverweigerungsrecht allein das Vertrauensverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und dem tatsächlich handelnden Organwalter schütze, um auf diese Weise eine **effektive Beratung zu gewährleisten**. Demgegenüber werde ein etwaiges **Geheimhaltungsinteresse der juristischen Person vom Schutzzweck des § 53 StPO nicht umfasst**, weshalb die juristische Person keine Entbindungsbefugnis habe.

- Daneben werden noch **zahlreiche weitere differenzierende Ansichten** vertreten. So soll nach einer Auffassung eine Entbindungserklärung des ehemaligen Organwalters nur erforderlich sein, wenn es um Tatsachen geht, die auch diesen persönlich bzw. in seiner Privatsphäre betreffen. Nach anderen Auffassungen soll es darauf ankommen, ob im Rahmen des Unternehmensmandats auch der betroffene Organwalter persönlich beraten wurde, ob dieser aus dem Mandatsverhältnis eigene Erfüllungsansprüche gegen den Rechtsanwalt ableiten kann, ob er in dem Strafverfahren Beschuldigter ist oder ob ihm eine Straftat zum Nachteil der juristischen Person vorgeworfen wird.

vgl. die Nachw. bei Huber-Lotterschmid Verschwiegenheitspflichten, Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote zugunsten juristischer Personen, 2006, S. 81ff.; Dahs, FS Theodor Kleinkecht, 1985, S. 63, 73ff., 77 (zum Konkursverwalter); Müller-Gugenberger/Bieneck WirtschaftsstrafR, 5. Aufl., § 93 Rn 8f.; ähnlich L/R-Ignor/Bertheau, § 53 Rn 78; ebenso Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele 28. Aufl., § 203 Rn 23 für den Fall der Insolvenzverwaltung (i. Ü. alleinige Entbindungsbefugnis der juristischen Person); Städler, Die Auswirkungen eines Personenwechsels bei Vertretungsorganen von GmbH und AG auf die Entbindungsberechtigung nach § 53 II 1 StPO, 2012, S. 273ff.; OLG Nürnberg NJW 2010, 690; AG Bonn NJW 2010, 1390; Peters/Klingberg ZWH 2012, 11; Bittmann wistra 2012, 173; Gülzow NJW 1981, 265

- Nach der **Gegenauffassung** reicht hingegen die Befreiung durch den Insolvenzverwalter aus (OLG Oldenburg NJW 2004, 2176; OLG Nürnberg NZI 2009, 817, 818; LG Lübeck NJW 1981, 1014; Kiethe NZI 2006, 267, 269).

## 2. LG Bonn aaO schließt sich nunmehr der letztgenannten Auffassung an.

*„Wie bereits ausgeführt, ist allein die juristische Person in ihren „Geheimnissen“ geschützt. Nur diese hat somit die Entscheidungsbefugnis, eine von ihr beauftragte und mit der betriebswirtschaftlichen Prüfung beauftragte Person, i.S.v. § 53 II 1 StPO von der Schweigepflicht zu entbinden. Ob dies im Interesse der juristischen Person liegt, entscheidet damit allein der gesetzliche Vertreter zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung. Früheren gesetzlichen Vertretern, gleich aus welchem Grund sie ausgeschieden sind, steht diese Befugnis nicht mehr zu, so dass es auf deren (zusätzliche) Erklärung nicht ankommt (so auch LG Hamburg NStZ-RR 2002, 12; OLG Oldenburg NJW 2004, 2176; Schäfer wistra 1985, 209). Die Einräumung einer (Mit-)Verfügungsgewalt des Organmitglieds über das Geheimnis würde den Interessen der Gesellschaft, die Geheimnisträgerin ist, widersprechen. Seine Interessen kollidieren regelmäßig mit denjenigen der Gesellschaft, wenn sein pflichtwidriges oder sogar strafbares Verhalten Regress- oder Entschädigungsansprüche der Gesellschaft bzw. Insolvenzmasse nach sich zieht (§§ 64 GmbHG, 92, 93 AktG).*

*Für die alleinige Entbindungsbefugnis des Insolvenzverwalters im Strafverfahren spricht, worauf das LG Hamburg zutreffend hingewiesen hat, auch die Einheit der Rechtsordnung. Im Zivilverfahren hat die Rspr. anerkannt, dass die Entbindungserklärung eines Konkursverwalters (Insolvenzverwalter) einer juristischen Person ausreichend ist (BGH NJW 1990, 510; vgl. auch Weyand wistra 1995, 240 mit Hinweis auf OLG Düsseldorf ZIP 1993, 1807), obwohl der Geschäftsführer, insbes. bei umfangreichen Regress- und Entschädigungsansprüchen, ebenfalls ein nachvollziehbares Interesse daran haben kann, dass der Berufsgeheimnisträger nicht als Zeuge aussagt.“ (LG Bonn aaO)*

(OVG Weimar in LKV 2012, 523; Beschluss vom 05.06.2012 - 1 EO 284/12)

- I. Sobald der **Zweck der Zwangsvollstreckung erfüllt** ist, muss die weitere Vornahme von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen **eingestellt** werden. Dies gilt insbesondere für die Beitreibung eines Zwangsgeldes, wenn eine Unterlassungspflicht nach Zwangsgeldfestsetzung erfüllt wird.
- II. Nach dem VwZVG Thür. kommt eine **Beitreibung des festgesetzten Zwangsgeld** nicht in Betracht, wenn der Verpflichtete ein ihm auferlegte Unterlassungsverpflichtung nach der Festsetzung, aber vor der Beitreibung erfüllt (in Abgrenzung zu OVG Münster).

**A. Grundlagenwissen: Voraussetzungen für die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen (vgl. § 3 VwVG-Bund und die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen)****I. Erlass eines Leistungsbescheides**

Es muss ein Leistungsbescheid ergangen sein, der als Verwaltungsakt nach § 35S. 1 VwVfG zugleich auch der Vollstreckungstitel ist.

Ausnahmsweise entbehrlich für Nebenforderungen

- Zinsen
- Kosten
- Säumniszuschläge

**II. Bekanntgabe (vgl. § 41 VwVfG)**

Der Leistungsbescheid, aus dem vollstreckt werden soll, muss wirksam bekannt gegeben worden sein.

**III. Fälligkeit der Zahlungspflicht**

Die zu vollstreckende Forderung muss fällig sein. Eine Stundung steht der Fälligkeit entgegen. Die Fälligkeit tritt ein, entweder aufgrund einer gesetzlichen Regelung oder subsidiär mit Anspruchsentstehung (vgl. § 220 II AO).

**IV. Ablauf der Schonfrist**

Grundsätzlich besteht eine Schonfrist von einer Woche ab Bekanntgabe des Leistungsbescheides, selbst wenn die Fälligkeit sofort eintreten sollte.

**V. Mahnung nach Ablauf der Schonfrist**

Nach Ablauf dieser Schonfrist muss grundsätzlich vor Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen noch eine weitere Mahnung gegenüber dem Schuldner erfolgen.

**Ausnahme:**

- Ersthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung
- Drohen von Vollstreckungsvereitelung

**VI. Vollstreckungsanordnung**

Durch Behörde, die Anspruch geltend macht, muss die Vollstreckung zunächst androhen.

**VII. Vollstreckbarkeit**

Der Leistungsbescheid muss vollstreckbar sein. Dies ist der Fall, wenn er bestandskräftig ist oder Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben.

## B. Vollstreckung von Zwangsgeld nach Festsetzung, wenn Unterlassungspflicht nachträglich noch erfüllt wurde (vgl. OVG Weimar in LKV 2012, 523)

**Fall** Der Ast. war unter dem 15.02.2011 von der Ag. die Nutzung des Gebäudes A in J als Bordell unter Androhung eines Zwangsgeldes i.H.v. 5.000 € untersagt worden. Hiergegen legte die Ast. Widerspruch ein. Ihren Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes lehnten das VG und im Beschwerdeverfahren der erkennende Senat ab.

Die Ag. setzte daraufhin unter dem 02.12.2011 das angedrohte Zwangsgeld fest und drohte für den Fall der Nichtbefolgung binnen vier Wochen ein weiteres Zwangsgeld i.H.v. 6.000 € an, das am 17.01.2012 festgesetzt wurde. Gleichzeitig drohte die Ag. für den Fall der Nichtbefolgung zum 14.02.2012 die Anwendung unmittelbaren Zwangs durch Zwangsräumung, Verschließung und Versiegelung an. Diese Androhung wurde unter dem 09.03.2012 zum 16.03.2012 wiederholt. Die Nutzung des Gebäudes als Bordell wurde am 16.03.2012 aufgegeben.

Am 05.04.2012 und am 10.04.2012 erließ die Ag. Pfändungs- und Einziehungsverfügungen gegen zwei Drittschuldner der Ast. zur Beitreibung der festgesetzten Zwangsgelder. War dies zulässig?

### I. Voraussetzungen für die Vollstreckung wegen Geldforderungen in Forderungen

Der Erlass der Pfändungs- und Überweisungsverfügungen war zulässig, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für die Vollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Geldforderungen (s.o.; vgl. §§ 18 ff. VwZVG Thür.) und § 38 II VwZVG Thür. für den Erlass einer Pfändungs- und Einziehungsverfügung vorliegen. Hiervon kann grundsätzlich ausgegangen werden.

### II. Pflicht zur Einstellung der Zwangsvollstreckung

Fraglich ist jedoch, ob die Durchsetzung des mit Festsetzungsverfügung titulierten Zwangsgeldes nicht gleichwohl hätte unterbleiben müssen, nachdem der Ast. die Verpflichtung, zu deren Durchsetzung des Vollstreckungsverfahrens diente, nämlich die Fortführung des Bordellbetriebes zu unterlassen, erfüllt hatte. Eine solche Verpflichtung zur Einstellung von Vollstreckungsmaßnahmen könnte sich aus § 47 IV 1 VwZVG Thür. ergeben, wonach Vollstreckungsmaßnahmen einzustellen sind, sobald der Zweck der Zwangsvollstreckung erfüllt ist.

*„Bei der Anwendung des Zwangsmittels Zwangsgeld reichen die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im gestuften Verfahren von der Androhung über die Festsetzung bis zur Beitreibung (siehe §§ 46, 48 I und III 1 ThürVwZVG). Im Zeitpunkt der Erfüllung der Verpflichtung zur Nutzungsaufgabe am 16.03.2012 war die Zwangsvollstreckung noch nicht abgeschlossen, weil die Beitreibung noch nicht erfolgt war.“ (OVG Weimar aaO)*

### III. Fortsetzung der Vollstreckung wegen Beugefunktion des Zwangsgeldes

Selbst wenn mangels Beitreibung des festgesetzten Zwangsgeldes die Zwangsvollstreckung noch nicht abgeschlossen war, so stellt sich die Frage, ob es die Beugefunktion des Zwangsmittels Zwangsgeld nicht erfordert, dass – ist es erst zu der Festsetzung gekommen – die Zwangsgeld auch beigetrieben werden kann, selbst wenn die durchzusetzende Verpflichtung danach erfüllt wurde (so OVG Münster, Urt. v. 30.09.1992 – 4 A 3840/91, NVwZ-RR 1993, 671, juris, Rn. 16).

*„Ob dies in Ansehung von § 65 III NWVwVG, der § 47 IV 1 ThürVwZVG entspricht, systemgerecht und verhältnismäßig ist, kann offenbleiben, denn das nordrhein-westfälische Verwaltungsvollstreckungsrecht ordnet in § 60 III 2, 2. Halbs. NWVwVG unabhängig von einer späteren Erfüllung der Pflicht ausdrücklich an, dass das Zwangsgeld beizutreiben ist, wenn der Duldungs- oder Unterlassungspflicht zuwidergehandelt worden ist, deren Erfüllung durch die Androhung des Zwangsgeldes erreicht werden sollte.“ (OVG Weimar aaO)*

Eine **derartige Anordnung fehlt im Thüringer Verwaltungsvollstreckungsrecht**. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber in Thüringen Ende 2008 die gesetzliche Regelung so geändert, dass eine Beitreibung nach Erledigung der zwangsgeldbewehrten Verfügung nicht mehr möglich ist. Die Vorläuferregelung in § 48 III 4 ThürVwZVG lautete:

*„Sind weitere Zuwiderhandlungen nicht mehr zu befürchten oder kommt der Vollstreckungsschuldner seiner Verpflichtung erst nach der Festsetzung des Zwangsgelds nach, so kann die Vollstreckungsbehörde von der Vollstreckung absehen, wenn diese eine besondere Härte für den Vollstreckungsschuldner darstellen würde.“*

Nunmehr ist nach § 47 IV 1 ThürVwZVG in der aktuellen Fassung (nach Art. 1 Nr. 27 und 28 des Gesetzes zur Änderung des Thüringer Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetzes und weiterer verwaltungsrechtlicher Vorschriften vom 16. 12. 2008, GVBl S. 568) die Vollstreckung generell, d. h. ohne Ermessensentscheidung bei besonderer Härte, einzustellen, wenn der Vollstreckungsschuldner seiner Verpflichtung erst nach Zwangsgeldfestsetzung nachkommt.

*„Dies ergibt sich auch aus der Begründung des Regierungsentwurfes (LT-Dr 4/4238, S. 33 f.): Nach der neuen Bestimmung in Absatz 4 ist, **sobald der Zweck der Vollstreckung erfüllt ist, der Vollzug, das heißt die Vornahme von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, einzustellen. Die vom Gesetz vorgesehenen Zwangsmittel dienen nur der Sicherstellung der Vollstreckung, haben aber keinen Strafcharakter. Sobald der Zweck der Vollstreckung erreicht ist, besteht keine sachliche Legitimation mehr für den Vollzug der Zwangsmittel. ...**“* (OVG Weimar aaO)

Bislang war also von der Vollstreckung des Zwangsgeldes nur in den Fällen abzusehen, in denen sie für den Vollstreckungsschuldner eine **besondere Härte** darstellen würde. Nach der neuen Regelung des § 47 IV **unterbleibt die Vollstreckung des Zwangsgeldes**, sobald ihr Zweck entweder dadurch **erreicht** wurde, dass weitere Zuwiderhandlungen nicht mehr zu befürchten sind, oder wenn der Vollstreckungsschuldner **nach der Festsetzung des Zwangsgeldes seiner Verpflichtung nachkommt**.

*„In diesen Fällen hat die Festsetzung des Zwangsgeldes ihren Zweck erfüllt, ein sachlicher **Grund für die weitere Vollstreckung besteht nicht mehr**. Die Festsetzung des Zwangsgeldes dient nur dazu, die geschuldete Handlung, Duldung oder Unterlassung zu erzwingen und hat keinerlei Strafcharakter“.*

*Will die Behörde eine Unterlassungsverfügung sofort durchsetzen und reagiert der Pflichtige auf Zwangsgeldandrohung und -festsetzung nicht, ist es der **Behörde unbenommen, zügig das festgesetzte Zwangsgeld beizutreiben** (so wörtlich OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 19. 5. 2011 – 10 B 7.10, juris, Rn. 22; ebenso OVG Greifswald, Beschluss v. 18.06.1996 – 3 M 3/96, NVwZ-RR 1997, 762, juris, Rn. 17; wohl a.A. bei Fristablauf – nicht Erfüllung der Unterlassungspflicht – Engelhardt/App/Schlatmann/Glotzbach, in: Engelhardt/App, VwVG VwZG 9. Aufl. [2011], § 15 VwZG Rn. 14). Dies hat die Ast. unterlassen und stattdessen lediglich das Zwangsmittel gewechselt.“* (OVG Weimar aaO)

#### IV. Ergebnis

Die Zwangsvollstreckung war nach § 47 IV 1 ThürVwZVG **einzustellen**. Der Sinn der Zwangsvollstreckung, den Pflichtigen zur Nutzungsunterlassung zu verpflichten, konnte durch die Beitreibung im April 2012 nicht mehr erreicht werden. Der Erlass der Pfändungs- und Einziehungsverfügung hätte daher nicht mehr erfolgen dürfen.

## Kurzauslese II

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

ZPO ZPO  
 § 264 Nr. 2 **Berufungsverfahren**  
Zulässige Änderung des Klageantrags

(OLG Düsseldorf in MDR 2012, 1435; Urteil vom 02.08.2012 – I-24 U 110/11)

**Auch in der Berufungsinstanz kann der Kl. noch von einem Freistellungs- zu einem Feststellungsantrag übergehen, weil es sich dabei um eine bloße Beschränkung des Klageantrags i. S. von § 264 Nr. 2 ZPO handelt.**

„Eine **zweitinstanzliche Klageänderung** i. S. der §§ 263, 533 ZPO **liegt hierin nicht**. Denn nach § 264 Nr. 2 ZPO ist es nicht als eine Änderung der Klage anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes der Klageantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird.

Das trifft z. B. für den Übergang von einem Anspruch auf Freistellung von einer Geldschuld auf einen Zahlungsanspruch zu. Zwar ist der Freistellungsanspruch grds. nicht auf Zahlung gerichtet. Der **Freistellungs- wie der Zahlungsanspruch** sind aber nur **unterschiedliche Ausprägungen ein und desselben Anspruchs**. Auch der Freistellungsanspruch beruht auf der Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz (BGH NJW 1985, 1152; BGH NJW 1994, 944). Der **Schädiger schuldet Ausgleich wegen der von ihm zu verantwortenden Belastung des Vermögens**. Diese Schuld kann, je nachdem ob diese Belastung aus einer Verbindlichkeit oder sonstigen Vermögensnachteilen besteht, auf Schuldbefreiung oder auf Zahlung gerichtet sein. Dementsprechend ist der Übergang von einem Zahlungs- auf ein Freistellungsbegehren als **bloße Beschränkung des Klageantrags** i. S. von § 264 Nr. 2 ZPO zu werten (BGH NJW 1994, 944). Umgekehrt ist der Übergang von einem Befreiungs- auf einen Zahlungsanspruch nur eine bloße Erweiterung des Klageantrags i. S. dieser Vorschrift (BGH NJW 1994, 944). Ebenso stellt der Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage eine Klageerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO dar (BGH NJW 1992, 2296), wie auch umgekehrt der Übergang von einem Leistungsantrag zum Feststellungsantrag nur eine Beschränkung des Klageantrags und keine Klageänderung darstellt (BAG NJW 2011, 1988). Gleiches gilt für den vorliegenden Fall des Übergangs von einem Freistellungsantrag zu einem Schadensersatzfeststellungsantrag.

**Die Modifizierung des Antrags verändert nicht den Streitgegenstand**; insoweit liegt nur eine **qualitative Änderung des Klageantrags** vor. Auf eine solche Modifizierung des Klageantrags finden daher diejenigen Vorschriften, die die Zulässigkeit einer Klageänderung regeln, keine Anwendung. Dies gilt nicht nur für § 263 ZPO, sondern auch für § 533 ZPO (BGH NJW 2004, 2152, 2154; BGH NZBau 2006, 254; BGH NJW 2007, 3127; BGH NZI 2010, 565; Musielak/Ball, ZPO, 9. Aufl., § 533 Rn 3). Wollte man dies anders sehen, lägen allerdings auch die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer zweitinstanzlichen Klageänderung nach letzterer Vorschrift vor: Die Antragsänderung ist ohne weiteres als sachdienlich anzusehen und sie kann auch auf Tatsachen gestützt werden, die der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat.“ (OLG Düsseldorf aaO)

ZPO ZPO  
 § 299 1 **Akteneinsichtsrecht**  
Verfahrensbeendigung

(OLG Schleswig in ZD 2012, 472; Beschluss vom 24.05.2012 – 15 WF 191/12)

**Das Recht eines Verfahrensbeteiligten auf Einsicht der Akten des beendeten Verfahrens folgt aus § 299 I ZPO; Abs. 2 der Vorschrift ist in derartigen Fällen nicht entsprechend heranzuziehen.**

„§ 299 II ZPO regelt nämlich das **Akteneinsichtsrecht von Dritten, nicht am Verfahren beteiligten Personen**. Der Ag. als Beteiligter des abgeschlossenen Verfahrens ist kein Dritter. Eine **entsprechende Anwendung der Vorschrift auf das Akteneinsichtsrecht von Parteien** in Verfahren, die abgeschlossen sind, ist **nicht veranlasst**. Die entsprechende Anwendung der Vorschrift vertritt zwar, im Wesentlichen gestützt auf die Entscheidung des BFH (NJW 2006, 399; Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 299 Rn 6c). Dem steht allerdings die überwiegend andere Auffassung in der zivilprozessualen Rspr. und Kommentarlit. in den Anmerkungen zu § 299 ZPO entgegen (HansOLG Hamburg OLGR Hamburg 2001, 315; OLG Köln ZIP 1990, 876; Hk-ZPO/Saenger, § 299 Rn 3; MüKo-ZPO/Prütting, 3. Aufl., § 299 Rn 9; Prütting/Geblein/Deppenkemper, § 299 Rn 3; Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl., § 299 Rn 21; Wiczorek/Schütze/Assmann, 3. Aufl., § 299 Rn 9).

Letztere ist zutreffend: Die **Partei eines Verfahrens bleibt auch dann Partei mit dem Einsichtsrecht in „ihre“ Verfahrensakten gem. § 299 I ZPO, wenn das Verfahren abgeschlossen ist**. Anknüpfungspunkt für eine Anwendung des Abs. 2 kann insbes. nicht der Umstand sein, dass für die Aufbewahrung der Akten nach Abschluss des Verfahrens die Gerichtsverwaltung zuständig ist (so das wesentliche Argument des BFH aaO). Schon der **Wortlaut des § 299 ZPO** bietet keinen Anlass das anzunehmen. Denn die Vorschrift unterscheidet in Abs. 1 und Abs. 2 nicht danach, wo sich die Akten tatsächlich befinden. Sie unterscheidet ferner nicht danach, ob ein Verfahren abgeschlossen ist oder nicht, sondern **differenziert nur zwischen Parteien und dritten Personen**. Die **systematische Stellung der Vorschrift in den Verfahrensvorschriften** im ersten Rechtszug nötigt schließlich auch nicht, wenn das Verfahren abgeschlossen ist, zu einem Rückgriff auf Abs. 2. Sollte insoweit eine Regelungslücke hinsichtlich des Akteneinsichtsrechts der Partei des abgeschlossenen Verfahrens bestehen, liegt die Heranziehung des § 299 I ZPO wesentlich näher.“ (OLG Schleswig aaO)

ZPO ZPO  
 § 520 III 2 Nr. 2 u. 3 **Berufungsbegründung**  
Auseinandersetzung mit erstinstanzlicher Beweiswürdigung

(BGH in NJW 2012, 3581; Beschluss vom 13.09.2012 – III ZB 24/12)

**Wendet sich der Berufungsführer gegen eine ihm nachteilige Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts, so genügt er den Anforderungen an die Zulässigkeit seiner Berufung, wenn er deutlich macht, dass und aus welchen Gründen er die Beweiswürdigung für unrichtig hält.**



„Gem. § 520 III 2 Nr. 3 ZPO hat der Berufungsführer **konkrete Anhaltspunkte zu bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen** und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Da das BerGer. an die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen grds. gebunden ist (§ 529 I Nr. 1 ZPO), muss die Berufung, die den festgestellten Sachverhalt angreifen will, eine Begründung dahin enthalten, warum die Bindung an die festgestellten Tatsachen ausnahmsweise nicht bestehen soll (s. dazu BGH NJW 2003, 2531).

Den Erfordernissen nach § 520 III 2 Nr. 2 u. 3 ZPO hat die Berufungsbegründung der Kl. – noch – genügt: Die Kl. hat in ihrer Berufungsbegründung zu erkennen gegeben, dass sie die Würdigung des BerGer. bekämpfen möchte (wird ausgeführt). Auf diese Weise hat die Kl. schon **hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass und aus welchen Gründen sie die Würdigung des LG für unrichtig und eine erneute – ihr günstige – Würdigung (Feststellung) durch das BerGer. für geboten hält**. Damit ist den Anforderungen von § 520 III 2 Nr. 2 u. 3 ZPO entsprochen. Für die Zulässigkeit der Berufung ist eine noch weitergehende Auseinandersetzung mit der (Beweis-)Würdigung durch das Erstgericht nicht erforderlich; es kommt insoweit auch nicht darauf an, ob die Berufungsbegründung inhaltlich schlüssig ist und begründeten Anlass für eine erneute und vom Erstgericht abweichende Würdigung (Feststellung) gibt.“ (BGH aaO)

ZPO  
§§ 522, 524

## Zurückweisung der Berufung Anschlussberufung

ZPO

(OLG Naumburg in IBR 2012, 689; Beschluss vom 09.05.2012 – 1 U 102/11)

**Bei Zurückweisung der Berufung durch Beschluss nach § 522 II ZPO hat der Berufungskläger auch die Kosten einer wirkungslos gewordenen Anschlussberufung zu tragen.**

I. Die **Anschlussberufung ist kein selbstständiges Rechtsmittel** i. S. v. § 97 I ZPO, sondern nur ein **Angriff innerhalb der fremden Berufung** (Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 524 Rn 4). Der Anschlussberufungskläger unterliegt im Falle der Wirkungslosigkeit nach § 524 IV ZPO auch nicht i. S. von §§ 91 ff. ZPO (vgl. BGH NJW 1952, 384). Vielmehr ergeht überhaupt keine Entscheidung über seinen Antrag, weil der Berufungskläger mit dem Rechtsmittel scheitert. Den Berufungskläger treffen daher grds. auch die Kosten der wirkungslosen Anschlussberufung.

Musielak/Ball, ZPO, 9. Aufl., § 524 Rn 31a; Wulf, BeckOK-ZPO, Stand: 1. Jan. 2012, § 524 Rn 34; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 32. Aufl., § 516 Rn 10), was zumindest für die Fälle außer Zweifel steht, in denen der Berufungskläger durch eine in sein Belieben gestellte Prozesshandlung die Anschlussberufung hinfällig werden lässt (BGH NJW 1952, 384; BGH NJW 1981, 1790; BGH NJW-RR 2006, 1147; Zöller/Heßler, § 524 Rn 43)

II. Die Kosten der Anschlussberufung trägt der Berufungsbeklagte dann, wenn eine negative Entscheidung über seinen Angriff ergeht (BGH NJW 1987, 3263, 3264; NJW-RR 2005, 727, 728 m. w. N.), er sich einer unzulässigen, zurückgewiesenen oder verworfenen Berufung angeschlossen hat oder in Fällen des Missbrauchs.

1. Für den Fall der Zurückweisung der Berufung nach § 522 II ZPO wird wohl noch mehrheitlich Gleiches, nämlich eine anteilige Kostenbelastung des Anschlussberufungsklägers vertreten, da dieser von vornherein wisse, dass sein Angriff im Falle der Zurückweisung der Berufung durch einstimmigen Beschluss seine Wirkung verliere (offen lassend BGH NJW-RR 2006, 1147; OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 863; OLG Köln NJOZ 2009, 4501; Zöller/Heßler, § 524 Rn 44 m. w. Nachw.; Musielak/Ball, § 524 Rn 31a; Thomas/Putzo/Reichold, § 516 Rn 11; Hk-ZPO/Wöstmann, 4. Aufl., § 524 Rn 19).

2. Dem vermag sich **OLG Naumburg aaO** nicht anzuschließen (so bspw. auch OLG Hamm NJW 2011, 1520; OLG Frankfurt a. M. NJW 2011, 2671; OLG Köln NJW-RR 2011, 1435; OLG Zweibrücken NJOZ 2010, 2574; PG/Lemke, ZPO, § 524 Rn 32).

„Allen Fällen, in denen der Berufungsbekl. unstreitig mit den anteiligen Kosten seiner wirkungslosen Anschlussberufung belastet wird, ist im Wesentlichen gemein, dass es an einer (zulässigen) Berufung fehlt oder es der Berufungsbekl. auf eine Entscheidung über den wirkungslosen Anschluss ankommen lässt, also tatsächlich unterliegt. Die **Anschlussberufung ist akzessorisch**. Der Anschluss setzt stets ein **schwebendes Rechtsmittel voraus**. Wird dieses Rechtsmittel zurückgenommen, entfällt auch die Anschlussberufung (§ 524 IV ZPO). Gleiches gilt dann, wenn die Berufung bereits unzulässig ist und dementsprechend verworfen wird. Soll die Anschließung zu einer Sachentscheidung führen, bedarf es also auch einer zulässigen Berufung. Nur eine zulässige Berufung gibt Raum für eigene Anträge des Berufungsbekl. So lange der Anschluss dieser Voraussetzung entbehrt, ist es **nur konsequent, den Berufungsbekl. mit den damit zusammenhängenden Kosten zu belasten**, weil er es gerade nicht schaffte, Anträge innerhalb einer zulässigen Berufung des Gegners anzubringen. Dieses **Risiko trägt er allein, weil es der Anschlussberufung immanent ist**, die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung leicht zu übersehen und die Parteien gehalten sind, die Kosten möglichst gering zu halten.

Ganz anders gelagert stellt sich die Situation aber bei der Zurückweisung der Berufung durch einstimmigen Beschluss dar. Die Berufung ist zulässig und sie ist auch nicht zurückgenommen. Alle Voraussetzungen für eine Entscheidung in der Sache und damit über die Anschlussberufung sind erfüllt. Das Wirksambleiben der Anschlussberufung hängt allein davon ab, ob die Sachentscheidung durch Beschluss oder durch Urteil ergeht. Das geschieht ohne Einflussmöglichkeit des Berufungsbeklagten, der bis dahin alles richtig gemacht hat (die Fälle, in denen die Anschlussberufung eingelegt wird, nachdem ein Hinweis nach § 522 II 2 ZPO erging, einmal ausgeklammert). Es kommt nur deshalb nicht zur Entscheidung über die Anschlussberufung, weil der Berufungskl. in der Sache schon ohne mündliche Verhandlung unterliegt, was für ihn angesichts der Anschlussberufung durchaus vorteilhaft sein kann. Es gibt daher keinen Grund, die Kosten der Anschlussberufung nicht zu den vom Berufungskl. zu tragenden Rechtsmittelkosten zu zählen.“ (OLG Naumburg aaO)

III. Die **Entscheidung des Gr. Senats für Zivilsachen** zur unselbstständigen Anschlussrevision (NJW 1981, 1790) **steht dem nach Ansicht des OLG Naumburg aaO nicht entgegen**.

„Dort wurde die teilweise Kostenlast des Anschlussrevisionskl. aus dem Wesen der Anschließung und aus dem Annahmeverfahren hergeleitet. Nach § 554b I ZPO konnte bei einem 40.000,00 DM nicht übersteigenden Wert der Beschwer die Annahme der Revision abgelehnt werden, wenn die Rechtsache keine grds. Bedeutung hatte. Die Wirksamkeit des Anschlusses war damit ebenfalls mit dem Risiko behaftet, dass es zu keiner Sachentscheidung über das Rechtsmittel kam. Dieses Risiko der sich anschließenden Partei aufzuerlegen, ist angemessen. Das findet allerdings dort seine Grenze, wo es - wie im Falle des § 522 II ZPO - tatsächlich zu einer Sachentscheidung über das den Anschluss umfassende Rechtsmittel kommt. Bleibt es ohne Erfolg und aufgrund dessen eine Entscheidung über die Anschlussberufung aus, regelt sich die Kostenlast allein nach § 97 I ZPO.

Dies vermeidet zudem die paradoxe Situation, in der es dem Berufungskl. trotz der aufgrund eines Hinweises erkannten Ausichtslosigkeit seiner Berufung vorteilhafter erscheinen kann, einen Beschluss nach § 522 II 1 ZPO ergehen zu lassen, statt das Rechtsmittel kostensparend zurückzunehmen.“ (OLG Naumburg aaO)

---

ZPO  
§ 524 I, III

### Anschlussberufung Verlängerung der Begründungsfrist

ZPO

(OLG Dresden in MDR 2012, 1435; Urteil vom 20.09.2012 – 4 U 381/12)

Eine **Verlängerung der Frist zur Begründung einer Anschlussberufung** kommt auch dann **nicht in Betracht**, wenn zugleich um Fristverlängerung zur Erwidern auf die Berufung nachgesucht wird. Eine **ohne Begründung eingelegte Anschlussberufung** ist vielmehr **nach Ablauf der Anschließungsfrist zu verwerfen**.

„Die Anschlussberufung muss nach [§ 524 III ZPO] in der BerufungsanschluBsschrift begründet werden, die Begründung in einem gesonderten Schriftsatz ist nicht zulässig (BGH NJW 2003, 2388). Es handelt sich bei diesem **gesetzlichen Erfordernis** um eine **Zulässigkeitsvoraussetzung**, bei deren Fehlen die Anschlussberufung ohne Weiteres zu verwerfen ist (Prütting/Gehrlein-Lemke, ZPO, 4. Aufl. § 524 Rn 18; Zöller-Heßler, ZPO, 29. Aufl. § 524 Rn 14). Dahinter steht der bereits in der Begründung des Regierungsentwurfes zum ZPO-Reformgesetz zum Ausdruck kommende Gedanke, dass dem Berufungsbeklagten bereits mit der Zustellung der Berufungsschrift Überlegungen zur Anschließung ermöglicht werden (BR-Drs. 536/00 S. 251). Dies gilt vorliegend in gesteigertem Maße, weil der Berufungseinlegung ein Prozesskostenhilfverfahren vorausging, in dessen Rahmen auch die Berufungsbeklagte Gelegenheit zur Stellungnahme hatte und anlässlich dessen sie sich mit der Frage, ob sie bei Durchführung des Berufungsverfahrens Anschlussberufung einlegen und wie sie diese begründen will, hätte auseinandersetzen müssen.

Dass die Frist zur Berufungserwidern verlängert worden war, ändert hieran nichts: Eine Verlängerung der Frist zur Begründung der Anschlussberufung ist hier ausdrücklich verweigert worden und wäre wegen der zwingenden Vorgabe des § 524 III ZPO, die Berufung bereits in der AnschluBsschrift zu begründen, auch nicht in Betracht gekommen. Zwar gilt für die Zulässigkeit der Anschließung nach § 524 I ZPO dieselbe Frist wie für die Berufungserwidern des Berufungsbekl. mit der Folge, dass eine Verlängerung der Erwidernsfrist auch die Anschließungsfrist verlängert. Hiervon zu unterscheiden ist jedoch der Fall, in dem - wie hier - die Anschließung bereits unbedingt erklärt, jedoch entgegen §524 III ZPO nicht begründet wurde. In dieser Konstellation steht nicht die Berechnung der Frist des § 524 I ZPO in Rede, sondern das in § 524 III ZPO gesondert geregelte **Begründungserfordernis**.“ (OLG Dresden aaO)

---

StPO  
§ 257c I

### Verfahrensverständnis Gerichtliche Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts (BGH in StV 2012, 653; Beschluss vom 31.01.2012 – 3 StR 285/11)

StPO

Die **Möglichkeit, sich** mit den Verfahrensbeteiligten **über das Ergebnis des Verfahrens zu verständigen** (§ 257c I 1 StPO), **entbindet das Gericht nicht von der Verpflichtung**, den **Sachverhalt aufzuklären** und die **Wahrheit zu ermitteln** (§ 257c I 2 StPO).

„Nach § 267 I StPO müssen die Urteilsgründe zwar lediglich die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden, und ggf. die beweisheblichen Indiztatsachen benennen; der Tatrichter hat indes aus sachlichrechtlichen Gründen auch die seiner Überzeugung zugrundeliegende **Beweiswürdigung in den Urteilsgründen darzustellen**, um dem Revisionsgericht die **Nachprüfung der Entscheidung auf Rechtsfehler zu ermöglichen** (vgl. KK/Engelhardt, StPO, 6. Aufl., § 267 Rn 12 m. w. Nachw.).

Die **Bereitschaft eines Angekl.**, wegen eines bestimmten Sachverhalts eine **Strafe hinzunehmen**, die das gerichtlich zugesagte Höchstmaß nicht überschreitet, **entbindet nicht von dieser Pflicht**. Nur ein Sachverhalt, der auf einer Überzeugungsbildung des Gerichts unter **vollständiger Ausschöpfung des Beweismaterials** beruht, kann die Grundlage einer Verurteilung bilden (BGH NSTZ-RR 2012, 52 m. w. Nachw.). Dies gilt auch für die Darlegung der der Überzeugungsbildung zugrundeliegenden Beweiswürdigung in den Urteilsgründen. Es gibt angesichts des **klaren Wortlauts des Gesetzes** und der **Gesetzgebungsmaterialien** (BT-Drucks. 16/12310 S.13) keinen Anlass, die diesbezüglichen Maßstäbe für den Fall einer Verständigung zu relativieren.“ (BGH aaO)

---

StPO  
§ 338 Nr. 6

### Öffentlichkeitsgrundsatz Anforderung an Darlegung des Revisionsgrundes (OLG Celle in NSTZ 2012, 654; Beschluss vom 01.06.2012 – 322 SsBs 131/12)

StPO

Für die **Zulässigkeit der Rüge einer Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes** bedarf es **nicht der Darlegung**, dass sich tatsächlich jemand vom Besuch der Sitzung hat abhalten lassen.

„Die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes hat der Betr. in zulässiger Weise gerügt (wird ausgeführt). Damit hat er auch die **Verantwortlichkeit des Gerichts für die Beschränkung der Öffentlichkeit** dargetan, denn der Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO greift nur ein, wenn dem Gericht die Beschränkung der Öffentlichkeit bekannt war und es die Beschränkung nicht beseitigt hat (vgl. BGHSt 22, 297; Meyer-Goßner, 54. Aufl., § 338 Rn 49).

*Einer Darlegung, dass sich ein Besucher durch die Beschränkung habe von einem Eintritt in den Sitzungssaal abhalten ließ, bedurfte es dagegen nicht (ebenso im Erg. OLG Zweibrücken NJW 1995, 3333). Der gegenteiligen Auffassung (vgl. Meyer-Goßner, § 338 Rn 50a; KK-Kuckein, 6. Aufl., § 338 Rn 85), die eine Darlegung verlangt, dass sich tatsächlich jemand von der Teilnahme an der Sitzung hat abhalten lassen, steht der **Regelungsgehalt der absoluten Revisionsgründe** gem. § 338 StPO und der darin zum Ausdruck gebrachten unwiderleglichen Vermutung entgegen, dass das Urteil in allen dort genannten Fällen auf einer Verletzung der jeweiligen Verfahrensbestimmung beruht. Dies erklärt sich aus der Annahme, dass der Nachweis des Beruhens in diesen Fällen nur schwer geführt werden kann (dazu Meyer-Goßner, § 338 Rn 1). Verlangt man trotzdem eine Darlegung, dass sich die Beschränkung des Zugangs zum Sitzungssaal auch realisiert hat, so läuft dies letztlich darauf hinaus, eine Darlegung der Beruhensfrage zu verlangen. Dies ist mit dem **Institut des absoluten Revisionsgrundes nicht vereinbar.**" (OLG Celle aaO)*

StPO  
§ 406e I 1

**Akteneinsichtsrecht**  
**Verletztenbegriff**

StPO

(OLG Hamburg in NStZ-RR 2012, 320; Beschluss vom 21.03.2012 – 2 Ws 11-12/12)

I. Der **Begriff des Verletzten in § 406e StPO** ist **weit auszulegen** und es ist von einem **einheitlichen Verletztenbegriff in § 406e und 403 StPO** auszugehen.

1. Das **Gesetz bestimmt den Begriff des Verletzten** sowohl mit Bezug auf § 406e StPO als auch in anderen Zusammenhängen **nicht**: Bei der am 01.04.1987 in Kraft getretenen neuen Regelung der §§ 406d ff. StPO hat der Gesetzgeber ausweislich der Begründung des später in das Gesetz eingegangenen Regierungsentwurfes eines „Ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren“ vom 10. April 1986 bewusst davon abgesehen, einen einheitlichen Verletztenbegriff zu bestimmen.

In der **Begründung des Regierungsentwurfes** heißt es, wie weitgehend anerkannt sei, gebe es einen einheitlichen Verletztenbegriff im Strafverfahren nicht, sondern sei dieser aus dem jeweiligen Funktionszusammenhang heraus zu bestimmen, wobei sich bei unterschiedlichen dogmatischen Ausgangspunkten namentlich zu § 172 StPO i. E. die Auffassungen so angenähert hätten, dass in einem großen Kernbereich in der Praxis weitgehende Übereinstimmung bestehe, wer als Verletzter anzusehen sei; die nähere Bestimmung des Verletzten in Grenzbereichen solle der Rechtsprechung überlassen bleiben; eine notwendigerweise generalisierende gesetzliche Regelung könne zu einer größeren Rechtssicherheit nicht nennenswert beitragen (BT-Drucks. 10/5305 S. 16 f.).

2. In **Lit. und Rspr.** werden **verschiedene Auffassungen** dazu vertreten, wie - auf dieser Grundlage - der Begriff des Verletzten in § 406e StPO zu definieren ist:

- **Teile der Rspr. und Lit.** setzen den Verletztenbegriff in den §§ 406d ff. StPO mit dem Verletztenbegriff gleich, der in § 172 StPO die **Antragsbefugnis für Klagerzwangungsverfahren** begründet.

Die Verletzeneigenschaft und damit der Anspruch auf Akteneinsicht sollen, bei i. Ü. weiter Auslegung, danach nur dem zustehen, der durch die Tat - bei Unterstellung ihrer Begehung - unmittelbar in einem Rechtsgut verletzt ist (Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., vor § 406d Rn 2 m. w. Nachw.). Anstelle der Unmittelbarkeit der Verletzung wird zum Teil auf den Schutzbereich der verletzten Strafnorm abgestellt; Verletzter i. S. der §§ 406d ff. StPO soll sein, wer in einem rechtlich geschützten Interesse durch eine Straftat beeinträchtigt wird, soweit die verletzte Strafnorm dabei auch seinem Schutz dient (vgl. Stöckel, KMR-StPO, Stand 2011, vor § 406d Rn 11).

- Nach einem **weiteren Verständnis** erfasst der Verletztenbegriff in §§ 406d ff. StPO darüber hinaus auch den Verletzten i. S. des Adhäsionsverfahrens nach § 403 StPO (Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., vor §§ 374 ff. Rn 20 m. w. Nachw.).

Nach diesem Verständnis kann Verletzter auch der durch eine Straftat nur mittelbar Geschädigte sein. Gewährung von Akteneinsicht im Strafverfahren kommt danach zudem auch in Betracht, wenn die - bei Unterstellung der Tatbegehung - verletzte Strafnorm nicht den Antragsteller schützt, dieser aber zivilrechtliche Schadensersatzansprüche hätte (Engelhardt, KK-StPO, 6. Aufl., § 403 Rn 5; vgl. auch Lauterwein, Akteneinsicht und -auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen §§ 406e und 475 StPO, 2011, S. 38).

3. **OLG Hamburg aaO** neigt der letztgenannten Auffassung zu.

*„Vor allem der **systematische und funktionale Zusammenhang** des Akteneinsichtsrechts nach § 406e StPO mit dem Adhäsionsverfahren sowie der auf eine **Stärkung der Stellung von Verletzten in Strafverfahren gerichtete Wille des Gesetzgebers** bei der Neufassung der §§ 406d ff. StPO rechtfertigen die weite Auslegung des Verletztenbegriffes. Der Gesetzgeber hat ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfes zur Einfügung der §§ 406d ff. StPO mit der Reform eine Verbesserung der Rechtsstellung von Verletzten in Strafverfahren auch im Hinblick auf eine „Verbesserung der Ersatzmöglichkeiten beim materiellen Schaden“ bezweckt (BT-Drucks. 10/5305, S. 8). Das danach berechnete Interesse daran, zur Prüfung von Ansprüchen, die im Adhäsionsverfahren verfolgt werden können, Einsicht in die Strafakten zu nehmen, spricht für eine einheitliche Auslegung des Verletztenbegriffs in § 403 StPO und 406e StPO, denn ein Adhäsionsantrag wird i. d. R. sinnvollerweise durch Akteneinsicht vorbereitet werden. Dies gilt ebenso für Geschädigte, die Ansprüche aus auch strafrechtlich relevantem Verhalten im Zivilverfahren statt im Adhäsionsverfahren verfolgen.“ (OLG Hamburg aaO).*

II. Für die Annahme eines **berechtigten Interesses eines Verletzten** i. d. S. § 406e I 1 StPO genügt es, dass die Akteneinsicht der Prüfung dienen soll, ob und in welchem Umfang die verletzte Person gegen einen Beschuldigten zivilrechtliche Ansprüche geltend machen kann oder der Verletzte sich über das Nichtvorliegen von Umständen vergewissern will, die einem scheinbar bereits schlüssigen Anspruch entgegenstehen könnten.

*„Berechtig i. S. des § 406e I StPO ist ein Interesse, wenn es durch die Sachlage in tatsächlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Hinsicht gerechtfertigt ist, was insbes. dann anzunehmen ist, wenn es zur Verfolgung oder Abwehr rechtlicher Ansprüche dient (vgl. Hilger, § 406e Rn 6). Ein **berechtigtes Interesse** ist deshalb anzunehmen, wenn die begehrte Akteneinsicht der Prüfung dienen soll, ob und in welchem Umfang die verletzte Person gegen einen Beschuldigten zivilrechtliche Ansprüche geltend machen kann (vgl. Meyer-Goßner, § 406e Rn 3) oder der Verletzte sich etwa über das Nichtvorliegen von Umständen vergewissern will, die einem scheinbar bereits schlüssigen Anspruch entgegenstehen könnten.“ (OLG Hamburg aaO).*

VwGO  
§ 80 II 1 Nr. 1

**Widerspruch gegen Duldungsbescheid**  
Keine aufschiebende Wirkung

VwGO

(VGH München in BayVBI 2012, 634; Beschluss vom 12.09.2011 – 20 CS 11.1977)

Der **Widerspruch gegen einen Duldungsbescheid entfaltet keine aufschiebende Wirkung.**

„Die Ast. werden mit dem Duldungsbescheid als Eigentümer des mit einer öffentlichen Last belegten Grundstücks zur Duldung in die Zwangsvollstreckung verpflichtet, die sie durch Zahlung des hier noch streitgegenständlichen Betrages für die Herstellung der Entwässerungseinrichtung abwenden können. Damit geht es vorliegend um die Anforderung einer öffentlichen Abgabe i. S. des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO, deren Anfechtung keine aufschiebende Wirkung entfaltet und die nach § 80 V 1 VwGO durch einen gerichtlichen Beschluss erstritten werden kann.

Unzweifelhaft handelt es sich bei dem von der Voreigentümerin mit bestandskräftigem Bescheid geforderten Beitrag zur Herstellung der Entwässerungseinrichtung um die **Anforderung einer öffentlichen Abgabe i. S. des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO**. Das stellen auch die Ast. nicht in Abrede, wollen aber zwischen den die Abgabe fordernden Beitragsbescheid als Titel für die Vollstreckung in das persönliche Vermögen und dem einen Anspruch des Antragsgegners lediglich sichernden **Duldungsbescheid als Grundlage für eine Befriedigung** aus dem Grundstück unterschieden wissen. Im Hinblick auf die prozessuale Handhabung ist das aber nicht veranlasst, denn es handelt sich in beiden Fällen nur um **unterschiedliche Wege zur Beitragserlangung**, deren grds. nicht durch Rechtsbehelfe und Rechtsmittel verzögerte Realisierung das Anliegen des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO ist, weil die Refinanzierung des Aufwandes für eine öffentliche Einrichtung von Seiten der durch diese Bevorteilten zeitgerecht sichergestellt und der öffentliche Haushalt insoweit nicht längerfristig durch Ausgaben, die von anderen zu leisten sind, gebunden werden soll. Dieses vom Gesetzgeber durch den Wegfall der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs gegen einen Beitragsbescheid privilegierte Anliegen ist im vorliegenden Falle des Duldungsbescheides gleichermaßen einschlägig. Auch diese Form der Geltendmachung einer Beitragsforderung ist daher eine **Anforderung der Abgabe** (vgl. hierzu Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand Mai 2010, § 80 Rn 121; so auch OVG RhPf NJW 1989, 1878).“ (VGH München aaO)

VwGO  
§ 127

**Asylgerichtsverfahren**  
Zulässigkeit der Anschlussberufung

VwGO

(BVerwG in BayVBI 2012, 667; Urteil vom 01.03.2012 – 10 C 5/11)

Eine **Anschlussberufung ist auch im gerichtlichen Asylverfahren zulassungsfrei statthaft und nicht an den Rahmen der zugelassenen Berufung gebunden.**

„Mit der Neuordnung des Rechts der Anschlussberufung (§ 127 VwGO) durch Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess – RmBereinVpG – vom 20. 12.2001 (BGBl I, 3987) ist die Anschlussberufung ohne Zulassung statthaft und nicht mehr an den Rahmen der zugelassenen Berufung gebunden (so noch – zu § 127 VwGO a. F. – BVerwG NVwZ-RR 1997, 253). Sie muss auch nicht denselben Streitgegenstand betreffen wie die Hauptberufung (BVerwGE 125, 44 = NVwZ 2006, 838). Ein **sachlicher Zusammenhang zwischen den gegenläufigen prozessualen Ansprüchen** (s. a. BVerwGE 116, 169 = NVwZ 2002, 1250 jew. m. w. Nachw.) liegt hier zwischen dem vom Kl. mit seiner Berufung verfolgten Begehren auf Flüchtlingsschutz und der Anschlussberufung der Bekl., die sich gegen die Gewährung von Abschiebungsschutz richtet, schon mit Blick darauf vor, dass die Entscheidung über ein Flüchtlingsschutzbegehren mit der Feststellung zu verbinden ist, ob die Voraussetzungen des § 60 II bis V oder VII AufenthG vorliegen (§ 31 III 1 AsylVfG).

**§ 127 IV VwGO gilt auch für das gerichtliche Asylverfahren.** § 78 III bis V oder § 79 AsylVfG enthalten für das Verfahren nach zugelassener Berufung keine Regelungen, welche die Anwendung des § 127 VwGO ausschließen. Auch Sinn und Zweck des Zulassungserfordernisses nach § 78 II AsylVfG rechtfertigen es nicht, für das Verfahren nach zugelassener Berufung eine zulassungsfreie, nicht auf denselben Streitgegenstand beschränkte Anschlussberufung auszuschließen.“ (BVerwG aaO)

VwGO  
§ 133 III 3

**Nichtzulassungsbeschwerde**  
Darlegung eines Aufklärungsmangels

VwGO

(BVerwG BayVBI in 2012, 640; Beschluss vom 16.04.2012 – 4 B 29.11)

Ein **Aufklärungsmangel ist nur dann i.S. von § 133 III 3 VwGO bezeichnet, wenn er sowohl in den ihn (vermeintlich) begründenden Tatsachen als auch in seiner rechtlichen Würdigung substantiiert dargetan wird.**

„Es muss dementsprechend **substantiiert dargelegt werden, hinsichtlich welcher tatsächlichen Umstände Aufklärungsbedarf bestanden hat**, welche für geeignet und erforderlich gehaltenen Aufklärungsmaßnahmen hierfür in Betracht gekommen wären und welche tatsächlichen Feststellungen bei Durchführung der unterbliebenen Sachverhaltsaufklärung voraussichtlich getroffen worden wären; weiterhin hätte dargelegt werden müssen, dass bereits im Verfahren vor dem Tatsachengericht, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, entweder auf die Vornahme der Sachverhaltsaufklärung, deren Unterbleiben nunmehr gerügt wird, hingewirkt worden ist oder dass sich dem Gericht die bezeichneten Ermittlungen auch ohne ein solches Hinwirken von sich aus hätten aufdrängen müssen. Denn die **Aufklärungsrüge stellt kein Mittel dar, um Versäumnisse eines Verfahrensbeteiligten in der Tatsacheninstanz, vor allem das Unterlassen der Stellung von Beweisanträgen, zu kompensieren** (st. Rspr.). Diesen Anforderungen genügt die Verfahrensrüge vorliegend nicht.“ (BVerwG aaO)

BauGB  
§ 217 I 3 Alt. 3

**Nichtigkeitsfeststellungsklage**  
Antragsvoraussetzungen

öffR

(OLG Bamberg in BayVBI 2012, 734; Urteil vom 23.01.2012 – 9 U 1/11)

Für einen **Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts** gem. § 217 I 3 Alt. 3 BauGB **bedarf es weder die Durchführung eines Vorverfahrens (§ 212 BauGB) noch die Einhaltung der Antragsfrist(en) des 217 II BauGB.**

- I. Nach § 9 der Verordnung der Bayerischen Staatsregierung über die Umlegungsausschüsse und das Vorverfahren in Umlegungs- und Grenzregelungsangelegenheiten (GVBl. S. 27), zuletzt geändert durch VO vom 11. Januar 1983 (GVBl. S. 3), ist ein **Vorverfahren (Widerspruchsverfahren) nur erforderlich, wenn ein Verwaltungsakt nach dem 4. Teil des Bundesbaugesetzes (nunmehr BauGB) „angefochten“ wird.**

„Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um eine Anfechtungsklage, die auf die Aufhebung eines Verwaltungsakts gerichtet wäre; die Ast. begehrt mit ihrem **Hauptantrag** lediglich die **Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts**. Ein „Feststellungswiderspruch“ ist in der Verwaltungsgerichtsordnung, auf deren Anwendung § 9 II der Verordnung der Bayerischen Staatsregierung über die Umlegungsausschüsse und das Vorverfahren in Umlegungs- und Grenzregelungsangelegenheiten verweist, nicht vorgesehen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., 2009, Vorbem. § 68 Rn 2b m. w. Nachw.).“ (OLG Bamberg aaO)

- II. Auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzinteresses ist im Fall der (Nichtigkeits-) Feststellungsklage eine **vorherige Prüfung des Antragsbegehrens durch die Behörde nicht erforderlich.**

„Art. 44 V BayVwVfG, wonach die Behörde die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts jederzeit von Amts wegen feststellen kann und auf Antrag zu einer solchen Feststellung verpflichtet ist, sofern der Ast. hieran ein **berechtigtes Interesse** hat, schließt die Erhebung einer Nichtigkeitsfeststellungsklage nach allgemeiner Auffassung nicht aus (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl., 2010, § 44 Rn 64 m. w. Nachw.). Ungeachtet dessen kann die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts i. S. des § 217 I BauGB entsprechend § 43 II 2 VwGO auch sowohl durch Anfechtungsantrag als auch mittels eines Feststellungsantrags geltend gemacht werden (vgl. Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl., 2009, § 217 Rn 5 m. w. Nachw.).“ (OLG Bamberg aaO)

- III. Angesichts dieser Sachlage ist die **Wahrung einer Antragsfrist** nach § 217 II BauGB **nicht erforderlich** (so auch bereits BGH NJW 1983, 1793 - für Leistungsanträge).

„Zwar kann nach dem **Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage** Feststellung nicht (mehr) begehrt werden, soweit der Kl. seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können (vgl. etwa § 43 II 1 VwGO). Allerdings kommt dies dann nicht zum Tragen, wenn - wie hier - die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt wird (vgl. § 43 II 2 VwGO). Letzteres entspricht einem **allgemeinen Grundsatz des Prozessrechts** (vgl. nur § 55 I Nr. 4 SGG und § 41 II 2 FGO), der durch die verfassungsrechtlich fundierte **Garantie effektiven Rechtsschutzes** (Art. 19 IV 1 GG) zwingend vorgegeben ist (vgl. insoweit auch BSG NVwZ 1989, 902). Die **Nichtigkeitsfeststellungsklage ist nicht fristgebunden** (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., 2009, § 43 Rn 21; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 43 Rn 27; BFH NJW 1987, 920); sie kann demzufolge auch dann noch erhoben werden, wenn die Fristen für die Erhebung eines Widerspruchs bzw. einer Anfechtungsklage abgelaufen sind.“ (OLG Bamberg aaO)

## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Becker**: Die dingliche Haftung für Hausgeldansprüche nach freihändiger Veräußerung durch den Insolvenzverwalter (ZMR 2012, 933)

Rückständige Hausgeldansprüche sollte sich die WEG zeitnah gegen den Schuldner titulieren lassen, um unter den Voraussetzungen des § 10 III ZVG zeitnah die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums betreiben zu können. - Sollte **nach Eintritt der Rechtshängigkeit einer Zahlungsklage** gegen den Schuldner über dessen Vermögen das **Insolvenzverfahren eröffnet** werden, kommt eine **Umschreibung des Zahlungstitels gegen den Insolvenzverwalter** analog § 727 ZPO in Betracht und zwar mit der Maßgabe, dass dieser die Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum aus Rangklasse 2 i.H.v. 5% des Verkehrswertes zu dulden hat. - Gelingt es der WEG, aufgrund dieses Titels die Anordnung der Zwangsversteigerung durch das Vollstreckungsgericht zu bewirken, ist das **Wohnungseigentum zu ihren Gunsten beschlagnahmt**, § 20 I ZVG. - Die Beschlagnahme hat die **Wirkung eines relativen Veräußerungsverbot**es zugunsten der betreibenden Gemeinschaft (§ 23 I ZVG), sodass der Insolvenzverwalter gehindert ist, das Wohnungseigentum des Schuldners aus der Insolvenzmasse zu veräußern.

2. **Eisenberg**: Möglichkeiten des E-Mail-Direktmarketing ohne Einwilligung der Beworbenen (BB 2012, 2966)

Das **E-Mail-Direktmarketing unterliegt rechtlichen Beschränkungen**, sodass im Vorfeld daher insbes. datenschutzrechtliche, telemedienrechtliche, wettbewerbsrechtliche und allgemein bürgerlichrechtliche Vorgaben zu beachten sind. - E-Mail-Werbung **bedarf regelmäßig einer vorherigen Einwilligung der Beworbenen**, was regelmäßig ein entsprechendes Einwilligungsmanagement der werbenden Unternehmen erfordert. - Allerdings besteht auch ohne vorherige Einwilligung ausreichend Spielraum für eigene Werbung von Unternehmen im Bestandskundenbereich, sofern einige Vorgaben beachtet werden: Insbes. ist darauf zu achten, dass es sich um Kunden handelt, mit denen es bereits einmal zum Vertragsschluss kam oder, mit abnehmender Rechtssicherheit, mit denen man sich zumindest im **Stadium der Vertragsanbahnung** befand, die Kunden jeweils ausreichend auf ihr Widerspruchsrecht hingewiesen wurden und im Falle eines erfolgten Widerspruchs die Daten für die Verwendung zur Werbung sicher gesperrt wurden.

3. **Vollkommer**: Die Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung – Ein Überblick (NJW 2012, 3681)

4. **Bauer/Schansker**: (Heimliche) Videoüberwachung durch den Arbeitgeber (NJW 2012, 3537)

Bei der Frage, ob heimliche Videoaufnahmen als Beweismittel dienen können, ist zwischen dem **Interesse an einer funktionstüchtigen Rechtspflege** und dem **Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts** als Ausfluss des Art. 2 I GG i. V. mit Art. 1 I GG gewährleisteten **allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers** abzuwägen. - Bei dieser Abwägung hat das Interesse an der Verwertung des Beweismittels nur dann höheres Gewicht, wenn über das schlichte Beweisinteresse hinaus weitere Umstände hin zukommen, etwa der Schutz des Vermögens des Arbeitgebers. - Eine heimliche Videoüberwachung von Arbeitnehmern ist nur dann zulässig, wenn der **konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers** besteht, **weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft** sind, die **verdeckte Videoüberwachung** damit praktisch **das einzig verbleibende Mittel** darstellt und sie insgesamt **nicht unverhältnismäßig** ist. - Dabei muss sich der Verdacht auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlungen zu Lasten des Arbeitgebers beziehen und sich gegen einen zumindest **räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern** richten. - Der Umstand, dass bei einer Videoaufzeichnung in öffentlich zugänglichen Räumen entgegen § 6b II BDSG die Videoaufzeichnung nicht kenntlich gemacht wird, führt für sich genommen nicht zu einem Beweisverwertungsverbot.

5. **Heermann**: Sportverletzungen und Unfallversicherungsschutz (NJW 2012, 3400)

Sportverletzungen basieren dann auf einem **Unfall i. S. von § 178 II 1 VVG oder Nr. 1.3 AUB 2010**, wenn **von außen auf den Athleten eingewirkt** wird; solche Ursachen von außen können Kollisionen mit beweglichen und unbeweglichen Gegenständen oder auch das Einwirken anderer Sportler auf den Athleten sein; ein eigenes Verhalten des Athleten darf mittelbar ursächlich für eine etwaige Verletzung sein, denn andernfalls liefe der Versicherungsschutz durch die Unfallversicherungsträger leer. - Sofern allein die **Eigenbewegung eines Sportlers ohne Einwirkung von außen** zu einer Verletzung führt, kommt die Annahme eines Unfalls in **analoger Anwendung des § 178 II 1 VVG** in Betracht, wenn die Eigenbewegung zu einem völlig unüblichen, nicht programmgemäßen Geschehensablauf führt, der dann in die Verletzung des Athleten mündet. - Das **Schadensereignis muss plötzlich und unfreiwillig eintreten**; unfreiwillig wird eine Verletzung dann erlitten, wenn der Athlet auf ihr Ausbleiben vertraut, selbst wenn ihm bekannt ist, dass ein Verletzungsrisiko besteht: im Fall von Verletzungen von Sportlern nimmt die Rspr. i. d. R. Unfreiwilligkeit an. - Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „plötzlich“ ist

Gegenstand einer Diskussion in der Lit.: Die für die Praxis wichtige und im Ergebnis zu befürwortende Ansicht der Judikatur geht dahin, dieses Merkmal vorwiegend in zeitlicher Hinsicht zu verstehen; danach muss sich das Unfallgeschehen innerhalb eines kurzen Zeitraums, d. h. im Rahmen einer konkreten sportlichen Betätigung, verwirklichen. - Ein **unfallähnliches Ereignis i. S. von Nr. 1.4 AUB 2010** liegt schließlich vor, wenn der verletzte Athlet seine **sportliche Betätigung nur mit einer erhöhten Kraftanstrengung** vornehmen konnte, die **über die Anstrengungen hinausgeht, die für den gleichen Bewegungsablauf bei alltäglicher körperlicher Betätigung erforderlich** ist; für ein unfallähnliches Ereignis ist keine Einwirkung von außen auf den Verletzten nötig.

## II. Strafrecht

1. **Mückenberger/lannone**: Steuerliche Selbstanzeige trotz Berichterstattung über den Ankauf von Steuer-CDs (NJW 2012, 3481)

Die **Berichterstattung über den Ankauf von Steuer-Daten** und die **Nennung des betroffenen Instituts stehen** nach Auffassung des Autors einer (**wirksamen**) **strafbefreienden Selbstanzeige nicht entgegen**: Zum einen besteht allein durch den bloßen Ankauf von entsprechenden Steuerdatensätzen ohne entsprechende einzelfallorientierte Überprüfung der Sachverhalte – konkret: einen Abgleich mit den Steuerdaten des individuellen Steuerpflichtigen – **objektiv noch gar keine Tatentdeckung**; zum anderen bewirkt die Berichterstattung über den Ankauf von Steuerdaten eines bestimmten Instituts subjektiv nicht mehr als eine **graduelle Erhöhung der Entdeckungsgefahr**. - Der anwaltliche oder steuerliche Berater sollte seinen Mandanten auf die mehrfach geäußerte Auffassung von Teilen der Finanzverwaltung und hieraus möglicherweise resultierende Komplikationen bei der Abwicklung der Selbstanzeige ebenso wie auf das Fehlen gesicherter Rspr. hierzu hinweisen und diesen Hinweis in seinen Akten dokumentieren.

2. **Rackow/Bock/Harendorf**: Überlegungen zur Strafwürdigkeit tatvorbereitender computervermittelter Kommunikation im Internet (StV 2012, 687)

Bespr. der Entsch. BGH StV 2012, 146

3. **Jannusch**: Aktuelle höchstrichterliche Rspr. zu betrugsrechtlichen Regelbeispielen (NStZ 2012, 679)
4. **Tully/Kirch-Heim**: Zur Entbindung von Rechtsbeiständen juristischer Personen von der Verschwiegenheitspflicht gem. § 53 II 1 StPO (NStZ 2012, 657)

**Problemstellung**: In Rspr. und Lit. ist die Frage, wer dazu befugt ist, einen von einer juristischen Person mandatierten Rechtsanwalt gem. § 53 II 1 StPO von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, umstritten; problematisch ist dies immer dann, wenn die Personen, die aktuell zur Vertretung der juristischen Person berechtigt sind, nicht identisch sind mit denen, die gegenüber dem Rechtsanwalt für die juristische Person gehandelt und mit diesem kommuniziert haben; eine derartige Konstellation kann z.B. vorliegen bei einer **faktischen Geschäftsführung**, bei einem **Wechsel von Organwaltern** und bei einer **Vertretung durch mehrköpfige Organe**. - Für die Frage, wer den Rechtsbeistand einer juristischen Person gem. § 53 II 1 StPO von seiner Verschwiegenheitspflicht entbinden muss, ist nach Auffassung der Autoren allein das **Mandatsverhältnis maßgeblich**: Ein solches besteht i. d. R. nur mit der juristischen Person; daher ist die juristische Person regelmäßig allein befugt, ihren Rechtsbeistand zu entbinden; die **Entbindungserklärung wird von dem aktuell zuständigen Organ im Namen der juristischen Person abgegeben**. - Die Annahme einer **kumulativen Entbindungsbefugnis der juristischen Person und der von dem Mandatsverhältnis betroffenen aktuellen, faktischen oder ehemaligen Organwalter** ist dagegen nach Ansicht der Autoren **weder rechtlich noch aus praktischen Gründen geboten**; insbes. lässt sich aus dem Mandatsverhältnis der juristischen Person und ihres Rechtsbeistands **kein „mandatsähnliches Vertrauensverhältnis“ zwischen dem betroffenen Organwalter und dem Rechtsbeistand der juristischen Person** ableiten, das eine Entbindungsbefugnis des Organwalters begründen könnte; gegen eine kumulative Entbindungsbefugnis des Organwalters bestehen vielmehr durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken, da die Möglichkeiten der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren hierdurch ohne gewichtige Gründe empfindlich eingeschränkt würden.

## III. Öffentliches Recht

1. **Glaser**: Grundrechtlicher Schutz der Ehre im Internetzeitalter (NVwZ 2012, 1432)

Unterlassungsansprüche, Widerruf und Gegendarstellung auf der Grundlage der Landespressegesetze waren in Bezug auf traditionelle Zeitungen wirksame Instrumente, um ehrverletzende Äußerungen zu unterbinden und ggf. auszugleichen; auf Grund der Eigenheiten des Internets ist die **persönliche Ehre des Einzelnen heute** im Unterschied dazu **viel intensiveren Gefährdungen ausgesetzt**; maßgeblich hierfür ist zunächst, dass das Internet anders als die herkömmliche Presse ein **globales Verbreitungsgebiet** hat; Texte und Bilder können mit Hilfe von Suchmaschinen weltweit erschlossen werden; eine weitere **spezifische Bedrohung** für die persönliche Ehre folgt aus der **Anonymität der Internetnutzer** und den damit verbundenen **Schwierigkeiten der Zurechnung und der Rechtsdurchsetzung**; schließlich weisen ehrverletzende Kommentare und Bilder im Internet eine nahezu endlose Dauerhaftigkeit auf, was durch die Verlinkung mit anderen Seiten zusätzlich verschärft wird. - Bedeutsam für die Rechtsdurchsetzung sind nicht nur die materiellen Ansprüche und die einschlägigen Rechtsbe-

helfe, sondern auch der Umstand, an welchem Ort der Ehrschutz gerichtlich geltend gemacht werden kann; der EuGH hat mit seiner auf die Besonderheiten der Gefahren im Internet abgestimmten Auslegung des Unionsrechts in Bezug auf den **prozessualen Gerichtsstand** zur Sicherung von Ehrschutzansprüchen beigetragen; danach kann eine Person, die ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat, in einem anderen Mitgliedstaat vor dem Gericht an dem Ort, an dem ein schädigendes Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht, verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden. - Der EuGH entschied hierzu, dass **im Fall der Geltendmachung einer Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch Inhalte, die auf einer Website veröffentlicht worden sind**, die Person, die sich in ihren Rechten verletzt fühlt, **entweder bei den Gerichten des Mitgliedstaates, in dem der Urheber der Inhalte niedergelassen ist, oder bei den Gerichten des Mitgliedstaates, in dem sich der Mittelpunkt ihrer Interessen befindet**, eine Haftungsklage auf Ersatz des gesamten Schadens erheben kann; darüber hinaus kann sie ihre **Klage auch vor den Gerichten jedes Mitgliedstaates erheben, in dessen Hoheitsgebiet ein im Internet veröffentlichter Inhalt zugänglich ist oder war**; diese sind aber nur für den Schaden zuständig, der im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates verursacht worden ist; zutreffend begründet wird diese **Erweiterung der Gerichtszuständigkeit im Vergleich zu herkömmlichen Presseartikeln** mit dem Unterschied zwischen der gebietsabhängigen Verbreitung eines Mediums wie eines Druckerzeugnisses und der gebietsunabhängigen Verbreitung von Inhalten auf einer Website.

2. **Krämer**: Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftsauskunfteien (NJW 2012, 3201)

**Problemstellung**: Wirtschaftsauskunfteien sammeln massenhaft Informationen über die persönlichen Verhältnisse von Bürgern und Unternehmen; für die Betroffenen bestehen erhebliche Gefahren dadurch, dass von den Auskunfteien gespeicherte Daten unzutreffend sind, verwechselt oder zu lange vorgehalten werden und dass davon ihre Kreditwürdigkeit abhängt. - Nach **§ 29 I 1 Nr. 2 BDSG** kann eine Wirtschaftsauskunftei bonitätsrelevante Angaben aus allgemein zugänglichen Quellen entnehmen oder von den Stellen beziehen, die diese Informationen in personenbezogener Form selbst veröffentlichen dürfen. - **§ 35 II 2 Nr. 1 BDSG** schreibt vor, dass personenbezogene Daten zu löschen sind, wenn ihre Speicherung von Anfang an unzulässig war oder später unzulässig geworden ist; rechtmäßige Speicherungen von Bonitätsnegativmerkmalen dürfen bei einer Wirtschaftsauskunftei – abgesehen von den aus dem Schuldnerverzeichnis stammenden Angaben, für die es in § 915 b ZPO Sonderregelungen gibt – zunächst vier Jahre bestehen; dann muss die Auskunftei prüfen, ob die weitere Speicherung notwendig ist; im Falle der Erledigung verkürzt sich diese Prüffrist auf drei Jahre.

3. **Griebel**: Entschädigungsansprüche bei Aktienkursverlusten infolge staatlichen Handelns? (DÖV 2012, 868)

**Problemstellung**: **Staatliche Eingriffe in Aktiengesellschaften**, etwa in Gestalt von Enteignungen, können immer auch Implikationen für deren Anteilseigner haben; häufig erleiden diese als **Folge** der staatlichen Maßnahme **Wertverluste ihrer Aktien**; insofern stellt sich die **Frage, inwieweit in solchen Situationen eine staatliche Entschädigungspflicht gegenüber den betroffenen Aktionären besteht**. - Während die einzelne Rechtsposition geschützt ist, **endet der Schutz im Hinblick auf den Wert des Aktienrechts**; die **freiwillige Risikobereitschaft**, die in dem Halten eines dem schnellen Wertverlust am Markt unterliegenden Rechts zum Ausdruck kommt, findet auch dann **keine rechtliche Absicherung**, wenn der Staat selbst ganz konkret in Gestalt einer das Unternehmen enteignenden Maßnahme eingreift; in der **Gesamtbetrachtung** scheint es nach Ansicht des Autors dabei auch adäquat, das Risiko von (mutmaßlich) staatlich verursachten Kursverlusten dem Anteilseigner aufzuerlegen; es wäre unangemessen, den Staat in einem Bereich für entschädigungspflichtig zu halten, der nicht nur von **spekulativen Risikogeschäften** geprägt wird, sondern auch insgesamt von einer solchen Fülle an Einflussfaktoren des (Aktien-) Marktes bestimmt wird, dass eine Bewertung der jeweiligen Effekte kaum möglich erscheint. - Wer sich wie im Falle von Aktien Rechtspositionen zulegt, die **Wertschwankungen aufgrund von Markteinflüssen** unterliegen, muss die sich daraus ergebenden Folgen nicht nur dann tragen, wenn staatliches Handeln generell zu den Wertbestimmungsfaktoren hinzutritt, sondern auch dann, wenn dieses in Gestalt von konkreten Maßnahmen sehr spezifisch Einfluss auf den Markt nimmt; so gibt es keinen Schutz vor negativen Marktreaktionen auf die staatliche Ausübung von Hoheitsrechten bzw. Steuerungsmaßnahmen. - Jede anderweitige Lösung würde dem Staat als Repräsentant der Gemeinschaft zudem ein **Belastungsrisiko** auferlegen, **das nicht zu kalkulieren wäre**; es wäre auch **nicht vertretbar, die Allgemeinheit dafür aufkommen zu lassen**, dass sich bei einem Anteilseigner ein eingegangenes Risiko verwirklicht; eine Entschädigungspflicht würde zudem die wirtschaftliche Lenkungsfähigkeit, gerade auch in Krisensituationen, in einer Weise begrenzen, die nicht wünschenswert wäre.

4. **Fromm**: Zahlung der Geldbuße auf Zeugenfragebogen mit Verwarnungsgeldangebot: Rückforderungsrisiko der Verwaltungsbehörden? (DÖV 2012, 883)

**Verwaltungsbehörden**, die dem Empfänger in „Zeugenfragebögen“ die Zahlung einer Geldbuße anbieten, sind dem **Risiko eines Erstattungsanspruchs des Zahlenden ausgesetzt**, denn **Zeugenfragebögen sind nichtig und verpflichten den Empfänger nicht zur Zahlung**; gleichwohl geleistete **Geldbuße-Zahlungen erfolgen ohne Rechtsgrund**, sodass der Zahlende gegen die Verwaltungsbehörde einen **allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch** hat. - Da die Behörde den Empfänger im Ungewissen lässt, gegen wen sich das Bußgeldverfahren richtet, kann sie sich nicht auf eine unzulässige Rechtsausübung des Zahlenden berufen; dem Anspruch steht nicht **§ 814 Alt. 1 BGB** im Wege (Kenntnis des Fehlens des Rechtsgrundes), denn es ist nicht auszuschließen, dass der Anspruchsteller eines Erstattungsanspruchs bei der Zahlung der Geldbuße dem Irrtum unterlag, zur Bezahlung verpflichtet zu sein. - Der **allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsan-**



**spruch** ist auch **nicht durch die Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens gem. § 85 OWiG ausgeschlossen**. - Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch **verjährt nach drei Jahren** analog § 195 BGB. - Um dieses Rückforderungsrisiko zu beseitigen, müssen die Verwaltungsbehörden auch bei Bagatell-Ordnungswidrigkeiten den Sachverhalt zunächst aufklären und dürfen erst dann Verwarnungsgeldangebote oder Anhörungsbögen versenden, wenn feststeht, gegen wen sich die Ermittlungen mit Tatverdacht richten.

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

1. **Schäfer**: Klageabweisung unmittelbar nach Eingang der Klageschrift? (NJOZ 2012, 1961)  
Eine von **vornherein unzulässige oder unbegründete Klage** kann **im Anwendungsbereich des § 495 a ZPO**, soweit nicht zur Behebung des vorhandenen Defizits ein richterlicher Hinweis angezeigt ist, **sogleich nach Eingang („a limine“)** abgewiesen werden. - Eine **Klageerwiderung des Beklagten abzuwarten**, auf die es von vornherein ohnehin absehbar nicht ankommen wird, liefe auf **bloße Förmerei** hinaus und würde letztlich nur den **Erledigungszeitpunkt sinnlos aufschieben**. - Die Vollwirksamkeit eines solchen Urteils steht jedoch unter dem **Vorbehalt**, dass **Klageschrift und Urteil dem Beklagten zugestellt** werden; die a-limine-Abweisung kann mit hin nicht, anders als z. B. im einstweiligen Rechtsschutz- oder Pkh-Prüfungsverfahren, ein dem Gegner nicht bekannt werdendes Internum zwischen Kläger und Gericht bleiben.
2. **Grunewald**: Die Entwicklung des anwaltlichen Berufsrechts im Jahr 2012 (NJW 2012, 3622)
3. **Brudermüller**: Die Entwicklung des Familienrechts bis August 2012 – Güterrecht und Versorgungsausgleich (NJW 2012, 3213)

# Prüfung der Rechtmäßigkeit der Festsetzung eines Zwangsmittels

## (am Beispiel von NRW)

### I. **Rechtsgrundlage** für Verwaltungsvollstreckung: § 55 I VwVG nw

Voraussetzung: **vollstreckbare Grundverfügung**

1. VA gerichtet auf Handlung, Duldung oder Unterlassung (bei Fehlen: Sofortvollzug)
2. Wirksamkeit, § 43 VwVfG
3. Vollstreckbarkeit
  - a) Unanfechtbarkeit oder
  - b) sofortige Vollziehung (§ 80 II VwGO)
    - aa) Wegfall der aufschiebenden Wirkung
    - bb) Rechtmäßigkeit des VA

### II. **Zuständigkeit**: Behörde die VA erlassen hat (§ 56 I VwVG nw)

### III. **Ordnungsgemäße Art und Weise der Vollstreckung**

#### 1. **ordnungsgemäße Androhung**, § 63 VwVG /Entbehrlichkeit, § 63 I 5 VwVG

- a) Schriftform (§ 63 VwVG nw)
- b) schriftliche Begründung (§ 39 I VwVfG)
- c) Anhörung: nach § 28 II Nr. 5 VwVfG nicht erforderlich
- d) Verbindung mit dem Grund-VA bei sofortiger Vollziehbarkeit (§ 63 II 2 VwVG nw)
- e) Fristsetzung für Erfüllung der Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht / Angemessenheit der Frist
- f) Androhung eines bestimmten Zwangsmittels (§ 63 III VwVG nw)
  - aa) bei Zwangsgeld: Androhung in bestimmter Höhe
  - bb) bei Ersatzvornahme: Angabe der voraussichtlichen Kosten
- g) Zustellung (§ 63 IV VwVG nw)

#### 2. **ordnungsgemäße Festsetzung / Entbehrlichkeit, § 64 S. 2 VwVG**

- a) Schriftform: nicht erforderlich
- b) Anhörung nach § 28 II Nr. 5 VwVfG nicht erforderlich
- c) Fristablauf
- d) Übereinstimmung mit Androhung

### IV. richtiger **Adressat**

### V. zulässiges **Zwangsmittel**

### VI. **Verhältnismäßigkeit**

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung

### Zivilrecht

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

<b>Land:</b> <b>NRW</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>Präs. LG Sch.</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>19.10.2012</b>
----------------------------	--	---

**Zur Person:**

Sch. ist ein Glücksgriff. Er ist ein äußerst netter und wohlwollender Prüfer und versteht es durch seine ruhige Art, eine angenehme Prüfungsatmosphäre zu schaffen. Im Vorgespräch war er sehr gut vorbereitet und ist mit mir meinen gesamten Lebenslauf durchgegangen. In der Prüfung kam es Sch. auf gute Argumentation und kreative Ideen an, wobei die Fälle nicht allzu anspruchsvoll waren.

**Zur Prüfung:**

**Fall:** M hat einen Pkw gekauft. Auf den Pkw gestoßen ist M über eine Annonce im Internet. Dort wurde das Fahrzeug beschrieben, u.a. fand sich der Hinweis „Klima“. M kaufte den Pkw, wobei die Vertragsparteien einen Standardkaufvertrag ausfüllten, u. a. mit der Klausel „gekauft wie gesehen und Ausschluss der Gewährleistung“. Bereits auf der Rückfahrt fällt die Klimaanlage aus. Welche Rechte hat M?

Zunächst wollte Sch. einen Überblick über die Mängelrechte des § 437 BGB haben.

Er gab dann vor, dass der M das Fahrzeug nicht behalten wolle. Also war Rücktritt zu prüfen, §§ 346 I, 323, 437 Nr. 2 BGB. Dabei war die genaue und ausführliche Prüfung des § 434 BGB wichtig! Das Vorliegen eines Mangels wurde schließlich bejaht (defekte Klimaanlage).

Eine Fristsetzung zur Mangelbeseitigung war entbehrlich, da der Verkäufer bereits erklärt hatte, er sei nicht zur Reparatur bereit.

Sodann prüften wir den Gewährleistungsausschluss. Dieser war nicht gem. § 475 I BGB unwirksam, da die §§ 474 ff BGB mangels Unternehmereigenschaft des Verkäufers nicht einschlägig waren.

Sodann wurde § 444 BGB geprüft. Eine Garantie war zwar nicht gegeben worden, aber dennoch konnte der Verkäufer sich hier nicht auf den Gewährleistungsausschluss berufen. Die Auslegung ergab, dass der Gewährleistungsausschluss sich nicht auf ausdrücklich vereinbarte Eigenschaften bezieht (§ 242 BGB). Die Vereinbarung „Klima“ ist Teil des Vertrags geworden, da hierauf konkludent Bezug genommen worden ist.

**Fall:** Ein Hundezüchter hat vor kurzem einen Hund verkauft und nun will die Käuferin den Hund zurückgeben, weil sie sich an der Bandscheibe operieren lassen müsse und sie sich daher 6 Wochen lang nicht um den Hund kümmern könne. Der Kaufvertrag enthält folgende Vereinbarung: „Wenn es nicht klappt, können Sie den Hund innerhalb von 4 Wochen zurückgeben.“

Zu prüfen war der Rücktritt aufgrund eines vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechts. Insbesondere ging es um die Auslegung der Formulierung „wenn es nicht klappt“. Fraglich war, ob hierbei nur Gründe aus der Sphäre des Hundes oder auch Gründe aus der Sphäre der Käuferin (Erkrankung) relevant sein sollten. Hier kam es Sch. nicht auf ein bestimmtes Ergebnis an, jede Meinung war vertretbar, musste aber begründet werden.

Insgesamt eine machbare Prüfung. Viel Erfolg!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Öffentliches Recht

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

<b>Land:</b> Bayern	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Ri SG B.	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 29.10.2012
------------------------	--	--

**Zur Person:**

B ist wirklich ein sehr netter Prüfer. Bereits während des Aktenvortrags war er sehr aufmunternd, nickte stets und gab einem dadurch das Gefühl, dass man sich auf dem richtigen weg befand. Wenn man aber während des Prüfungsgesprächs etwas anspricht, was er nicht hören will, nimmt er dies zum Anlass, gezielter nachzufragen.

**Zur Prüfung:**

B schilderte folgenden Fall:

Die Eheleute J sind Eigentümer eines Grundstücks in der Tackenstraße 12. Am 02.11.2011 beschließt der Rat der Stadt die Umbenennung der Tackenstraße in Budengasse. Der Beschlusstenor wird in der Zeitung veröffentlicht. Es besteht die Möglichkeit der Einsehbarkeit des Ratsbeschlusses. Am 03.12.2011 bekommen die Eheleute J zudem ein Schreiben der Stadt, mit dem angeordnet wird, dass auch die Hausnummer geändert wird. Hintergrund ist, dass die Orientierung in Notfällen erleichtert werden soll. Das Haus der Eheleute J soll demnach zukünftig mit Budengasse 1 benannt werden, wobei die neue Hausnummer bis zum 15.03.2012 angebracht werden soll. Gleichzeitig wird ein Zwangsgeld in Höhe von 200,00 € angedroht. Die Eheleute wollen sich dagegen zur Wehr setzen. Welche Möglichkeiten bestehen?

Die Erhebung einer Klage wurde erläutert, insbesondere die Frage der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs über § 40 I 1 VwGO geprüft. Statthafte Klageart ist die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1 Alt. 1 VwGO. Dann müsste ein Verwaltungsakt i.S. des § 35 S. 1 VwVfG vorliegen. Es müsste eine hoheitliche Maßnahme gegeben sein. Hierunter ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme zu verstehen, also auch die Entscheidung des Rates, die Straße umzubenennen. Die Maßnahme müsste von einer Behörde getroffen worden sein (Legaldefinition in § 1 II VwVfG). Hier ist dies zu bejahen, die Entscheidung durch den Rat stellt eine solche Maßnahme dar.

Weiterhin müsste ein Einzelfall geregelt werden, also eine konkrete individuelle Regelung vorliegen. Dies ist nicht gegeben, aber in Betracht kommt das Vorliegen einer Allgemeinverfügung i. S. des § 35 S. 2 VwVfG. Die Außenwirkung wurde bejaht. Insgesamt haben wir uns mit der Feststellung, dass die Umbenennung der Straße einen Verwaltungsakt darstellt, sehr schwer getan. B wollte alle Voraussetzungen des § 35 VwVfG ganz genau definiert und subsumiert haben.

Danach erörterten wir die Klagebefugnis nach § 42 II VwGO. Zunächst wurde auf den Adressatenkreis abgestellt; jedoch führte uns das nicht weiter, weil der VA hinsichtlich des Adressatenkreises nicht bestimmbar war. Die Klagebefugnis wurde schließlich mit Blick auf eine Verletzung des Art. 14 GG bejaht.

Dann wurde das Vorverfahren kurz erörtert; die Vor- und Nachteile des Widerspruchsverfahrens, welche B sonst gerne erklären lässt, wurden aber nicht abgefragt.

Schließlich sollte die Klagefrist des § 74 I 2 VwGO berechnet werden. Hiermit taten wir uns etwas schwer, sodass B genauer auf die Fristen und die Bekanntgabe des VA gem. § 41 VwVfG einging. Die öffentliche Bekanntgabe des VA wurde schließlich vor dem Hintergrund der Berichterstattung in der Zeitung bejaht.

Die Ermittlung des Beklagten richtet sich nach § 78 Nr. 1 VwGO (Stadt, vertreten durch den Bürgermeister)

Die Zulässigkeit der Klage war danach gegeben. Eigentlich war die Prüfungszeit schon abgelaufen, aber eine Kandidatin sollte dann noch kurz zu Begründetheit der Klage Stellung nehmen. Diese richtet sich nach § 113 VwGO; als Ermächtigungsgrundlage war Art. 52 BayStrWG zu prüfen.

# 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! ▀**

## Was kostet das?

Da die Abläufe der Staatsprüfungen in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich sind und daher auch der jeweilige Arbeitsaufwand voneinander abweicht, sind die anfallenden Kosten abhängig von dem Bundesland, für welches Sie Prüfungsprotokolle bestellen. Für Detailinformationen dürfen wir Sie bitten, jeweils unter der Rubrik des maßgeblichen Bundeslandes nachzuschauen.

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

### Bearbeitungskosten

**Einbehalt für Fertigung von Eigenprotokollen** (Erstattung nach Einreichung der Eigenprotokolle)

**Versandkosten** (entfallen bei Abholung im Verlag oder Übermittlung per E-Mail)

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!**

**Weitere Informationen unter: [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de)**

