



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

39. Jahrg.

Dezember 2014

Heft 12

Aus dem Inhalt

- OLG Saarbrücken:** Verschulden bei Vertragsverhandlungen
- BGH:** Marktmanipulation durch Einwirkung auf den Börsenpreis
- BGH:** Untreue / Betrug bei unangemessener Gehaltserhöhung
- OVG Münster:** Werbung und kommunikativer Verkehr
- BVerfG:** Zulassung der Berufung wegen Inkonguenz
- BVerfG:** Umfang der Mitteilungspflicht bei Verfahrensverständigung
- BSG:** Rechtsweg bei Hausverbot für Sozialbehörde

ISSN 1868 – 1514



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Das Lebensversicherungsreformgesetz	1
---	---

Brandaktuell

BGH: Zahlungsanspruch des Mieters (Durchführung von Schönheitsreparaturen).....	2
--	---

Zivilrecht

OLG Karlsruhe: Brand eines zum Abschleppen aufgeladenen Fahrzeugs (keine Gefährdungshaftung).....	3
OLG Saarbrücken: Verschulden bei Vertragsverhandlungen (Abbruch eines Immobilienkaufes nach Finanzierungszusage).....	6

Strafrecht

BGH: Marktmanipulation (Einwirkung auf den Börsenpreis).....	10
BGH: Betrug / Untreue (unangemessene Gehaltserhöhung / Übernahme privater Kosten).....	15

öffentl. Recht

OVG Münster: Werbung und kommunikativer Verkehr (Sondernutzungserlaubnis für Moving-Boards).....	17
VGH Kassel: Tätowierung von Beamten (Eignung für den Polizeivollzugsdienst).....	20

Kurzauslese I

LG Wuppertal: Sittenwidriges Rechtsgeschäft (Vertrag über Aufnahme in Internet-Branchenverzeichnis).....	23
AG Kerpen: Erfüllungsanspruch (Anmeldung mit falschen Daten auf eBay).....	23
OLG Hamm: Amtshaftungsanspruch (Haftung der Post für unrichtige Postzustellungsurkunde).....	24
BGH: Sexueller Missbrauch (nur akustische Wahrnehmbarkeit der Tathandlung).....	24
BGH: Totschlag (bedingter Tötungszusatz bei Zufahren auf Polizeibeamte).....	25
BGH: Entziehung Minderjähriger (Fernhalten eines Elternteils).....	25
OVG NRW: Anscheinsstörer (Bauherr).....	25
Hess VGH: Baugenehmigung (Schriftformerfordernis und Genehmigungsvermerk).....	26
BVerfG: Entzug des Doktorgrades wegen „Unwürdigkeit“ (Auslegung des Begriffs der „Unwürdigkeit“).....	26
BVerwG: Glücksspiel (Wetten aufs Wetter).....	27
BVerwG: Vereinsverbot (Begriffsdefinition).....	27

Zivilrecht

BGH:	Erkennbar übersehener Gesichtspunkt in Berufung (keine Präklusion bei Stellungnahme nach gerichtlichem Hinweis).....	28
BVerfG:	Zulassung der Berufung wegen Inkongruenz (abweichende Auffassung des Instanzgerichts).....	32

Strafrecht

BVerfG:	Verfahrensverständigung (Umfang der Mitteilungspflicht bei Negativmitteilung).....	35
---------	---	----

öffentl. Recht

BSG:	Hausverbot für Sozialbehörde (Eröffnung des Rechtswegs zu den Sozialgerichten).....	38
BVerwG:	Zulässigkeit einer Feststellungsklage (Anforderungen an den Nachweis des konkreten Rechtsverhältnisses).....	41

Kurzauslese II

OLG Naumburg:	Richterablehnung (Unmutsäußerungen über Parteivortrag).....	44
BGH:	Feststellungsklage (minimale Möglichkeit eines künftigen Schadens).....	44
OLG Düsseldorf:	Verfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht (vorbehaltene Beschwerdebegründung).....	44
OLG Stuttgart:	Erkennungsdienstliche Behandlung (Bußgeldverfahren wegen Geschwindigkeitsüberschreitung).....	45
KG:	Dringender Tatverdacht (bei nicht beziffertem Vermögensschaden).....	45
KG:	Belehrungspflicht (Atemalkoholmessung).....	46
VGH BW:	Unrichtige Rechtsmittelbelehrung (fehlerhafte Angaben zum Vertretungszwang).....	46
VGH München:	Aussetzung eines Klageverfahrens (vorgreifliches Normenkontrollverfahren).....	46
Nds OVG:	Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer (überlange Dauer eines Widerspruchsverfahrens).....	47

Weitere Schriftumsnachweise	48
--	----

Übersicht:	Die Anhörungsrüge, § 152a VwGO	51
-------------------	--------------------------------------	----

Aus der mdl. Prüfung

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

Aus der Gesetzgebung

Das Lebensversicherungsreformgesetz

Gesetz zur Absicherung stabiler und fairer Leistungen für Lebensversicherte vom 01.08.2014 – In-Kraft-Treten am 07.08.2014 bzw. 01.01.2015 (BGBl I, S. 1330)

I. Allgemeines

Lebensversicherungen garantieren eine bestimmte **Mindestverzinsung** (sog. „Garantiezins“). Die Entwicklung des Garantiezinses zeigt bei Lebensversicherungen seit 1990 stetig nach unten, neue Lebensversicherungspolizen verfügen seit Januar 2012 nur noch über einen Garantiezins von 1,75 %. Doch selbst dieser niedrige Garantiezins lässt sich in dem seit 2008 bestehenden Niedrigzinsumfeld nicht dauerhaft erwirtschaften. Mit dem neuen Gesetz wird der **Garantiezins** daher **ab 01.01.2015 auf 1,25 % abgesenkt**. Diese **Neuregelung gilt** allerdings **nur für Neuverträge**. Das neue Gesetz soll dafür sorgen, dass die garantierten Zusagen der Versicherungen auch in Zukunft bedient werden können.

Der Gesetzgeber kommt damit einer Empfehlung der Bundesbank und des Internationalen Währungsfonds nach.

II. Die Neuregelungen im Überblick

1. **Bewertungsreserven**, die die Versicherungen für bestehende Verträge regelmäßig anlegen und die u. a. zur Sicherstellung der Garantiezinsen dienen, **sollen der Gemeinschaft aller Versicherten erhalten bleiben; die Ausschüttung der Bewertungsreserven** wird daher **auf jenen den sog. „Sicherungsbedarf“ übersteigenden Teil beschränkt**.

Die Ausschüttungsbeschränkung gilt nur für Bewertungsreserven aus festverzinslichen Wertpapieren. Unangetastet bleibt die Beteiligung der Versicherten an den Bewertungsreserven aus Immobilien und Aktien.

Die Neuregelung geht zulasten der aktuell ausscheidenden Versicherten, denn diese werden künftig noch weniger an den Bewertungsreserven beteiligt. Es steht zu erwarten, dass die **Rückkaufwerte weiter sinken** werden. Dies gilt zumindest solange, wie das Niedrigzinsumfeld anhält. Die Begrenzung soll entfallen, sobald die Kapitalmarktzinsen wieder steigen.

2. **Versicherungsnehmer** waren **bisher allgemein zu 75 % an den Risikoüberschüssen beteiligt**.

Die Risikoüberschüsse sind neben den Kostenüberschüssen und den Kapitalerträgen ein Teil der sog. Überschussbeteiligung, die die Lebensversicherten zum Garantiezins hinzu erhalten. Die Überschussbeteiligungen werden dem Versichertenkonto in Form einer jährlichen sowie im Rahmen einer Schlussüberschussbeteiligung zugeschrieben.

Zwar **greift die neue gesetzliche Regelung in das bestehende Überschussystem nicht ein**, durch **Änderung der Mindestzuführungsverordnung** (§ 4 Abs. 4) wird jedoch künftig eine **Mindestbeteiligung der Versicherten an den Überschüssen in Höhe von 90 %** (statt bisher 75 %) vorgeschrieben.

3. **Ausschüttungen an die Aktionäre** der Versicherungsunternehmen müssen künftig **an den Finanzierungsbedarf** des Versicherungsunternehmens für die übernommenen Garantieleistungen **angepasst** werden, d.h. die Aktionäre erhalten je nach Finanzsituation keine oder nur eine geringe Dividende. In diesem Zusammenhang werden die **Unternehmen zu mehr Kostentransparenz verpflichtet**.
4. Das neue Gesetz verpflichtet die Versicherungsunternehmen und ihre Manager, sich mit der aktuellen Risikosituation intensiver auseinanderzusetzen. Die **Versicherungsaufsicht** erhält zudem **erweiterte Eingriffsbefugnisse**.

Brandaktuell

BGB
§ 535

Zahlungsanspruch des Mieters Durchführung von Schönheitsreparaturen

BGB

(BGH in Pressemitteilung vom 03.12.2014; Urteil vom 03.12.2014 – VIII ZR 224/13)

Sieht der Mietvertrag vor, dass die Kosten für **Schönheitsreparaturen vom Vermieter zu tragen** sind, die Mieter aber die Kosten erstattet bekommen, wenn sie diese selbst vornehmen oder vornehmen lassen, dass besteht ein **Kostenerstattungsanspruch** auch dann, wenn der Vermieter mitgeteilt hatte, die Schönheitsreparaturen selbst vornehmen zu wollen.

Fall: Die Kläger sind seit 1990 Mieter einer – damals noch preisgebundenen – Wohnung in Berlin, die sie damals von der Rechtsvorgängerin der Beklagten gemietet hatten.

§ 11 des Mietvertrags lautet:

- "1. Die Kosten der Schönheitsreparaturen innerhalb der Wohnung werden vom Vermieter getragen.
2. Umfang und Ausführung der Schönheitsreparaturen erfolgt im Rahmen der hierfür nach den Vorschriften der 2. Berechnungsverordnung § 28 (4)* vorgesehenen Kostenansätze.
3. Sofern der Mieter Schönheitsreparaturen selbst ausführt oder durch entsprechende Fachfirmen ausführen lässt, werden ihm auf Antrag die anteiligen Beträge, wie sie sich nach der obigen Verordnung errechnen, ausbezahlt, sofern die Ausführung sach- und fachgerecht erfolgt ist."

In einer Zusatzvereinbarung ist bestimmt:

"In Ergänzung von § 11 Ziff. 2 des mit Ihnen abgeschlossenen Mietvertrages wird hiermit vereinbart, dass der Mieter nach Durchführung von Schönheitsreparaturen, die durch normale Abnutzung notwendig wurden, Anspruch auf Auszahlung des hierfür in der Miete vorgesehenen Betrages gemäß den jeweils gültigen Berechnungsverordnungen hat.

Als Abrechnungsmodus wird eine Zeitspanne von 5 Jahren angesetzt."

Die Beklagte informierte die Kläger Anfang 2012 darüber, dass sie die Schönheitsreparaturen künftig selbst ausführen werde. Die Kläger lehnten dies ab und kündigten an, die Wohnung nach Ablauf von mindestens fünf Jahren seit den letzten Schönheitsreparaturen selbst zu renovieren. Im Mai 2012 teilten sie der Beklagten mit, die Wohnung sei jetzt renoviert, und verlangten – entsprechend den Berechnungsvorgaben in der Zusatzvereinbarung - die Zahlung von 2.440,78 €. Sie behaupten, es habe Renovierungsbedarf bestanden und es seien alle Wände, Decken, Türen und Heizkörper fachgerecht gestrichen worden. Haben sie einen entsprechenden Zahlungsanspruch?

Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass der auf § 11 Ziffer 3 des Formularmietvertrags in Verbindung mit der Zusatzvereinbarung gestützte Zahlungsanspruch eine Zustimmung der Beklagten zur Ausführung der Schönheitsreparaturen durch die Kläger nicht voraussetzt, sondern lediglich erfordert, dass die Kläger als Mieter fällige Schönheitsreparaturen sach- und fachgerecht vorgenommen haben.

*„Dem Zahlungsanspruch steht daher nicht entgegen, dass die **Beklagte die Schönheitsreparaturen selbst durchführen wollte** und dies den Klägern auch mitgeteilt hatte. Für diese – den Klägern als Gegnern der Klauselverwendern günstigste - Auslegung der Klausel sprechen, wie die Revision zu Recht geltend macht, sowohl der Wortlaut der Klausel als auch eine Abwägung der berechtigten beiderseitigen Interessen.*

*Denn die Klausel bietet dem Mieter einen **Anreiz**, die **Schönheitsreparaturen (kostengünstig) in Eigenarbeit durchzuführen** und dafür die "angesparten" Beträge, die den eigenen Aufwand im Einzelfall übersteigen können, ausgezahlt zu erhalten. Für den Vermieter hat die Klausel den Vorteil, dass er bei Durchführung der Schönheitsreparaturen durch den Mieter eigenen Aufwand für die **Planung und Abstimmung der Arbeiten mit dem Mieter erspart** und das Risiko mangelhafter Ausführung beim Mieter liegt, der die Auszahlung nur erhält, wenn infolge normaler Abnutzung erforderliche Schönheitsreparaturen durch den Mieter fachgerecht ausgeführt worden sind.“ (BGH aaO)*

Ergebnis: Die Mieter haben trotz der Mitteilung des Vermieters, die Schönheitsreparaturen nunmehr selbst durchführen zu wollen, einen entsprechenden Zahlungsanspruch

Entscheidungen materielles RechtStVG
§ 7**Brand eines zum Abschleppen aufgeladenen Fahrzeugs
keine Gefährdungshaftung**

ZivilR

(OLG Karlsruhe, r + s 2014, 573; , Urteil vom 28.08.2014 - 13 U 15/14)

Für ein auf der Ladefläche in Brand geratenes abgeschlepptes Fahrzeug besteht keine Gefährdungshaftung des Fahrzeughalters. Abschleppwagen und aufgeladenes Fahrzeug bilden eine einheitliche Betriebsgefahr.

A. Grundlagenwissen: Die Haftung nach § 7 I StVG**I. Der Anspruchsgegner muss Halter eines Kfz sein (§§ 1 II, 8 StVG)**

Halter ist derjenige, der für eigene Rechnung das Fahrzeug gebraucht und die grundsätzliche Verfügungsgewalt besitzt.

II. Verletzung der in § 7 StVG genannten Rechtsgüter des Anspruchsberechtigten

1. **Leben**
2. **Körper bzw. Gesundheit**
3. **Sache**

III. Schaden muss beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs entstanden sein

1. Der **Betrieb** beginnt mit dem Ingangsetzen des Motors und endet erst mit dem Motorstillstand, wenn sich das Fahrzeug endgültig in Ruhelage befindet. Das Fahrzeug muss dabei an einem Ort außerhalb des öffentlichen Verkehrs abgestellt worden sein.
2. Der **Schaden** ist beim Betrieb entstanden, wenn der Unfall in einem unmittelbaren, örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit den Betriebsvorgängen oder mit bestimmten Betriebseinrichtungen des Kfz steht.

IV. Kein Ausschluss der Haftung

1. **§ 7 II StVG: höhere Gewalt**
2. **§ 7 III 1 StVG: jemand benutzt das Kfz ohne Wissen und Wollen des Halters**
3. **§§ 8, 8a I, 15 StVG: weitere Haftungsausschlüsse**
4. **§ 17 III StVG: unabwendbares Ereignis bei mehreren Kraftfahrzeugen**

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.

Hierfür trägt der Halter die Beweislast, da es sich um die Ausnahme von der grundsätzlich angeordneten Haftung handelt.

V. Mitverursachung

Sind an dem Unfall mehrere Kraftfahrzeuge beteiligt, so richtet sich die Haftungsquote gem. § 17 I, II StVG nach der Gewichtung der Verursachungsbeiträge. In diesem Zusammenhang ist auch die Betriebsgefahr eines Kraftfahrzeugs zu berücksichtigen.

Speziell beim Kfz ist unter der **allgemeinen Betriebsgefahr** die Gesamtheit aller Umstände zu verstehen, die durch die Eigenart eines Fahrzeugs für die übrigen Verkehrsteilnehmer die Gefahr einer Schadensverursachung darstellen, wie z.B. Fahrzeuggröße, Fahrzeugart, Gewicht, Fahrzeugbeschaffenheit.

Wenn eine Betriebsgefahr anspruchsmindernd berücksichtigt wird, dann beruht dies nicht auf dem Vorwurf gegenüber dem Geschädigten, er habe eine Obliegenheit nicht beachtet. Vielmehr rechtfertigt sich die Kürzung seines Schadensersatzanspruchs vor allem dadurch, dass kein Anlass besteht, die Betriebsgefahr nur bei einer Fremdschädigung, nicht dagegen auch bei einer Selbstschädigung zu berücksichtigen. Sofern die Gefahr im Fall einer Fremdschädigung zu einem Schadensersatzanspruch gegen den Beherrscher der Gefahrenquelle geführt hätte, muss er sich diese Gefahr auch bei einem selbst erlittenen Schaden zurechnen lassen.

Hinzu tritt die sog. **besondere Betriebsgefahr**, d.h. die Gesamtheit der Umstände, die in der konkreten Verkehrssituation die Gefahr einer Schadensverursachung erhöhen, ohne dass bereits Verschuldensmomente vorliegen; so ist z.B. ein Linksabbiegen oder ein Überholvorgang für die übrigen Verkehrsteilnehmer gefährlicher als bloßes Geradeausfahren. Zu berücksichtigen sind allerdings nur die ursächlich gewordenen Gefahrenmomente (BGH NJW 1995, 1029). (vgl. Unberath in Bamberger/Roth, § 254 BGB, Rn. 54).

Die Betriebsgefahr kann jedoch vollständig zurücktreten, wenn das Verschulden des Schädigers bzw. Geschädigten an dem Schadensereignis deutlich überwiegt (vgl. OLG Celle MDR 2001, 1236, 1237; OLG Hamm VersR 1999, 1433; VersR 2000, 375, 377 f.; 2001, 1169, 1170; r+s 2001, 412).

B. keine Haftung des Halters des abgeschleppten Fahrzeugs bei Beschädigung des Abschleppfahrzeugs durch Brand (vgl. OLG Karlsruhe in r + s 2014, 573)

Fall: Die Klägerin, eine Abschleppunternehmerin, hatte das fahruntüchtige Fahrzeug des Beklagten auf deren Weisung auf die Ladefläche ihres Abschleppfahrzeugs geladen. Dort geriet das Fahrzeug des Beklagten aus ungeklärter Ursache in Brand. Hierdurch wurde das Abschleppfahrzeug der Klägerin beschädigt. Die Klägerin macht gegen den Beklagten zu 1 und seine Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung nunmehr Schadensersatzansprüche geltend. Zu Recht?

I. Anspruch aus Gefährdungshaftung, § 7 StVG

Die Klägerin könnte gegen den Beklagten zu 1) einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 7 StVG, gegen dessen Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung i.V.m. § 3 PflichtVG haben

Dies setzt voraus, dass das Fahrzeug der Klägerin durch das Fahrzeug des Beklagten zu 1) bei dessen Betrieb beschädigt wurde.

„Die Voraussetzungen für eine Haftung nach § 7 StVG liegen - was das Landgericht mit überzeugender Begründung, der sich das Berufungsgericht nach eigener Prüfung anschließt, ausgeführt hat - nicht vor.

*Zur Begründung [hat das Landgericht] ausgeführt, eine Haftung der Beklagten nach § 7 StVG, § 3 PflichtVG bestehe nicht, da der Schaden nicht „beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ standen sei. Das **Fahrzeug** sei **nicht in Betrieb** gewesen und es habe auch **kein örtlicher und zeitlicher Zusammenhang** mit dem Betrieb bestanden. Das Fahrzeug sei vielmehr aus dem Betrieb genommen, somit kein eigenständiges Verkehrsmittel mehr gewesen. Das ganz auf dem Fahrzeug der Klägerin transportierte Fahrzeug weise **keine eigenständige Betriebsgefahr** auf. Es gehöre vielmehr zur Betriebseinheit des Abschleppfahrzeugs.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Allerdings hatte der BGH in einem Fall, in dem ein Fahrzeug in einer Tiefgarage aufgrund eines technischen Defekts in Brand geraten war und ein daneben stehendes Fahrzeug beschädigte, eine Haftung nach § 7 StVG angenommen mit der Begründung, das Fahrzeug sei in Betrieb gewesen (BGH, Urteil vom 21.01.2014 (BGH, NJW, 2014 1182). Dies könnte auf den vorliegenden Fall übertragbar sein.

*„Der hiesige Sachverhalt ist ... mit dem dortigen, bei dem die beiden Fahrzeuge nebeneinander auf Parkplätzen standen, während hier das Fahrzeug des Beklagten 1 **unmittelbar auf der Ladefläche** des Fahrzeugs der Klägerin stand, nicht vergleichbar. Die Klägerin ist hier weder durch die Gefährdungshaftung geschützte Dritte noch geht vom Fahrzeug des Beklagten 1 eine eigenständige Betriebsgefahr aus, wenn der **Schaden durch die beförderte Sache**, hier ein anderes Kraftfahrzeug, verursacht wird.*

*Die Klägerin hatte das **Fahrzeug** im Rahmen des geschlossenen Vertrages **unstreitig komplett aufgeladen**. In einem solchen Fall stehen sich im Schadensfall nicht zwei Fahrzeuge mit einer jeweils von diesen ausgehenden Betriebsgefahr gegenüber, sondern die beiden Fahrzeuge bilden eine **Betriebseinheit** auf Seiten der Klägerin, wie das Landgericht unter Hinweis auf die hierzu ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zutreffend ausgeführt hat. Die **Betriebsgefahr des Fahrzeuges des Beklagten zu 1***

*ist Teil der Betriebsgefahr des Fahrzeuges der Klägerin. Das Fahrzeug des Beklagten 1 war fahrunfähig aus dem Verkehr genommen und vollständig auf das Fahrzeug der Klägerin und deren Obhut übergegangen. Diese hat es lediglich wie einen Gegenstand transportiert. Eine solche Betrachtungsweise wird der Einheitlichkeit des Betriebsvorganges, hier des Abschleppens durch Aufladen, gerecht. Nichts anderes muss im Verhältnis zur Klägerin gelten, wenn das Fahrzeug auf ihrer Ladefläche in Brand gerät. Die Klägerin hatte das **Fahrzeug vollständig unter ihrer Kontrolle** und es oblag ihr, zu entscheiden, wie sie den erteilten Auftrag durchführt. Der Beklagte zu 1 hatte darauf und somit auf sein Fahrzeug keinerlei Einflussmöglichkeit mehr, anders als derjenige, der sein Fahrzeug schlicht in einer Garage abstellt. Umgekehrt hat die Klägerin die Entscheidung, den Auftrag anzunehmen und das Fahrzeug aufzuladen, selbst getroffen. Vom Fahrzeug des Beklagten zu 1 und dem der Klägerin geht nur noch eine einheitliche Betriebsgefahr aus. Wäre es zu einem Verkehrsunfall des klägerischen Fahrzeugs mit dem Fahrzeug eines Dritten gekommen, dann könnte der geschädigte Dritte vom Beklagten zu 1 nach § 7 StVG nach der vom Landgericht zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keinen Ersatz verlangen, weil vom aufgeladenen Fahrzeug keine Betriebsgefahr ausgeht, wohl aber von dem Fahrzeug der Klägerin. Dies gilt auch dann, wenn die Klägerin selbst Ansprüche gegen die Beklagten geltend macht.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

Die Klägerin könnte aber geschädigte Dritte im Sinne von § 7 StVG sein. Dies würde jedoch voraussetzen, dass das Fahrzeug des Beklagten zu 1 eine Sache außerhalb ihres eigenen Fahrzeuges ist, durch welche sie geschädigt wird. Dies ist jedoch nicht der Fall.

„Daher würde die Klägerin wegen § 8 Nr. 3 StVG dem Beklagten 1 gegenüber bei einer Beschädigung des beförderten Fahrzeuges nicht aufgrund eigener Gefährdungshaftung haften (Greger, Haftungsrecht im Straßenverkehr, 4. Aufl., § 19 Rn. 16). Umgekehrt gilt muss dies genauso gelten, wenn die Klägerin Schadensersatz verlangt.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Die Klägerin kann daher keine Schadensersatzansprüche aus § 7 StVG herleiten.

II. Anspruch aus § 823 I BGB

Für ein Verschulden des Beklagten zu 1 fehlt jeglicher Anhaltspunkt, so dass ein Anspruch aus der verschuldensabhängigen Haftung nach § 823 I BGB nicht in Betracht kommt.

III. Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB

Zwischen den Parteien besteht auch eine vertragliche Beziehung. Bei jedem Vertrag bestehen auch nach § 241 II BGB auch Nebenpflichten. Eine solche könnte der Beklagte verletzt und dadurch den Schaden bei der Klägerin adäquat kausal herbeigeführt haben. Allerdings sind Anhaltspunkte für eine schuldhaft (Neben)Pflichtverletzung des Beklagten zu 1 weder dargelegt noch ersichtlich.

BGB

Verschulden bei Vertragsverhandlungen

ZivilR

311 II Nr. 1

(Abbruch eines Immobilienkaufes nach Finanzierungszusage)

(OLG Saarbrücken in NJW-RR 2014, 1331; Urteil vom 06.03.2014 – 4 U 435/12)

1. Eine zur Haftung des potenziellen Verkäufers wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen führende gesteigerte Vertrauensbeziehung liegt nicht schon dann vor, wenn der Kaufinteressent im Rahmen der Verhandlungen eine Finanzierungszusage übergibt.
2. Auch durch den (nicht auf Veranlassung des Verkäufers erfolgten) Abschluss eines nicht mehr zu widerrufenden Darlehensvertrags des Kaufinteressenten vor Beurkundung des Grundstückskaufvertrags kann im Allgemeinen keine rechtliche Bindung bzw. Haftung des Veräußerers herbeigeführt werden.
3. Aus dem besonderen Schutz, welcher die Formbedürftigkeit von Grundstücksgeschäften sicherstellen soll, ergibt sich, dass vor notarieller Beurkundung einer entsprechenden Verpflichtung ein Schadensersatz nach § 311 II Nr. 1 BGB nur bei besonders schwerwiegender Treuepflichtverletzung in Betracht kommt.
4. Eine solche scheidet schon dann aus, wenn der Käufer selbst sich noch nicht unbedingt zum Vertragsschluss entschieden hatte.

Fall: Die Kl. begehrt von den Bekl. Eheleuten Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Anbahnung des Kaufvertrags über ein Eigenheim. Die Bekl. waren Eigentümer des mit einem Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung bebauten Anwesens, das der Kl. auf Vermittlung einer Immobilienmaklerin, der Zeugin, zum Kauf angeboten wurde. Es fanden mehrere Besichtigungstermine statt, deren Ablauf zwischen den Parteien ebenso streitig ist wie die Frage etwaiger Vereinbarungen hinsichtlich des Erwerbs. Die Zeugin beauftragte den Notar Dr. X in V. mit der Erstellung eines Kaufvertrags, zu dessen Beurkundung ein Notartermin am 27.08.2010 vereinbart war. Hierzu kam es jedoch nicht mehr, nachdem die Bekl. bei einem weiteren Besichtigungstermin am 26.08.2010, an dem ein Gutachter teilnahm, mitteilten, sie würden das Haus nicht an die Kl. verkaufen. Dies hat nach Auffassung der Bekl. seine Ursache darin, dass sich während der Verhandlungen herausgestellt habe, dass die Kl. den Nachbarn der Bekl., mit denen seit Jahren Streit besteht, gut kennt und ihm freundlich gesinnt sind.

Die Kl. hatte zur Finanzierung des Kaufpreises mit der Bank drei Darlehensverträge mit Widerrufsrecht abgeschlossen, und zwar zwei Darlehensverträge über 113.000 € und 25.000 € vom 20.07./05.08.2010 und einen Darlehensvertrag vom 17./24.08.2010 über 35.000 € in Bezug auf Finanzierungsmittel aus einem KfW-Wohnungseigentumsprogramm. Für die Rückabwicklung wurden der Kl. mit Schreiben der Bank vom 15.11.2010 insgesamt 9.274,70 € in Rechnung gestellt. Dieser Betrag setzte sich aus 8.969,74 € für das Darlehen über 113.000 €, 54,86 € für das Darlehen über 35.000 € und einer Bearbeitungsgebühr von 250 € zusammen. Die Kl. forderte die Bekl. mit Anwaltsschreiben vom 18.11.2010 unter Fristsetzung zum 30.11.2010 zum Schadensersatz in Höhe von 9.024,60 € auf. Nach Fristablauf wurde Klage erhoben. Haben die Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz in dieser Höhe?

Die Kl. könnten gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen des Abbruchs von Vertragsverhandlungen gem. § §§ 241 II, 280 I, 311 II Nr. 1 BGB haben.

I. Allgemeines zum Schadensersatz bei Abbruch von Vertragsverhandlungen

Grundsätzlich besteht eine Bindung im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss nur dann, wenn dieser tatsächlich erfolgt ist (*pacta sunt servanda*). In besonderen Fällen sieht das BGB jedoch eine Schadensersatzpflicht vor, wenn zunächst Vertrauen dahingehend geweckt wurde, dass es zum Vertragsschluss kommen wird, dann jedoch die Vertragsverhandlungen ohne hinreichende Gründe abgebrochen werden und der anderen Partei hierdurch finanzieller Schaden entsteht. Allerdings wird hier nur das negative Interesse ersetzt, also der Betroffene wird so gestellt, als ob es nicht zu den Vertragsverhandlungen gekommen wäre. Nicht ersatzfähig ist hingegen das positive Interesse, da dessen Ersatzfähigkeit letztlich dazu führen würde, denjenigen, der sich letztlich gegen einen Vertragsschluss entscheidet, doch wirtschaftlich an den Folgen des Vertrages festzuhalten.

*„Im Rahmen der **Vertragsfreiheit** hat jeder Vertragspartner bis zum Vertragsabschluss das Recht, von dem in Aussicht genommenen Vertragsabschluss Abstand zu nehmen. **Aufwand**, der **in Erwartung des Vertragsabschlusses** gemacht wird, erfolgt daher grundsätzlich **auf eigene Gefahr** (BGH, NJW-RR 1989, 627). Nur wenn der **Vertragsschluss** nach Verhandlungen zwischen den Parteien **als sicher anzunehmen** ist und in dem hierdurch begründeten **Vertrauen** Aufwendungen zur Durchführung des Vertrags vor dessen Abschluss gemacht werden, können diese vom Verhandlungspartner unter dem Gesichtspunkt des **Verschuldens bei Vertragsver-***

handlungen zu erstatten sein, wenn er den Vertragsabschluss später ohne triftigen Grund ablehnt (BGHZ 76, 343 [349] = NJW 1980, 1683; BGH, NJW-RR 2001, 381 [382]).“ (OLG Saarbrücken aaO)

Dies könnte hier grundsätzlich der Fall sein, da kein Grund dafür ersichtlich ist, das die Bekl. nun letztlich doch nicht an die Kl. verkaufen wollen.

II. Besonderheiten bei Verhandlungen über den Erwerb einer Immobilie

Allerdings ist zu beachten, dass es hier um ein Immobiliengeschäft geht. Der Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks selbst ist nach § 311 b I BGB formbedürftig.

*„[Dies gilt auch] ...zum Schutz des Veräußerers vor der übereilten Eingehung einer Verpflichtung zur Veräußerung die **notarielle Beurkundung des Vertrags**, durch den er sich zur **Übertragung des Eigentums an einem Grundstück verpflichtet** (jurisPK-BGB/Ludwig, 6. Aufl., § 311 b Rn. 3). Die Vorschrift dient zudem dazu, dass der Wille der Vertragsparteien richtig, vollständig und wirksam gefasst und den Vertragsparteien eine sachgemäße Beratung gegeben wird (jurisPK-BGB/Ludwig, § 311 b Rn. 3). Da eine mit der Abstandnahme vom angebotenen Vertrag begründete Verpflichtung zum **Ersatz des Vertrauensschadens** einen **indirekten Zwang zum Vertragsabschluss** bedeutet, welcher dem Zweck der Formvorschrift des § 311 b BGB zuwiderläuft, löst im Anwendungsbereich dieser Vorschrift der **Abbruch von Vertragsverhandlungen**, deren Erfolg als sicher anzunehmen war, durch einen der Verhandlungspartner auch dann **keine Schadensersatzansprüche** aus, wenn es an einem triftigen Grund für den Abbruch fehlt (BGH, WM 1982, 1436 [1437]; NJW 1996, 1884 [1885]).“ (OLG Saarbrücken aaO)*

Nach diesen Grundsätzen würde im vorliegenden Fall eine Schadensersatzpflicht nicht bestehen.

III. Ausnahmen bei grober Treuwidrigkeit

Fraglich ist jedoch, ob nicht dann etwas anderes gelten muss, wenn der Abbruch der Vertragsverhandlungen grob treuwidrig ist.

*„Die Nichtigkeitsfolge eines Verstoßes gegen die Formvorschrift von § 311 b BGB hat indessen zurückzutreten, wenn sie nach den gesamten Umständen **mit Treu und Glauben schlechthin nicht zu vereinbaren** ist, etwa weil sie die Existenz des anderen Vertragsteils gefährdet (BGHZ 12, 286 = NJW 1954, 1644) oder ihre Geltendmachung eine **besonders schwerwiegende Treupflichtverletzung** bedeutet (BGHZ 29, 6 [10f.] = NJW 1959, 626; BGHZ 85, 315 [318] = NJW 1983, 563). Von diesen Grundsätzen ist auch bei der Beantwortung der Frage auszugehen, ob ein Verhandlungspartner bei Abbruch der Verhandlungen unter dem Gesichtspunkt der **culpa in contrahendo** verpflichtet ist, Aufwendungen des anderen zu ersetzen. Die Verantwortlichkeit des Verhandlungspartners unterliegt daher keinen Einschränkungen im Hinblick auf die Formbedürftigkeit des abzuschließenden Vertrags, sofern die Berufung auf den Formmangel zurückzuweisen ist (BGHZ 92, 164 [175f.] = NJW 1985, 1778).*

*Soweit dies daraus folgt, dass das Verhalten des in Anspruch Genommenen sich als besonders schwerwiegender Treuverstoß darstellt, kommt damit in der Regel nur eine **vorsätzliche Treupflichtverletzung** als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs aus culpa in contrahendo in Betracht, wie sie im **Vorspiegeln tatsächlich nicht vorhandener Abschlussbereitschaft** liegt (BGH, NJW 1975, 43; NJW 1996, 1884 [1885]; OLG Bremen, OLG-Report Celle 2008, 385 [386] = BeckRS 2008, 09222; LG Heidelberg, NJW-RR 2010, 1469). Die Formbedürftigkeit eines Vertrags gibt einer Partei allein noch kein Recht zu illoyalem Verhalten gegenüber dem Verhandlungspartner (MüKo-BGB/Emmerich, 6. Aufl., § 311 Rn. 177).“ (OLG Saarbrücken aaO)*

IV. Anwendung auf den Fall

Da es sich vorliegend um ein Immobiliengeschäft handelt, für welches grundsätzlich die Formbedürftigkeit des § 311 b I BGB gilt, kommt eine Haftung der Bekl. nur bei einer vorsätzlichen Treupflichtverletzung in Betracht.

1. Vorspiegeln einer tatsächlich nicht vorhandenen Abschlussbereitschaft

Die Kl. behauptet nicht, die Bekl. hätten ihr eine tatsächlich nicht vorhandene Abschlussbereitschaft vorgespiegelt.

2. verdecktes Abrücken von zunächst vorhandener Verkaufsbereitschaft

*„Dem Vorspiegeln einer tatsächlich nicht vorhandenen Bereitschaft, einen Vertrag zu bestimmten Bedingungen, insbesondere zu einem bestimmten Preis abzuschließen, ist nach Treu und Glauben der Fall gleichzustellen, dass ein Verhandlungspartner zwar zunächst eine solche, von ihm geäußerte, **Verkaufsbereitschaft tatsächlich gehabt** hat, im Verlaufe der Verhandlungen aber **innerlich von ihr abgerückt** ist, **ohne dies zu offenbaren** (BGH, NJW 1996, 1884 [1885]; DStR 2001, 802 [803] = BeckRS 2001, 02029).“ (OLG Saarbrücken aaO)*

Sofern die Kl. vortragen, sie hätte bei der Besichtigung des Hauses am Tag vor dem Notartermin festgestellt, dass einer der Nachbarn ein Arbeitskollege sei, der freundlich

gegrüßt wurde und den Abbruch der Vertragsverhandlungen darauf zurückführen, dass dies den Bekl. ein Dorn im Auge gewesen sei, da die ein schlechtes Verhältnis zu dem Nachbarn hätten, wären die Bekl. von einer tatsächlich gegebenen Verkaufsbereitschaft im Verlaufe der Verhandlungen gerade nicht nur innerlich abgerückt, ohne dies der Kl. zu offenbaren. Der Ausnahmefall des nur innerlichen Abrückens von einer zunächst vorhandenen Verkaufsbereitschaft, liegt daher auch nicht vor.

3. Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz von Treu und Glauben wegen Existenzgefährdung

„Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung hat die Nichtigkeitsfolge eines Verstoßes gegen die Formvorschriften des § 311 b I BGB ferner dann zurückzutreten, wenn sie nach den gesamten Umständen mit Treu und Glauben schlechthin nicht zu vereinbaren ist, insbesondere weil sie die **Existenz des anderen Vertragspartners gefährdet** (BGH, DStR 2001, 802 [803] =BeckRS 2001, 02029). Eine Existenzgefährdung infolge des Abbruchs der Vertragsverhandlungen ist von der Kl. nicht dargelegt und ergibt sich auch nicht aus den Umständen. Da die Kl. auf der Grundlage ihrer eigenen Darstellung **in der Lage gewesen wäre, drei Darlehen über insgesamt 173.000 € aufzunehmen und ein Hausgrundstück zum Preis von 170.000 € zu erwerben, ist nicht anzunehmen, dass sie auf Grund der von ihr behaupteten Belastung mit Finanzierungskosten in Höhe von insgesamt 9.274,60 €, also gut 5 % der Finanzierungssumme, in ihrer Existenz gefährdet wäre.**“ (OLG Saarbrücken aaO)

Ein Fall von Existenzgefährdung liegt damit nicht vor.

4. besonders schwerwiegender Treupflichtverstoß

Eine Haftung der Bekl. kommt daher nur noch dann in Betracht, wenn ein besonders schwerwiegender Treupflichtverstoß auf Seiten der Bekl. festzustellen ist.

„Die Annahme eines derartigen Ausnahmefalls ist an **strenge Anforderungen** gebunden. Eine besonders schwerwiegende Treupflichtverletzung kann nicht schon darin gesehen werden, dass der Verkaufswillige zunächst **feste Verkaufsabsichten äußert**, es sich später anders überlegt und von einem Abschluss des Vertrags dann doch Abstand nimmt. Es entspricht den typischen und auch organisatorisch notwendigen Verhandlungsabläufen, dass vor dem Beurkundungstermin feste Verkaufs- bzw. Kaufabsichten geäußert und die Vertragsbedingungen ausgehandelt werden. Gleichwohl behält das Gesetz den Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsautonomie **bis zur Beurkundung die volle Entscheidungsfreiheit** vor (OLG Köln, OLG-Report 2003, 39 [40]).

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung liegt ein besonders schwerwiegender Treupflichtverstoß aber z.B. vor, wenn sich der potenzielle Verkäufer **bereits mit Aus- und Umbaumaßnahmen des Kaufinteressenten einverstanden** erklärt hatte. In allen solchen Fällen wird durch die Äußerung einer endgültigen Abschlussbereitschaft zu bestimmten Bedingungen dem Verhandlungspartner der Eindruck einer besonderen Verhandlungslage vermittelt, der ihn der **erhöhten Gefahr nachteiliger Vermögensdispositionen** aussetzt. Diese besondere Gefährdungslage begründet eine gesteigerte Vertrauensbeziehung, die den Verhandlungspartner zu erhöhter Rücksichtnahme auf die Interessen seines Partners verpflichtet. Aus ihr folgt gleichermaßen die Verpflichtung, den Partner vor dem **Irrtum über den (Fort-)Bestand einer geäußerten, tatsächlich aber nicht (mehr) vorhandenen endgültigen Abschlussbereitschaft** zu bestimmten Bedingungen zu bewahren (BGH, NJW 1996, 1884 [1885]). Eine damit auch nur vergleichbare gesteigerte Vertrauensbeziehung hat zwischen den Parteien nicht bestanden.“ (OLG Saarbrücken aaO)

Es kommt somit auch darauf an, ob mit einem Vertragsabschluss fest zu rechnen war. Ob dies auf Seiten der Beklagten der Fall war, kann jedoch dahinstehen, wenn die Kl. selbst noch nicht fest zum Kauf entschlossen waren und dies von den Bekl. auch so verstanden wurde

a) Übergabe der Finanzierungszusage

Allerdings hatten die Kl. den Beklagten schon eine Finanzierungszusage überreicht. Hieraus könnte sich die feste Absicht zum Vertragsschluss ableiten lassen.

„Aus einer Finanzierungszusage ergibt sich **nicht**, dass die Kl. im Vertrauen darauf, es werde sicher zum Vertragsabschluss kommen, bereits eine unbedingte, unwiderrufliche Verpflichtung gegenüber dem Kreditinstitut eingegangen wäre. Ohnehin kann allein durch den **Abschluss von Darlehensverträgen** des Kaufinteressenten vor Beurkundung des Grundstückskaufvertrags im Allgemeinen **keine rechtliche Bindung des Veräußerers** herbeigeführt werden. Beim Grundstückskauf unter Privaten wird der Käufer sich schon im eigenen Interesse die **Finanzierung zusagen** lassen, die entsprechenden **Darlehensverträge** aber **erst nach der notariellen Beurkundung abschließen**. Der mögliche Verkäufer braucht regelmäßig nicht damit zu rechnen, dass ein Kaufinteressent Finanzierungsverträge abschließt, die bereits vor einem in Aussicht genommenen Abschluss des Kaufvertrags unwiderruflich werden. Die Berufung legt auch nicht dar, durch welches bestimmte Verhalten der Bekl. die Kl. veranlasst worden sein soll, bereits am 20.07.2010 und damit mehr als **einen Monat vor dem letzten Besichtigungstermin**, nicht nur eine Finanzierungsbestätigung, sondern bereits eine **Kreditgewährung**

zu beantragen. Es ist noch nicht einmal aufgezeigt, dass den Bekl. bekannt gewesen wäre, dass die Kl. bereits mehrere Wochen vor dem letzten Besichtigungstermin zwei Darlehensverträge zur Finanzierung des Erwerbs abgeschlossen hätte. Anhaltspunkte für eine entsprechende Kenntnis der Bekl. ergeben sich aus dem Inbegriff der Verhandlungen und dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht. Die Kl. hat bei der Parteianhörung auf Frage des Beklagtenvertreters nicht sagen können, wann sie selbst die Annahmeerklärung der D-Bank vom 05.08.2010 erhalten hatte. Die Zeugin hat lediglich bekundet, es habe eine **Finanzierungsbestätigung der Bank vorgelegen.**“ (OLG Saarbrücken aaO)

Die Vorlage der Finanzierungsbestätigung lässt daher keine hinreichend sichere Bindung der Kl. an den Vertragsabschluss annehmen. Dass sie vor Unterzeichnung des notariellen Vertrages schon Darlehensverträge abgeschlossen hat, damit mussten die Bekl. nicht rechnen und es war ihnen auch nicht bekannt. Aus diesen Umständen lässt sich daher keine besondere Treuwidrigkeit herleiten.

b) Begutachtung vor Notartermin

Allerdings könnte die Vereinbarung des Notartermins zur Unterzeichnung des Vertrages eine entsprechende Bindung der Kl. an den anvisierten Vertragsabschluss bedeuten.

„Letztlich vermag die Berufung die Durchführung des Besichtigungstermins mit Gutachter einen Tag vor dem Notartermin, den Vortrag der Kl. als zutreffend unterstellt, nicht einsichtig zu erklären. Das LG ist mit zutreffender Begründung insbesondere auf Grund der Aussage der Zeugin davon ausgegangen, dass die **Kl. sich noch vorbehalten** wollte, den **Notartermin abzusagen und vom Kauf Abstand zu nehmen**, wenn sich z.B. der Gutachter negativ hinsichtlich des Anwesens äußern sollte. Unabhängig davon, ob der Gutachter von der Kl. oder von der Bank hinzugezogen worden sein mag, ergab sich bei objektiver Betrachtung aus Sicht der Bekl., dass auf Seiten der Kl. der **Vertragsabschluss bis zur Stellungnahme des Gutachters offen** war. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob die Finanzierungszusage der Bank, wie die Berufung behauptet, nicht von dem Ergebnis der Besichtigung durch den Sachverständigen abhängig gewesen sein soll.“ (OLG Saarbrücken aaO)

War aber der Termin zur Vertragsunterzeichnung aus Sicht der Kl. noch nicht fest vereinbart, so hatte diese sich auch noch nicht fest zum Vertragsschluss entschieden.

5. Ergebnis

Bei dieser Sachlage ist ein nach Treu und Glauben besonders schwerwiegender Treupflichtverstoß der Bekl. nicht feststellbar, da die Kl. selbst – aus objektiver Sicht vom Standpunkt der Bekl. – bis zur letzten Möglichkeit, d.h. bis zum Notartermin den Abbruch der Vertragsverhandlungen vorbehielt.

Ein Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. gem. §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 1 BGB wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen besteht nicht.

(BGH in NZG 2014, 315; Urteil vom 12.12.2014 – 3 StR 146/13)

1. **Auf den Börsenpreis** eines Finanzinstruments **wird eingewirkt, wenn dieser gegen die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse erhöht, abgesenkt oder auch stabilisiert** wird. Hierfür reicht es nicht aus, dass auf Grund des manipulativen Geschäfts erstmals ein Börsenpreis gebildet wird; erforderlich ist vielmehr, dass bereits ein **Börsenpreis** existiert, der sodann **durch die Manipulation des Täters beeinflusst** wird.
2. Der **Begriff des Börsenpreises i. S. des § 38 II WpHG a. F. entspricht dem des § 24 I BörsG**. Ein Börsenpreis i. d. S. kommt auch dann zu Stande, wenn das Geschäft, auf dem er beruht, den inhaltlichen Anforderungen des § 24 II 1 BörsG nicht genügt; erfasst sind deshalb auch vollständig oder teilweise manipulierte Börsenpreise.

A. Grundlagenwissen: Das Verbot der Marktmanipulation

- I. Gem. **§ 20 a I 1 Nr. 2 WpHG a. F.** ist es untersagt, Geschäfte vorzunehmen oder Kauf- oder Verkaufsaufträge zu erteilen, die geeignet sind, falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Börsen- oder Marktpreis von Finanzinstrumenten zu geben oder ein künstliches Preisniveau herbeizuführen.

§ 39 I Nr. 1 WpHG a. F. bestimmt, dass derjenige ordnungswidrig handelt, der entgegen § 20 a I 1 Nr. 2, auch i. V. mit Abs. 4, jeweils i. V. mit einer Rechtsverordnung nach Abs. 5 S. 1 Nr. 2 oder 5 ein Geschäft vornimmt oder einen Kauf- oder Verkaufsauftrag erteilt.

§ 20 a V 1 Nr. 2 WpHG a. F. erlaubt dem Bundesministerium der Finanzen, durch eine Rechtsverordnung, die der Zustimmung des Bundesrats bedarf, nähere Bestimmungen zu erlassen über falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Börsen- oder Marktpreis von Finanzinstrumenten oder das Vorliegen eines künstlichen Preisniveaus.

Nach **§ 3 II Nr. 2** der Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung (**MaKonV**) werden irreführende Signale i. S. des § 20 a I 1 Nr. 2 WpHG insbesondere auch durch Geschäfte oder einzelne Kauf- oder Verkaufsaufträge über Finanzinstrumente gegeben, die von Parteien, die sich abgesprochen haben, zu im Wesentlichen gleichen Stückzahlen und Preisen erteilt werden, es sei denn, diese Geschäfte wurden im Einklang mit den jeweiligen Marktbestimmungen rechtzeitig angeündigt.

Strafbar gem. **§ 38 II WpHG a. F.** macht sich schließlich u. a., wer eine in § 39 I Nr. 1 WpHG a. F. bezeichnete Handlung begeht und dadurch auf den Börsenpreis eines Finanzinstruments einwirkt.

- II. Auch mit Blick auf die zahlreichen, in den vorgenannten Vorschriften enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe, die auf den ersten Blick **wenig übersichtliche Regelungstechnik** und die in § 39 I Nr. 1 WpHG a. F. enthaltenen Blankettartigen Verweise auf verschiedene Rechtsverordnungen ist die Regelung insgesamt – trotz der verschiedentlich im Schrifttum geäußerten Zweifel **verfassungsgemäß**.

vgl. Sorgenfrei wistra 2002, 321; Park/Sorgenfrei, Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl., Teil 3 Kap. 4 Rn. 61 ff.; Moosmayer wistra 2002, 161; Tripmaker wistra 2002, 288; Streinz/Ohler WM 2004, 1309; Schmitz ZStW 115 (2003), 501; vgl. zu § 20 a I 1 Nr. 1 WpHG BGH NZG 2011, 1075 = wistra 2011, 467; zu § 20 a I 1 Nr. 2 WpHG aF BGHSt 48, 373 = NZG 2004, 91 = NJW 2004, 302 = NStZ 2004, 285; vgl. auch Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., Vorb. § 20 a Rn. 26 ff.; Mock/Stoll/Eufinger, KölnKomm-WpHG, § 20 a Rn. 82 ff.; Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., § 20 a WpHG Rn. 5 f. m. w. Nachw.; Ziouvas/Walter WM 2002, 1483; Schuster, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012, 273; Schönwälder, Grund und Grenzen einer strafrechtlichen Regulierung der Marktmanipulation, 2011, 115 ff.; Teuber, Die Beeinflussung von Börsenkursen, 2011, 217 ff.

1. Sie genügt insbesondere – entsprechend anderen wirtschaftsstrafrechtlichen Tatbeständen wie etwa der Subventionsbetrug (§ 264 StGB), der Kapitalanlagebetrug (§ 264 a StGB) oder der Kreditbetrug (§ 265 b StGB), die in ähnlicher Form durch

die Verwendung konkretisierungsbedürftiger Rechtsbegriffe geprägt sind – noch dem verfassungsmäßigen **Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 II GG** (vgl. BGHSt 48, 373 = NZG 2004, 91 = NJW 2004, 302 = NSTz 2004, 285); Assmann/Schneider, Vorb. § 20 a Rn. 29), der nach der Rspr. des BVerfG nicht übersteigert werden darf, damit die Gesetze nicht zu starr und kasuistisch und dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden (vgl. etwa BVerfG NJW 1993, 1909).

Die Verwendung präziserer, engerer Formulierungen würde hier die Gefahr begründen, dass die Regelung mit Blick auf die sich schnell ändernden manipulativen Praktiken an den Börsen und Märkten den ihr zugedachten hauptsächlichen Zweck, im Interesse des Gemeinwohls die Zuverlässigkeit und Wahrheit der Preisbildung an Börsen und organisierten Märkten zu gewährleisten und damit deren Funktionsfähigkeit gegen manipulierende Eingriffe zu sichern (BT-Drs. 14/8017, 98; MüKoStGB/Panaris, 2010, § 38 WpHG Rn. 7) bereits nach kurzer Zeit nicht mehr erfüllen könnte (vgl. Schwark/Zimmer, § 20 a WpHG Rn. 5).

2. Ein **Verstoß gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts nach Art. 104 I 1 GG liegt ebenfalls nicht vor** (vgl. Eichelberger ZBB 2004, 296), denn die Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung wirkt nicht strafbegründend.

Sie ist nicht abschließend und enthält Begriffserläuterungen sowie Regelbeispiele, bei deren Vorliegen Tatbestandsmerkmale des § 20 a WpHG erfüllt sein können, außerdem Verfahrensvorschriften zur Anerkennung einer zulässigen Marktpraxis. Sie hat zum Ziel, den Marktteilnehmern entsprechende Leitlinien an die Hand zu geben, mit deren Hilfe deutlich wird, welche Handlungen marktkonform sind und damit keinen Verstoß gegen § 20 a I WpHG darstellen (BT-Drs. 14/8017, 90). Daher führt sie keine neuen Straftatbestände ein; sie spezifiziert lediglich in nach der Rspr. des BVerfG letztlich unbedenklicher Weise (vgl. BVerfGE 75, 329 = NJW 1987, 3175 = NSTz 1987, 450; BVerfG NJW 1992, 107; NVwZ 2009, 239 m. w. Nachw.) die gesetzlichen Regelungen (vgl. BGH NZG 2005, 132 = NJW 2005, 445, zur Verordnung zur Konkretisierung des Verbots der Kurs- und Marktpreismanipulation [KuMaKV]; vgl. auch Schwark/Zimmer, § 20 a WpHG Rn. 6).

B. Strafbare Marktmanipulation durch Einwirkung auf den Börsenpreis (BGH in NZG 2014, 315)

Fall: Der Angekl. erteilte Verkaufs- und Kaufaufträge für die im Freiverkehr an der Frankfurter Börse gehandelten Aktien der Firma R-AG, die er zuvor mit dem Käufer bzw. Verkäufer abgesprochen hatte (sog. „matched orders“ bzw. „prearranged trades“). Zunächst gab er am 03.04.2009 in der Absicht, sich finanzielle Liquidität für den Erwerb sonstiger Aktien zu verschaffen, einen Verkaufsauftrag über 22.000 Aktien der R-AG zu einem Verkaufslimit von 4,55 Euro. Ein Geschäftspartner des Angekl. erteilte am selben Tag auf Grund einer zwischen beiden zuvor getroffenen Vereinbarung einen Kaufauftrag mit einem Kauflimit von 4,55 €, zunächst über 14.000 und unmittelbar darauf über weitere 8000 Stück der betreffenden Aktien. Diese Aufträge wurden jeweils zu entsprechenden Geschäftsabschlüssen zusammengeführt. Ein zu einem nicht näher festgestellten vorherigen Zeitpunkt veröffentlichter Preis für die Aktie der R-AG betrug 4,12 € pro Aktie. Dabei handelte es sich um einen Geldkurs, zu dem kein Umsatz stattfand, sondern nur eine Nachfrage bestand. Nach der Auffassung der Strafkammer sei dieser Kurs zwar kein Börsenkurs i. S. des § 24 BörsG. Er sei gleichwohl bei der Beurteilung der Einwirkung auf den Preis der Aktie nach § 38 II WpHG in der zur Tatzeit geltenden Fassung durch das Verhalten des Angekl. heranzuziehen, weil andernfalls gerade auf besonders manipulationsanfälligen Märkten der dort besonders notwendige strafrechtliche Schutz nicht gewährleistet sei.

Um die ihm gewährte Liquidität teilweise zurückfließen zu lassen, gab der Angekl. am 30.04.2009 den Kauf von 10.000 Stück derselben Aktie zu einem Kauflimit von 4,55 € in Auftrag. Da sein Geschäftspartner zuvor zwei Verkaufsaufträge über je 5000 Stück Aktien mit dem vereinbarten Verkaufslimit in gleicher Höhe erteilt hatte, kam es zu einem entsprechenden Geschäftsabschluss. Sechs Minuten zuvor hatte der Angekl. mit seinem Geschäftspartner ein ebenfalls abgesprochenes – nicht mehr verfahrensgegenständliches – Geschäft zu 4,50 € pro Aktie geschlossen. Auf diesen Preis hat der Angekl. in von § 38 II WpHG a. F. pönalisierter Form eingewirkt.

- I. Zu prüfen ist zunächst, ob die von dem Angekl. erteilten Verkaufs- bzw. Kaufaufträge und die auf dieser Grundlage abgeschlossen Geschäfte geeignet waren, **irreführende Signale für den Börsenpreis eines Finanzinstruments** zu geben, § 20 a I 1 Nr. 2 WpHG a. F.
 1. Der **Begriff der irreführenden Signale** in diesem Sinne entspricht demjenigen der **irreführenden Angaben nach § 20 a I 1 Nr. 1 WpHG aF**. In diesem Sinne ist ein irreführendes Signal gegeben, wenn es geeignet ist, einen verständigen, dh börsenkundigen und mit dem Markt des betroffenen Finanzinstruments vertrauten, **Anleger zu täuschen** (vgl. etwa Vogel in Assmann/Schneider, § 20 a Rn. 150; MüKoStGB/Panaris, § 38 WpHG Rn. 172). Zu den Marktverhältnissen gehören alle

Umstände, die auf die Preisbildung einwirken, also insbesondere die Angebotslage, die Nachfrageseite, das Umsatzvolumen, die zeitliche Abfolge der getätigten Umsätze sowie allgemein die Marktliquidität (vgl. MüKo-StGB/Panani, § 38 WpHG Rn. 172).

2. Diese **Voraussetzungen** sind in beiden Fällen **erfüllt**, denn der Angekl. und sein Geschäftspartner hatten jeweils einen bestimmten Preis und die Stückzahlen abgesprochen. Sodann setzten sie für die Aufträge zu dem Verkauf bzw. Kauf an der Börse ein der **vorherigen Absprache** entsprechendes Preislimit. Die auf diesen limitierten Orders beruhenden Geschäfte vermittelten jedoch den Eindruck, dass der Preis sich jeweils börsenmäßig auf Grund von Angebot und Nachfrage frei gebildet habe (vgl. OLG Stuttgart, NZG 2011, 1436 = NJW 2011, 3667). Damit konnte ein verständiger Marktteilnehmer über die zutreffenden wirtschaftlichen Verhältnisse in dem betreffenden Markt in die Irre geführt werden.
 3. Einen über die Eignung, falsche oder irreführende Signale zu geben, hinausgehenden **Erfolg** – etwa in Form eines Irrtums bei sonstigen Marktteilnehmern – **verlangt § 20 a I 1 Nr. 2 WpHG nach seinem ausdrücklichen Wortlaut nicht** (vgl. schon zutr. OLG Stuttgart NZG 2011, 1436 = NJW 2011, 3667).
- II. Die vom Angekl. vorgenommenen **Handlungen** in Form der sog. matched orders bzw. prearranged trades waren **mit der zulässigen Marktpraxis auf dem betreffenden Markt nicht vereinbar** (vgl. hierzu § 3 II Nr. 2 MaKonV; BR-Drs. 639/03, 12; MüKo-StGB/Panani, § 38 WpHG Rn. 189; Assmann/Schneider, § 20 a Rn. 166), so dass der **Ausnahmetatbestand des § 20 a II 1 WpHG nicht eingreift**. Die Voraussetzungen des § 20 a III WpHG liegen ebenfalls nicht vor.
- III. Der Straftatbestand des **§ 38 II WpHG a. F.** erfordert, dass – zusätzlich zu den Voraussetzungen einer Ordnungswidrigkeit nach § 39 I Nr. 1 WpHG a. F. – der Angekl. **auf den Börsenpreis der R-Aktie tatsächlich einwirkte**.
1. Der **Begriff des Börsenpreises bestimmt sich nach** der auch in diesem Zusammenhang geltenden Definition des **§ 24 BörsG**.

allg. M., vgl. etwa Park/Sorgenfrei, Teil 3 Kap. 4 Rn. 110; Assmann/Schneider, § 20 a Rn. 114; Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 38 WpHG Rn. 124; Schröder, HdB Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl., Rn. 381

*„Dafür spricht bereits, dass die **Strafbarkeit von marktmanipulativen Verhaltensweisen früher im Börsengesetz selbst geregelt** war (vgl. § 88 BörsG a. F.) und nichts dafür ersichtlich ist, dass derselbe Begriff innerhalb eines Gesetzes unterschiedlich zu interpretieren war. Den **Gesetzesmaterialien** ist nicht zu entnehmen, dass durch die Normierung der Strafbarkeit im Wertpapierhandelsgesetz insoweit eine sachliche Änderung beabsichtigt war (vgl. BT-Drs. 14/8017, 64 [89]). Gem. § 24 I 1 BörsG sind alle Preise, die während der Börsenzeit an einer Börse im Präsenzhandel oder im elektronischen Handel, oder Preise, die an einer Warenbörse ermittelt werden, Börsenpreise (vgl. Groß, Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., § 24 BörsG Rn. 5). Gem. § 24 I 2 BörsG gilt dies auch für einen Preis, der im Freiverkehr an einer Wertpapierbörse festgestellt wird. **Auf den Börsenpreis eines Finanzinstruments wird eingewirkt, wenn dieser künstlich, d. h. gegen die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse am Markt, erhöht, abgesenkt oder auch nur stabilisiert** wird (vgl. OLG Stuttgart NZG 2011, 1436 = NJW 2011, 3667; Assmann/Schneider, § 38 Rn. 51, § 20 a Rn. 115; Fuchs/Waßmer, WpHG, 2009, § 38 Rn. 40; Koppmann, Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen 2012, 27). Maßgeblich ist also, dass die manipulative Handlung des Täters kausal für den fraglichen Preis eines Finanzinstruments ist.“* (BGH aaO)

- a) Für die Annahme eines **Börsenkurses** in dem hier maßgebenden Sinne genügt es jedoch nicht, dass vor dem Verkauf der Aktien durch den Angekl. an seinen Partner ein **Geldkurs** in Höhe von 4,12 Euro existierte, zu dem kein Umsatz stattfand, sondern nur eine **Nachfrage bestand**.

*„Soweit das LG in diesem Zusammenhang im Rahmen der rechtlichen Würdigung ausgeführt hat, es müsse auf solche **Geld- oder Taxkurse** zurückgegriffen werden, auch wenn diese **keine Börsenkurse i. S. des § 24 BörsG** seien, damit der notwendige strafrechtliche Schutz gewährleistet werden könne, ist nicht zu verkennen, dass insbesondere enge Märkte wie der vorliegende, auf denen **Wertpapiere mit nur wenigen Umsätzen** gehandelt werden, **besonders manipulationsanfällig** sind. Allein das Ziel, vermeintliche oder tatsächlich bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen, kann jedoch nicht dazu führen, Tatbestandsmerkmale zu überdehnen. Wie weit und unter welchen Voraussetzungen der strafrechtliche Schutz in diesem Bereich gewährleistet wer-*

den soll, ist in erster Linie der Entscheidung des Gesetzgebers übertragen. Dieser hat sich bei der Neuregelung der Bußgeld- und Strafvorschriften durch das am 01.07.2002 in Kraft getretene Vierte Finanzmarktförderungsgesetz dafür entschieden, die **Strafbarkeit marktmanipulativen Verhaltens an die Einwirkung auf einen Börsen- oder Marktpreis zu knüpfen** (hinsichtlich der Praxistauglichkeit kritisch etwa bereits Ziouvas/Walter WM 2002, 1483). Dies ist bei der Rechtsanwendung hinzunehmen.

Nicht allein ausreichend ist es auch, dass der Angekl. durch das Geschäft mit seinem Partner einen (neuen) Börsenpreis bewirkte. Nach der soweit ersichtlich in Rspr. und Lit. einhellig verwendeten Umschreibung des Einwirkens i. S. des § 38 II WpHG a. F., von der in der vorliegenden Fallkonstellation abzuweichen kein Anlass besteht, ist es erforderlich, dass bereits ein Börsenpreis existiert, der sodann durch die Manipulation des Täters beeinflusst wird. Der Tatbestand setzt somit, anders als etwa der Kapitalanlagebetrug nach § 264 a StGB, einen bereits bestehenden Börsenpreis voraus; das (erstmalige) Bewirken eines Börsenpreises wird von ihm nicht umfasst (vgl. OLG Stuttgart NZG 2011, 1436 = NJW 2011, 3667; Fleischer ZIP 2003, 2045; Ziouvas ZGR 2003, 113).

Den Urteilsgründen ist in ihrem Zusammenhang jedoch genügend sicher zu entnehmen, dass bereits vor dem manipulativen Geschäft zwischen dem Angekl. und seinem Partner ein Börsenpreis i. S. des § 24 I BörsG für die R-Aktie bestand. Nach dem vom LG wiedergegebenen Ausführungen der Sachverständigen N wurde die Aktie zwar zwischen dem 31.05.2007 und dem 11.08.2008 nicht gehandelt. Danach – und damit vor der Tat am 03.04.2009 – fanden jedoch Umsätze statt. Auf Grund der weiteren Darlegungen der Quellen, aus denen die Sachverständige ihre diesbezüglichen Erkenntnisse gewonnen hat, ist davon auszugehen, dass diese **Umsätze zur Festsetzung von Börsenpreisen führten**. Auch im Rahmen ihrer Erwägungen zum Verfall hat die Strafkammer ausgeführt, dass die R-Aktie Anfang des Jahres 2009 gehandelt wurde.“ (BGH aaO)

- b) Als **Bezugspunkt** kann aber **ein an der Börse festgesetzter Kurs** angenommen werden, der auf einem kurz vor der abgeurteilten Tat zwischen dem Angekl. und seinem Geschäftspartner getätigten Geschäft beruhte.

„Der **Begriff des Börsenpreises** wird zunächst in § 24 I BörsG definiert. Danach sind – jedenfalls bis zu einer aufsichtsrechtlichen oder sonstigen Beanstandung – auch vollständig oder teilweise manipulierte Börsenpreise erfasst; denn insbesondere der Preisfindung in elektronischen Handelssystemen fehlt heute jedes gestaltende oder gar regelnde Moment; sie ist nur noch Protokollierung eines realen Transaktionspreises (vgl. Theissen WM 2003, 1497). Deshalb gebieten es Sinn und Zweck der §§ 38 II, 39 I Nr. 1, 20 a I 1 Nr. 2 WpHG, die Preisbildung an bzw. auf und die Funktionsfähigkeit von Börsen und überwachten Märkten zu schützen (vgl. i. E. Assmann/Schneider, § 20 a Rn. 26 ff.; Erbs/Kohlhaas/Wehowsky, § 20 a WpHG Rn. 2 [Stand: Apr. 2012]), in dem hier relevanten Zusammenhang auf diesen **Börsenpreis im formellen Sinne**, nicht aber darauf abzustellen, ob die inhaltlichen Anforderungen gem. § 24 II BörsG erfüllt sind. Diese sind vor allem auch deshalb von Belang, weil dem Börsenpreis in zahlreichen anderen Zusammenhängen, etwa bei der Pfandverwertung, beim Fixhandelskauf sowie im Bilanz- oder Steuerrecht eine erhebliche Bedeutung zukommt (vgl. Schwark/Zimmer, § 24 BörsG Rn. 5 f.). Zudem könnten andernfalls besonders hartnäckig manipulierende Täter, die unter Umständen mehrere abgesprochene Geschäfte hintereinander tätigen, allenfalls für die erste Transaktion strafrechtlich belangt werden.“ (BGH aaO)

- c) Der Angekl. wirkte jeweils auf den Börsenpreis der R-Aktie bereits dadurch ein, dass der von ihm und seinem Partner **abgesprochene Preis an der Börse festgesetzt** wurde.

„§ 38 II WpHG a. F. ist zwar als **Erfolgsdelikt** ausgestaltet (Assmann/Schneider, § 38 Rn. 49; Fuchs/Waßmer, § 38 Rn. 40, 47; Kutzner WM 2005, 1401). Der **notwendige Einwirkungserfolg** i. S. der Vorschrift **setzt jedoch nicht voraus, dass** nach den konkreten Geschäften zwischen dem Angekl. und seinem Partner **durch Dritte weitere Geschäfte getätigt wurden**, bei denen die Preise kausal gerade auf dem durch die manipulativen Geschäfte hervorgerufenen Kursniveau beruhen. § 38 II WpHG a. F. bestimmt nicht, welchen aus der Vielzahl von Börsen- und Marktpreisen, die für ein Finanzinstrument erzielt werden, der Täter herbeiführen muss; vielmehr **genügt die Einwirkung auf irgendeinen Börsen- oder Marktpreis**, demnach auch auf irgendeinen festgestellten Preis im laufenden Handel, der nicht notwendigerweise der Schlusskurs sein muss. Die **Beeinflussung des weiteren Kursverlaufs** nach einer bereits eingetretenen Beeinflussung ist ebenfalls **nicht erforderlich** (vgl. auch EuGH NZG 2011, 951 = NJW 2011, 3214 – IMC-Securities BV gegen Stichting Autoriteit Financiële Markten; Heusel/Schmidberger BKR 2011, 425; OLG Stuttgart NZG 2011, 1436 = NJW 2011, 3667; Woodtli NZWiSt 2012, 51; a. A. Kudlich wistra 2011, 361; Nietsch, XI § 38, WpHG 112 WuB).“ (BGH aaO)

2. Der Angekl. handelte **vorsätzlich**, was für die Verwirklichung der subjektiven Tatseite ausreicht. Insbesondere **setzt § 20 a I 1 Nr. 2 WpHG nicht voraus, dass** der Angekl. mit einer **Manipulationsabsicht oder aus anderen Motiven handelte**.

Der im **Schrifttum** teilweise vertretenen Ansicht, insbesondere bei effektiven Geschäften könne die Frage, ob von Handelsaktivitäten falsche oder irreführende Signale ausgehen, nicht ohne Blick auf die innere Willensrichtung der Bet. beantwortet und nur bei Bestehen einer Manipulationsabsicht bejaht werden (vgl. MüKo-StGB/Pananis, § 38 WpHG Rn. 172 f.; Erbs/Kohlhaas/Wehowsky, § 20 a Rn. 25 [Stand: Apr. 2012]; Eichelberger, Das Verbot der Marktmanipulation, 2006, S. 292; Schröder, HdB Kapitalmarktrafrecht, Rn. 599), ist nach BGH aaO nicht zu folgen.

*„Nach dem **Gesetzeswortlaut** kommt es – im Gegensatz zu der bis zum 29.10.2004 geltenden Fassung – auf eine derartige Manipulationsabsicht nicht (mehr) an. Vielmehr hat der Gesetzgeber auf dieses Absichtsmerkmal mit dem **Anlegerschutzverbessungsgesetz** bewusst in Abkehr von der früheren Fassung des § 20 a I 1 Nr. 2 WpHG verzichtet (vgl. BT-Drs. 15/3174, 37). Dies entspricht auch der Intention der RL 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (ABl. 2003 L 96, 16), die durch das Anlegerschutzverbessungsgesetz umgesetzt wurde (vgl. BT-Drs. 15/3174, 26). Nach der Begründung der Kommission **stellt die Definition der „Marktmanipulation“ auf das Verhalten der betreffenden Person und nicht auf ihren Vorsatz oder ihr Ziel ab** (KOM [2001] endg. S. 6).“* (BGH aaO)

StGB

Betrug / Untreue

StGB

§§ 263, 266 I **Unangemessene Gehaltserhöhung / Übernahme privater Kosten**

(BGH in StV 2014, 687; Urteil vom 12.12.2014 – 3 StR 146/13)

1. Eine von dem Täter **in angemessener Zuständigkeit getroffene vermögensmindernde Entscheidung** ist **pflichtwidrig** und führt zu einem Vermögensnachteil i.S. von § 266 StGB, wenn sie von einem übergangenen Dritten oder einem nicht eingeschalteten Gremium zu treffen gewesen wäre und sie in dessen freiem Ermessen stand.
2. **Eigenmächtig oder manipulativ zu eigenen Gunsten vorgenommene Gehaltserhöhungen** sind **pflichtwidrig i.S. von § 266 StGB**.

Fall: Der Angekl. B. war ehemals Geschäftsführer des Oldenburgisch-Ostfriesischen Wasserverbandes (nachfolgend: OOWV), der Angekl. Funke war Vorsteher dieses Verbandes. Der Angekl. B. hatte eine Rechnung über 8.000 € für ein Fest anlässlich der Silberhochzeit des Angekl. F. aus Mitteln des Wasserverbands bezahlt.

Zu der Feier war ein Buffet zum Preis von 8.000 € geliefert worden, das der Angekl. F. zuvor bestellt hatte. Während des Festes beschloss der als Gast anwesende Angekl. B. ohne Wissen des Angekl. F., dass der OOWV die Kosten für das Buffet übernehmen solle, und veranlasste, dass die Rechnung an den Verband geschickt werde. Nach deren Eingang wurde sie direkt dem Angekl. B. zugeleitet, der die Auszahlung der 8.000 € in die Wege leitete. Hiervon erfuhr der Angekl. F. einige Wochen später. Auf weitere Initiative des Angekl. B. erstellte der Lieferant des Buffets in der Folgezeit eine Abschlagsrechnung über 8.000 € sowie vier weitere Rechnungen über angebliche Essenslieferungen in Höhe von insgesamt 8.092,50 € bei Ausweisung vermeintlicher Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 8.000 €. Auf den Rechnungen wurde jeweils ein Zahlungsvermerk angebracht, wobei der Angekl. B. die scheinbaren Auszahlungen bestätigte. Entsprechend wurde die Abschlagsrechnung mit einem Stempel versehen, auf dem die den Rechnungen entnommenen Abschlagszahlungen eingetragen und vom Angekl. B. abgezeichnet wurden. Durch dieses Vorgehen sollte der Buchhaltung gegenüber der wahre Verwendungszweck verschleiert und stattdessen der Eindruck erweckt werden, bei den scheinbar vier Gelegenheiten habe es sich um sog. Dankeschön-Veranstaltungen gehandelt, mit denen der Verband sich bei betroffenen Anliegern für Beeinträchtigungen zu entschuldigen pflegte, die sie durch Baumaßnahmen des Verbandes erlitten hatten. Der überschüssige Betrag in Höhe von 92,50 € wurde ebenfalls auf Anweisung des Angekl. B. an den Lieferanten ausbezahlt. Der Vorgang fiel bei einer Prüfung auf und wurde auf der Verbandsversammlung zur Sprache gebracht. In dieser gaben der Angekl. B. und der Angekl. F. wahrheitswidrig an, es habe sich um vier Veranstaltungen zum Wohle betroffener Anlieger gehandelt. Nachdem der Justiziar des Verbandes noch am selben Tag die übrigen Vorstandsmitglieder über den wahren Verwendungszweck der 8.000 € in Kenntnis gesetzt hatte, räumte der Angekl. F. den Sachverhalt schließlich ein und überwies umgehend 8.000 € an den OOWV.

Im darauf folgenden Jahr verabredeten die Angekl. eine Erhöhung des Gehalts des Angekl. B., obwohl der Angekl. F. hierfür keine Kompetenz hatte. Der Angekl. B. erhielt daraufhin eine Gehaltsüberzahlung von mindestens 90.000 €.

I. Der Angekl. F. könnte sich wegen **Untreue nach § 266 I Alt. 2 StGB** strafbar gemacht haben.

1. Eine **Vermögensbetreuungspflicht** des Angekl. F. gegenüber dem OOWV war un-
zweifelhaft gegeben.

*„Bereits als Mitglied des gesetzlichen (§ 54 I WVG) und satzungsmäßigen (§ 6 I WVG i. V. m. § 13 Nr. 1 Satzung OOWV in der zur Tatzeit geltenden Fassung - nachfolgend: Satzung OOWV a. F.) Leitungsgremiums, des Vorstands, oblag ihm die **qualifizierte Pflicht**, in Zusammenarbeit mit den übrigen Mitgliedern die vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Verbandes unter Beachtung der **Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu erfüllen**, § 2 Nds. AGWVG, § 105 I, § 7 I, § 34 II Nds. LHO. Dies galt für ihn als Vorsitzenden, der den Verband nach außen vertritt (§ 13 Nr. 2 S. 1 Satzung OOWV), in besonderem Maße (BGH NJW 1991, 990).“ (BGH aaO)*

2. Eine Verletzung dieser Pflicht ist darin zu sehen, dass der Angekl. F. die Voraussetzungen dafür schuf, dass dem Angekl. B. ein **erhöhtes Nettogehalt** entsprechend einem Bruttolohn von 270.000 € jährlich ausbezahlt wurde.

*„Ob er damit tatsächlich den **Treubruchtatbestand i. S. des § 266 I Alt. 2 StGB** erfüllt hat, könnte zwar zweifelhaft sein; denn die Regelungen der Geschäftsordnung des Verbandes, die in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einzelnen Bestimmungen der Verbandssatzung stehen, könnten ggf. auch die Auslegung tragen, dass der Verbandsvorsteher für den Abschluss und die Änderung des Dienstvertrags mit dem Verbandsvorsteher diesem gegenüber allein vertretungsberechtigt ist. Dies kann jedoch dahinstehen, da der Angekl. F. in diesem Falle seine **Vertretungsbefugnis i. S. des § 266 I Alt. 1 StGB missbraucht** hätte. Denn maßgeblich dafür, dass der Angekl. F. entweder die eine oder die andere der beiden Tatbestandsalternativen des § 266 I StGB verwirklicht hat, ist allein, dass er nach den insoweit maßgeblichen Bestimmungen nicht die (**interne**) **Geschäftsführungsbefugnis** für Dienstvertragsangelegenheiten des Geschäftsführ-*

ers besaß, wobei auch insoweit offenbleiben kann, ob diese bei der Verbandsversammlung oder beim Vorstand lag. Für die Zuständigkeit der Verbandsversammlung könnte deren Recht zur Bestellung des Geschäftsführers gem. § 8 Nr. 3 Satzung OOWV a. F. sprechen (vgl. zu § 46 Nr. 5 GmbHG, wo unter der Zuständigkeit für die Bestellung und Abberufung auch die Zuständigkeit für Änderungsverträge verstanden wird: BGH NJW 1991, 1680; Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 46 Rn. 38), für die Zuständigkeit des Vorstands dessen allgemeine Leitungsbefugnis gem. § 13 Nr. 1 Satzung OOWV a. F.“ (BGH aaO)

3. Durch die Pflichtverletzung ist dem OOWV auch ein **Vermögensnachteil** entstanden.

„Insoweit ist die **Vermögenslage vor und nach der treuwidrigen Handlung zu vergleichen** (BGH NStZ 2010, 329). Der durch die Pflichtverletzung hervorgerufenen Verminderung des Vermögens sind durch dieselbe Handlung unmittelbar entstandene Vermögensvorteile gegenüberzustellen (Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, StGB, 28. Aufl., § 266 Rn. 41).

Der eintretenden **Vermögensminderung durch Leistung des erhöhten Gehalts stand jedoch keine Gegenleistung** - Tätigkeit des Angekl. B. als Geschäftsführer - **gegenüber**, auf die der Verband in demselben Umfang nicht schon zuvor Anspruch gehabt hätte. Der Schaden wird demnach vorliegend nicht aus einer (bloßen) Verletzung der Dispositionsfreiheit der Verbandsversammlung oder des Vorstandes hergeleitet (s. dazu BGH NJW 1998, 913; BGH NStZ 2001, 248; Saliger ZStW 2000, 563; Schünemann StV 2003, 463), sondern aus der **Verausgabung von Geldern ohne Erwirtschaftung einer entsprechenden Gegenleistung**. Der **Mitteleinsatz** durch den Angekl. F. stellt sich demnach haushaltsrechtlich nicht nur als formell, sondern zugleich als materiell **zweckwidrig** dar (vgl. hierzu BGH NJW 2003, 2179; Saliger aaO, 596; Schönke/Schröder-Lenckner/Saliger, § 266 Rn. 96).

Daraus wird zugleich deutlich, dass es im vorliegenden auf die Frage der Angemessenheit der dem Angekl. gewährten [erhöhten] Vergütung nicht ankommt. Denn die **Angemessenheit einer Gehaltserhöhung auch ohne entsprechende Erweiterung der Dienstleistungsverpflichtung lässt** - selbst wenn sie von dem zur Entscheidung befugten Organ beschlossen wird - den **negativen Vermögenssaldo unberührt**. Die Frage der Angemessenheit ist demnach nur bei der Frage der Pflichtwidrigkeit des Handelns des Geschäftsführers von Bedeutung. Insoweit stellt sich dieses Kriterium als Begrenzung des weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum dar, innerhalb dessen der Dispositionsbefugte unter der Geltung des haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebots handeln darf (vgl. hierzu BGH NStZ 2008, 87).“ (BGH aaO)

- II. Der Angekl. B. könnte sich im Hinblick auf die aus Anlass der Silberhochzeits-Feier geleisteten Zahlungen wegen **Untreue gem. § 266 I Alt. 2 StGB** strafbar gemacht haben.

1. Diesen traf - wie vorstehend für den Angekl. F. dargelegt - schon als Vorstandsmitglied eine **Vermögensbetreuungspflicht**. Darüber hinaus ergab sich eine solche für ihn als Geschäftsführer aus § 13 Nr. 2 Satz 3, § 15 Nr. 3 Satzung OOWV a. F.

„Dass seine Tätigkeit **Kontrollen** unterworfen war, **stand der Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht nicht entgegen**. Zu verlangen war lediglich ein bzgl. des Angekl. B. gegebener, eigener **Entscheidungsspielraum** des Handelnden (BGH wistra 2008, 427).“ (BGH aaO)

2. Seine Pflicht hat der Angekl. B. i. S. des **Treubruchtatbestandes** verletzt, indem er eine Übernahme der Buffet-Kosten durch der OOWV veranlasste.

„Als Vorstandsmitglied fehlte ihm von vornherein jede Einzelvertretungsmacht, als Geschäftsführer kam ihm eine solche nur bei **Vornahme von Geschäften der laufenden Verwaltung** zu. Die Entscheidung zur Übernahme der Buffetkosten stellte ein solches jedoch nicht dar. Unter laufende Verwaltung fallen nur diejenigen **Geschäfte, die in mehr oder weniger regelmäßiger Wiederkehr vorkommen** und zugleich nach Größe und Umfang der Tätigkeit sowie Finanzkraft des beteiligten Verbandes von sachlich weniger erheblicher Bedeutung sind (BGH NJW 1980, 117). Trotz der relativ geringen Höhe des Betrages von 8.000 € war die Entscheidung über dessen Aufwendung aufgrund der Singularität des Anlasses allein dem Vorstand vorbehalten (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

3. Im Hinblick auf die „**Gehaltserhöhung**“ hat sich der Angekl. B. darüber hinaus auch der **täterschaftlichen Untreue** schuldig gemacht.

„Insoweit wird auf das für den Angekl. F. Ausgeführte verwiesen. Dies gilt auch in Ansehung des Umstands, dass die **Vermögensbetreuungspflicht grds. eine Grenze in eigenen Vergütungsangelegenheiten findet**, weil die **Interessen von Vermögensinhaber und Treupflichtigem insoweit nicht gleichgerichtet** sind (BGH NJW 2006, 522; BGH wistra 2009, 468; Schünemann, Organuntreue, 2004, S. 19; Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., 5. Teil, Kapitel 2 Rn. 226; kritisch: Peltzer ZIP 2006, 205 m. w. Nachw.). Anlass, die Vermögensbetreuungspflicht des Vergütungsempfängers im Hinblick auf diese **Interessenkollision** insoweit zu beschränken, besteht indes nur dann, wenn sich dessen Streben nach einem möglichst hohen Gehalt in den dafür vorgesehenen Entscheidungsbahnen hält. Umgeht er - wie vorliegend - in **kollusivem Zusammenwirken** den eigentlichen Entscheidungsträger, ist sein Verhalten nicht anders zu bewerten, als wenn er sich unter **Ausnutzung seiner Verfügungsmöglichkeiten** aus dem Vermögen des Arbeitgebers den entsprechenden Betrag eigenmächtig verschafft.“ (BGH aaO)

(OVG Münster in NWVBl. 2014, 447; Beschluss vom 17.07.2014 - 11 A 2250/12)

Werbemaßnahmen auf öffentlichen Straßen durch das Umhergehen von Personen mit sog. **Moving-Boards**, d.h. in der Art eines Rucksackes auf dem Rücken getragenen Werbeträgern (hier: Schilder in einer Größe von rd. 145 cm Höhe und 59 cm Breite), gehören schon nach ihrem äußeren Erscheinungsbild nicht zum straßenrechtlichen (kommunikativen) Gemeingebrauch i.S.d. § 14 StrWG NRW, sondern stellen eine nach § 18 StrWG NW **erlaubnispflichtige Sondernutzung** dar.

Fall: Die Klägerin, ein Unternehmen der Werbebranche, möchte auf den Straßen der beklagten Stadt Werbung durch das Umhergehen von Personen mit sog. Moving-Boards in der Art eines Rucksackes auf dem Rücken getragenen Werbeträgern (hier: Schilder in einer Größe von rd. 145 cm Höhe und 59 cm Breite) betreiben. Sie ist der Auffassung, hierfür keine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis zu benötigen, was von der zuständigen Behörde anders gesehen wird. Sie erhebt daher Feststellungsklage darauf gerichtet, dass sie für diese Werbemaßnahmen keiner Sondernutzungserlaubnis bedarf. Hilfsweise wird die Feststellung begehrt, dass die Beklagte zur Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis verpflichtet ist. Wird die Klage Erfolg haben?

I. Erfolgsaussichten der Klage im Hauptantrag

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

I. Zulässigkeit der Klage im Hauptantrag

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet in allen **öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art**, sofern keine Sonderzuweisungen eingreifen, die hier allerdings nicht in Betracht kommen. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zugehören, also nach der **modifizierten Subjektstheorie** vorrangig einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten. Hier geht es um Gemeingebrauch und Sondernutzung an öffentlichen Straßen, was im StrWG NW geregelt ist. Hierbei handelt es sich ohne weiteres um öffentliches Recht. Da hier auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten (sog. **Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit**), ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlich und somit der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. statthafte Klageart

Die Feststellungsklage müsste auch die statthafte Klageart sein. Mit der Feststellungsklage nach § 43 VwGO kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses bei Gericht beantragt werden. Hierbei muss die **Anwendung einer Norm auf ein konkretes Rechtsverhältnis** streitig sein. Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, ob die Werbemaßnahmen noch als erlaubnisfreie Sondernutzung nach § 14 StrWG NW anzusehen sind oder ob es sich um erlaubnispflichtige Sondernutzung nach § 18 StrWG NW handelt. Es ist daher ein konkretes Rechtsverhältnis streitig.

Gleichwohl ist die Feststellungsklage nur dann statthaft, wenn die offene Rechtsfrage nicht mit einer anderen Klage klärungsfähig ist. Die Feststellungsklage ist insofern **subsidiär**. Allerdings kommt hier keine andere Klageart in Betracht. Der Streit um die Genehmigungsbedürftigkeit von Maßnahmen ist insofern ein typischer Anwendungsfall für Feststellungsklagen.

Die Feststellungsklage ist daher die statthafte Klageart.

3. Feststellungsinteresse

Die Klägerin muss aber auch ein **berechtigtes Interesse** an der Feststellung haben. Dies kann jedwedes Interesse sein, also nicht nur **rechtlicher**, sondern auch **wirtschaftlicher** oder nur **ideeller Art**. Hier geht es um ein rechtliches Interesse.

Vor diesem Hintergrund kann auch der Streit dahinstehen, ob für die Feststellungsklage eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO zu prüfen ist, was von der h.M. abgelehnt wird.

4. weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Hinsichtlich der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere bezüglich der Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO) sowie des richtigen Beklagten (§ 78 VwGO) bestehen keine Bedenken.

Die Feststellungsklage ist zulässig.

II. Begründetheit der Feststellungsklage im Hauptantrag

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn die Klägerin keiner Sondernutzungserlaubnis nach § 18 StrWG NW bedarf, weil die geplanten Werbemaßnahmen als zum Gemeingebrauch nach § 14 StrWG NW gehörig anzusehen sind. Nach § 18 I 1 StrWG NW ist **Sondernutzung** die Benutzung der Straßen über den **Gemeingebrauch** hinaus.

Nach der jeweiligen **Legaldefinition des Gemeingebrauchs** in § 14 I 1 StrWG NW ist der Gebrauch der öffentlichen Straßen jedermann **im Rahmen der Widmung** und der verkehrsrechtlichen bzw. verkehrsbehördlichen Vorschriften gestattet. Nach § 14 III 1 StrWG NW liegt kein Gemeingebrauch vor, wenn die Straße **nicht vorwiegend zu dem Verkehr** benutzt wird, dem sie zu dienen bestimmt ist, wobei nach § 14 III 1 StrWG NW bleibt der - hier ohnehin nicht in Betracht kommende - Straßenanliegergebrauch nach § 14 a StrWG NW unberührt bleibt.

„[Die] von der Klägerin beabsichtigten **Maßnahmen dienen** sowohl objektiv, d.h. von ihrem äußeren Erscheinungsbild her gesehen, als auch subjektiv nach den Vorstellungen der Klägerin **ausschließlich der Außenwerbung**. Werbung als solche ist aber - auch wenn sie an und auf Straßen betrieben wird - kein Verkehrsvorgang (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10.12.1975 - 1 BvR 118/71 - BVerfGE 40, 371 [380]).“ (OVG Münster aaO)

Es entspricht aber ständiger Rechtsprechung, dass im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung im Lichte der Grundrechte § 18 StrWG NW dahingehend auszulegen ist, dass zum Gemeingebrauch auf die Benutzung der Straßen zu Kommunikationszwecken (sog. **kommunikativer Verkehr**) gehört (vgl. OVG Lüneburg DÖV 85, 688; VGH Kassel NJW 88, 2125). Fraglich ist, ob die Werbemaßnahme hierunter zu fassen ist.

„Nutzungen der Straße über eine bloße Ortsveränderung und zum Aufenthalt hinaus, die insbesondere mit **Blick auf Individualgrundrechte** zu einer erweiterten Auslegung des Begriffs "Verkehr" durch die Rechtsprechung geführt haben und als sog. kommunikativer Gemeingebrauch anerkannt worden sind (vgl. etwa Stahlhut, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kapitel 25, Rn. 22 ff., und Sauthoff, Öffentliche Straßen, 2. Aufl. 2010, Rn. 301 ff., jeweils m.w.N.), sind mit dem hier zu würdigenden Sachverhalt nicht vergleichbar.“ (OVG Münster aaO)

Dementsprechend liegt nach § 14 III 1 StrWG kein Gemeingebrauch vor. Denn die Straße wird nicht vorwiegend zu dem Verkehr benutzt, dem sie zu dienen bestimmt ist.

„Werbemaßnahmen auf öffentlichen Straßen durch das **Umhergehen von Personen** mit sog. Moving-Boards, d.h. in der Art eines Rucksackes auf dem Rücken getragenen Werbeträgern (hier: Schilder in einer Größe von rd. 145 cm Höhe und 59 cm Breite), gehören schon **nach ihrem äußeren Erscheinungsbild nicht zum straßenrechtlichen (kommunikativen) Gemeingebrauch** i.S.d. § 14 StrWG NRW, sondern stellen eine nach § 18 StrWG NRW erlaubnispflichtige Sondernutzung dar.“

Es ist daher in der Rechtsprechung im Grundsatz anerkannt, dass z.B. der **Einsatz von Werbefahrzeugen** den Gemeingebrauch überschreitet und eine straßenrechtliche Sondernutzung darstellen kann. Dies gilt sowohl für reine Werbefahrten mit Kraftfahrzeugen oder Anhängern als auch für das Abstellen eines Kraftfahrzeuges **allein zu Werbezwecken** oder das Abstellen eines Anhängers, der nach seinem äußeren Erscheinungsbild **ausschließlich Werbemaßnahmen** und nicht Transportzwecken dient (vgl. etwa OVG NRW, Urteil vom 12.07.2005 - 11 A 4433/02 - NWVBl. 2006, 58 f., m.w.N. [nachfolgend: BVerwG, Beschluss vom 17.05.2006 - 3 B 145.05 - juris], und Beschluss vom 30.06.2009 - 11 A 2393/06 - juris, Rn. 24).“ (OVG Münster aaO)

Die Klägerin benötigt daher für Werbemaßnahmen mit sog. Moving-Boards gem. § 18 I 2 StrWG NW eine Sondernutzungserlaubnis der Beklagten. Die Feststellungsklage ist daher mit ihrem Hauptantrag nicht begründet.

II. Erfolgsaussichten der Klage im Hilfsantrag

Die Klägerin hat jedoch hilfsweise beantragt, festzustellen, dass die Beklagte zur Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis verpflichtet sei. Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage im Hilfsantrag

Es bestehen schon Bedenken gegen die Zulässigkeit des Hilfsantrags wegen der **Subsidiarität der Feststellungsklage**, da die Klägerin das gewünschte Ergebnis auch mit einer Verpflichtungsklage erreichen könnte die die Feststellungsklage dann zurücktreten müsste.

*„Der Senat hat mit Blick auf § 43 II 1 VwGO bereits Bedenken an der Zulässigkeit der ... Hilfsanträge, weil die Klägerin ihre Rechte durch Verpflichtungsklage geltend machen kann bzw. in der Vergangenheit in Bezug auf die beiden zuvor gestellten Anträge hätte verfolgen können. Die von der Klägerin in erster Instanz in Bezug genommene Rechtsprechung (BVerwG, Urteil vom 24.06.2004 - 4 C 11.03 - BVerwGE 121, 152) betrifft zum einen das Verhältnis zwischen Feststellungsklage und Anfechtungsklage(n), zum anderen ist bei hier gegebenen **Verpflichtungssituation** die Besonderheit gegeben, dass jeder Einzelfall mit Blick auf das der Behörde eingeräumte **Ermessen** bei der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen gesondert beurteilt werden kann.“* (OVG Münster aaO)

II. Begründetheit der Klage im Hilfsantrag

Dies hat das Gericht jedoch letztlich offen gelassen, da es die Klage auch für unbegründet hielt.

*„Das VG hat zu Recht entscheidungstragend darauf abgehoben, dass das von ihrem Feststellungsbegehren umfasste Sondernutzungsvorhaben der Klägerin, **„Werbemaßnahmen ... im Stadtgebiet ...“** durchzuführen, **nicht bescheidungsfähig** ist.*

*Die **genaue Örtlichkeit**, wo diese Werbemaßnahmen durchgeführt werden soll, ist ebenso wenig erkennbar wie die **Anzahl der Personen**, die mit sog. Moving-Boards umhergehen sollen. Ein Antrag auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis muss aber **hinreichend bestimmt** sein.*

*Eine Sondernutzungserlaubnis wird nämlich aufgrund einer **Ermessensentscheidung** erteilt (vgl. § 18 II StrWG NRW). Die behördliche Ermessensausübung hat sich an Gründen zu orientieren, die einen **sachlichen Bezug zur Straße** haben. Zu diesen Gründen können insbesondere zählen ein einwandfreier Straßenzustand - Schutz des Straßengrundes und des Zubehörs -, die **Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs**, der Ausgleich zeitlich und örtlich gegenläufiger Interessen verschiedener Straßenbenutzer und Straßenanlieger - etwa **Schutz vor Abgasen, Lärm oder sonstigen Störungen** - oder Belange des Straßen- und Stadtbildes, d.h. baugestalterische oder städtebauliche Vorstellungen mit Bezug zur Straße und aufgrund eines **konkreten Gestaltungskonzeptes** - Vermeidung einer "Übermöblierung" des öffentlichen Straßenraums, Schutz eines bestimmten Straßen- oder Platzbildes u. Ä. Zusätzlich sind nach § 18 I 4 StrWG NRW Belange von Menschen mit Behinderung zu berücksichtigen. Damit die Behörde diese Prüfung vornehmen kann, muss der Antragsteller sie insbesondere über **Ort, zeitliche Dauer und Umfang seines Vorhabens** in Kenntnis setzen (vgl. hierzu etwa OVG NRW, Beschluss vom 27.01.2014 - 11 A 1986/13 - juris, Rn. 7 f., m.w.N.). Ohne konkrete Angaben zu den Straßen, Wegen und Plätzen, auf denen sich die mit sog. Moving-Boards versehenen Personen bewegen sollen, und ohne die Angabe der genauen Anzahl dieser Person kann die Behörde die oben angegebenen Gesichtspunkte jedoch nicht prüfen und abwägen. Dass ein Antrag auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis mit Blick auf den Zweck der Sondernutzung hinreichend bestimmt sein muss, gilt ebenfalls unter dem Blickwinkel der Erhebung von Sondernutzungsgebühren (vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 12.11.1998 - 3 BN 2.98 - juris, Rn. 6 f.). So liegt der Fall auch hier. Für Sondernutzungen werden nach den §§ 19 a StrWG NRW, 8 Abs. 3 FStrG i.V.m. § 9 der Sondernutzungssatzung der Beklagten Sondernutzungsgebühren erhoben. Die Anzahl der Werbeanlagen ist nach der hier wohl einschlägigen Tarif-Nr. 8.4 des Gebührentarifs zur Sondernutzungssatzung bei mobilen Werbeanlagen für die Gebührenerhebung mit entscheidend. (...)"* (OVG Münster aaO)

(VGH Kassel in DÖV 2014, S. 982; Beschluss vom 09.07.2014 – 1 B 1006/14)

1. Eine Regelung, die **Tätowierungen an Körperstellen verbietet**, die beim Tragen der Dienstuniform einschließlich des kurzärmeligen Diensthemdes sichtbar sind betrifft auch das Erscheinungsbild der Betroffenen außerhalb der Dienstzeit, sodass die Einschätzung des Dienstherrn, Tätowierungen dürften im Dienst – ausgenommen beim Dienstsport – nicht sichtbar sein, weil dies dem mit dem äußeren Erscheinungsbild der Polizeivollzugskräfte der Bundespolizei verfolgten Zweck zuwiderlaufe, auf **plausible und nachvollziehbare Gründe** gestützt sein muss.
2. Tätowierungen können auch weiterhin **alleine wegen ihres Inhalts** als Ausschlussgrund bei einer Bewerbung für den Polizeivollzugsdienst bei der Bundespolizei herangezogen werden, und zwar dann, wenn es sich beispielsweise um gewaltverherrlichende, sexistische oder allgemein die Würde des **Menschen verletzende Motive** oder verbale Aussagen handelt, aber auch dann, wenn die Tätowierung Symbole aufweist, die einen Bezug zu extremen politischen Auffassungen herstellen.
3. **Großflächige Tätowierungen**, die beim Tragen der vorgeschriebenen Dienstkleidung sichtbar sind, berechtigen den Dienstherrn ungeachtet ihres Inhalts zu einem Ausschluss des eine solche Tätowierung tragenden Bewerbers von der Teilnahme am Eignungsauswahlverfahren für den gehobenen Polizeivollzugsdienst bei der Bundespolizei, weil er in der Tätowierung einen **Mangel der persönlichen Eignung des Bewerbers** sieht.

Fall: Die Antragstellerin bewarb sich zur Einstellung in den Polizeivollzugsdienst. Ihr wurde die Teilnahme am Eignungsauswahlverfahren unter Hinweis auf großflächige Tätowierungen an den gesamten Armen verweigert unter Hinweis auf entsprechende dienstrechtliche Regelungen. Die Antragstellerin begehrt, sie zum Eignungsauswahlverfahren gleichwohl zuzulassen und rügt, dass die dienstrechtlichen Vorschriften den geänderten gesellschaftlichen Vorstellungen nicht mehr entsprechenden würden und es ihre Privatsache sei, Tätowierungen zu haben. Die Antragstellerin begehrt den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Inhalt, sie zum Eignungsauswahlverfahren zuzulassen. Wird der zulässige Antrag Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn ein Obsiegen der Antragstellerin in der Hauptsache mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

Beamtenbewerber sind nach Art. 33 II GG nach ihrer Eignung auszuwählen. Fraglich ist, ob dabei auch auf vorhandene Tätowierungen abgestellt werden darf.

I. Grundrechtsrelevanz des Verbotes sichtbarer Tätowierungen

Das Verbot von sichtbaren Tätowierungen im Polizeidienst betrifft auch den Bereich der privaten Lebensgestaltung der Beamtinnen und Beamten und greift in deren Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 I GG ein. Es beschränkt zudem über die Regelung in § 3 VI. 6 der Richtlinien für die Auswahl und Einstellung von Bewerberinnen und Bewerbern nach § 14 BPolLV für den gehobenen Polizeivollzugsdienst in der Bundespolizei - EinstRL gPVD BPOL (im Folgenden: Richtlinien) auch über das Merkmal der persönlichen Eignung den Zugang zu einem öffentlichen Amt (Art. 33 II GG) und die Berufsfreiheit (Art. 12 I 1 GG). Diese Beschränkung ist nur zulässig, wenn sie mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist.

„[Es kann] daher die Ablehnung zur Zulassung zum Eignungsauswahlverfahren nur rechtfertigen ..., wenn es **geeignet und erforderlich** ist, um **dienstliche Erfordernisse**, nämlich die mit der Uniformpflicht verfolgten Zielsetzungen zu fördern, und die **Grenzen der Zumutbarkeit** für die Betroffenen wahr (BVerwG, Urteil vom 02.03.2006, - 2 C 3/05 -, juris, Rn. 21). Dabei steht der obersten Dienstbehörde bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit ein gerichtlich nur **begrenzt nachprüfbarer Einschätzungsspielraum** zu, dessen inhaltliche Reichweite insbesondere von Schwere und Intensität des jeweiligen Eingriffs abhängt (BVerwG, Urteile vom 02.03.2006, - 2 C 3/05 -, aaO und vom 15.01.1999 - 2 C 11/98 -, juris, Rn. 13; BVerfG, Kammerbeschluss vom 10.01.1991, - 2 BvR 550/90 -, juris, Rn. 6).

Da es sich bei dem **Verbot von Tätowierungen an Körperstellen, die beim Tragen der Dienstuniform einschließlich des kurzärmeligen Diensthemdes sichtbar sind** (Erlass des Bundesministeriums des Innern vom 12.05.2006, B II - 652 100/120, Ziffer II.3.), um eine Regelung handelt, die auch das **Erscheinungsbild der Betroffenen außerhalb der Dienstzeit** betrifft, muss die Einschätzung des Dienstherrn, Tätowierungen dürften im

Dienst - ausgenommen beim Dienstsport - nicht sichtbar sein (Ziffer II.3. des Erlasses vom 12. Mai 2006), weil dies dem mit dem äußeren Erscheinungsbild der Polizeivollzugskräfte der Bundespolizei verfolgten Zweck zuwider laufe, bzw. seien ein Einstellungshindernis (§ 3 Abs. 6 der Richtlinien), **auf plausible und nachvollziehbare Gründe gestützt sein.**“ (VGH Kassel aaO)

II. Vorliegen von plausiblen und nachvollziehbaren Gründen für die Regelung über die Dienstkleidung

Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist die Vorschrift des § 74 BBG ist, wonach die Bundespräsidentin oder der Bundespräsident oder die von ihr oder ihm bestimmte Stelle die Bestimmungen über **Dienstkleidung**, die bei **Wahrnehmung des Amtes üblich oder erforderlich** ist, erlässt und dass dies die Befugnis einschließt, den Trägern der Dienstkleidung auch **Vorgaben hinsichtlich des sonstigen äußeren Erscheinungsbildes** zu machen.

In dem Erlass des Bundesministeriums des Innern vom 12.05.2006 („Erscheinungsbild der Polizeikräfte der Bundespolizei“) heißt es, das Tragen der Dienstkleidung bezwecke ein **einheitliches Erscheinungsbild**, das den polizeilichen Auftrag der Gewährleistung der inneren Sicherheit glaubhaft verkörpere. Die **grundsätzliche Uniformiertheit** bedeutet nicht die Aufgabe jeglicher Individualität. Es ist aber erforderlich, dass die durch die Uniform bezweckte Erkennbarkeit und Einheitlichkeit nicht durch die abträgliche **Gestaltung von Haar- und Bartracht sowie das Tragen persönlicher Accessoires** in Frage gestellt werde. Weiter wird unter II.3. des Erlasses ausgeführt, im Dienst - ausgenommen Dienstsport - dürften Tätowierungen, Brandings, Mandies und ähnliches nicht sichtbar sein. Hieran anschließend heißt es in § 3 VI der Richtlinien, **Tätowierungen und Piercings** könnten als **Einstellungshindernis** gewertet werden.

„Das Verwaltungsgericht hat die mit dem Erlass vom 12.05.2006 zum Erscheinungsbild der Polizeivollzugskräfte der Bundespolizei verfolgten Zielsetzungen (siehe dazu auch BVerwG, Urteil vom 02.03.2006, - 2 C 3/05 -, juris, Rn. 24, 25), nämlich der **Gewährleistung und Förderung des Ansehens und des Vertrauens in der Bevölkerung** sowie der Akzeptanz polizeilicher Maßnahmen, der glaubhaften Verkörperung des polizeilichen Auftrags der Gewährleistung der inneren Sicherheit, der Verdeutlichung der Autorität der Bundespolizeibeamtinnen und -beamten und der Legitimitätsfunktion der Uniform, denen die Regelungen zum Erscheinungsbild der Polizeivollzugskräfte der Bundespolizei dienen sollen, zutreffend **als legitim angesehen**. Die dazu im Erlass vom 12.05.2006 angestellten Erwägungen, dass das Erscheinungsbild der Polizeivollzugskräfte der Bundespolizei **frei von Übertreibungen** sein soll (Ziffer I) und der Dienst in Dienstkleidung nicht geeignet ist, durch übertriebene und auffällige Äußerlichkeiten persönliche, politische der andere (Lebens-) Einstellungen aufmerksamkeitswirksam zur Schau zu stellen, sind vom Einschätzungsspielraum der Antragsgegnerin gedeckt, was von der Antragstellerin dem Grunde nach auch nicht in Frage gestellt wird.“ (VGH Kassel aaO)

Bei gebotenen Ermittlung des Rahmens des Üblichen hat sich der Dienstherr an den **Anschauungen** zu orientieren hat, die in der **heutigen pluralistischen Gesellschaft** herrschen und dass er sich einem Wandel dieser Anschauungen nicht verschließen darf. Das Phänomen von Tätowierungen und deren Beurteilung durch die Gesellschaft unterliegt Veränderungen, mit der Folge, dass auch zu prüfen ist, ob die seinerzeit bei Erlass der entsprechenden Anordnungen bzw. Richtlinien herrschenden Verhältnisse auch **noch den heutigen Gegebenheiten entsprechen** oder ob von einem Wandel der Anschauungen gesprochen werden kann, der die Erwägungen des Dienstherrn als überholt erscheinen lässt, mit der Folge, dass es der streitigen Anordnung heute an der erforderlichen Rechtfertigung fehlt (siehe dazu BVerfG, Beschluss vom 10.01.1991, - 2 BvR 550/90 -, juris, Rn. 7).

„Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, die von Verfassungs wegen gebotene **Überprüfung der maßgeblichen Anschauung in der Bevölkerung** führe zu der Erkenntnis, dass es zwar im Vergleich zu 2006, als der Erlass bezüglich des Erscheinungsbildes der Polizeivollzugskräfte des Bundes in Kraft gesetzt worden sei, sicherlich Veränderungen hinsichtlich der Zahl der Tätowierten und auch mit Blick auf die Motive und die Ausführung der Tätowierungen gegeben habe, dass gleichwohl aber zum gegenwärtigen Zeitpunkt **nichts dafür erkennbar sei**, dass in der Gesamtbevölkerung ein **diesbezüglicher Wandel** dergestalt eingetreten sei, dass **jegliche Tätowierung allgemein akzeptiert** würde, und zwar ungeachtet der Frage, ob es sich um Tätowierungen handele, die lediglich bei Freizeitaktivitäten zu bemerken seien, oder aber um solche, die auch während der Berufsausübung sichtbar seien, wird durch die in der Beschwerdebegründung angeführten Studien und die Ausführungen der Antragstellerin nicht in Frage gestellt. [wird ausgeführt].“

Durch die **Beschränkung** des Verbots der Tätowierungen auf den **sichtbaren Körperbereich**, d. h. Kopf- und Halsbereich, Hände und (beim Tragen des Sommer Diensthemdes) Unterarme, trägt der Erlass vom 12.05.2006 schließlich auch den **Interessen** der Beamtinnen und Beamten **an einem individuellen Körperschmuck** ausreichend Rechnung. Darüber hinaus gewährleistet die ein Ermessen eröffnende Regelung in § 3 VI der Richtlinien eine **differenzierende Betrachtung der Tätowierung im Einzelfall**, so dass aus den Gründen des

Beschwerdevorbringens die Auffassung des Verwaltungsgerichts zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Erlasses vom 12.05.2006 nicht in Frage gestellt wird.“ (VGH Kassel aaO)

III. Anwendung im Einzelfall

Ausgenommen vom Verbot in Ziffer II.3. des Erlasses vom 12.05.2006 sind „als kleine und dezentes Tattoos ohne besonderen Inhalt“. Der Schriftzug auf dem rechten Unterarm der Antragstellerin stellt jedoch eine großflächige Tätowierung dar, die ungeachtet ihrer verbalen Aussage den Rahmen der noch akzeptablen individuellen Auffälligkeit im äußeren Erscheinungsbild der uniformierten Bundespolizei überschreitet.

Die Antragstellerin rügt in ihrem Fall, dass der Dienstherr nur auf die Großflächigkeit ihrer Tätowierung abstelle und nicht auch andere Aspekte, nämlich zum Beispiel, wie viele Tätowierungen insgesamt vorhanden seien, welches Motiv oder Bedeutung die jeweilige Tätowierung habe und welchen Eindruck die jeweilige Person mit der Tätowierung erwecken wolle.

*„Das Verwaltungsgericht hat dazu vielmehr ausgeführt, dass es sich **von selbst verstehe**, dass Tätowierungen auch weiterhin **alleine wegen ihres Inhalts als Ausschlussgrund** bei einer Bewerbung für den Polizeivollzugsdienst bei der Bundespolizei herangezogen werden könnten, und zwar dann, wenn es sich beispielsweise um **gewaltverherrlichende, sexistische oder allgemein die Würde des Menschen verletzende Motive oder verbale Aussagen** handele, aber auch dann, wenn die Tätowierung Symbole aufwies, die einen Bezug zu extremen politischen Auffassungen herstellten, dass dagegen Tätowierungen von minderer Größe und ohne besondere Symbolik heutzutage nicht mehr als Eignungsmangel angesehen werden könnten. Damit sind die von der Antragstellerin gerügten Aspekte durchaus und in zutreffender Weise berücksichtigt.*

*Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass, wenn es sich hingegen um **großflächige, beim Tragen der vorgeschriebenen Uniform sichtbare Tätowierungen** handele, der Dienstherr **ungeachtet des Inhalts der Tätowierung berechtigt** sei, hierin einen Eignungsmangel des Bewerbers für den gehobenen Polizeivollzugsdienst in der Bundespolizei zu sehen und den Bewerber auszuschließen, ist im Hinblick auf die mit dem Verbot verfolgte Zielsetzung (siehe dazu oben) nicht zu beanstanden. Darauf, ob der Inhalt der Tätowierung in irgendeiner Weise anstößig ist oder eine Aufforderung darstellt, die Antragstellerin im Dienst täglich anzugreifen, kommt es demgegenüber nach den insoweit zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts nicht an.“ (VGH Kassel aaO)*

Die Antragstellerin weist jedoch darauf hin, dass es gegenüber Ihrer Nichtzulassung zum Eignungsauswahlverfahren mildere Mittel gegeben habe und die Maßnahme deshalb unverhältnismäßig sei, weil man ihr habe aufgeben können, nur **langärmelige Dienstkleidung** zu tragen.

*„[Das Verwaltungsgericht hat] zu Recht darauf verwiesen hat, dass dem Dienstherrn die Entscheidung vorbehalten bleibt, wie er die **Einheitlichkeit des Erscheinungsbildes** der uniformierten Polizei verwirklicht. Dies hat er in für die Beamten und Beamtinnen zumutbarer Weise mit dem Erlass vom 12.05.2006 geregelt.*

*Auch die Ausführungen der Antragsgegnerin zur Möglichkeit des **Überschminkens der Tätowierung** lassen keine Rechtsfehler erkennen. Die diesbezüglichen Ausführungen auf Seite 21 des Widerspruchsbescheides zur Alltagstauglichkeit einer derartigen Maßnahme sind nachvollziehbar und vom Ermessensspielraum der Antragsgegnerin gedeckt.“ (VGH Kassel aaO)*

Es gibt daher keine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die Antragstellerin obsiegen wird, so dass im Rahmen des Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Anordnung kein Anordnungsanspruch besteht.

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
§ 138 I

Sittenwidriges Rechtsgeschäft Vertrag über Aufnahme in Internet-Branchenverzeichnis

BGB

(LG Wuppertal in NJOZ 2014, 1891; Beschluss vom 05.06.2014 – 9 S 40/14)

Die **Aufnahme in ein Internet-Branchenverzeichnis** „www.Branche100.eu“ ist als **Leistung quasi wertlos**, da ein Internet-Nutzer, der ein Branchenverzeichnis sucht, nicht auf dieses Verzeichnis stößt. Die **verwerfliche Gesinnung des Betreibers dieses Branchenverzeichnisses** folgt daraus, dass das Angebot auf Aufnahme in das Verzeichnis ersichtlich darauf angelegt ist, den Empfänger über den wahren Gegenstand dieses Schreibens und die mit der Rücksendung verbundenen Rechtsfolgen im Unklaren zu lassen.

*„Zu Recht hat das AG auf eine **Sittenwidrigkeit** i. S. des § 138 BGB abgestellt. Der durch Rücksendung des „Brancheneintragsantrags“ zu Stande gekommene Vertrag erfüllt die Voraussetzungen an ein **wucherähnliches Rechtsgeschäft** i. S. des § 138 I BGB. Ein solches erfordert nach ständiger höchstrichterlicher Rspr. sowohl ein **objektiv auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung** als auch das **Zutage treten einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten** (BGH NJW 2003, 2230 m. w. Nachw.). Ein objektiv auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung liegt vor: Der Leistung der Bekl. in Form einer jährlichen Zahlung von 910 Euro netto steht als Gegenleistung ihr Eintrag in das Internet-Branchenverzeichnis „www.Branche100.eu“ gegenüber. Letztere Gegenleistung ist jedoch quasi wertlos. Eine Internet-Recherche der Kammer vom heutigen Tage hat ergeben, dass das Verzeichnis „www.Branche100.eu“ nach Eingabe der Begriffe „Branchenbuch“, „Branchenverzeichnis“ oder „Gelbe Seiten“ in die (marktführenden) Suchmaschinen Google, Bing und Ask auf den jeweils ersten fünf Suchtrefferseiten nicht erscheint. Mithin stößt ein Internet-Nutzer, der ein Branchenverzeichnis sucht („googelt“) zwar z. B. auf die Internet-Portale „www...de“, „www...de“ oder „www...de“, keineswegs aber auf das Angebot der Kl. Dabei wäre es für sie ein Leichtes, etwa durch Schaltung von Anzeigen in den genannten Suchmaschinen, eine entsprechende Nutzerzahl zu generieren. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Kl. auf andere Weise Nutzer des Verzeichnisses generieren würde. Der Eintrag in einem Branchenverzeichnis, welches niemand nutzt, ist aber quasi wertlos.“ (LG Wuppertal aaO)*

BGB
§§ 145, 433

Erfüllungsanspruch Anmeldung mit falschen Daten auf eBay

BGB

(AG Kerpen in NJOZ 2014, 1886; Urteil vom 27.06.2014 – 104 C 106/14)

Meldet sich ein Nutzer unter Angabe von falschen persönlichen Daten (hier: Angabe von fingierten Daten, die auf eine nicht existierende Person verweisen) bei eBay an, so **kann er nicht in rechtlicher wirksamer Weise an Auktionen teilnehmen** und hat daher auch **keinen Erfüllungsanspruch**.

*„Zu den wesentlichen, unverzichtbaren Bestandteilen eines Vertrags (den sog. „essentialia negotii“) gehört, zwischen welchen Personen überhaupt eine Einigung zu Stande kommen soll. Bei Verträgen, welche unter Inanspruchnahme der eBay-Plattform geschlossen werden, kommt dabei den **Nutzungsbedingungen eine entscheidende Bedeutung** zu. Für die Frage, unter welchen Umständen eine Auktion vorzeitig beendet werden kann, entspricht dies der Rspr. des BGH (vgl. dazu NJW 2011, 2643). Die Nutzungsbedingungen haben aber auch Einfluss darauf, ob überhaupt von einem wirksam geschlossenen Vertrag ausgegangen werden kann. Im Wege der Auslegung besteht dabei kein Zweifel daran, dass der Vertrag zwischen den Personen zu Stande kommen soll, auf welche die Anmelde Daten verweisen. Diese Daten werden dabei freilich nicht „veröffentlicht“, im Internet agieren die beteiligten Personen unter einem von ihnen gewählten Pseudonym. Bei der durch eBay vermittelten Einigung treten daher zunächst die persönlichen Daten eines Nutzers vollständig in den Hintergrund. Dieser Umstand ändert aber nichts an ihrer **rechtlichen Relevanz**. So **bilden die bei eBay hinterlegten Daten die entscheidenden Anknüpfungspunkte, um überhaupt feststellen zu können, zwischen welchen Personen ein Vertrag zu Stande gekommen sein soll**, welche Personen sich also hinter denen von ihnen gewählten Pseudonymen befinden.*

Werden dort nun aber falsche Angaben gemacht, so ist es dem „vermeintlichen Vertragspartner“ nicht möglich, überhaupt auf die Person zuzugreifen, mit welcher der „Vertrag“ zu Stande gekommen sein soll. Diese Person kann vielmehr allenfalls im Wege von aufwändigen Recherchen, etwa über die so genannte IP-Adresse des Computers, ausfindig gemacht werden. Selbst ein solcher Versuch ist zum Scheitern verurteilt, falls zum Beispiel ein öffentliches WLAN Netz benutzt wurde.

*Der **Richtigkeit der bei eBay hinterlegten Daten** kommt daher **für die Abwicklung eines Vertrags entscheidende Bedeutung** zu; dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn es zu juristischen Auseinandersetzungen zwischen den Bet. kommen sollte.*

*Dies alles macht die Personen, welche bei eBay Waren anbieten oder kaufen wollen schutzwürdig. Zu berücksichtigen ist dann auch, dass es nach den Nutzungsbedingungen von eBay insbesondere verboten ist, „**unehrlich oder irreführend zu handeln**“ (vgl. dazu schon oben). Auf eine solche **Irreführung** ist aber das Vorgehen des Kl. ausgerichtet. Seine falschen Angaben dienen der Täuschung im Rechtsverkehr, mit ihnen verbirgt er seine wahre Identität gegenüber anderen Nutzern der Plattform.*

Nach Auffassung des Gerichts richtet sich nun aber die Offerte, welche der Bekl. durch die Einstellung seines Angebots bei eBay gemacht hat, nur an solche Personen, welche ihrerseits die Nutzungsbedingungen einhalten und nicht im Internet mit irreführenden und täuschenden Angaben auftreten. Die von dem Bekl. gemachte Offerte richtete sich deshalb schon gar nicht an den Kl. Die Nutzungsbedingungen bei eBay lassen daher nicht nur Rückschlüsse darauf zu, unter welchen Bedingungen etwa eine Aktion abgebrochen werden kann (vgl. dazu BGH NJW 2011, 2643), sondern auch darauf, welchen Personen überhaupt die Plattform zum Abschluss von Verträgen dienen soll. Nach der Interpretation der Nutzungsbedingungen durch das Gericht sind alle Personen von der Nutzung ausgeschlossen, die bei der Anmeldung ihre wahre Identität verbergen und zur Täuschung dazu falsche Angaben machen.“ (AG Kerpen aaO)

Amtshaftungsanspruch

Haftung der Post für unrichtige Postzustellungsurkunde

(OLG Hamm in NVwZ-RR 2014, 914; Urteil vom 18.06.2014 – 11 U 98/13)

Die **Post** hat dem Empfänger einer Zustellung **den durch eine falsch beurkundete Zustellung entstandenen Schaden zu ersetzen.**

„Aus § 33 I PostG folgt die **Pflicht, Schriftstücke nach den Vorschriften der Prozessordnungen zuzustellen.** Die nach § 182 I 1 ZPO anzufertigende Postzustellungsurkunde muss dabei die nach § 182 II ZPO erforderlichen Angaben enthalten. Die Angaben müssen vor allem im Hinblick auf die Beweiskraft der Postzustellungsurkunde richtig sein. Gegen diese Pflicht hat die Bkl. verstoßen: Die **Postzustellungsurkunde ist inhaltlich nicht richtig ausgefüllt** (wird ausgeführt).

Die sich aus § 33 PostG ergebende **(Amts-)Pflicht schützt auch den Empfänger der Postsendung** (Badura, Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl. 2004, § 35 Rn. 5, § 16 I PostG a. F.).“ (OLG Hamm aaO)

Sexueller Missbrauch

Nur akustische Wahrnehmbarkeit der Tathandlung

(BGH in NJW-RR 2014, 3672; Beschluss vom 21.10.2014 – 1 StR 79/14)

Für die Erfüllung des **objektiven Tatbestands des § 176 IV Nr. 1 StGB** ist es **ausreichend, wenn die sexuelle Handlung von dem Kind zeitgleich akustisch wahrgenommen wird.**

- I. **Auf eine körperliche Nähe zwischen dem Täter und dem wahrnehmenden Kind kommt es** für die Verwirklichung des Tatbestands des § 176 StGB **nicht an** (BGHSt 53, 283 = NJW 2009, 1892 = NStZ 2009, 500; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 176 Rn. 9; Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 176 Rn. 12; Schönke/Schröder, § 184 g Rn. 20; LK-StGB/Hörnle, 12. Aufl., § 176 Rn. 74; MüKo-StGB/Renzikowski, 2. Aufl., § 176 Rn. 32; Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 176 Rn. 16).

„Die Strafbarkeit von sexuellen Handlungen „vor“ einem anderen ist gem. § 184 g Nr. 2 StGB auf solche Handlungen beschränkt, die vor einem anderen vorgenommen werden, der den **Vorgang wahrnimmt.** Dies **bedeutet aber nicht, dass sich Täter und Opfer bei der Tatbegehung zwangsläufig in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander befinden müssen.** Für die **Verwirklichung des Straftatbestands ist nicht die räumliche Gegenwart des Opfers bei Vornahme der sexuellen Handlungen ausschlaggebend, sondern dessen Wahrnehmung von dem äußeren Vorgang der sexuellen Handlung,** die angesichts moderner Übermittlungsformen von der bloßen Gegenwart des Betrachters nicht abhängig ist. Allein dieses soll durch das Erfordernis des Handelns „vor“ einem anderen zum Ausdruck gebracht werden. Dem entspricht es auch, dass der Gesetzgeber stets davon ausgegangen ist, dass solche Handlungen erfasst werden, die ohne unmittelbaren Körperkontakt erfolgen (BT-Drs. VI/3521, 37; BT-Drs. 13/9064, 10) und sich bewusst in Ansehung der Möglichkeit, dass auch **exhibitionistische Handlungen mit einer gewissen Distanz zwischen Täter und Betrachter** unter die Norm fallen, gegen die Einfügung des Wortes „unmittelbar“ vor dem Wort „vor“ in § 176 V Nr. 1 StGB a. F. (heute § 176 IV Nr. 1 StGB) entschieden hat (BT-Drs. VI/3521, 37; vgl. auch MüKo-StGB/Hörnle, § 184 g Rn. 14 unter Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Norm im Jahre 1973 das Problem medial vermittelter Kontakte noch nicht gesehen hat).“ (BGH aaO)

- II. Dass es bei der Verwirklichung des Tatbestands des § 176 IV Nr. 1 StGB maßgeblich auf die Wahrnehmung des Kindes ankommt und nicht auf eine unmittelbare räumliche Nähe zwischen Täter und Opfer, wird nach BGH aaO auch bei einem **Vergleich mit den übrigen in § 176 IV StGB enthaltenen Tatbestandsvarianten** deutlich.

„**Keine** der in § 176 IV Nr. 2–4 StGB genannten **sexualbezogenen Einwirkungen auf ein Kind erfordert eine unmittelbare räumliche Nähe zwischen Täter und Opfer.** Selbst Tathandlungen, die wie in § 176 IV Nr. 3 und 4 StGB von wesentlich geringerer Intensität sind als die von § 176 IV Nr. 1 StGB erfassten und dennoch dieselbe Strafandrohung aufweisen, setzen eine unmittelbare räumliche Beziehung nicht voraus. Vielmehr stellen auch diese Varianten, die für die Tatbestandsverwirklichung ein Einwirken auf ein Kind mittels bloßer Gedankenäußerung, etwa durch Schriften i. S. des § 11 III StGB (§ 176 IV Nr. 3 StGB) oder durch Vorzeigen pornografischer Abbildungen, durch Abspielen von Tonträgern pornografischen Inhalts oder durch Reden mit entsprechendem Inhalt (§ 176 IV Nr. 4 StGB), ausreichen lassen, wesentlich auf die Wahrnehmung solcher Gedankenäußerungen durch das Kind ab. Nichts anderes gilt deshalb für die von § 176 IV Nr. 1 StGB erfassten sexuellen Handlungen (so schon BGHSt 53, 283 = NJW 2009, 1892 = NStZ 2009, 500).“ (BGH aaO)

- III. Auch aus der Entscheidung des **BGH** vom 31.10.1995 (BGHSt 41, 285 = NJW 1996, 1068 = NStZ 1996, 131) ergibt sich nichts anderes.

„Zwar vermeinte der **BGH** in dieser Entscheidung eine Strafbarkeit nach § 176 V Nr. 2 StGB a. F. („ein Kind dazu bestimmt, dass es sexuelle Handlungen vor ihm oder einem Dritten vornimmt“) in der bis zum 31.03.1998 geltenden Fassung in einem Fall, in dem der Täter nur über eine Telefonverbindung ein Kind zu sexuellen Handlungen „vor ihm“ bestimmen wollte, weil es an einer räumlichen Nähe zwischen Täter und Opfer fehlte (i. d. S. auch BGHSt 29, 29 = NJW 1980, 791 in Abgrenzung zu der Begehungsvariante der Nr. 3, nicht tragend und ohne Begründung). Danach – ersichtlich auch mit Blick auf die Entscheidung vom 31.10.1995 – **änderte der Gesetzgeber die Fassung der Vorschrift** dahin, dass es ausreicht, dass das Kind sexuelle Handlungen „an sich“ vornimmt (§ 176 III Nr. 2 StGB, in Kraft seit dem 01.04.1998). Mit dieser erweiterten Fassung wollte der Gesetzgeber gerade auch den Fall erfassen, „dass sog. Verbalerotiker Kinder durch Telefonanrufe“ zu sexuellen Manipulationen veranlassen (BT-Drs. 13/9064, 11). Die **abweichenden Entscheidungen erfolgten damit zum alten Recht und sind hinfällig** (so schon BGHSt 53, 283 = NJW 2009, 1892 = NStZ 2009, 500).“ (BGH aaO)

- IV. Es ist zur Erfüllung des **objektiven Tatbestands des § 176 IV Nr. 1 StGB** ausreichend, dass die **sexuelle Handlung von dem Kind zeitgleich akustisch wahrgenommen wird** (LK-StGB/Hörnle, § 176 Rn. 74; MüKo-StGB/Renzikowski, § 176 Rn. 32; vgl. auch LK-StGB/Laufhütte/Roggenbuck § 184 g Rn. 18; MüKo-StGB/Hörnle, § 184 g Rn. 13 f.; Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 176 Rn. 16, der allgemein das Zurückgreifen auf Hilfsmittel für die Wahrnehmung genügen lässt).

„Anhaltspunkte dafür, die tatbestandsmäßige Wahrnehmung auf eine optische zu beschränken, ergeben sich weder aus dem **Wortlaut der Vorschrift** noch lassen sie sich aus einer **teleologischen Auslegung** gewinnen. Der Gesetzgeber hat zudem

deutlich zum Ausdruck gebracht, dass auch Telefonanrufe, mithin akustische Vermittlungen ausreichen können (BT-Drs. 13/9064, 11 zu § 176 III Nr. 2 StGB aF, heute § 176 IV Nr. 2 StGB). Bereits bei der Schaffung der Vorschrift durch das 4. StrRG (BGBl. I 1973, 1727) hat er zur Ausfüllung des **Begriffs der Vornahme einer sexuellen Handlung** vor einem anderen ausgeführt, dass die Wahrnehmung derselben **nicht notwendig auf das Visuelle beschränkt** ist.

Gesetzeswortlaut, Materialien und Sinn und Zweck der Vorschrift lassen aber deutlich werden, dass in Abgrenzung zu den Begehungsvarianten des § 176 IV Nr. 3 und 4 StGB nur eine **zeitgleiche Wahrnehmung genügen kann** (so schon BGHSt 53, 283 = NJW 2009, 1892 = NStZ 2009, 500: unmittelbare Wahrnehmung im Sinne einer simultanen Übertragung). Das **Abspielen von Aufzeichnungen fällt danach nicht unter § 176 IV Nr. 1 StGB** (MüKo-StGB/Renzikowski, § 176 Rn. 33, der auf die Wahrnehmung in Echtzeit abstellt; MüKo-StGB/Hörnle, § 184 g Rn. 14, auf die Gleichzeitigkeit von Handlung und Wahrnehmung abstellend; Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 176 Rn. 16: zeitgleiche, simultane Übertragung, „Live“).“ (BGH aaO)

StGB
§ 212

Totschlag

StGB

Bedingter Tötungsvorsatz bei Zufahren auf Polizeibeamte
(BGH in NStZ-RR 2014, 371; Beschluss vom 09.10.2013 – 4 StR 364/13)

Beim **gezielten Zufahren auf Polizeibeamte** ist die **Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes regelmäßig fernliegend**, weil der Täter, sofern keine fallspezifischen gegenläufigen Anhaltspunkte vorliegen, regelmäßig davon ausgeht, dass Polizeibeamte der ihnen drohenden Gefahr ausweichen.

„Bedingten Tötungsvorsatz hat, wer den Eintritt des Todes als mögliche Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und billigend in Kauf nimmt (Willenselement). Beide Elemente müssen durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände erfolgen (BGH NStZ-RR 2013, 242; BGH NStZ 2012, 443; BGH NStZ 2011, 699 m. w. Nachw.).

Dabei ist die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende **objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ein wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens-, als auch für das Willenselement** (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 242; BGH NStZ 2012, 443 m. w. Nachw.). Hat der Täter eine offensichtlich besonders gefährliche Gewalthandlung begangen, kann im Einzelfall allein daraus der Schluss auf ein Wissen um die **vorhandene Lebensgefahr und deren Inkaufnahme** gezogen werden (vgl. BGH NStZ 2012, 207 m. w. Nachw.). Der Tatrichter ist jedoch nicht gehalten, seinen Feststellungen zur objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung immer die ausschlaggebende indizielle Bedeutung beizumessen (BGH NStZ-RR 2013, 242; BGH NStZ-RR 2013, 169).

Der Umstand, dass der Angekl. die Flucht erzwang, obwohl ihn die Zeugin W an einer Weiterfahrt hindern wollte, vermag eine erhöhte Risikoeinschätzung für sich genommen nicht zu begründen. **Erfahrungsgemäß weichen Polizeibeamte Kraftfahrern aus, die eine Polizeisperre durchbrechen wollen**, obgleich es ihnen gerade auf deren Anhaltung ankommt (vgl. BGH NStZ-RR 1996, 97; BGH BGHR StGB § 212 I Vorsatz, bedingter 28; BGH VRS 64, 191). Anhaltspunkte dafür, dass der Angekl. im konkreten Fall Grund für die Annahme hatte, die Zeugin W werde zur Durchsetzung ihrer berechtigten Anhalteaufforderung ein erhöhtes Eigenrisiko eingehen, können dem festgestellten Sachverhalt nicht entnommen werden.“ (BGH aaO)

StGB
§ 235 I Nr. 1

Entziehung Minderjähriger Fernhalten eines Elternteils

StGB

(BGH in NJW 2014, 3589; Beschluss vom 17.09.2014 – 1 StR 387/14)

Eine **Entziehung Minderjähriger** liegt auch dann vor, wenn ein **sorgeberechtigter Elternteil zwangsweise** für eine gewisse Dauer **von seinem minderjährigen Kind ferngehalten** wird.

„Den Eltern „entzogen“ ist der Minderjährige schon dann, wenn das **Recht zur Erziehung, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung durch räumliche Trennung für eine gewisse, nicht nur ganz vorübergehende Dauer so beeinträchtigt** wird, dass es **nicht ausgeübt werden kann** (vgl. BGH NStZ 1996, 333).

Eine Entziehung i. S. dieser Vorschrift liegt nicht nur vor, wenn der Minderjährige unter den Voraussetzungen des § 235 I Nr. 1 StGB vom Elternteil entfernt wird, sondern auch, wenn der **Elternteil unter diesen Voraussetzungen vom Minderjährigen entfernt und ferngehalten wird** (vgl. hierzu auch Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 235 Rn. 6; MüKo-StGB/Wieck-Noodt, 2. Aufl., § 235 Rn. 38; SK-StGB/Wolters, 8. Aufl., § 235 Rn. 4; LK-StGB/Gribbohm, 11. Aufl., § 235 Rn. 49 ff.). Denn das von § 235 StGB **vorrangig geschützte Rechtsgut des Sorgerechts der für den jungen Menschen verantwortlichen Personen** und das daraus abgeleitete **Obhuts- und Aufenthaltsbestimmungsrecht** (vgl. hierzu BGHSt 44, 355 = NJW 1999, 1344) sind **auch verletzt, wenn ein Elternteil selbst räumlich entfernt wird und seine Rechte deshalb nicht wahrnehmen kann**.

Das der Angekl. selbst ebenfalls sorgeberechtigt war, steht der Anwendung des § 235 StGB nicht entgegen: Grds. kann eine Kindesentziehung auch von einem Elternteil gegenüber dem anderen begangen werden, sofern jedem Elternteil das Personensorgerecht zumindest teilweise zusteht (vgl. u. a. BGHSt 44, 355 = NJW 1999, 1344). Die räumliche Trennung war im vorliegenden Fall auch nicht von nur ganz vorübergehender Dauer.“ (BGH aaO)

BauO NRW
§ 61 I 2

Anscheinsstörer Bauherr

öffR

(OVG NRW in DÖV 2014, 986; Beschluss vom 28.04.2014 – 10 A018/13)

Auch im **Bauordnungsrecht** muss sich nach den zum sog. **Anscheinsstörer** entwickelten Grundsätzen im Einzelfall **derjenige als Ordnungspflichtiger behandeln** lassen, der nach außen hin als Bauherr auftritt und sich aus der Sicht der Bauaufsichtsbehörde auch wie ein solcher benimmt.

„Die Störereigenschaft des Ordnungspflichtigen gehört zu den Eingriffsvoraussetzungen des § 61 I 2 BauO NRW, sodass auch insoweit für die gerichtliche Prüfung der Zeitpunkt des Erlasses der Ordnungsverfügung maßgeblich ist. Zwar hat der Kl. Unterlagen vor-

gelegt, die die Stellung der K.-GmbH als Mieterin der Räume und als Arbeitgeberin für das dort beschäftigte Personal und damit ihre **bauordnungsrechtliche Verantwortlichkeit für die formell illegale Nutzung der Räume** belegen. Jedoch befreit der Umstand, dass das Handeln des Kl. der K.-GmbH als Handeln ihres Geschäftsführers zugerechnet werden kann, den Kl. selbst nicht von seiner Verantwortlichkeit für sein eigenes bauordnungsrechtlich relevantes Tun. Ob sich insoweit eine Störereigenschaft bereits daraus ergibt, dass der Kläger persönlich die Betriebsabläufe des Wettbüros zentral und umfassend gesteuert und als für die Betriebsabläufe Verantwortlicher auch die **Sachherrschaftsgewalt** über die Räume innegehabt hat (vgl. zur Verantwortlichkeit einer für eine juristische Person verantwortlich tätigen natürlichen Person neben der juristischen Person OVG NRW, Urteil vom 21. November 2012 - 16 A 85/09 - sowie Beschluss vom 26. März 2007 - 20 B 61/07 -, juris), kann offen bleiben. Denn auch derjenige muss sich nach **ordnungsrechtlichem Verständnis** als Ordnungspflichtiger behandeln lassen, der **nach außen als Bauherr auftritt** und sich **aus Sicht der Bauaufsichtsbehörde auch so benimmt. Im Bauordnungsrecht gelten die im Polizei- und Ordnungsrecht zum sog. Ansehensstörer entwickelten Grundsätze ebenfalls** (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26. Februar 2013 - 2 A 1674/10 -; OVG des Saarlandes, Beschluss vom 2. Juli 2012 - 2 A 446/11 -; VG München, Urteil vom 28. Mai 1996 - M 1 K 94.3966 -, juris).“ (OVG NRW aaO)

BauGB
§ 45

Baugenehmigung Schriftformerfordernis und Genehmigungsvermerk

BauGB

(HessVGH in DÖV 2014, 986; Urteil vom 25.06.2014 – 3 A 1024/13)

Aus dem **Schriftformerfordernis der Baugenehmigung** folgt, dass **Inhalt der Baugenehmigung nur dasjenige** sein kann, **was schriftlicher Inhalt der Genehmigungsurkunde einschließlich Genehmigungsvermerk geworden ist.**

„Der **Inhalt und der Umfang einer Baugenehmigung** werden **durch den Bauschein und die darin enthaltenen Nebenbestimmungen sowie die mit Genehmigungsvermerk versehenen Bauvorlagen des Bauantragstellers bestimmt** (vgl. Hess. VGH, Urteil vom 09.04.2001 - 9 UE 1066/97 -; OVG Berlin, Beschluss vom 26.01.1995 - 2 S 35.94 - BRS 57 Nr. 193; OVG des Saarlandes, Urteil vom 03.12.1982 - 3 R 182/81 - BRS 220 Nr. 220; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.06.1993 - 5 S 874/92 - BRS 55 Nr. 162; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10.12.1996 - 10 A 4248/92 - BRS 58 Nr. 216). Die nicht mit einem Genehmigungsvermerk versehenen Zeichnungen oder Dokumente, ungeachtet dessen, ob sie in der Baugenehmigungsakte enthalten sind, werden nicht zum Bestandteil der Baugenehmigung. Ohne den Genehmigungsvermerk nehmen Pläne und andere Dokumente nicht an der Schriftform der Baugenehmigung und damit an ihrer **Beweisfunktion** teil, gleichgültig, ob und inwieweit mündliche Absprachen zwischen Bediensteten der Bauverwaltung bzw. der das Einvernehmen zur Baugenehmigung erteilenden Gemeinde und dem Bauherrn erfolgt sind.

Maßgeblich ist allein, was als objektiver Erklärungsinhalt in der Baugenehmigung zum Ausdruck gebracht worden ist. Still-schweigende oder konkludente Genehmigungen sind dem Baurecht angesichts der zwingend vorgeschriebenen Schriftform **fremd** (vgl. Hess. VGH, Urteil vom 09.04.2001 - 9 UE 1066/97 -; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10.12.1996 - 10 A 4248/92 - a. a. O.). Umstände, die nicht im Bauschein selbst oder aus den mit Genehmigungsvermerk versehenen und vom Bauherrn eingereichten Bauvorlagen hervorgehen, können nicht zum Regelungsinhalt der Baugenehmigung werden. Dies gilt selbst für Umstände, über die zwischen Bauaufsichtsbehörde und Bauherr bei Erteilung Einigkeit bestanden hat.

Diese Auslegung ist nicht nur aufgrund der Regelung des Gesetzgebers geboten, dass eine Baugenehmigung schriftlich zu erteilen ist. Auch der **dingliche Charakter einer Baugenehmigung**, der darin zum Ausdruck kommt, dass die Baugenehmigung auch für und gegen den Rechtsnachfolger wirkt, macht es notwendig, einer Baugenehmigung nur den Inhalt beizumessen, der ihr bei objektiver Betrachtung des Bauscheins und der mit Genehmigungsvermerk versehenen Bauvorlagen zukommt. **Absprachen oder einseitige Vorbehalte sind für den Inhalt der Baugenehmigung solange belanglos**, wie sie nicht ihren Niederschlag im Bauschein oder den genehmigten Bauvorlagen gefunden haben (vgl. insgesamt Hess. VGH, Urteil vom 09.04.2001 - 9 UE 1066/97 -; Beschluss vom 16.01.2006 - 3 UZ 2024/05 -; Hess. VGH, Beschluss vom 07.02.2008, 3 UZ 473/07, juris).“ (HessVGH aaO)

BWLHG
§ 36 VII

Entzug des Doktorgrades wegen „Unwürdigkeit“ Auslegung des Begriffs der „Unwürdigkeit“

öffR

(BVerfG in NVwZ 2014, 1571; Beschluss vom 03.09.2014 – 1 BvR 3353/13)

Die **Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Unwürdigkeit“** in § 36 VII BWLHG n. F. (ehemals § 35 VII BWLHG a. F.) durch den VGH Mannheim (BeckRS 2011, 54117) und das BVerwG (NVwZ 2013, 1614 = NJW 2014, 1128), wozu nach der Entzug des Doktorgrades wegen „Unwürdigkeit“ nur bei wissenschaftsbezogenen Verfehlungen in Betracht kommt, ist **verfassungsrechtlich unbedenklich** und **genügt insbesondere dem Bestimmtheitsgebot.**

„Dem Bestimmtheitsgebot wird genügt, wenn sich aus der gesetzlichen Regelung und ihrer Zielsetzung richtungsweisende Gesichtspunkte für die Auslegung der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe ergeben. Das ist bei dem **Begriff der Würdigkeit** der Fall, der sich **im Wissenschaftsrecht durch Wesen und Bedeutung des akademischen Grads präzisieren lässt.** Ein solches **wissenschaftsbezogenes Verständnis** des an sich unscharfen Begriffs der Würdigkeit erzwingt eine **restriktive Handhabung** durch den unmittelbaren Bezug zu der mit dem Doktorgrad verbundenen fachlich-wissenschaftlichen Qualifikation. Dies hält den verfassungsrechtlichen Anforderungen stand, weil es das die Unwürdigkeit begründende Fehlverhalten funktionell mit dem Wesen und der Bedeutung des akademischen Grads verknüpft (vgl. BVerfG BeckRS 1988, 06632; s. auch Lorenz DVBl 2005, 1242; v. Coelln FuL 2011, 278; Stumpf, BRJ Sonderausgabe 2011, 8). Das BVerwG hat insofern auch zutreffend darauf hingewiesen, dass die Unwürdigkeit **ausschließlich wissenschaftsbezogen auszulegen ist, und eine Entziehung eines akademischen Titels etwa bei Verfehlungen außerhalb des Wissenschaftsbetriebs nicht in Betracht komme.** Das verstieße gegen das **Bestimmtheitsgebot**, weil damit für eine Entscheidung über die Unwürdigkeit Kriterien herangezogen werden würden – wie eine Enttäuschung traditioneller gesellschaftlicher Vorstellungen über den Doktorgrad –, die keine gesetzliche Grundlage haben. Zudem sind die Hochschulen zur Abgabe und Durchsetzung solcher außerhalb der Wissenschaft angesiedelter Werturteile nicht berufen.“ (BVerfG aaO)

GlüStV
§§ 3 I, 33

Glücksspiel
Wetten aufs Wetter

öffR

(BVerwG in MMR 2014, 783; Urteil vom 09.07.2014 – 8 C 7.13)

Die von einem Möbel- und Einrichtungshaus geplante Werbeaktion „**Sie bekommen den Kaufpreis zurück, wenn es am ... regnet**“ ist **kein Glücksspiel i.S.d. § 3 I GlüStV**.

„Ein Glücksspiel liegt nach der **Legaldefinition des § 3 I 1 GlüStV** vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die **Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt**. Das BVerwG (MMR 2014, 207) hat bereits entschieden, dass sich jedenfalls das Tatbestandsmerkmal des „Entgelts für den Erwerb einer Gewinnchance“ gem. § 3 I 1 GlüStV mit dem des „Einsatzes“ für ein Glücksspiel i. S. des § 284 StGB insoweit deckt, als verlangt wird, dass die **Gewinnchance gerade aus dem Entgelt erwächst**. Das ist der Fall, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Entgelt und Gewinnchance besteht. Dazu muss sich die Gewinnchance gerade aus der Entgeltzahlung ergeben. Hieran hält der Senat auch nach erneuter Prüfung der Sach- und Rechtslage fest.

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor: Auch während der geplanten Werbeaktion entrichten die Kunden bei ihren Einkäufen im Einrichtungszentrum der Kl. den Kaufpreis nicht für den Erwerb einer Gewinnchance, sondern für die zu erwerbende Ware. Für Waren mit einem Preis unter € 100,- steht dies zwischen den Parteien nicht im Streit. Nichts anderes gilt aber auch für den Kauf von Möbeln oder anderen Einrichtungsgegenständen zu einem Preis von € 100,- oder mehr. Auch dann ist **Gegenstand des Rechtsgeschäfts der Erwerb der Ware**. Hierauf ist die Kaufentscheidung ausgerichtet; hiervon wird sie geprägt. Die Kunden wollen dabei ein Möbelstück oder einen anderen Kaufgegenstand zu einem marktgerechten Preis erwerben. Auch während der Werbeaktion haben sie die Möglichkeit, Preisvergleiche bei Konkurrenten anzustellen und ihre Kaufentscheidung zur Deckung des von ihnen gesehenen Bedarfs an der zu erwerbenden Ware frei zu treffen. Ob der Kaufentschluss dabei von anderen Motiven der Käufer, von in Aussicht gestellten Rabatten oder Zugaben oder anderen Werbemaßnahmen des Einrichtungszentrums beeinflusst wird oder nicht, ist für Inhalt und Gegenstand des Rechtsgeschäfts ohne Bedeutung. Entscheidend ist, dass der Kaufpreis für den Erwerb der Ware verlangt und entrichtet wird.“ (BVerwG aaO)

VereinsG
§§ 2 I, 3 I 1

Vereinsverbot
Begriffsdefinition

öffR

(BVerwG in DÖV 2014, 1023; Urteil vom 14.05.2014 – 6 A 3.13)

Die **Begriffsmerkmale eines Vereins** im Sinne des Vereinsgesetzes sind **weit auszulegen**.

„[Nach § 2 VereinsG] ist ein Verein i. S. des Gesetzes ohne Rücksicht auf die Rechtsform jede Vereinigung, zu der sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat.

Die **Begriffsmerkmale des § 2 I VereinsG sind weit auszulegen**. Dies ist in der Instanzrechtsprechung (VGH Mannheim NVwZ-RR 1993, 25, OVG Lüneburg DVBl 2013, 1406) und im Schrifttum (Groh, Das Deutsche Bundesrecht, Vereinsgesetz, Loseblattsammlung, Stand: März 2014, I F 10, § 2 Rn. 2 ff.; Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Vereinsgesetz, Loseblattsammlung, Bd. 4, Stand: November 2013, V 52, § 2 Rn. 2 ff.) zu Recht nicht umstritten. Eine **weite Auslegung entspricht** einerseits **dem gefahrenabwehrrechtlichen Zweck des Vereinsgesetzes**. Sie **dient** andererseits **dem Schutz der Vereinigungsfreiheit**, da die Existenz einer Vereinigung, die die Voraussetzungen eines Vereins i. S. des § 2 I VereinsG erfüllt, nur gem. § 3 I VereinsG und nach Feststellung des Vorliegens eines Verbotssgrunds nach Art. 9 II GG beendet werden darf (vgl. BTDrucks 4/430 S. 13).

Auch bei einer extensiven Interpretation des Vereinsbegriffs kann zwar ein **Zusammenschluss von Personen** nur dann angenommen werden, wenn diese sich **durch einen konstitutiven Akt verbunden** haben. Jedoch **dürfen an die Qualität dieses Aktes keine hohen Anforderungen gestellt** werden. Eine **stillschweigende Übereinkunft reicht aus**. Hinsichtlich des gemeinsamen Zwecks genügt eine **faktische Übereinstimmung über die wesentlichen Ziele des Zusammenschlusses**, gleichviel worin diese Ziele bestehen. Die vom Willen der einzelnen Mitglieder losgelöste und organisierte **Gesamtwillensbildung**, der die Mitglieder kraft der **Verbandsdisziplin** untergeordnet sein müssen, erfordert weder eine Satzung noch spezifische Vereinsorgane. Ausreichend ist eine **Organisationsstruktur**, die faktisch auf eine organisierte Willensbildung schließen lässt. Das Vorliegen sämtlicher Begriffsmerkmale kann aus Indizien hergeleitet werden.“ (BVerwG aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 530

Erkennbar übersehener Gesichtspunkt in Berufung
keine Präklusion bei Stellungnahme nach gerichtlichem Hinweis
(BGH in NZBau 2014, 779; Beschluss vom 01.10.2014 – VII ZR 28/13)

ZPO

1. Stützt ein Berufungsgericht in einem Hinweis nach § 522 II 2 ZPO seine Rechtsauffassung auf einen Gesichtspunkt, den der Berufungskläger erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, muss diesem Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, § 139 II 1 ZPO.
2. Die hierdurch veranlassten neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel dürfen nicht zurückgewiesen werden.

A. Grundlagenwissen: Neues Vorbringen in der Berufungsinstanz (vgl. BeckOK- Vorwerk/Wolf – Wulf zu § 531 ZPO)

I. Allgemeines

Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel (zum Begriff § 530 ZPO Rn 4) bedürfen für ihre Berücksichtigung der Zulassung durch das Berufungsgericht nach § 531 II ZPO. Das **Präklusionsrecht** und damit auch der grundsätzliche Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug findet aber keine Anwendung auf unstrittige Tatsachen. **Unstreitiges** und damit nicht beweisbedürftiges Vorbringen hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung **ohne weiteres** nach § 529 I ZPO zugrunde zu legen (BGHZ 177, 212 = NJW 2008, 3434; BGH NJW 2009, 2532; FamRZ 2010, 636), unabhängig davon, ob bei seiner Berücksichtigung eine Beweisaufnahme erforderlich wird (BGHZ 161, 138 = NJW 2005, 291). Ebenfalls können erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung neu entstandene Angriffs- und Verteidigungsmittel ohne die sich aus § 531 II ZPO ergebenden Beschränkungen in das Berufungsverfahren eingeführt werden (BGH NJW-RR 2010, 1478).

„Neu“ im Sinne des § 531 II ZPO ist ein Angriffs- und Verteidigungsmittel, wenn es bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht vorgebracht worden und daher im erstinstanzlichen Urteil gem. § 296a ZPO unberücksichtigt geblieben ist (BGH NJW 2004, 2382).

II. Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel, § 531 II ZPO

§ 531 II ZPO schließt neue Angriffs- und Verteidigungsmittel grds. aus und macht ihre ausnahmsweise Zulassung vom Vorliegen der besonderen in § 531 II 1 Nr. 1–3 ZPO aufgeführten Zulassungsgründe abhängig. Unerheblich ist, ob das Vorbringen die Erledigung des Rechtsstreits verzögert.

1. § 531 II 1 Nr. 1 ZPO

Eine Zulassung hat bei **erkennbar übersehenen oder für unerheblich gehaltenen Gesichtspunkten** zu erfolgen.

Gesichtspunkt ist dabei **jede** für die Entscheidung erhebliche **tatsächliche oder rechtliche Erwägung**. Der Zulassungsgrund trägt dem Gedanken Rechnung, dass das Berufungsgericht eine vom Erstgericht **abweichende Rechtsauffassung** vertritt und es auf dieser Grundlage an einem hinreichenden erstinstanzlichen Parteivortrag fehlt. Zudem sollen die Parteien nicht gezwungen sein, erstinstanzlich vorsorglich auch solche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzutragen, die vom Standpunkt des Erstgerichts unerheblich sind (BGH NJW-RR 2004, 927; NJW-RR 2006, 1292).

2. § 531 II 1 Nr. 2 ZPO

Die Bestimmung erfasst die Fälle, in denen eine Partei aufgrund eines **objektiven Verfahrensfehlers des Erstgerichts** Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht vorgebracht hat. Darunter fällt insbesondere der Fall, dass nach § 139 ZPO gebotene Hinweise unterbleiben (BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152), sei es in Gestalt eines **erforderlichen Hinweises nach § 139 I 2 ZPO** zur Ergänzung und Vervollständigung des Vorbringens (BGH NJW 2005, 2624) oder eines **Hinweises nach § 139 II ZPO**, wenn das Erstgericht seine Entscheidung auf einen von der Partei erkennbar übersehenen Gesichtspunkt stützt (BGH NJW-RR 2005, 213).

Ob ein Hinweis erforderlich ist, beurteilt sich aus der Sicht des Erstrichters, der bei einer fehlerhaften Rechtsauffassung gleichwohl seiner Hinweispflicht genügen muss. Wird ein Hinweis – verfahrensfehlerfrei – auf der Grundlage dieser unzutreffenden Rechtsauffassung erteilt, kann sich daran der Zulassungsgrund des § 531 II 1 Nr. 1 ZPO anschließen. Eine Zulassung nach § 531 II 1 Nr. 2 ZPO hat auch dann zu erfolgen, wenn der Partei verfahrensfehlerhaft Vortrag abgeschnitten wird, so etwa, wenn das Erstgericht vor Ablauf einer eingeräumten Schriftsatzfrist seine Entscheidung erlässt (BGH NJW 2008, 3361).

3. § 531 II 1 Nr. 3 ZPO

Die Bestimmung des § 531 II 1 Nr. 3 ZPO eröffnet die Möglichkeit des Vorbringens neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel auch ohne eine Ursächlichkeit durch das Erstgericht, wenn es nicht auf Nachlässigkeit der Partei beruht.

Nachlässig handelt eine Partei, wenn sie die **tatsächlichen Umstände nicht vorbringt**, deren **Relevanz** für den Rechtsstreit ihr bekannt sind oder bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt **hätten bekannt sein müssen** und zu deren Geltendmachung sie im ersten Rechtszug imstande ist (BGHZ 158, 295 = NJW 2004, 2152; BGH NJW 2006, 152). Für eine Nachlässigkeit reicht auch **einfache Fahrlässigkeit** aus (BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2025; BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2825).

Allerdings dürfen an die Informations- und Substantiierungslast der Partei **keine zu hohen Anforderungen** gestellt werden (BGH NJW 2006, 152). Grundsätzlich müssen der Partei die Umstände bekannt sein (BGH NJW 2003, 200). Es besteht **keine Verpflichtung, unbekannte tatsächliche Umstände zu ermitteln** (BGH NJW-RR 2009, 329). Eine Partei kann davon ausgehen, dass die Gegenseite ihrer prozessualen Wahrheitspflicht nachkommt und hat ohne greifbare Anhaltspunkte keine Veranlassung, die Richtigkeit der ihr unbekannteren Angaben des Gegners in Zweifel zu ziehen oder gegenteilige Ermittlungen anzustellen (BGH VersR 2009, 1683).

Erst nach der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung entstandene Tatsachen oder Angriffs- und Verteidigungsmittel können vorgetragen werden (BGH NJW-RR 2005, 1687), **auch wenn die Partei sie selbst geschaffen hat**, wie etwa die Ausübung von Gestaltungsrechten oder unstreitige Fristsetzungen (BGH NJW 2009, 2532) oder wenn Einwendungen auf eine nachträgliche Abtretung gestützt werden (BGH GRUR 2011, 853). Eine Partei ist ferner **nicht verpflichtet**, Einwendungen gegen ein **gerichtliches Gutachten** mit einem Privatgutachten **zu untermauern** oder sich Sachwissen anzueignen. Ist hierfür eine besondere Sachkunde erforderlich, kann auch in der Berufungsinstanz ein Privatgutachten vorgelegt oder nach Einholung sachverständigen Rates weiter vorgetragen werden (BGHZ 159, 245 = NJW 2004, 2825; BGH NJW 2006, 152; NJW 2007, 1531).

B. Berücksichtigung neuen Vorbringens bei Hinweis des Gerichts zu übersehenem Gesichtspunkt (vgl. BGH in NZBau 2014, 779)

Fall: Die Kl. verlangt von dem Bekl. Architektenhonorar. Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob zwischen ihnen ein Architektenvertrag zu Stande gekommen ist. Die Kl. ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in der sich drei Architekten zur gemeinsamen Berufsausübung zusammengeschlossen haben. Der Bekl. ist ein eingetragener gemeinnütziger Verein mit dem Ziel des deutsch-russischen Kulturaustauschs, der unter an-

derem in B. zweisprachige Kindertagesstätten betreibt. Der Bekl. plante die Eröffnung einer weiteren Kindertagesstätte und erwoag die Einrichtung einer zweisprachigen Grundschule. Er suchte nach geeigneten Gewerberäumen. Im Rahmen dieser Suche wurde der Bekl. auf die Gewerberäume in der P-Straße in B. aufmerksam. Die Kl. übersandte K, der Geschäftsführerin des Bekl., unter dem 08.07.2010 einen Architektenvertrag betreffend die Umnutzung des genannten Gebäudes zu einer Grundschule, einem Kindergarten, einer Kunstschule, einer Verwaltung, eines Internatsbereichs und einer Mensa. In diesem Vertrag sind der Bekl. als Bauherr und die Kl. als Architekt genannt. K unterzeichnete diesen Vertrag unter dem 14.07.2010. Die Kl. erbrachte daraufhin Planungsleistungen, für die sie als Abschlagszahlung 37.932,01 Euro verlangt. Der Bekl. meint, zur Zahlung unter anderem deshalb nicht verpflichtet zu sein, weil die Geschäftsführerin keine Vertretungsmacht zum Abschluss des Architektenvertrags gehabt habe und die Architektenleistung mangelhaft und für ihn wertlos sei. In dem Vereinsregister heißt es zur Vertretung des Bekl.:

"Der Verein wird gerichtlich und außergerichtlich vertreten durch den Vorsitzenden oder seinen Stellvertreter zusammen mit einem anderen Vorstandsmitglied."

In der Satzung des Beklagten heißt es in § 7 unter anderem:

1. "Der Vorstand besteht aus

(1.) dem/der Vorsitzenden.

(2.) drei stellvertretenden Vorsitzenden

(3.) dem/der Schriftführer/in

(4.) dem/der Schatzmeister/in

...

2. Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und außergerichtlich im Sinne des § 26 des BGB.

Der Vorsitzende oder sein Stellvertreter vertreten den Verein gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied.

3. Über Grundstücks- und Kreditgeschäfte sowie Verpflichtungen über DM 10.000 entscheidet der Vorstand gemeinsam."

Erstinstanzlich war die Klage mangels Vertretungsmacht der K. abgewiesen worden. Die Klägerin hatte allerdings Zeugen für den Umstand benannt, dass die Vertretungsberechtigten die K. zum Vertragsabschluss bevollmächtigt hatten. Die entsprechend benannten Zeugen hatte das LG nicht vernommen, da es der Auffassung war, diese Behauptung sei unerheblich. Gegen das klageabweisende Urteil legte die Klägerin Berufung ein, in welchem die Nichtvernehmung der Zeugen als verfahrensfehlerhaft gerügt wurde. Das Berufungsgericht wies in einem Hinweis nach § 522 II 2 ZPO darauf hin, dass nach den Vertretungsregelungen des Beklagten aus der Satzung dieser durch den Vorsitzenden oder seinen Stellvertreter zusammen mit einem weiteren Vorstandsmitglied vertreten werde. Eine Bevollmächtigung der Geschäftsführerin nur durch den Vorstandsvorsitzenden reiche nicht aus. Die neue Behauptung der Klägerin im nachgelassenen Schriftsatz vom 05.11.2012, dass neben dem Vorstandsvorsitzenden mindestens noch ein weiteres Vorstandsmitglied die Geschäftsführerin K. bevollmächtigt habe, sei nach §§ 520, 530, 296 ZPO verspätet. Dies hätte innerhalb der Berufungsbegründungsfrist vorgetragen werden können und müssen. Das Berufungsgericht wies die Berufung zurück und ließ die Revision nicht zu. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Nichtzulassungsbeschwerde. Zu Recht?

Das Berufungsurteil könnte auf einer Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG beruhen und deshalb aufzuheben sein. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs könnte darauf beruhen, dass das Berufungsgericht den neuen Vortrag der Klägerin als verspätet nicht berücksichtigt hat.

*„Bleiben **Angriffsmittel** einer Partei deswegen **unberücksichtigt**, weil der Tatrichter sie in **offenkundig fehlerhafter Anwendung einer Präklusionsvorschrift** wie des § 530 ZPO zu Unrecht für ausgeschlossen erachtet hat, so ist zugleich das **rechtliche Gehör** (Art. 103 Abs. 1 GG) der Partei **verletzt** (vgl. BGH, Beschluss vom 02.09.2013 - VII ZR 242/12, juris Rn. 7; Beschluss vom 21.03.2013 - VII ZR 58/12, BauR 2013, 1146 Rn. 9 = NZBau 2013, 433, jeweils zu § 531 ZPO).“* (BGH aaO)

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist demnach nur anzunehmen, wenn der neue Vortrag zu Unrecht außer Betracht gelassen wurde. Fraglich ist, ob dies der Fall ist.

*„Stützt ein Berufungsgericht in einem Hinweis nach § 522 II 2 ZPO seine Rechtsauffassung auf einen **Gesichtspunkt, den der Berufungskläger erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten** hat, muss diesem Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, § 139 II 1 ZPO. Die hierdurch veranlassten neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel dürfen nicht zurückgewiesen werden.“* (BGH aaO)

Dies könnte aber hier der Fall sein, da die Klägerin erst durch den Hinweis des Berufungsgerichts Ausführungen hinsichtlich der Bevollmächtigung der Geschäftsführerin durch eine weitere Person gemacht hat, während das Landgericht diesen Aspekt offenbar für irrelevant gehalten hatte.

„Der vom Berufungsgericht präkludierte Vortrag Klägerin, neben dem Vorstandsvorsitzenden habe mindestens noch ein weiteres Vorstandsmitglied zusammen mit diesem die Geschäftsführerin K. bevollmächtigt, die Klägerin mit den Architektenleistungen zu beauftragen und den Architektenvertrag zu unterschreiben, war durch den Hinweis des Berufungsgerichts im Beschluss vom 20.09.2012 veranlasst und erfolgte fristgerecht innerhalb der der Klägerin gewährten Stellungnahmefrist. Dieser Hinweis war nach § 139 II ZPO geboten. Den Gesichtspunkt, dass eine **Bevollmächtigung der Geschäftsführerin K.** zum Abschluss des Architektenvertrags **durch den Vorstandsvorsitzenden allein** nach der Satzung **nicht genügt**, sondern eine Bevollmächtigung durch ein weiteres Vorstandsmitglied erforderlich ist, hatte die Klägerin **erkennbar übersehen**; das Landgericht hat sich zu diesem Gesichtspunkt nicht geäußert. Die Klägerin hatte erkennbar weder den vom Beklagten mit der Klageerweiterung vorgelegten Vereinsregisterauszug noch die von ihr mit der Berufungsbegründung vorgelegte Satzung zum Anlass genommen, das Erfordernis der Vertretung durch mehrere Personen zu bedenken.

Soweit das Berufungsgericht im Beschluss vom 20.09.2012 ausführt, auf die einschlägige Vertretungsregel habe bereits der Beklagte im Schriftsatz vom 22.09.2011 hingewiesen, trifft dies so nicht zu. Der Vortrag des Beklagten in jenem Schriftsatz erschöpfte sich in einer Wiedergabe des Inhalts des Vereinsregisterauszugs.

Zu Unrecht hat das Berufungsgericht [daher] angenommen, dass die Klägerin mit ihrem - mit Zeugenbeweis antritt versehenen - Vorbringen aus dem Schriftsatz vom 05.11.2012, Seite 4, neben dem Vorstandsvorsitzenden habe mindestens noch ein weiteres Vorstandsmitglied zusammen mit diesem die Geschäftsführerin K. bevollmächtigt, die Klägerin mit den Architektenleistungen zu beauftragen und den Architektenvertrag zu unterschreiben, gemäß §§ 530, 520, 296 ZPO ausgeschlossen bleibt.“ (BGH aaO)

Danach ist die Klägerin in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt.

Der angefochtene Beschluss beruht auch auf dem Verfahrensverstoß. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht zu einer für die Klägerin günstigeren Entscheidung gelangt wäre, wenn es den genannten Vortrag berücksichtigt und den angebotenen Zeugenbeweis (Schriftsatz vom 05.11.2012, Seite 4) erhoben hätte.

Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 544 VII ZPO.

„Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen, § 563 I 2 ZPO. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich gegebenenfalls mit den weiteren Rügen der Klägerin in der Nichtzulassungsbeschwerde auseinanderzusetzen. Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass eine Beschränkung der Vertretungsmacht, die sich möglicherweise aus § 7 Nr. 3 der Satzung ergibt, in der Eintragung im Vereinsregister gemäß dem vorgelegten Ausdruck keine Entsprechung hat und deshalb § 70 i.V.m. § 68 S.1 BGB zu berücksichtigen ist.“ (BGH aaO)

ZPO **Zulassung der Berufung wegen Inkongruenz** ZPO
§ 511 IV 1 Nr. 1 Alt. 3 **abweichende Auffassung des Instanzgerichts**
(BVerfG in NZI 2014, 975, Beschluss vom 12.8.2014 – 2 BvR 176/12)

1. Die Berufung ist auch dann zur **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** erforderlich, wenn die obergerichtliche Rechtsprechung einhellig ist, jedoch ein Instanzgericht von ihr abweichen will.
2. In einem solchen Fall gebietet es der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, die Berufung wegen Inkongruenz zuzulassen.

A. Grundlagenwissen: Das Gebot effektiven Rechtsschutzes

Durch die grundgesetzlichen Gewährleistungen ist der Bürger vor unzulässigen Eingriffen in seine Rechte nur dann effektiv geschützt, wenn er die Beachtung seiner Rechte auch vor einem Gericht einklagen kann. Art. 19 IV GG ist jedoch nicht nur auf den Schutz der Grundrechte beschränkt, sondern bezieht sich auf die Prüfung der **Verletzung einfachgesetzlicher Normen**. Anderenfalls wären die Grundrechte leere Formeln ohne praktische Bedeutung. Insofern ist Art. 19 IV GG sowohl ein formelles Grundrecht als auch ein Verfahrensgrundrecht. Es bietet einen **lückenlosen gerichtlichen Rechtsschutz vor staatlichen Maßnahmen**.

Der Rechtsweg ist gewährleistet gegen **Maßnahmen der öffentlichen Gewalt**, die eine **Rechtsverletzung** herbeiführen können. Von dieser Gewährleistung ist nicht das Recht umfasst, wegen einer vermeintlichen Grundrechtsverletzung das Bundesverfassungsgericht anrufen zu können. Diese Möglichkeit wird durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als Spezialnorm ausdrücklich geregelt und unterfällt der Rechtsschutzgarantie nicht.

I. Maßnahme der öffentlichen Gewalt

Grundsätzlich fallen unter den Begriff der öffentlichen Gewalt die **drei Staatsgewalten** Legislative, Judikative und Exekutive. Fraglich ist dieser Begriff auch im Rahmen des Art. 19 IV GG gilt.

1. Exekutive

Der Schutz gegen Maßnahmen der Exekutive als der Gewalt, die **Gesetze ausführt**, ist ohne weiteres gegeben. Insbesondere ist nach heutiger Ansicht auch **in den sog. besonderen Gewaltverhältnissen** (Beamte, Schüler, Strafgefangene usw.) der Rechtsschutz **nicht ausgeschlossen**, sondern auch hier besteht ein Anspruch auf gerichtliche Prüfung von Maßnahmen.

2. Judikative

Es ist zweifelhaft, ob Art. 19 IV GG nicht nur den Schutz durch den Richter gewährleistet, sondern auch gegen Entscheidungen des Richters. Dies ist nach nahezu einhelliger Auffassung jedoch nicht der Fall. Dies wird damit begründet, dass der Bürger nur einen Anspruch darauf hat, dass sich **überhaupt ein Gericht** mit der Angelegenheit befasst, **nicht** aber, dass auch ein **Rechtszug** gewährleistet wird. Ein solcher wäre aber Voraussetzung um den Schutz gegen richterliche Entscheidungen in den Schutzbereich des Art. 19 IV GG mit einzubeziehen. Diese Auslegung berücksichtigt das Erfordernis der **Rechtssicherheit**. Wäre gegen jede richterliche Entscheidung wegen Art. 19 IV GG immer und immer wieder eine gerichtliche Prüfung möglich, könnte nie von einer Bestandskraft ausgegangen werden und Rechtssicherheit würde nicht mehr bestehen (BVerfG 15, 280; 65, 90; BVerfG NJW 2003, 3687).

3. Legislative

Die gerichtliche Überprüfung von Gesetzen durch die abstrakte und konkrete Normenkontrolle ist in Art. 93 GG ausdrücklich geregelt. Danach steht es grundsätzlich nicht in der Macht des Einzelnen unabhängig von einer konkreten Rechtsverletzung die Prüfung eines formellen Gesetzes zu veranlassen. Diese Grundentscheidung, dem Einzelnen grundsätzlich nicht das **Recht zur Einleitung einer Normenkon-**

trolle zu verleihen, darf durch eine weite Auslegung des Art. 19 IV GG nicht unterlaufen werden (BVerfGE 24, 33 [49]). Die **Gesetzgebung** durch das Parlament ist damit vom **Schutzbereich des Art. 19 IV GG ausgenommen**.

II. Rechtsverletzung

Art. 19 IV GG sichert den Rechtsweg gegen Rechtsverletzungen. Eine Berufung auf Art. 19 IV GG ist nur dann möglich, wenn subjektive Rechte des Verfahrensführers betroffen sind, wobei hierunter sowohl die **privaten** als auch die **öffentlichen Rechte** fallen, soweit diese auch dem Schutz des Betroffenen dienen.

Eine Rechtsverletzung liegt in einem **rechtswidrigen Eingriff** in diese Rechte. Allerdings besteht die Garantie effektiven Rechtsschutzes nicht erst dann, wenn die Verletzung tatsächlich feststeht, sondern bereits dann, wenn sie geltend gemacht, also nach dem Vortrag vorliegen kann (vgl. § 42 II VwGO).

Bereits Art. 19 IV GG sieht mit dieser Voraussetzung den **Ausschluss der Popular- und Verbandsklage** vor, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen wird.

III. Begriff des Rechtsweges

Die Rechtsweggarantie umfasst den **Zugang zum Gericht**, das **Verfahren vor dem Gericht** und die **Entscheidung durch das Gericht**. Hierbei muss es sich um ein staatliches Gericht handeln, das den Anforderungen an Art. 92 und 97 GG genügt.

Allerdings ist verbürgt nur der **einmalige Zugang** zum Gericht, hingegen ist der Gesetzgeber **nicht** verpflichtet, einen mehrstufigen **Instanzenzug** zur Verfügung zu stellen.

Art. 19 IV GG garantiert darüber hinaus aber nicht nur, dass sich ein Gericht überhaupt mit der Angelegenheit befasst, sondern erforderlich ist vielmehr die **Zurverfügungstellung effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten**, die vom Betroffenen tatsächlich in Anspruch genommen werden können und nicht nach unangemessen langer Zeit zu einer Entscheidung führen.

B. Zulassung der Berufung wegen Inkongruenz bei abweichender Auffassung des Instanzgerichts (vgl. BVerfG in NZI 2014, 975)

Fall: Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Nichtzulassung der Berufung in einem Zivilrechtsstreit. Der Bf. ist Insolvenzverwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer GmbH. Das Insolvenzverfahren wurde auf einen Antrag aus dem Oktober 2009 im Januar 2010 eröffnet. Im September 2009 hatte die bereits zahlungsunfähige Insolvenzschuldnerin 322,07 Euro an den von einer Gläubigerin beauftragten Gerichtsvollzieher gezahlt. In dem Ausgangsverfahren verlangte der Bf. von der Gläubigerin die Rückzahlung dieses Betrags, weil die im Wege der Zwangsvollstreckung oder unter dem Druck angekündigter Zwangsvollstreckung erfolgte Befriedigung i.S.v. § 131 InsO als inkongruent anzusehen sei. Nach Eingang der Klage wies das AG (NZI 2012, 277) darauf hin, dass es die obergerichtliche Rechtsauffassung nicht teile, nach der Zahlungen, die unter dem Druck der Zwangsvollstreckung erfolgen, inkongruent seien. Der Bf. trat dem entgegen und regte die Zulassung der Berufung an.

Mit dem angegriffenen Urteil wies das AG die Klage ab. Die Leistung eines Gemeinschuldners in Zeiten der Krise im Rahmen einer Einzelzwangsvollstreckung sei zwar nach ständiger Rechtsprechung der Obergerichte inkongruent. Das AG schließe sich dieser Rechtsauffassung aber nicht an. Die Berufung sei nicht zuzulassen, da die Sache keine grundsätzliche Bedeutung habe und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des BerGer. erforderten. Dem AG sei aus einem anderen Verfahren bekannt, dass das zuständige LG die Rechtsauffassung der Obergerichte teile. Die zu Grunde liegende Rechtsfrage sei somit geklärt. Die Zulassung der Berufung diene nicht dazu, eine der Partei ungünstige Rechtsauffassung eines AG durch die für sie günstigere Rechtsauffassung des BerGer. zu ersetzen. Die gegen die unterbliebene Zulassung der Berufung gerichtete Anhörungsgrüße des Bf. wies das AG zurück. Eine Zulassung der Berufung komme nicht in Betracht, wenn der BGH eine Frage längst geklärt habe. Vorliegend gebe es eine gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung, die auch in jüngerer Zeit nicht von der Literatur oder unteren Gerichten in Frage gestellt werde. Die abweichende Ansicht des AG sei in der Sache zwar richtig, aber eine absolute Mindermeinung. Eine Rechtsfortbildung sei leider nicht zu erwarten.

Mit der Verfassungsbeschwerde wendet sich der Bf. gegen das Urteil und den seine Anhörungsgrüße zurückweisenden Beschluss. Die unterbliebene Zulassung der Berufung verstoße gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG sowie gegen Art. 3 I, Art. 101 I 2 und Art. 103 I GG. Das AG habe objektiv willkürlich die Sicherung der Rechtseinheitlichkeit im Zuständigkeitsbereich des BerGer. vereitelt. Dadurch habe es auch die Gewährleistung des gesetzlichen Richters, das Gebot effektiven Rechtsschutzes und den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Trifft dies zu?

Das Urteil des AG könnte den Bf. in seinem Grundrecht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG verletzen indem das AG durch eine aus Sachgründen nicht zu rechtfertigende Handhabung von § 511 IV 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO den Zugang des Bf. zur Berufungsinstanz unzumutbar eingeschränkt hat.

I. Inhalt des Gebotes effektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess

„Für den Zivilprozess ergibt sich das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus dem allgemeinen **Justizgewährungsanspruch** gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG (vgl. BVerfGE 85, 337 [345] = NJW 1992, 1673; BVerfGE 97, 169 [185] = NJW 1998, 1475). Es beeinflusst die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen, die für die Eröffnung eines Rechtswegs und die Beschreitung eines Instanzenzugs von Bedeutung sind. Hat der Gesetzgeber sich für die Eröffnung einer weiteren Instanz entschieden und sieht die betreffende Prozessordnung dementsprechend ein **Rechtsmittel** vor, so darf der **Zugang** dazu **nicht in unzumutbarer**, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender **Weise erschwert werden** (vgl. BVerfGE 69, 381 [385] = NJW 1986, 244; BVerfGE 74, 228 [234] = NJW 1987, 2067; BVerfGE 77, 275 [284] = NJW 1988, 1255; BVerfGE 104, 220 [231 f.] = NJW 2002, 2456; BVerfGE 125, 104 [136 f.] = NVwZ 2010, 634; BVerfG, NJW 2005, 1931). Aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigen, damit **objektiv willkürlich**, und den Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar einschränkend ist eine Entscheidung insbesondere dann, wenn das Gericht ohne Auseinandersetzung mit der Sach- und Rechtslage eine **offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt** oder deren Inhalt bei Auslegung und Anwendung in krasser Weise missdeutet (vgl. BVerfGE 87, 273 [278 f.] = NJW 1993, 996; BVerfGE 89, 1 [13 f.] = NJW 1993, 2035; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 19.12.2013 – 1 BvR 859/13, BeckRS 2014, 46308, Rn. 21).“ (BVerfG aaO)

II. falsche Anwendung von § 511 IV 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO

Das AG könnte durch eine in sachlich nicht zu rechtfertigender Weise falsche Anwendung von § 511 IV 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO (Zulassung der Berufung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung) das Gebot effektiven Rechtsschutzes verletzt haben

1. Zulassung der Berufung nach § 511 IV 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO

„Nach § 511 IV 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO lässt das Gericht des ersten Rechtszugs die Berufung gegen ein die Partei mit nicht mehr als 600 Euro beschwerendes Urteil zu, wenn die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des BerGer. erfordert. Damit soll ausweislich der Gesetzesmaterialien vermieden werden, dass im Zuständigkeitsbereich eines BerGer. **schwer erträgliche Unterschiede in der Rechtsprechung** entstehen oder fortbestehen, wobei es darauf ankommt, welche Bedeutung die angefochtene Entscheidung für die Rechtsprechung im Ganzen hat. Von solchen Unterschieden ist bei der Abweichung von der Entscheidung eines höherrangigen Gerichts in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage insbesondere dann auszugehen, wenn die **Rechtsfrage von allgemeiner Bedeutung** ist, weil sie in einer **Mehrzahl von Fällen** auftreten kann (vgl. BT-Drs. 14/4722, 93 (104); BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 26.5.2004 – 1 BvR 2682/03, BeckRS 2004, 22699 und NJW 2004, 2584, jew. Rn. 13; [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 19.12.2013 – 1 BvR 859/13, BeckRS 2014, 46308 Rn. 23).“ (BVerfG aaO)

2. Anwendung der Norm durch das AG

„Es hat sich **ausdrücklich in Widerspruch** zu einer im Entscheidungszeitpunkt gegebenen, von dem Bf. angeführten **einheitlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung** gesetzt. Ferner ist es davon ausgegangen, dass die **Abweichung entscheidungserheblich** war, der Bf. also in der Berufungsinstanz voraussichtlich obsiegt hätte. Schließlich betraf die Abweichung eine Rechtsfrage, die sich auch **künftig in einer Vielzahl von Sachverhalten** stellen wird.

Vor diesem Hintergrund hätte das AG, wenn es die **obergerichtliche Rechtsprechung** zur Insolvenzanfechtung nach § 131 InsO für **falsch** hielt und wie geschehen in der Sache **abweichend entscheiden** wollte, gem. § 511 IV 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die **Berufung zulassen müssen**. Die Erwägungen, aus einem anderen Verfahren sei bereits bekannt, dass das zuständige LG die Rechtsauffassung der Obergerichte teile, die zu Grunde liegende Rechtsfrage sei somit geklärt, die Zulassung der Berufung diene nicht dazu, eine der Partei ungünstige Rechtsauffassung eines AG durch die für sie günstigere Rechtsauffassung des BerGer. zu ersetzen, sind **in keiner Weise mit Wortlaut und Zweck von § 511 IV 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO vereinbar**.

Die **objektiv willkürliche Nichtzulassung der Berufung** schließt den Bf. von dem verfassungsrechtlich gebotenen Zugang zum Rechtsweg aus und ist mit dem Gebot wirkungsvollen Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats] v. 19.12.2013 – 1 BvR 859/13, BeckRS 2014, 46308 Rn. 20 ff.).

Ob dadurch auch das **Willkürverbot** (Art. 3 I GG; vgl. BVerfGK 12, 298 [301 f.]; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 26.5.2004 – 1 BvR 2682/03, BeckRS 2004, 22699 = BeckRS 2004, 22926 und NJW 2004, 2584, jew. Rn. 13), der **Anspruch auf den gesetzlichen Richter** (Art. 101 I 2 GG; vgl. BVerfGK 2, 202 [204] = BeckRS 2004, 20401; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 2012, 1715 Rn. 18 und NJW 2014, 2417 Rn. 22) und das **Verfahrensgrundrecht auf rechtliches Gehör** (Art. 103 I GG) verletzt sind, bedarf keiner Entscheidung. Der Bf. verfolgt mit seinen entsprechenden Rügen kein weitergehendes Anfechtungsziel.“ (BVerfG aaO)“ (BVerfG aaO)

(BVerfG in NJW 2014, 3504; Beschluss vom 26.08.2014 – 2 BvR 2400/13)

Die sich aus § 243 IV 1 StPO ergebende **Mitteilungspflicht erfasst auch die Negativmitteilung**, dass keine Gespräche über die Möglichkeit einer Verständigung stattgefunden haben.

Fall: Das LG Potsdam verurteilte den Bf. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe. Mit der Revision rügte die Verteidigung des Bf. u. a. einen Verstoß gegen § 243 IV 1 StPO und führte zur Begründung an, dass die Vorsitzende es versäumt habe, in der Hauptverhandlung mitzuteilen, ob Erörterungen nach den §§ 202 a, 212 StPO stattgefunden hätten. Der BGH verwarf die Revision insoweit als unbegründet und nahm u. a. Bezug auf ein Urteil des BGH (BGHSt 58, 315 = NJW 2013, 3045), das die Schlussfolgerung enthalte, dass eine Mitteilungspflicht nach § 243 IV 1 StPO dann nicht bestehe, wenn keine auf eine Verständigung hinzielenden Gespräche stattgefunden haben.

I. Ein **verfassungsgerichtliches Eingreifen** gegenüber Entscheidungen der Fachgerichte unter dem Gesichtspunkt des **Willkürverbots** kommt **nur in Ausnahmefällen** in Betracht.

Willkürlich ist ein Richterspruch nicht bereits dann, wenn die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren Fehler aufweisen. Hinzukommen muss vielmehr, dass Rechtsanwendung oder Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht. Dabei enthält die Feststellung von Willkür keinen subjektiven Schuldvorwurf. Willkür ist vielmehr in einem objektiven Sinne zu verstehen (vgl. BVerfGE 62, 189 = NJW 1983, 809; BVerfGE 80, 48 = NJW 1989, 1917; BVerfGE 86, 59 = NJW 1992, 1675; stRspr).

II. Die **Auslegung des § 243 IV 1 StPO, wonach eine Mitteilungspflicht** gemäß dieser Vorschrift **nicht bestehe, wenn keine** auf eine Verständigung hinzielenden **Gespräche stattgefunden haben, ist nach BVerfG aaO unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich haltbar.**

1. Zunächst ist festzustellen, dass eine **solche Auslegung** in unvertretbarer und damit objektiv willkürlicher Weise **gegen den eindeutigen objektivierten Willen des Gesetzgebers verstößt.**

„§ 243 IV 1 StPO lautet: „Der Vorsitzende teilt mit, ob Erörterungen nach den §§ 202 a, 212 stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257 c) gewesen ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt.“

Der **Wortlaut** der sprachlich wenig geglückten Norm erscheint zwar auf den ersten Blick mehrdeutig (einerseits „ob“, andererseits „wenn“), **lässt** aber durch die weitere Formulierung „und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt“ **auf das Bestehen einer Mitteilungspflicht auch für den Fall schließen, dass keine Verständigungsgespräche stattgefunden haben** (sog. Negativmitteilungspflicht), weil es des Zusatzes „und wenn ja“ ansonsten nicht bedurft hätte. Da der Gesetzeswortlaut selbst bei einer Ersetzung des „ob“ durch ein „dass“ wegen der nachfolgenden konditionalen Doppelung („wenn“, „und wenn ja“) unverständlich bliebe, ist nicht das „ob“, sondern das „wenn“ als Redaktionsversehen einzuordnen und die Vorschrift dahingehend zu verstehen, dass der Vorsitzende mitteilt, ob Erörterungen stattgefunden haben, deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gewesen ist, und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt (so zu Recht Frister in SK- StPO, 4. Aufl. 2011, § 243 Rn. 43).“ (BVerfG aaO)

2. Die **Gesetzessystematik spricht ebenfalls für eine Negativmitteilungspflicht.**

„Wenn in § 243 IV 2 StPO von „Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhandlung“ die Rede ist, lässt dies allein den Schluss zu, dass zu Beginn der Hauptverhandlung in jedem Fall eine Mitteilung – sei es positiv oder negativ – zu erfolgen hat. Eine klare **Bestätigung dieser Sichtweise** findet sich **in § 78 II OWiG**, der für die Hauptverhandlung nach Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid folgende Sonderregelung trifft: § 243 IV StPO gilt nur, wenn eine Erörterung stattgefunden hat; § 273 I a 3 und II der Strafprozessordnung ist nicht anzuwenden.

Daraus ergibt sich im Umkehrschluss eindeutig, dass im „normalen“ Strafprozess eine Mitteilungspflicht nach § 243 IV 1 StPO auch dann besteht, wenn keine Erörterung stattgefunden hat. Anderenfalls wäre § 78 II Hs. 1 OWiG sinnlos.“ (BVerfG aaO)

3. Auch die **Materialien zum Verständigungsgesetz** belegen eindeutig, dass der Gesetzgeber für den „normalen“ Strafprozess eine Negativmitteilungspflicht einführen wollte.

„In der **Begründung zum Regierungsentwurf eines Verständigungsgesetzes** (BT-Drs. 16/12310, 16) heißt es bzgl. § 78 II OWiG: „Für diese wenigen „geeigneten“ Fälle ist es auch grds. gerechtfertigt, die im Strafverfahren aufgestellten prozessualen Anforderungen und Bedingungen auch im Bußgeldverfahren greifen zu lassen.“ Als eine nicht gerechtfertigte Anforderung erschiene es jedoch, auch den Regelfall, also das Unterlassen einer solchen Verständigung, protokollieren zu müssen; das gleiche gilt für die in § 243 IV StPO-E enthaltene Pflicht, auch eine Nichterörterung mitzuteilen. In § 78 II OWiG-E wird daher die Protokollierungspflicht nach § 273 I a 3 StPO-E für nicht anwendbar erklärt und die Mitteilungspflicht nach § 243 IV StPO-E auf die Fälle beschränkt, in denen eine Erörterung im Sinne dieser Vorschrift stattgefunden hat.“ (BVerfG aaO)

III. Der **Bundesrat** ist in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf **der Einführung einer Negativmitteilungspflicht in § 243 IV 1 StPO** mit folgenden Erwägungen **entgegengetreten** (BT-Drs. 16/12310, 18):

„Eine Mitteilung des Vorsitzenden, dass keine Erörterungen nach den §§ 202 a, 212 zum Zwecke einer möglichen Verständigung stattgefunden haben, ist weder erforderlich noch zweckmäßig. Nur für den Fall, dass Gespräche mit dem Ziel einer einvernehmlichen Absprache tatsächlich stattgefunden haben, besteht ein Bedürfnis, dies in der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung mitzuteilen und hierdurch transparent zu machen. Über Negativtatsachen braucht hingegen nicht berichtet zu werden, da diese nicht Gegenstand der Hauptverhandlung sind. Dies entspricht auch dem Grundsatz der negativen Beweislast [sic!] des Protokolls über die Hauptverhandlung. Eine anderweitige Regelung stünde daher nicht im Einklang mit der Systematik des Strafverfahrens.“

Dementsprechend hat der Bundesrat folgende abweichende Fassung des § 243 IV 1 StPO vorgeschlagen: „Haben Erörterungen nach den §§ 202 a, 212 zum Zwecke einer möglichen Verständigung (§ 257 c) stattgefunden, so teilt der Vorsitzende dies und deren wesentlichen Inhalt mit.“

Dieser **Vorschlag ist jedoch nicht Gesetz geworden**. Es blieb vielmehr bei der im Regierungsentwurf vorgesehenen Fassung.

IV. **Sinn und Zweck des dem Verständigungsgesetz zu Grunde liegenden Regelungskonzepts**, das die Schaffung umfassender Transparenz in Bezug auf Verständigungen im Strafprozess vorsieht (vgl. BVerfGE 133, 168 [= NJW 2013, 1058]), sprechen ebenfalls für eine Negativmitteilungspflicht.

„Wie sich aus § 273 I a 3 StPO ergibt, geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Verpflichtung zu expliziter „Fehlanzeige“ einer Verständigung der Transparenz und der Beachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Verständigung dienlich ist (vgl. BT-Drs. 16/12310, 15).“ (BVerfG aaO)

V. Auch der **2. Senat des BVerfG** legt die Vorschrift des § 243 IV 1 StPO dahingehend aus, dass sie eine Negativmitteilungspflicht beinhaltet (vgl. BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058).

„Kommt eine Verständigung nicht zu Stande und fehlt es an der gebotenen Negativmitteilung nach § 243 IV 1 StPO (vgl. BGH wistra 2011, 72 = StV 2011, 72) oder dem vorgeschriebenen Negativattest nach § 273 I a 3 StPO, wird nach Sinn und Zweck des gesetzlichen Schutzkonzepts ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 257 c StPO grds. ebenfalls nicht auszuschließen sein [...], sofern nicht ausnahmsweise zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand (vgl. OLG Celle NStZ 2012, 285). Bei einem Verstoß gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten wird sich nämlich in den meisten Fällen nicht sicher ausschließen lassen, dass das Urteil auf eine gesetzwidrige „informelle“ Absprache oder diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht.“ (BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058)

Der vom BVerfG hier verwendete **Begriff der „Negativmitteilung“ bezieht sich** – entgegen der Annahme des 2. Strafsenats des BGH (BGHSt 58, 315 = NJW 2013, 3045) – **nicht nur auf die Mitteilung über gescheiterte Verständigungsgespräche, sondern umfasst auch die Mitteilung darüber, dass es keine Verständigungsgespräche gegeben hat.**

„**Anderenfalls ergäbe der Rest des Satzes keinen Sinn**, weil es ausgeschlossen ist, dass einerseits eine Mitteilung über gescheiterte Verständigungsgespräche geboten gewesen wäre, andererseits jedoch „zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand“. Zwar ging es in dem zunächst in Bezug genommenen Beschluss des BGH (wistra 2011, 72 = StV 2011, 72) tatsächlich um die Pflicht zur Mitteilung gescheiterter Verständigungsgespräche. Der nachfolgende Hinweis auf den Beschluss des OLG Celle (NStZ 2012, 285) zeigt jedoch deutlich, dass der Senat gerade auch diejenigen Fälle gemeint hat, bei denen eine Mitteilung darüber unterblieben ist, dass keine Erörterungen nach den §§ 202 a, 212 StPO stattgefunden haben.

Soweit das BVerfG ausgeführt hat, dass **Gespräche, die ausschließlich der Organisation sowie der verfahrenstechnischen Vorbereitung und Durchführung der Hauptverhandlung dienen, nicht der Mitteilungspflicht des § 243 IV StPO unterliegen** (vgl. BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058), ist damit nach dem Kontext der Gründe (vgl. insbes. BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058) die Pflicht zur (Positiv-)Mitteilung des wesentli-

chen Inhalts von Gesprächen gemeint (vgl. § 243 IV 1 StPO: „und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt“). Diese Aussage lässt daher nicht den Schluss zu, dass es bei lediglich organisatorischen Vorgesprächen keinerlei Mitteilung nach § 243 IV 1 StPO bedarf, auch keiner Negativmitteilung.“ (BVerfG aaO)

- VI. Die Annahme, trotz Fehlens einer Mitteilung nach § 243 IV 1 StPO sei jedenfalls ein **Beruhens des erstinstanzlichen Urteils auf einer Verletzung des Gesetzes** (§ 337 I StPO) **auszuschließen, wenn** zweifelsfrei feststehe, dass es keinerlei Gespräche über die Möglichkeit einer Verständigung gegeben habe (vgl. BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058), kommt nach BVerfG aaO nicht in Betracht, wenn eine **Aufklärung der entsprechenden Verfahrenstatsachen nicht stattgefunden hat**.

„Zwar trägt der Bf. lediglich zu Gesprächen der Verteidiger mit dem StA und zu einem Gespräch zwischen dem Verteidiger des Mitangekl. und dem beisitzenden Richter vor, dessen Einordnung als mitteilungspflichtige Erörterung nach den konkreten Umständen zweifelhaft sein mag. Dass es darüber hinaus im Vorfeld keinerlei Verständigungsgespräche gegeben hat, deren Inhalt nach § 243 IV 1 StPO mitzuteilen gewesen wäre, kann dem Vorbringen des Bf. aber nicht zweifelsfrei entnommen werden.“ (BVerfG aaO)

- VII. Ob ein Beruhens des Urteils auf einer Verletzung des Gesetzes bei einem Verstoß gegen die Negativmitteilungspflicht des § 243 IV 1 StPO auch damit begründet werden könnte, dass sich der **Angekl. in dem Glauben befunden habe, es hätten Verständigungsgespräche stattgefunden**, und ihn eine **Negativmitteilung möglicherweise von der Abgabe eines Geständnisses abgehalten hätte**, und ob ein solches Verständnis des Beruhens vom Schutzzweck des § 243 IV 1 StPO umfasst wäre, ist letztlich eine Frage des einfachen Rechts. **Verfassungsrechtlich geboten erscheint dieses Verständnis jedenfalls nicht**.

„Insoweit hat das BVerfG bereits darauf hingewiesen, dass nach seiner Auslegung des Verständigungsgesetzes ein Ausschluss des Beruhens auch bei einem Verstoß gegen § 243 IV 1 StPO ausnahmsweise dann in Betracht kommt, wenn zweifelsfrei feststeht, dass es keinerlei Gespräche gegeben hat, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand (vgl. BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058), und dass diese Auslegung mit der Verfassung in Einklang steht (vgl. BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058).“ (BVerfG aaO)

- VIII. Ein Beruhens der Revisionsentscheidung auf dem Verstoß gegen Art. 3 I GG scheidet nicht schon deshalb aus, weil der BGH die auf eine Verletzung des § 243 IV 1 StPO gestützte Verfahrensrüge möglicherweise auch bei Bejahung einer aus dieser Vorschrift folgenden Negativmitteilungspflicht als unzulässig angesehen hätte.

„Von einem **Beruhens der angegriffenen Entscheidung auf einer Grundrechtsverletzung ist bereits dann auszugehen, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass das Gericht bei hinreichender Berücksichtigung des verletzten Grundrechts zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre**. Welche Darlegungsanforderungen der BGH bei Bejahung einer Negativmitteilungspflicht an den Vortrag des Revisionsführers gestellt hätte und ob er hiernach die auf eine Verletzung des § 243 IV 1 StPO gestützte Verfahrensrüge für zulässig erachtet hätte, kann durch das BVerfG nicht beurteilt werden. Denkbar wäre es gewesen, keine über den – bereits im Fehlen jeglicher Mitteilung liegenden – Verstoß gegen § 243 IV 1 StPO hinausreichenden Anforderungen an die Darstellung des Verfahrensablaufs zu stellen und im **Freibeweisverfahren** aufzuklären, ob Gespräche stattgefunden haben, in denen die Möglichkeit einer Verständigung im Raum stand (so i. E. BGH NStZ 2013, 724). Ebenso hätte verlangt werden können, dass die Revisionsbegründung mitteilt, über welche Kenntnisse und Hinweise bezüglich etwaiger Verständigungsgespräche der Revisionsverteidiger und der Angekl. verfügen. Auch wenn es sich dabei um eine Ausnahme von dem revisionsrechtlichen Grundsatz handeln mag, dass der Revisionsführer zur Beruhensfrage nicht vorzutragen braucht, geht es hierbei doch letztlich um eine Frage des einfachen Rechts, über die das BVerfG nicht zu entscheiden hat.“ (BVerfG aaO)

SGG

Hausverbot für Sozialbehörde

VwGO

§ 51 I Nr. 4a

Eröffnung des Rechtswegs zu den Sozialgerichten

(BSG in BeckRS 2014, 72217; Beschluss vom 21.07.2014 – B 14 SF 1/14 R)

Bei einem Rechtsstreit über ein Hausverbot ist der Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit gegeben, wenn ein Rechtsverhältnis zwischen der Behörde, die das Hausverbot ausspricht, und dem Adressaten des Hausverbots besteht und für Streitigkeiten aus diesem Rechtsverhältnis der Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit eröffnet ist.

A. Grundlagenwissen: Rechtsweg gegen ein Hausverbot für Behördengebäude

Wenn es im Bereich von öffentlichen Einrichtungen zu Störungen kommt, müssen entsprechende Maßnahmen ergriffen werden, wie sie auch jeder Privatperson im Zusammenhang mit ihrem Eigentum zustehen. Handelt es sich allerdings um ein **öffentliches Gebäude** und bei dem Hausherrn um eine Behörde, so ist häufig problematisch, z.B. bei einem Hausverbot das Betretungsrecht vor dem Zivilgericht oder vor dem Verwaltungsgericht erstritten werden muss.

I. gesetzliche Regelungen

1. **Sitzungspolizeiliche Befugnisse** des Vorsitzenden im **förmlichen Verwaltungsverfahren** (§ 68 III 1 VwVfG) und im **Gerichtsverfahren** (§ 176 GVG; § 55 VwGO),
2. **Hausrecht des Bundestagspräsidenten** für Bundestagsgebäude (Art. 40 II 1 GG).
3. Die **Ordnungsbefugnis des Gemeinderatsvorsitzenden**.

II. Anstaltsrecht

Bei öffentlichen-rechtlichen Anstalten ergibt sich die Ermächtigung aus der Verpflichtung zur Erreichung und **Aufrechterhaltung des Anstaltszwecks**. Allerdings gilt sie nur für solche Personen, die dem Anstaltszweck unterworfen sind (Studenten an der Hochschule, Schüler in der Schule). Für sonstige Personen gelten die üblichen Regelungen.

III. sonstige Fälle

In vielen Fällen greift aber **keine besondere Rechtsgrundlage** für die Ausübung des Hausrechts an öffentlichen Gebäuden ein.

Grundsätzlich ist das Hausrecht **Ausfluss der privatrechtlichen Eigentumsrechte** gem. §§ 859 f, 903, 1004 BGB. Im Zusammenhang mit Gebäuden, in denen Verwaltungstätigkeit ausgeübt wird, kann jedoch nicht außer Betracht bleiben, dass es sich um **öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch** handelt.

Entsprechend muss zur **Wahrung des Widmungszwecks** mit der Befugnis zum Gebrauch der Sachen auch eine Befugnis zur **Störungsabwehr als Annexkompetenz** korrespondieren (öffentliche Sachherrschaft). So ist auch unbestritten, dass der Verwaltung jedenfalls an Sachen im Verwaltungsgebrauch ein öffentlich-rechtliches Hausrecht zukommt. Einer besonderen Rechtsgrundlage bedarf es dazu nicht.

Umstritten ist aber, ob die Ausübung des Hausrechts stets als **öffentlich-rechtlich** anzusehen ist **oder** ob auch Fälle **privatrechtlicher Ausübung** des Hausrechts denkbar sind.

1. Die (noch) überwiegende Rechtsprechung grenzt nach dem **Zweck des Besuches**, stellt also darauf ab, aus welchem Grund der Betroffene das Gebäude betreten wollte.
 - Geschah dies zur Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten, so ist der Verwaltungsgebrauch an öffentlichen Sachen betroffen, der auch mittelbar dem Besucher dienen soll und ein ausgesprochenes Hausrecht nach öffentlichem Recht zu beurteilen.
 - Diente der Besuch des Gebäudes hingegen einen privaten Zweck, so ist auch das Hausverbot nach Privatrecht zu beurteilen

vgl. BVerwGE 35, 103ff.; BGHZ 33, 230ff.; BGH NJW 1967, 1911f.; OVG NW DVBI 1963, 450; DVBI 1968, 157f.; DVBI 1975, 587f.; VGH BW NJW 1994, 2500f.

2. Die Literatur und einige neue Rechtsprechung hingegen grenzen nach dem **Zweck des Hausverbotes** ab.

Der Ausspruch des Hausverbotes dient dem Schutz der unbeeinträchtigten **Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben**, so dass das Hausrecht stets öffentlich-rechtlich zu beurteilen ist. Dies gilt unabhängig davon, zu welchem Zweck der Bürger das Gebäude aufgesucht hat.

Ein Hausverbot allein aus **privaten Eigentümerinteressen** ohne Bezug zu einer Beeinträchtigung der öffentlichen Aufgabe kommt hingegen nur in Betracht, wenn subjektive öffentliche Rechte des Bürgers z.B. auf persönliche Antragstellung bei der Behörde, nicht beeinträchtigt werden. Insofern unterliegt die Verwaltung in der Ausübung eines privaten Hausrechtes strengeren Bindungen als eine Privatperson, die ein Hausverbot auf der Grundlage der Eigentümerbefugnisse ohne weiteres auch wegen persönlicher Abneigungen aussprechen kann.

vgl. BayVGH BayVBI 1980, 723; NJW 1982, 1717; OVG NW NVwZ-RR 1989, 316; OVG NW ZMR 1976, 376ff.; VGH BW DVBI 1977, 223; OVG Bremen NJW 1990, 931

B. Rechtsweg bei Streit um Hausverbot für Sozialbehörde (vgl. BSG in BeckRS 2014, 72217)

Fall: Umstritten ist die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Sozialgerichten bei einem Streit um ein Hausverbot.

Der im Jahr 1954 geborene Kläger bezieht seit Jahren Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch - Grundsicherung für Arbeitsuchende - (SGB II). Nachdem der Beklagte ihm gegenüber bereits in 2008 und 2011 Hausverbote ausgesprochen hatte, erteilte er dem Kläger aufgrund erneuter Beleidigungen seiner Mitarbeiter und damit verbundener erheblicher Störungen des Dienstbetriebs ein Hausverbot für die vom Beklagten genutzten und im Einzelnen aufgeführten Dienstgebäude für die Zeit vom 26.02.2013 bis zum 31.05.2013 und ordnete die sofortige Vollziehung des Bescheides nach § 86a II Nr. 5 Sozialgerichtsgesetz (SGG) an (Bescheid vom 26.02.2013, Widerspruchsbescheid vom 27.08.2013).

Zugleich wies er darauf hin, dass diese Dienstgebäude nur nach telefonischer oder schriftlicher Terminabsprache oder aufgrund einer schriftlichen Einladung betreten werden dürften. Im Übrigen seien die Angelegenheiten mit dem Beklagten nur noch telefonisch, per Telefax oder schriftlich zu erledigen. Sofern der Kläger eine andere Person mit der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten beim Beklagten beauftragen wolle, bedürfe es der Vorlage einer von ihm unterschriebenen Vollmacht und der Vorlage des Personalausweises durch die beauftragte Person. Zur Begründung führte der Beklagte aus, der Kläger habe in Mails Mitarbeiter des Beklagten persönlich massiv beleidigt. Wie schon in der Vergangenheit, in der der Kläger Mitarbeiter in aggressiver Weise beschimpft, beleidigt und bedroht habe und es schon zu Handgreiflichkeiten gekommen sei, werde durch dieses unangemessene Verhalten der Dienstbetrieb in nachhaltiger Weise gestört. Nach der Rechtsbehelfsbelehrung im Widerspruchsbescheid ist die Klage zum Sozialgericht (SG) Köln zulässig.

Auf die vom Kläger erhobene Klage hat das SG nach Anhörung der Beteiligten den zu ihm beschrittenen Rechtsweg für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht (VG) Köln verwiesen (Beschluss vom 14.10.2013). Die Beklagte hält den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten für eröffnet. Zu Recht?

Nach § 51 I Nr. 4a SGG entscheiden die **Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit** über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Der **Verwaltungsrechtsweg** ist hingegen nach § 40 I 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Vor die **ordentlichen Gerichte** gehören nach § 13 GVG die bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten, die Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zivilsachen) sowie die Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder aufgrund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

„Wenn es an einer **ausdrücklichen Sonderzuweisung** für den zuständigen Rechtsweg fehlt, bestimmt sich die gerichtliche Zuständigkeit nach der **Natur des Rechtsverhältnisses**, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 04.06.1974 - GmS-OGB 2/73 - BSGE 37, 292 = SozR 1500 § 51 Nr. 2 = NJW 1974, 2087; GmSOGB vom 10.04.1986 - GmS-OGB 1/85 - BGHZ 97, 312 = SozR 1500 § 51 Nr. 39; GmSOGB vom 29.10.1987 - GmS-OGB 1/86 - BGHZ 102, 280, 283 = SozR 1500 § 51 Nr. 47; vgl. speziell zum Hausrecht: BSG vom 01.04.2009 - B 14 SF 1/08 R - SozR 4-1500 § 51 Nr. 6 Rn. 9

m.w.N.; zum Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten als entscheidendes Kriterium zur Beurteilung des Rechtswegs vgl. zuletzt BSG vom 18.3.2014 - B 8 SF 2/13 R - vorgesehen für SozR 4-3500 § 75 Nr. 3 Rn. 7; BVerwG vom 15.10.2012 - 7 B 2/12 - Juris Rn. 14 ff.“ (BSG aaO)

Danach kommt es für die Bestimmung des Rechtswegs im vorliegenden Fall darauf an, wie das dem Hausverbot zugrundeliegende Rechtsverhältnis zu qualifizieren ist.

„Das hier maßgebliche Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten beruht auf dem **SGB II**, weil der Kläger (fortlaufend) einen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II bei dem Beklagten als dafür zuständige Behörde gestellt hat, und für Streitigkeiten aus diesem Rechtsverhältnis sind die **Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit** zuständig, wie sich unmittelbar aus dem genannten § 51 I Nr. 4a SGG ergibt und auch von SG und LSG nicht in Abrede gestellt wird (BSG vom 01.04.2009 - B 14 SF 1/08 R - SozR 4-1500 § 51 Nr. 6, auch zum Folgenden). Bestätigt wird die öffentlich-rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses durch die vom Beklagten gewählte **Handlungsform Verwaltungsakt** (vgl. § 31 S. SGB X, die in der Form seines Schreibens vom 26.02.2013 an den Kläger deutlich zum Ausdruck kommt, durch die Bezeichnung als "Bescheid", die **Anordnung der sofortigen Vollziehung** (nach § 86a II NR. 5 SGG) sowie eine **Rechtsbehelfsbelehrung**. In Anspruch genommen sein können hierfür nur Befugnisse, die dem Beklagten in dem durch das SGB II konstituierten Verhältnis zum Kläger eingeräumt sind.“ (BSG aaO)

Allerdings geht es in dem streitigen Bescheid nicht um Leistungen nach dem SGB II, sondern um ein gegenüber dem Kläger für das betreffende Dienstgebäude ausgesprochenes Hausverbot. Fraglich ist, ob hierfür nicht andere Grundsätze gelten müssen.

„Aus dem Umstand, dass vorliegend um ein von dem Beklagten gegenüber dem Kläger ausgesprochenes **Hausverbot für bestimmte Dienstgebäude** des Beklagten gestritten wird, folgt nichts anderes. Das Hausrecht und das aus ihm abgeleitete Recht von Behörden, ein Hausverbot auszusprechen, beruhen ebenso wie bei Personen des Privatrechts - die entsprechende Rechtsstellung vorausgesetzt - zunächst auf **den privatrechtlichen Besitz- und Eigentumsrechten** nach §§ 859 ff, 903, 1004 BGB (vgl. BGH vom 26.10.1960 - V ZR 122/59 - BGHZ 33, 230; BVerwG vom 13.3.1970 - VII C 80.67 - BVerwGE 35, 103). Daneben ist auch ein **öffentlich-rechtliches Hausrecht** anerkannt, zu dessen Begründung auf den **Zweck des Besuchs der Person**, der gegenüber das Hausverbot ausgesprochen wird, abgestellt (vgl. BGH und BVerwG aaO) oder allgemein auf die **Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Verwaltungsablaufs** verwiesen wird (vgl. U. Stelkens in P. Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 35 Rn. 132 ff m.w.N.).

Ob diesem letzten Begründungsansatz zu folgen und ein aus der allgemeinen Wahrnehmung von öffentlich-rechtlichen Aufgaben unabhängig von den Rechtsgrundlagen, die die jeweilige Behörde zum öffentlich-rechtlichen Handeln ermächtigen, abgeleitetes **allgemeines öffentlich-rechtliches Hausrecht als Annex-Kompetenz** und demzufolge eine auf § 40 I 1 VwGO beruhende allgemeine Zuständigkeit der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte für alle Fälle eines öffentlich-rechtlichen Hausverbots anzunehmen ist, kann dahinstehen (vgl. etwa zu Zweifeln daran, ob es eine Rechtsgrundlage für ein solches allgemeines öffentlich-rechtliches Hausrecht jeder Behörde gegenüber jedem Bürger gibt U. Stelkens in P. Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 35 Rn. 133 f m.w.N.: "das" Hausverbot gibt es nicht; ebenso Brüning, DÖV 2003, 389 ff mit ausführlicher Begründung). Denn jedenfalls in den Fällen wie hier vorliegend, in denen ein **Rechtsverhältnis zwischen der Behörde**, die das Hausverbot ausspricht, **und dem Adressaten des Hausverbots besteht**, ist in Übereinstimmung mit der aufgezeigten Rechtsprechung des BGH und BVerwG auf dieses Rechtsverhältnis abzustellen.“ (BSG aaO)

Für Streitigkeiten über ein Hausverbot, das von einem Jobcenter gegenüber einem Antragsteller auf Leistungen nach dem SGB II ausgesprochen wurde, sind die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit zuständig und nicht die allgemeinen Verwaltungsgerichte oder die ordentlichen Gerichte.

Zulässigkeit einer Feststellungsklage
Anforderungen an den Nachweis des konkreten Rechtsverhältnisses

(BVerwG in DÖV 2014, S. 975; Urteil vom 28.05.2014 - 6 A 1.13)

1. Nach § 43 I VwGO muss die Feststellungsklage sich auf einen konkreten, gerade den Kläger betreffenden Sachverhalt beziehen. Mit der Feststellungsklage kann nicht allgemein, also losgelöst von einer eigenen, konkret feststehenden Betroffenheit die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Maßnahme einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zugeführt werden.
2. Eine Klage auf Feststellung, dass die strategische Beschränkung des Telekommunikationsverkehrs durch den Bundesnachrichtendienst nach § 5 G 10 in einem bestimmten Jahr rechtswidrig gewesen ist, ist nur zulässig, wenn zur Überzeugung des Gerichts festgestellt werden kann, dass der Telekommunikationsverkehr des Klägers im Zuge dieser strategischen Beschränkung tatsächlich erfasst worden ist.

Fall: Der Kläger wendet sich gegen die strategische Beschränkung des Telekommunikationsverkehrs durch den Bundesnachrichtendienst im Jahre 2010.

Das Parlamentarische Kontrollgremium unterrichtete unter dem 10.02.2012 den Deutschen Bundestag gemäß § 14 I 2 (Artikel 10-Gesetz - G 10) über Art und Umfang der im Berichtszeitraum 01.01. – 31.12.2010 vorgenommenen Beschränkungsmaßnahmen nach den §§ 3, 5, 7a und 8 G 10 (BTDrucks 17/8639). Zur strategischen Beschränkung nach § 5 G 10 wurde mitgeteilt, dass zu drei der in § 5 I 3 G 10 genannten Gefahrenbereichen Maßnahmen angeordnet und durchgeführt worden seien (BTDrucks 17/8639 S. 6 f.).

Der Kläger ist Rechtsanwalt. Mit seiner am 25.02.2013 erhobenen Klage wendet er sich gegen die strategische Beschränkung des E-Mail-Verkehrs im Jahr 2010. Zur Begründung trägt er vor: Er habe 2010 häufig per E-Mail mit Kollegen, Mandanten und anderen Personen im Ausland kommuniziert, vielfach in Angelegenheiten, die dem Anwaltsgeheimnis unterliegen hätten. Er müsse damit rechnen, dass diese Auslandskommunikation von strategischen Beschränkungsmaßnahmen nach § 5 G 10, von denen er durch Presseberichte frühestens am 25.02.2012 Kenntnis erlangt habe, betroffen gewesen sei. Angesichts der Verwendung tausender auch allgemein gängiger Suchbegriffe und ca. 37 Mio. „Treffern“ müsse er davon ausgehen, dass auch seine eigene, insbesondere anwaltliche E-Mail-Korrespondenz erfasst und auf nachrichtendienstliche Relevanz hin ausgewertet worden sei. Die Klage sei zulässig, weil er danach mit einiger Wahrscheinlichkeit in seinem Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG betroffen worden sei. Eine stärkere Substantiierung der eigenen Betroffenheit sei ihm wegen der Heimlichkeit der Maßnahmen nicht möglich und könne deshalb auch nicht verlangt werden. Ist die Klage zulässig?

Die Zulässigkeit der Klage setzt das Vorliegen der allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen vor.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet in allen **öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art**, sofern keine Sonderzuweisungen eingreifen, die hier allerdings nicht in Betracht kommen. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zugehören, also nach der **modifizierten Subjektstheorie** vorrangig einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten. Dies ist beim G-10 Gesetz ohne weiteres der Fall. Da hier auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten (sog. **Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit**), ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlich.

Allerdings könnte es sein, dass der Rechtsweg nach § 13 G 10 ausgeschlossen ist.

1. Ausschluss des Rechtsweges nach § 13 G 10

*„Nach dieser Bestimmung ist gegen die **Anordnung von Beschränkungsmaßnahmen** nach den §§ 3 und 5 I 3 Nr. 1 G 10 **und ihren Vollzug** der Rechtsweg vor der Mitteilung an den Betroffenen (vgl. § 12 G 10) nicht zulässig. Dieser **partielle Rechtswegausschluss** ist gestützt auf Art. 10 II 2 GG, wonach bei einer gesetzlich angeordneten Beschränkung des in Art. 10 I GG verbürgten Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, die dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes dient, das Gesetz bestimmen kann, dass sie **dem Betroffenen nicht mitgeteilt** wird und dass an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt. In Fällen des § 13 G 10 erfolgt die **parlamentarische Kontrolle** im Bereich des Bundes durch das **Parlamentarische Kontrollgremium** (§ 14 G 10) und die **G 10-Kommission** (§ 15 G 10).“ (BVerwG aaO)*

2. Anwendung auf den Fall

Ein in § 13 G 10 ausdrücklich behandelter Fall liegt hier nicht vor. Aus dem Bereich der strategischen Überwachung nennt § 13 G 10 nur Beschränkungsmaßnahmen nach § 5 I 3 Nr. 1 G 10, also solche zur **Aufklärung der Gefahr eines bewaffneten Angriffs** auf die Bundesrepublik Deutschland.

„Derartige Beschränkungsmaßnahmen hat der Bundesnachrichtendienst im Jahr 2010 nicht vorgenommen. Ausweislich des Berichts des Parlamentarischen Kontrollgremiums gemäß § 14 I 2 G 10 (BTDrucks 17/8639 S. 6) wurden im Zeitraum 0.01. – 31.12.2010 strategische Beschränkungsmaßnahmen nur in den Gefahrenbereichen „Internationaler Terrorismus“ (§ 5 I 3 Nr. 2 G 10), „Proliferation und konventionelle Rüstung“ (§ 5 I 3 Nr. 3 G 10) sowie „Illegale Schleusungen“ (§ 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 G 10) angeordnet.“ (BVerwG aaO)

Allerdings könnte aus anderen Gesetzesbestimmungen gefolgert werden, dass der Rechtswegausschluss gemäß § 13 G 10 sich weitergehend auf sämtliche Fälle erstreckt, in denen - ungeachtet des betroffenen Gefahrenbereichs - im Rahmen strategischer Beschränkungen nach § 5 G 10 erhobene Daten nach unverzüglicher Prüfung unverzüglich gelöscht worden sind (§ 6 Abs. 1 Satz 1 und 2 G 10).

*„Die Regelung über den Mitteilungsausschluss in § 12 II 1 G 10 sowie die Regelung in § 6 I 6 G 10 deuten zwar an, dass der Gesetzgeber den als nachrichtendienstlich relevant bewerteten und aus diesem Grund längerfristig gespeicherten Daten größere Bedeutung für den gerichtlichen Rechtsschutz als den gemäß § 6 I 2 G 10 unverzüglich gelöschten Daten beigemessen hat. Dass im Falle der letztgenannten Daten ein **gerichtlicher Rechtsschutz gänzlich ausgeschlossen** sein soll, hat jedoch im Gesetzeswortlaut **an keiner Stelle hinreichenden Niederschlag** gefunden.“ (BVerwG aaO)*

Der Rechtsweg für das vom Kläger geltend gemachte Begehren ist nicht nach § 13 G 10 ausgeschlossen und somit der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Zuständigkeit des Gerichts

Das **Bundesverwaltungsgericht** ist für die Entscheidung gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO **erstinstanzlich zuständig**.

*„Bei den hier streitigen strategischen Beschränkungen des Fernmeldeverkehrs nach § 5 G 10 handelt es sich um **Vorgänge im Geschäftsbereich des Bundesnachrichtendienstes**. Daran ändert der Umstand nichts, dass diese Maßnahmen nicht in die alleinige Zuständigkeit des Bundesnachrichtendienstes fielen, sondern auf dessen Antrag (§ 9 G 10) hin vom Bundesministerium des Innern anzuordnen (§ 10 G 10) und von der G 10-Kommission auf ihre Zulässigkeit und Notwendigkeit hin zu überprüfen (§ 15 V 1, VI 3 G 10) waren (Urteil vom 23.01.2008 - BVerwG 6 A 1.07 - BVerwGE 130, 180 Rn. 25 = Buchholz 402.9 G 10 Nr. 2).“ (BVerwG aaO)*

III. Statthaftigkeit der Feststellungsklage

Nach § 43 I VwGO kann durch Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden. Danach muss die Feststellungsklage sich auf einen konkreten, gerade den Kläger betreffenden Sachverhalt beziehen.

1. Anforderungen an die Konkretisierung des Sachverhaltes

*„Derartige rechtliche Beziehungen wären zwischen dem Kläger und der Beklagten dann entstanden, wenn **feststände, dass einer oder mehrere seiner E-Mail-Verkehre Gegenstand der strategischen Fernmeldeüberwachung im Jahr 2010** gewesen sind (vgl. Urteil vom 23. Januar 2008 a.a.O. Rn. 26, zur strategischen Überwachung von Telefongesprächen).“ (BVerwG aaO)*

*Ist allerdings nicht sicher, sondern **lediglich möglich**, dass auch die Telekommunikation gerade des Klägers von strategischen Beschränkungsmaßnahmen betroffen war, fehlt es an der **notwendigen Konkretisierung des Rechtsverhältnisses**. Gegenstand der Feststellungsklage kann nur ein konkretes Rechtsverhältnis sein, d.h. es muss die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten **bereits überschaubaren Sachverhalt** streitig sein (Urteile vom 08.06.1962 - BVerwG 7 C 78.61 - BVerwGE 14, 235 [236] = Buchholz 451.45 § 30 HandwO Nr. 1 S. 1; vom 07.05.1987 - BVerwG 3 C 53.85 - BVerwGE 77, 207 [211] = Buchholz 418.711 LMBG Nr. 16 S. 33; vom 16.11.1989 - BVerwG 2 C 23.88 - Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 106 S. 14 und vom 23.01.1992 - BVerwG 3 C 50.89 - BVerwGE 89, 327 [329] = Buchholz 418.711 LMBG Nr. 30 S. 87).*

*Die Feststellungsklage dient hingegen **nicht der Klärung abstrakter Rechtsfragen** auf der Grundlage eines nur erdachten oder als möglich vorgestellten Sachverhalts (Urteile vom 08.06.1962, 7. Mai 1987 und 16.11.1989 jeweils aaO.; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 43 Rn. 17; Sodan, in: Sodan/Ziekow [Hrsg.], VwGO, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 43 f.). Damit soll die **Popularklage im Verwaltungsprozess verhindert** werden, bei der sich der Kläger zum Sachwalter öffentlicher Interessen oder rechtlich geschützter Interessen Dritter macht (Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 490). Ferner sollen*

dadurch die Entscheidungsressourcen der Justiz auf tatsächlich vorhandene - statt lediglich hypothetische - Streitfälle konzentriert werden.“ (BVerwG aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Hier lässt sich die Möglichkeit nicht ausschließen, dass auch vom Kläger versandte oder an ihn gerichtete E-Mails im Jahr 2010 von der strategischen Beschränkung des Telekommunikationsverkehrs erfasst waren.

a) Eingriff in Art. 10 GG als konkretes Rechtsverhältnis

„Jede **Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten** durch den Staat ist ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 GG (BVerfG, Urteil vom 14.07.1999 - 1 BvR 2226/94 u.a. - BVerfGE 100, 313 [366]), durch den zugleich ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 I VwGO begründet würde. **Eingriff** ist dabei schon die **Erfassung selbst**, insofern sie die Kommunikation für den Bundesnachrichtendienst verfügbar macht und die Basis des nachfolgenden Abgleichs mit den Suchbegriffen bildet. An einem Eingriff fehlt es nur, soweit Telekommunikationsvorgänge zwischen deutschen Anschlüssen ungezielt und allein technikbedingt wieder spurlos ausgesondert werden. Dagegen steht es der **Eingriffsqualität nicht entgegen**, wenn die erfassten Daten **nicht sofort bestimmten Personen zugeordnet** werden können. Denn auch in diesen Fällen lässt sich der Personenbezug ohne Schwierigkeit herstellen.

Wie sich aus den Erläuterungen ergibt, welche die Beklagte hierzu in der mündlichen Verhandlung gegeben hat, werden in diesem Sinne **Telekommunikationsverkehre erfasst**, sobald der dazu verpflichtete Betreiber des in der Anordnung bezeichneten Übertragungsweges (Telekommunikationsleitung) den Datenstrom **in Gestalt einer Verdoppelung dem Bundesnachrichtendienst zuleitet**. Damit stehen die Telekommunikationsverkehre dem Bundesnachrichtendienst zur Verfügung, der sie dann selektiert und anhand der angeordneten Suchbegriffe durchsucht. Mithin werden Telekommunikationsverkehre **nicht erst anhand der Suchbegriffe** erfasst. Vielmehr dienen die Suchbegriffe nach einer ersten technischen Selektion, bei der Inlandsverkehre aus den erfassten Telekommunikationsverkehren ausgeschieden werden sollen, einer **Durchsuchung der schon erfassten Verkehre** auf sogenannte Treffer.“ (BVerwG aaO)

b) Erfassung von Daten des Klägers

Allerdings müsste feststehen, dass überhaupt auch Daten des Klägers an den Bundesnachrichtendienst übermittelt wurden.

„**Feststeht**, dass **kein Telekommunikationsverkehr des Klägers** sich unter denjenigen befand, die sich im Ergebnis als **nachrichtendienstlich relevant erwiesen** und vom Bundesnachrichtendienst insoweit **weiterverarbeitet** worden sind. Die Beklagte hat mitgeteilt, dass sich unter den im Bericht des Parlamentarischen Kontrollgremiums vom 10.02.2012 ausgewiesenen 213 Telekommunikationsverkehren, die im Jahr 2010 als nachrichtendienstlich relevant eingestuft wurden, keiner des Klägers befinde. Dies stellt auch der Kläger nicht in Abrede.

Nicht mehr ermitteln lässt sich hingegen, ob ein **Telekommunikationsverkehr** des Klägers zwar **zunächst erfasst**, anhand angeordneter Suchbegriffe **selektiert**, gemäß § 6 I 1 G 10 unverzüglich auf nachrichtendienstliche Relevanz überprüft und sodann aber, weil diese Prüfung negativ verlief, F gemäß § 6 I 2 G 10 **unverzüglich gelöscht** worden ist. Die danach **verbleibende Wahrscheinlichkeit** für eine solche Erfassung ist jedoch nicht so hoch, dass sie als überwiegend eingestuft werden müsste und damit dem Senat die erforderliche Überzeugung dafür vermitteln könnte, dass die Voraussetzungen eines konkreten Rechtsverhältnisses erfüllt sind. Die Vorschriften über die strategische Beschränkung des Telekommunikationsverkehrs sorgen dafür, dass nur ein geringer Bruchteil aller Telekommunikationsverkehre von dieser Beschränkung erfasst wird.“ (BVerwG aaO)

Die verbleibenden erheblichen Zweifel daran, ob Telekommunikationsverkehr des Klägers im Jahre 2010 von der strategischen Beschränkung nach § 5 G 10 erfasst war und damit das streitige Rechtsverhältnis begründet worden ist, gehen zu Lasten des Klägers.

„Dies entspricht der **allgemeinen Regel**, nach der es zu Lasten des Beteiligten geht, der sich auf eine Norm beruft, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen dieser Norm nicht geklärt werden können. Dies gilt auch, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen sich nicht klären lassen, von denen die Zulässigkeit der erhobenen Klage abhängt.“ (BVerwG aaO)

IV. Ergebnis

Es fehlt an dem Nachweis eines konkreten Rechtsverhältnisses. Die Klage ist unzulässig.

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
§ 42

Richterablehnung Unmutsäußerungen über Parteivortrag

ZPO

(OLG Naumburg in NJW-RR 2014, 1472; Beschluss vom 20.05.2014 – 11 U 55/14)

Eine Partei muss es nicht hinnehmen, dass der **Richter** seine Meinung durch einen Hinweis kund tut, der nach Wortlaut und Interpunktion **deutlichen Unmut über Teile des bisherigen Sachvortrags** erkennen lässt. Einem **darauf gestützten Antrag nach § 42 ZPO ist stattzugeben**.

„Mit dem Anraten an die Bekl., „lediglich insoweit vorzutragen, wie dies ihrer Rechtsverteidigung dienlich sein soll!“ und den konkreten Hinweisen, dass das Gericht „weder Zeit noch Lust (habe), sich mit Sachvortrag zu befassen, der unerheblich ist“ und dass „es der Rechtsfindung dienen (könnte) – und der Arbeitersparnis –, wenn Sachvortrag unterbleibt, der rechtlich völlig unerheblich ist (§ 128 HGB)“ hat der abgelehnte Richter das **richterliche Vertrauensverhältnis** auch nach dem Urteil einer verständigen Partei **in nicht mehr hinzunehmender Weise verletzt**. Der Wortlaut und die Interpunktion der Hinweise lassen deutlich Unmut des abgelehnten Richters über Teile des bisherigen Sachvortrags der Bekl. erkennen. Der Inhalt der Hinweise ist dabei geeignet, Druck auf die Beklagtenseite auszuüben, doch abzuwägen, welcher künftiger Vortrag den Vorsitzenden weiter verärgern könnte. Dies müssen die Bekl. nicht hinnehmen. Sie könnten Vorbringen für rechtlich erheblich halten, ohne dass der Richter ihre Rechtsansicht hierzu teilt.

Das **Sachlichkeitsgebot** ist zudem **verletzt**, wenn der abgelehnte Richter den Bekl. unter Bezugnahme auf § 128 HGB mitteilt, dass es „der Rechtsfindung dienen“ könnte, wenn Sachvortrag unterbleibe, der „rechtlich völlig unerheblich“ sei. Damit bringt der Vorsitzende Richter nämlich nicht allein zum Ausdruck, dass er die Rechtsansicht der Bekl., die Klage gegen die Bekl. zu 2) sei unbegründet, weil kein Rechtsverhältnis zwischen der Kl. und ihr bestehe, in Bezug auf § 128 HGB nicht teilt. Vielmehr werden auch insoweit durch diese Verbindung zwischen angekündigter Rechtsfindung und Erheblichkeit des weiteren Vortrags der Bekl. die Sachlichkeit und die Äquidistanz zu den Parteien verletzt. Bei den Bekl. konnte auch bei verständiger Würdigung der Eindruck entstehen, der abgelehnte Richter stehe dem künftigen Vorbringen der Bekl. nicht mehr ebenso offen und unvoreingenommen gegenüber wie dem der Kl. Das Anraten des abgelehnten Richters richtete sich auch nach dem Wortlaut allein an die Bekl. Hiernach ist die Sorge der Befangenheit berechtigt.“ (OLG Naumburg aaO)

ZPO
§ 256 I

Feststellungsklage Minimale Möglichkeit eines künftigen Schadens

ZPO

(BGH in ZMR 2014, 863 = NZM 2014, 511; Urteil vom 02.04.2014 – VIII ZR 19/13)

Eine **auf Ersatz eines künftigen Schadens gerichtete Feststellungsklage ist unzulässig, wenn die Möglichkeit eines Schadenseintritts zwar minimal über dem allgemeinen Lebensrisiko** liegt, jedoch auf Grund der Umstände des Einzelfalls nur als **„sehr, sehr gering“** anzusehen ist.

„Selbst wenn man für die Zulässigkeit der Feststellungsklage die bloße Möglichkeit eines durch die Pflichtverletzungen verursachten Schadenseintritts genügen lassen wollte (vgl. BGH NJW 2001, 1431; BGH NJW 2001, 3414; BGH NJW-RR 2007, 601), ist die Zulässigkeit der Klage im Streitfall zu verneinen. Denn bei verständiger Würdigung besteht aus der Sicht der Kl. kein Grund, mit einem Schaden „wenigstens zu rechnen“ (vgl. BGH NJW-RR 2007, 601 Rn. 5 m. w. Nachw.).

Das BerGer. hat ausgeführt, dass die Verwirklichung des Risikos, an einem durch die Pflichtverletzung der Bekl. verursachten Tumor zu erkranken, „eher unwahrscheinlich“ sei. Dennoch sei die Feststellungsklage (zulässig und) begründet, weil der Sachverständige ein bestehendes Risiko, das geringfügig über dem allgemeinen Lebensrisiko liege, nicht ausgeschlossen habe.

Dem kann nicht gefolgt werden: Der Sachverständige hat ausgeführt, dass das Risiko der Kl., in Zukunft an einem Tumor zu erkranken, der auf die der Bekl. zurechenbaren Pflichtverletzungen zurückzuführen ist, zwar minimal über dem allgemeinen Lebensrisiko liege, jedoch als „sehr, sehr gering“ anzusehen sei; mit einer Tumorerkrankung sei „nicht zu rechnen“. Bei dieser Sachlage müssen die Kl. bei verständiger Würdigung nicht mit der Möglichkeit des zukünftigen Eintritts eines durch die Pflichtverletzung der Bekl. verursachten Schadens rechnen.“ (BGH aaO)

FamFG
§ 65

Verfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht Vorbehaltene Beschwerdebegündung

FamFG

(OLG Düsseldorf in MDR 2014, 1410; Beschluss vom 15.10.2014 – I-3 Wx 223/14)

Behält sich der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift **ausdrücklich eine Begründung des Rechtsmittels in einem gesonderten Schriftsatz vor**, so ist es **unzureichend**, der **Beschwerde unter Hinweis auf die fehlende Begründung nicht abzuweichen**, ohne dem **Beschwerdeführer zuvor** entweder eine (abschließende) **Begründungsfrist zu setzen** oder ihm mitzuteilen, dass demnächst die Nichtabhilfeentscheidung ergehen werde.

„Wird die Beschwerde zunächst ohne Begründung eingelegt, hat das Ausgangsgericht über § 65 I u. II FamFG die Möglichkeit, die auch im Beschwerdeverfahren geltende verfahrensrechtliche **Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers einzufordern** (vgl. MüKo-FamFG/Fischer, 2. Auflage 2013 § 65, Rdnr. 5), um auf diese Weise seiner **Pflicht zur Selbstkontrolle und zur Entlastung des Beschwerdegerichts** möglichst effektiv nachkommen zu können. Daher hat das Gericht erster Instanz bei einer unterbliebenen Beschwerdebegündung regelmäßig entweder durch Nachfrage zu klären, ob eine Begründung noch folgt, oder vor Entscheidung

jedenfalls eine angemessene Frist (im Allgemeinen nicht unter 2 Wochen) abzuwarten, bevor es die Nichtabhilfe beschließt, um eine Überbeschleunigung des Verfahrens zu vermeiden (OLG Düsseldorf FamRZ 2014, 1046; MüKo-FamFG/Fischer aaO, Rdnr. 11; a. A. ohne Begründung Keidel/Sternal, FamFG, § 68, Rdnr. 11).

Behält der Beschwerdeführer sich indes schon in der Beschwerdeschrift ausdrücklich eine Begründung in einem gesonderten Schriftsatz vor, so ist es unzureichend der Beschwerde unter Hinweis auf die fehlende Begründung nicht abzuhelpfen, ohne dem Beschwerdeführer zuvor entweder eine (abschließende) Begründungsfrist zu setzen oder ihm mitzuteilen, dass demnächst die Nichtabhilfeentscheidung ergehen werde (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.09.2014 I-3 Wx 177/14).“ (OLG Düsseldorf aaO)

StPO
§ 81b

Erkennungsdienstliche Behandlung
Bußgeldverfahren wegen Geschwindigkeitsüberschreitung

StPO

(OLG Stuttgart in NJW 2014, 3590; Beschluss vom 26.08.2014 – 4 Ss 225/14)

In einem **Bußgeldverfahren** wegen Geschwindigkeitsüberschreitung **hat der Betroffene gerichtlich angeordnete Maßnahmen zu seiner Identifizierung** als Fahrer zumindest dann **zu dulden**, wenn die **Verhängung eines Fahrverbots im Raum steht**.

I. In **Lit. und Rspr.** ist anerkannt, dass **für das Bußgeldverfahren § 81 b StPO über § 46 I OWiG zumindest in bedeutenderen Sachen** – insbesondere dann, wenn die Verhängung eines Fahrverbots wie im vorliegenden Fall im Raum steht – **Anwendung finden kann. Erkennungsdienstliche Maßnahmen zur Identifizierung sind** in diesem Fall vom Betroffenen **zu dulden** und **können** erforderlichenfalls **auch mit unmittelbarem Zwang durchgesetzt werden** (OLG Düsseldorf DAR 1991, 191 = NZV 1991, 243; LG Zweibrücken VRS 123 [2012], 95; Göhler/Seitz, OWiG, 16. Aufl., § 46 Rn. 32; Burhoff, HdB für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 3. Aufl., Rn. 2011; KK-OWiG/Lampe, 3. Aufl., § 46 Rn. 27).

II. **Im Bußgeldverfahren**, in dem die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist, ist der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** jedoch **in besonderem Maße zu beachten**. Auf Grund dessen **haben weniger belastende Maßnahmen Vorrang** (Burhoff, Rn. 2011 m. w. Nachw.).

„Dem Senat ist aus zahlreichen früheren Bußgeldverfahren bekannt, dass andere anthropologische Sachverständige, die ebenso wie der Gutachter im vorliegenden Verfahren der „Arbeitsgruppe Identifikation nach Bildern“ (AGIB) angehören, in der Lage sind, zumindest in Bußgeldsachen ein mündliches Lichtbildvergleichsgutachten zu erstatten, ohne dass die Fertigung eines Vergleichsbilds vor der Hauptverhandlung erforderlich ist. Vielmehr erstellen diese Sachverständigen ein digitales Vergleichsbild des Betroffenen im Rahmen der Hauptverhandlung, das mit dem im Vorfeld bereits ausgewerteten Tatbild abgeglichen wird. Hierfür ist unter normalen Umständen ein Zeitraum von ca. 10–20 Minuten erforderlich. Die Erstattung des mündlichen Gutachtens folgt unmittelbar im Anschluss. Eine nennenswerte Verzögerung des Verfahrens entsteht bei dieser Vorgehensweise nicht. Die Fertigung eines Lichtbilds durch den Sachverständigen im Hauptverhandlungstermin stellt für den Betroffenen somit einen geringeren Eingriff dar als die Fertigung von Lichtbildern durch den polizeilichen Erkennungsdienst, die üblicherweise auf einer Polizeidienststelle – mit der Möglichkeit der zwangsweisen Vorführung – an einem zusätzlichen Termin erfolgt (vgl. auch LG Zweibrücken VRS 123 [2012], 95).“ (OLG Stuttgart aaO)

III. Aber auch wenn im Einzelfall von einer **Unverhältnismäßigkeit der angeordneten erkennungsdienstlichen Maßnahme** auszugehen ist, **führt diese nicht zu einem Verwertungsverbot** des so gewonnenen Vergleichsbilds.

*„Dem Strafverfahrensrecht ist ein allgemein geltender Grundsatz, wonach jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd. Vielmehr ist die Frage der Verwertbarkeit verbotswidrig erlangter Erkenntnisse jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, namentlich nach der Art und dem Gewicht des Verstoßes, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Dabei **stellt ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme dar**, die nur auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Insoweit kommen insbesondere willkürliche Anordnungen des Gerichts oder eine gröbliche Verkennerung der Rechtslage in Betracht (u. a. BVerfG NJW 2008, 3053; BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269 = NSZ 2007, 601).“ (OLG Stuttgart aaO)*

StPO
§ 112 I 1, II Nr. 2

Dringender Tatverdacht
Bei nicht beziffertem Vermögensschaden

StPO

(KG in NStZ-RR 2014, 374; Beschluss vom 21.08.2014 – 1 Ws 61/14)

Lässt sich die **Schadenshöhe eines Vermögensdelikts** noch **nicht exakt beziffern**, so **steht dies der Annahme eines dringenden Tatverdachts nicht entgegen**. Es **muss lediglich mit der gebotenen hohen Wahrscheinlichkeit feststehen**, dass (neben den weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des Vermögensdelikts) auch ein Vermögensschaden vorliegt, wobei sich diese Einschätzung nach dem jeweiligen Stand der Ermittlungen richtet.

*„Da die Ergebnisse dieser Ermittlungen noch ausstehen, lässt sich die jeweilige Schadenshöhe gegenwärtig nicht exakt beziffern. Dies steht der Annahme des dringenden Tatverdachts jedoch nicht entgegen. Im Falle der (zu erwartenden) Anklageerhebung wird es letztlich **Aufgabe des Gerichts sein, die Betrugsschäden konkret festzustellen und zu beziffern** (vgl. BG HRRS 2014 Nr. 661 unter Hinweis auf BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 = NStZ 2010, 626; BVerfGE 130, 1). Ggf. ist der Schaden zu schätzen bzw. ein Mindestschaden festzustellen und zu benennen. Wenn ein Gericht wegen Betruges verurteilt und den Schadensumfang nicht oder nicht hinreichend beziffert, führt dies lediglich zur Aufhebung des Strafausspruchs, nicht aber des Schuldausspruchs, wenn anhand der sonstigen Feststellungen auszuschließen ist, dass überhaupt kein Schaden entstanden ist (vgl. BGH HRRS 2014 Nr. 661 m. w. Nachw.). Gefährdet aber die mangelhafte Bezifferung des Vermögensschadens nicht einmal den Bestand eines Schuldspruchs, gilt dies erst recht für die Bewertung des – der gerichtlichen Feststellung vorgelagerten – dringenden Tatverdachts. Insoweit muss für die Beurteilung, ob der Besch. des Vermögensdelikts dringend verdächtig ist, lediglich mit der gebotenen hohen Wahr-*

scheinlichkeit feststehen, dass (neben den weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des Vermögensdelikts) ein Vermögensschaden vorliegt, wobei sich diese Einschätzung nach dem jeweiligen Stand der Ermittlungen richtet.“ (KG aaO)

StPO
§§ 136 I 2, 136a

Belehrungspflicht Atemalkoholmessung

StPO

(KG in NSTZ-RR 2014, 384; Beschluss vom 30.07.2014 – 3 Ws (B) 356/14 – 122 Ss 106/14)

Die unterlassene Belehrung des Betroffenen über die Freiwilligkeit einer Atemalkoholmessung führt nicht zur Unverwertbarkeit der Messung, da eine entsprechende Belehrungspflicht nicht besteht.

„Das OLG Brandenburg (VRS 124, 340) hat zutreffend darauf hingewiesen, dass keine entsprechende Pflicht zu einer Belehrung des Betroffenen besteht (vgl. auch Ciernak/Herb NZV 2012, 409) und eine ohne Belehrung durchgeführte Atemalkoholmessung grds. beweisverwertbar ist. Konkrete Anhaltspunkte, dass die Ermittlungsbehörden dem Betroffenen vorliegend eine Mitwirkungspflicht vorgespiegelt oder einen Irrtum über eine solche Pflicht bewusst ausgenutzt haben, liegen nicht vor. Da dem Senat keine entgegenstehende Rspr. des EuGH für Menschenrechte bekannt ist, war eine entsprechende Vorlage an den Gerichtshof nicht veranlasst.“ (KG aaO)

VwGO
§§ 58 II, 67 IV

Unrichtige Rechtsmittelbelehrung Fehlerhafte Angaben zum Vertretungszwang

VwGO

(VGH BW in DÖV 2014, 1028; Beschluss vom 19.08.2014 – 8 S 1235/14)

Eine Rechtsmittelbelehrung, die den Hinweis enthält, als Bevollmächtigte im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof seien „Rechtsanwälte oder andere in § 67 II VwGO bezeichnete Personen und Organisationen zugelassen“, ist unrichtig i. S. d. § 58 II VwGO. Denn die in § 67 II 2 VwGO genannten Bevollmächtigten sind – vom Sonderfall des § 67 IV 7 VwGO abgesehen – nur vor dem Verwaltungsgericht vertretungsbefugt.

„Die dem streitigen verwaltungsgerichtlichen Beschluss beigefügte Rechtsmittelbelehrung ist unrichtig. Sie enthält den Hinweis, vor dem Verwaltungsgerichtshof müsse sich jeder Beteiligte, außer in Prozesskostenhilfeverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dieser gehört nach dem Wortlaut des § 58 I VwGO zwar nicht zum notwendigen Inhalt einer Rechtsmittelbelehrung. Ob er darin gleichwohl enthalten sein muss, mag offenbleiben (bejahend Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 20. Aufl., 2014, Rn. 10 zu § 58 und Sodan/Ziekow, VwGO, Kommentar, 4. Aufl., 2014, Rn. 62 zu § 58, jeweils mit zahlreichen Nachweisen pro und kontra). Denn ist der Hinweis in der Rechtsmittelbelehrung enthalten, muss er inhaltlich richtig sein. In der des streitigen verwaltungsgerichtlichen Beschlusses heißt es, als Bevollmächtigte seien „Rechtsanwälte oder andere in § 67 II VwGO bezeichnete Personen und Organisationen zugelassen“. Das ist aber nicht richtig. Wie sich aus § 67 IV 3 VwGO ergibt, sind nur die in § 67 II 1 VwGO bezeichneten Personen im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof postulationsfähig. Die in § 67 II 2 VwGO genannten Personen sind dagegen - von dem hier nicht einschlägigen Sonderfall aus § 67 IV 7 VwGO abgesehen - nur im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vertretungsbefugt. Dieser Fehler kann dazu führen, dass der Beschwerdeführer einen nicht postulationsfähigen Vertreter bestellt und deshalb versäumt, die Beschwerde innerhalb der Frist aus § 147 I 1 VwGO durch einen im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof vertretungsberechtigten Bevollmächtigten einlegen zu lassen (vgl. dazu auch BVerwG NJ 2000, 385 und BVerwG Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 77).“ (VGH BW aaO)

VwGO
§ 94

Aussetzung eines Klageverfahrens Vorgreifliches Normenkontrollverfahren

VwGO

(VGH München in NVwZ-RR 2014, 942; Beschluss vom 28.07.2014 – 15 C 14.992)

Ein Klageverfahren kann auch wegen eines vorgeiflichen Normenkontrollverfahrens ausgesetzt werden.

1. Nach § 94 VwGO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder aussetzen sei (Aussetzung des Verfahrens). Diese Bestimmung ist nach allgemeiner Ansicht entsprechend anwendbar, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von der Rechtsgültigkeit einer Norm abhängt, welche ihrerseits Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung ist (vgl. VGH München, Beschl. v. 8.6.2010 – 7 C 10.879; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand 2014, § 94 Rn. 44 ff.; Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 94 Rn. 9, 24 ff.; Eyermann/Rennert, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 94 Rn. 5; s. auch: BVerwG NVwZ-RR 2001, 483; BVerwG BeckRS 2006, 23780 jew. m. w. Nachw.).
2. Der Einwand, das Rechtsschutzsystem sei auf ein Nebeneinander von Normenkontrolle und Individualklage nicht angelegt, schon weil sich beide Verfahren von ihren Schutzziele her deutlich unterscheiden würden, greift nach Auffassung des VGH München aaO nicht durch.

„Die in § 94 VwGO eröffnete Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens trägt gerade dem Nebeneinander von Rechtsschutzmitteln Rechnung und stellt hierfür ein Mittel bereit, durch das sich widersprechenden Entscheidungen vorbeugen lässt (BVerwG NVwZ-RR 2001, 483). Die unterschiedlichen Rechtsschutzziele des als objektives Kontrollverfahren ausgestalteten Normenkontrollverfahrens und der ausschließlich auf die Gewährung subjektiven Rechtsschutzes ausgerichteten Verpflichtungsklage (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2001, 483) stehen einer Aussetzung ebenfalls nicht entgegen, weil sich die Vorgehensweise des Normenkontrollverfahrens aus der darin vorzunehmenden Prüfung der Rechtsgültigkeit einer Rechtsvorschrift ergibt, auf deren Gültigkeit es in dem anderen Verfahren ankommt (vgl. Sodan/Ziekow aaO, § 94 Rn. 45 m. w. Nachw.).“ (VGH München aaO)

(Nds OVG in DÖV 2014, 1028; Beschluss vom 04.09.2014 – 21 F 1/13)

Ein Widerspruchsverfahren gehört nicht zum Gerichtsverfahren i. S. v. § 198 I 1 und VI Nr. 1 GVG.

„Gerichtsverfahren“ i. S. [des § 198 I GVG] ist nach Abs. 6 „jedes Verfahren von der Einleitung bis zum rechtskräftigen Abschluss einschließlich eines Verfahrens auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes und zur Bewilligung von Prozess- oder Verfahrenskostenhilfe“. Es **umfasst damit das gesamte (verwaltungs-)gerichtliche Verfahren**, auch wenn dieses über mehrere Instanzen oder bei verschiedenen Gerichten geführt worden ist, nach **Wortlaut und Entstehungsgeschichte** aber nicht das behördliche Vorverfahren (BVerwGE 147, 146; Michl DVBl. 2014, 999). Die **Systematik der §§ 198 ff. GVG stützt dieses Verständnis vom Ausschluss des behördlichen Vorverfahrens**. Denn nach § 200 GVG haftet für Nachteile aufgrund eines überlangen Verfahrens der jeweilige Rechtsträger des Gerichts oder der Behörde. Eine - nach dieser Systematik notwendige - Haftung des Rechtsträgers der Ausgangs- oder Widerspruchsbehörde ist aber nicht vorgesehen; ebenso wenig existiert eine Zurechnungsnorm, nach der ein anderer Rechtsträger insoweit haftet.“ (Nds OVG aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Korch:** Abweichende Annahme? Kein Fall für Treu und Glauben! (NJW 2014, 3553)

Wird eine **Änderung des Angebots** i. S. des § 150 II BGB vom Ändernden **nicht offenbart**, so geht der BGH jedenfalls **bei vorsätzlichem Verschweigen der Änderungen** davon aus, dass der **Vertrag in der ursprünglich unveränderten Form zu Stande kommt**; begründet wird dieses Ergebnis mit den Grundsätzen von **Treu und Glauben**, die auch auf § 150 II BGB anzuwenden seien. – Nach Ansicht des Autors ist ein solcher Rückgriff auf § 242 BGB nicht erforderlich und zudem systematisch fragwürdig, weil allein mit den Regeln des Anfechtungsrechts sowie der §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB (culpa in contrahendo) sachgerechte Lösungen erzielt werden können. - Das Urteil des BGH ist nach Auffassung des Autors abzulehnen, denn es **führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit** bei der Abgrenzung von täuschendem „Unterschieben“ und einfacher, unbemerkter Abänderung mit erheblichen Auswirkungen auf der Rechtsfolgenseite; zudem wird ein **Vertrag fingiert, obwohl es zu keinem Zeitpunkt übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien** gab; eines Rückgriffs auf § 242 BGB bedarf es nicht, da das Anfechtungsrecht sowie die §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB (culpa in contrahendo) eine ausreichende Korrektur gewährleisten können; gerade aus der Existenz des § 123 BGB lässt sich die Wertung entnehmen, dass ein täuschungsbedingt geschlossener Vertrag lediglich anfechtbar, nicht jedoch nichtig oder über § 242 BGB zu korrigieren ist.

2. **Schärfl:** Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess (NJW 2014, 3601)

Die **Beweislastregel des § 630 h BGB erlaubt Rückschlüsse auf den vertraglichen Arzthaftungstatbestand** und leistet damit einen **wichtigen Beitrag zur Konkretisierung des haftungsbegründenden Pflichtverletzungstatbestands** sowie zur systemgerechten Integration des Arzthaftungsrechts in das allgemeine Schuldrecht. - Dogmatisch überträgt § 630 II BGB das **Beweisrisiko für eine aufklärungsgerechte Einwilligung des Patienten** in die jeweilige Behandlungsmaßnahme **vollständig auf die Behandelndenseite**; § 630 h BGB normiert in Abs. 1 sowie in den Abs. 3 bis 5 gesetzliche Vermutungen i. S. des § 292 ZPO: Diese verschieben nicht nur das Beweisthema, als spezifisch spezifische Beweislast- und damit Risikozuweisung ermöglichen diese vielmehr eine arzthaftungsbezogene Entfaltung der allgemeinen Beweisgrundsätze, wobei der durch die Vermutung Begünstigte das Beweisrisiko für die Vermutungsbasis, der Prozessgegner das Beweisrisiko für die Widerlegung der vermuteten Tatsache (= Hauptbeweis des Gegenteils der vermuteten Tatsache zur vollen Überzeugung des Gerichts) trägt. - Inhaltlich lassen sich die einzelnen Beweislastregeln als nach Risikoverursachungsbeiträgen **ausdifferenziertes System der Beweislastverteilung** deuten: Auch insoweit verfolgt das Arzthaftungsrecht somit **keinen „medizinrechtlichen Sonderweg“**, sondern orientiert sich an einem schon bisher das gesamte Beweisrecht prägenden, wenngleich nicht ausschließlich verwirklichten, **Verteilungsprinzip**. - Trotz dieser positiven Aspekte bleibt die Neuregelung des § 630 h BGB kritikwürdig: Zum einen fehlt gerade der Gesetzesbegründung oftmals die notwendige terminologische Präzision, was die dogmatische Erfassung der intendierten Beweislastverteilung erschwert; zum anderen beschränkt sich die Neuregelung in vielen Bereichen auf eine – leider nur unvollständige – Wiedergabe der bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze, deren genauere Inhalt sich zudem oft erst aus der **Gesetzesbegründung** erschließt; insoweit bleibt daher das selbstgesteckte **Ziel des Gesetzgebers einer umfassenden, transparenten Regelung der Beweislastverteilung – jedenfalls partiell – unerreicht**. - Entschiedene Ablehnung verdient nach Ansicht des Autors schließlich die unkritisch in § 630h V 2. Alt. 1 BGB übernommene **Rspr. zur Kausalitätsvermutung bei einfachen Befunderhebungsfehlern**; diese **widerspricht nicht nur den Grundprinzipien des Arzthaftungsrechts**, sondern provoziert zugleich eine ökonomisch zu einer Fehlallokation der Behandlungsressourcen führende, **den Patienteninteressen widersprechende Überdiagnostik**.

3. **Hauck:** Gebrauchthandel mit digitalen Gütern (NJW 2014, 3616)

Problemstellung: Es geht um die Frage, ob ein Gebrauchthandel mit digitalen Gütern wie etwa Software, Hörbüchern und E-Books möglich ist, wenn diese nicht auf einem Datenträger veräußert werden, sondern mittels Download unmittelbar vom Erwerber abgerufen werden können oder ob der Veräußerer eine Weitergabe, insbesondere in AGB, untersagen kann. - Der BGH hat diese Frage in Umsetzung einer Vorabentscheidung des EuGH für **gewerblich genutzte Software** verneint, das OLG Hamm hat hingegen jüngst ein entsprechendes Weiterveräußerungsverbot bei **Hörbüchern** für wirksam erachtet.- Ausschlaggebend ist, welches digitale Gut betroffen ist, denn die rechtliche Wertung hängt im Ergebnis von der Anwendung europäischen Rechts ab, das insbesondere **für Software eine eigene Regelung** bereithält. - Mit seiner Entscheidung manifestiert das **OLG Hamm** die vom Gesetzgeber vorgesehene unterschiedliche Behandlung von Software gegenüber anderen digitalen Gütern: Während daher der Gebrauchthandel mit Software kaum noch wirksam in AGB untersagt werden kann, ist dies bei sonstigen, ebenfalls nur online existierenden Gütern – wie Hörbüchern – durchaus möglich. - Die Veräußerer digitaler Güter haben auf die aktuelle Rechtsentwicklung reagiert und etwa technisch sichergestellt, dass der erworbene Gegenstand nicht weiterveräußert werden kann; außerdem werden Nutzungen nur noch zeitlich begrenzt gewährt, so dass es sich dabei nach den Grundsätzen des EuGH nicht um einen Kaufvertrag handelt, sondern um eine Lizenzvereinbarung.

II. Strafrecht

1. **Bülte:** Geldwäschetauglichkeit als Vermögensnachteil: Instrumentalisierung der Untreue für die Strafverfolgung? (NStZ 2014, 680)

Mit **§ 261 StGB** wurde eine Vorschrift geschaffen, die neben der **Erleichterung von Strafverfolgung und Restitution** die **wirtschaftliche Isolation von kriminell erlangtem Vermögen bewirken** soll; Vermögensgegenstände, die durch Betäubungsmitteldelikte, Menschenhandel oder andere Straftaten der klassischen Organisierten Kriminalität erlangt wurden – also das sog. Blutgeld –, sollen **nicht mehr in den legalen Wirtschaftskreislauf zurückfließen**. - Bestechungsgelder an Amtsträger (vgl. § 261 I 1 Nr. 2 a StGB) oder durch gewerbsmäßigen Betrug oder Untreue (vgl. § 261 I 1 Nr. 4 a StGB) erlangte Vermögenswerte sind ebenso geldwäschetauglich wie Gewinne aus einer Vielzahl anderer Wirtschaftsstraftaten. - Der Umfang des Vortatenkatalogs führt dazu, dass z. B. Aktien aus gewerbsmäßigen Insidergeschäften i. S. des § 38 I Nr. 1 WpHG inkriminiert und von der Isolationswirkung erfasst sind (§ 261 I 1 Nr. 4 b StGB); solche **Wertpapiere sind nach § 261 StGB verkehrsunfähig**; sie dürfen nicht weitergegeben, nicht verwahrt und nicht verwendet werden; ein vorsätzlicher, ggf. auch leichtfertiger Verstoß gegen dieses Verbot ist als Geldwäsche nach § 261 II bzw. V StGB strafbar. - Neben dem konstatierten Vermögensnachteil setzt die Untreue die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht voraus: Es gilt also eine Pflicht auszumachen, die der Täter verletzt hat; ein **Geschäftsführer** z. B. ist **gegenüber „seiner“ GmbH offenkundig vermögensbetreuungspflichtig**; ihm ist das **wirtschaftliche Schicksal der Gesellschaft in die Hände gelegt**; die Täuschung und der Betrug zum Nachteil der Kunden sind fraglos Pflichtverletzungen; jedoch setzt § 266 StGB die Verletzung einer Pflicht voraus, die spezifisch das Vermögen der Gesellschaft schützt; eine solche Pflicht lässt sich aus § 263 StGB in casu nicht herleiten; die Pflicht, potentielle Vertragspartner nicht zu täuschen, soll – soweit ihre Verletzung Gegenstand des Betrugsvorwurfes ist – nicht das Vermögen der GmbH, sondern der Kunden schützen; dieses Vermögen hat der Geschäftsführer aber nicht zu betreiben; das hat zur Folge, dass hier nicht bereits deswegen eine tatbestandliche Pflichtverletzung i. S. des § 266 StGB angenommen werden kann, weil die Täuschungshandlung den Tatbestand des Betrugs zum Nachteil der Kunden erfüllt; die tatbestandliche Vermögensbetreuungspflicht muss eine andere Grundlage als das Täuschungsverbot haben. - Die Untreue durch die Geldwäschetauglichkeit als Vermögensnachteil hat einen erheblich erweiterten Anwendungsbereich gewonnen; zudem wird die Bedeutung der Untreue durch Geldwäschetauglichkeit für Unternehmen offenbar: Der Geschäftsführer, der eine aus dem eigenen Unternehmen heraus begangene Geldwäschevortat erkennt, hat keine andere Wahl, als diese Tat gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zu offenbaren, alle anderen Auswege sind entweder durch die Geldwäsche- oder die Untreuestrafbarkeit versperrt; **Passivität löst** daher regelmäßig die **Untreuestrafbarkeit aus**; auf diese Weise entsteht eine **durch § 266 StGB strafbewehrte Pflicht zur Offenbarung von Geldwäschevortaten**. - Der Anwendungsbereich von § 266 StGB kann aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht beschränkt werden: Eine solche Restriktion würde nämlich bedeuten, der juristischen Person den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz zu versagen und den Grundrechtsschutz mit Blick auf Art. 14 GG zu mindern, den ihr die Rechtsordnung durch die Anerkennung einer eigenen Rechtspersönlichkeit gerade zuerkannt hat.

2. **Krell:** Serienbetrugstaten als strafprozessuale Herausforderung – Zugleich zur analogen Anwendbarkeit von § 154 a StPO (NStZ 2014, 686)

§ 154 a StPO lässt eine **Beschränkung der Strafverfolgung von der Vollendung auf den Versuch nicht zu, im Einzelfall** kann aber eine **analoge Anwendung** in Betracht kommen. - Voraussetzung dafür ist aber, dass es sich um einen Fall handelt, den der historische Gesetzgeber bei der Statuierung des normativen Regel-Ausnahme-Verhältnisses, das den §§ 151 ff. StPO zugrunde liegt, nicht bedacht hat; das lässt sich bejahen, wenn es um die prozessuale Bewältigung serienweiser Täuschung geht, insbesondere wenn diese durch technischen Fortschritt ermöglicht wurde, und wenn das gesamte verwirklichte Unrecht aus verfahrensrechtlichen und praktischen Gründen realistisch betrachtet gar nicht hinreichend belegt werden kann. - Dagegen muss eine **Analogie ausscheiden**, wenn **§ 154 a StPO über seinen Wortlaut und Telos hinaus** ausschließlich dazu **zweckentfremdet wird, Fehler des Tatgerichts im Rahmen der Revision zu „heilen“**.

3. **Leitmeier:** Sind rechtswidrig „gedeilte“ Urteile nichtig? (NStZ 2014, 690)

Ein **Urteil, das auf einer rechtswidrigen „informellen Absprache“ beruht, ist fehlerhaft** und damit **aufzuheben**, ein solches **Verständigungsurteil** (äußerst weit) darüber hinaus **für nichtig zu erklären**, nachdem der Verurteilte (Wiedereinsetzung beantragt und) Berufung eingelegt hat, **ist** hingegen **rechtlich nicht möglich**: Die Voraussetzungen der extremen Ausnahme „Nichtigkeit“ sind bei einer „informellen Absprache“ inhaltlich nicht gegeben. - Unabhängig davon würde der Gedanke der Nichtigkeit aber immer daran scheitern, dass in jedem Fall die Konsequenzen einer solchen Entscheidung für das Verfahren zu bedenken sind: Der zu einer Bewährungsstrafe Verurteilte bekommt mit seinem Wiedereinsetzungsantrag Recht, weil er unverschuldet eine Frist versäumte; in der weiteren Folge könnte er trotz Obsiegens dann rechtmäßig zu einer Vollzugsstrafe verurteilt werden.

III. Öffentliches Recht

1. **Thormann:** Die Abundanzumlage (Finanzausgleichsumlage): Ärgernis oder Notwendigkeit? (NVwZ 2014, 1548)

Die **Abundanzumlage** stellt eine **notwendige Ergänzung des kommunalen Finanzausgleichs** dar; sie **vermeidet die strikte Zweiteilung des Schlüsselzuweisungssystems** und **versöhnt die redistributive und die**

allokative Funktion des Finanzausgleichs auch oberhalb der Abundanzschwelle; die Umlage ist daher schon aus systemischen Gründen unverzichtbar. - Eine Abundanzumlage hat darüber hinaus mittelbar erhebliche **Auswirkungen auf die Hebesatzgestaltung bei der Grund- und Gewerbesteuer**; sie wirkt einem ruinösen Steuerwettbewerb der Kommunen entgegen und stärkt die kommunale Ertragskraft insgesamt; darüber hinaus sorgt sie dafür, dass auch die abundanten Kommunen finanziell Maß halten müssen. - Nach der **bisherigen Rspr.** sind Finanzausgleichsumlagen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, bei der Ausgestaltung ist jedoch insbesondere darauf zu achten, dass die Allokationsfunktion (Anreizwirkung) des kommunalen Finanzausgleichs in ausreichendem Maße erhalten bleibt; daher darf es zu keiner zu weitgehenden Nivellierung der Finanzkraft kommen; eine **Übernivellierung** (Änderung der Finanzkraftreihenfolge durch die Umlage) ist **per se unzulässig**. - Der deutsche Föderalismus hat inzwischen eine verwirrende Regelungsvielfalt zu Abundanz- bzw. Finanzausgleichsumlagen hervorgebracht; für die Bewertung der einzelnen Modelle ist entscheidend, welche effektive Ausgleichswirkung jeweils erzeugt wird; auch eine progressive Umlagegestaltung ist grds. möglich und – sofern die Anreizwirkung gewahrt bleibt – auch überlegenswert, um übermäßige Finanzkraftspitzen einzuebnen. - Der **Gesetzgeber ist von Verfassungen wegen nicht generell gehalten, eine Abundanzumlage bei den Kreisumlagegrundlagen in Abzug zu bringen**; gleichwohl ist dies zu empfehlen; sieht das Landesrecht den Abzug nicht vor, ist schon wegen des Nivellierungsverbots sicherzustellen, dass die Summe aller im kreisangehörigen Bereich zu zahlenden Umlagen auch jenseits der Abundanzschwelle klar unter 100 % bleibt. - Die nordrhein-westfälische Solidaritätsumlage ist außerhalb des kommunalen Finanzausgleichs angeordnet und schon deshalb regelungstechnisch und funktional missglückt; auch bei der Ausgestaltung der nordrhein-westfälischen Solidaritätsumlage hat der Gesetzgeber seinen Gestaltungsspielraum in zulässiger Weise ausgeübt.

2. **Weber/Otting**: Grenzen der kommunalen Zustandsstörerhaftung nach dem Bundesbodenschutzgesetz (NVwZ 2014, 1618)

Städte und Gemeinden sowie ihre Eigenbetriebe und -gesellschaften sind als Eigentümer kontaminierter Grundstücke **häufig mit der Notwendigkeit der Sanierung schädlicher Bodenveränderungen und Altlasten konfrontiert**. - Das BVerfG hat hierzu festgestellt, dass, so lange der Gesetzgeber die Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit nicht ausdrücklich regelt, Behörden und Gerichte durch Auslegung und Anwendung der die Verantwortlichkeit und die Kostenpflicht begründenden Vorschriften sicherzustellen haben, dass die **Belastung des Eigentümers das Maß des nach Art. 14 II Zulässigen nicht überschreitet**; außerdem haben sie insbesondere eine dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** genügende **Begrenzung der finanziellen Belastung des Grundeigentümers** im Rahmen einer ausschließlich auf seine Zustandsverantwortung gestützten Altlastensanierung zu gewährleisten. - Damit ist die vom BVerfG eingeleitete Kehrtwende in der Rspr. zur **Haftungsbegrenzung bei Inanspruchnahme des Zustandsstörers** auch aus umweltpolitischer Sicht zu begrüßen, führt sie doch im Ergebnis dazu, dass dem **Verursacherprinzip** im Bodenschutzrecht – wenn auch quasi durch die Hintertür – Geltung verschafft wird. - Auf Grund der nunmehr auch in der Rspr. anerkannten Haftungsbegrenzung und der existierenden Unsicherheiten zur Bestimmung dieser Haftungsobergrenze im Einzelfall, dürften die zuständigen Behörden in Zukunft eher geneigt sein, den Verhaltensstörer vorrangig zur Sanierung heranzuziehen.

3. **Polzin**: Zukunft und Ermessen: Vorberücksichtigung von (potenziellen)zukünftigen Gesetzen? (DÖV 2014, 1007)

Die **Vorberücksichtigungsfähigkeit zukünftiger Gesetze im Rahmen von Ermessensentscheidungen** wird **maßgeblich vom Rechtsstaats- und Demokratieprinzip bestimmt**; danach gilt, dass belastende zukünftige Gesetze bis zu ihrem Inkrafttreten grds. nicht vorberücksichtigt werden dürfen und stattdessen ein Anspruch des Einzelnen darauf besteht, dass ohne sachfremde Verzögerung eine Entscheidung anhand des (noch) geltenden für ihn günstigeren Rechts erfolgt; handelt es sich dagegen um ein begünstigendes Gesetz, kann es grds. mit seinem Zustandekommen nach Art. 78 GG im Rahmen des Übermaßverbots vorberücksichtigt werden und möglicherweise sogar zu der Unangemessenheit einer bestimmten Maßnahme führen. - Besondere Relevanz hat die Frage der Vorberücksichtigungsfähigkeit zukünftiger begünstigender Gesetze in der Konstellation, in der das (noch) geltende Recht die **Untersagung einer bestimmten Tätigkeit** ermöglicht, **die jedoch vom zukünftigen Recht erlaubt wird**. - In der Fallkonstellation, dass das Gesetz (auch) der Umsetzung einer Richtlinie dient, gelten für die Vorberücksichtigungsfähigkeit des deutschen Gesetzgebungsvorhabens keine Besonderheiten; allerdings können in bestimmten Konstellationen (einzelne) Bestimmungen der Richtlinie aufgrund europarechtlicher Vorgaben im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen sein.

Die Anhörungsrüge, § 152a VwGO

I. tauglicher Gegenstand

Gegenstand einer Anhörungsrüge sind **gerichtliche Entscheidungen**. Es müssen folgende Voraussetzungen vorliegen.

1. Die verletzende Entscheidung muss eine **Endentscheidung** sein, gegen die **Rechtsmittel** oder andere **Rechtsbehelfe nicht gegeben** sind. An dieser Voraussetzung fehlt es etwa dann, wenn im Rahmen eines Zulassungs- oder Rechtsmittelverfahrens die Möglichkeit zur Geltendmachung einer Verfahrensrüge - etwa nach § 124 II Nr. 5 oder § 132 II Nr. 3 VwGO - gegeben ist (vgl. Ewer, NJW 2007, 3171 [3173]).
2. Der **Anspruch** des die Anhörungsrüge erhebenden Beteiligten **auf rechtliches Gehör muss verletzt sein**. Hierfür reicht ein **objektiver Verstoß** gegen Art. 103 I GG aus, eines Verschuldens bedarf es insoweit nicht.
3. Der **Gehörsverletzung** muss **entscheidungserhebliche Bedeutung** zukommen. Das ist der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht ohne die Gehörsverletzung zu einem anderen, für den Rügeführer günstigeren Ergebnis gelangt wäre (vgl. BVerfG, NJW 2004, 3551 [3552]).

II. Frist

Die Rüge ist gem. § 152a II 1 VwGO innerhalb **von zwei Wochen nach positiver Kenntnis** von der **Verletzung rechtlichen Gehörs** zu erheben.

Eine solche positive Kenntnis liegt vor, wenn dem Rügeberechtigten **alle Umstände bekannt** sind, aus denen sich die Berechtigung zur Rügeerhebung ergibt. (vgl. Ewer, NJW 2007, 3171 [3173]).

Hinsichtlich der Rügefrist bedarf es **keiner Rechtsmittelbelehrung** i.S.d. § 58 VwGO, da die Anhörungsrüge kein Rechtsmittel im technischen Sinne ist. Da die Ein-Jahresfrist des § 152a II 2 VwGO eine absolute Ausschlussfrist darstellt, kann ihre Versäumung nicht im Wege der Wiedereinsetzung geheilt werden.

III. Form

Nach § 152a II 4 VwGO ist die Rüge **schriftlich** oder zur **Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle** bei dem Gericht zu erheben, dessen Entscheidung angegriffen wird. Gemäß § 67 IV 1 VwGO unterliegt die wirksame Erhebung einer Anhörungsrüge vor dem OVG und BVerwG dem Anwaltszwang bzw. Behördenprivileg (vgl. Ewer, NJW 2007, 3171 [3173]).

IV. Inhalt der Rüge

Nach § 152a II 6 VwGO muss die Rüge inhaltlich die **angegriffene Entscheidung** bezeichnen und das **Vorliegen der Voraussetzungen** des Absatzes 1 darlegen. Angesichts der allgemeinen prozessrechtlichen Bedeutung des Begriffs der Darlegung ist es insoweit erforderlich, unter Ausführung der insoweit maßgeblichen Umständen vorzutragen, dass das **Gericht einen bestimmten entscheidungserheblichen Vortrag nicht zur Kenntnis genommen oder nicht in Erwägung gezogen** hat und dass die **Entscheidung** im Falle einer entsprechenden Berücksichtigung **anders hätte ausfallen können** (vgl. Ewer, NJW 2007, 3171 [3173]).

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Öffentl. Recht

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

Land: BadWürtt	Prüfer (mit Titel usw.) B	Tag d. mündl. Prüfung 13.10.2014
---------------------------------	--	---

Zur Person:

B. ist sehr sympathisch und sehr nett. Er stellt seine Fragen sehr klar und verständlich. Richtige Antworten bestätigt er durch Zustimmung oder Kopfnicken, bei falschen Antworten fragt er noch mal nach. Auch während der anderen Prüfungsabschnitte ist er sehr aufmerksam und nickt schon mal bei richtigen Antworten.

Zur Prüfung:

Fall: In einer Gemeinde H. gibt es einen eingetragenen Verein der syrisch-orthodoxen Kirche. Diesem gehört ein Grundstück, das im Geltungsbereich des Bebauungsplans liegt. Das Gebiet ist als Industriegebiet ausgewiesen.

1994 beantragte der Verein eine Baugenehmigung für den Bau einer Kirche sowie zur Errichtung eines Versammlungsraums. Der Verein beantragte damals auch die Erlaubnis, im Untergeschoss der Kirche ein Mausoleum bzw. eine Krypta mit 10 Begräbnisplätzen zu errichten. Der Bau der Kirche mit Versammlungsraum wurde genehmigt, die Errichtung der Krypta wurde untersagt. Die Kirche wurde genehmigungsgemäß errichtet und wird seither auch genutzt. Jetzt beantragte der Verein, den Abstellraum im Untergeschoss als Bestattungsplatz nutzen zu können. Geplant seien 10 Begräbnisplätze in sog. Wandnischen, in denen die Verstorbenen in Holzsärgen beigesetzt werden sollen. In dieser Krypta soll auch der Priester der Kirche beigesetzt werden. Durch mehrere Gutachten wurde die Erforderlichkeit einer solchen Priesterbegräbnisstätte festgestellt, da der Priester in seelischer Nähe zum Altar begraben werden muss. Die Angrenzer wurden benachrichtigt und es wurden von ihnen keine Einwendungen gegen das geplante Vorhaben erhoben. Das Gesundheitsamt hatte bzgl. einer eventuellen Seuchengefahr ebenfalls keine Einwendungen und stimmte dem Vorhaben zu.

Die Gemeinde versagte dem Vorhaben jedoch das erforderliche Einvernehmen. Das Regierungspräsidium wies den Widerspruch daher unter Bezugnahme auf das versagte Einvernehmen zurück, woraufhin der Verein Klage erhob.

Begonnen wurde mit der Prüfung der Zulässigkeit; der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet. Statthafte Klageart ist die Verpflichtungsklage. Klagebefugnis liegt auch vor, mögliche Verletzung in Glaubensfreiheit und Eigentumsgarantie.

Bei der Prüfung der Begründetheit ging es zunächst um die beantragte Nutzungsänderung: ausnahmslose Genehmigungspflicht nach §§ 49 I i.v.m. 2 XII LBO. Die Nutzungsänderung des Abstellraumes in eine Begräbnisstätte ist nicht nach § 50 II LBO verfahrensfrei, denn in bauordnungsrechtlicher als auch bauplanungsrechtlicher Hinsicht sind weitergehende Anforderungen als an die bisherige Nutzung zu stellen, §§ 29 I, 30 BauGB; Maßstab für planungsrechtliche Beurteilung ist der Bebauungsplan, der dieses Gebiet als Industriegebiet ausweist.

§ 9 BauNVO: Ausnahmen werden nach Abs. 3 ausdrücklich zugelassen. Ist die Krypta eine Anlage für kirchliche Zwecke? Dies ist zu bejahen, da es hier um die Bestattungstradition der syrisch-orthodoxen Kirche geht.

Aber § 14 I BauNVO: Widerspruch zur Eigenart des Industriegebietes? Hier wollte B Argumente für und gegen eine Krypta in einem Industriegebiet hören; z.B. kirchliche Tradition dieser Glaubensgemeinschaft, bestandskräftige Kirche, die auch genutzt wird, Glaubensfreiheit etc.

Insgesamt tendierten wir dazu, einen Widerspruch des geplanten Vorhabens zum Industriegebiet anzunehmen.

Außerdem wurde noch nach dem Grundrecht der Glaubensfreiheit aus Art 4 I, II GG gefragt: Wer ist Grundrechtsträger? Jeder Mensch, hier also sowohl die Gemeindemitglieder der Kirchengemeinde einschließlich der Geistlichen als individuelle Grundrechtsträger als auch der eingetragene religiös-kirchliche Verein als kollektiver Grundrechtsträger. Da zum Schutzbereich auch die zum Bekenntnis des Glaubens erforderlichen kultischen Handlungen gehören, ist der Schutzbereich betroffen.

Viel Erfolg!!!!

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Strafprozessrecht

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

Land: Bayern	Prüfer (mit Titel usw.) Ri W	Tag d. mündl. Prüfung 03.11.2014
------------------------	--	--

Zur Person:

Richter W ist ein noch junger Prüfer. Er ist allerdings sehr freundlich und versuchte, uns immer auf den richtigen Weg zu leiten.

Zur Prüfung:

Fall: Die StA will Geschäftsunterlagen von einer insolventen Firma haben, welche sich beim Insolvenzverwalter befinden. Dieser will die Unterlagen nicht herausgeben, was kann die StA tun?

Die StA kann zunächst anrufen, danach hinfahren und schließlich mit Zwangsmitteln vorgehen. Hier mussten wir die Sicherstellung von der Beschlagnahme abgrenzen (Freiwilligkeit), danach wollte er noch andere Zwangsmittel genannt haben und welche im folgenden Fall ergriffen werden könnten: Hier könnte zunächst ein Ordnungsgeld und anschließend Ordnungshaft verhängt werden. W wollte weiter wissen, ob die StA vollstrecken kann, wenn sich der Bürger dem Ordnungsgeld nicht innerhalb der Frist gebeugt hat, aber kurz danach zahlt: Ja, sie kann vollstrecken, da Zwangsmittel in der StPO repressiv wirken, also eine Strafe darstellen, im Gegensatz zu denen im PolG, welche nur präventiv wirken.

Dann fragte er nach den Voraussetzungen der Untersuchungshaft aus § 112 StPO. Außerdem wollte er noch wissen, welcher Haftgrund zugleich präventiv und repressiv wirkt: Die Wiederholungsgefahr, da hier der Bürger davor bewahrt werden soll, erneut straffällig zu werden. Grundsätzlich sind die Haftgründe aber nur repressiv.

Nun kamen wir zum materiellen Strafrecht, dazu folgender Fall:

Durch ein Hochgefühl wegen eines 5:0-Sieges für Deutschland bei der Fußball-WM und mit 1,5‰ aufgeputscht, beschließt A, ein 1-Mann-Autokorso zu veranstalten und zwar mit dem Pkw seines Freundes F, welcher damit einverstanden ist aber nicht mitfährt. A fährt auf einen Kundenparkplatz, welcher völlig leer aber mit einer Schranke gesichert ist, die aber mittels eines Parktickets genutzt werden kann. A verliert die Kontrolle über den Pkw und kollidiert mit einem Baum, der im Eigentum der Gemeinde steht. Dabei entsteht am Baum ein Schaden in Höhe von 700 Euro. Ein solcher Schaden entsteht ebenfalls am Pkw des F. A stellt den Pkw 50m weiter ab und geht nach Hause. A gibt zu, dass er wohl „voll“ gewesen sei, dachte aber, es handele sich um einen Privatparkplatz. Strafbarkeit des A?

I. § 315 c StGB

Zunächst mussten wir § 315 c StGB von § 315 b StGB abgrenzen: Bei § 315 b StGB handelt es sich um Eingriffe von außen in den Straßenverkehr und bei § 315 c StGB um Eingriffe innerhalb des Straßenverkehrs. Nun mussten wir die Voraussetzungen nennen und alles definieren (Straßenverkehr, Fahrzeug etc.). Außerdem mussten wir die Promillegrenzen aufzählen. W fragte dann danach, ob es sich bei dem Pkw um eine fremde Sache gehandelt habe? Dies war zu verneinen, da das Tattfahrzeug nie taugliches Objekt i. S. v. § 315 c StGB sein kann. Außerdem handelt es sich bei dem Baum nicht um eine Sache von bedeutendem Wert (erst ab 1.300 Euro, nach aktueller Rspr.).

II. § 316 I StGB

Hier mussten wir § 316 StGB von § 315 c StGB abgrenzen: absolutes und konkretes Gefährdungsdelikt. Es ging dann um Voraussetzungen und Definitionen.

Bei dem Irrtum des A hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „Verkehr“ handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum, der nach § 316 I StGB den Vorsatz entfallen lässt.

III. § 315 II StGB

Hier hat uns W darauf aufmerksam gemacht, dass man immer an die Fahrlässigkeit denken muss, wenn die Vorsatzstrafbarkeit nicht gegeben ist. Er wollte wissen, wann man nach Fahrlässigkeit bestraft wird: Nur dann, wenn es im Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht ist.

IV. § 303 I StGB hinsichtl. des Baumes

A hatte keinen Vorsatz. Da es eine fahrlässige Sachbeschädigung nicht gibt, scheidet eine Strafbarkeit insoweit aus.

V. § 142 I StGB

Da A sich vom Unfallort entfernt hat und nach Hause ging, ist der Tatbestand erfüllt. Allerdings scheitert es auch hier wieder am fehlenden Vorsatz (§ 16 I StGB).

Fall: Nach einem heftigen Wortgefecht kam M ins eheliche Schlafzimmer und beugt sich über F. Diese tötet M mit 2 Schüssen, was sie schon länger geplant hatte; sie wollte nur eine günstige Gelegenheit abwarten. F dachte dabei, dass E ihr lediglich einen Kuss geben wollte, E indes wollte sich aber eigentlich erstechen. Strafbarkeit der F?

Es wurde zunächst nach dem Verhältnis von Mord zu Totschlag gefragt. Voraussetzungen und Definitionen: Heimtücke ist gegeben, somit ist der Tatbestand erfüllt, aber es könnte an der Rechtswidrigkeit fehlen, wenn Notwehr nach § 32 StGB einschlägig wäre. Hier mussten wir auch wieder alle Voraussetzungen prüfen und kamen zu dem Ergebnis, dass alle Voraussetzungen gegeben sind bis auf den Verteidigungswillen. Fraglich war also, ob die Erfüllung des objektiven Tatbestands ausreicht oder aber ob zusätzlich der subjektive Tatbestand vorliegen muss. Im Ergebnis kam wir dann dazu, dass die Verwirklichung des objektiven Tatbestands ausreicht, aber das Handlungsunrecht bestehen bleibt und daher eine Strafbarkeit nach den Versuchsregeln in Betracht kommt.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

Prüfungsstoff im Mündlichen



