



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

37. Jahrg.

März 2012

Heft 3

Aus dem Inhalt:

OLG Düsseldorf: Schlechtleistung beim Dienstvertrag

OLG Bamberg: Notrufmissbrauch durch anlasslose Anwahl einer Notrufnummer

OVG Bremen: Konzertverbot wegen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit

OVG Münster: Wohnungsverweisung wegen Züchtigung eines Kindes

OLG München: Grundbuchberichtigung wegen Pfändung einer Grundschuld

OLG Rostock: Beschlagnahme von Zubehör in der Zwangsversteigerung

BGH: Kein Verwertungsverbot für verdecktes Informantengespräch



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

| | |
|---------------------------|---|
| Das Geldwäschegesetz..... | 1 |
|---------------------------|---|

Brandaktuell

| | |
|---|---|
| BVerfG: Wortberichterstattung über junge Prominente (Wechselwirkungstheorie und allgemeines Persönlichkeitsrecht)..... | 2 |
|---|---|

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

| | |
|--|---|
| BGH: Private Abschleppmaßnahme (Erstattungsfähigkeit von Vorbereitungskosten)..... | 3 |
| OLG Düsseldorf: Schlechtleistung beim Dienstvertrag (Kein Leistungsverweigerungsrecht)..... | 6 |

Strafrecht

| | |
|---|----|
| OLG Bamberg: Missbrauch von Notrufen (Anlasslose Anwahl einer Notrufnummer)..... | 9 |
| OLG Koblenz: Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Lehrer/Schüler-Verhältnis)..... | 12 |

öffentl. Recht

| | |
|--|----|
| OVG Bremen: Verbot eines Konzerts (Gefährdung der öffentlichen Sicherheit)..... | 14 |
| OVG Münster: Wohnungsverweisung wegen Kindeszüchtigung (Zitiergebot und Reichweite des Erziehungsrechts)..... | 17 |

Kurzauslese I

| | |
|---|----|
| OLG Hamm: Tankkartenmissbrauch (Haftungsgrundlagen)..... | 20 |
| OLG Düsseldorf: Wohnungsübergabe (Zurücklassen von Gegenständen)..... | 20 |
| OLG Celle: Betrug (Angabe unrichtiger Tatsachen in Mahnbescheidsantrag)..... | 20 |
| BGH: Sexuelle Nötigung (Ausnutzen einer schutzlosen Lage)..... | 21 |
| BGH: Aussetzung mit Todesfolge (Unterlassungsdelikt)..... | 22 |
| BGH: Betrug (Einfordern eines überhöhten Preises)..... | 23 |
| BGH: Brandstiftung (Teilweise Zerstörung eines gewerblich genutzten Gebäudes)..... | 23 |
| VG Köln: Entziehung eines Dokortitels (nach strafrechtlicher Verurteilung)..... | 23 |
| VG Bremen: Datenschutz (Unzulässigkeit der Datenübermittlung durch Jugendamt an Ausländerbehörde)..... | 24 |
| VGH Kassel: Zweitwohnungssteuer (Hauptwohnsitz im Seniorenheim)..... | 25 |
| VGH Kassel: Dienstuniform (Tragen außerhalb des Dienstes)..... | 26 |
| BVerwG: Degradierung eines Soldaten (Verletzung der Wahrheitspflicht im Dienst)..... | 26 |

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

| | | |
|--------------|---|----|
| OLG München: | Grundbuchberichtigung wegen Pfändung einer Grundschuld (Nachweis der Wirksamkeit)..... | 27 |
| OLG Rostock: | Zubehör in der Zwangsversteigerung (Umfang der Beschlagnahme und Ansprüche des Erwerbers)..... | 30 |

Strafrecht

| | | |
|------|--|----|
| BGH: | Verwertungsverbot (Verdecktes Gespräch zwischen Informant und Beschuldigtem)..... | 34 |
|------|--|----|

öffentl. Recht

| | | |
|----------------|--|----|
| OVG Saarlouis: | Bescheidzusendung durch einfachen Brief (Beweispflicht der Behörde für Zugang)..... | 37 |
| OVG Hamburg: | Beschwerde gegen Beschluss nach § 80 V VwGO (Beschwer des Beigeladenen für isolierte Beschwerde)..... | 40 |

Kurzauslese II

| | | |
|-----------------|---|----|
| OLG Jena: | Anspruch auf rechtliches Gehör (Beweisangebot „unfallanalytisches Gutachten“)..... | 44 |
| BGH: | Rechtskrafterstreckung (Urteil gegen Alleingesellschafter einer KG)..... | 44 |
| BGH: | Sachverständigengutachten (Zulässigkeit der Verwertung)..... | 45 |
| BVerfG: | Berufungszulassung (Inkassokosten)..... | 45 |
| OLG München: | Urkundenprozess (Erforderlichkeit des Nachweises der anspruchsbegründenden Tatsachen)..... | 46 |
| BGH: | Audiovisuelle Vernehmung (Zuständigkeit für Beschlussanordnung)..... | 46 |
| BGH: | Gerichtliche Hinweispflicht (Austausch der Bezugstat) | 46 |
| BGH: | Adhäsionsverfahren (Zulässigkeit der Antragstellung durch Insolvenzverwalter)..... | 47 |
| OVG Berlin-Bbg: | Klageschrift (Erforderlichkeit der Angabe der Wohnanschrift)..... | 47 |
| BFH: | Rechtsmittelbelehrung (Hinweis auf Möglichkeit der Einspruchseinlegung per Email)..... | 47 |
| VGH Kassel: | Anhörungsfehler (Heilung)..... | 48 |
| VG Berlin: | Verwaltungsvollstreckung (Wohnungsdurchsuchung)..... | 49 |

| | |
|---|----|
| Weitere Schrifttumsnachweise | 50 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| Prüfungsschema: Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten | 55 |
|---|----|

Aus der mdl. Prüfung

| | | |
|--------------------|------------------|----|
| Referendarprüfung: | Zivilrecht | 56 |
| Assessorprüfung: | Strafrecht..... | 58 |

Aus der Gesetzgebung

Das Geldwäschegesetz

Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprevention vom 22.12.2011; In-Kraft-Treten größtenteils am 29.12.2011; Art. 1 Nr. 4a aa) und b, Nr. 7a und Nr. 9b treten am 01.03.2012 in Kraft (BGBl I, S. 2959)

I. Zielsetzung der gesetzlichen Neuregelung

Die gesetzlichen Grundlagen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in Deutschland werden maßgeblich von **Standards im internationalen Kontext** bestimmt. Neben den Richtlinien des Rates und des Europäischen Parlaments ist dies die Empfehlung der Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF).

Hierbei handelt es sich um ein zwischenstaatliches Gremium, das mit eigenem Budget und Personal bei der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) in Paris angesiedelt ist. Deutschland ist als eines der Gründungsmitglieder der FATF aktiv an der Erarbeitung und Weiterentwicklung der international anerkannten Standards zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (der sog. „40+9-FATF-Empfehlungen“) beteiligt und hat sich stets zur nationalen Umsetzung der FATF-Empfehlungen bekannt. Die 36 Mitgliedsländer der FATF haben sich verpflichtet, diese Standards in nationales Recht umzusetzen und deren Umsetzung in regelmäßigen Abständen von der FATF überprüfen zu lassen.

Von der FATF wurden 2010 **Defizite im deutschen Rechtssystem bei der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung** aufgezeigt, die mit diesem Gesetz beseitigt werden sollen.

Nachdem mit dem Gesetz zur Umsetzung der Zweiten E-Geld-Richtlinie vom 01.03.2011 (BGBl I, S. 288) bereits die aufsichtsrechtlichen Defizite im Präventionssystem gegen Geldwäsche im Finanzsektor beseitigt werden konnten und der Vortatenkatalog des Straftatbestands der Geldwäsche durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und Steuerhinterziehung (Schwarzgeldbekämpfungsgesetz) vom 28.04.2011 (BGBl I, S. 676) erweitert wurde, sind zusätzliche Änderungen im Geldwäschegesetz und untergesetzliche Begleitmaßnahmen erforderlich, um damit die Einhaltung der FATF-Standards sicherzustellen und so den Wirtschaftsstandort Deutschland wirksamer vor Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu schützen.

II. Die gesetzliche Neuregelung im Überblick

- Vervollständigung der **Sorgfaltspflichten** und **internen Sicherungsmaßnahmen** in Fällen eines hohen oder niedrigen Risikos, die insbes. für den Nichtfinanzsektor sowie die freien Berufe Anwendung finden;
- Konkretisierung der Sorgfaltspflichten, insbes. zur **Identifizierung des „wirtschaftlich Berechtigten“** sowie der **Definition des „wirtschaftlich Berechtigten“**;
- **Ergänzung der verstärkten Sorgfaltspflichten** in Bezug auf inländische „politisch exponierte Personen“ (PEPs);
- **Anpassung des Verdachtsmeldewesens** bei der Zentralstelle für Verdachtsanzeigen (FIU) an die FATF-Standards durch Konkretisierung der Schwelle bzgl. der Meldeverpflichtung sowie Harmonisierung und Effektivierung der Meldewege;
- **Anpassung bestehender Sanktionen** bei Verstößen gegen das Geldwäschegesetz durch Anpassung des Verschuldensmaßstabes sowie der Bußgeldhöhe;
- **Konkretisierung** entsprechender **Sorgfaltspflichten für Treuhandkonstruktionen**;
- **Festlegung besonderer Sorgfaltspflichten für Verpflichtete nach dem Geldwäschegesetz** in Fällen von komplexen Transaktionen und unüblichen Mustern von Transaktionen, die keinen offensichtlichen wirtschaftlichen oder erkennbaren gesetzlichen Zweck erfolgen;
- **Ergänzung der Meldepflicht** für den Fall, dass eine Identifizierung des Vertragspartners oder des „wirtschaftlich Berechtigten“ nicht möglich ist;
- **Einrichtung eines Forums** für Geldwäscheprevention und zur Verhinderung der Terrorismusfinanzierung, das bei dem Bundesministerium der Finanzen angesiedelt werden soll und das die Arbeit der Ressorts sowie des BKA, des Zollkriminalamts und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht in diesem Bereich koordinieren.

Brandaktuell

GG **Wortberichterstattung über junge Prominente** GG
Art. 5 **Wechselwirkungstheorie und allgemeines Persönlichkeitsrecht**

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 16/2012; Beschluss vom 25.01.2012 - - 1 BvR 2499/09 u.a.)

Fall: Die Beschwerdeführerin ist ein Tochterunternehmen der Verlegerin der Tageszeitung „Sächsische Zeitung“ und verbreitet Berichte auch über ihre Internetseite. Ihren beiden Verfassungsbeschwerden liegt eine Berichterstattung über einen Vorfall aus dem Jahre 2008 zugrunde, in den die beiden Söhne des Schauspielers Uwe Ochsenknecht, die Kläger des Ausgangsverfahrens, verwickelt waren. Sie wurden in der sog. „Freinacht“ dabei beobachtet, wie sie zusammen mit einer Gruppe von Freunden Fahrräder traktierten, Blumen aus einem Blumenbeet herausrissen sowie den Telefonhörer in einer Telefonzelle abbrachen. Nach Feststellung ihrer Personalien auf der Polizeiwache wurden die Kläger entlassen. Gegen keinen von beiden wurde ein Ermittlungsverfahren eingeleitet.

Die Beschwerdeführerin verbreitete auf ihrer Internetseite über diesen Vorfall einen Beitrag unter der Überschrift „Polizei schnappt Ochsenknecht-Söhne“, in dem darüber berichtet wird, dass „die beiden Nachwuchsschauspieler und -sänger nach wüster Randalie in der Münchener Innenstadt von der Polizei verhört“ worden seien.

Mit ihren Klagen auf Unterlassung der Berichterstattung über den Vorfall als Sachbeschädigung sowie einzelner den Hergang betreffender Äußerungen hatten die Kläger jeweils in beiden Instanzen Erfolg. Hiergegen richteten sich die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführerin, die sich in ihrer durch Art. 5 I 2 GG geschützten Pressefreiheit verletzt sieht.

Die Verurteilung zur Unterlassung der Berichterstattung könnte die Bf. in ihrem Grundrecht aus Art. 5 I 2 GG verletzen.

I. Schutzbereich

Geschützt ist die gesamte Tätigkeit der Presse von der Informationsbeschaffung bis zur Verbreitung. Unter Presse sind dabei alle zur Verbreitung geeigneten und bestimmten Druckerzeugnisse u.ä. zu verstehen, die der Information oder Meinungsbildung dienen, gleich ob sie nun periodisch oder nur einmal erscheinen sollen. Hierzu gehört auch die Verbreitung in modernen Medien, wie auf Internetseiten des Verlages.

Der Schutzbereich des Art. 5 I 2 GG ist eröffnet.

II. Eingriff

Nach dem modernen Eingriffsbegriff ist Eingriff jedes dem Staat zurechenbare Verhalten, dass die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert. Die Untersagung der Berichterstattung über einen Vorfall durch ein Gericht stellt ohne weiteres einen Eingriff dar.

III. Rechtfertigung

Die Pressefreiheit ist nicht vorbehaltlos gewährt, sie findet ihre Grenze unter anderem in den allgemeinen Gesetzen, bei deren Auslegung an Anwendung aber nach der Wechselwirkungstheorie wiederum die wertsetzende Bedeutung des Art. 5 I GG zu berücksichtigen ist.

*„Bei Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Zivilrechts haben die Fachgerichte jedoch **Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit** verkannt, indem sie sich nicht hinreichend mit den besonderen Umständen zur Reichweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Kläger auseinandergesetzt und ihm dadurch im Rahmen der gebotenen Abwägung den Vorrang eingeräumt haben.*

*Das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** schützt insbesondere vor einer Beeinträchtigung der **Privat- und Intimsphäre**. Im Bereich der Wortberichterstattung bietet es nicht schon davor Schutz, überhaupt in einem Bericht individualisierend benannt zu werden, sondern nur in spezifischen Hinsichten, wobei es vor allem auf den Inhalt der Berichterstattung ankommt. Zwar ist für die Berichterstattung über Strafverfahren anerkannt, dass im Hinblick auf die Unschuldsvermutung die Namensnennung oder sonstige Identifikation des Täters nicht immer zulässig sind. Insbesondere bei schwerwiegenden Straftaten kann die Gefahr einer Stigmatisierung des noch nicht rechtskräftig Verurteilten erhöht sein. Hiervon unterscheidet sich jedoch die vorliegende Berichterstattung über das **unstreitige Verhalten einer Gruppe junger Leute auf offener Straße**, über das unabhängig von einem Strafverfahren berichtet wird, und das allenfalls von geringfügiger strafrechtlicher Relevanz ist. Zudem berührt der Bericht nur die Sozialsphäre der Kläger, die überdies ihre Person selbst in die Öffentlichkeit gestellt haben, wobei sie ein **Image als „Junge Wilde“ pflegten** und ihre **Idolfunktion** kommerziell ausnutzten. Diese Umstände haben die Fachgerichte nicht ausreichend in ihre Erwägungen eingestellt.“ (BVerfG aaO)*

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 249 I

Private Abschleppmaßnahme Erstattungsfähigkeit von Vorbereitungskosten (BGH NJW 2012, 528; Urteil vom 02.12.2011 – V ZR 30/11)

BGB

1. Zu den **erstattungsfähigen Kosten** für die Entfernung eines unbefugt auf einem Privatgrundstück abgestellten Fahrzeugs zählen nicht nur die Kosten des reinen Abschleppens, sondern **auch** die Kosten, die im Zusammenhang mit der **Vorbereitung des Abschleppvorgangs** entstehen.
2. **Nicht erstattungsfähig** sind dagegen die Kosten, die nicht der Beseitigung der Besitzstörung dienen, sondern im Zusammenhang mit deren Feststellung angefallen sind, wie etwa die Kosten einer **Parkraumüberwachung**.
3. Für die Frage, ob die Ausübung eines **Zurückbehaltungsrechts** nach § 242 BGB **treuwidrig** ist, wenn der Wert der Sache und die Höhe des Anspruchs, wegen dem das Recht ausgeübt wird, erheblich voneinander abweichen, kommt es auf die **konkreten Umstände des Einzelfalls** an.

Fall: Am 05.01.2010 stellte die Kl. – trotz Hinweisschildes, dass unberechtigt parkende Fahrzeuge kostenpflichtig entfernt werden – ihr Fahrzeug unbefugt auf dem Kundenparkplatz eines Supermarkts ab. Auf Grund eines Rahmenvertrags mit dem Betreiber des Supermarkts, der unter anderem die Abtretung von Ansprüchen gegen unberechtigte Nutzer enthält, schleppte die Bekl. das Fahrzeug ab und verbrachte es auf einen öffentlichen Parkgrund. Da die Kl. nicht bereit war, den Rechnungsbetrag über netto 219,50 Euro zu begleichen, gab die Bekl. ihr den Standort des Fahrzeugs nicht bekannt. Der Rechnungsbetrag setzte sich aus einer Grundgebühr für die Parkraumüberwachung und die Vorbereitung des Abschleppvorgangs sowie den Kosten für die Versetzung des Fahrzeugs zusammen. Eine von der Kl. verlangte Aufschlüsselung der Kosten hat die Bekl. verweigert.

Die Kl. hat Klage erhoben auf Herausgabe des Fahrzeugs Zug um Zug gegen Zahlung von (nur) 150 Euro sowie auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 3.758 Euro. Nachdem die Bekl. der Kl. den Standort des Fahrzeugs mitgeteilt hatte, haben die Parteien den Herausgabeantrag übereinstimmend für erledigt erklärt. Hat die Kl. einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung?

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfallschadens nach §§ 990 I 2, 280 I und II, 286 BGB haben. Dies setzt jedoch voraus, dass die Bekl. mit der Herausgabe des Fahrzeugs in Verzug war.

Verzug setzt jedoch nach § 286 BGB voraus, dass eine Leistung überhaupt fällig ist. Der Herausgabe des Fahrzeugs durch Bekanntgabe des Standortes könnte jedoch ein Zurückbehaltungsrecht der Bekl. wegen der ihr abgetretenen Schadensersatzforderung aus dem Abschleppvorgang entgegenstehen. Ein solches könnte sich aus § 273 I, II BGB ergeben und setzt einen Gegenanspruch der Bekl. voraus. Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 I, II BGB setzt voraus, dass die Bekl. gegen die Kl. einen fälligen Gegenanspruch hat. Insofern könnte ein entsprechender Schadensersatzanspruch des Supermarktbetreibers durch wirksame Abtretung nach § 398 BGB auf die Bekl. übergegangen sein.

I. Gegenanspruch des Supermarktbetreibers

Dann muss aber ein solcher Schadensersatzanspruch auch bestehen.

*„Rechtsgrundlage des der Bekl. abgetretenen Anspruchs ist § 823 II i. V. mit § 858 I BGB. Wie der Senat bereits entschieden hat, stellt das **unbefugte Abstellen eines Fahrzeugs auf einem privaten Kundenparkplatz eine verbotene Eigenmacht i. S. des § 858 I BGB** dar, der sich der unmittelbare Grundstücksbesitzer erwehren darf, indem er das Fahrzeug abschleppen lässt (Senat, BGHZ 181, 233 = NJW 2009, 2530). Die Kl. ist daher verpflichtet, dem Betreiber des Supermarkts den ihm aus der verbotenen Eigenmacht entstandenen Schaden zu ersetzen.“ (BGH aaO)*

II. Umfang des Gegenanspruchs

Der Umfang eines Schadensersatzanspruchs bemisst sich nach § 249 BGB.

„Entgegen der Auffassung des BerGer. bemisst sich der Umfang des zu ersetzenden Schadens allerdings nicht nach § 249 II BGB, sondern nach § 249 I BGB. Denn es geht hier nicht um die Beschädigung einer Sache, sondern um die **Beseitigung der Folgen einer verbotenen Eigenmacht**.

Ersatzfähig sind solche Schäden, die in **adäquatem Zusammenhang** mit der von der Kl. verübten verbotenen Eigenmacht stehen und vom Schutzbereich der verletzten Norm erfasst werden.“ (BGH aaO)

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob die Bekl. sowohl den Ersatz der Versetzungskosten als auch die Grundgebühr für die Parkraumüberwachung von der Kl. ersetzt verlangen kann.

1. Versetzungskosten

Die Kosten für das reine Abschleppen (ohne Grundgebühr) sind ein dem Grunde nach erstattungsfähigen Schaden des Supermarktbetreibers.

„Dass unbefugt auf dem Grundstück des Supermarktbetreibers abgestellte Fahrzeuge kostenpflichtig abgeschleppt werden, stellt **keine überraschende oder fernliegende Reaktion** des unmittelbaren Besitzers dar, sondern die Verwirklichung der deutlich sichtbaren **Ankündigung auf dem aufgestellten Schild**. Diese Schadensfolge liegt auch im Schutzbereich der verletzten Norm. Indem das Gesetz dem unmittelbaren Besitzer als spontane **Reaktion auf eine verbotene Eigenmacht das Selbsthilferecht** (§ 859 BGB) zubilligt, dessen Ausübung mit Kosten verbunden sein kann, stellt es selbst den notwendigen Zusammenhang zwischen der Verletzung des Schutzgesetzes (§ 858 I BGB) und der Schadensfolge her (Senat, BGHZ 181, 233 = NJW 2009, 2530 Rn. 19).“ (BGH aaO)

2. Grundgebühr für Parkraumüberwachung

Der Schadensersatzanspruch des Geschädigten beschränkt sich nicht auf die Kosten des reinen Abschleppens.

„Zu den durch das konkrete Schadensereignis adäquat kausal verursachten Schäden gehören auch die Kosten, die im Zusammenhang mit der **Vorbereitung des Abschleppens** entstanden sind, etwa durch die Überprüfung des unberechtigt abgestellten Fahrzeugs, um den Halter ausfindig zu machen, die Zuordnung des Fahrzeugs in eine bestimmte Fahrzeugkategorie und durch die **Anforderung eines geeigneten Abschleppfahrzeugs**. Der Einwand der Revision, die Vorbereitungskosten seien deshalb nicht erstattungsfähig, weil sie den Rahmen der von einem privaten Geschädigten üblicher- und typischerweise für die Durchsetzung des Anspruchs zu erbringende Mühewaltung nicht überschritten, greift nicht durch. Zwar kann nach der Rechtsprechung des BGH in der Regel **kein Ersatz für den Zeitaufwand** verlangt werden, wenn die Zeit zur Schadensermittlung und zur außergerichtlichen Abwicklung des Schadensersatzanspruchs angefallen ist und der im Einzelfall erforderliche Zeitaufwand nicht die von einem privaten Geschädigten typischerweise zu erbringende Mühewaltung überschreitet (BGHZ 133, 155 [158] = NJW 1996, 2924 m. w.N.). Um einen derartigen Aufwand geht es jedoch bei der Vorbereitung des konkreten Abschleppvorgangs nicht. Auch insoweit dient die Tätigkeit nicht der Abwicklung oder Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs des Grundstückbesitzers, sondern **unmittelbar der Beseitigung der durch die verbotene Eigenmacht hervorgerufenen konkreten Störung**. Sie ist Teil des ausgeübten Selbsthilferechts gem. § 859 BGB (vgl. Lorenz, DAR 2010, 647 [648]; ders., NJW 2009, 1025 [1026]; Goering, DAR 2009, 603 [604]).“ (BGH aaO)

Es kommt daher darauf an, welche Tätigkeiten von der Grundgebühr erfasst sind. Hier umfasst diese neben der Vorbereitung des Abschleppens auch die Überwachung des Grundstücks im Hinblick auf unberechtigtes Parken. Fraglich ist daher, ob die Grundgebühr in vollem Umfang erstattungsfähig ist.

„**Kosten, die nicht der Beseitigung der Besitzstörung dienen**, sondern im Zusammenhang mit deren Feststellung angefallen sind, wie etwa die Kosten einer Parkraumüberwachung durch regelmäßige Kontrollgänge, zählen nicht zu dem adäquat verursachten und damit erstattungsfähigen Schaden. Solchen allgemeinen Überwachungsmaßnahmen fehlt der **Bezug zur konkreten Besitzstörung**, da sie nicht entfallen, wenn die schädigende Handlung hinweggedacht wird; sie entstehen unabhängig von dem konkreten schadensstiftenden Ereignis. Vorkehrungen zur Überwachung des Parkplatzes sind daher im Verhältnis zum Schädiger der Sphäre des Grundstückbesitzers zuzurechnen (vgl. BGHZ 75, 230 [237] = NJW 1980, 119).“ (BGH aaO)

Der hierauf entfallende Kostenanteil der Grundgebühr ist von der Kl. nicht zu ersetzen.

III. Relevanz für das Zurückbehaltungsrecht

Fraglich ist, ob der Umstand, dass der Anspruch, auf welchen das Zurückbehaltungsrecht gestützt wird, nicht in vollem Umfang besteht, Auswirkungen auf die Fälligkeit des Herausgabeanspruchs hat.

„Das Zurückbehaltungsrecht setzt allein das **Bestehen eines fälligen Gegenanspruchs** voraus, ohne dass es auf dessen Höhe ankommt. Die genaue Höhe des Schadensersatzanspruchs wäre hier **nur dann von Bedeutung**, wenn die Kl. zumindest den von ihr als **zutreffend angesehenen Schadensersatzbetrag** gezahlt oder von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte, in dieser Höhe gem. § 273 III BGB Sicherheit zu leisten. Beides ist in-

dessen nicht der Fall. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob der Betreiber des Supermarkts – was der Senat für zweifelhaft hält – auf Grund seiner Schadensminderungspflicht (§ 254 II BGB) verpflichtet war, den preisgünstigsten Anbieter ausfindig zu machen, oder ob er sich mit der Auswahl eines (noch) angemessenen Angebots begnügen kann.“ (BGH aaO)

IV. Fälligkeit

Der Schadensersatzanspruch des Supermarktbetreibers muss aber auch nach § 271 BGB fällig sein. Dem könnte entgegenstehen, dass die Bekl. eine Aufschlüsselung der Kosten verweigert hat.

„Die von der Kl. im Verfahren verlangte **Aufschlüsselung**, wie sich der dem Betreiber des Supermarkts in Rechnung gestellte Betrag von 219,50 Euro im Einzelnen zusammensetzt, ist **nicht Fälligkeitsvoraussetzung**. Im Übrigen hat die Bekl. die der abgetretenen Schadensersatzforderung zu Grunde liegende Rechnung durch Vorlage des Rahmenvertrags hinreichend erläutert.“ (BGH aaO)

Der Schadensersatzanspruch war daher auch fällig.

V. Wirksame Abtretung

Der Supermarktbetreiber müsste seinen Anspruch wirksam an die Bekl. abgetreten haben. Der Supermarktbetreiber hat die Kostenrechnung der Bekl. nicht beglichen, so dass er selbst nur einen Anspruch auf Freistellung von seiner Zahlungsverpflichtung hat.

„[Der Supermarktbetreiber hat] den auf **Freistellung** von seiner Zahlungsverpflichtung gegenüber der Bekl. gerichteten Schadensersatzanspruch wirksam an die Bekl. abgetreten, wodurch er sich **in einen Zahlungsanspruch umgewandelt** hat (vgl. BGHZ 185, 310 [315] = NJW 2010, 2197 Rn. 12). Die im Rahmenvertrag geregelte Abtretung der Ansprüche des Geschädigten ist **nicht** – wie die Kl. meint – **wegen Verstoßes gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz nichtig**. Die Bekl. erbringt gegenüber dem Betreiber des Supermarkts Abschleppdienste, nicht aber eine Inkassodienstleistung i. S. des § 2 II RDG. Die Einziehung der von dem Kunden an Erfüllung statt abgetretenen Schadensersatzansprüche erfolgt **auf Risiko und Rechnung der Bekl.** Mit der Geltendmachung der abgetretenen Forderung besorgt die Bekl. daher kein fremdes Geschäft.“ (BGH aaO)

VI. Treuwidrigkeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts

Es könnte aber gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB verstoßen, dass die Bekl. der Kl. die Nutzungsmöglichkeit an dem Fahrzeug wegen einer verhältnismäßig geringen Forderung über längere Zeit vorenthält. Dies könnte unverhältnismäßig sein.

1. Maßstab für Unverhältnismäßigkeit der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts

„Als besonderer Anwendungsfall des **Verbots unzulässiger Rechtsausübung** (§ 242 BGB) darf das Zurückbehaltungsrecht nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise ausgeübt werden. So kann es gegen das Gebot von Treu und Glauben verstoßen, wenn eine **hochwertige Leistung zum Zwecke der Durchsetzung eines verhältnismäßig geringfügigen Gegenanspruchs** zurückgehalten wird (vgl. Krüger, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl., § 273 Rn 72; BGH, NJW 2004, 3484 [3485]; RGZ 61, 128 [133]). Allerdings ist **nicht schematisch allein auf die Wertverhältnisse** abzustellen. Vielmehr kann ein Zurückbehaltungsrecht auch dann gegeben sein, wenn der Wert der Forderung, derentwegen die Herausgabe eines Gegenstands verweigert wird, erheblich geringer ist als der Wert der herausverlangten Sache; denn das Recht auf Zurückbehaltung würde seinen vom Gesetzgeber verfolgten Zweck verlieren, auf den Schuldner Druck auszuüben, wenn es nur dann ausgeübt werden könnte, wenn das Wertverhältnis in etwa ausgeglichen ist (BGH, NJW 2004, 3484 [3486]). Erforderlich ist vielmehr stets eine **Abwägung der konkreten Umstände** des Einzelfalls.“ (BGH aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob eine solche Einzelfallbetrachtung vorliegend dazu führt, dass sich die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts als nach § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung darstellt.

„Bei dieser Abwägung ist hier einerseits zu berücksichtigen, dass die Bekl. mit der Weigerung, den Standort des Fahrzeugs preiszugeben, die Kl. an dem **Zugriff auf einen erheblichen Vermögenswert gehindert** hat. Wie das BerGer. zutreffend ausführt, hätte sich die Kl. andererseits angesichts der **relativ geringen Forderung** mit einem einfachen Mittel diesen Zugang wieder verschaffen können, indem sie die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Erbringung einer Sicherheitsleistung gem. § 273 III BGB abgewendet hätte. Die Kl. hat jedoch nicht einmal den von ihr für gerechtfertigt gehaltenen Betrag von 150 Euro hinterlegt.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Das Zurückbehaltungsrecht wurde wirksam ausgeübt. Der Herausgabeanspruch war nicht fällig. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung zu.

BGB
§§ 675, 611

**Schlechtleistung beim Dienstvertrag
kein Leistungsverweigerungsrecht**

BGB

(OLG Düsseldorf in NJOZ 2012, 342; Urteil vom 31.05.2011 – 24 U 58/-11)

1. Auch wenn der **Schuldner von Dienstleistungen einzelne Erfolge schuldet**, handelt es sich um einen Dienstvertrag, weil der Werkvertrag auf einen ausschließlich vom Schuldner herbeizuführenden Erfolg gerichtet ist.
2. Der **Vergütungsanspruch** des Dienstverpflichteten kann **nicht wegen mangelhafter Dienstleistung gekürzt** werden, weil das Dienstvertragsrecht keine Gewährleistung kennt.
3. Ist der Dienstherr mit den Leistungen **nicht zufrieden**, kann er konkrete **Weisungen erteilen**, bei deren Nichterfüllung der die Kündigung aussprechen kann.
4. Ist eine Dienstleistung allerdings völlig unbrauchbar, so kommt in Betracht, dass die zu zahlende Vergütung einen durch die Schlechterfüllung entstandenen und **nach §§ 281 I und II, 280 I und III BGB zu ersetzenden Schaden** darstellt. Alternativ ist an die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu denken.

A. Grundlagenwissen: Abgrenzungen zwischen Werk- und Dienstvertrag

| Werkvertrag Arbeitsergebnis ist geschuldet | Dienstvertrag Dienstleistung ist geschuldet |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> - Verpflichteter hat für die Verwirklichung des angestrebten Erfolges einzustehen (= Unternehmerrisiko). - Entgelt nur bei Erfolgseintritt. - Leistung muss i.d.R. nicht persönlich erbracht werden. | <ul style="list-style-type: none"> - Verpflichteter muss nur Dienst ordnungsgemäß ausüben. Das Risiko des Nichteintritts eines Arbeitserfolges trägt er nicht. - Entgelt auch ohne Erfolgseintritt. - Leistung muss persönlich erbracht werden. |

Die Abgrenzung kann nicht allein nach der **Art oder dem Gegenstand** der geschuldeten Tätigkeit vorgenommen werden. Es kommt vielmehr auf die vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien an.

Auch die **Art der vereinbarten Vergütung** lässt keinen sicheren Schluss auf die Art des Vertrages zu. So kann auch der Lohn aus einem Dienstvertrag an dem eingetretenen Arbeitserfolg festgemacht werden (z.B. Akkordlohn), andererseits ist auch bei einem Werkvertrag eine Abrechnung entsprechend dem zeitlichen Aufwand des Unternehmers (z.B. Stundensätze) möglich.

Auch die **rechtliche Stellung** (Arbeitnehmer / Selbständiger) gegenüber dem Auftraggeber führt nicht zwingend zu einer bestimmten Einordnung des Vertragsverhältnisses. Zwar ist davon auszugehen, dass ein **Arbeitnehmer** stets in einem dienstvertraglichen Verhältnis zu seinem Arbeitgeber steht. Jedoch ist bei **Selbständigen** nicht zwangsläufig von einem Werkvertrag auszugehen. Auch Selbständige können sich durch Dienstverträge verpflichten, ohne dadurch zu abhängig Beschäftigten zu werden; andererseits kann auch der Werkunternehmer engen Vorgaben durch den Besteller unterliegen.

Werden allerdings die **Arbeitsmittel** gestellt und die Arbeiten in den **Räumlichkeiten des Auftraggebers** ausgeführt, der zudem die Arbeiten im Einzelnen überwacht, so kann von einem **Dienstvertrag** ausgegangen werden.

B. kein Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln der Dienstleistung (vgl. OLG Düsseldorf NJOZ 2012, 342)

Fall: Die Kl. hat mit dem Bekl. am 08.09.2009 einen Unternehmensberatervertrag abgeschlossen. Es war eine monatliche Vergütung von 2.500,00 € pro Monat vereinbart. Die Kl. verlangt nunmehr für die Monate Januar bis März 2010 eine Zahlung von 7.500,00 €.

Nach dem Vertrag schuldete die Kl. eine Situationsanalyse inklusive der Analyse von Konkurrenzwerbung und der bisherigen Werbung der Bekl. Zudem sah der Vertrag unter „Die Verkaufsstrategie“ die Entwicklung und Konzeption konkreter Werbemittel vor. Die Kl. hat insofern verschiedene Maßnahmen dargestellt, die sie seit September 2009 und auch in den hier in Rede stehenden Monaten Januar bis März 2010 in Erfüllung des Vertrags durchgeführt hat. So hat die Kl. der Bekl. Produkte aus der „Servicestrategie“ vorgestellt und übersandt, weitere Aktionen und Entwürfe sind in der E-Mail der Kl. vom 02.02.2010 und ergänzend in der Klageschrift vom 28.06. 2010 genannt, außerdem hat die Kl. der Bekl. mehrere von ihr als „Werbe- und Mediaplan“ bezeichnete Papiere zukommen lassen, in denen sie Werbemaßnahmen vorgeschlagen und die hierfür anfallenden Kosten skizziert hat.

Der Bekl. war mit den Vorschlägen jedoch nicht einverstanden und hielt die von der Kl. vorgeschlagenen Werbemaßnahmen für ungeeignet, einen Werbeeffect zu erzielen, d. h. potenzielle Kunden anzusprechen, sie für das Produkt der Beklagen zu interessieren, Käufer zu gewinnen und letztlich einen wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen. Daher verweigerte sie wegen Schlechtleistung die Zahlung der vereinbarten Vergütung für die streitgegenständlichen Monate. Hat die Kl. einen Anspruch auf die geltend gemachte Vergütung.

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Vergütung der erbrachten Dienstleistung nach § 611 I BGB haben.

I. Abschluss eines Dienstvertrages

Zunächst muss es sich bei dem abgeschlossenen Vertrag um einen Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB handeln.

*„Dass der Vertrag insoweit **auch werkvertragliche Elemente** enthält, als die Kl. etwa die Erstellung von Konzepten und die Entwicklung verschiedener Werbemaßnahmen schuldete, **ändert an der grundsätzlichen rechtlichen Qualifikation nichts**. Lediglich wenn ausschließlich ein herbeizuführender Erfolg den Gegenstand der Verpflichtung bilden würde, wäre eine andere Beurteilung gerechtfertigt (vgl. BGH, NJW 1994, 1069 [1070]; Senat, Ur. v. 21.09.2010, I-24 U 30/10, zur Tätigkeit des Rechtsanwalts; OLG Düsseldorf [15. Zivilsenat], NJW-RR 2006, 1074; s. auch OLG Köln, MDR 1980, 667, zur Tätigkeit eines Steuerberaters). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Denn die Kl. schuldete ausweislich des Vertrags die **Beratung und Betreuung** der Bekl. sowie die **Planung und Gestaltung** der unter Nrn. 1 ff. genannten Maßnahmen, wobei diese nur einen „Basisrahmen“ darstellen sollten. Dabei sollte sie für ihre Leistungen von bis zu 25 Agenturarbeitsstunden monatlich ein Honorar von 2500 Euro erhalten. **Schwerpunkt der Tätigkeit** der Kl. war damit eine für den Dienstvertrag charakteristische (vgl. BGH, NJW 2000, 1107; NJW 2002, 595) **allgemeine, laufende Tätigkeit** (vgl. auch OLG Hamburg, Ur. v. 29. 8. 1996 – 3 U 121/95: Verträge zwischen Werbeagentur und werbungtreibendem Unternehmen, die auf Beratung und Konzeptionierung von Werbekampagnen abzielen und mit monatlich fälligen Pauschalbezügen honoriert werden, sind Dienstverträge gem. BGB §§ 611 ff.).“ (OLG Düsseldorf aaO)*

Der zwischen den Parteien zu Stande gekommene Vertrag ist somit als Dienstvertrag einzuordnen, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat (§§ 611, 675 I BGB).

II. Entstehung des Vergütungsanspruchs

Der Vergütungsanspruch besteht, sobald die versprochenen Dienste erbracht werden. Dass die Kl. hier Dienste erbracht hat, steht außer Frage, so dass ein Vergütungsanspruch grundsätzlich entstanden ist.

III. Minderung des Vergütungsanspruchs

Fraglich ist jedoch, ob der Bekl. diesen Vergütungsanspruch der Kl. wegen mangelhafter Dienstleistung kürzen kann.

*„Der mithin entstandene dienstvertragliche Vergütungsanspruch der Kl. kann **nicht kraft Gesetzes** wegen mangelhafter Dienstleistung **gekürzt** werden, denn das Dienstvertragsrecht kennt **keine Gewährleistung**, weil – anders als beim Werkvertrag – kein Erfolg geschuldet wird (vgl. BGH, NJW 1963, 1301 [1302]; NJW 1981, 1211 [1212]; NJW 2004, 2817; Senat, Ur. v. 08.02.2011, I-24 U 112/09; OLG Düsseldorf [15. Zivilsenat], NJW-RR 2006, 1074). Zum Ausgleich für die fehlende Gewährleistungspflicht des Dienstverpflichteten hat der Dienstherr das Recht, schon auf die Ausführung der Dienstleistung durch **Erteilung von konkreten Weisungen** Einfluss zu nehmen und den **Dienstvertrag notfalls zu kündigen**, wenn der Dienstverpflichtete trotz Abmahnung den Weisungen keine Folge leistet und seine dienstvertraglichen Pflichten nur schlecht erfüllt. Die Kündigung hat die Bekl. indes erst im Mai 2010 und damit nach Ablauf des hier streitgegenständlichen Zeitraums erklärt.“ (OLG Düsseldorf aaO)*

IV. zu zahlende Vergütung als ersatzfähiger Schaden

Ist eine Dienstleistung allerdings völlig unbrauchbar, so kommt in Betracht, dass die zu zahlende Vergütung einen durch die Schlechterfüllung entstandenen und **nach §§ 281 I und II, 280 I und III BGB zu ersetzenden Schaden** darstellt (so etwa OLG Düsseldorf [15. Zivilsenat], NJW-RR 2006, 1074; OLG Hamm ArztR 2008, 166). Alternativ ist an die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu denken (vgl. OLG Koblenz NJW-RR 2007, 997; OLG Schleswig, OLG-Report 2008, 232). Fraglich ist allerdings, ob die Leistung der Kl. überhaupt als völlig unbrauchbar angesehen werden kann.

*„Der Bekl. ist ... zuzugestehen, dass die Kl. mit den genannten von ihr durchgeführten Maßnahmen **ihren vertraglichen Pflichten nicht vollumfänglich nachgekommen** sein dürfte, dies auch dann nicht, wenn man mit der Kl. davon ausgeht, dass sie die ausweislich des Vertrags zum Einsatz kommenden Maßnahmen nicht zwingend in der Reihenfolge auszuführen hatte, wie sie dort genannt sind. Insbesondere hat die Kl. nicht deutlich gemacht, wie weit die von ihr entwickelten und vorgeschlagenen Maßnahmen auf einer Analyse der konkreten Situation der Bekl. beruhten, wie sie Nr. 1 S. 2 des Vertrags vorsah. Gleichwohl waren die **Leistungen der Kl. für die Bekl. durchaus nicht gänzlich unbrauchbar**.*

*Es spricht **nichts dafür**, dass die von der Kl. vorgeschlagenen **Werbemaßnahmen ungeeignet** waren, einen Werbeeffect zu erzielen, d. h. potenzielle Kunden anzusprechen, sie für das Produkt der Beklagten zu interessieren, Käufer zu gewinnen und letztlich einen wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen (vgl. hierzu OLG München, NJW-RR 1996, 626). Es wäre der Bekl. **durchaus möglich gewesen**, die von der Kl. entwickelten Werbemaßnahmen **zu nutzen und umzusetzen**, auch wenn die Kl. (noch) kein konkretes auf den Betrieb der Bekl. abgestimmtes Konzept entwickelt hatte.*

*Ob in den Fällen einer der Nichtleistung wegen **völliger Unbrauchbarkeit** der erbrachten Dienstleistung gleichstehenden Schlechtleistung die zu zahlende Vergütung einen durch die Schlechterfüllung entstandenen und **nach §§ 281 I und II, 280 I und III BGB zu ersetzenden Schaden** darstellt oder der Dienstberechtigte in derartigen Fällen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben kann, bedarf hier **keiner Entscheidung**. Denn die Kl. hat ihre aus dem Vertrag mit der Bekl. resultierenden Pflichten jedenfalls **nicht in einer Weise verletzt**, dass ihr Verhalten **gleichsam als völliges Ausbleiben** der Leistung zu bewerten wäre.“ (OLG Düsseldorf aaO)*

Die Bekl. blieb daher zur Zahlung der vereinbarten Vergütung jedenfalls bis zu der von ihr ausgesprochenen Kündigung verpflichtet. Die Kl. hat einen Anspruch auf Vergütung in Höhe von 7.500,00 € für die erbrachte Dienstleistung nach § 611 I BGB.

StGB

Missbrauch von Notrufen

StGB

§ 145 I Nr. 1 Alt. 1

Anlasslose Anwahl einer Notrufnummer

(OLG Bamberg in NStZ 2012, 156; Beschluss vom 09.03.2011 – 3 Ss 20/11)

1. Das **anlasslose Anwählen einer Notrufnummer** verwirklicht den Tatbestand des **Missbrauchs** von Notrufen nach § 145 I Nr. 1 Alt. 1 StGB.
2. Eine **einschränkende Auslegung des § 145 I Nr. 1 Alt. 1 StGB** dahingehend, dass für den objektiven Tatbestand neben dem grundlosen Anwählen der Notrufnummer und der hierdurch bewirkten Herstellung einer Verbindung zur Notrufzentrale und Rufannahme auch ein etwaiger Gesprächsinhalt bzw. Äußerungen des Anrufers und dessen Bewertung durch den Diensthabenden i. d. S. mit zu berücksichtigen seien, dass erst hierdurch die von einem Notruf vorausgesetzte sog. „Auslösefunktion“ eintreten könne, ist **weder dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen noch ist sie nach dem Sinn und Zweck oder dem geschützten Rechtsgut der Strafnorm geboten**

Fall: Die Angekl. nahm am 22.10.2009 Alkohol in solchen Mengen zu sich, dass sie in einen Zustand geriet, der ihre Schuldfähigkeit nicht ausschließbar aufhob. Bei Trinkbeginn war sich die Angekl. darüber bewusst, nahm es jedoch wenigstens billigend in Kauf, dass sie in einen solchen Rauschzustand geraten würde, wobei sie trotz eines bestehenden Alkoholabhängigkeitssyndroms in der Lage war, ihren Trinkbeginn zu steuern. Während dieses Zustandes rief die Angekl. zwischen 17:45 Uhr und 20:54 Uhr ohne entsprechenden Anlass von ihrem Telefonanschluss in insgesamt 54 Fällen die Einsatzzentrale des Polizeipräsidiums über die Notrufnummer 110 an. Vielmehr wollte sie lediglich mit dem jeweiligen Polizeibeamten reden bzw. die Beamten zu einem Besuch bei sich überreden. Die Angekl. wusste, dass die Notrufnummer 110 nur in Notsituationen gewählt werden darf. Durch das ständige Blockieren der Notrufnummer war das verlässliche Funktionieren des Notrufs des Polizeipräsidiums gestört. Da die eingesetzten Polizeibeamten nicht ausschließen konnten, dass in einigen Fällen „echte“ Notrufe vorlagen, war es erforderlich, sämtliche Anrufe der Angekl. entgegen zu nehmen. Auch in den Fällen, in denen die ermittelte Dauer des Anrufes nur sehr kurz war, kam eine Verbindung zustande. Während der Telefonate der Angekl. war zumindest eine der Notrufleitungen für den Bezirk des Polizeipräsidiums für tatsächliche Notfälle belegt, vor allem jedoch war einer der zuständigen Beamten mit der Entgegennahme und Prüfung ihrer Anrufe beschäftigt. In der Einsatzzentrale des Polizeipräsidiums laufen Notrufe aus den Bereichen von 4 ehemaligen Polizeidirektionen auf. Der Bezirk, in dem etwa 1000000 Einwohner leben, umfasst 4 kreisfreie Städte und 9 Landkreise. Aus dem Bezirk einer ehemaligen Polizeidirektion laufen darüber hinaus auch die Notrufe der Feuerwehr und des notärztlichen Dienstes bei der Einsatzzentrale auf. Am 22.10.2009 waren für die Entgegennahme von Notrufen aus dem gesamten Zuständigkeitsbereich drei Beamte eingesetzt.

Die Angekl. könnte durch das anlasslose Anwählen der Notrufnummer 110 den Tatbestand des Missbrauchs von Notrufen nach **§ 145 I Nr. 1 Alt. 1 StGB** verwirklicht haben.

- I. Nach § 145 I Nr. 1 StGB wird u.a. bestraft, „wer absichtlich oder wissentlich Notrufe ... missbraucht“. Dem Wortlaut der Strafbewehrung kann eine Einschränkung dahin, dass für den objektiven Tatbestand neben dem grundlosen Anwählen der Notrufnummer und der hierdurch technisch bewirkten Herstellung einer Verbindung zur Notrufzentrale und der nachfolgenden Annahme des Rufs auch ein etwaiger Gesprächsinhalt bzw. die Äußerungen des Anrufers gegenüber dem Diensthabenden und vor allem dessen Bewertung i. d. S. mit zu berücksichtigen seien, dass erst hierdurch die nach dem **Schutzzweck der Norm** sowie dem **geschützten Rechtsgut** von einem „Notruf“ vorausgesetzte sog. „Auslösefunktion“ eintreten könne, nicht entnommen werden.

LK-Krehl, 12. Aufl., § 145 Rn 4; ferner SK-StGB-Rudolphi/Stein, 8. Aufl., § 145 Rn 4ff.; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Schild, StGB-BT, 3. Aufl., § 145 Rn 9; Sieme NStZ 2007, 671 und wohl auch Schöнке/Schröder-Sternberg/Lieben 28. Aufl., § 145 Rn 4; vgl. auch OLG Braunschweig NJW 1977, 209 = MDR 1977, 245

- II. Die **Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung** im vorgenannten Sinne **folgt** aber auch **nicht aus Sinn und Zweck der Regelung oder dem von ihr geschützten Rechtsgut**.
 1. Durch § 145 StGB soll sichergestellt werden, dass vor allem in den Fällen, in denen eine Pflicht zur Hilfeleistung oder Gefahrenabwehr besteht, Notrufe oder Notzeichen nicht missbraucht werden und fremde Hilfe nur in Anspruch genommen wird, wenn sie erforderlich ist (vgl. Begr. zu § 300 E 1962, S. 471). Eine **missbräuchliche Betätigung** der im Tatbestand genannten Notsignale **könnte bewirken**, dass ohne Grund zum Einsatz geru-

fene Helfer während dieser Zeit für einen notwendigen Hilfsdienst nicht zur Verfügung stehen und ein **Hilfsbedürftiger** deshalb **ohne sofortige Hilfe** bleibt.

Der **BGH** (BGHSt 34, 4 = MDR 1986, 508 = NJW 1986, 1698 = VRS 50, 138 = JuS 1986, 1002 = VRS 71, 138) hat bereits dargelegt, dass sich der Schutzzweck der Vorschrift jedoch auch darauf erstreckt, dass die Funktionsfähigkeit der Anlage, die das Herbeirufen von Hilfe ermöglicht, gesichert bleibt und nicht durch missbräuchliche Inanspruchnahme beeinträchtigt wird.

„Diese weitere Schutzrichtung wird in Abs. 2 der Vorschrift besonders deutlich, sie liegt aber auch dem Abs. 1 zu Grunde und wird bedeutsam in den Fällen, in denen das Rettungsgerät, ohne dass es unbrauchbar gemacht worden ist, durch eine missbräuchliche Betätigung nicht verwendungsfähig oder -bereit ist.

Es besteht in Rspr. und Lehre – soweit ersichtlich – weitgehend Einigkeit, dass in § 145 I StGB nur Notrufe im engeren Sinne gemeint sind, nicht etwa Hilferufe bei harmlosen häuslichen Streitigkeiten zwischen Familienmitgliedern oder Wohnungsnachbarn. Zum Notruf oder Notzeichen i. S. des Tatbestandes gehört, dass sie auf eine Notlage und damit zusammenhängend auf das Bedürfnis nach fremder Hilfe oder auf eine erhebliche Gefahr aufmerksam machen. Einem Notruf oder -zeichen kommt diese Eigenschaft dann zu, wenn sie in ihren Voraussetzungen und in der Art der Ausführung durch Gesetz, behördliche Anordnung, Vereinbarung oder Übung im Wesentlichen festgelegt sind ... oder ihren Sinn aus den konkreten Umständen gewinnen ... Hierzu gehören nach übereinstimmender Auffassung die Betätigung von Feuermeldern, von Alarmanlagen, das Läuten der Feuerglocke, das Abgeben von SOS-Funk-, Blink- und Winksignalen auf Gewässern und im Gebirge, das Abschießen notanzeigender Leuchtkugeln und ähnliches.“ (BGH aaO)

2. Der Auffassung, dass einer Benutzung des Fernsprechanchlusses 110 deshalb nicht der Charakter eines Notrufs zukomme, weil damit nicht allein unmissverständlich eine **Not- und Gefahrenlage angezeigt** und das **dringende Bedürfnis nach fremder Hilfe zum Ausdruck** gebracht werde, die telefonische Mitteilung vielmehr insoweit weiterer Erklärungen bedürfe, hat BGH aaO abgelehnt.

„Diese Auffassung lässt die technische Ausgestaltung des Polizeinotrufs 110 und seine fernmelderechtliche Zweckbestimmung zu Unrecht außer Betracht ... Nach § 5 VIII FO sind nur dem Anruf in Notfällen dienende Anschlüsse (sog. Notrufanschlüsse) solche Einzelanschlüsse, die in einem Ortsnetz mit der Rufnummer 110 nur einer bestimmten Dienststelle der Polizei (und mit der Rufnummer 112 nur einer bestimmten Dienststelle der Feuerwehr) überlassen werden. Andere Hauptanschlüsse der Polizei als 110 sind keine Notrufanschlüsse i. S. von § 5 VIII FO, auch wenn sie – ebenfalls – dem Anruf in Notfällen dienen. Zur technischen Ausgestaltung der Notrufanschlüsse hat die Deutsche Bundespost das „Notrufsystem 73“ entwickelt. Durch dieses System sollten die Notrufnummern so ausgestaltet werden, dass die Notrufträger (Polizei und Feuerwehr) ihre Sicherheitsaufgaben bestmöglich erfüllen und in Notfällen rasche Hilfe leisten können. Zu dieser Einrichtung gehört, dass Notrufanschlüsse ausschließlich für Anrufe zur Verfügung stehen; sie ermöglichen keine von den Notrufträgern abgehenden Gespräche. Um Fehlanrufe oder Belästigungen der Notrufträger tunlichst zu vermeiden, ergeht in Fällen, in denen der Anrufer innerhalb von 3 Sekunden auflegt oder wenn er weiter wählt, kein Ruf zur Notrufabfragestelle. Das Notrufsystem 73 bietet ferner eine Fangschaltung zum Feststellen des Anschlusses desjenigen, der die Notrufnummer gewählt hat. Um zu verhindern, dass bei Nichtauflegen des Handapparates durch den Anrufenden die Notrufnummer bei Ortsverbindung blockiert bleibt, wird diese Blockierung bei den Notrufabfragestellen angezeigt und kann freigeschaltet werden ... Diese Ausgestaltung der Notrufnummer 110, die mit einem gewöhnlichen Fernsprechanschluss nicht vergleichbar ist, versetzt die Polizeileitstelle bei eingehenden Anrufen, auch dann, wenn sich der Anrufer nicht meldet oder sich nicht mehr verständlich machen kann, ohne weiteres in die Lage, notwendig erscheinende Hilfsmaßnahmen einzuleiten. Die Hilfeleistung ist nicht von weiteren Erklärungen des Anrufers abhängig. Dass in der Mehrzahl der Fälle weitere Erklärungen abgegeben werden, ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung. Ein Anruf bei der Polizeileitstelle unter der Nummer 110 hat daher keine geringere Wirkung als die Betätigung einer Feuerglocke, einer Alarmsirene oder sonstiger Notsignale. Es besteht daher kein Anlass, das Wählen der Rufnummer 110 anders zu beurteilen.“ (BGH aaO)

Dem entspricht i. Ü. die in Rspr. und Lehre vertretene Auffassung, dass das Anwählen der Nummer 110 durch Betätigen eines münzfreien Notrufmelters in einer öffentlichen Fernsprechkabine bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen als tatbestandsmäßig i.S. des § 145 I Nr. 1 StGB anzusehen ist.

*„Es wäre ein **ungereimtes, sachlich nicht zu rechtfertigendes Ergebnis**, die Benützung derselben Rufnummer verschieden zu beurteilen, je nachdem ob sie von einem gewöhnlichen Fernsprechanschluss aus erfolgt oder von einem münzfreien Melder in einer Fernsprechkabine.“ (BGH aaO)*

3. Die vom **Wortlaut des Tatbestandes** her gesehen mögliche Auslegung entspricht auch dem Sinn und Schutzzweck der Vorschrift, die dahin gehen, zu verhindern, dass nicht erforderliche fremde Hilfe zur Gefahrenabwehr angefordert wird, sowie das ungestörte und verlässliche Funktionieren der Notrufeinrichtung sicherzustellen.

„Dem würde es zuwiderlaufen, wenn ein missbräuchlicher Anruf deshalb ohne strafrechtliche Ahndung bliebe, weil der Anrufer noch eine weitere Erklärung abgeben kann. Ergibt sich aus dieser Erklärung möglicherweise, dass Hilfe nicht zu erbringen ist, so ändert dies an dem bereits eingetretenen Missbrauch des Notrufs nichts mehr, da jedenfalls bis zur Klärung der Frage, ob ein Notfall vorliegt oder nicht, der Notruf für berechnigte Hilferufe nicht zur Verfügung steht.

In diesem Zusammenhang kann auch nicht außer Betracht bleiben, dass es sich beim polizeilichen Notruf 110 im täglichen Leben um die wichtigste Einrichtung handelt, über die Hilfsmaßnahmen nicht nur der Polizei, sondern auch anderer Institutionen zu erlangen sind. Über die Notrufzentrale 110 werden Hilfeersuchen auch an Notarztstellen, Unfallrettungsdienste, Feuerwehr usw. weitergeleitet. Es erschiene daher auch kriminalpolitisch bedenklich, dieser im Gebrauch häufigsten und in der Wirkung umfassendsten Einrichtung zur Herbeiholung von Hilfe einen geringeren Schutz zukommen zu lassen als den anderen anerkannten Notzeichen und -rufen.“ (BGH aaO)

- III. Dieser Argumentation schließt sich **OLG Bamberg aaO** auch in besonderer Ansehung der zwischenzeitlich geänderten tatsächlichen wie gesetzlichen Rahmenbedingungen für das Telekommunikationswesen, insbes. durch die auf Grund § 108 II TKG vom 22.06.2004 (BGBl I 2004, 1190) in Umsetzung europäischer (Rahmen-) Richtlinien durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie erlassene und am 18.03.2009 in Kraft getretene Verordnung über Notrufverbindungen vom 6. 3. 2009 (NotrufV; BGBl I 2009, 481), an.

Hierzu zählt u.a. die nationale Einführung der auch in allen EU- und EFTA-Mitgliedstaaten sowie in Russland, der Ukraine und in Kroatien einheitlichen „Euronotrufnummer 112“, neben der die Rufnummer „110“ jedoch ausdrücklich „als zusätzliche nationale Notrufnummer festgelegt“ ist (§ 1 NotrufV).

„Nach der in § 2 Nr. 3 NotrufV enthaltenen Legaldefinition handelt es sich bei einer ‚Notrufabfragestelle‘ um ‚die nach Landesrecht zuständige Stelle zur Entgegennahme von Notrufen‘, wobei die nach Landesrecht zuständigen Behörden u.a. auch die Einzugsgebiete im Benehmen mit den betroffenen Netzbetreibern festlegen und beschreiben (§ 3 I NotrufV; vgl. für Bayern das Gesetz über die Errichtung und den Betrieb Integrierter Leitstellen vom 25. 7. 2002 [LStG; BayRS Nr. 215-6-1]).

Unter einem ‚Notrufanschluss‘ ist nach § 2 Nr. 4 NotrufV ‚der Anschluss einer Notrufabfragestelle an das Telekommunikationsnetz für den ausschließlichen Zweck, Notrufverbindungen einschließlich der zugehörigen Daten entgegenzunehmen‘ zu verstehen, während unter einer ‚Notrufverbindung‘ gem. § 2 Nr. 5 NotrufV ‚die über einen öffentlich zugänglichen Telefondienst zu einem Notrufanschluss aufgebaute Telefon- oder Telefaxverbindung‘ zu verstehen ist, ‚die durch Wahl einer Notrufnummer oder durch Aussenden einer in den technischen Standards für die Gestaltung von Telekommunikationsnetzen ausschließlich für Notruf vorgesehenen Signalisierungsinformation eingeleitet wird, wobei das Endgerät zum Aussenden der Notrufnummer oder der entsprechenden Signalisierungsinformation‘ – entweder durch Eingabe einer Notrufnummer über die Zifferntasten (§ 2 Nr. 5a NotrufV), Betätigen einer ausschließlich für Notruf vorgesehenen Taste oder Tastenkombination (§ 2 Nr. 5b NotrufV) oder einen entsprechenden Auslösemechanismus (§ 2 Nr. 5c NotrufV) – ‚veranlasst wird‘. § 4 NotrufV verpflichtet die an der Herstellung einer Notrufverbindung beteiligten Telefondiensteanbieter und Netzbetreiber u.a. dazu, ‚dass Notrufverbindungen unverzüglich zur örtlich zuständigen Notrufabfragestelle hergestellt werden‘ (§ 4 I 1 NotrufV), als ‚Notrufverbindung‘ gekennzeichnet (§ 4 I 2 NotrufV) und in jedem Falle ‚vorrangig vor anderen Verbindungswünschen‘ – insbes. auch unabhängig von einem etwaigen Guthaben des Teilnehmers – zu behandeln sind (vgl. zu den Einzelheiten § 4 II NotrufV), wobei die technischen Schnittstellen, über die diese gesetzlichen Anforderungen erfolgen, ‚durch angemessene Maßnahmen gegen Missbrauch zu sichern‘ sind (§ 4 I 4, Hs. 2 NotrufV). Zu den technischen Anforderungen zählt u.a. auch, dass ‚die Information über den Standort‘ an die Notrufabfragestelle zu übermitteln ist (§ 4 I 5 Nr. 3 NotrufV). Daneben sind durch den Telefondiensteanbieter die – auch unterdrückte – Rufnummer des Anschlusses, von dem die Notrufverbindung ausgeht, sowie Angaben zum Standort des Endgerätes (§ 98 III TKG) an die Notrufabfragestelle zu übermitteln (§ 4 III 1 Nrn. 1 und 2 NotrufV).

*Auch auf Grund dieser neuen rechtlichen Vorgaben steht für den Senat damit außer Frage, dass sich der für die Tatbestandsauslegung heranzuziehende **Schutzzweck der Norm** des § 145 I Nr. 1, Alt. 1 StGB nicht entscheidend geändert hat.“ (OLG Bamberg aaO)*

- IV. **Ergebnis:** Die Angekl. hat daher durch das anlasslose Anwählen der Notrufnummer 110 den Tatbestand des § 145 I Nr. 1, Alt. 1 StGB erfüllt.

StGB

sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

StGB

§ 174 I Nr. 1 u. 2

Lehrer/Schüler-Verhältnis

(OLG Koblenz in NJW 2012, 629; Beschluss vom 29.12.2011 – 1 Ss 213/11)

1. § 174 I Nr. 1 u. 2 StGB setzt voraus, dass zum **Zeitpunkt der sexuellen Handlungen zwischen den beteiligten Personen** ein besonderes, der Erziehung, der Ausbildung oder der Betreuung des minderjährigen Opfers in der Lebensführung dienendes **Obhutsverhältnis besteht**.
2. Dem **Täter muss** dabei das **Recht und die Pflicht obliegen**, die **Lebensführung des Minderjährigen** und damit dessen **geistig-sittliche Entwicklung** im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses **i. S. einer Unter- und Überordnung zu überwachen und zu leiten**.
3. Die (bei einem Lehrer in erster Linie in Betracht kommende) **Erziehung übt derjenige aus, der** für die Überwachung der Lebensführung des Jugendlichen und seine körperliche, psychische und moralische Entwicklung **verantwortlich ist**; dies setzt naturgemäß entsprechende **Einwirkungsmöglichkeiten über einen gewissen Zeitraum** voraus.

Fall: C besuchte die Schule in A., an der der Angekl. seit dem Schuljahr 2003/2004 als Lehrer tätig war. Er hatte dort eine 6. Klasse im Hauptschulzweig als Klassenlehrer übernommen. Der Unterricht in der insgesamt fünfzügigen Schule war so organisiert, dass zur Vermeidung von Unterrichtsausfall die Schüler einer Klasse auf die übrigen Klassen der Klassenstufe aufgeteilt wurden. So kam es etwa zu Beginn des Jahres 2007 wiederholt dazu, dass der Angekl. als Vertreter eines erkrankten Lehrerkollegen Schüler der Parallelklassen in katholischer Religion unterrichtete. Dies war mindestens zweimal der Fall, ohne dass der Angekl. Einfluss auf die Notengebung in diesem Fach genommen hätte. Die von dem Angekl. geführte Klasse strebte im Schuljahr 2006/2007 den Hauptschulabschluss an. Zur festlichen Gestaltung der Abschlussfeier begann die Klasse auf Initiative des Angekl. schon früh, ein Musical einzustudieren. Ebenfalls auf Initiative des Angekl. nahmen die Schüler der Klassenstufe 9 an einem von dem Angekl. und einer Kollegin einmal wöchentlich in den Nachmittagsstunden veranstalteten Tanzkurs teil, um die Schüler in die Lage zu versetzen, auf der Abschlussfeier zu tanzen. Wiederum auf Initiative des Angekl. besuchte die Klasse zu Beginn des Jahres 2006 eine Musicalaufführung in Hamburg. An dieser Veranstaltung, die mit zwei mehrstündigen Busfahrten verbunden war, nahm auch die seinerzeit 13jährige Schülerin C teil. C war ebenfalls Schülerin dieser Jahrgangsstufe, jedoch in einer Parallelklasse des Realschulzweigs, der die Schule ein Jahr später mit dem Realschulabschluss abschließen sollte. Auf Bitten einer Freundin aus der Klasse des Angekl. war es C ermöglicht worden, als Schülerin einer Parallelklasse ebenfalls an der Fahrt teilzunehmen. Während der zwei mehrstündigen Busfahrten saß die Zeugin C, die damals eher schüchtern und zurückhaltend war, neben dem Angekl. auf einem Zweiersonenplatz, da alle anderen Plätze vergeben waren. Beide führten während der Busfahrten angeregte Gespräche „über Gott und die Welt“, was dadurch erleichtert wurde, dass der Angekl. aus dem Schulunterricht die Schwester der Zeugin C kannte, die die Schule ein Jahr zuvor verlassen hatte.

Während der folgenden Monate kam es immer wieder, insbes. aus Anlass der Pausenaufsicht des Angekl., zu kurzen Gesprächskontakten mit C, die den Angekl. sympathisch fand, wie er sich auch bei vielen Schülern großer Beliebtheit erfreute. In den Weihnachtsferien 2006/2007 nahmen der Angekl. und C näheren Kontakt auf, wobei sie sich alsbald duzten. Am ersten Schultag nach den Weihnachtsferien kam es zu einer ersten Begegnung beider, die sich im Online-Chat bis zu diesem Zeitpunkt immer wieder ihre Gefühle gestanden hatten. Dabei kam es in der Folgezeit auch immer wieder zum Austausch von Zärtlichkeiten und zu sexuellen Handlungen. Im Tatzeitraum war C zwar nicht Schülerin in der Klasse des Angekl., besuchte jedoch eine der Parallelklassen und kam auf diese Weise wiederholt mit dem Angekl. auch in seiner Eigenschaft als Lehrer in Kontakt. So nahm sie mindestens dreimal am Unterricht der Klasse des Angekl. teil, weil der Fachlehrer ihrer Klasse durch Krankheit verhindert war. In dem Fach Katholische Religion, in dem C zweimal am Unterricht des Angekl. teilnahm, fand jedoch kein planmäßiger Unterricht statt. Dieser Unterricht durch den Angekl. hatte in keinem Fall Einfluss auf die Noten des Jahreszeugnisses, zumal der Angekl. zum Zeitpunkt der Zeugniskonferenzen am Schuljahresende die Schule bereits verlassen hatte und in die Notengebung nicht involviert war.

Der Angekl. könnte sich wegen **sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen** nach § 174 I Nr. 1 u. 2 StGB strafbar gemacht haben.

- I. Ein **unangemessenes, unanständiges oder verantwortungsloses Verhalten ist nicht per se strafbar**, sondern nur dann, wenn es unter einen zur Tatzeit geltenden Straftatbestand zu subsumieren ist.

Der hier allein in Betracht kommende § 174 I StGB – für eine Anwendbarkeit des § 182 StGB gibt es keinerlei Anhaltspunkte – setzt in den hier relevanten Alternativen der Nr. 1 und 2 voraus, dass **zum Zeitpunkt der sexuellen Handlungen zwischen den beteiligten Per-**

sonen ein besonderes, der Erziehung, der Ausbildung oder der Betreuung des minderjährigen Opfers in der Lebensführung dienendes **Obhutsverhältnis besteht**.

Dabei muss dem **Täter** das **Recht und die Pflicht obliegen**, die **Lebensführung des Minderjährigen** und damit **dessen geistig-sittliche Entwicklung** im Rahmen eines **Abhängigkeitsverhältnisses** im Sinne einer Unter- und Überordnung **zu überwachen und zu leiten** (BGHSt 41, 137 = NJW 1995, 2999 = NSTz 1995, 495; BGH NSTZ-RR 2008, 307).

Die (bei einem Lehrer in erster Linie in Betracht kommende) **Erziehung übt nur derjenige aus, der** für die Überwachung der Lebensführung des Jugendlichen und seine körperliche, psychische und moralische Entwicklung **verantwortlich ist**. Dies setzt naturgemäß entsprechende **Einwirkungsmöglichkeiten über einen gewissen Zeitraum** voraus.

- II. Ob ein solches Verhältnis besteht, ist nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Einzelfalls zu beurteilen und ist **nicht** etwa **ohne Weiteres zwischen allen Lehrern und Schülern einer Schule zu bejahen** (BGHSt 19, 163 = NJW 1964, 411), wenn auch der Täterkreis nicht zwangsläufig auf Klassen- oder Fachlehrer begrenzt ist.
1. Bei einer fünfzügigen Regionalen Schule handelt es sich nicht um eine „Zwergschule“, in der sich alle Lehrer und Schüler gegenseitig kennen, jeder Lehrer auch tatsächlich jeden Schüler als ihm zur Erziehung anvertraut behandelt und alle sich im täglichen Umgang der Über- und Unterordnung bewusst sind, sodass sich **allein aus der Tatsache, dass der Angekl. Lehrer an der Schule der betroffenen Schülerin war, nicht das Vorliegen eines Obhutsverhältnisses** i. S. des § 174 I Nr. 1 und 2 StGB ergibt.
 2. Da ein solches **Obhutsverhältnis zur Tatzeit** bestehen muss, ist der Umstand, dass C dem Angekl. für die Dauer der Klassenfahrt Anfang 2006 anvertraut gewesen sein dürfte, irrelevant, denn zu den ersten sexuellen Handlungen kam es erst Anfang 2007.
 3. **Unerheblich** ist auch, ob C (während des Tatzeitraums?) zu den Schülerinnen gehörte, die freiwillig **außerhalb der Unterrichtszeit** einmal wöchentlich einen Tanzkurs besuchen, der u. a. von dem Angekl. geleitet wurde.
*„Denn selbst wenn C während des Tatzeitraums regelmäßig an diesem Tanzkurs teilgenommen haben sollte, hätte dies **kein Obhutsverhältnis i. S. des § 174 I Nr. 1 und 2 StGB begründet**. Zweck der Veranstaltung war es, die Teilnehmer „in die Lage zu versetzen, auf der Abschlussfeier zu tanzen“. Weitergehende **Erziehungs- oder Betreuungsziele waren damit nicht verbunden**.“ (OLG Koblenz aaO)*
 4. Schließlich begründeten auch die weiteren Tätigkeiten des Angekl. kein Obhutsverhältnis i. S. des § 174 I Nr. 1 und 2 StGB.
*„Die **dreimalige Tätigkeit des Angekl. als Vertretungslehrer begründete**, wenn überhaupt, allenfalls ein **temporäres, auf die Dauer dieser Tätigkeit beschränktes Obhutsverhältnis**. Eine weitergehende (Mit-) Verantwortung des Angekl. für die körperliche, psychische und moralische Entwicklung von C lässt sich aus ihr aber ebenso wenig ableiten wie aus einer turnusmäßigen Aufsichtsführung in Pausen.
Nach den Feststellungen zum Tatgeschehen hatten sich der Angekl. und C insgesamt fünfmal nach vorheriger Verabredung während der Unterrichtszeit im Putzraum der Schule getroffen, wo es dann jeweils zu sexuellen Handlungen gekommen war. Dadurch wurde aber kein (temporäres oder dauerhaftes) Obhutsverhältnis begründet, das die Anwendbarkeit des § 174 I StGB eröffnete.“ (OLG Koblenz aaO)*
- III. **Ergebnis:** Der Angekl. hat sich nicht wegen sexuellen Missbrauchs einer Schutzbefehlenen nach § 174 I Nr. 1 u. 2 StGB strafbar gemacht.

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2012, 143; Beschluss vom 26.11.2011 – 1 B 309/11)

Sind bei den Konzerten einer Musikband, zu deren Besuchern vor allem Personen aus der **gewaltbereiten Hooliganszene** sowie dem **rechtsextremistischen Milieu** zählen, wiederholt Straftaten begangen werden (Verharmlosung des Holocaust, Hitlergruß), kann das ein Konzertverbot rechtfertigen, wenn sich der **Gefahr der Wiederholung** solcher Straftaten nicht durch Auflagen beugen lässt.

Fall: Der Antragsteller hatte für den 26.11.2011 ein Konzert der Band „Kategorie C - Hungrige Wölfe“ in Bremen geplant, das mit der Verfügung des zuständigen Antragsgegners vom 24.11.2011 nach ordnungsgemäßer Anhörung untersagt wurde. Die Band bezeichnet sich ausdrücklich als „apolitisch“. Sie ist für ihre aggressiven Texte bekannt, die mindestens am rechten Rand des Meinungsspektrums liegen. Nach Erkenntnissen des Landesamtes für Verfassungsschutz werden die Konzerte der Band von Personen aus dem gewaltbereiten Hooliganmilieu sowie dem rechtsextremistischen Milieu besucht. Dass die Betroffenen dabei in erheblicher Weise gegen die Strafgesetze verstoßen, wird durch zwei Videomitschnitte jüngerer Datums belegt. Der Inhalt dieser Videos wird in der Verbotsverfügung wiedergegeben. Sie können im Internet eingesehen werden (Radio ..., buten & binnen vom 22.11.2011; ..., Panorama N. vom 21.06.2011).

In einem der Videos singen (bzw. grölen) die Konzertbesucher „Eine U-Bahn bauen wir von St. P. bis nach A.“. Daraufhin äußert sich der Antragsteller als Sänger der Band wie folgt: „Alles Lüge - Da fährt gar keine U-Bahn“. Dass sowohl der Gesang des Publikums als auch die Reaktion des Antragstellers die in Auschwitz unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Verbrechen in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise billigen bzw. verharmlosen, drängt sich auf. In einem zweiten Video singt der Antragsteller das Lied „Hoch auf dem gelben Wagen ...“ in der Version „...sitz ich beim Führer vorn“. Das Publikum stimmt in den Gesang ein, ein Teil hat dabei den ausgestreckten rechten Arm erhoben.

In beiden Fällen besteht zwischen dem Publikum und der Band und insbesondere dem Antragsteller als Sänger erkennbar ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang.

Die Verbotsverfügung wird damit begründet, dass zu erwarten ist, auch bei dem Konzert am 26.11.2011 seien entsprechende Handlungen des rechtsextremistischen Publikums zu erwarten. Angesichts der kurzen Zeitabläufe und der zu befürchtenden Rechtsverstöße wurde die sofortige Vollziehung der Verfügung schriftlich mit ausreichender Begründung angeordnet.

Der Antragsteller beantragt am 25.11.2011 die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Wird er Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Antrags

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Hier wird um ein polizeiliches Verbot einer Veranstaltung gestritten. Dies ist ohne weiteres dem öffentlichen Recht zugehörig und auch kein Verfassungsrecht. Der Verwaltungsrechtsweg ist mangels Eingreifen von Sonderzuweisungen daher gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. Statthafte Antragsart

Es handelt sich um einen Antrag nach § 80 V VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Dieser ist nach § 123 V VwGO vorrangig, soweit er einschlägig ist. Er ist statthaft, sofern ein belastender Verwaltungsakt vorliegt, um dessen sofortige Vollziehung gestritten wird. Hier ist ein belastenden Verbotsverfügung ergangen nebst Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4, III VwGO, so dass der Antrag nach § 80 V VwGO statthaft ist.

3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Der Antragsteller als Adressat des angegriffenen, belastenden Verwaltungsaktes ist nach der Adressatentheorie auch ohne weiteres antragsbefugt, da er jedenfalls in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann.

4. Zwischenergebnis

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig.

II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtswidrig ist.

1. **Rechtsgrundlage** für eine Anordnung der sofortigen Vollziehung (AOsV) ist § 80 II 1 Nr. 4 VwGO.

2. formelle Rechtswidrigkeit der AOsV

Zuständig für die AOsV ist nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Hier hat die Erlassbehörde also als zuständige Behörde gehandelt. Die nach § 80 III 1 VwGO ist die AOsV erforderliche **schriftliche Begründung** ist erfolgt. Ob es vor Erlass einer AOsV einer **Anhörung** nach § 28 VwVfG darf, kann dahinstehen, da eine Anhörung jedenfalls erfolgt ist. Die AOsV ist nicht formell rechtswidrig.

3. materielle Rechtswidrigkeit der AOsV

Für die materielle Prüfung der AOsV kommt es darauf an, ob das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung das Aufschubinteresse des Bürgers überwiegt, wobei das öffentliche Vollzugsinteresse über das öffentliche Erlassinteresse hinausgehen muss, dass ohnehin an jedem Verwaltungsakt besteht.

a) Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach summarischer Prüfung

Die Verbotungsverfügung wird in der Hauptsache dann aufgehoben, wenn sie rechtswidrig ist.

aa) Ermächtigungsgrundlage

Zunächst stellt sich die Frage, auf welcher Ermächtigungsgrundlage die Verbotungsverfügung ergangen ist.

Hier kommen zunächst §§ 4 oder 15 I VersG in Betracht. Diese Vorschrift ist jedoch nach § 1 I VersG nur einschlägig, wenn es sich bei dem Konzert um eine öffentliche Versammlung handelt, die der kollektiven Meinungsäußerung dient.

„Der Antragsteller macht selbst nicht geltend, dass es sich bei dem für den 26.11.2011 geplanten Konzert der Band „Kategorie C - Hungrige Wölfe“, das mit der Verfügung vom 24.11.2011 untersagt wird, um eine Versammlung im Sinne des Versammlungsgesetzes handelt. Die Band bezeichnet sich ausdrücklich als „apolitisch“.

Kommt es dem Veranstalter nach eigenem Bekunden nicht auf eine Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung an, kann im Rahmen einer summarischen Überprüfung, wie sie im vorliegenden Eilverfahren allein möglich ist, nicht beanstandet werden, dass die Antragsgegnerin die **polizeiliche Generalklausel in § 10 I 1 BremPolG** als Ermachtigungsgrundlage für die Verbotungsverfügung herangezogen hat.“ (OVG Bremen aaO)

Die Verbotungsverfügung ergeht daher auf Grundlage von § 10 I 1 BremPolG.

vgl. §§ 1, 3 BWPoIG; § 17 I BlnASOG; § 10 I BbgPoIG; § 11 NdsSOG; § 3 HbgSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOIG; § 8 NwPoIG; § 9 RhPfPOG; § 8 I SaarPoIG; § 3 I SächsPoIG; §§ 1, 13 SachsAnhSOG; § 174 SchlHVwG; § 12 I ThürPAG

bb) Formelle Rechtswidrigkeit

Anhaltspunkte für das Vorliegen formeller Rechtswidrigkeitsgründe liegen nicht vor.

bb) Materielle Rechtswidrigkeit

Die Verbotungsverfügung könnte jedoch materiell rechtswidrig sein.

(1) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

§ 10 I 1 BremPolG erlaubt es der Behörde, zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit die notwendigen Maßnahmen zu treffen. Die öffentliche Sicherheit ist berührt, wenn eine Rechtsverletzung droht.

(a) Rechtsverletzung durch Liedtexte

„Ob bestimmte **Liedtexte** der Band „Kategorie C - Hungrige Wölfe“ bereits für sich genommen die Rechtsordnung verletzen, erscheint nach derzeitigem Sachstand **fraglich**. In der Verfügung der Antragsgegnerin vom 24.11.2011 (S. 2f.) werden zwar Texte zitiert, die in hohem Maße aggressiv sind. Dass damit Straftatbestände erfüllt werden, wird jedoch nicht dargelegt.

Gleiches gilt für die Texte, die von der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien indiziert worden sind.

Allerdings liegt beim Lied, das die Band für einen Sampler anlässlich der Fußballweltmeisterschaft 2006 beigesteuert hat, eine Erfüllung des Tatbestandes der Volksverhetzung nach § 130 I StGB zumindest nahe. Ein entsprechendes Strafverfahren ist aber anscheinend nicht durchgeführt worden.

Letztlich mag die rechtliche Beurteilung der Liedtexte in diesem Eilverfahren jedoch dahinstehen.“ (OVG Bremen aaO)

(b) Rechtsverletzung durch Besucher

Rechtsverletzungen drohen in jedem Fall aufgrund des Verhaltens der Konzertbesucher.

„Nach derzeitigem Sachstand muss davon ausgegangen werden, dass diese das **Konzert nutzen, um Straftaten zu begehen**. Dieses Verhalten muss der Antragsteller, der Sänger der Band ist, sich zurechnen lassen.

[Im Hinblick auf das vorliegende Videomaterial besteht] ...zwischen dem Publikum und der Band und insbesondere dem Antragsteller als Sänger erkennbar ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang. Der Antragsteller muss sich deshalb das **Verhalten der Besucher zurechnen lassen**.

Es besteht die **konkrete Gefahr**, dass es bei dem für den 26.11.2011 in Bremen geplanten Konzert zu einem vergleichbaren Verhalten der rechtsextremistischen Besucher kommt. Den Einlassungen des Antragstellers lässt sich **nicht entnehmen**, dass er bereit wäre, **Vorkehrungen zu treffen, um ein solches Verhalten zu verhindern**. Die hochkonspirative Organisation des Konzerts drängt vielmehr die Schlussfolgerung auf, dass Inhalt und Ablauf des Konzerts verborgen bleiben sollen, um auf diese Weise das in der Vergangenheit gezeigte Verhalten fortsetzen zu können.“ (OVG Bremen aaO)

Die Tatbestandsvoraussetzungen sind damit erfüllt.

(2) Ermessen

Die Verbotsverfügung muss jedoch auch ermessensgerecht, insbesondere verhältnismäßig sein.

(a) Geeignetheit

Das Verbot des Konzerts ist geeignet, die drohenden Rechtsverstöße zu verhindern.

(b) Erforderlichkeit

Es ist aber nur erforderlich, wenn es kein milderes Mittel gleicher Eignung gibt. Als milderes Mittel kommt hier der Erlass von Auflagen für die Durchführung des Konzertes in Betracht.

„Dieses Verbot wird nicht zuletzt durch das bereits genannte **hochkonspirative Verhalten** der Konzertveranstalter veranlasst. Da der Ort der Veranstaltung geheim ist, ist der Behörde sowohl eine **präventive Kontrolle** der Veranstaltungsräumlichkeiten als eine begleitende Kontrolle des Konzerts - wozu nach dem Vorstehenden aller Anlass bestünde - **von vornherein verwehrt**. Aus diesem Grund scheiden auch Auflagen, deren Einhaltung der Kontrolle bedürfte, als milderes Mittel aus.“ (OVG Bremen aaO)

(c) Angemessenheit

Die Rechtsbeeinträchtigungen auf Seiten des Antragstellers durch das Konzertverbot stehen angesichts der Schwere der drohenden Rechtsverletzungen steht auch in einem angemessenen Verhältnis.

b) Interessenabwägung

„Das Verbot dient somit dazu, eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzuwehren. Aus diesem Grund ist auch ein besonderes Vollzugsinteresse gegeben und überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Durchsetzung des Verbots.“ (OVG Bremen aaO)

(OVG Münster, DÖV 2012, 160; Beschluss vom 07.11.2011 – 5 A 1352/10)

1. **Das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG** bedarf als Formvorschrift **enger Auslegung**.
2. Art. 19 I 2 GG nur für Gesetze gilt, die darauf abzielen, ein Grundrecht über die in ihm selbst angelegten Grenzen hinaus einzuschränken. Es gilt daher **nicht bei grundrechtsrelevanten Regelungen**, die der Gesetzgeber in Ausführung der ihm obliegenden, im Grundrecht vorgesehenen **Regelungsaufträge, Inhaltsbestimmungen oder Schrankenziehungen** vornimmt.
3. Die **vorübergehende Verweisung eines Elternteils** aus der Wohnung wegen Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit des Kindes gemäß § 34a PolG NRW ist eine Maßnahme in **Ausübung des staatlichen Wächteramts** i.S.v. Art. 6 II 2 GG.
4. § 34a PolG greift nur ein bei gegenwärtigen Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit ein, die eine **gewisse Intensität** besitzen. Diese ist stets gegeben bei **entwürdigenden Misshandlungen**, die **Wächteramtsmaßnahmen des Staates** in jedem Fall verfassungsrechtlich rechtfertigen.

Fall Der Polizei wurde von Zeugen am 23.01.2010 gemeldet, dass der Kläger sich gegenüber seiner Tochter E. äußerst aggressiv verhalten und diese vor ihren Augen mehrfach geohrfeigt und an den Haaren in seinen Pkw gezogen habe. Darüber hinaus habe er seiner Tochter und den Zeugen damit gedroht, dass er sie „umbringen“ werde. Die Polizei eilte herbei und hörte vor Ort die sie benachrichtigenden Zeugen an. Auch E. bestätigte die Vorfälle. Die Polizei stellte fest, dass E. unverletzt ist. Der Kläger, seine Ehefrau und sein Sohn gaben eine andere Darstellung des Vorfalls.

Am Abend des 23.01.2010 begab die Polizei sich zur Wohnung des Klägers. Dort machte der Kläger einen „sehr aggressiven“ Eindruck und äußerte, er empfinde es als normal, einem Kind ab und zu eine Ohrfeige zu geben. Seine Tochter machte demgegenüber einen sichtlich verängstigten Eindruck und gab an, dass sie solange sie zurückdenken könne von ihrem Vater geschlagen worden sei, zuletzt immer häufiger auch mit einem Gürtel. Der Kläger gab an, dass E. die Vorwürfe erfunden habe, um ihre Freizeit „nach eigenem Gusto“ gestalten zu können. Die Polizei sprach daher zum Schutz der E. gegenüber dem Kläger eine Wohnungsverweisung für 5 Tage aus, da ihrer Meinung nach eine gegenwärtige Gefahr für die körperliche Unversehrtheit der Tochter E. bestand. Eine schriftliche Bestätigung der Wohnungsverweisung wurde ihm am nachfolgenden Tag übergeben.

Der Kläger begehrt nun mit einer Fortsetzungsfeststellungsklage die gerichtliche Entscheidung darüber, dass die Wohnungsverweisung rechtswidrig war. Er ist der Auffassung, dass eine solche nur bei häuslicher Gewalt ausgesprochen werden dürfe, der Vorfall am Auto habe sich jedoch auf der Straße ereignet. Darüber hinaus greife § 34a PolG NW in das Grundrecht der Eltern aus Art. 6 GG ein und sei wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG verfassungswidrig.

I. Ermächtigungsgrundlage

Die Wohnungsverweisung erfolgte auf der Grundlage von § 34a PolG NRW.

vgl. § 27 a III-V PolG BW; § 29 a ASOG Bln; § 16 a BbgPolG; § 14 a BremPolG; § 12 b HambSOG; § 31 II HessSOG; § 52 II SOG M-V; § 17 II, III NdsSOG; § 34 a PolG NRW; § 13 II Rh.-Pf. POG; § 21 III SächsPolG; § 36 III SOG LSA; § 201 a LVwG S-H; § 18 II ThürPAG.

1. Verfassungswidrigkeit wegen Verstoß gegen Art. 19 I 2 GG

§ 34a PolG NRW könnte jedoch wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG verfassungswidrig sein. Nach Art. 19 I 2 GG muss ein Gesetz, durch welches ein Grundrecht eingeschränkt wird, dieses Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. Diesem Zitiergebot entsprechend stellt § 7 PolG NRW klar, dass durch das Polizeigesetz NRW die Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG), auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG), auf Freiheit der Person (Art. 2 II GG), auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) und auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) eingeschränkt werden. Art. 6 GG ist in den Katalog der eingeschränkten Grundrechte nicht aufgenommen. Sollte § 34a PolG NRW aber in den Schutzbereich des Art. 6 GG eingreifen, könnte insofern ein Verstoß gegen das Zitiergebot vorliegen.

a) Bedeutung des Zitiergebotes

*„Das Bundesverfassungsgericht geht generell davon aus, dass Art. 19 I 2 GG als Formvorschrift **enger Auslegung** bedarf, wenn die Norm nicht zu einer leeren Förmlichkeit erstarren und den die ver-*

fassungsmäßige Ordnung konkretisierenden Gesetzgeber in seiner Arbeit unnötig behindern soll (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 18. Februar 1970 - 2 BvR 531/68 -, BVerfGE 28, 36, 46, und vom 30. Mai 1973 - 2 BvL 4/73 -, BVerfGE 35, 185, 189). Unter anderem findet das Zitiergebot bei **normtextlich vorbehaltlosen Grundrechten keine Anwendung** (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27. November 1990 - 1 BvR 402/87 -, BVerfGE 83, 130, 154).

Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht stets betont, dass Art. 19 I 2 GG nur **für Gesetze** gilt, die darauf abzielen, ein Grundrecht über die in ihm selbst angelegten Grenzen hinaus einzuschränken. Es gilt daher **nicht bei grundrechtsrelevanten Regelungen**, die der Gesetzgeber in Ausführung der ihm obliegenden, im Grundrecht vorgesehenen **Regelungsaufträge, Inhaltsbestimmungen oder Schrankenziehungen** vornimmt. In derartigen Bestimmungen z. B. zur Berufsfreiheit sieht das Bundesverfassungsgericht auch dann **keine Grundrechtseinschränkungen** im Sinne von Art. 19 I 1, 2 GG, wenn diese im Zusammenhang mit der materiellen Grundrechtsprüfung als **rechtfertigungsbedürftige Eingriffe** behandelt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. Mai 1983 - 1 BvL 46, 47/80 -, BVerfGE 64, 72, 80 ff.; vgl. auch Urteil vom 18. Dezember 1968 - 1 BvR 638/64 u. a. -, BVerfGE 24, 367, 396 ff.; Beschlüsse vom 18. Februar 1970, a. a. O., und vom 26. Mai 1970 - 1 BvR 657/68 -, BVerfGE 28, 282, 289; kritisch zu dieser „Inkongruenz“ z. B. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band I, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Rn. 26 mit Fn. 104.“ (OVG Münster aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist somit, ob im vorliegenden Fall die Anwendung dieser Grundsätze dazu führt, dass bei der Schaffung des § 34a PolG NRW das Zitiergebot hätte beachtet werden müssen.

„Die **vorübergehende Verweisung eines Elternteils** aus der Wohnung wegen Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit des Kindes gemäß § 34a PolG NRW ist eine Maßnahme in **Ausübung des staatlichen Wächteramts** i.S.v. Art. 6 II 2 GG; ob sie darüber hinaus auch unter Art. 6 Abs. 3 GG fällt, kann ausgehend vom Antragsvorbringen dahinstehen. Dieses **Wächteramt** ist dem Wortlaut nach **kein klassischer Gesetzesvorbehalt**. Es aktualisiert vielmehr die Pflichtenbindung (vgl. Art. 6 II 1 GG), die im Elternrecht im Interesse des Kindes von vornherein angelegt ist, und ermächtigt bzw. verpflichtet den Staat zur **Reaktion auf eine Überschreitung der Grenzen des Elternrechts** durch missbräuchliche oder sonst unzulängliche Ausübung dieses Rechts (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1968 - 1 BvL 20/63 u. a. -, BVerfGE 24, 119, 143 f.; Urteil vom 24. März 1981 - 1 BvR 1516/78 u. a. -, BVerfGE 56, 363, 381 f.; Beschluss vom 18. Juni 1986 - 1 BvR 857/85 -, BVerfGE 72, 122, 137; Jestaedt, in: Bonner Kommentar, GG, 75. Lfg. Dezember 1995, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 156, 158, 162 ff.; Gröschner, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band I, 2. Aufl. 2004, Art. 6 Rn. 113, 118 f.; Schmitt-Kammler, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 6 Rn. 67 f.; Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 2009, Art. 6 Rn. 58.)

Den **zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts** zu Art. 6 Abs. 2 GG lässt sich **kein Anhaltspunkt** dafür entnehmen, dass das **Zitiergebot hier gelten könnte**. Das Gericht hat im Gegenteil auch nachkonstitutionelles Recht, das am Maßstab des Art. 6 II GG zu prüfen war, für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt, ohne das Zitiergebot zu problematisieren (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1968, a. a. O., S. 120 f., 142 ff. zum 1961 in das BGB eingefügten § 1747 Abs. 3 BGB; siehe ferner Jestaedt, a. a. O., Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 163; Menger, in: Bonner Kommentar, GG, 40. Lieferung Juni 1979, Art. 19 Abs. 1 Satz 2 Rn. 172; anders zu Art. 6 Abs. 3 GG, a. a. O. Rn. 184; ebenso Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 10. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 4.)“ (OVG Münster aaO)

Geltung des Zitiergebots ist hier daher nicht anzunehmen, so dass die Ermächtigungsgrundlage nicht schon aus formellen Gründen verfassungswidrig ist.

2. Verfassungswidrigkeit wegen Eingriffs in die Erziehungsbefugnisse der Eltern

Allerdings könnte die Möglichkeit der Verweisung eines Elternteils aus der Wohnung wegen Züchtigung des Kindes einen verfassungswidrigen Eingriff in das Recht der Eltern aus Art. 6 II 1 GG darstellen, über die Erziehung des Kindes und die hierzu erforderlichen Mittel zu bestimmen.

„Das Elternrecht ist primär ein Recht im Interesse und zum Wohl des Kindes; es schützt die **Ausübung elterlicher Befugnisse** daher nur insoweit, als diese **am Kindeswohl ausgerichtet** sind (vgl. BVerfG, Urteil vom 9. Februar 1982 - 1 BvR 845/79 -, BVerfGE 59, 360, 382; Beschluss vom 14. April 1987 - 1 BvR 332/86 -, BVerfGE 75, 201, 218 f.; BT-Drs. 16/6815, S. 7; Jestaedt, a. a. O., Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 159.)

Selbst wenn der teilweise vertretenen Ansicht zu folgen wäre, wonach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein **Recht der Eltern auf körperliche Züchtigung** ihrer Kinder als Erziehungsmittel gewährleistet (vgl. Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Band I, 4. Aufl. 1999, Art. 6 Abs. 2 Rn. 154; Noak, JR 2002, 402, 406; Roellecke, NJW 1999, 337, 338; Gröschner, a. a. O., Art. 6 Rn. 114; Uhle, a. a. O., Art. 6 Rn. 60), ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich, wie § 34a PolG NRW hierzu in Konflikt geraten kann.

Die zuletzt genannte Vorschrift greift nur bei **Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit ein, die eine gewisse Intensität besitzen**. Diese ist stets gegeben bei entwürdigenden Misshandlungen, die Wächteramts-

maßnahmen des Staates in jedem Fall verfassungsrechtlich rechtfertigen. Bei - von Art. 6 II 1 GG allenfalls geschützten - **moderaten elterlichen Züchtigungen**, die zu Erziehungszwecken und im wohlverstandenen Interesse des Kindes erfolgen, ist die **Gefahrschwelle des § 34a PolG NRW dagegen nicht erreicht** (vgl. So auch Trierweiler, Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt, 1. Aufl. 2006, S. 143, 66 ff.) (OVG Münster aaO)

Die Ermächtigungsgrundlage des § 34a PolG NRW berechtigt nur zu Wohnungsverweisungen gegenüber Elternteilen, wenn die Schwelle der von Art. 6 II 1 GG garantierten Erziehungsbefugnisse der Eltern überschritten werden und der Staat daher zur Ausübung seines Wächteramtes auch verfassungsrechtlich berufen ist. Ein verfassungswidriger Eingriff in Art. 6 II 1 GG scheidet daher aus.

Letztlich bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 34a PolG NRW, so dass die Norm als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden könnte.

II. formelle Rechtmäßigkeit

Formelle Bedenken gegen die Wohnungsverweisung bestehen nicht. Insbesondere wurde der Kläger zu den erhobenen Vorwürfen und zur beabsichtigten Wohnungsverweisung nach § 28 I VwVfG ordnungsgemäß angehört.

„Einer erneuten Anhörung vor der Übergabe der schriftlichen Bestätigung der Polizeiverfügung, die am Folgetag in den Briefkasten seiner Firmenanschrift eingeworfen worden ist, bedurfte es nicht.“ (OVG Münster aaO)

III. materielle Rechtmäßigkeit

Die Wohnungsverweisung war materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen vorlagen und die Entscheidung verhältnismäßig ist.

1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Die Polizei kann nach § 34a I 1 PolG NRW eine Person zur Abwehr einer von ihr ausgehenden gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer anderen Person aus einer Wohnung, in der die gefährdete Person wohnt, sowie aus deren unmittelbaren Umgebung verweisen und ihr die Rückkehr in diesen Bereich untersagen.

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen hier vorliegen, da es am Abend des 23.10.2010 nicht nachweislich zu keiner gewaltsamen Auseinandersetzung zwischen dem Kläger und seiner Tochter „in dessen Haus“ gekommen ist, in deren Verlauf „der Kläger seine Tochter gehorft und mit einem Gürtel gezüchtigt“ hat. Nachweisbar ist lediglich die außerhalb des häuslichen Bereichs stattgefundenene Gewalt.

„Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung über Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot ist für die Gefahrenprognose allein entscheidend, ob tatsächliche Anhaltspunkte gegeben sind, die darauf schließen lassen, dass es zu Übergriffen in der gemeinsamen Wohnung kommen wird. Bei dieser Prognose können Vorkommnisse außerhalb dieser Wohnung ebenso berücksichtigt werden wie solche im häuslichen Bereich (vgl. ebenso VG Aachen, Beschluss vom 18. Mai 2010 - 6 L 190/10 -, juris Rn. 17; Trierweiler, Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt, 1. Aufl. 2006, S. 53 f.). Unzutreffend ist daher auch die in anderem Zusammenhang stehende Bemerkung des Klägers, die Angaben der fünf Jugendlichen an der S.-brücke seien für die Frage des Anscheins einer häuslichen Gewalt irrelevant, weil diese hierzu nichts hätten bekunden können.“ (OVG Münster aaO)

Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Wohnungsverweisung lagen daher vor.

2. Ermessen

Die Polizei muss jedoch auch das ihr bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zukommende Ermessen ordnungsgemäß und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ausgeübt haben.

*„Die Antragsschrift zeigt auch keinen Ermessensfehler auf. Sie geht selbst davon aus, dass bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 34a PolG NRW eine **Wohnungsverweisung im Regelfall ermessensfehlerfrei** sein wird, begründet aber nicht, warum es sich hier um einen „atypischen Sachverhalt“ gehandelt haben soll. Ebenso wenig wird dargelegt, welches „mildere Mittel“ zur Verfügung gestanden haben soll, das ebenso geeignet gewesen wäre, „kurzfristig das beabsichtigte Ziel zu erreichen.“* (OVG Münster aaO)

Ergebnis: Die Wohnungsverweisung war rechtmäßig, die Fortsetzungsfeststellungsklage wird keinen Erfolg haben.

Kurzauslese I

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

BGB
§§ 433 II, 280 I

Tankkartenmissbrauch Haftungsgrundlagen

BGB

(OLG Hamm in MDR 2012, 220; Urteil vom 26.07.2011 – I-19 U 186/10)

Die **Haftung eines Tankkunden für den von ihm behaupteten Missbrauch einer Tankkarte richtet sich nach den Grundsätzen der Rspr. zum Missbrauch von ec-Karten.**

„Es geht hier ebenso um die Frage eines Missbrauchs, bei dem der voll automatisierte Geschäftsvorgang ausgenutzt wurde. Auf einen solchen Sachverhalt sind aus Sicht des Senats die Grundsätze, die die Rspr. zum ec-Karten-Missbrauch im Einzelnen entwickelt hat, ohne weiteres übertragbar. Auch hier folgt die Vertragspflicht der Bekl. zur sorgsam, getrennten Aufbewahrung bzw. Geheimhaltung von Karte und PIN selbst ohne besondere Erwähnung aus der unstreitig getroffenen Abrede, die gerade der Bekl. mittels einer nur ihr überlassenen Tankkarte nebst PIN das Tanken bei der Kl. erlaubte, so dass von der schuldhaften Pflichtverletzung im Falle eines Missbrauchs auszugehen ist. Es liegt schon aus Sicht eines Laien, erst recht aus derjenigen der geschäftlich tätigen Bekl., auf der Hand, dass es zu ihren Lasten ging, wenn die gegebene Möglichkeit missbraucht wurde, und zwar schon, wenn es nur zu damit zusammenhängenden Aufklärungsschwierigkeiten kommen sollte. Das gilt jedenfalls dann, wenn, wie hier, Ursachen aus dem Bereich der Kl. nicht ernsthaft in Betracht kommen.

Kein anderes Ergebnis folgt aus dem von der Bekl. betonten Umstand, dass sie nach wie vor im Besitz der Originaltankkarten sei. Im selben Maße, wie man daraus etwas gegen den vorbezeichneten Anscheinsbeweis herleiten wollte, verstärkte sich die Vermutung, dass es dann zu den Betankungen seitens oder mit Wissen der Bekl. gekommen sein muss.“ (OLG Hamm aaO)

BGB
§ 546

Wohnungsübergabe Zurücklassen von Gegenständen

BGB

(OLG Düsseldorf in MDR 2012, 210; Urteil vom 19.07.2011 – I-24 U 200/10)

Eine **Mietsache wird dem Vermieter nicht dadurch vorenthalten, dass der Mieter wenige Gegenstände zurücklässt**, die geringen Raum einnehmen und deren Beseitigung nur einen unerheblichen Aufwand an Mühe, Transport und Kosten erfordert.

*„Eine Mietsache wird vorenthalten, wenn der Mieter sie entgegen § 546 BGB nicht, verspätet oder nur teilweise geräumt zurückgibt und das Unterlassen der Rückgabe dem Willen des Vermieters widerspricht (st. Rspr.; BGH NJW-RR 2006, 229; BGH NJW 2007, 1594 jew. m. w. Nachw.; OLG Düsseldorf NJOZ 2004, 2086 = ZMR 2004, 27; OLG Düsseldorf NZM 2002, 742 = ZMR 2003, 23). Dabei führt allerdings nicht jedes Belassen von Gegenständen bzw. Einrichtungen im Mietobjekt zur Nichterfüllung der Räumungspflicht mit der Folge, dass Nutzungsentschädigungsansprüche gem. § 546a BGB entstehen könnten. Wenn es sich nur um wenige Gegenstände bzw. Einrichtungen handelt, die geringen Raum einnehmen und deren Beseitigung nur einen unerheblichen Aufwand an Mühe, Transport und Kosten erfordert (**Bagatellgrenze**), ist vielmehr von einer **bloßen Schlechterfüllung** auszugehen (BGH NJW 1994, 3232; BGH NJW 1988, 2665; OLG Düsseldorf NJOZ 2004, 2086 = ZMR 2004, 27; OLG Düsseldorf GE 2005, 796; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 10. Aufl., § 546 Rn 43).“ (OLG Düsseldorf aaO)*

StGB
§ 263

Betrug Angabe unrichtiger Tatsachen in Mahnbescheidsantrag

StGB

(OLG Celle in ZAP 2012, 108; Beschluss vom 01.11.2011 – 31 Ss 29/11)

Die **Angabe unrichtiger Tatsachen in einem Mahnantrag mit dem Willen, den Rechtspfleger zum Erlass eines Mahnbescheides gegen den Ag. zu veranlassen, obwohl dem Ast. die Nichtexistenz der geltend gemachten Forderung bewusst ist, erfüllt den Tatbestand des versuchten Betrugs.**

- I. Ob bei einem mit einem Mahnantrag befassten Rechtspfleger durch falsche Angaben eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorgerufen werden kann, wird **in Rspr. und Lehre kontrovers beurteilt.**

Dies findet seine Ursache in **§ 691 I ZPO**, der den Rechtspfleger dem Wortlaut nach nur dazu verpflichtet, vor Erlass des Mahnbescheids die **allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen und besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Mahnverfahrens zu prüfen**. Eine **Überprüfung der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen wird hingegen nicht verlangt**. Soweit ein Irrtum des zuständigen Rechtspflegers gleichwohl bejaht wird, wird dies auf die Erwägung gestützt, der Rechtspfleger dürfte, wenn ihm die Nichtexistenz einer geltend gemachten Forderung bekannt sei, den beantragten Mahnbescheid nicht erlassen. Anderenfalls mache er sich unter Umständen zum Mittäter (vgl. OLG Düsseldorf NStZ 1991, 586; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 69. Aufl., § 691 Rn 7). Erlasse er den Bescheid dennoch, könne hieraus gefolgert werden, dass er die ihm gemachten Angaben unter dem Hintergrund der Wahrheitspflicht gem. § 138 I ZPO mangels gegenteiliger Anhaltspunkte als wahr unterstelle (vgl. schon zur früheren Rechtslage BGHSt 24, 257; offen gelassen in BGHR § 263 I StGB Täuschung 19). Der Rechtspfleger habe zumindest die Vorstellung, dass der Anspruch möglicherweise bestehe.

Dies reiche zur Bejahung eines Irrtums aus, da Zweifel am Wahrheitsgehalt der vorgespiegelten Tatsachen unschädlich seien, solange sie das Opfer im Ergebnis zu der erstrebten Verfügung motiviere (vgl. Münker, Der Computerbetrug im automatisierten Mahnverfahren, 2000, S. 160 ff).

Dem gegenüber vertritt der **Großteil der Lit.** die Ansicht, dass für den Erlass eines Mahnbescheides die Überzeugung des Rechtspflegers von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen nicht erforderlich sei. Voraussetzung sei nur seine fehlende Überzeugung von der Unwahrheit. Aus dem Umstand heraus, dass der Rechtspfleger bei Kenntnis der Nichtexistenz der geltend gemachten Forderung den Erlass eines Mahnbescheids ablehnen würde, folge aber nicht, dass er sich überhaupt Gedanken über das Bestehen der Forderung mache. Allein die fehlende Überzeugung von der Unwahrheit vermöge einen Irrtum im Sinne des Betrugstatbestandes nicht zu begründen (vgl. LK-Tiedemann, 11. Aufl., § 263 StGB Rn 90; MüKo-StGB/Hefendehl § 263 StGB Rn 215; Groß NJW 1973, 600; Dastner ZRP 1976, 36; für die alte Rechtslage (Mahnbescheid nur nach Schlüssigkeitsprüfung) auch RGSt 42, 410 und Giehring GA 73, 1).

II. **OLG Celle aaO** hält entgegen den in der Lit. vertretenen Bedenken und trotz des Wegfalls der Schlüssigkeitsprüfung im Mahnverfahren eine - wenn auch nur - **eingeschränkte Prüfungspflicht des Rechtspflegers für gegeben** und ist der Auffassung, dass zu dessen Vorstellungsbild im Einzelfall auch das sachgedankliche Mitbewusstsein zählt, dass die Angaben eines Ast. in tatsächlicher Hinsicht der Wahrheit entsprechen.

1. Zwar scheint diese Auffassung dem **Charakter des Mahnverfahrens** entgegenzustehen: Mit den §§ 688 ff ZPO hat der Gesetzgeber nämlich die Möglichkeit eröffnet, schnell, unkompliziert und mit wenig bürokratischem Aufwand einen Zahlungstitel zu erlangen, ohne dass die tatsächlichen Grundlagen zur Überzeugung irgendeines Spruchkörpers dargelegt worden sein müssten.

„Eben hierin liegt der Zweck des Mahnverfahrens: Der Rechtspfleger wird durch die §§ 688 ff ZPO davon entbunden, sich über die Wahrheit oder Unwahrheit der Tatsachen Gedanken zu machen, zumal auch nicht ersichtlich ist, wie der Rechtspfleger die im Antrag enthaltenen Tatsachenbehauptungen auf ihre Unwahrheit überprüfen soll.“ (OLG Celle aaO)

2. Gleichwohl ist nach der insoweit einschlägigen Rspr. der Zivilgerichte eine **Prüfungspflicht des Rechtspflegers auch nicht kategorisch ausgeschlossen**.

Diese erkennt etwa dann eine Verpflichtung des Rechtspflegers an, den **Erlass eines Mahnbescheids abzulehnen, wenn** die behauptete **Forderung offensichtlich unbegründet oder gerichtlich undurchsetzbar** ist (vgl. OLG Hamburg MDR 1982, 502; OLG Karlsruhe RPfl 1987, 422; AG Göttingen Nds.Rpfl. 1996, 291; Zöller/Vollkommer, 28. Aufl., § 691 Rn 1; Musielak-Voit, 8. Aufl., § 691 Rn 2; Holch NJW 1991, 3177 ; vgl. auch BT-Drs. 11/5462, S. 31).

„Auch wenn sich dies vorrangig auf Fälle bezieht, bei denen sich aus dem geltend gemachten Anspruch bereits die Rechtswidrigkeit oder Undurchsetzbarkeit der Forderung ergibt (bspw. die Beantragung eines Mahnbescheides für überhöhte gesetzliche Zinsen LG Krefeld MDR 1986, 418; für Mehrwertsteuer auf Verzugszinsen vgl. Schneider DGVZ 1983, 113; für Forderungen aus einem Partnerschaftsvermittlungsvertrag OLG Stuttgart NJW 1994, 330; LG Essen NJWR 1990, 1208), ergibt sich bereits hieraus, dass der Rechtspfleger nicht auf die Funktion einer nur die formalen Gesichtspunkte überprüfenden Institution beschränkt ist.“

Eine grundlegende Kompetenzbescheidung des Rechtspflegers mit Wiedererweiterung im Bedarfsfall, soweit es dem Gerechtigkeitsempfinden entspricht, ist jedoch mit Aufgabe, Funktion und Unabhängigkeit des Rechtspflegers nicht vereinbar. Wenigstens dort, wo Missstände erkannt werden, muss daher ein Rechtspfleger einschreiten können (vgl. OLG Hamburg MDR 1982, 502). Insoweit handelt es sich dann auch nicht um ein Spiel bzw. eine „Streiteröffnung mit offenem Visier“, sondern um den bewussten Missbrauch des Mahnverfahrens zur Übertölpelung des angeblichen Schuldners, bei der der Ast. darauf hofft, dass jener aus welchen Gründen auch immer gerade keinen Rechtsbehelf einlegen und ihm so im Zusammenspiel mit dem als Werkzeug benutzten Rechtspfleger beim Mahngericht zu einem Vollstreckungstitel verhelfen wird. Einen bewusst unwahren Vortrag braucht der Rechtspfleger nicht zu beachten. Eine andere Sichtweise ließe sich nur schwer mit der Eigenschaft des Rechtspflegers als staatliche Institution, die an Recht und Gesetz gebunden ist, vereinbaren. Es kann nicht Aufgabe eines gerichtlichen Verfahrens sein, nicht bestehenden Ansprüchen zur Durchsetzung zu verhelfen.“

Der beschränkte Prüfungsumfang des Rechtspflegers wirkt sich nur insoweit aus, dass er unter dem Eindruck der Wahrheitspflicht des § 138 I ZPO in Fällen, in denen er über Bestehen oder Nichtbestehen eines geltend gemachten Anspruchs im Unklaren ist, aufgrund der gesetzlichen Vorgaben der §§ 688 ff ZPO im Zweifel den beantragten Mahnbescheid zu erlassen hat. Der Gesetzgeber hat für diese Fälle Unsicherheiten über Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten Tatsachen bewusst in Kauf genommen und zu ihrer Beseitigung den Anspruchsgegner in die Pflicht genommen, dem er den Widerspruch gem. § 694 ZPO zur Verfügung gestellt hat. Geht der Rechtspfleger aber vom Nichtbestehen der geltend gemachten Forderung aus, würde er sich bei fehlender Kompetenz zur Prüfung verbunden mit dem Umstand, einen Mahnbescheid gegen seine Überzeugung erlassen zu müssen, sehenden Auges in der Rolle eines Handlangers des Ast. wiederfinden und eine staatlich legitimierte Rechtsposition schaffen, die im Wege des Schadensersatzes nach § 826 BGB an den Ag. wieder herauszugeben wäre. Besteht demnach für den Rechtspfleger eine - wenn auch nur eingeschränkte - Prüfungskompetenz, einen Mahnantrag immer dahingehend zu überprüfen, ob er nicht offensichtlich unbegründet ist, begründet dies gleichzeitig eine Prüfungspflicht und damit auch ein Interesse des Rechtspflegers, nicht mit Hilfe unrichtiger Angaben als Werkzeug missbraucht zu werden.“ (OLG Celle aaO)

StGB
§ 177 I Nr. 3

**sexuelle Nötigung
Ausnutzen einer schutzlosen Lage**

StGB

(BGH in ZAP 2012, 205; Beschluss vom 17.11.2011 – 3 StR 359/11)

Eine **sexuelle Nötigung unter Ausnutzen einer schutzlosen Lage** ist nicht schon dann gegeben, wenn sich das **Opfer (nur) schutzlos fühlt**.

I. Der Tatbestand des § 177 I Nr. 3 StGB setzt voraus, dass sich das **Opfer in einer Lage befindet, in der es möglichen nötigenden Gewalteinwirkungen des Täters schutzlos ausgeliefert** wäre. Hierfür kommt es auf eine

Gesamtwürdigung aller tatbestandsspezifischen Umstände an, die in den äußeren Gegebenheiten, in der Person des Opfers oder des Täters vorliegen.

Neben den äußeren Umständen, wie etwa die Einsamkeit des Tatortes und das Fehlen von Fluchtmöglichkeiten, kann auch die individuelle Fähigkeit des Opfers, in der konkreten Situation mögliche Einwirkungen abzuwehren, wie z. B. eine stark herabgesetzte Widerstandsfähigkeit aufgrund geistiger oder körperlicher Behinderung, von Bedeutung sein. Diese spezifische Schutzlosigkeit gegenüber nötigen Gewalteinwirkungen des Täters muss ferner eine Zwangswirkung auf das Opfer dahin entfalten, dass es solche Einwirkungen fürchtet und im Hinblick hierauf einen - ihm grds. möglichen - Widerstand unterlässt und entgegen seinem eigenen Willen sexuelle Handlungen vornimmt oder duldet.

2. Weiterhin muss der Täter das **Ausgeliefertsein des Opfers dazu ausnutzen, dieses zur Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen zu nötigen**. Dies bedeutet, dass er die tatsächlichen Voraussetzungen der **Schutzlosigkeit auch als Bedingung für das Erreichen seiner sexuellen Handlungen** erkennen muss, so dass der subjektive Tatbestand zumindest bedingten Vorsatz dahin voraussetzt, dass das Opfer in die sexuellen Handlungen nicht einwilligt und dass es gerade wegen seiner Schutzlosigkeit auf einen grundsätzlich möglichen Widerstand verzichtet, das Opfer also die Handlungen nur wegen seiner Schutzlosigkeit vornimmt oder geschehen lässt (Ausnutzungsbewusstsein - vgl. BGH NSTz 2010, 273).

„Nach diesen Maßstäben bestehen schon Zweifel daran, dass die Feststellungen für die Annahme einer schutzlosen Lage ausreichen. Das Landgericht hebt allein auf die Vorstellungen der Nebenklägerin ab, die nur aufgrund der aus ihrer Sicht hilflosen Lage und aus Angst vor Schlägen und einer gewaltsamen Vergewaltigung von einer über ein Wegdrücken hinausgehenden Gegenwehr absah“. Danach meinte die Nebenklägerin, sie sei eingesperrt und fürchtete, ohne Unterstützung des Angekl. das Gebäude nicht mehr verlassen zu können. Festgestellt ist hingegen nur, dass es der Betätigung eines Türöffners vom Schreibtisch des Polizeibeamten bedurfte, um von außen das Gebäude zu betreten. Es reicht indes nicht aus, dass das Opfer sich schutzlos fühlt. Für das Tatbestandsmerkmal kommt es vielmehr allein darauf an, dass das Tatopfer nach objektiver ex-ante-Prognose möglichen nötigen Gewalteinwirkungen des Täters schutzlos ausgeliefert wäre“ (BGHSt 50, 359).“ (BGH aaO)

StGB
§ 221 I Nr. 2, III

**Aussetzung mit Todesfolge
Unterlassungsdelikt**

StGB

(BGH in NJW 2012, 546; Beschluss vom 19.10.2011 – 1 StR 233/11)

Bei der **Aussetzung durch „Im-Stich-Lassen“** handelt es sich stets um ein **Unterlassungsdelikt**.

- I. Seit der **Neufassung des § 221 StGB** durch Art. 1 Nr. 37 des 6. Strafrechtsreformgesetzes (BGBl I, 164) hat die Rspr. des BGH (vgl. die Übersicht bei Wielant, Die Aussetzung nach § 221 StGB, S. 504) die Rechtsnatur von § 221 I Nr. 2 StGB i. S. einer Abgrenzung zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikt noch nicht behandelt.

Die **Lit.** vertritt **unterschiedliche Standpunkte**:

- Etliche Autoren sprechen sich für ein sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen begehbare Delikt aus.
z. B. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 221 Rn 10; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 221 Rn 12; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 221 Rn 4; Jähnke, LK-StGB, 11. Aufl., § 221 Rn 22, 28, 29 m. ausdr. Hinw. auf die Anwendbarkeit von § 13 II StGB, Rn 43; zusammenfassend Wielant, S. 114 m. w. Nachw. in Fn 194; Lautner, Systematik des Aussetzungstatbestands, S. 196 m. w. Nachw. in Fn 1039
- Andere halten § 221 I Nr. 2 StGB für ein (reines) Unterlassungsdelikt.
z. B. Horn/Wolters, SK-StGB, § 221 Rn 6; MüKo-StGB/Hardtung, § 221 Rn 2; Neumann, NK-StGB, 3. Aufl., § 221 Rn 19; zusammenfassend Wielant, S. 112 f. m. w. Nachw. in Fn 183; Lautner, S. 196 m. w. Nachw. in Fn 1045 ff.
- § 221 I Nr. 2 StGB wird auch als der (normierte) unechte Unterlassungstatbestand zu § 221 I Nr. 1 StGB angesehen.
vgl. z. B. Roxin, StGB AT II, § 31 Rn 18; zusammenfassend Wielant, S. 400 f. m. w. Nachw.; Roxin, § 31 Rn 250, weist ausdr. auf die Anwendbarkeit von § 13 II StGB hin
- Teilweise wird noch weiter differenziert (z. B. Küper ZStW 111 [1999], 30; Hohmann/Sander, StGB BT II, 2. Aufl., S. 48).

- II. **BGH aaO** hält **§ 221 I Nr. 2 StGB** für ein **Unterlassungsdelikt**.

*„Das **Verlassen des Opfers ist** – anders als nach der früheren Gesetzeslage (vgl. hierzu BGHSt 38, 78 = NJW 1992, 581 = NSTz 1992, 128) – **nur noch ein faktischer Anwendungsfall, aber kein gesetzlicher Unterfall des „Im-Stich-Lassens“**. Dass der Täter die gebotene Handlung deshalb nicht vornimmt, weil er den Ort, an dem er handeln müsste, verlässt, ändert nichts an dem grds. Rechtscharakter der Tat (vgl. Neumann, NK-StGB, § 221 Rn 19). Letztlich ist bei der Bewertung von Verhaltensweisen unter dem Blickwinkel, ob strafbares Tun oder strafbares Unterlassen vorliegt, darauf abzustellen, worin der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ liegt (st. Rspr., vgl. BGHSt 6, 46 = NJW 1954, 766; BGH NSTz 2005, 446; BGH NSTz-RR 2006, 174; w. Nachw., auch für die anderen Auffassungen, bei Wielant, S. 156 Fn 379). Dieser liegt darin, dass der Täter die gebotene Hilfeleistung unterlässt, ohne dass es darauf ankommt, ob er sich (zusätzlich) entfernt.“ (BGH aaO)*

- III. Ob § 13 StGB anwendbar und damit auch (fakultativ) eine Strafrahmenmilderung gem. § 13 II StGB möglich ist, richtet sich danach, ob ein „echtes“ oder „unechtes“ Unterlassungsdelikt vorliegt, denn für „echte“ Unterlassungsdelikte gilt § 13 StGB nicht (vgl. zusammenfassend Fischer, § 13 Rn. 3 m. w. Nachw.). „Echte“ Unterlassungsdelikte müssen keinen Taterfolg aufweisen (vgl. BGHSt 14, 280 = NJW 1960, 1677; BayObLG NJW 1990, 1861; Fischer, Vorb. § 13 Rn 16).

„So verhält es sich letztlich hier: Das **pflichtwidrige Garantenverhalten führt im Rahmen von § 221 I Nr. 2 StGB nicht zu einer Verantwortlichkeit für den daraus resultierenden Verletzungserfolg, sondern zur strafrechtlichen Haftung für die nicht abgewendete konkrete Gefahr** (Küper ZStW 111 [1999], 30). Ist aber aus diesen Gründen § 221 I Nr. 2 StGB echtes Unterlassungsdelikt, so dass § 13 StGB nicht anwendbar ist (so auch die überwiegende Meinung in der Fachliteratur, vgl. zusammenfassend Wielant, S. 398 m. w. Nachw. in Fn 1459, auch für gegenteilige Auffassungen), kann für den hierauf aufbauenden Qualifikationstatbestand des § 221 III StGB nichts anderes gelten.“ (BGH aaO)

StGB
§ 263

Betrug
Einfordern eines überhöhten Preises

StGB

(BGH in StV 2011, 728; Beschluss vom 14.04.2011 – 1 StR 458/10)

Allein das **Einfordern eines bestimmten, überhöhten Preises** enthält für sich genommen **noch keine Täuschung**, insbes. beinhaltet es grds. nicht die Behauptung der Angemessenheit oder Üblichkeit des geforderten Preises.

„Vereinbarungen über den Austausch von Gütern und Leistungen unterliegen der **Vertragsfreiheit**. Grds. **darf jeder Teilnehmer am Geschäftsverkehr seine bessere Information oder überlegene Sachkenntnis zu seinem Vorteil ausnutzen** (vgl. BGH NJW 1990, 2005; OLG Stuttgart wistra 2003, 276; OLG München wistra 2010, 37).“ (BGH aaO)

StGB
§ 306 I Nr. 1

Brandstiftung
Teilweise Zerstörung eines gewerblich genutzten Gebäudes
(BGH in NZM 2012, 129; Beschluss vom 20.10.2011 – 4 StR 344/11)

StGB

Ein **gewerblich genutztes Gebäudes** ist i. S. der §§ 306 I, 306 a I, II StGB dann **teilweise zerstört**,

- wenn das Gebäude **für eine nicht unbeträchtliche Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar** gemacht wird oder
 - wenn ein für die ganze Sache **zwecknötiger Teil unbrauchbar** gemacht wird oder
 - wenn **einzelne Bestandteile des Gebäudes**, die für einen **selbstständigen Gebrauch** bestimmt oder eingerichtet sind, wie etwa eine einzelne Abteilung des Gebäudes, **gänzlich vernichtet** werden.
- I. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der teilweisen Zerstörung bei den Brandstiftungsdelikten soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers auf die Auslegung der **gleichlautenden Tatbestandsfassung in den §§ 305, 305a StGB** orientieren (vgl. BT-Dr 13/8587, S. 88).

Danach ist ein Gebäude i. S. der §§ 306 I, 306a I, II StGB teilweise zerstört, wenn es für eine nicht unbeträchtliche Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar gemacht, wenn ein für die ganze Sache zwecknötiger Teil unbrauchbar wird oder wenn einzelne Bestandteile der Sache, die für einen selbstständigen Gebrauch bestimmt oder eingerichtet sind, gänzlich vernichtet werden (BGHSt 48, 14 = NJW 2003, 302; Radtke NSTz 2003, 432; Wolff, LK-StGB, 12. Aufl., § 306 Rn 13f.; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 306 Rn 14). Dabei muss schon wegen der im Vergleich zu den §§ 305, 305a StGB deutlich höheren Strafdrohung in den §§ 306, 306a StGB eine **Zerstörung von Gewicht** vorliegen, das jeweilige Objekt also in einem seiner wesentlichen Bestandteile betroffen sein (BGHSt 48, 14 = NJW 2003, 302). Die teilweise Zerstörung etwa eines Mehrfamilienhauses hat der BGH daher nicht schon dann angenommen, wenn Mobiliar zerstört wird, sondern erst dann, wenn eine zu Wohnzwecken bestimmte „Untereinheit“ wegen der Brandlegungsfolgen aus der Sicht eines „verständigen“ Wohnungsinhabers für eine beträchtliche Zeitspanne nicht mehr benutzbar ist (BGH NSTz 2008, 519; BGH NSTz 2007, 270). Dabei kann sich die länger andauernde Unbenutzbarkeit auch aus einer **starken Verrußung** ergeben (BGH StV 2002, 145).

- II. Dieser **Auslegungsmaßstab** für das Merkmal des teilweisen Zerstörens **gilt gleichermaßen für nicht zu Wohnzwecken genutzte Gebäude**.

„In § 306 I StGB ist auch für diese Tatobjekte ein Strafraum vorgesehen, der den des § 305 StGB deutlich überschreitet, so dass an die Tathandlung der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung dieselben, soeben näher dargelegten erhöhten Anforderungen zu stellen sind. Angesichts der denkbaren Bandbreite von Zweckbestimmungen bei gewerblich genutzten Gebäuden wird der Tatrichter je nach den Umständen des einzelnen Falls den konkreten Zweck zu ermitteln und in wertender Betrachtung unter Berücksichtigung des Erfordernisses der Wichtigkeit des Taterfolgs zu beurteilen haben, ob die Feststellungen zu Art und Umfang der Unbrauchbarkeit des Gebäudes insgesamt oder seiner zwecknötigen Teile bzw. der gänzlichen Vernichtung einzelner Bestandteile die Annahme einer teilweisen Zerstörung i. S. des § 306 I Nr. 1 StGB rechtfertigen. Dies muss in den Urteilsgründen im Einzelnen dargelegt werden.“ (BGH aaO)

NWHG
§ 28 I

Entziehung eines Dokortitels
Nach strafrechtlicher Verurteilung
(VG Köln in NWVBI 2012, 77; Urteil vom 27.10.2011 – 6 K 3445/10)

NWHG

Vermittelt ein **promovierter Geschäftsführer eines Instituts** jahrelang Promotionskandidaten an Hochschulprofessoren gegen Zahlung von Honoraren und wird er deswegen **wegen Bestechung verurteilt**, so **darf ihm sein Dokortitel entzogen werden**.

- I. Ob und inwieweit eine strafrechtliche Verurteilung die Entziehung eines Doktorgrades rechtfertigt, wird unterschiedlich beurteilt.

- Nach einer **älteren Auffassung** begründen vorsätzliche, schwere, gemeingefährliche, gemeinschädliche oder gegen die Person gerichtete von der Allgemeinheit besonders missbilligte Straftaten ein Unwürdigkeitsurteil, das regelmäßig die Entziehung des Titels rechtfertigt (vgl. VGH Ba-Wü JZ 1981, 661).

Eine vergleichbare Vorstellung dürfte wohl auch dem **Erlass des Ministers für Wissenschaft und Forschung des Landes NRW** vom 15.01.1988 mit seiner Anknüpfung an eine Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zugrunde liegen, denn eine Verurteilung zu einer derartigen Mindeststrafe setzt einen Tatvorwurf von erheblichem Gewicht oder weitere erschwere Umstände, etwa ein gewerbsmäßiges Handeln voraus.

- Demgegenüber stellt eine **andere Auffassung** darauf ab, dass jedwede Forderung nach einer akademischen Würdigkeit des Promotionsbewerbers unzulässig sei (vgl. Linke, Verwaltungsrechtliche Aspekte der Entziehung akademischer Grade, WissR 1999, S. 147, 155; Tiedemann, Entzug des Doktorgrades bei wissenschaftlicher Unlauterkeit, ZRP 2010 S. 53 f., Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 2007, Rn 714 ff).

II. **VG Köln aaO** vertritt eine **zwischen diesen Positionen anzusiedelnde Auffassung**:

1. Danach ist der **Entzug des Doktorgrades nicht bei jedweder vorsätzlicher Verfehlung**, die zu einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr geführt hat, gerechtfertigt. Vielmehr bedarf es wegen des Eingriffs in eine rechtmäßig erworbene und verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition eines Zusammenhangs zwischen dem Dokortitel und der abgeurteilten Tat. Die geahndete Tat muss einen „**Wissenschaftsbezug**“ aufweisen.

vgl. auch VGH Ba-Wü. Urteil vom 14.09.2011 - 9 S 2667/10; OVG Lüneburg, Urteil vom 02.12.2009 - 2 KN 906/06 (Bejahung des notwendigen wissenschaftlichen Bezugs beim Fernhalten von durch eine gewerbliche Promotionsvermittlung vermittelten Kandidaten von der Promotion wegen des Verdachts der wissenschaftlichen Unredlichkeit); OVG Berlin, Urteil vom 26.04.1990 - 3 B 19.89 - (Verneinung der wissenschaftlichen Lauterkeit bei nachhaltiger entgeltlicher Unterstützung von Täuschungshandlungen bei juristischen Staatsprüfungen); vgl. Lorenz DVBl. 2005, 1242)

*„Denn in diesem Fall besteht ein **innerer Zusammenhang zwischen dem Führen des Dokortitels**, dem nach wie vor in der öffentlichen Meinung eine besondere Wertschätzung entgegen gebracht wird, **und der im Tatbestand des § 20 VI PromO 2004 genannten Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr.***

*Die Regelung des § 20 VI PromO 2004 trägt den Belangen der Berufsausübungsfreiheit dadurch Rechnung, dass der Entzug des Titels in das Ermessen der Bekl. gestellt wird. Im Rahmen der vorzunehmenden **Ermessensausübung** obliegt es der Bekl. zu bewerten, inwieweit ein Wissenschaftsbezug vorliegt. Ferner hat sie die konkret vorhersehbaren Wirkungen des Titelentzugs zu berücksichtigen und mit dem öffentlichen Interesse an der Entziehung des akademischen Grades abzuwägen.*

Nach Maßgabe der vorstehenden Grundsätze sind Bedenken gegen eine eventuelle Einschränkung des Grundrechts aus Art. 12 GG durch die Regelung von Entziehungstatbeständen in einer Promotionsordnung nicht gegeben.“ (VG Köln aaO)

2. Auch das **Hochschulgesetz des Landes NRW** steht einer Regelung des Titelentzuges in der Promotionsordnung nicht entgegen; insbes. kann nicht festgestellt werden, dass die Regelungen des Hochschulgesetzes zum Entzug von Titeln und Bezeichnungen abschließend sind.

„§ 64 II Nr. 9 HG NRW bestimmt, dass Prüfungsordnungen, zu denen auch Promotionsordnungen gehören, Regelungen für die Folgen von Verstößen gegen die Prüfungsvorschriften enthalten müssen. Diese Verpflichtung zur Regelung von Täuschungstatbeständen besagt nach Auffassung der Kammer indes nicht, dass die Promotionsordnungen i. Ü. keine Regelungen über Entziehungstatbestände außerhalb des Prüfungsverfahrens enthalten dürfen.

*Auch aus der Regelungsermächtigung in § 41 IV HG NRW in Bezug auf die Rücknahme oder den Widerruf der Bezeichnungen „außerplanmäßiger Professor“ oder „Honorarprofessor“ kann nicht auf den abschließenden Charakter von Ermächtigungstatbeständen geschlossen werden. Anknüpfungspunkte für eine derartige Auslegung lassen sich den **Gesetzesmaterialien** nicht entnehmen. Es spricht mehr dafür, dass der Landesgesetzgeber in Einklang mit dem Erlass des Ministers für Wissenschaft und Forschung vom 15.01.1988 davon ausging, dass die Ermächtigung zur Entziehung des Doktorgrades in Promotionsordnungen enthalten sein soll bzw. kann.*

Die Regelung der Entziehung des Doktorgrades in einer Promotionsordnung ist damit weder in Bezug auf Art. 12 GG noch im Hinblick auf eine Ausschließlichkeit von Regelungstatbeständen im Hochschulgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen zu beanstanden.“ (VG Köln aaO)

Daten des Jugendamtes über die Wahrnehmung und Ausgestaltung des Umgangsrechts sind **besonders geschützte Daten** i. S. des § 65 SGB VIII. Datenanforderungen der Ausländerbehörde und **Datenübermittlungen** des Jugendamtes über Wahrnehmung und Ausgestaltung des Umgangskontaktes **sind daher rechtswidrig**.

- i. **Unzulässig ist die Datenspeicherung** als eine Form der Datenverarbeitung i. S. des § 2 II BremDSG, **wenn sie nicht durch eine Rechtsvorschrift erlaubt oder zwingend vorausgesetzt ist oder der Betroffene nicht in sie eingewilligt hat**, § 3 I BremDSG (vgl. auch: Simitis, BDSG, 7. Aufl., § 20 Rn 39).

Die Erhebung personenbezogener Daten durch die Ausländerbehörde wird zunächst durch die §§ 86 ff. AufenthG näher ausgestaltet: § 86 S. 1 AufenthG bestimmt als Rechtsvorschrift in dem vorgenannten Sinne, dass die mit der Ausführung des Aufenthaltsgesetzes betrauten Behörden zum Zweck der Ausführung des Gesetzes

personenbezogenen Daten erheben dürfen, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. In Übereinstimmung damit legt § 87 I AufenthG fest, dass öffentliche Stellen ihnen bekannt gewordene Umstände den Ausländerbehörden auf Ersuchen mitzuteilen haben, soweit dies für die Aufgabenerfüllung erforderlich ist.

- II. Allerdings ist die durch § 86 S. 1 AufenthG eingeräumte **Ermächtigung der Ausländerbehörden, personenbezogene Daten im Einzelfall zu erheben, nicht schrankenlos**. Ihre Grenze findet sie jedenfalls in § 88 I AufenthG, wonach eine Übermittlung personenbezogener Daten und sonstiger Angaben nach § 87 AufenthG unterbleibt, soweit **besondere gesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen**.

„Die Vorschrift verfolgt den Zweck, eine **Kollision zwischen gesetzlich widerstreitenden Pflichten aus anderen bereichsspezifischen Vorschriften zu vermeiden**. § 88 I AufenthG schreibt den Vorrang gesetzlich geregelter Geheimhaltungspflichten gegenüber den Übermittlungspflichten des § 87 I AufenthG rechtsverbindlich fest (vgl. ausführlich: Petri, GK-AufenthG, Stand: März 2008, § 88 Rn 3 f.). Besondere gesetzliche Verwendungsbeschränkungen sind neben den besonderen Amts- und Berufsgeheimnissen insbes. die Vorschriften über den Schutz von Sozialdaten i. S. des § 35 SGB I. Nach § 35 I 1 SGB I hat jeder Anspruch darauf, dass die ihn betr. Sozialdaten von den Leistungsträgern nicht unbefugt erhoben, verarbeitet oder genutzt werden (Sozialgeheimnis). Nach § 35 II SGB I dürfen Sozialdaten nur unter den Voraussetzungen des Zweiten Kapitels des SGB X erhoben, verarbeitet und genutzt werden. Die Vorschriften des SGB X werden durch bereichsspezifische Sondervorschriften zur Datenerhebung und -verarbeitung ergänzt (Petri, GK-AufenthG, Stand: März 2008, § 88 Rn 13).

Die Übermittlung der Einzelheiten der Anbahnung des begleiteten Umgangs des Ast. mit seinen minderjährigen Kindern durch das Jugendamt verstößt gegen § 65 I 1 SGB VIII. Danach dürfen **Sozialdaten**, die dem Mitarbeiter eines Trägers der öffentlichen Jugendhilfe **zum Zweck persönlicher und erzieherischer Hilfe anvertraut** worden sind, nur weitergegeben werden, wenn einer der Erlaubnistatbestände des § 65 I 1 Nr. 1 - 5 SGB VIII eingreift.

Sozialdaten sind gem. § 67 I 1 SGB X Einzelangaben – d. h. Tatsachen oder Werturteile – über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener), die von einer in § 35 SGB I genannten Stelle im Hinblick auf ihre Aufgaben erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Das AfSD wurde hier beratend und unterstützend bei der Herstellung und Ausübung des Umgangsrechts zwischen dem Ast. und seinen Kindern tätig, nahm also ihre sich aus § 18 III SGB VIII ergebenden Aufgaben wahr, so dass es sich bei den dabei erlangten persönlichen Daten auch um Sozialdaten im vorgenannten Sinne handelte.“ (VG Bremen aaO)

GG

Zweitwohnungssteuer

GG

Art. 3 I, 105 II a

Hauptwohnsitz im Seniorenheim

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2012, 157; Urteil vom 05.10.2011 – 5 A 1004/11)

Der **Hauptwohnsitz eines Bewohners in einem Seniorenwohnheim hindert die Erhebung einer Zweitwohnungssteuer für eine daneben gehaltenen Zweitwohnung nicht**.

- I. Die **Zweitwohnungssteuer** ist als **Aufwandsteuer i. S. von Art. 105 II a GG** eine Steuer auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die in der Verwendung des Einkommens für den persönlichen Lebensbedarf zum Ausdruck kommt.

„Das **Innehaben einer weiteren Wohnung** für den persönlichen Lebensbedarf (Zweitwohnung) neben der Erstwohnung ist ein **besonderer Aufwand, der** gewöhnlich die Verwendung von finanziellen Mitteln erfordert und in der Regel **wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zum Ausdruck bringt**. Es handelt sich dabei um einen Sachverhalt, der sich einerseits von der Inanspruchnahme einer Erstwohnung unterscheidet, die keinen besonderen, über die Befriedigung des allgemeinen Lebensbedarfs hinausgehenden Aufwand gem. Art. 105 II a GG darstellt, andererseits aber keineswegs eine besonders aufwändige oder luxuriöse Einkommensverwendung voraussetzt. Soll zulässigerweise die in dem Aufwand für eine Zweitwohnung zum Ausdruck gebrachte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit getroffen werden, so kommt es schon aus Gründen der Praktikabilität nicht darauf an, dass diese Leistungsfähigkeit in jedem einzelnen Fall konkret festgestellt wird. Ausschlaggebendes Merkmal ist vielmehr der Konsum in Form eines äußerlich erkennbaren Zustandes, für den finanzielle Mittel verwendet werden. Der Aufwand im Sinne von Konsum ist typischerweise **Ausdruck und Indikator der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit**, ohne dass es darauf ankäme, von wem und mit welchen Mitteln dieser finanziert wird und welchen Zwecken er des Näheren dient. Ob der Aufwand im Einzelfall die Leistungsfähigkeit überschreitet, ist für die Steuerpflicht unerheblich (BVerwG NVwZ 2009, 1437 = KStZ 2009, 230; m. Hinw. auf: BVerfGE 65, 325 = NJW 1984, 785 = NVwZ 1984, 302; BVerfGE 114, 361 = NJW 2005, 3556 = NVwZ 2006, 205).“ (VGH Kassel aaO)

- II. Für die Erfüllung des Aufwandsbegriffs ist es unerheblich, ob das Grundbedürfnis Wohnen in einer als Hauptwohnung angemeldeten Erstwohnung dadurch erfüllt wird, dass der Steuerpflichtige über den entsprechenden Wohnraum in rechtlich abgesicherter Weise verfügen darf oder diesen etwa nur als Besitzdiener (§ 855 BGB) nutzt, ob es sich um eine abgeschlossene Wohnung, nur ein Zimmer oder gar nur eine „Mitwohnmöglichkeit“ handelt. Entscheidend ist, dass das **menschliche Grundbedürfnis Wohnen bereits in der „Erstwohnung“ abgedeckt** wird (BVerwG NVwZ 2009, 1437).

„Eine rechtlich gesicherte Verfügungsbefugnis und tatsächliche Verfügungsmacht setzt der Aufwandsbegriff des Art. 105 II a GG für das **Innehaben einer Zweitwohnung voraus**, denn das **Innehaben einer weiteren Wohnung für die persönliche Lebensführung setzt eine dahingehende Bestimmung des Verwendungszwecks der Zweitwohnung voraus**. Eine solche Festlegung kann nur derjenige treffen, der für eine gewisse Dauer rechtlich gesichert über die Nutzung der Wohnung verfügen kann. Inhaber einer steuerpflichtigen Zweitwohnung kann deshalb nur der Eigentümer, Mieter oder sonst Nutzungsberechtigte sein (BVerfGE 65, 325 = NJW 1984, 785 = NVwZ 1984, 302; BVerwG NVwZ 2009, 1437; BVerwGE 99, 303 = NVwZ 1997, 86).

Diese rechtlich gesicherte Verfügungsbefugnis und die tatsächliche Verfügungsmacht besitzt die Kl. an dem in ihrem Eigentum stehenden Wohnungseigentumsapartment, ohne dass diese Verfügungsmacht durch Nutzungsrechte Dritter eingeschränkt wäre. Als Indiz dafür, dass sie die Eigentumswohnung weiterhin für ihren eigenen persönlichen Lebensbedarf bzw. für den von Familienmitgliedern innehat, ist die Meldung als Zweitwohnsitz zu werten.“ (VGH Kassel aaO)

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2012, 115; Beschluss vom 31.08.2011 – 1 B 1413/11)

Einem Beamten kann das Tragen seiner Uniform bei nicht dienstlichen Angelegenheiten untersagt und auf den rein dienstlichen Bereich beschränkt werden.

„Gem. § 89 S. 1 HessBG i. V. mit der Verwaltungsvorschrift Dienstkleidung vom 20.05.2008 [ist] das Tragen der Uniform außerhalb des Dienstes nicht gestattet. Das **Tragen der Uniform steht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der hoheitlichen Dienstausbübung** des Polizisten. Die Verpflichtung des Beamten, Uniform tragen zu müssen und die damit verbundene Einschränkung des Grundrechts des Beamten auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I GG findet ihre Rechtfertigung darin, dass die **Legitimation des Beamten für dienstliche Maßnahmen schon äußerlich kundgetan** werden muss (vgl. BVerwG NJW 1999, 1985). Die mit der Verpflichtung zum Tragen der Dienstuniform einhergehende Grundrechtsbeschränkung muss sich danach auf die Dienstausbübung beschränken. Wollte man in diesem Sinne auch von einem Recht auf Tragen der Uniform sprechen (vgl. VG Wiesbaden, NVwZ 2004, 635), so würde sich diese Berechtigung des Beamten jedenfalls allein auf den Bereich der Dienstausbübung beschränken müssen.“ (VGH Kassel aaO)

(BVerwG in NVwZ-RR 2012, 115; Urteil vom 31.05.2011 – 2 WD 4.10)

Ein **militärischer Vorgesetzter, der gegenüber seinen Vorgesetzten oder Dienststellen der Bundeswehr vorsätzlich unwahre Erklärungen abgegeben hat, hat sich in seinem Status disqualifiziert**; deshalb ist **grds. eine Degradierung zulässig**.

- I. Ein Soldat, der gegenüber Vorgesetzten und Dienststellen der Bundeswehr in dienstlichen Angelegenheiten unwahre Erklärungen abgibt, **büßt hierdurch allgemein seine Glaubwürdigkeit ein**.

„Die **Bedeutung der Wahrheitspflicht** (§ 13 I 1 SG) kommt schon darin zum Ausdruck, dass diese - anders als z.B. bei Beamten - **für Soldaten gesetzlich ausdrücklich geregelt** ist. Eine militärische Einheit kann nicht ordnungsgemäß geführt werden, wenn sich die Führung und die Vorgesetzten nicht auf die Richtigkeit abgegebener Meldungen, Erklärungen und Aussagen Untergebener verlassen können. Denn auf ihrer Grundlage müssen im Frieden und erst recht im Einsatzfall gegebenenfalls Entschlüsse von erheblicher Tragweite gefasst werden (st. Rspr.). Wer als Stabsoffizier im Generalstabsdienst in dienstlichen Äußerungen und Erklärungen vorsätzlich unrichtige Angaben macht, lässt unmissverständlich erkennen, dass seine Bereitschaft zur Erfüllung der Wahrheitspflicht nicht im gebotenen Umfang vorhanden ist. Eine solche **Dienstpflchtigkeitsverletzung** und die daraus folgende **Beschädigung seiner persönlichen Integrität** haben damit erhebliche Bedeutung für die militärische Verwendungsfähigkeit des Soldaten.

Die **Pflicht des Soldaten zur Wahrhaftigkeit in dienstlichen Angelegenheiten** ist gerade bei solchen Vorgängen, die - wie behauptete Vordienstzeiten außerhalb des Wehrdienstes - von der Bundeswehr erfahrungsgemäß nur schwer kontrolliert werden können, von besonderer Bedeutung. Die Bundeswehr ist in diesem Zusammenhang in hohem Maße auf die Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit ihrer Soldaten angewiesen. Erfüllt ein Soldat in strafbarer Weise diese dienstlichen Erwartungen nicht, so stört er das Vertrauensverhältnis zu seinem Dienstherrn nachhaltig und begründet ernsthafte Zweifel an seiner Zuverlässigkeit und Integrität.“ (BVerwG aaO)

- II. Dieser Einstufung eines solchen Dienstvergehens entspricht die Disziplinarrechtsprechung in den Fällen, in denen ein Soldat durch arglistige Täuschung über Einstellungsvoraussetzungen z.B. seine Berufung in das Dienstverhältnis eines Zeit- oder Berufssoldaten oder eine Dienstzeitverlängerung erschleichen wollte (vgl. z.B. BVerwGE 113, 131; BVerwGE 113, 376). Dementsprechend bestimmt auch § 46 II 1 Nr. 2 SG, dass ein Berufssoldat zu entlassen „ist“, wenn er seine **Ernennung durch arglistige Täuschung herbeigeführt** hat.

„Unter diesen Voraussetzungen ist auch hier die disziplinarische Höchstmaßnahme - vorliegend gem. § 58 III Nr. 2 WDO die **Aberkennung des Dienstgrades** - Ausgangspunkt der Zumessungserwägungen. Der frühere Soldat wollte sich mit seinem wiederholten Fehlverhalten bewusst eine ungerechtfertigte berufliche Besserstellung - Verwendungsoption als Bataillonskommandeur in der Feldjägertruppe ohne die erforderliche polizeiliche Vordienstzeit und Ausbildung mit entsprechenden Beförderungsaussichten für Dienstposten der Besoldungsgruppe A 16 bis B 3 und höher - erschleichen.

Von jedem Stabsoffizier [kann] erwartet werden, dass er sich inner- wie außerdienstlich **gesetzestreu** verhält und nicht nur beandstandungsfreie, sondern **individuell optimale dienstliche Leistungen erbringt** (vgl. zu den Leistungsanforderungen an Beamte in verantwortungsvollen Positionen, in die man nur aufgrund erwiesener Tüchtigkeit und Leistung gelangt ist, BVerwGE 73, 97). I. Ü. sind der Charakter eines Menschen und die Wertung seiner Festigkeit und Lauterkeit unteilbar. Ein im Charakter deutlich werdender **Persönlichkeitsmangel**, der hier zuletzt in der Vorlage des verfälschten Bundesgrenzschutz-Einstellungsbescheids zum Ausdruck kommt, **kann nicht dadurch relativiert oder sogar kompensiert werden, dass der Soldat sonst im dienstlichen Bereich die erforderliche Disziplin wahrt, sich tadelfrei führt und in seinen dienstlichen Leistungen die Erwartungen des Dienstherrn erfüllt oder sogar übertrifft**.“ (BVerwG aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht**ZPO Grundbuchberichtigung wegen Pfändung einer Grundschuld ZPO**
§§ 857 IV, 830 Nachweis der Wirksamkeit

(OLG München in NJOZ 2012, 222; Beschluss vom 20.06.2011 – 34 Wx 259/11)

1. Ein Anspruch auf Grundbuchberichtigung setzt voraus, dass die **Rechtsänderung bereits eingetreten** ist.
2. Die wirksame Pfändung der Briefgrundschuld erfordert neben dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss die **Briefübergabe an den Gläubiger**.
3. Dass der Brief beim **Grundbuchamt verwahrt** wird und die (Hilfs-)Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs stattgefunden hat, **ändert daran nichts**.

A. Grundlagenwissen: Pfändung und Überweisung eines hypothekarisch oder grundschuldlich gesicherten Forderung**I. Pfändung einer durch Hypothek oder Grundschuld gesicherten Forderung**

Zahlt ein Schuldner auf einen vollstreckbaren Titel hin nicht, so hat der Gläubiger die Möglichkeit, seine Befriedigung durch die Vollstreckung nicht nur in bewegliche Sache, sondern auch in Forderungen zu suchen, die der Schuldner seinerseits gegen Dritte hat. Die Befriedigung durch die **Pfändung von Geldforderungen** findet **zweistufig statt**. Zunächst wird die Forderung nach § 829 ZPO **gepfändet** und dann nach § 835 ZPO dem Gläubiger zur Einziehung **überwiesen**. Da dies nicht rechtlich zwingend, aber tatsächlich meist zeitgleich stattfindet, spricht man dann von einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, ob es sich rechtlich eigentlich um zwei Beschlüsse handelt (sog. PfÜB). Da der Schuldner des vollstreckenden Gläubigers zugleich Gläubiger der gepfändeten Forderung ist, die sich gegen seinen, also den Schuldner des Schuldners richtet, verbleibt es zur Sicherung der Zuordnungen bei den ursprünglichen Parteibezeichnungen als Gläubiger und Schuldner, der Schuldner des Schuldners wird dann als Drittschuldner bezeichnet.

Mit der Pfändung tritt die **Verstrickung der Forderung** ein und es entsteht ein **Pfändungspfandrecht** an der Forderung. Die Verstrickung und das Pfändungspfandrecht beziehen sich, außer in Fällen ausdrücklicher Teilpfändung, stets auf die **gesamte Forderung**, unabhängig davon, wie hoch die Forderung ist, wegen der vollstreckt wird.

Soll eine Forderung gepfändet werden, die durch eine Hypothek/Grundschuld abgesichert ist, so ist nach § 830 I 1 ZPO die **Übergabe des Hypotheken-/Grundschuldbriefes** an den Gläubiger **erforderlich**. Diese muss notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher erzwungen werden. Der Pfändungsbeschluss ist Vollstreckungstitel für die Herausgabevollstreckung hinsichtlich des Hypotheken-/Grundschuldbriefes nach §§ 883 ff. ZPO). Ausreichend für die Wirksamkeit der Pfändung der Forderung ist dann jedoch nach § 830 I 2 ZPO die **Besitzerlangung durch den Gerichtsvollzieher**.

Sofern es sich bei der Hypothek/Grundschuld ausnahmsweise um eine **Buchhypothek/grundschuld** handelt, muss nach § 830 I 3 ZPO anstelle der Übergabe des Hypotheken-/Grundschuldbriefes an den Gläubiger oder der Besitzerlangung durch den Gerichtsvollzieher die **Pfändung der Forderung in das Grundbuch eingetragen** werden, was beim Grundbuchamt aufgrund des Pfändungsbeschlusses bewirkt werden kann.

Erfolgt allerdings die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner, bevor der Hypotheken-/Grundschuldbrief übergeben oder die Pfändung im Grundbuch eingetreten ist, so gilt die Pfändung nach § 830 II ZPO bereits in diesem Zeitpunkt als gegenüber dem Drittschuldner wirksam, so dass auch zu diesem Zeitpunkt schon die Wirkungen des Arrestatoriums eintreten.

II. Überweisung einer durch Hypothek oder Grundschuld gesicherten Forderung

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

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

Bei der Überweisung einer **hypothekarisch/grundschuldlich gesicherten Forderung** ist die Zustellung entbehrlich. Es reicht nach § 837 I 1 ZPO aus, wenn dem **Gläubiger** der **Überweisungsbeschluss ausgehändigt** wird, ohne dass dazu das förmliche Zustellungsverfahren eingehalten werden muss.

Bei einer **Überweisung an Zahlungs statt** ist nach § 837 I 2 ZPO bei einer **Briefhypothek/grundschuld** zudem die **Eintragung** der Überweisung in das **Grundbuch** erforderlich.

Umstritten ist, ob auch bei der Pfändung hypothekarisch/grundschuldlich gesicherter Forderungen **Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zeitgleich** ergehen können, da ein Überweisungsbeschluss die Wirksamkeit der Pfändung voraussetzt und die Pfändung einer hypothekarisch/grundschuldlich gesicherten Forderungen bei der Briefhypothek/grundschuld erst wirksam wird, wenn der Gläubiger oder zumindest der Gerichtsvollzieher den Besitz an dem Brief erlangen. Da also Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nicht zugleich mit der Zustellung an den Drittschuldner wirksam werden, könnte anzunehmen sein, dass daher auch ein gleichzeitiger Erlass von Pfändungsbeschluss und Überweisungsbeschluss unzulässig ist.

Eine Ansicht geht davon aus, dass ein gleichzeitiger Erlass nicht zulässig ist, weil die **Pfändung** vor Übergabe des Briefes oder Grundbucheintragung nach § 830 ZPO **nach wirkungslos** ist und allein der Erlass des Pfändungsbeschlusses nicht als Grundlage für den Überweisungsbeschluss genügt (vgl. BGH NJW 1994, 3225; Musielak-Becker, § 835 Rn. 4). Die **Gegenansicht** geht davon aus, dass Pfändungs- und Überweisungsbeschluss sehr wohl zusammen erlassen werden dürfen und die Übergabe oder Eintragung nur für das Wirksamwerden erforderlich sind (vgl. Zöller, § 836 ZPO, Rn. 7; Stöber, NJW 1996, 1180).

Nach erfolgter Überweisung steht der Gläubiger dann auch hier nach § 836 I ZPO so, wie auch der Schuldner steht und kann bei Vorliegen der Voraussetzungen auch die **Zwangsvollstreckung in das Grundstück** nach § 1147 BGB betreiben.

Hat der Gläubiger lediglich die Überweisung der hypothekarisch/grundschuldlich gesicherten Forderung beantragt und handelt es sich um eine Sicherungshypothek/grundschuld, so kann er sich **auch nur die Forderung an Zahlungs statt** überweisen lassen.

B. keine wirksame Pfändung der Briefgrundschuld ohne Briefübergabe (vgl. OLG München in NJOZ 2012, 171)

Fall: Der Bet. und einer weiteren Person gehört ein Wohnungseigentum zu je 1/2. Im Grundbuch ist in der Dritten Abteilung an vorderster Rangstelle eine (Brief-)Grundschuld für eine Bausparkasse eingetragen. Die Grundschuldgläubigerin hat auf einen Teilbetrag dieser Grundschuld in Höhe von 20 558,28 Euro verzichtet. Der (Teil-)Verzicht wurde am 02.10.2010 im Grundbuch eingetragen. Der Fremdanteil an der insoweit entstandenen Eigentümergrundschuld wurde mit Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vom 18.11.2010 zu Gunsten der Bet. gepfändet. Der Grundschuldteilbrief befindet sich seit seiner Erstellung beim Grundbuchamt.

Die Bet. hat unter dem 26.04.2011 beantragt, die Pfändung im Grundbuch einzutragen. Wegen des Grundschuldbriefs hat sie darauf verwiesen, dass dieser bereits dem Grundbuchamt vorliege. Der Anspruch des

Schuldners auf Herausgabe des Briefes sei zu Gunsten der Bet. gepfändet und der Beschluss dem AG als Drittschuldner zugestellt worden. Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 18.05.2011 den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Es hat dies damit begründet, dass die Pfändung nur dann eingetragen werden könne, wenn sie bereits außerhalb des Grundbuchs wirksam stattgefunden habe. Es fehle an der Briefvorlage. Eine Briefübergabe an den vollstreckenden Gläubiger sei nicht erfolgt, da sich der Teilbrief beim Grundbuchamt befinde. Auch die erfolgte Hilfspfändung ersetze die erforderliche Briefübergabe nicht.

Die Bet. sind jedoch der Auffassung, der Stammbrief sei vom ursprünglichen Grundschuldgläubiger vorgelegt worden. Stammbrief und Teilbrief seien grundsätzlich dem bisherigen Gläubiger auszuhändigen, da dieser den Stammbrief eingereicht habe. Die empfangsberechtigte Bausparkasse habe jedoch eine abweichende Bestimmung getroffen, wonach der Teilbrief den neuen Gläubigern – den Miteigentümern – auszuhändigen sei. § 60 GBO sei nicht anwendbar, von einem öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruch könne keine Rede sein.

War die Grundschuld schon vor dem Eintragungsantrag wirksam gepfändet worden, so dass die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen?

Die wirksame Pfändung der (Brief-)Grundschuld, die den Regeln über die Hypothek unterliegt (§ 857 VI i. V. m. § 830 ZPO), bewirkt die Unrichtigkeit des Grundbuchs, weil dieses das Pfandrecht als Recht an einem Grundstücksrecht nicht ausweist. Das Pfandrecht kann deshalb als Grundbuchberichtigung (§ 22 I GBO) in das Grundbuch eingetragen werden (Zöller/Stöber, GrundbuchR, 14. Aufl., Rn 2476). Die Eintragung findet auf Antrag des Gläubigers statt; die Grundbuchunrichtigkeit muss urkundlich nachgewiesen sein (§§ 13 I, 22 GBO).

I. Grundsatz

„Die Grundbuchunrichtigkeit lässt sich durch Vorlage des Pfändungsbeschlusses und des Grundschuldbriefs nachweisen. Erst die Vorlage des Briefs durch den Gläubiger erbringt dem Grundbuchamt gegenüber den Nachweis, dass ihm der Brief übergeben, die Pfändung demnach wirksam geworden ist (zu allem Schöner/Stöber, Rn 2477; ebenso Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 830 Rn 6; Demharter, GBO, 27. Aufl., Anhang zu § 26 Rn 8; aus der Rechtsprechung BayObLG, NJW-RR 1991, 1398; KG, KGJ 40, 322; KGJ 44, 275 [278]; JFG 14, 444 [446]; OLG Düsseldorf, OLGZ 1969, 208; ferner BGH, NJW 1979, 2045; BGHZ 127, 146 = NJW 1994, 3225 = Rpfleger 1995, 119). Die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. vom 11.11.1954 (NJW 1955, 1483) ist in diesem Fall nicht einschlägig. Denn eine wie auch immer geartete Ersetzung der Briefübergabe zwischen dem Grundbuchamt und der Bet. (vgl. Zöller/Stöber, § 830 ZPO Rn 69) hat nicht stattgefunden.“ (OLG München aaO)

II. Vorliegen einer Ausnahme

Die Gläubigerin der Grundschuld hat sich im Zusammenhang mit dem Teilverzicht einverstanden erklärt, den ihr nicht mehr zustehenden Teilgrundschuldbrief „an die nunmehr Berechtigten“ auszuhändigen.

„Wenn wegen einer abweichenden Bestimmung i. S. von § 60 II (i. V. mit § 61) GBO zwar der privatrechtliche, nicht aber der öffentlich-rechtliche Herausgabeanspruch dem Vollstreckungsschuldner zusteht, hat sich das Grundbuchamt einer sachlichen Entscheidung darüber, wem der Grundschuldbrief im Streitfall auszuhändigen ist, zu enthalten (vgl. OLG Düsseldorf, OLGZ 1969, 208 [209]). Als Adressat der Herausgabe in Betracht kommt neben der Bet. nämlich auch der weitere Miteigentümer.“

Der privatrechtliche Anspruch auf Aushändigung ist pfändbar (vgl. KG, KGJ 44, 275 [277 f.]; Demharter, § 60 Rn 13) und tatsächlich gepfändet worden. Um sich in den notwendigen Besitz des Briefes zu setzen ist es für den Gläubiger, wenn der Justizfiskus die Herausgabe verweigert, jedoch unerlässlich, entweder Klage gegen diesen zu erheben oder sein Recht auf Herausgabe gegen denjenigen geltend zu machen, der es verweigert (KG, KGJ 40, 322 [326]; Demharter, § 60 Rn. 14).“ (OLG München)

Ergebnis: Die Vorlage des Briefes zum Nachweis der schon wirksamen Pfändung und der damit verbundenen Unrichtigkeit des Grundbuchs ist daher nicht ausnahmsweise deshalb entbehrlich, weil der Brief schon beim Grundbuchamt vorliegt.

ZVG **Zubehör in der Zwangsversteigerung** **ZVG**
§ 55 **Umfang der Beschlagnahme und Ansprüche des Erwerbers**
 (OLG Rostock in NJW-RR 2012, 222; Beschluss vom 12.12.2011 – 3 W 193/11)

1. Gemäß § 55 ZVG erstreckt sich die **Versteigerung** des Grundstücks auf **alle Gegenstände**, deren **Beschlagnahme noch wirksam** ist. Auf Zubehörstücke, die sich im Besitz des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden, erstreckt sich die Versteigerung gem. § 55 II ZVG auch dann, wenn sie einem Dritten gehören, es sei denn, dass dieser sein Recht nach Maßgabe des § 37 Nr. 5 ZVG geltend gemacht hat.
2. Zubehör in diesem Sinne sind bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteil des Grundstücks zu sein, ihm **zu dienen bestimmt** sind und **im räumlichen Verhältnis** zu diesem stehen. Kein Zubehör sind nur solche Sachen, die nur vorübergehend sich auf dem Grundstück befinden.
3. Dasjenige, was ein **Mieter in die Mietsache einbringt**, ist wegen der nur vorübergehenden Zweckbestimmung als Zubehör von der Versteigerung **nicht erfasst**.

A. Grundlagenwissen: Der Arrest

Der Arrest dient der **Sicherung der Zwangsvollstreckung** des Antragstellers in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen des Antragsgegners noch bevor ihm im Hauptsacheverfahren ein vollstreckbarer Titel vorliegt. Hierbei ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass hier letztlich Maßnahmen gegen den Antragsgegner ergriffen werden, obwohl dessen Leistungspflicht noch nicht feststeht. Es hat daher eine **sorgfältige Prüfung und Interessenabwägung** stattzufinden. Diese Sicherung findet entweder durch **Pfändung des Vermögens** aufgrund der Arrestentscheidung oder durch **Beschränkung der persönlichen Freiheit des Schuldners** bis hin zur Inhaftierung statt, um ihn an dem Verlassen des Inlandes zu hindern. Der Arrest ist unzulässig, wenn es lediglich darum geht, dass mehrere Gläubiger auf das Schuldnervermögen zugreifen wollen oder wenn das Insolvenzverfahren über das Schuldnervermögen eröffnet ist (vgl. § 89 InsO)

B. Umfang der Beschlagnahme bei Grundstückszubehör (vgl. OLG Rostock in NJW-RR 2012, 222)

Fall: Der Ehemann der Ag., Herr T, war Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundstücks, bebaut mit dem Schlossparkhotel H. Im Jahre 2006 schloss dieser mit der Ag. einen Unternehmenspachtvertrag über das Unternehmen Schlossparkhotel H. mit all seinem beweglichen und unbeweglichen Anlagevermögen etc., einschließlich des dazugehörigen Grundstücks. Fortan wurde das Unternehmen von dieser als der Pächterin geführt. Im Jahr 2007 wurde über den hier betroffenen Grundbesitz die Zwangsverwaltung angeordnet und ein Zwangsversteigerungsverfahren eröffnet. Mit Beschluss vom 03.03.2011 erhielt die Ast. den Zuschlag.

Hierauf erklärte sie mit Schreiben vom 09.03.2011 gegenüber der Ag., sie sei auf Grund des Zuschlags in das Pachtverhältnis eingetreten und mache von dem Sonderkündigungsrecht aus §57 a ZVG zum nächstmöglichen Termin Gebrauch. Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.04.2011 ließ die Ag. erklären, dass sie die Kündigung akzeptiere und sie mit der Beendigung des Pachtverhältnisses bereits zum 30.09.2011 einverstanden sei. Geklärt werden müsse allerdings noch, was mit dem Inventar werden solle. Mit E-Mail vom 25.09.2011 kündigte die Ast. die Übernahme des Objekts zum 30.09.2011 an und verwies darauf, dass auch das gesamte Inventar in ihrem Eigentum stehe und zu übergeben sei. Die Ag. übersandte mit Schreiben vom 28.09.2011 einen Schlüssel für das Gebäude. Bei Begehungen des Objekts am 30.09.2011 und 01.10.2011, so trägt die Ast. vor, habe sie festgestellt, dass die Ag. umfangreich Inventar aus dem Hotel und von dem Grundstück entfernt habe. Mit anwaltlichen Schreiben vom 28.10.2011 drohte die Ast. der Ag. weitreichend Konsequenzen an, was sie getan habe, wisse sie ja. Sie stellte erste Schadensersatzforderungen auf und forderte deren Ausgleich. Mit Schreiben vom 31.10.2011 machte sie weiteren Schadensersatz wegen fehlenden Inventars geltend und erläuterte die rechtlichen Grundlagen ihrer Annahme, Eigentümer auch des Inventars geworden zu sein. Gleichzeitig setzte sie eine Frist zur Rückgabe des Inventars und Herstellung des ordnungsgemäßen Zustandes der Pachtsache. Die Ast. meint, sie habe gegen die Ag. Schadensersatz- und Erfüllungsansprüche 177.707,32 Euro weit übersteigender Höhe, jedenfalls aber in dieser Höhe. Zur Sicherung dieser Ansprüche begehrte sie einen dinglichen Arrest mit der Begründung, die Ag. habe Straftaten begangen und zudem gebe es Gerüchte, dass diese nach Polen auswandern werde, was erhebliche Schwierigkeiten bei der Vollstreckung eines obsiegenden Titels mit sich bringe. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist. Hinsichtlich der Zulässigkeit bestehen keine Bedenken, fraglich ist jedoch, ob der Antrag begründet ist. Er ist begründet, wenn ein Arrestanspruch und ein Arrestgrund schlüssig dargelegt und glaubhaft gemacht sind.

I. Arrestanspruch

„Gemäß § 916 ZPO kann zur **Sicherung einer Geldforderung** ein Arrest in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Schuldners angeordnet werden. Das setzt einen **Hauptsacheanspruch** voraus, dessen Vollstreckung für den Fall der späteren Titulierung gesichert werden soll.“ (OLG Rostock aaO)

Die Ast. müsste daher das Vorliegen eines entsprechenden Hauptsacheanspruchs schlüssig dargelegt und glaubhaft gemacht haben.

1. Arrestanspruch wegen Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB i. V. mit §§ 242, 246 II oder 303 StGB

Der von der Ast. geltend gemachte Zahlungsanspruch könnte sich aus § 823 II BGB i. V. m. einem Schutzgesetz ergeben, wobei hierbei Diebstahl (§ 242 StGB), Unterschlagen einer anvertrauten Sache (§ 246 II StGB) oder Sachbeschädigung (§ 303 StGB) in Betracht kommen.

a) Eigentumserwerbs durch Zuschlag

Letztlich kommen diese Schutzgesetze jedoch nur dann als verletzt in Betracht, wenn die Ast. überhaupt das Eigentum an den betreffenden Inventarstücken erlangt hat. Durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung des Grundstücks wird der Erwerber nach § 90 I ZVG Eigentümer des Grundstücks. Fraglich ist jedoch, ob hiervon auch die Zubehörstücke erfasst werden. Nach § 90 II ZVG erwirbt der Ersteigerer des Grundstücks mit dem Zuschlag zugleich die Gegenstände, auf welche sich die Versteigerung erstreckt hat.

„Gemäß § 55 ZVG erstreckt sich die Versteigerung des Grundstücks auf **alle Gegenstände**, deren **Beschlagnahme noch wirksam** ist. Auf Zubehörstücke, die sich im Besitz des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden, erstreckt sich die Versteigerung gem. § 55 II ZVG auch dann, wenn sie einem Dritten gehören, es sei denn, dass dieser sein Recht nach Maßgabe des § 37 Nr. 5 ZVG geltend gemacht hat.“ (OLG Rostock aaO)

aa) Umfang der Beschlagnahme

Nach § 20 II ZVG umfasst die Beschlagnahme auch diejenigen Gegenstände, auf welche sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt. Der Haftungsverband der Hypothek jedoch erstreckt sich nach § 1120 II BGB auf alle Zubehörstücke im Eigentum des Grundstückseigentümers, hier also des Ehemannes der Ag.

„[Die Ast.] hat also mit dem Zuschlagsbeschluss zumindest Eigentum an all jenen Zubehörstücken erlangt, welche der Vollstreckungsschuldner **im Rahmen des geschlossenen Unternehmenspachtvertrags der Ag. zum Gebrauch überlassen** hat. Ausweislich des Pachtvertrags handelt es sich dabei um sämtliches bewegliche und unbewegliche Anlagevermögen, die Betriebsmittel etc. Die von der Ast. aufgezählten und nach ihrem Vorbringen von der Ag. entfernten Gegenstände lassen sich ohne Weiteres hierunter subsumieren.“ (OLG Rostock aaO)

bb) Hotelinventar als Zubehör (§ 97 BGB)

Das Hotelinventar müsste auch als Grundstückszubehör anzusehen sein.

„**Zubehör** in diesem Sinne sind **bewegliche Sachen**, die, ohne Bestandteil des Grundstücks zu sein, ihm zu dienen bestimmt sind und im räumlichen Verhältnis zu diesem stehen. **Kein Zubehör** sind nur solche Sachen, die **nur vorübergehend** sich auf dem Grundstück befinden (Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 20 Rn 3.4). Daher ist dasjenige, was ein **Mieter in die Mietsache einbringt**, wegen der nur vorübergehenden Zweckbestimmung als Zubehör von der Versteigerung **nicht erfasst**. Soweit § 55 II ZVG den Besitz des Vollstreckungsschuldners verlangt, genügt hierfür der mittelbare Besitz (Stöber, § 20 Rn. 3.3).“ (OLG Rostock aaO)

cc) Anwendung auf den Fall

Hiernach ist die Ast. Eigentümer sämtlicher Zubehörstücke geworden, die der Vollstreckungsschuldner im Rahmen des Unternehmenspachtvertrags an die Ag. mitverpachtet hat.

„Allein solche Sachen, die die Ag. als Pächterin in das Schlossparkhotel eingebracht hat und die nicht zum Ersatz mitverpachteter Sachen dienen, wären hiervon nicht erfasst. Dafür, dass es sich bei den Sachen, für welche die Ast. Schadensersatz begehrt, um von der Ag. eingebrachte Sachen handelt, ist nichts ersichtlich. Nicht erfasst sind hingegen die immateriellen Bestandteile des eingerichteten Gewerbebetriebs.“ (OLG Rostock aaO)

b) Verletzung von § 242 StGB als Schutznorm

Ist aber die Ast. durch Zuschlag Eigentümerin des Hotelinventars geworden, so ist gleichwohl fraglich, ob sie sich gegenüber der Ag. auf eine Verletzung von § 242 StGB als Schutzgesetz berufen kann.

„Einen Diebstahl gem. § 242 I StGB begeht, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einen Dritten rechtswidrig zuzueignen. Die Wegnahme der Sache erfordert einen Bruch des Gewahrsams des Geschädigten. Dabei ist der Gewahrsam nicht mit dem mittelbaren Besitz gleichzusetzen (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl., § 242 Rn 30), so dass es bereits an einem Gewahrsamsbruch fehlt. Darüber hinaus setzt der Diebstahl den Vorsatz des Schädigers voraus, wobei ein bedingter Vorsatz genügt. Ein Vorsatz liegt jedoch nicht vor, wenn der Schädiger irrtümlich annimmt, selbst Eigentümer zu sein (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 242 Rn 67). So liegt der Fall hier. Dem Schreiben der Rechtsanwältin H vom 27.04.2011 kann entnommen werden, dass diese davon ausgegangen sind, das Inventar stehe im Eigentum der von ihnen beratenden Ag. Daher haben sie auch noch Einigungsbedarf dafür gesehen, wie bei Rückgabe der Pachtsache mit dem Inventar verfahren werden soll. Dem Vortrag der Ast. kann nicht entnommen werden, dass dieser Irrtum bis zur Rücksendung des Schlüssels hinreichend aufgeklärt worden sei. Die E-Mail der Ast. vom 25.09.2011 reicht hierfür nicht aus. Sie enthält lediglich die Behauptung, dass das Inventar mit zurückzugeben sei, klärt aber nicht auf, warum die Ast. meint, Eigentümerin zu sein. Dass die Ast. in anderer Weise vor Übersendung des Schlüssels durch die Ag. diese darüber aufgeklärt hätte, welche Rechtsposition sie insoweit vertritt, ist nicht ersichtlich. Wenn aber die anwaltlich beratende Ag. – wenn möglicherweise auch fehlerhaft beraten – davon ausgegangen ist, dass sie oder möglicherweise ihr Ehemann Eigentümer des Inventars ist und für sie keinerlei Anlass bestand, ihren Rechtsstandpunkt erneut zu überprüfen, lässt sich ein Vorsatz nicht bejahen.“ (OLG Rostock aaO)

c) Verletzung von § 246 II oder § 303 StGB als Schutznorm

Auch ein Rückgriff auf § 246 II StGB als Schutznorm i. S. des § 823 II BGB scheidet aus.

„Die Unterschlagung nämlich erfordert einen Zueignungswillen des Täters, welcher fehlt, wenn sich der Täter selbst für den Eigentümer hält. Dann fehlt es an seinem Willen, einen anderen zu enteignen. Somit ergibt sich der fehlende Zueignungswille bereits aus den Darlegungen zu § 242 StGB.“

Schließlich scheidet auch § 303 StGB als Schutznorm aus, weil auch dieser einen Vorsatz, fremdes Eigentum zu beschädigen oder zu zerstören, erfordert, an welchem es aus den vorgenannten Gründen gleichfalls fehlt.“ (OLG Rostock aaO)

2. Arrestanspruch wegen Schadensersatzanspruch aus §§ 546, 280 BGB

§ 546 BGB i. V.m. § 581 II BGB gibt dem Verpächter gegenüber dem Pächter bei Beendigung des Pachtverhältnisses einen Anspruch auf Rückgabe der Pachtsache.

„Der Ast. dürfte es vorliegend bereits an der Verpächtereigenschaft fehlen. Gegenstand des Pachtverhältnisses war die Verpachtung eines Unternehmens im Sinne eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, einschließlich des für das Unternehmen genutzten Grundstücks. Ebenso weit ist das Grundstück lediglich Bestandteil des verpachteten Unternehmens. In ein bestehendes Miet- oder Pachtverhältnis tritt der Erwerber der Mietsache gem. §§ 566, 578, 581 BGB nur dann ein, wenn es sich um Wohnräume, sonstige Räume oder Grundstücke handelt. Auf andere Mietverhältnisse findet § 566 BGB keine Anwendung. Da vorliegend ein einheitliches Pachtverhältnis über das vollständige Unternehmen geschlossen worden ist, greift § 566 BGB nicht ein, so dass die Ast. auch mit Erteilung des Zuschlags nicht in das vollständige Unternehmenspachtverhältnis eintreten konnte. Der Eintritt des Erstehers in die bestehenden Vertragsverhältnisse ist jedoch Voraussetzung dafür, dass er das in § 57 a ZVG vorgesehene Sonderkündigungsrecht ausüben kann.“

Dem folgend hat die Ast. jedenfalls nicht wirksam den vollständigen Unternehmenspachtvertrag kündigen können. Dies gilt umso mehr, als die immateriellen Bestandteile des eingerichteten Gewerbe-

bebetriebs ohnehin von der Beschlagnahme nicht erfasst wurden (BGHZ 163, 9 = NJW-RR 2005, 1175 = NZM 2006, 73). Neben der Verpächterstellung der Ast. **fehlte** es folglich auch an einer **wirk-samen Beendigung des Pachtvertrags**. Wegen der vom BGH in seinem vorzitierten Beschluss vom 14.04.2005 angenommenen **Untrennbarkeit des eingerichteten Gewerbebetriebs bei einem grundstücksbezogenen Unternehmens**, wie dies ein Hotelbetrieb darstellt, scheidet auch die An-nahme aus, die Ast. sei in das Gesamtpachtverhältnis bezüglich des Grundstücks und der mitverstei-gerten Zubehörstücke in das Gesamtpachtverhältnis eingetreten und könne betreffend des zugeschla-genen Eigentums auf der Grundlage von § 57 a ZVG eine Teilkündigung aussprechen.“ (OLG Rostock aaO)

3. Arrestanspruch wegen Schadensersatzanspruch aus §§ 985, 989, 990, 281 BGB

Die Ast. könnte aber einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 985, 989, 990, 281 BGB haben.

„Im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses dürfte sich ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung nur unter **Berücksichtigung der Voraussetzungen der §§ 989, 990 BGB** ergeben (Pa-landt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 985 Rn. 13, 14). Ebenfalls auf die Ansprüche der §§ 987 ff. BGB be-schränkt ist der Eigentümer, der eine Verletzung seines Eigentums durch Entziehung im Rahmen des § 823 I BGB geltend machen will, dem aber noch ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB zusteht.“ (OLG Rostock aaO)

II. Vorliegen eines Arrestgrundes

Regelmäßig steigen die Gerichte in die Prüfung des Arrestanspruchs erst dann ein, wenn sie überhaupt zu der Annahme kommen, dass ein Arrestgrund vorliegt. Letztlich hat daher auch das OLG Rostock je das Vorliegen eines Arrestanspruchs nicht letztver-bindlich geprüft, da es schon an einem Arrestgrund fehlt.

1. Voraussetzungen

„Der hier begehrte **dingliche Arrest** kommt nach § 917 ZPO in Betracht, wenn zu besorgen ist, dass die **Vollstreckung vereitelt oder wesentlich erschwert** wird. Ob die Voraussetzungen hierfür vorlie- gen, ist nach dem Standpunkt eines objektiv und gewissenhaft prüfenden Menschen zu beurteilen. Auf die persönliche Ansicht des Gläubigers kommt es nicht an (Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 917 Rn 4).“ (OLG Rostock aaO)

a) Glaubhaftmachung von Straftaten als Arrestgrund

„Ob die einen vermögensbezogenen Straftatbestand gegen die Ast. erfüllenden Tatsachen im Falle ihrer Glaubhaftmachung bereits einen hinreichenden Arrestgrund ergeben können (so Zöl-ler/Vollkommer, § 917 Rn. 6 m. w.N.) oder ob auch in diesem Fall **weitere konkrete Anhalts- punkte hinzutreten** müssen, die den Verdacht einer Vereitelung oder Erschwerung einer künftigen Vollstreckung rechtfertigen (so OLG Rostock, OLG-Report 2005, 969; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1592; OLG Hamm, NJW-RR 2007, 388 = OLG-Report 2007, 228), kann der Se-nat vorliegend offenlassen, da eine solche Straftat aus den [oben] dargelegten Gründen nicht vorliegt.“ (OLG Rostock aaO)

b) Auswanderungsabsicht als Arrestgrund

„Die Befürchtung der Ast., die Ag. werde nach **Polen** auswandern und sie, die Ast., müsse so-dann die **erschwerzte Vollstreckung im Ausland** in Anspruch nehmen, rechtfertigt einen dingli-chen Arrest nicht. Zutreffend hat das LG die Ast. auf § 917 II ZPO verwiesen. Überdies ist dem Vorbringen der Ast. nicht zu entnehmen, auf welche konkreten Umstände sie ihre Befürchtungen stützt. Ihr Vorbringen lässt eher den gegenteiligen Schluss zu, trägt sie doch vor, die Ag. betreibe in unmittelbarer Nachbarschaft zum streitgegenständlichen Objekt ein Hotel und habe weiteren Grundbesitz erworben, dessen Verschaffungsanspruch die Ast. gerade zu pfänden beabsichtigt.“ (OLG Rostock aaO)

c) sonstige Arrestgründe

„Anderweitige Anhaltspunkte dafür, dass die Ag. ihre **Vermögensverhältnisse verschleiern**, ihr **Vermögen beiseiteschaffen** oder sonst dem Gläubigerzugriff etwa durch **unlautere Handlun- gen** entziehen werde, sind weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht. Die allgemein gehaltene Befürchtung der Ast., die Ag. werde ihr Vermögen heimlich fortschaffen, wird schon durch ihr e-igenes Vorbringen nicht getragen.“ (OLG Rostock aaO)

Ergebnis: Es bestehen erhebliche Zweifel am Vorliegen eines Arrestanspruchs, jedenfalls liegt aber kein Arrestgrund vor und der Antrag wird keinen Erfolg haben.

StPO

Verwertungsverbot

StGB

§§ 163a, 136, 136a Verdecktes Gespräch zwischen Informant und Beschuldigtem

(BGH in StV 2012, 129; Beschluss vom 31.03.2011 – 3 StR 400/10)

1. **Verdeckte Gespräche zwischen einem Informanten der Polizei und dem Beschul- digten stellen keine strafprozessuale Vernehmung** dar. Die Vorschriften der §§ 163a IV und 136 StPO sind darauf **nicht anwendbar**.
2. Die **bloße Verheimlichung des Ermittlungsinteresses** des Informanten und die **wahrheitswidrige Zusicherung der Vertraulichkeit** begründen **keinen Verstoß ge- gen § 136a StPO**.
3. Veranlasst eine Privatperson unter Verheimlichung ihres Ermittlungsinteresses den auf freiem Fuß befindlichen Beschul- digten, mit ihr ein Gespräch über die Tat zu führen, **unterliegt die technische Aufzeichnung der selbstbelastenden Gesprächsanga- ben des Beschuldigten keinem Verwertungsverbot**.

Fall: Der Ehemann der Zeugin E, der rechtskräftig wegen einer Betäubungsmitteltat verurteilte Z, und der Angekl. kamen mit dem gesondert Verfolgten S überein, diesem für unbekannte Hintermänner 2500 kg Haschisch für 530 € pro Kilogramm zu liefern. Während Z die persönlichen und telefonischen Verhandlungen mit dem Abnehmer S führte, hielt sich der Angekl., der sich gegenüber Z bereit erklärt hatte, die Betäubungsmittel über spanische Dro- genkreise zu beschaffen, im Hintergrund. Zur Ausführung des Geschäfts kam es letztendlich nicht, weil S die Kontakte zu seinen Hinterleuten verlor.

Im Februar/März 2009 belastete Z während der gegen ihn geführten Hauptverhandlung erstmals den Angekl., an dem Betäubungsmittelgeschäft beteiligt gewesen zu sein. Seine Ehefrau, die Zeugin E, erklärte sich daraufhin – aus eigenem Antrieb – gegenüber der Polizei bereit, an der Überführung des ihr vom Sehen her bekannten Angekl. mitzuwirken, diesen zur Rede zu stellen und das Gespräch heimlich aufzuzeichnen, um ihrem Ehemann die Vergünstigungen des § 31 BtMG zu sichern. Das zuständige AG ordnete daraufhin in dem gegen den Angekl. eingeleiteten Ermittlungsverfahren gem. § 100f StPO das Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gespro- chenen Wortes für zwischen dem Angekl. und der Zeugin außerhalb von Wohnungen geführte Gespräche an. Noch am selben Tag suchte die Zeugin den nicht inhaftierten Angekl. auf und befragte ihn u.a. zu der verfahren- gegenständlichen Betäubungsmitteltat. Im Verlauf des Gesprächs belastete sich der Angekl. selbst. Die Zeugin, die dieses Gespräch mittels von der Polizei ausgehändigter technischer Geräte heimlich aufzeichnete, spiegelte dem Angekl. wahrheitswidrig vor, ihr Ehemann habe ihr im Rahmen einer unbewachten Unterhaltung in der JVA die Tat und die Tatbeteiligung des Angekl. geschildert und sie wolle nun vom Angekl. wissen, ob ihr E- hemann die Wahrheit gesagt oder sie wieder belogen habe. Zudem sicherte sie – ebenfalls wahrheitswidrig – dem Angekl. zu, das Gespräch vertraulich zu behandeln.

Die Überzeugung von der Mittäterschaft des eine Tatbeteiligung bestreitenden Angekl. hat das LG neben den den Angekl. belastenden Angaben des Zeugen Z, denen es keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen hat, maßgeblich auf die von der Zeugin gefertigte Gesprächsaufzeichnung gestützt.

Zu prüfen ist, ob die Erkenntnisse aus dem Gespräch einem **Verwertungsverbot** unterliegen.

I. Die **Angaben des Angekl. gegenüber der Zeugin E** könnten unter **Verstoß gegen die Belehrungspflichten des §§ 163a IV, 136 I StPO** zu Stande gekommen sein.

1. Nach **st. Rspr. des BGH** sind diese **Vorschriften auf Befragungen** eines Beschul- digten **durch Privatpersonen nicht anwendbar**.

Zum Begriff der **Vernehmung i. S. der StPO** gehört vielmehr, dass der **Vernehmende** der Auskunftsperson **in amtlicher Funktion** gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr eine Auskunft verlangt. Da die Regelungen nach ihrem Sinn und Zweck den Be- schuldigten vor der **irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht** im Rahmen einer Kraft staatlicher Autorität vorgenommenen Befragung bewahren sollen, sind sie auch dann nicht entsprechend anwendbar, wenn eine „vernehmungähnliche“ Situation durch eine Privatperson, die – wie hier – als Informantin der Polizei tätig wird, hergestellt wird. Aus den gleichen Gründen stellt sich das hier in Rede stehende Vorgehen auch **nicht als unzulässige Umgehung der §§ 163a IV, 136 I StPO** dar (BGHSt 42, 139; BGHSt 52, 11).

2. Veranlasst eine Privatperson unter Verheimlichung ihres Ermittlungsinteresses einen Tatverdächtigen, mit ihr ein Gespräch über die Tat zu führen, so begründet dies auch

keinen Verstoß gegen die unmittelbar oder entsprechend heranzuziehende Regelung der §§ 163a III, 136a I StGB.

*„Das vorliegend allein in Betracht kommende **Verbot der Täuschung** ist bei systematischer Betrachtung der anderen in § 136a I StPO aufgeführten verbotenen Vernehmungsmethoden **einschränkend auszulegen**. Mit der Beeinträchtigung der Willensentschließung durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei oder Hypnose lässt sich die unter wahrheitswidriger Zusicherung der Vertraulichkeit vorgenommene verdeckte Befragung des Angekl. durch die Zeugin jedoch nicht vergleichen.“ (BGH aaO)*

II. Das von den Ermittlungsbehörden gebilligte Vorgehen der Zeugin könnte jedoch **gegen den Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten** („nemo tenetur se ipsum accusare“) **verstoßen**.

1. Die **Selbstbelastungsfreiheit** gehört zum **Kernbereich des in Art. 6 I EMRK garantierten Rechts auf ein faires Strafverfahren** (EGMR StV 2003, 257).

Zwar dient das Recht zu schweigen und der Schutz vor Selbstbelastung ohne Rücksicht auf die Art der Straftat (EGMR NJW 2010, 2013) nach der Rspr. des EGMR in erster Linie dazu, den Beschuldigten vor unzulässigem Zwang der Behörde und vor Erlangung von Beweisen durch Methoden des Drucks zu schützen.

2. Der EGMR hat jedoch anerkannt, dass die Freiheit einer verdächtigen Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen oder schweigen will, auch dann unterlaufen wird, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um ihm belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten, damit diese sodann im Prozess als Beweis eingeführt werden können (EGMR aaO). **Ob bei Anwendung einer Täuschung das Schweigerecht** in einem solchen Maß **beeinträchtigt wurde**, dass eine Verletzung des Art. 6 I EMRK vorliegt, **hängt indes von den Umständen des Einzelfalles ab** (EGMR aaO).

- So hat der **EGMR** die Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in einem Fall bejaht, in dem ein inhaftierter Beschuldigter, der sich durchgängig auf sein Schweigerecht berufen hatte, von einem in derselben Zelle einsitzenden, eigens von der Polizei instruierten und vorbereiteten Informanten unter Ausnutzung des entstandenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu dem ihm vorgeworfenen Tötungsdelikt befragt wurde und schließlich der vermeintlichen Vertrauensperson gegenüber selbstbelastende Angaben machte. Der EGMR hat unter diesen Umständen das Vorgehen der Polizei als funktionales Äquivalent einer Vernehmung angesehen, ohne dass die Sicherungen einer formalen Polizeibefragung, wie etwa die übliche Belehrung, gewährleistet waren (EGMR aaO).
- Bei einer ähnlichen Sachverhaltsgestaltung hat der **BGH** (BGHSt 52, 11) ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Erkenntnisse eines Verdeckten Ermittlers wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit angenommen. Auch in diesem Fall wurde der Beschuldigte, obwohl er sich zuvor gegenüber den Ermittlungsbehörden auf sein Schweigerecht berufen hatte, von dem Verdeckten Ermittler unter Hinweis auf ein vorgetäushtes Vertrauensverhältnis und unter Ausnutzung der den Beschuldigten belastenden Haft in einer vernehmungähnlichen Situation intensiv zu selbstbelastenden Aussagen zu der ihm vorgeworfenen Tat gedrängt.
- Demgegenüber hat der **EGMR** eine Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in einem Fall verneint, in welchem es dem Beschuldigten, der sich weder in Haft befand noch bis dahin polizeilich vernommen worden war, freistand, sich mit dem Informanten der Polizei, der das verdeckt geführte Gespräch heimlich aufzeichnete, zu unterhalten (EGMR aaO).

So liegt der Fall auch hier, denn **die von der Zeugin aufgezeichneten, den Angekl. belastenden Angaben sind weder durch Zwang noch durch einen psychologischen Druck gleichkommende Täuschung**, die eine Verletzung des Rechts des Angekl. zu schweigen begründen könnte, **zu Stande gekommen**.

„Die Revision behauptet schon nicht, dass der Angekl. vor dem Gespräch mit der Zeugin gegenüber den Ermittlungsbehörden von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat. Anhaltspunkte dafür, dass das vom Angekl. ausdrücklich ausgeübte Recht zu schweigen durch den Einsatz der Zeugin als Informantin der Polizei gezielt unterlaufen wurde, bestehen daher nicht. Hinzu kommt, dass sich der **Angekl. im Zeitpunkt des Gesprächs mit der Zeugin in Freiheit** befand. Selbst unter Berücksichtigung ihrer wahrheitswidrigen Angaben ergibt das Revisionsvorbringen deshalb nicht, dass sich der Angekl. den drängenden Fragen der Zeugin, mit der ihn keine enge Beziehung verband, nicht hätte entziehen können. Unter diesen Umständen liegt es fern, dass eine psychologische Druck gleichkommende Situation den Angekl. zu den sich selbst belastenden Angaben veranlasst hat.

Zudem wiegt das Vorgehen der Ermittlungsbehörden hier deshalb weniger schwer, weil sich die **Zeugin von sich aus der Polizei als Informantin zur Verfügung gestellt** hat, von dieser weder instruiert noch angeleitet, sondern nur mit technischen Mitteln zur Aufzeichnung des Gesprächs ausgestattet worden ist. Mit Blick auf die Anforderungen, die an ein faires Verfahren zu stellen sind, ist ferner zu berücksichtigen, dass die Gesprächsaufzeichnung zwar das maßgebliche, aber nicht das einzige Beweismittel gewesen ist, auf das das LG seine Überzeugung für die Mittäterschaft des Angekl. gestützt hat. Schließlich hatte der Angekl. in der Hauptverhandlung auch Gelegenheit, der Verwertung dieses Beweismittels zu widersprechen und nahm diese Möglichkeit auch in Anspruch.“ (OLG Bamberg aaO)

- III. **Ergebnis:** Dem LG war es daher nicht verwehrt, das gemäß § 100f StPO heimlich aufgezeichnete Gespräch zwischen der Zeugin und dem Angekl. seiner Überzeugungsbildung zu Grunde zu legen.

(OVG Saarlouis in NVwZ-RR 2012, 131; Beschluss vom 07.11.2011 – 3 B 371/11)

1. Auch in so genannten **Massenverwaltungsverfahren** wie der Erhebung von Rundfunkgebühren ungeachtet der Zulässigkeit einer kostensparenden formlosen Übermittlung der Gebührenbescheide grundsätzlich die **Behörde beweispflichtig für den Zugang**.
2. Eine Behörde kann ihrer Beweispflicht hinsichtlich des Zugangs eines Bescheides jedoch auch nach den **Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins** genügen, wenn sie Tatsachen vorträgt, aus denen nach allgemeiner Lebenserfahrung geschlossen werden kann, dass der **Empfänger den Bescheid tatsächlich erhalten haben muss**.
3. Es kann nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ausgeschlossen werden, dass gelegentlich eine **Postsendung auf dem Postweg verloren** geht, und demzufolge bei Bestreiten des Zugangs einer einzigen Briefsendung allein auf Grund des Umstands, dass der Empfänger weitere Sendungen erhalten hat, noch nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass auch die fragliche Sendung den Empfänger erreicht hat.
4. Sind **mehrere Schreiben im fraglichen Zeitraum zugegangen**, wird aber gerade der Erhalt mehrere Gebührenbescheide in Abrede gestellt, so ist der Nichtzugang höchst unwahrscheinlich und der Beweis des ersten Anscheins nicht erschüttert

A. Grundlagenwissen: Voraussetzungen für die Vollstreckung wegen Geldforderungen (vgl. § 3 VwVG-Bund sowie die korrespondierenden landesrechtlichen Regelungen)

I. Erlass eines Leistungsbescheides

Die Verwaltungsvollstreckung wegen Geldforderungen setzt den Erlass eines betreffenden Leistungsbescheides voraus. Die vorherige Festsetzung des Zahlbetrages in einem Leistungsbescheid ist lediglich entbehrlich für Nebenforderungen, wie Zinsen, Kosten oder Säumniszuschläge.

Abzugrenzen ist der Leistungsbescheid von der bloßen Zahlungsaufforderung.

II. Bekanntgabe (vgl. § 41 VwVfG)

Die Vollstreckung aus einem Leistungsbescheid setzt voraus, dass dieser wirksam geworden ist, was wiederum von einer ordnungsgemäßen Bekanntgabe abhängt.

III. Fälligkeit der Zahlungspflicht

Die Fälligkeit der Zahlungspflicht tritt regelmäßig und vorbehaltlich abweichender Regelungen mit der Bekanntgabe ein (vgl. Gesetzliche Regelung, z.B. § 350b I LAG oder subsidiär: Anspruchsentstehung (vgl. § 220 II AO). Eine Stundung suspendiert die Fälligkeit.

IV. Ablauf der Schonfrist

Ab der Bekanntgabe läuft eine Schonfrist von einer Woche, binnen derer der Schuldner die Gelegenheit zur Leistung erhält.

V. Mahnung nach Ablauf der Schonfrist

Nach Ablauf der Schonfrist muss vor Einleitung des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens zunächst eine Mahnung erfolgen. Hierbei handelt es sich, obwohl nur vorgesehen ist, dass eine Mahnung erfolgen „soll“ nach der Rechtsprechung um eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen.

Die Mahnung ist nur entbehrlich bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung oder beim Drohen von Vollstreckungsvereitelung.

VI. Vollstreckungsanordnung

Liegen die Voraussetzungen für die Verwaltungsvollstreckung wegen Geldforderungen vor, so erfolgt eine Vollstreckungsanordnung durch die Behörde, die Anspruch geltend macht. Diese ist nicht zwingend gleichzusetzen mit der Vollstreckungsbehörde.

VII. Vollstreckbarkeit

Die Vollstreckung setzt zudem die Vollstreckbarkeit des Leistungsbescheides voraus. Bei Bescheiden über öffentliche Abgaben und Kosten oder nach besonderen gesetzlichen Bestimmungen tritt die Vollstreckbarkeit im Allgemeinen nach § 80 I 1 Nr. 1 und 3 VwGO i.V.m. Bundes- oder Landesrecht umgehend, auch schon vor Eintritt der Bestandskraft ein, da Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben.

B. Beweispflicht der Behörde für Zugang eines Leistungsbescheides, der mit einfachem Brief übermittelt wurde (vgl. OVG Saarlouis, NVwZ-RR 2012, 131)

Fall: Die Beteiligten streiten um die Vollstreckung aus zwei Rundfunkgebührenbescheiden vom 01.11.2008 und 02.01.2009. Diese wurden vom Ag. mittels einfachem Brief an die aktuelle Anschrift des Ast. übermittelt, unter der dieser bereits seit Jahrzehnten ansässig ist. Unter dieser Adresse hat der Ast. in jüngerer Zeit auch nachweislich mehrere sein gewerbliches Teilnehmerkonto betreffende Schreiben erhalten, so einen Kontoauszug vom 07.11.2008 und ein Schreiben vom 24.11.2008, auf die der Ast. jeweils telefonisch reagierte, ebenso wie die Pfändungsankündigung der Vollstreckungsbehörde. Auch bestreitet der Ast. nicht, weitere dieses Teilnehmerkonto betreffende Schreiben vom 14.08.2008, 06.02.2009 und 06.03.2009 erhalten zu haben.

Nach Erhalt der Pfändungsankündigung hat der Ast. jedoch das Gericht mit einem Antrag auf Einstellung der Vollstreckung mit der Begründung angerufen, er habe die Rundfunkgebührenbescheiden vom 01.11.2008 und 02.01.2009 nicht erhalten. Neben den vorgenannten Bescheiden will er auch mehrere – im vorliegenden Verfahren nicht streitgegenständliche – sein privates Teilnehmerkonto betreffende Gebührenbescheide vom 01.04.2010, 01.05.2010, 02.07.2010, 01.10.2010, 01.01.2011 und 01.04.2011 nicht erhalten haben, ohne aber etwa vorzutragen, in der fraglichen Zeit auch noch andere Störungen der Postzustellung bemerkt zu haben.

Liegen die Voraussetzungen für die Vollstreckung der Zahlungsansprüche vor?

Hinsichtlich des Vorliegens der Vollstreckungsvoraussetzungen (s.o.) ist fraglich, ob überhaupt eine wirksame Bekanntgabe und damit eine Fälligkeit der zu vollstreckenden Forderung vorliegt, da der Ast. den Zugang der betreffenden Bescheide in Abrede stellt.

I. Anforderungen an Übermittlung von Leistungsbescheiden

Verwaltungsakte nach § 35 S. 1 VwVfG, zu denen auch Leistungsbescheid gehören, müssten nach § 41 VwVfG lediglich bekanntgegeben werden. Eine Zustellung ist nach § 41 V VwVfG nur erforderlich, wenn sie gesetzlich vorgeschrieben ist. In allen anderen Fällen kann die Behörde den Verwaltungsakt auch mittels einfachen Briefs gegenüber dem Adressaten bekanntgeben. Dies zeigt insbesondere auch die Regelung in § 41 II VwVfG, wonach ein Brief als am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als zugestellt gilt.

II. Beweispflicht

Gleichwohl obliegt der Behörde die Beweispflicht dafür, dass der Bürger einen Bescheid auch überhaupt erhalten hat.

„Zwar bleibt auch in so genannten Massenverwaltungsverfahren wie der Erhebung von Rundfunkgebühren ungeachtet der Zulässigkeit einer kostensparenden formlosen Übermittlung der Gebührenbescheide grundsätzlich die Behörde beweispflichtig für den Zugang. Wie das VG zutreffend ausgeführt hat, kann eine Behörde ihrer Beweispflicht hinsichtlich des Zugangs eines Bescheides jedoch auch nach den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins genügen, wenn sie Tatsachen vorträgt, aus denen nach allgemeiner Lebenserfahrung geschlossen werden kann, dass der Empfänger den Bescheid tatsächlich erhalten haben muss.“ (OVG Saarlouis aaO)

III. Vorliegen der Voraussetzungen für den Beweis des ersten Anscheins

Fraglich ist jedoch, ob hier die Voraussetzungen für die Annahme eines Beweises des ersten Anscheins für den Zugang der zu vollstreckenden Leistungsbescheide vorliegen. Der Ast. stellt in Abrede, diese und andere Bescheid des Ag. erhalten zu haben, hat jedoch nachweislich andere Schreiben des Ag. in demselben Zeitraum erhalten.

„Die Bescheide vom 01.11.2008 und 02.01.2009 wurden an die aktuell gültige Adresse des Ast. gesandt, unter der dieser bereits seit Jahrzehnten ansässig ist. Unter dieser Adresse hat der Ast. in jüngerer Zeit auch **nachweislich mehrere** sein gewerbliches Teilnehmerkonto **betreffende Schreiben erhalten**, so einen Kontoauszug vom 07.11.2008 und ein Schreiben vom 24.11.2008, auf die der Ast. jeweils telefonisch reagierte, ebenso wie die Pfändungsankündigung der Vollstreckungsbehörde. Auch bestreitet der Ast. nicht, weitere dieses Teilnehmerkonto betreffende Schreiben vom 14.08.2008, 06.02.2009 und 06.03.2009 erhalten zu haben.“ (OVG Saarlouis aaO)

Etwas anderes würde jedoch dann gelten, wenn der Ag. sich darauf berufen kann, dass er in den relevanten Zeitabschnitten sonstige Schwierigkeiten mit der Postzustellung gehabt habe. Dies ist jedoch nicht der Fall.

„**Ebenso wenig** ist vorgetragen oder erkennbar, dass es unter der Privatadresse des Ast. in der fraglichen Zeit **sonstige Schwierigkeiten bei der Postzustellung** gegeben hätte. Zwar kann nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ausgeschlossen werden, dass gelegentlich eine **Postsendung auf dem Postweg verloren** geht, und demzufolge bei Bestreiten des Zugangs einer einzigen Briefsendung allein auf Grund des Umstands, dass der Empfänger weitere Sendungen erhalten hat, noch nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass auch die fragliche Sendung den Empfänger erreicht hat.

Der **vorliegende Fall** zeichnet sich jedoch durch die **Besonderheit** aus, dass der Ast. **keinen einzigen von mehreren Gebührenbescheiden** erhalten haben will, obwohl keiner dieser Gebührenbescheide als unzustellbar an den Ag. zurückgekommen ist.“ (OVG Saarlouis aaO)

Allerdings hat der Ast. Ebenfalls vorgetragen, dass er auch Gebührenbescheide, die sein privates Teilnehmerkonto betrafen, nicht erhalten habe. Dies könnte dafür sprechen, dass es – ohne dass besondere Umstände vorgetragen werden können – solche Schwierigkeiten mit der Postzustellung gab, dass der Beweis des ersten Anscheins erschüttert wird.

„Wenn jedoch – wie hier – nicht nur einer, sondern mehrere Gebührenbescheide an die korrekte Adresse des Ast. versandt worden sind, ohne dass auch nur einer der Briefe als unzustellbar zurückgekommen wäre, der Ast. zudem den Erhalt weiterer, die Zahlung von Rundfunkgebühren betreffender Sendungen unter dieser Anschrift ausdrücklich einräumt und auch ansonsten die Postzustellung – soweit ersichtlich – unbeanstandet funktionierte, hält es der Senat für **in höchstem Maße unwahrscheinlich**, dass **ausgerechnet sämtliche Gebührenbescheide** – und nur diese – den Ast. nicht erreicht haben sollen. Zudem hätte nach dem vom Ast. eingeräumten Erhalt zweier Mahnschreiben, die die Gebührenbescheide vom 01.11.2008 und 02.01.2009 in Bezug nahmen, Anlass bestanden, das **Fehlen der zu Grunde liegenden Gebührenbescheide alsbald zu rügen**, wenn der Ast. sie tatsächlich nicht erhalten hätte, was aber ebenfalls nicht erfolgt ist. Unter diesen Umständen erscheint die **pauschale Behauptung**, keinerlei Gebührenbescheid erhalten zu haben, **unglaublich** und reicht nicht aus, um ernsthafte Zweifel am Zugang der streitgegenständlichen Gebührenbescheide und damit deren wirksamer Bekanntgabe zu begründen, (vgl. hierzu auch: VGH München, Beschl. v. 11. 5. 2011 – 7 C 11.232; NVwZ-RR 2008, 252; Kopp/Ramsauer, VerwaltungsverfahrenG, 11. Aufl. [2010], § 24 VwVfG, Rn. 52).“ (OVG Saarlouis aaO)

Ergebnis: Die Behörde ist ihrer Beweispflicht hinsichtlich des Zugangs nachgekommen, die Vollstreckungsvoraussetzungen für die Verwaltungsvollstreckung wegen Geldforderungen liegen vor.

(OVG Hamburg Mannheim in NVwZ-RR 2012, 167; Beschluss vom 08.11.2011 – 2 Bs 163/11)

1. Die isolierte Beschwerde eines Beigeladenen ist nur zulässig, wenn der Beigeladene durch die angegriffene Entscheidung **materiell beschwert** ist, er also geltend machen kann, auf Grund der Bindungswirkung der angefochtenen Entscheidung **präjudiziell** und unmittelbar in seinen **subjektiven Rechten beeinträchtigt** zu werden.
2. Hieran **fehlt es im Verfahren gem. § 80 V VwGO** gegenüber einer an einen Untermieter gerichteten Nutzungsuntersagung, in dem der Beigeladene als Grundeigentümer lediglich geltend macht, die **Herstellung der aufschiebenden Wirkung sei präjudiziell** für die Abwehr zivilrechtlicher Ansprüche seines Mieters.

A. Grundlagenwissen: Die Beiladung im Verwaltungsprozess

Nach § 65 I VwGO kann das Gericht, solange das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen oder in höherer Instanz anhängig ist, von Amts wegen oder auf Antrag andere, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden, beiladen.

- Beispiele:**
- Grundstücksnachbar im Verpflichtungsprozess des Bauherrn auf Erteilung der Baugenehmigung,
 - ein dem Adressaten eines belastenden Verwaltungsakts zivilrechtlich möglicherweise zum Schadensersatz oder zur Erstattung Verpflichteter,
 - die Gemeinde im Rechtsstreit eines Bauherrn auf Erteilung der Baugenehmigung, wenn die Gültigkeit eines Bebauungsplans im Streit ist,
 - der Ehegatte eines ausgewiesenen Ausländers in dessen Anfechtungsprozess gegen die Ausweisungsverfügung.

Nach § 65 II VwGO liegt jedoch ein Fall der notwendigen Beiladung vor, wenn an dem streitigen Rechtsverhältnis Dritte derart beteiligt sind, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann.

- Beispiele:**
- Der Bauherr bei Klage des Nachbarn gegen die ihm erteilte Baugenehmigung,
 - der Arbeitgeber bei Anfechtung der ihm erteilten Zustimmung zur Kündigung eines Schwerbehinderten,
 - der Subventionsempfänger, wenn ein Konkurrent die Subventionsgewährung anfecht.

Die Beiladung erfolgt durch einen nicht anfechtbaren Beschluss des Gerichts, der allen Beteiligten zuzustellen ist.

B. Grundlagenwissen: Die Zulässigkeit der Beschwerde im Verfahren nach § 80 V VwGO**I. Zuständiges Gericht**

Die Beschwerde ist nach § 147 VwGO bei dem Gericht einzulegen, dessen Entscheidung angefochten werden soll (iudex a quo).

II. Beteiligtenfähigkeit/Prozessfähigkeit/Postulationsfähigkeit

Das Beschwerdeverfahren wird letztlich vor dem OVG geführt, so dass nach § 147 I 2, 67 IV VwGO auch schon für die Einlegung der Beschwerde die Vertretung durch einen Rechtsanwalt oder einen sonstigen zugelassenen Prozessbevollmächtigten (§ 67 II 1 VwGO) erforderlich ist.

III. Beschwerdefähigkeit der Entscheidung

Die Beschwerde kann nach § 146 I VwGO nur gegen Entscheidungen des Gerichts erhoben werden, die keine Urteile und Gerichtsbescheide sind (Beschlüsse, Verfügungen). Nach § 146 IV VwGO ausdrücklich auch gegen Beschlüsse nach § 80 V VwGO.

IV. Beschwerdeberechtigung

Die Beschwerde kann nach § 146 I VwGO von den **Beteiligten** eingelegt werden. Dies sind nach § 63 VwGO

- der **Kläger**,
- der **Beklagte**,
- der **Beigeladene**.

Darüber hinaus können aber auch **sonstige Betroffene** die Beschwerde einlegen.

V. Beschwer des Beschwerdeführers

Auch bei der Beschwerde ist eine Beschwer des Antragstellers erforderlich.

VI. Form

Die Beschwerde muss nach § 147 I 1 VwGO **schriftlich** oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt werden. Dies entbindet jedoch nicht vom **Anwaltszwang** in den Fällen des § 67 I 2.

VII. Frist (§ 147 I 1 VwGO)

Die Beschwerde ist innerhalb **zwei Wochen** nach Bekanntgabe der Entscheidung einzulegen (§ 147 I 1 VwGO). Ist nach § 146 IV 1 VwGO innerhalb eines Monats zu begründen. Die Begründungsfrist kann nicht verlängert werden.

Die Frist beginnt mit der Bekanntgabe der Entscheidung, soweit eine **schriftliche Rechtsmittelbelehrung** erteilt wird. Anderenfalls beginnt der Fristlauf erst mit der Zustellung der mit der Rechtsmittelbelehrung versehenen Entscheidung.

Hiervon unterscheidet sie sich erheblich von der Beschwerde im Zivilprozess die – ausgenommen besonderer Regelungen – **grundsätzlich unbefristet zulässig** ist.

Obwohl die Beschwerde nach § 147 I VwGO bei dem Gericht einzulegen ist, dessen Entscheidung angefochten wird, ist auch die Einlegung beim Beschwerdegericht nach § 147 II VwGO geeignet, die Beschwerdefrist zu wahren.

VIII. Inhalt der Beschwerdeschrift

Die inhaltlichen Anforderungen an die fristwahrende Beschwerde sind recht gering. So ist weder die ausdrückliche Bezeichnung als Beschwerde erforderlich noch muss sie einen bestimmten Antrag enthalten. Allerdings muss die **angefochtene Entscheidung bezeichnet** werden und es muss zum Ausdruck kommen, dass diese Entscheidung überprüft werden soll.

IX. Begründung der Beschwerde

Die **Begründung** ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, beim OVG **binnen eines Monats** einzureichen. Sie muss einen **bestimmten Antrag enthalten**, die **Gründe darlegen**, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

C. Isolierte Beschwerde der Beigeladenen (vgl. OVG Hamburg, NVwZ-RR 2012, 167)

Fall: Die Beigeladene ist Eigentümerin des mit einem mehrgeschossigen Bürogebäude bebauten Grundstücks Ü-weg X. Sie hat Teilflächen dieses Gebäudes an die D. GmbH vermietet, die wiederum eine Teilfläche an die Antragstellerin untervermietet hat. Mit Verfügung vom 11.07.2011 forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin wegen zahlreicher brandschutztechnischer Mängel unter Anordnung der sofortigen Vollziehung auf, die Nutzung der Räumlichkeiten bis zum 11.08.2011 einzustellen und die Wiederaufnahme der Nutzung bis zur nachgewiesenen Beseitigung der Mängel zu unterlassen. Den hiergegen gerichteten Antrag der Antragstellerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs lehnte das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 05.08.2011 ab. Mit Schriftsatz vom selben Tage stellte die Eigentümerin des Grundstücks den Antrag, sie zum Verfahren beizuladen, dem das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 12.08.2011 entsprach. Mit der vorliegenden Beschwerde begehrt (ausschließlich) die Beigeladene, den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 05.08.2011 zu ändern und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Bescheid der Antragsgegnerin wiederherzustellen. Ist die Beschwerde zulässig?

I. Selbständige Beschwerdeberechtigung der Beigeladenen

Zunächst ist fraglich, ob ein Beigeladener überhaupt beschwerdeberechtigt sind. Beschwerdeberechtigt sind nach § 147 I VwGO allen Beteiligten zu.

„[Die Beigeladene ist] ...durch den Beiladungsbeschluss des Verwaltungsgerichts vom 12.08.2011 Beteiligte am Verfahren i.S.d. § 63 Nr. 3 VwGO geworden und kann als solche gemäß §§ 66, 146 VwGO selbstständig Beschwerde einlegen. Dass die Beiladung erst nach Erlass der angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichts vom 05.08.2011 erfolgt ist, steht ihrer Wirksamkeit nicht entgegen. § 65 I 1 VwGO ermächtigt das Gericht **in zeitlicher Hinsicht** ausdrücklich solange zur Beiladung, als das Verfahren **nicht nicht rechtskräftig abgeschlossen** oder in höherer Instanz anhängig ist. Das schließt die Möglichkeit ein, die **Beiladung auch noch nach Erlass der Sachentscheidung** auszusprechen (vgl. auch BVerwG, Urt. v. 06.11.1953, BVerwGE 1, 27; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 65 Rn. 24; Czybulka in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 65 Rn. 60).“ (OVG Hamburg aaO)

II. Beschwer der Beigeladenen

Allein die Stellung der Beigeladenen als Verfahrensbeteiligte reicht für die Zulässigkeit ihres Rechtsmittels indes nicht aus; erforderlich ist vielmehr, dass sie die angefochtene Entscheidung auch beschwert (vgl. BVerwG, Urt. v. 31.01.1969, BVerwGE 31, 233 f.).

1. Anforderungen an die Beschwer des Beigeladenen

Fraglich ist jedoch, wie die Beschwer des Beigeladenen zu bestimmen ist.

„Dabei ist zwar **keine formelle Beschwer** zu verlangen, weil ein Beigeladener nicht gehalten ist, einen Sachantrag zu stellen. Der Beigeladene muss jedoch **materiell beschwert** sein, also geltend machen können, aufgrund der Bindungswirkung der angefochtenen Entscheidung **präjudiziell und unmittelbar in seinen subjektiven Rechten beeinträchtigt** zu werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 18.4.1997, BVerwGE 104, 289, 292 f. m.w.N.).“ (OVG Hamburg aaO)

2. Vorliegen einer materiellen Beschwer

Es muss daher eine materielle Beschwer der Beigeladenen durch den Beschluss, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Nutzungsuntersagen nicht wiederherzustellen, eingetreten sein.

a) Bindungswirkung der Nutzungsuntersagung

„Die (nicht „notwendige“) Beiladung im erstinstanzlichen Verfahren hat **nicht die Wirkung**, dass die gegenüber der Antragstellerin erlassene Nutzungsuntersagung und deren Anordnung der sofortigen Vollziehung auch **als gegenüber der Beigeladenen ergangen** anzusehen wäre oder sie die sofortige Durchsetzung der Verfügung dulden müsste (vgl. zu dieser Konstellation BVerwG, Urt. v. 28.4.1972, BVerwGE 40, 101).“ (OVG Hamburg aaO)

b) Präjudizwirkung für ein zukünftiges Zivilverfahren

Möglicher Weise ergibt sich die Beschwer der Beigeladenen aber daraus, dass sie in einem zivilgerichtlichen Verfahren der Ast. gegen sie wegen der ergangenen Nutzungsuntersagung und der dadurch eingeschränkten Möglichkeit des vertraglichen Gebrauchs durch die Entscheidung in ihren Verteidigungsmöglichkeiten beschränkt ist.

„[Es] ... kann **dahinstehen**, ob es insoweit schon an einer unmittelbaren Betroffenheit der Beigeladenen fehlt, weil zwischen ihr und der Antragstellerin aufgrund der zwischengeschalteten Vermietung der Räumlichkeiten an die D. GmbH **vertragliche Beziehungen nicht bestehen**. Denn jedenfalls würde die Entscheidung des Verwaltungsgerichts die **Zivilgerichte** in einem etwaigen Rechtsstreit **ohnehin nicht binden**. Dies folgt, soweit es um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Nutzungsuntersagung gehen sollte, allein schon daraus, dass diese **Frage nicht Streitgegenstand** des Verfahrens nach § 80 V VwGO ist. Auch wenn die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts im Rahmen der von den Verwaltungsgerichten im Verfahren auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vorzunehmenden Interessenabwägung regelmäßig eine wichtige Rolle spielt, ist **Streitgegenstand** dieses Verfahrens **allein die sofortige Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts** (vgl. nur Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand Mai 2010, § 80 Rn. 248 m.w.N.).

Aber selbst wenn in einem künftigen Zivilrechtsstreit nur die Rechtmäßigkeit der sofortigen Vollziehung eine Rolle spielen sollte, würde eine Bindungswirkung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung insoweit nicht bestehen. Zwar **bindet der Beschluss nach § 80 V VwGO die Beteiligten**; insbesondere darf sich die Behörde über eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht hinwegsetzen und erneut die sofortige Vollziehung anordnen (vgl. Kopp/Schenke, aaO., § 80 Rn. 172; Püttler in: Sodan/Ziekow, aaO., § 80 Rn. 171; VGH Kassel, Beschl. v.

2.4.2007, NVwZ-RR 2007, 822; OVG Lüneburg, Beschl. v. 22.12.1994, NVwZ-RR 1995, 376). Die Verwaltungsgerichte sind nach **§ 80 VII 1 VwGO** jedoch befugt, **Beschlüsse** über Anträge nach Absatz 5 nach pflichtgemäßem Ermessen **jederzeit zu ändern oder aufzuheben**. Besondere formelle oder materielle Voraussetzungen für die Ausübung dieser von Amts wegen bestehenden Befugnis gibt es nicht. Es reicht aus, wenn das Gericht bei objektiv unveränderter Sach- und Rechtslage zu einer **anderen Beurteilung der Rechtslage** kommt oder die zuvor getroffene Interessenabwägung aus sonstigen Gründen für korrekturbedürftig erachtet (vgl. nur Puttler, a. a. O., § 80 Rn. 184 m.w.N.). Diese **weitreichende Änderungsbefugnis** hat den Bundesgerichtshof (Urt. v. 16.11.2000, NVwZ 2001, 352) veranlasst, in Amtshaftungsprozessen eine **Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Entscheidungen nach § 80 V VwGO zu verneinen**. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, dass in anderen zivilrechtlichen Streitigkeiten etwas anderes gelten könnte.“ (OVG Hamburg aaO)

Die Beschwer der Beigeladenen ergibt sich daher nicht aus einer Präjudizwirkung des Beschlusses für ein mögliches zivilgerichtliches Verfahren.

c) Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts

Die Beschwer könnte sich aber aus der Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts ergeben.

„Nach gefestigter Rechtsprechung (vgl. u. a. BVerwG, Urt. v. 17.08.1995, BVerwGE 99, 109, 112 m. w. N.; VGH München, Urt. v. 15.03.2010, BayVBl. 2011, 439; OVG Hamburg, Beschl. v. 12.01.1996, NVwZ-RR 1996, 709; VGH Mannheim, Beschl. v. 11.04.1986, VBIBW 1987, 141), der das Beschwerdegericht folgt, hat die aufschiebende Wirkung lediglich **zur Folge**, dass der **Verwaltungsakt vorläufig nicht vollzogen** werden darf (sogenannte Vollziehbarkeitstheorie). Die Behörde darf mithin keine Maßnahmen treffen, die rechtlich als Vollziehung des nach wie vor wirksamen Verwaltungsakts zu qualifizieren sind. Dagegen hat der Eintritt der aufschiebenden Wirkung entgegen der Auffassung der Beigeladenen **keine rechtsgestaltende Wirkung** dahin, dass der Verwaltungsakt vorläufig als nicht existent bzw. nicht wirksam zu qualifizieren wäre.“ (OVG Hamburg aaO)

Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Nutzungsuntersagung würde die **Existenz des Verwaltungsakts** und die Wirksamkeit der in ihm verkörperten Regelungen **nicht berühren**.

d) Ergebnis

Die Beschwerde der Beigeladenen ist mangels Beschwer 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.

GG
Art. 103 I

Anspruch auf rechtliches Gehör Beweisangebot „unfallanalytisches Gutachten“ (OLG Jena in MDR 2012, 213; Urteil vom 30.11.2011 – 7 Z 178/10)

GG

Die **Ablehnung eines Beweisantrags auf Einholung eines unfallanalytischen Sachverständigengutachtens verletzt den Anspruch des Beweismittelführers auf Gewährung rechtlichen Gehörs** aus Art. 103 I GG.

*„Beweisanträge auf Einholung eines unfallanalytischen Sachverständigengutachtens (sog. Unfallrekonstruktionsgutachten) [können] in der richterlichen Praxis nur in ganz seltenen Fällen abgelehnt werden. Denn bereits die Frage, welcher Umstand als Anknüpfungstatsache geeignet ist, kann im Regelfall nur von einem Sachverständigen beantwortet werden (Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 403 Rn 4). Oft ist bei der Unfallrekonstruktion bspw. gerade der Kollisionsort nicht bekannt, gleichwohl ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Sachverständiger brauchbare Gutachtenergebnisse zum Unfallhergang liefern kann (Hugemann, Unfallrekonstruktion, 2007, Bd. 2, S. 827). Anknüpfungstatsachen sind die Schadensbilder an den beiden Fahrzeugen, die eine kollisionsmechanische Zuordnung ermöglichen, ferner die Unfallörtlichkeit, deren Vermessung, die Parteiangaben und die Zeugenaussagen. Außerdem kommt eine sog. unfallanalytische Weg-Zeit-Rekonstruktion in Betracht. Eine solche kommt gerade dann in Betracht, wenn Bremsspuren auf der Fahrbahn fehlen (Schimmelpfennig/Becke, Unfallrekonstruktion und –gutachten in der verkehrsrechtlichen Praxis, 2011, Rn 614 ff.). Zudem haben neuere Fahr- und Bremsversuche gezeigt, dass entgegen weit verbreiteter Meinung auch Fahrzeuge mit ABS-Systemen zum Teil deutliche Bremsspuren auf der Fahrbahn hinterlassen (Schimmelpfennig/Becke aaO, S. 335). Darüber hinaus liefern heute computergestützte Unfallsimulationen wichtige Beiträge zur Unfallanalyse und somit auch zur richterlichen Überzeugungsbildung (Schimmelpfennig / Becke aaO, Rn 267 ff). Es ist einem **Gericht ohne sachverständige Hilfe jedenfalls nicht möglich, die Durchführbarkeit einer Unfallrekonstruktion zu verneinen, wenn diese in der Lage ist, solche Anknüpfungstatsachen verkehrstechnisch zu berücksichtigen. Dazu fehlt dem Gericht i. d. R die notwendige eigene Sachkunde.**“ (OLG Jena aaO)*

ZPO
§ 325

Rechtskrafterstreckung Urteil gegen Alleingesellschafter einer KG (BGH in BB 2012, 476; Urteil vom 29.11.2011 – X ZR 23/11)

ZPO

Eine **Kapitalgesellschaft muss sich nicht die Rechtskraft eines gegen ihren Alleingesellschafter ergangenen klageabweisenden Nichtigkeitsurteils entgegenhalten lassen.**

- I. Ein **rechtskräftiges Urteil** wirkt nach § 325 I ZPO für und gegen die Parteien und diejenigen Personen, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit deren **Rechtsnachfolger** geworden sind.

Eine **über § 325 I ZPO hinausgehende Rechtskraftwirkung** (Rechtskrafterstreckung) kommt **nur auf Grund gesetzlicher Regelung** in Betracht (Beispiele bei Musielak, ZPO, 8. Aufl., § 325 Rn 11 ff.).

Darüber hinaus kann sich aus **Vorschriften des materiellen Rechts** ergeben, dass ein am Verfahren nicht beteiligter Dritter die rechtskräftige Entscheidung gegen sich gelten lassen muss.

So folgt aus der **akzessorischen Haftung** des Bürgen, des Eigentümers des hypothekarisch belasteten Grundstücks oder des Verpfänders einer beweglichen Sache (§ 768 I, § 1137 I, § 1211 I BGB), dass diese sich auf die Abweisung der Klage des Gläubigers gegen den Schuldner berufen können (vgl. Musielak aaO, Rn 15).

Aus **§ 129 I HGB** folgt, dass ein rechtskräftiges Urteil, das in einem Prozess zwischen der offenen Handelsgesellschaft und einem Gesellschaftsgläubiger ergeht, insoweit auch gegenüber den Gesellschaftern wirkt, als es sich um Einwendungen handelt, die der Gesellschaft durch das Urteil abgesprochen worden sind (BGHZ 73, 217 = NJW 1979, 1361; s. auch BGHZ 64, 155 = NJW 1975, 1280).

Materiell-rechtliche Vorschriften, aus denen abgeleitet werden könnte, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung müsse die Abweisung einer (Patentnichtigkeits-)Klage ihres Alleingesellschafter gegen sich gelten lassen, gibt es indessen nicht (vgl. Benkard/Rogge, PatG, 10. Aufl. 2006, § 22 Rn 34).

- II. Der Ansicht, dass eine Gesellschaft sich den gegen ihren Alleingesellschafter begründeten Rechtskraftereinwand ebenso entgegenhalten lassen müsse wie rechtsgeschäftliche Abreden (vgl. hierzu BGH NJW-RR 1987, 1466), erteilt **BGH aaO** eine Absage.

*„Diese für den Einwand der Nichtangriffsabrede aus Treu und Glauben aufgestellten Grundsätze [lassen sich] nicht auf den Rechtskraftereinwand anwenden. Denn im Rahmen der Bewertung eines vertraglichen Verpflichtungen widersprechenden prozessualen Verhaltens nach § 242 BGB sind die **Rechtspositionen und Interessenlagen der Bet. umfassend zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen.** Dies lässt Raum für Lösungen, bei denen ggf. die rechtliche Unterscheidung zwischen der juristischen Person und ihrem Alleingesellschafter in ihrer Bedeutung so zurücktritt, dass sich die Gesellschaft wie ihr Gesellschafter (und umgekehrt) behandeln lassen muss. Auf das Institut der Rechtskraft (und der Rechtskrafterstreckung) lassen sich solche Wertungen nicht übertragen.“ (BGH aaO)*

(BGH in FamRZ 2012, 297; Beschluss vom 23.11.2011 – IV ZR 49/11)

Soll in einem Rechtsstreit ein in einem anderen Verfahren eingeholtes Sachverständigengutachten verwertet werden, sind die **Parteien vorher darauf hinzuweisen** und es ist ihnen **Gelegenheit zur Stellungnahme**, insbes. zur Erhebung von Einwendungen gegen das Gutachten, zu geben.

„Eine Verwertung eines in einem anderen Verfahren eingeholten Gutachtens [setzt] einen Hinweis an die Parteien auf das beabsichtigte Verfahren voraus, damit diese noch vor der Verwertung des Gutachtens in der abschließenden Entscheidung des Gerichts Gelegenheit zur Stellungnahme haben (vgl. BVerwG NJW 2009, 2614; MüKo-ZPO/Zimmermann, 3. Aufl., § 411a Rn 7, 10; Musielak, ZPO, 8. Aufl., § 411a Rn 11; Prütting/Gehrlein, ZPO, 3. Aufl., § 411a Rn 7; Leipold, § 411a Rn 16).

Diese Verfahrensweise hat das BerGer. nicht eingehalten, da es die Parteien zu keiner Zeit auf das beabsichtigte Vorgehen nach § 411a ZPO hingewiesen hatte. Die **bloße Beiziehung der (Nachlass-)Akten** des AG durch das BerGer. in der mündlichen Verhandlung **ersetzt das Verfahren nach § 411a ZPO nicht**. Hierdurch sind die **Akten lediglich zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden und können ggf. im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden**. Das Verfahren nach § 411a ZPO stellt demgegenüber die Einholung eines Sachverständigenbeweises mit der Anwendung der allgemeinen Regeln der §§ 404 ff. ZPO dar (Zimmermann, § 411a Rn 13; Greger, § 411a Rn 1; Leipold, § 411a Rn 19). Zu einer derartigen Klarstellung hinsichtlich der weiteren Verfahrensweise bestand für das BerGer. umso mehr Anlass, als zwar der Bekl. die Verwertung der im Erbscheinsverfahren eingeholten Gutachten nach § 411a ZPO angeregt hatte, der Kl. sich hiermit aber nicht einverstanden erklärt, sondern Einwände gegen die Richtigkeit der Gutachten erhoben hat.

Nur bei einer vorherigen Unterrichtung der Parteien über das beabsichtigte Verfahren nach § 411a ZPO sind diese in der Lage, die ihnen zustehenden **prozessualen Rechte auszuüben**, insbes. gem. § 411 IV ZPO Einwendungen gegen das Gutachten zu erheben oder gem. §§ 402, 397 ZPO die Anhörung des Gutachters in der mündlichen Verhandlung zu beantragen. Die Partei hat zur **Gewährleistung des rechtlichen Gehörs** einen Anspruch darauf, dass sie dem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Erläuterung der Sache für erforderlich hält, diesem zur mündlichen Beantwortung vorlegen kann. Dieses Antragsrecht der Parteien besteht unabhängig von § 411 III ZPO und davon, ob das Gericht das schriftliche Gutachten für überzeugend hält und selbst keinen weiteren Erläuterungsbedarf sieht (BGH NJW-RR 2008, 767; BGH NJW-RR 2009, 1361; BGH NJW-RR 2007, 1294; BGH NJW-RR 2007, 212). Hierbei ist die Partei nicht verpflichtet, die Fragen, die sie an den Sachverständigen zu richten beabsichtigt, im Voraus konkret zu formulieren. Es genügt, wenn sie allgemein angibt, in welche Richtung sie durch ihre Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünscht.“ (BGH aaO)

(BVerfG in AnwBl 2012, 278; Beschluss vom 07.09.2011 – 1)

Der Frage nach der Erstattungsfähigkeit von Inkassokosten kommt **rechtsgrundsätzliche Bedeutung** zu, sodass eine **Berufung im Hinblick auf diese Frage** gem. § 511 IV 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO **unabhängig von der Höhe der im Streit stehenden Inkassokosten zuzulassen** ist.

- I. Mit dem **Gebot effektiven Rechtsschutzes** ist eine den Zugang zur Berufung erschwerende Auslegung und Anwendung des hier einschlägigen § 511 IV 1 ZPO dann unvereinbar, wenn sie sachlich nicht zu rechtfertigen sind, sich damit als objektiv willkürlich erweisen und dadurch den Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar einschränken (vgl. BVerfG NJW 2009, 572; BVerfG GRUR 2010, 1033). Von **objektiver Willkür** ist dabei insbes. dann auszugehen, 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; BVerfGE 89, 1).
- II. Dies ist hier bei der (unterlassenen) Anwendung des § 511 IV 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO der Fall: Nach dieser Vorschrift lässt das Gericht des ersten Rechtszugs - bei Streitwerten bis 600 € - die Berufung zu, wenn die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert. Damit soll ausweislich der Gesetzesmaterialien **vermieden werden, dass schwer erträgliche Unterschiede in der Rspr. entstehen oder fortbestehen**, wobei es darauf ankommt, welche Bedeutung die angefochtene Entscheidung für die Rspr. im Ganzen hat (vgl. BTDrucks 14/4722, S. 93, 104).

„Die **Kosten eines Inkassobüros** können - wenngleich im Einzelnen manches umstritten ist (vgl. BGH NJW 2005, 2991 m. w. Nachw.) - nach **vielfacher höchst- und obergerichtlicher Rspr. und h. M. in der Lit.**, unbeschadet bestimmter Einschränkungen, grds. als Verzugsschaden geltend gemacht werden (vgl. etwa OLG München NJW 1975, 832; OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 15; OLG Frankfurt, NJW-RR 1990, 729; OLG Dresden NJW-RR 1996, 1471; OLG Oldenburg JurBüro 2006, 481; Bamberger/Roth, BeckOK zum BGB, Stand: 1. Februar 2009, § 286 Rn 74; MüKo-BGB/Ernst, 5. Aufl. 2007, § 286 Rn 157 m. w. Nachw.).

Nach h. M. anerkannte Einschränkungen sind etwa, dass die Höhe der geltend gemachten Kosten die alternativ bei Beauftragung eines Rechtsanwalts entstehenden Kosten nicht übersteigen dürfen und dass der Schuldner zum Zeitpunkt der Beauftragung nicht bereits von vornherein erkennbar zahlungsunwillig gewesen ist.

Trotz Hinweis auf entsprechende höchst- und obergerichtliche Rspr. seitens der Bf. hat das AG, ohne sich in seinem Urteil erkennbar mit dieser auseinanderzusetzen, hiervon wesentlich abweichend entschieden, indem es die Bemühungen der Inkassounternehmen grds. als nicht zweckgerecht und damit regelmäßig als gegen die Schadensminderungspflicht verstoßend angesehen hat.

Diese - vorliegend auch **entscheidungserhebliche - Rechtsfrage betrifft eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten**. Die Beauftragung von Inkassounternehmen zur Forderungseinziehung ist gängige Praxis und führt in Einzelfällen, wie bereits die oben zitierten Fundstellen zeigen, immer wieder zu Rechtsstreitigkeiten. Da das AG mit seinen Entscheidungsgründen zu erkennen gegeben hat, grds. anders entscheiden zu wollen, besteht insofern auch eine Wiederholungsgefahr.

Es stand dem AG zwar frei, so zu entscheiden, es hätte dann aber die Berufung zwingend zulassen müssen (vgl. BVerfG GRUR 2010, 1034).

Dies hat das Gericht, ohne sich in seiner Begründung näher mit den Zulassungsvoraussetzungen des § 511 IV 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO auseinanderzusetzen, nicht erkannt oder nicht erkennen wollen und damit insofern nach dargelegten Maßstäben willkürlich entschieden.“ (BVerfG aaO)

ZPO
§ 592 S. 1

Urkundenprozess
Erforderlichkeit des Nachweises der anspruchsbegründenden Tatsachen
(OLG München in MDR 2012, 186; Urteil vom 21.09.2011 – 7 U 4957/10)

ZPO

Kann der Kläger, der eine **Forderung im Urkundenprozess geltend macht, für die anspruchsbegründenden Tatsachen keinen Urkundenbeweis anbieten, fehlt es an der Statthaftigkeit des Urkundsverfahrens auch im Falle des Nichtbestreitens durch die Bekl.**

„Nach § 592 S. 1 ZPO kann ein Anspruch, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstand hat, im Urkundsprozess geltend gemacht werden, wenn die **sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden.**

Der Urkundsprozess ist auch dann nicht statthaft, wenn der Kläger für anspruchsbegründende Tatsachen keinen Urkundenbeweis anbieten kann, die Beklagte die betreffenden Tatsachen aber nicht bestreitet (vgl. Zöller, ZPO, 28. Auflage § 597 Rn 4). Dass der Kl. im Falle des Nichtbestreitens durch die Bekl. den Urkundenbeweis nicht zu führen braucht, ändert nichts daran, dass die Möglichkeit, ihn zu führen, Statthaftigkeitsvoraussetzung des Urkundenverfahrens ist, also dem Kl. überhaupt erst den Weg zu dieser vereinfachten Titelerlangung öffnet (Zöller aaO, § 592 Rn 11).“ (OLG München aaO)

StPO
§ 247a

audiovisuelle Vernehmung
Zuständigkeit für Beschlussanordnung
(BGH in StV 2012, 65; Beschluss vom 28.09.2011 – 5 StR 315/11)

StPO

Es existiert **keine gesetzliche Regelung, wonach** zwingend die **Gerichtsbesetzung in der Hauptverhandlung über die Anordnung einer audiovisuellen Vernehmung nach § 247a StPO zu entscheiden hat.**

„Ein solches Erfordernis ist auch nicht aus der **Gesetzsystematik** als Vorschrift des Zweiten Buches, 6. Abschnitt der Strafprozessordnung herzuleiten. Der BGH hat mehrfach entschieden, dass auch bei laufender Hauptverhandlung Gerichtssentscheidungen in der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung getroffen werden können (vgl. BGHSt 34, 154; BGH StV 2011, 295).

Auch vorliegend ist die Beschlussfassung des Gerichts in der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung nicht zu beanstanden: Zur Vorbereitung der audiovisuellen Vernehmung ist mitunter eine erhebliche Vorlaufzeit erforderlich, etwa um die technischen und tatsächlichen Modalitäten der Vernehmung abzuklären (vgl. Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 247a Rn 17). Darüber hinaus hat das Gericht im **Interesse der Verfahrensbeteiligten**, insbes. wenn ein Zeuge zu seinem Schutz seine audiovisuelle Vernehmung bereits im Vorfeld beantragt hat, **aus Gründen der Rechtsklarheit** die beabsichtigte Entscheidung zu treffen und die Beteiligten hierüber in Kenntnis zu setzen. Die Verteidigung des Angekl. wird hierdurch nicht eingeschränkt, weil das Gericht in der Hauptverhandlung an seine Entscheidung nicht gebunden ist und jederzeit - namentlich auch auf entsprechenden Antrag von Seiten des Angekl. - seine Entscheidung ändern kann.“ (BGH aaO).

StPO
§ 265

Gerichtliche Hinweispflicht
Austausch der Bezugstat
(BGH in StV 2012, 68; Beschluss vom 12.01.2011 – 1 StR 582/10)

StPO

Der **Austausch der Bezugstat bei einem Verdeckungsmord erfordert die Erteilung eines entsprechenden gerichtlichen Hinweises** nach § 265 StPO.

- I. Das Gericht, das den Schuldspruch innerhalb des Rahmens der angeklagten Tat (§ 264 StPO) auf einen gegenüber der Anklage im Tatsächlichen **wesentlich veränderten Sachverhalt** stützt, muss dem Angeklagten, um ihn vor einer **Überraschungsentscheidung** zu schützen, zuvor grds. einen entsprechenden Hinweis erteilen, das ist in der Rspr. des BGH anerkannt (vgl. u.a. BGH StV 1991, 502 m. w. Nachw.). Diese Hinweispflicht dient dem **schutzwürdigen Verteidigungsinteresse des Angekl.** und gilt auch und gerade für wesentliche Veränderungen des dem gesetzlichen Straftatbestand zugeordneten Tatverhaltens.
- II. Während **frühere Rspr.** vereinzelt die Hinweispflicht nach § 265 StPO noch restriktiv annahm, wurde bald erkannt, dass der gebotene Schutz des Angekl. vor Überraschungsentscheidungen eine umfassende Hinweispflicht erfordert.

Der erkennende Senat hat bereits in seiner Entscheidung vom 17.07.1962 - 1 StR 266/62 bei einem Hinweis auf das Mordmerkmal zur Verdeckung einer anderen Straftat die Klarstellung gefordert, "welche andere Straftat der Angeklagte nach der Meinung des Gerichts hätte verdecken können".

Zutreffend hat der 5. Strafsenat schon in seinem Urteil vom 24.05.1955 (5 StR 143/55) im Fall der Verurteilung wegen Vollrausches einen Hinweis nach § 265 StPO selbst dann gefordert, wenn die Rauschtat als ledigliche Bedingung der Strafbarkeit rechtlich anders beurteilt werden soll. Dies legt nahe, dass ein Hinweis erst recht geboten ist, wenn die Rauschtat vollständig ausgetauscht wird.

Der 3. Strafsenat hat zu Recht bei einer Verurteilung wegen Vereitels der Zwangsvollstreckung einen Verstoß gegen § 265 IV StPO darin gesehen, dass der Angekl. nicht darauf hingewiesen wurde, dass eine andere Forderung bei § 288 StGB zugrunde

gelegt wurde; der Austausch einer Forderung, deren Durchsetzung der Angekl. vereitelt haben soll, erfordert einen gerichtlichen Hinweis (BGH BGHR StPO § 265 Abs. 4 Hinweispflicht 8 und StV 1990, 249, 250).

„Gerade wenn es st. Rspr. entspricht, dass ein richterlicher Hinweis nach § 26 StPO gewissen Mindestanforderungen entsprechen muss, wozu auch die Angabe gehört, durch welche Tatsachen das Gericht die gesetzlichen Merkmale als erfüllt ansieht, liegt es nahe, überhaupt einen entsprechenden Hinweis zu verlangen, wenn - wie hier - das Tatverhalten, das zur Ausfüllung des gesetzlichen Straftatbestandes dient, wesentlich von dem Anklagevorwurf abweicht. Denn Zweck des § 265 StPO ist es, dem Angekl. Gelegenheit zu geben, sich gegenüber dem neuen Vorwurf zu verteidigen, und ihn vor Überraschungen zu schützen.“ (BGH aaO).

StPO
§ 403

Adhäsionsverfahren
Zulässigkeit der Antragstellung durch Insolvenzverwalter
(BGH in NSTz 2012, 35; Beschluss vom 05.05.2011 – 3 StR 458/10)

StPO

Der **Insolvenzverwalter ist nur dann Verletzter i. S. des § 403 StPO, wenn er nach der Insolvenzeröffnung geschädigt** worden ist. Wurde der Insolvenzschuldner hingegen vor der Insolvenzeröffnung geschädigt, ist der Insolvenzverwalter nicht antragsberechtigt.

„Nach § 403 StPO kann nur der Verletzte oder sein Erbe einen aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch im Strafverfahren geltend machen. Nach h. M. kann der Insolvenzverwalter den Antrag stellen, wenn der Insolvenzschuldner nach der Insolvenzeröffnung geschädigt worden ist (Meyer-Goßner, § 403 Rn 5 m. w. Nachw.).

Dass in den Fällen, in denen der Insolvenzschuldner vor der Insolvenzeröffnung geschädigt worden ist, der Insolvenzverwalter weder durch die Straftat selbst verletzt wurde noch Erbe des Verletzten ist, steht außer Frage. Sein **Antragsrecht ergibt sich** in diesen Fällen **auch nicht daraus, dass er als Partei kraft Amtes die Befugnisse des Insolvenzschuldners zu Gunsten der Masse ausübt** (so aber OLG Celle NJW 2007, 3795 = NSTz 2008, 480; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 403 Rn 4 m. w. Nachw.; Engelhardt, in: KK-StPO, 6. Aufl., § 403 Rn 7).

Vielmehr kommt nach **Sinn und Zweck des § 403 StPO eine Ausdehnung seines Anwendungsbereichs auf den Insolvenzverwalter nicht in Betracht. Hauptzweck des Insolvenzverfahrens ist die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger.** Das muss jedenfalls in den Fällen gelten, in denen die Erhaltung des in Insolvenz geratenen Unternehmens nach Abschluss des Insolvenzverfahrens ausscheidet. In dieser Konstellation dient die Tätigkeit des Insolvenzverwalters vorrangig, wenn nicht gar allein, **Gläubigerinteressen**, darunter u. U. auch Interessen von Gläubigern, die nicht Geschädigte der den Angekl. zur Last gelegten Taten sind. Deren Durchsetzung ist aber nicht Ziel der Privilegierung des Verletzten in § 403 StPO. Vielmehr findet die Bevorzugung des Verletzten gegenüber anderen Gläubigern des Täters ihren Grund im **persönlichen Opferschutz** und in der **Durchsetzung von Genugtuungsinteressen** des persönlich Geschädigten (OLG Frankfurt a. M. NSTz 2007, 168 [169] = NJW 2007, 1223).“ (BGH aaO)

VwGO
§ 82 I 1

Klageschrift
Erforderlichkeit der Angabe der Wohnanschrift
(OVG Berlin-Bbg in NJW 2012, 633; Beschluss vom 02.12.2011 – 3 M 127/11)

VwGO

Klagt ein minderjähriges Kind, so verlangt § 82 I 1 VwGO nicht nur die Angabe der Wohnanschrift des gesetzlichen Vertreters, sondern auch die **Angabe der hiervon abweichenden Anschrift des Kindes**.

„Zu der in § 82 I 1 VwGO geforderten Bezeichnung des Kl. [gehört] auch die Angabe seiner Wohnanschrift. Es **reicht nicht aus**, lediglich die (hier von abweichende) **Anschrift seines gesetzlichen Vertreters oder seines Verfahrensbevollmächtigten zu nennen** (vgl. i. Ü. auch § 130 Nr. 1 ZPO, § 117 II Nr. 1 VwGO, die neben der Bezeichnung der Bet. ausdrücklich auch die Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter verlangen). Die Wohnanschrift kann u. a. für die behördliche oder gerichtliche Zuständigkeit sowie vor allem für die **Identifizierung und Individualisierung des Kl.** von Bedeutung sein (vgl. BVerwG NJW 1999, 2608).“ (OVG Berlin-Bbg aaO)

AO 1977
§ 356 II 1

Rechtsmittelbelehrung
Hinweis auf Möglichkeit der Einspruchseinlegung per Email
(BFH in BB 2012, 432; Urteil vom 24.11.2011 – 10 K 275/11)

AO

Da die **Einspruchseinlegung per Email von der Formulierung „schriftlich“ nicht umfasst** ist, ist eine Rechtsbehelfsbelehrung ohne den Hinweis auf diese Möglichkeit der elektronischen Übermittlung des Einspruchs unvollständig und somit fehlerhaft.

- I. Dem **Wortlaut** nach verbindet der insoweit maßgebliche objektive Empfänger die Formulierung „schriftlich“ i. d. R. mit dem Vorliegen von Schriftzeichen auf einem stofflichen Medium (zumeist Papier). Bei der Übermittlung elektronischer Dokumente per Email ist die Herstellung eines Papierausdrucks durch den Empfänger zwar möglich; ihr kommt jedoch keine entscheidende Bedeutung mehr zu.

Hierdurch **unterscheidet sich der Versand elektronischer Dokumente per Email von der Übermittlung von Texten durch andere moderne Kommunikationsmittel** wie z.B. Telefax oder Computerfax. Diesen Formen ist gemeinsam, dass die maßgeblichen Erklärungen dadurch schriftlich fixiert werden, dass sie beim Empfänger ausgedruckt werden. Auf dieses **Charakteristikum der Schriftform** verweist auch die amtliche Begründung zum Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr (BT-Drucksache 14/4987, Seite 1). Aufgrund dieses Unterschieds kann die Rspr., nach der die (Finanz)Behörde auf die Möglichkeit einer Einspruchseinlegung per Telefax nicht gesondert hinzuweisen braucht, nicht auf die Hinweispflicht der Möglichkeit einer Einspruchseinlegung per Email übertragen werden.

II. Von einem derartigen Verständnis, nach dem sich die Schriftform von der Übermittlung elektronischer Dokumente unterscheidet, geht auch der Gesetzgeber aus: In der **amtlichen Begründung zur Einführung der Parallelnormen §130a ZPO und § 86a VWGO** beschreibt der Gesetzgeber das elektronische Dokument als „Alternative zur Schriftform, modifizierte Schriftform sowie neue prozessuale Form“ (vgl. Bundestagsdrucksache 14/4987 Seite 23 f.).

III. Dieser **gesetzgeberische Wille zur Unterscheidung zwischen schriftlichen und elektronisch übermittelten Dokumenten** kommt auch in der Gesetzessystematik der AO zum Ausdruck.

„So weist unter anderem die Formulierung des § 356 I 1 „ergeht ein Verwaltungsakt schriftlich oder elektronisch“, daraufhin, dass zwischen diesen beiden Arten von Dokumenten zu differenzieren ist.

Gleiches gilt im Ergebnis für die Formulierungen in § 87a III 1 AO: Dort wird geregelt, dass eine durch Gesetz für Anträge, Erklärungen oder Mitteilungen an die Finanzbehörden angeordnete Schriftform ... durch die elektronische Form ersetzt werden kann. Die ausdrückliche Normierung eines Ersatztatbestandes wäre nicht erforderlich, wenn die E-Mail als elektronische Form bereits eine Unterform der Schriftform wäre.“ (BFH aaO)

IV. Da die Einspruchseinlegung per Email von der Formulierung „schriftlich“ nicht umfasst ist, ist eine **Rechtsbehelfsbelehrung ohne den Hinweis auf die Möglichkeit der elektronischen Übermittlung des Einspruchs unvollständig**. Dieser Hinweis ist auch nicht aus anderen Gründen verzichtbar.

1. Wenn der **III. Senat des BFH** (III B 20/09, BFH/NV 2010, 830) es für ausreichend hält, wenn eine Rechtsbehelfsbelehrung den Wortlaut des § 357 I AO wiedergibt, wonach der Einspruch schriftlich einzureichen oder zur Niederschrift zu erklären ist, folgt BFH aaO dem nicht.

„Denn die vom BFH vorgetragene Argumentation, nach der eine Rechtsbehelfsbelehrung immer dann ausreichend sei, wenn sie den Wortlaut der einschlägigen Bestimmung wiedergebe und verständlich über allgemeine Merkmale des Fristbeginns informiere, vermag bezogen auf den Streitfall nicht zu überzeugen. Denn § 357 I AO ist nur eine von zwei Vorschriften, in denen Formerfordernisse hinsichtlich des Einspruchs geregelt sind. Ergänzend zu § 357 I AO bestimmt § 87a III AO, dass die Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden kann. Wenn aber mehrere Gesetzesnormen Bestimmungen über die Formbedürftigkeit des Einspruchs enthalten, so ist eine Rechtsbehelfsbelehrung, die nur eine der Normen ihrem Wortlaut nach wiedergibt, nicht vollständig und damit unrichtig i.S.d. § 356 II 1 AO (vgl. auch Tipke/Kruse, Kommentar zur AO, § 356 Tz. 7, wonach die **abstrakt-schlichte Wiedergabe des Wortlauts des § 356 I AO nicht ausreicht** und es widersprüchlich erscheint, in den Zeiten zunehmenden Email-Verkehrs einerseits den Einspruch durch Email zuzulassen andererseits aber auf diese Möglichkeit in der Einspruchsbelehrung nicht hinweisen zu müssen).“ (BFH aaO)

2. Der Hinweis auf die Möglichkeit der Einspruchseinlegung per Email durfte auch nicht im Hinblick darauf unterbleiben, dass die Aufnahme dieses Hinweises die **Rechtsbehelfsbelehrung überfrachtet und damit zu unübersichtlich** gemacht hätte.

„Der erkennende Senat verkennt nicht, dass die **Rechtsbehelfsbelehrung so einfach und klar wie möglich gehalten** werden soll. Denn **im Interesse rechtsunkundiger Beteiligten ist eine inhaltliche Überfrachtung zu vermeiden**, die statt Klarheit zu schaffen ihres Umfangs und ihrer Kompliziertheit Verwirrung stiftet (vgl. BFH BStBl II 2006, 455).

Die in Rspr. und Lit. geäußerte Ansicht, wonach der Hinweis auf die Möglichkeit der elektronischen Einspruchseinlegung bzw. Klageerhebung zur Unübersichtlichkeit der Rechtsbehelfsbelehrung führt, bezieht sich jeweils auf Rechtslagen, nach der die E-Mail mit einer elektronischen Signatur versehen sein muss. Vorliegend kann dahinstehen, ob die Aufnahme eines Hinweises über die elektronische Einlegung des Einspruchs einschließlich einer qualifizierten elektronischen Signatur zu einer derartigen Unübersichtlichkeit und Unklarheit der Belehrung führen würde. Ist aber - wie hier - die Einlegung eines Einspruchs mit einfacher Email ohne Signatur möglich, so **führt ein entsprechender Hinweis in der Rechtsbehelfsbelehrung nicht zu deren Überfrachtung**. Letztlich kann die Formulierung „der Einspruch ist beim Finanzamt schriftlich einzureichen“ durch die ebenso einfache wie klare Formulierung „der Einspruch ist beim Finanzamt schriftlich oder per Email einzureichen“ ersetzt werden.“ (BFH aaO)

3. Schließlich ist der **fehlende Hinweis auf die Möglichkeit der Einlegung des Einspruchs per Email auch geeignet, den rechtsunkundigen Steuerbürger von der Einlegung eines Einspruchs abzuhalten**.

„Dieses von der Rspr. entwickelte zusätzliche Tatbestandsmerkmal dient letztlich auch dazu, die Rechtsbehelfsbelehrungen einfach und übersichtlich zu halten, indem nicht jede unwesentliche Unvollständigkeit zur Unrichtigkeit der Belehrung führt. Dabei kommt es für die Frage, ob eine Unrichtigkeit bzw. Unvollständigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung geeignet ist, dem Empfänger von der Einlegung eines Einspruchs abzuhalten nicht auf den jeweils konkreten Empfängerhorizont an. Ausreichend ist vielmehr, dass die verwendeten Formulierungen abstrakt geeignet sind, die Rechtsbehelfseinlegung für einen durchschnittlichen Empfänger zu erschweren (vgl. Pahlke/Koenig, Kommentar zur AO, § 356 Rn 17 mit zahlreichen Nachweisen aus Lit. und Rspr.).

Nach diesen Grundsätzen ist der Hinweis auf die Möglichkeit, einen Einspruch schriftlich oder zur Niederschrift einzulegen, geeignet, bei einem objektiven Empfänger die Fehlvorstellung hervorzurufen, dass eine elektronische Einspruchseinlegung nicht möglich sei. Dies gilt unabhängig davon, ob dem Kl. selbst oder seinem Prozessbevollmächtigten die Möglichkeit der elektronischen Einspruchseinlegung bekannt war und diese über die Möglichkeit verfügten, elektronische Dokumente an das FA zu übermitteln.“ (BFH aaO).

„Nach § 45 I Nr. 3 VwVfG ist eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 nichtig macht, unbeachtlich, wenn die erforderliche Anhörung eines Bet. nachgeholt wird; nach Abs. 2 können derartige Handlungen bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Eine Heilung in diesem Sinne tritt allerdings nur dann ein, wenn die **Anhörung nachträglich ordnungsgemäß durchgeführt** und ihre **Funktion für den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht** wird (BVerwGE 137, 199 = NVwZ 2011, 115). Das setzt voraus, dass der Bet. – nachträglich – eine vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme erhält und die Behörde die vorgebrachten Argumente zum Anlass nimmt, die ohne vorherige Anhörung getroffene Entscheidung kritisch zu überdenken (Kopp/Ramsauer, VwVfG-Komm., 11. Aufl. 2010, § 45 Rn 26; Fehling/Kastner, § 45 VwVfG, Rn 29).

Eine Heilung der unterbliebenen Anhörung im erstinstanzlichen Verfahren scheidet bereits deshalb aus, weil das VG über den Eilantrag noch am selben Tag entschieden hat, ohne der Ag. Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben. Auch im Beschwerdeverfahren ist eine ordnungsgemäße Nachholung der Anhörung nicht erfolgt (wird ausgeführt). Damit hat der Ast. bislang noch keine vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, so dass auch die Beschwerdeerwiderung der Ag. noch nicht die Funktion einer ordnungsgemäß durchgeführten Anhörung erfüllt.

Schließlich kommt auch eine Anwendung von § 46 VwVfG nicht in Betracht: Nach dieser Bestimmung kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zu Stande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die **Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst** hat. Dass der Verfahrensfehler in Form der unterbliebenen Anhörung des Ast. offensichtlich ohne Einfluss auf die von der Behörde getroffene Entscheidung war, kann nicht festgestellt werden. Die Ag. hat jeweils nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob und ggf. welche nach § 44 I KWG zulässigen Überwachungsmaßnahmen sie anordnet. Bei Ermessensentscheidungen kann im Regelfall die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, dass die Behörde bei Beachtung des Verfahrensrechts zu einer anderen Entscheidung in der Sache gekommen wäre (Fehling/Kastner, § 46 VwVfG, Rn 27).“ (VG Kassel aaO)

BbgVwVG
§ 26 I

Verwaltungsvollstreckung Wohnungsdurchsuchung

VwVG

(VG Berlin in NVwZ-RR 2012, 167; Beschluss vom 27.09.2011 – 6 M 2/11)

- I. Die **Durchsuchung einer Wohnung im Wege der Verwaltungsvollstreckung** (hier zur Vollstreckung der Pflicht, Erhebungsunterlagen herauszugeben) **bedarf der vorherigen richterlichen Anordnung**.

„Rechtsgrundlage für die richterliche Durchsuchungsanordnung ist § 26 I BbgVwVG i. V. mit Art. 13 II GG. Nach § 26 I Nr. 1 BbgVwVG können Vollzugsdienstkräfte in rechtmäßiger Ausübung öffentlicher Gewalt unmittelbaren Zwang anwenden, also auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt einwirken (vgl. § 27 I BbgVwVG), was auch das (gewaltsame) Betreten und Durchsuchen von Wohnräumen umfasst (vgl. a. § 40 BbgVwVG, wonach durch das Gesetz u. a. das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung eingeschränkt wird). Dabei erfordert jedoch **Art. 13 II GG** eine vorherige richterliche Anordnung des VG zum (zwangsweisen) Betreten und Durchsuchen der Wohnräume (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 1990, 679; Engelhard/App, VwVG, 8. Aufl. [2008], § 12 Rn. 4). Der Prüfungsumfang ergibt sich dabei aus den gesetzlichen Bestimmungen, in denen die Voraussetzungen für die Durchsuchung festgelegt sind. Danach ist zu prüfen, ob die förmlichen und materiellen Voraussetzungen für ein (zwangsweises) Betreten und Durchsuchen von Wohnräumen im Wege der Verwaltungsvollstreckung vorliegen und ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet ist. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.“ (VG Berlin aaO)

- II. **Für Streitigkeiten** in diesem Zusammenhang ist der **Verwaltungsrechtsweg eröffnet**.

„Gem. § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.

Die vom Ast. begehrte **Durchsuchungsanordnung** zwecks Vollstreckung aus einem Bescheid des Ast. – einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts (vgl. Art. 1 I des Staatsvertrags zwischen dem Land Berlin und dem Land Brandenburg über die Errichtung eines Amtes für Statistik Berlin-Brandenburg vom 13.12.2005) – **betrifft eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art**. Dass für Streitigkeiten über eine Verwaltungsvollstreckung zu Gunsten der öffentlichen Hand der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, **ergibt sich i. Ü. auch aus § 169 VwGO**, der dies stillschweigend voraussetzt und hierfür das Verwaltungsvollstreckungsgesetz bzw. entsprechende landesrechtliche Bestimmungen für maßgebend erklärt.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit scheidet hier auch nicht deswegen aus, weil der Verwaltungsvollstreckung die (Herausgabe-) Pflicht eines vom Ast. bestellten ehrenamtlichen Erhebungsbeauftragten zu Grunde liegt. Auch diese Pflicht ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wie sich aus den §§ 81 ff. VwVfG (i. V. mit § 1 I 1 BbgVwVfG/§ 1 I BlnVwVfG), § 6 ZensusAGBbg/§ 3 BlnZensusAG, § 14 BStatG ergibt.“ (VG Berlin aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Dietrich:** Die Begründung der Mieterhöhungserklärung unter Bezug auf einen Mietspiegel in der Praxis (NJW 2012, 567)

Dem Mieter müssen bei einer **Mieterhöhungserklärung**, die sich auf die **örtlich vergleichbaren Mieten und einen Mietspiegel stützt**, die **Tatsachen benannt** werden, **die es ihm ermöglichen, das Mieterhöhungsbegehren anhand des Mietspiegels nachzuvollziehen und zu überprüfen**; unter dieser Prämisse ist es unwesentlich, ob die Erklärung in Form der Angabe des Mietspiegelfeldes oder textlich ausformulierten Sätzen erfolgt; die alleinige Benennung eines (maßgeblichen) Mietspiegelfeldes reicht nur dann aus, wenn die zu ihm führenden und überprüfbaren Kriterien, die der Mietspiegel als wesentlich zu Grunde legt, darin klar ablesbar sind (Beispiel: Berlin); denn wenn die Angabe des Mietspiegelfeldes einer stichwortartigen Begründung gleichkommt, stellt mehr zu verlangen **unnötige Förmerei** dar; anderenfalls ist eine weitergehende Begründung notwendig, die auch die auf die speziellen Verhältnisse in Berlin abstellende BGH-Entscheidung von Ende 2007 nicht entbehrlich macht. - Eindeutige Hervorhebungen im Mietspiegelfeld (Ankreuzen o. Ä.) können zur Begründung ausreichen. - Eine Begründung ist selbst dann zu geben, wenn der Vermieter ein Merkmal als „durchschnittlich“ bewertet; entbehrlich ist eine Begründung, wenn der Vermieter eine Miete geltend macht, die sich bis zum untersten Spannenwert der niedrigsten Mietspiegelkategorie ableiten lässt; dies gilt auch dann, wenn der Vermieter zwar das Vorliegen höherer Merkmale behauptet, aber die entsprechende Miete, etwa wegen der Kappungsgrenze, nicht, sondern nur jene Miete bis zum niedrigsten im Mietspiegel abgebildeten Betrag geltend macht.

2. **Woitkewitsch:** Rechte des Fluggastes bei Flugannulierung und –verspätung (MDR 2012, 193)
3. **Born:** Der unsichtbare Dritte – auch im Unterhaltsrecht? (NJW 2012, 496)

Die **Auskunftspflicht im Familienrecht erstreckt sich auf Einkünfte und Vermögen als Quellen, die Grundlage für die Unterhaltsbestimmungen sein können**, nur, soweit die Auskunft zur Festlegung des Unterhalts auch nötig ist; deshalb muss der Auskunft verlangende Beteiligte im Einzelnen festlegen, welche Angaben er benötigt; aus § 1605 BGB lässt sich keine Pflicht herleiten, über sonstige für das Bestehen und die Höhe eines Unterhaltsanspruchs bedeutsame Umstände (z. B. Erwerbsbemühungen, Wiederheirat, Geburt eines Kindes, Einkünfte anderer Verwandter oder des neuen Ehegatten) Auskunft zu erteilen; auch eine entsprechende Anwendung der Vorschrift kommt insoweit nicht in Betracht, denn dem Gesetzgeber war die Problematik bekannt, gleichwohl hat er sich für diese Lösung entschieden. - Eine **aktuelle Entscheidung des BGH** (NJW 2011, 3790) setzt sich mit der **Frage** auseinander, **ob** und inwieweit sich der **Auskunftsanspruch auch gegen dritte Personen** richten kann, **die am Unterhaltsrechtsverhältnis nicht direkt beteiligt sind**. - Auskunft (isoliert oder als Stufenantrag) kann nur verlangt werden, wenn sie zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs „erforderlich“ ist; eine behauptete Verwirkung rechtfertigt keine Auskunftsverweigerung; dagegen lässt die Erklärung hinreichender Leistungsfähigkeit das Auskunftsinteresse regelmäßig entfallen. - Von Dritten kann Auskunft verlangt werden bei **besonderer rechtlicher Beziehung oder bei Relevanz für eigene Einkünfte des Auskunftsschuldners**; eine **allgemeine Informationspflicht kennt das Gesetz nicht**. - Rechtsmittel gegen Entscheidungen, die den Auskunftsschuldner zur Auskunftserteilung verurteilen, scheitern im Regelfall am Nichterreichen der erforderlichen Beschwer von über 600 € (§ 511 II 1 ZPO); ist aber eine Einschaltung von Hilfspersonen erforderlich, sind deren Kosten zu berücksichtigen mit der Folge, dass eine hinreichende Beschwer regelmäßig vorliegt; wird der Schuldner – auch dann, wenn es zu Unrecht geschieht – zur Vorlage von Unterlagen eines Dritten verpflichtet, sind die Kosten eines Verfahrens gegen diesen bei fehlender freiwilliger Herausgabe im Rahmen der Beschwer zu berücksichtigen. - Durch das neue Verfahrensrecht (§§ 235, 236 FamFG) sind die **Auskunftsrechte des Gerichts und die Auskunftspflichten von Dritten erweitert** worden. Geheimhaltungsinteressen Dritter werden aber auch weiterhin nicht hinreichend berücksichtigt.

4. **Fest:** Einstweilige Anordnung in Unterhaltssachen (NJW 2012, 428)

Verfahren in Unterhaltssachen (§ 231 FamFG) sind – mit Ausnahme der in § 231 II FamFG geregelten Verfahren – Familienstreitsachen (§ 112 Nr. 1 FamFG), für die **nicht der Amtsermittlungsgrundsatz** (§ 26 FamFG), **sondern der Beibringungsgrundsatz der ZPO** (§ 113 I FamFG) gilt; den sich daraus ergebenden Schwierigkeiten kann der Ast. im Hauptsacheverfahren mit materiell-rechtlichen Auskunftsansprüchen im Stufenverfahren begegnen; im einstweiligen Anordnungsverfahren erlangt die verfahrensrechtliche Auskunftspflicht nach § 235 FamFG besondere Bedeutung. - Eine wesentliche Schwierigkeit für die Ast. in Verfahren in Unterhaltssachen (§ 231 I FamFG) besteht regelmäßig darin, dass sie keine detaillierte Kenntnis von den gegenwärtigen Einkommensverhältnissen der Ag. haben, auf deren Grundlage sie die Unterhaltshöhe berechnen können; gleichwohl müssen sie in der Antragsschrift grds einen bestimmten Antrag (§ 113 I 2 FamFG i. V. mit § 253 II Nr. 2 ZPO) stellen; ein **unbezifferter Antrag ist auch unter Geltung der §§ 235, 236 FamFG nicht vorgesehen**. - Zusätzlich ist die Antragstellung dadurch erschwert, dass die Unterhaltsgläubiger auf Grund des Beibringungsgrundsatzes die der Anspruchsbegründung dienenden Tatsachen wahrheitsgemäß und vollständig vorzutragen haben, § 138 I ZPO i. V. mit § 113 I 2 FamFG4; dies erfordert nicht nur Darlegungen zu dem unterhaltsrechtlichen Grundverhältnis (Verwandtschaft in gerader Linie, geschiedene Ehe, Getrenntleben), sondern auch zu den Tat-

sachen, aus denen sich der Bedarf des Ast. ergibt, insbes. der Einkünfte des Ag. und solcher Aufwendungen, die geeignet sind, das unterhaltsrechtlich bedeutsame Einkommen zu verringern; Angaben hierzu sind den Ast., obgleich an die Substanziierung des Vortrags keine erhöhten Anforderungen gestellt werden, häufig nicht oder nur unsubstanziert möglich. - Gelingt es den Ast. nicht, bereits vor der Einleitung des gerichtlichen Verfahrens bestimmte Kenntnisse zu erlangen – sei es, dass eine gemeinsame Einkommensteuererklärung der Ehegatten vorhanden ist oder der Ast. einer außergerichtlichen Auskunftsaufforderung zumindest teilweise freiwillig nachkommt –, besteht in der Hauptsache die Möglichkeit, einen zunächst unbezifferten Leistungsantrag und einen materiellrechtlichen Auskunftsanspruch (§§ 1580, 1605, 1361 IV 4, 1615 I III 1 BGB) mittels eines Stufenantrags (§ 254 ZPO i. V. mit § 113 I 2 FamFG) miteinander zu verbinden. - Auch unter Geltung des FamFG sind **materielle rechtliche Auskunftsansprüche im einstweiligen Anordnungsverfahren in Unterhaltssachen nicht anwendbar**; daher besteht für den darlegungsbelasteten Ast. und die Gerichte, die um eine sachlich möglichst richtige Entscheidung bemüht sind, das Bedürfnis, auf anderem Wege die für die Bedarfsbemessung erforderlichen Informationen einzuholen; zu diesem Zweck haben einige Gerichte im Rahmen der Terminsvorbereitung telefonisch Auskünfte bei den Arbeitgebern der Unterhaltsschuldner eingeholt; dieses Vorgehen ist als Maßnahme der Amtsermittlung unzulässig. - Das Informationsbedürfnis kann jedoch dadurch befriedigt werden, dass die Gerichte im Rahmen der Terminsvorbereitung sowohl dem Ag. als auch dem Ast. auf Grundlage der auch im einstweiligen Anordnungsverfahren anwendbaren verfahrensrechtlichen Auskunftspflicht (§ 235 FamFG) aufgeben, bestimmte Unterlagen in der mündlichen Verhandlung vorzulegen.

5. **Grziwotz**: Rspr.-Übersicht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft (FamRZ 2012, 261)
6. **Vianello**: Handel mit gebrauchter Software für Schüler, Studenten und Lehrkräfte - Die aktuelle Rspr. des BGH (MMR 2012, 139)
7. **Eschelbach/Geipel**: Parteienanhörung – Die Verwertung im Rahmen der Beweiswürdigung (MDR 2012, 200)

Nach den **Regeln des Strengbeweisverfahrens** ist es nicht möglich, aufgrund freier Beweiswürdigung bei widersprechenden Parteiangaben allein aufgrund der Angaben einer Partei in deren Anhörung zu einem der gesetzlichen Beweislastverteilung widersprechenden Ergebnis zu gelangen, indem den Angaben der beweisbelasteten Partei gefolgt wird. - Es muss **mindestens eine förmliche Parteivernehmung nach dem Maßstab der §§ 445 ff. ZPO zugrunde legen**. - Lässt sich nur eine Partei im Rahmen einer Anhörung nach § 141 ZPO zur Sache ein, so kann aus der Nichteinlassung der anderen Partei alleine ebenfalls noch nicht der Schluss gezogen werden, den Angaben der sich der Anhörung stellenden Partei sei zu folgen. - **Angaben zur Aufklärung und Angaben zur Beweisführung sind streng zu trennen**.

8. **Büchner/Stöhr**: Arbeitszeit in Krankenhäusern – Ein haftungsrechtliches Risiko? (NJW 2012, 487)

Ein **Arzt ist nicht dazu verpflichtet, die Arbeitszeit entgegen der gesetzlichen Vorgaben zu überschreiten**; eine **entsprechende Weisung des Arbeitgebers ist unwirksam**. - Damit ist bei einer Leistungsverweigerung weder eine Abmahnung noch eine verhaltensbedingte Kündigung möglich. – Überschreitet der Arzt die Vorgaben des ArbZG bewusst, setzt er sich erheblichen **Haftungsrisiken** aus; die Darlegung eines schicksalhaften Verlaufs wird bei nachweisbarer Übermüdung des behandelnden Arztes kaum gelingen; der Arzt hat in eigener Verantwortung zu entscheiden, welches (Haftungs-)Risiko er in Kenntnis seiner Müdigkeit und ohne Einhaltung von Ruhezeiten mit der Übernahme eines Patienten eingeht. - Der **Klinikträger** selbst muss neben einem Regressanspruch des haftenden Arztes auch mit einer **Eigenhaftung** rechnen; die **Exkulpationsmöglichkeit bei der Überschreitung der Arbeitszeit wird nur auf Notfälle zu beschränken** sein.

9. **Schrader**: Einstweilige Verfügung auf Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist? (BB 2012, 447)

Der **Arbeitnehmer hat grds. im bestehenden Arbeitsverhältnis einen Beschäftigungsanspruch**. - Für den Fall der Freistellung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bedarf es allerdings für die Durchsetzung des Beschäftigungsanspruches eines Verfügungsgrundes, der Verfügungsgrund folgt nicht aus dem Verfügungsanspruch. - Beim **Verfügungsgrund** wiederum sind zu berücksichtigen der Zeitraum der Freistellung und **wichtige Gründe für die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers**, wie z. B. die Erhaltung von Know-how und Ähnlichem; hier wird man im jeweiligen Einzelfall zu differenzierten Ergebnissen kommen. - Es erscheint jedenfalls unzutreffend, einen Verfügungsgrund zu vernachlässigen und sich allein auf den Verfügungsanspruch zu berufen, denn dies wird dem Charakter eines einstweiligen Verfügungsverfahrens als summarisches Verfahren nicht gerecht.

II. Strafrecht

1. **Barczak**: Der verdeckte Einsatz ausländischer Polizisten in Deutschland – Rechtsrahmen, Rechtsprobleme und Reformbedarf (StV 2012, 188)

Der **verdeckte Einsatz ausländischer Polizisten in Deutschland** wird durch das **EU-RhÜbk ermöglicht** und beruht aus zwischenstaatlichen Vereinbarungen. - Die **Einsatzvoraussetzungen und Befugnisse richten sich nach dem jeweiligen nationalen Recht**; das deutsche Strafprozessrecht kennt jedoch – ebenso wenig wie das Polizeirecht – keine eigenständige Rechtsfigur des verdeckt operierenden ausländischen Polizeibeamten; dieser lässt sich nicht – was nahe liegend wäre – unter den Tatbestand des „Verdeckten Ermittlers“ i. S. d. § 110a II 1

StPO subsumieren, welcher vom Gesetzgeber auf deutsche Beamten zugeschnitten wurde; er ist daher zwangsläufig wie eine V-Person und mithin wie ein Privater zu behandeln, der als Zuträger der Ermittlungsbehörden tätig wird. - Die hier bestehende Rechtsunsicherheit erstreckt sich damit auf den verdeckt ermittelnden ausländischen Beamten und wird durch das ihn betreffende Regelungsdefizit nochmals vergrößert. - **Beweisverwertungsverbote** ergeben sich insbes. dann, **wenn Verfahrensvoraussetzungen (§§ 110a ff., 136 StPO) durch den Einsatz eines ausländischen Ermittlers gezielt umgangen werden sollen**; versteht man Generalklauseln als „ein Stück offen gelassener Gesetzgebung“, die den Lückenschluss an den Rechtsanwender delegieren, kann der Gesetzgeber sich dort nicht mit ihnen begnügen, wo der Parlamentsvorbehalt eine Entscheidung des Souveräns zwingend voraussetzt und damit zugleich ein Delegationsverbot konstituiert. - Mit Blick auf die Voraussetzungen ihres Einsatzes und ihre Befugnisse ist eine gesetzliche Regelung der V-Person längst erforderlich; diese Regelung könnte sodann von einer ausdrücklichen Normierung des ausländischen Polizeibeamten absehen; wollte man diesem hingegen nach Art und Umfang die gleichen Befugnisse wie deutschen Beamten einräumen, bedarf es einer Norm, welche den ausländischen Beamten expressis verbis zum „Verdeckten Ermittler“ i. S. d. § 110a II 1 StPO erklärt; solange dies nicht geschehen ist, kommt ein verdeckt agierender ausländischer Ermittler weiterhin „nicht als Polizist“ nach Deutschland, sondern als „Privatmann“.

2. **Giesen:** Zum Begriff des Offenbarens nach § 203 StGB im Falle der Einschaltung privatärztlicher Verrechnungsstellen (NStZ 2012, 122)

Die zivilrechtliche Bindungen zwischen dem schweigepflichtigen Berufsträger und seinem berufsmäßig tätigen Gehilfen sind ausschlaggebend für die Definition des Offenbarens; die datenschutzrechtliche Fiktion, dass Auftraggeber und Auftragnehmer nur eine Stelle bilden, sowie die strikte vertragliche Zweckbindung der Daten innerhalb dieser Stelle schließen ein Offenbaren aus; nur so können **Wertungswidersprüche** verhindert werden. - Es kommt darauf an, dass „die betroffene Person aus der Sicht des Geheimnis-Berechtigten in den organisatorischen und weisungsgebundenen internen Bereich der vertrauensbegründenden Sonderbeziehung einbezogen ist“; der Privatpatient kann heute davon ausgehen, dass der Arzt seine Abrechnung über eine privatärztliche Verrechnungsstelle erstellen und einziehen lässt; jeder Privatpatient erwartet dies. - Der **Zessionar** wird **durch § 28 VII BDSG zur Verarbeitung der Patientendaten befugt**. - Folglich bedarf der Arzt, der seine Abrechnungspflicht mit Hilfe einer privatärztlichen Verrechnungsstelle erfüllt, dazu keiner besonderen Befugnis durch Einwilligung, Vertrag oder Gesetz.

3. **Klemm:** Zur Anwendbarkeit des § 20 VereinsG vor dem Hintergrund des Ermächtigungserfordernisses in § 129b StGB (NStZ 2012, 128)

Problemstellung: Eine Zuwiderhandlung gegen Verbote des Vereinsgesetzes nach § 20 I VereinsG kann nur dann bestraft werden, wenn die Tat nicht zugleich in den §§ 129–129b StGB „mit Strafe bedroht ist“; der **Verstoß nach § 20 VereinsG tritt damit hinter die Bildung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung im Wege der formellen Subsidiarität zurück**. - Gem. § 129b I 3 StGB setzt die Verfolgung der zuletzt genannten Straftaten, sofern sie im Zusammenhang mit einer Vereinigung außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union stehen, eine Ermächtigung des Bundesministeriums der Justiz voraus; wurde eine solche erteilt, findet die **Subsidiaritätsklausel des § 20 I VereinsG** unproblematisch mit der Folge Anwendung, dass die Ahndung einer Tat, welche beide Tatbestände gleichermaßen erfüllt, allein anhand der vorrangigen Regelungen des Strafgesetzbuches erfolgt; fehlt es hingegen beim Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der §§ 129–129b StGB an der Ermächtigung, stellt sich die Frage, inwieweit noch auf die formell subsidiäre Vorschrift des § 20 VereinsG zurückgegriffen werden kann. - Die umfassende Auslegung der Subsidiaritätsklausel in § 20 VereinsG hat zu dem Ergebnis geführt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers **§ 20 VereinsG auch beim Fehlen einer Ermächtigung i.S.d. § 129b I 3 StGB anwendbar** bleibt: Während der Wortlaut indifferent ist und die historische Auslegung keinen eindeutigen Willen erkennen lässt, gebieten sowohl die systematische als auch die teleologische Auslegung einen Rückgriff auf § 20 VereinsG, denn nur so können eklatante **Strafbarkeitslücken im besonders sensiblen Bereich des Staatsschutzes vermieden** werden. - Um diesen eindeutigen Willen auch im zweideutigen Wortlaut des § 20 VereinsG deutlich zu machen, sollte de lege ferenda erwogen werden, eine Subsidiarität des § 20 VereinsG nur dann eintreten zu lassen, sofern die Tat nicht mittels der dort in Bezug genommenen Vorschriften „verfolgt werden kann“.

4. **Möller:** Führen Verstöße gegen § 67 I JGG bei polizeilichen Vernehmungen eines jugendlichen Beschuldigten zu einem Beweisverwertungsverbot? (NStZ 2012, 113)

Bespr. der Entsch. **LG Saarbrücken NStZ 2012, 167** - § JGG § 67 JGG gibt den **Eltern ein Anwesenheitsrecht bei polizeilichen Vernehmungen des beschuldigten Jugendlichen** und führt zur **Pflicht der Polizei**, die **Eltern zu ermitteln und diese über ihr Anwesenheitsrecht umfassend zu informieren**; außerdem muss der beschuldigte **Jugendliche** neben den allgemeinen strafprozessualen Belehrungen **umfassend darüber belehrt werden, dass er ein Elternkonsultationsrecht hat** und ihm ist zwingend mitzuteilen, dass die Eltern ein eigenes Anwesenheitsrecht haben und auch von dem eingeleiteten Ermittlungsverfahren informiert werden. - Alle **Belehrungen müssen verständlich sein**, damit der Jugendliche sie nicht nur versteht, sondern auch psychisch umsetzen kann. - Die Polizei muss **positiv in den Akten dokumentieren, dass diese Belehrungen erteilt und von dem Jugendlichen verstanden wurden** und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er den Sinn der Belehrung nicht verstanden bzw. nicht die Einsicht in die Tragweite seiner Entscheidung hat. - Das **Anwesenheitsrecht der Eltern kann grds. nicht vom Jugendlichen durch einen Verzicht unterlaufen werden**; verletzt die Polizei das Anwesenheitsrecht der Eltern, ist die Aussage des Jugendlichen unverwertbar; dies gilt auch dann, wenn der Jugendliche über das Elternkonsultationsrecht nicht belehrt wurde; erfolgt später eine zweite Aussage des Beschuldigten, ohne dass er zuvor qualifiziert belehrt wurde, ist auch diese unverwertbar.

III. öffentliches Recht

1. Wolff: Grenze der Heimlichkeit (NVwZ 2012, 205)

Schiedsverfahren, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist, **müssen öffentlich sein und mit der Veröffentlichung des Schiedsspruchs einschließlich seiner Begründung enden**; erst wenn diese Transparenz besteht und die Legislative ein entsprechendes Maß an Kenntnis über das Ob und Wie eines Schiedsverfahrens erhält, wird die Erwägung und ggf. der Einsatz spezieller parlamentarischer Kontrollinstrumente, wie kleiner und großer Anfragen, Akteneinsichtsverlangen und unter den entsprechenden Voraussetzungen die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses, möglich. - Da Schiedsverfahren nach der gesetzlichen Konzeption grds. nicht-öffentlich sind, muss die **Öffentlichkeit in Schiedsabreden mit der öffentlichen Hand explizit vereinbart** werden, andernfalls sind die Abreden verfassungswidrig und nichtig; dies müsste grds. jedes Schiedsgericht feststellen, das in einem entsprechenden Verfahren angerufen wird, denn auch Schiedsgerichte prüfen zuerst ihre Zuständigkeit.

2. Schenke: Rechtsschutz bei überlanger Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren (NVwZ 2012, 257)

Problemstellung: Die **gesetzliche Neuregelung in § 198 I GVG** bietet nur **wenig Orientierung im Hinblick auf die Frage, wann von einer unangemessenen Dauer gerichtlicher Verfahren** auszugehen ist; **unklar bleibt zudem die Reichweite der in § 198 IV 3 GVG** auch ohne vorherige Verzögerungsrüge **zugelassenen gerichtlichen Feststellung der Unangemessenheit der Verfahrensdauer**, die zwangsläufig in ein nur interpretativ aufzulösendes Spannungsverhältnis zu der i. Ü. in den §§ 198 ff. GVG erfolgten Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen überlange Verfahrensdauer tritt. - Die Angemessenheit der Verfahrensdauer hängt gem. § 198 I 2 GVG insbes. von der **Schwierigkeit des Verfahrens** ab; diese kann aus rechtlichen wie auch aus tatsächlichen Umständen resultieren; **rechtliche Schwierigkeiten** können dabei darauf beruhen, dass die Entscheidung von bisher ungeklärten komplizierten Rechtsfragen abhängt; **tatsächliche Schwierigkeiten** können sich daraus ergeben, dass der Sachverhalt unaufgeklärt ist und deswegen eine umfangreiche Beweisaufnahme durchgeführt werden muss. - Relevant ist nach § 198 I 2 GVG auch die **Bedeutung des Verfahrens**: Diese richtet sich zum einen nach dem **Interesse der Verfahrensbeteiligten an einer baldigen Entscheidung**; von diesem Interesse ist insbes. dann auszugehen, wenn sich aus einer Verzögerung der Entscheidung für die in § 198 VI Nr. 2 GVG genannten Beteiligten schwere und nicht oder nur begrenzt reparable Nachteile ergeben, z. B. Insolvenz; neben den Interessen der Beteiligten können aber auch Interessen von Nichtbeteiligten sowie der Allgemeinheit für die Bestimmung der angemessenen Verfahrensdauer relevant werden, was z. B. zutrifft, wenn es um die **Durchführung eines Musterverfahrens** geht, das für eine Vielzahl ähnlicher Fälle **richtungsweisende Bedeutung** besitzt. - Auch in § 198 I GVG nicht genannte Umstände können Ursache einer unangemessenen Verfahrensdauer sein: So kann sich diese aus einer Überlastung des Gerichts durch eine Vielzahl bei ihm anhängiger Verfahren ergeben; dies gilt jedenfalls dann, wenn diese **Belastung voraussehbar war** und sich durch eine andere Geschäftsverteilung oder durch eine **Bewilligung zusätzlicher Personal- und Sachmittel** seitens des Haushaltsgesetzgebers hätte vermeiden lassen; der in § 198 GVG normierte Anspruch setzt nämlich keine Pflichtwidrigkeit des für das Verfahren zuständigen Gerichts voraus, entscheidend ist vielmehr nur, dass die Verzögerungen des Verfahrens dem Staat zurechenbar sind; da der Entschädigungsanspruch des § 198 GVG an eine **durch staatliches Fehlverhalten verursachte unangemessene Verfahrensdauer** anknüpft, scheiden Entschädigungsansprüche grds. aus, wenn die Verzögerung des Verfahrens ausschließlich durch die in § 198 VI Nr. 2 GVG genannten Verfahrensbeteiligten selbst oder durch Dritte verursacht wurde und das Gericht dem nicht gegensteuern konnte.

3. Zuck: Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG (NVwZ 2012, 265)

Der Gesetzgeber gewährt nunmehr einen Rechtsanspruch auf Nachteilsausgleich bei unangemessen dauernden Gerichtsverfahren, wobei **für Verfahren vor dem BVerfG eine umfangreiche Sonderregelung** gilt. - Gegenstand des Gesetzes ist der Nachteilsausgleich bei unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens; die Dauer selbst ist bloße Voraussetzung für die Anwendung des Gesetzes. - Amtshaftungsansprüche gegen säumige Richter müssen durch das mikroskopisch enge Nadelöhr der einschlägigen BGH-Rspr. - § 97 a I 1 BVerfGG bezieht sich auf alle Verfahren, also auf alle von Art. 93 I, II GG erfassten Verfahren und die über die Ermächtigung nach Art. 93 III GG geschaffenen einfachrechtlichen Zuständigkeiten.

4. Korn: Akteneinsicht und Informationsfreiheit im Steuerrecht (DÖV 2012, 232)

Die **Informationszugangsfreiheit und das Abgabenrecht bilden keine miteinander unvereinbaren Gegensätze**, vielmehr ist das Abgabenrecht als Teilgebiet des Verwaltungsrechts **den gleichen rechtsstaatlichen Bindungen unterworfen wie das übrige Verwaltungsrecht**; insbes. das Abgabenrecht als reines Eingriffsrecht bedarf einer starken Bindung an das Gesetz sowie einer effektiven Kontrolle. - Das Informationsrecht ist eng mit dem bereichsspezifischen Fachrecht zu betrachten und stellt doch eine eigenständige Materie dar: Es folgt primär einer objektiv-rechtlichen Zielsetzung durch **Schaffung subjektiv-rechtlicher Ansprüche**; im Vergleich mit den Datenschutzgesetzen von Bund und Ländern und den bestehenden teleologischen Parallelen wohnen ihm auch subjektiv-rechtliche Komponenten inne, so zum einen in Gestalt eines grundrechtlichen Leistungsanspruchs auf Zugang zu Informationen zur Verfolgung eigener Rechte, zum anderen als durch Art. 5 I GG geschütztes informationsrechtliches Teilhaberecht. - Die Mängel der Umsetzung der Informationszugangsfreiheit, insbes. auf Ebene der Verwaltung, bestehen auch – wenn nicht sogar verstärkt – im Bereich des Abgabenrechts; gleiches gilt hinsichtlich der (finanzrechtlichen) Rspr.: Beide Gewalten gehen vom traditionellen Bild der Steuerverwaltung aus; doch bleiben dabei die Öffnung der Verwaltung sowie die Verstärkung demokratischer Kontrolle und rechtsstaatlicher Bindung unberücksichtigt; der **voraussetzungslose Informationszugangsanspruch** wird entgegen seiner Zielsetzung **zu einem bloßen und subsidiären Akteneinsichtsrecht degradiert**. - Dem Informations-

freiheitsrecht kommt eine weitere Bedeutung zu als die bloße subjektiv-rechtliche Gewährung von Zugang zu eigenen Daten.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Blattner:** Formularvertragliche Vereinbarungen im Anwaltsvertrag; Nicht alles geht, was Anwälte wünschen – und doch: Es geht mehr als viele denken“ (AnwBI 2012, 237)
2. **Kroiß:** Die Entwicklung des Gerichts- und Notarkostenrechts im Jahr 2011 (NJW 2012, 501)
3. **Kilian:** Berufsrecht im Dreipersonenverhältnis: Abrechnungsvereinbarung (AnwBI 2012, 209)

Ein Rechtsanwalt kann durch Abschluss einer Abrechnungsvereinbarung bzw. Abrechnung eines Mandats auf dessen Grundlage eine **berufspflichtwidrige Gebührenunterschreitung** nach dem herrschenden Verständnis des Vergütungsrechts nur im gerichtlichen Tätigkeitsfeld begehen, soweit die Vereinbarung sich auch auf dieses erstreckt und eine – wie auch immer bewirkte – Unterschreitung der Festgebühren des RVG bewirkt; **bei außergerichtlicher Vertretung oder Beratung ist eine Gebührenunterschreitung auf der Grundlage des herrschenden Normenverständnisses der §§ 3 a ff., 34 RVG nicht gegeben**, auch wenn unter Umständen eine unangemessene niedrige Vergütung vereinbart sein kann; eine solche verstößt aber nicht gegen § 49b BRAO, sondern lediglich gegen § 4 RVG und ist **nicht berufsrechtlich sanktionierbar**. - Ein Verstoß gegen das **Verbot der Gewährung von Vorteilen für die Vermittlung von Aufträgen** kann nur angenommen werden, wenn in dem lediglich der Rechtsschutzversicherung reflexhaft vom wirtschaftlichen Vorteil reichenden, rechtlich aber ausschließlich dem Mandanten gewährten Vorteil der Ausschöpfung eines Satzrahmens bzw. Bestimmung der üblichen Vergütung eine i. S. von § 49 Abs. 3 BRAO tatbestandsmäßige Gewährung eines „sonstigen Vorteils“ zu sehen ist. – Ein **Verstoß gegen § 21 BORA ist nicht gegeben, soweit kein Verstoß gegen § 49 Abs. 3 BRAO vorliegt**. – Es wird nur dann gegen das Verbot einer erfolgsabhängigen Vergütung verstoßen, wenn man es für einen Verstoß gegen § 49 b II BRAO ausreichen lässt, dass der Rechtsanwalt im Rahmen der materiell-rechtlichen Kostenerstattung gegenüber einem erstattungspflichtigen Gegner eine höhere Vergütung geltend macht als sie nicht in einer mit dem Vergütungsschuldner selbst, sondern in einer mit einem Dritten geschlossenen, für die Vergütungsschuldnerschaft rechtlich bedeutungslosen (Abrechnungs-) Vereinbarung vorgesehen ist. – Ein Rechtsanwalt begibt sich durch Abschluss einer Abrechnungsvereinbarung nicht in eine berufspflichtwidrige bzw. strafbare Interessenkollision, da er in keiner der im Dreipersonenverhältnis vorliegenden Rechtsbeziehungen (Versicherungsvertrag, Anwaltsvertrag, Abrechnungsvereinbarung) widerstreitende Interessen i. S. von § 43 a IV BRAO bzw. § 356 StGB vertritt; soweit aus Rücksichtnahme auf wirtschaftliche Interessen der Rechtsschutzversicherung eine suboptimale Wahrnehmung der Mandanteninteressen erfolgt, kann hierhin aber zivilrechtlich eine Pflichtverletzung i. S. von § 280 I BGB liegen. – Eine **Verletzung der Pflicht zur Wahrung der Unabhängigkeit ist in dem Abschluss einer Abrechnungsvereinbarung nicht zu sehen**, da § 43 a I BRAO rein wirtschaftliche Abhängigkeiten von Rechtsanwälten nicht unterbindet.

4. **Schlinker/Hammerschmid:** Nachhaftung des aus der Sozietät ausgeschiedenen Rechtsanwalts für Sekundäransprüche nach der Verletzung von Schutzpflichten i. S. von § 241 II BGB (NJOZ 2012,321)

Problemstellung: Scheidet ein Rechtsanwalt oder ein anderer Angehöriger eines freien Berufes aus einer Sozietät aus, die als GbR organisiert ist, dann bleibt seine Haftung für in diesem Zeitpunkt bereits begründete Verbindlichkeiten grds. gem. § 736 II BGB i. V. mit § 160 I HGB bestehen; erst mit dem Ablauf einer Frist von fünf Jahren endet die persönliche Haftung des ausgeschiedenen Sozietätsmitglieds; für die **Nachhaftung** kommt es somit **entscheidend** darauf an, **wann ein Anspruch begründet ist i. S. von § 160 I HGB**. - Wird der ausgeschiedene Sozietät von einem Gesellschaftsgläubiger auf Erfüllung in Anspruch genommen, dann ist die **Verbindlichkeit unstreitig bereits mit Vertragsschluss begründet** i. S. von § 160 I HGB; dagegen wird kontrovers diskutiert, ob der Rechtsgrund für die Verbindlichkeit bei Sekundäransprüchen, insbes. bei Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung einer Schutzpflicht i. S. des § 241 II BGB, bereits mit dem Vertragsschluss gelegt ist oder ob weitere Anspruchsvoraussetzungen verwirklicht sein müssen. - Seitdem der BGH die Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt hat, hat sich die Rspr. schon mehrfach mit der Problematik beschäftigt, ob ein neu eintretender Sozietät gem. § 130 HGB analog für Altverbindlichkeiten haftet; demgegenüber liegt **höchstrichterliche Rspr. noch nicht zu der Frage vor, wann ein Schadensersatzanspruch wegen zu vertretender Pflichtverletzung eines Rechtsanwaltsmandats nach § 280 I BGB i. S. von § 160 HGB begründet** ist. - Eine Schadensersatzverpflichtung im Rahmen eines Rechtsanwaltsvertrags ist erst dann i. S. von § 160 I HGB begründet, wenn eine **zu vertretende Pflichtverletzung i. S. von § 241 II BGB** begangen wurde, sich also der **haftungsbegründende Tatbestand des § 280 I BGB zeitlich noch vor dem Ausscheiden des in Anspruch genommenen Sozietäten verwirklicht** hat; eine Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters kommt mithin nicht in Frage, wenn die maßgebliche Pflichtverletzung erst nach seinem Ausscheiden begangen wurde.

Grundaufbauschema der gesellschaftsrechtlichen Klausur

Inanspruchnahme eines Gesellschafters
für eine Gesellschaftsverbindlichkeit bei OHG/KG

I. Haftung der Gesellschaft, § 124 HGB (ggf. über § 161 HGB bei KG)**1. Entstehung / Bestehen der Gesellschaft**

a) **im Innenverhältnis:** wirksamer Gesellschaftsvertrag

b) **im Außenverhältnis:**

aa) Eintragung ins Handelsregister, § 123 I HGB

bb) Aufnahme der Geschäfte, 123 II HGB

2. wirksame Verbindlichkeit

a) **Anspruch entstanden**

Es gelten die üblichen zivilrechtlichen Maßstäbe.

Standardprobleme:

aa) **wirksame Vertretung der Gesellschaft**

(1) organschaftliche Vertretungsmacht

(a) bei OHG: jeder Gesellschafter, § 125 I HGB

(b) bei KG: nur der Komplementär, §§ 170, 161, 125 I HGB

(2) rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht

insb. Prokura, §§ 48 ff. HGB (Beachte!: Eintragung nur deklaratorisch)

bb) **Haftung der Gesellschaft für Fehlverhalten von Gesellschaftern**

(1) außervertragliche Schadenshaftung, § 31 BGB analog

(2) vertragliche Schadenshaftung (str.; vgl. Blatt 5)

b) **Anspruch nicht untergegangen**

c) **Anspruch durchsetzbar**

II. Haftung des Gesellschafters für die Gesellschaft**1. Gesellschafterstellung**

Sonderprobleme:

• Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, § 160 HGB

• Haftung des neuen Gesellschafters für Altschulden, § 130 HGB / § 173 HGB

2. Umfang der Haftung

a) bei OHG: jeder Gesellschafter haftet unbeschränkt persönlich, § 128 HGB

b) bei KG:

• Komplementär haftet unbeschränkt persönlich, §§ 161, 128 HGB

• Kommanditisten haften ab Eintragung ins Handelsregister beschränkt auf die Einlage, §§ 171, 172 HGB; vorher unbeschränkt, § 176 HGB

3. Einwendungen des Gesellschafters, § 129 HGB

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Zivilrecht

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

| | | |
|-------------------------------|---|---|
| Land: Hessen | Prüfer (mit Titel usw.) Ri S | Tag d. mündl. Prüfung 18.01.2012 |
|-------------------------------|---|---|

Zur Person:

Über S gab es keine Vorprotokolle, sodass wir vor der Prüfung keine Ahnung hatten, was auf uns zukommen würde. Er ist ein sehr ruhiger Prüfer, der auch in den anderen Prüfungsabschnitten aufmerksam zuhört. Allerdings verzieht er während der gesamten Prüfung keine Miene, sodass man aus seinem Gesicht nichts „lesen“ kann. Er ließ uns viel Zeit, zu antworten und die einschlägigen Vorschriften zu suchen. Ganz selten hat er eine Frage freigegeben.

Zur Prüfung:

S stellte folgenden Fall:

Die M-GmbH, welche von den Geschäftsführern G 1 und G 2 gemeinsam vertreten wurde, mietet von K in einem Kaufhauszentrum Räume zur Betreuung einer Privatschule. Die Vermietung erfolgte vom „Reißbrett“ aus, das Kaufhauszentrum war also zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht erbaut, sondern sollte erst errichtet werden, wenn alle Räumlichkeiten vermietet sind. G1 übersandte den nur von ihm unterschriebenen Mietvertrag am 03.01.1995 an den Vermieter K. Dieser sendete seinerseits den dann von ihm unterzeichneten Mietvertrag am 04.02.1995 wieder zurück. Es wurde eine Vertragslaufzeit von 25 Jahren vereinbart. Beginn des Mietverhältnisses sollte die Übergabe des Mietobjektes sein. Am 10.10.1995 erfolgte die Übergabe der Mieträume. Im Jahr 2009 sind die Mieten für die Anmietung von Räumlichkeiten stark in dem Kaufhauszentrum stark gesunken und die M-GmbH könnte andere Räume zu einem weitaus günstigeren Mietzins anmieten. Die M-GmbH möchte wissen, ob sie sich von dem Vertrag lösen kann.

Zunächst wurde § 313 BGB angeprüft, wonach der Mieter möglicherweise einen Anspruch auf Senkung der Miete oder sogar einen Aufhebungsanspruch wegen des drastisch gefallenen Mietzinses hat. Dies wurde dann allerdings verneint, da sich hier nur das normale Vertragsrisiko erfüllte. Danach wurde festgestellt, dass es sich hier um die Anmietung von Gewerberaum handelt, auf den die §§ 578 I, II ff. BGB und §§ 535 ff. BGB anwendbar sind. Zwischen der M-GmbH und K wurde ein sog. Zeitmietvertrag befristet bis zum Jahre 2020 abgeschlossen, so dass grds. eine ordentliche Kündigung während dieser Zeit nicht möglich ist (§ 542 II BGB). Folglich muss geprüft werden, ob hier ein wirksamer Mietvertrag geschlossen worden ist und die Vereinbarung der Mietlaufzeit wirksam war gem. § 550 BGB. Rechtsfolge bei Fehlerhaftigkeit wäre, dass die M-GmbH gem. § 580 a II BGB ihr ordentliches Kündigungsrecht ausüben könnte.

Zu prüfen war dann, ob ein wirksamer Mietvertrag gem. § 550 BGB vorliegt.

Problematisch ist, ob der Mietvertrag das Schriftformerfordernis des § 126 BGB wahrt, weil nur der G1 und nicht auch G2 den Mietvertrag unterschrieben hatte. Allerdings zahlte die M-GmbH regelmäßig den Mietzins, so dass davon ausgegangen werden kann, dass der Mietvertrag konkludent geschlossen wurde. Außerdem stellte sich die Frage, ob das Schriftformerfordernis überhaupt gewahrt wurde, denn grundsätzlich ist erforderlich, dass sich die wesentlichen Vertragsbedingungen aus der Vertragsurkunde selbst ergeben, also auch der Beginn des Mietverhältnisses. Vorliegend sollte das Mietverhältnis mit der Übergabe der Mieträume beginnen. Durch Auslegung ist der Beginn des Mietverhältnisses bestimmbar, sodass auch die essentialia negotii gewahrt wurden.

Im vorliegenden Fall kommt es darauf an, ob die Laufzeitvereinbarung des Mietvertrages die Schriftform des § 550 BGB wahrt. Es wurde die Ansicht vertreten, dass diese hier nicht gewahrt worden sei, da nur der G1 für die M-GmbH handelte. S meinte, dass der BGH diese Frage noch nicht entschieden hätte, die von uns gefundene Ansicht aber gut vertretbar sei. Rechtsfolge wäre, dass ein ordentliches Kündigungsrecht bestehen würde.

Anhaltspunkt für einen weiteren möglichen Fehler im Hinblick auf das Schriftformerfordernis war, dass die Zeitspanne von einem Monat zwischen der Unterschrift des Mieters und des Vermieters zu lang sein könnte. Dieser Teil der Prüfung war etwas schwammig, aber es galt herauszuarbeiten, dass durch die lange Zeitspanne in der späten Unterzeichnung des Mietvertrages durch den Vermieter eventuell keine umgehende Annahme des ursprünglichen Angebotes mehr zu sehen ist, sondern ein neues Angebot. Dies wurde von uns diskutiert, eine Lösung wurde aber nicht gefunden.

Variante: Sowohl G1 als auch G2 unterschreiben den Mietvertrag. In diesem wird festgelegt, dass auch die Nebenkosten durch den Mieter gezahlt werden müssen. Die Kosten des Winterdienstes wurden zwar nicht aufgeführt, trotzdem zahlte die M-GmbH auch diese Kosten. Hier war darauf abzustellen, dass der Vertrag durch die Zahlung der Kosten konkludent geändert wurde.

Die Notengebung war absolut in Ordnung, eine faire Prüfung.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Strafrecht

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

| | | |
|-------------------------------|---|---|
| Land: Bayern | Prüfer (mit Titel usw.) RA Dr. S | Tag d. mündl. Prüfung 23.02.2012 |
|-------------------------------|---|---|

Zur Person:

Dr. S ist ein ruhiger und sachlicher Prüfer. Er leitet den Prüfling hilfsbereit durch die Fragen und gibt Hilfestellungen, sollte es `mal stocken. Seine Art zu prüfen empfand ich als sehr angenehm. Die Prüfung war in jeder Hinsicht fair. Dr. S hatte zudem den Prüfungsvorsitz. Er trug durch sein äußerst freundliches und zuvorkommendes Auftreten ganz besonders dazu bei, unsere Angespanntheit mit Erfolg zu mildern.

Zur Prüfung

Wie Dr. S selbst sagt, fordert er in der Prüfung die Kenntnis von Basics. Dies kann ich bestätigen. Die doch sehr kurze Prüfung wurde gänzlich auf einem aktuell entschiedenen Fall aufgebaut.

Sie sind Richter, angeklagt sind eine Reihe von Betrugsfällen (ca. 1400 Fälle). Der Anklagesatz enthält Angaben zur generellen Vorgehensweise bei den Betrugstaten, zum jeweiligen Zeitraum, zur Gesamtzahl der den Angeklagten jeweils zur Last gelegten Taten und der dem Täter zuzurechnenden Gesamtschäden. Hinsichtlich der Einzelheiten ist unter der Überschrift „Einzelheiten und Schaden“ auf mehrere Anlagen verwiesen, die die wesentlichen Angaben bzgl. der Einzelheiten aufgelistet in Tabellenform enthalten. Worauf muss der Richter nun im Rahmen der Hauptverhandlung achten?

Ausgangspunkt war in der Prüfung der § 200 StPO und die Frage, ob die Informationsfunktion und/oder die Umgrenzungsfunktion der Anklage verletzt sein könnte, wenn nur der Anklagesatz verlesen werden würde (ohne Erwähnung der Einzelheiten der Tabelle).

Zunächst wurden die Funktionen der Anklage, aufbauend auf der Legaldefinition des § 200 I StPO („Anklagesatz“) definiert. Zum einen informiert der Anklagesatz den Angeschuldigten, die Öffentlichkeit und die Schöffen über den Inhalt der Vorwürfe und ist somit Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Im Zusammenhang mit dem Eröffnungsbeschluss bildet der Anklagesatz (§ 207 StPO) die Grundlage des Strafverfahrens und grenzt die prozessuale Tat ein.

Wo ist die prozessuale Tat vorausgesetzt? Sie findet sich in § 264 StPO und ist wichtig für den Strafklageverbrauch.

Problematisch ist, dass nunmehr nur der Anklagesatz in der Hauptverhandlung verlesen worden ist, § 243 III StPO. In Kenntnis der Problematik und der Frage, ob durch die bloße Verlesung des Anklagesatzes die Informationsfunktion für Schöffen und Öffentlichkeit verletzt worden sei, wurden allgemeinen Ausführungen zur Üblichkeit dieser Verfahrensweise insbes. bei Sexualstraftaten und gleichartigen Vermögensstraftaten (Wirtschaftsverfahren) gemacht. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit fordert es nicht, die Zuhörer durch eine langatmige Verlesung zu ermüden und die Konzentrationsfähigkeiten einzuschränken. Die Verlesung jeder einzelnen Tat würde den Zuhörer schlicht überfordern. Ich wies darauf hin, dass es in solchen Verfahren üblich sei, den Schöffen den Anklagesatz auszuhändigen.

Nun folgte die Frage, ob denn auch der Angeklagte hinreichend informiert sei. Hier kam ich leider nicht auf die nahe liegende Antwort, dass der Angeklagte ja schon wegen § 201 StPO im Besitz der Anklage und schon deshalb hinreichend informiert ist.

Schließlich wurde noch das Selbstleseverfahren nach § 249 II 2 StPO und dessen Voraussetzungen besprochen.

Dann war die viel zu kurze Prüfung auch schon vorbei. Insgesamt handelte es sich um eine angenehme Prüfung. Also keine Angst und versuchen, praxisorientiert zu denken!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

| | | |
|------------------------------|---|--------------------------|
| 1/3 Protokollwissen | Prüfungsstoff im Mündlichen 1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate | 1/3 unbekannter Stoff |
| Protokolle anfordern! | ZA lesen! | Phantasie zeigen! |

Was kostet das ?

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

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

- **Bearbeitungspauschale**
- **Einbehalt für Fertigung von Eigenprotokollen**
- **Versandkosten** (entfallen bei Abholung im Verlag oder Übermittlung per E-Mail)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!

