



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

38. Jahrg.

April 2013

Heft 4

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Dürftigkeitseinrede des Erben
- BGH:** Körperverletzung bei verabredeter Schlägerei
- BGH:** Sportwettenbetrug durch Spielmanipulation
- VGH München:** Verantwortlicher bei Gefahrerforschungsmaßnahme
- BGH:** Pfändbarkeit von Arbeitslosengeld
- BVerfG:** Verständigung im Strafprozess verfassungsgemäß
- VGH Kassel:** Anforderungen an Nachholung der Anhörung



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Das Patientenrechtegesetz.....	1
--------------------------------	---

Brandaktuell

BGH: Hunde- und Katzenhaltung in der Wohnung (genereller Ausschluss durch AGB unzulässig).....	3
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Beschaffenheit einer Mietsache (Straßenbaulärm in „Innenstadtlage“).....	4
BGH: Erbenhaftung für Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrag (Dürftigkeitseinrede).....	7

Strafrecht

BGH: Körperverletzung (Einwilligung bei verabredeter Schlägerei).....	10
BGH: Sportwettenbetrug (Spielmanipulationen).....	14

öffentl. Recht

VGH München: Gefahrerforschungsmaßnahme (Verantwortlichkeit bei Bodenkontamination).....	21
VGH Kassel: versammlungsrechtliche Auflage (Lautsprecherverbot).....	18

Kurzauslese I

LG Kiel: Überraschende Vertragsklausel („Flatrate“-Klausel).....	25
BGH: Vertragsrücktritt (Zulässigkeit der Berufung auf fehlende Fabrikneuheit trotz Nachbesserungsverlangen).....	25
OLG Hamm: Schadensersatzanspruch (Zahlungs- statt Freistellungsanspruch).....	25
BGH: Computerbetrug (Spielmanipulationen bei Sportwetten).....	26
BGH: Bankrott (Übertragung der Geschäftsführung auf einen „Strohmann“).....	27
BGH: Bankrott (Täterbegriff).....	27
AG Berlin-Tiergarten: Sachbeschädigung (Graffiti).....	27
OVG München: Amtsärztliche Untersuchungsanordnung (kein Verwaltungsakt).....	27
BGH: Amtshaftungsanspruch (Anwendbarkeit der Beweislastregel des § 832 BGB).....	28

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Öffentliche Zustellung (Anforderungen an Parteirecherche).....	30
BGH:	Pfändung von Arbeitseinkommen (Anspruch auf Arbeitslosengeld).....	34

Strafrecht

BVerfG:	Verständigung im Strafprozess (Verfassungsmäßigkeit).....	38
---------	--	----

öffentl. Recht

VGH Kassel:	Heilung von Verfahrensfehlern (Nachholen der Anhörung).....	42
VG Düsseldorf:	Verwaltungsvollstreckungsrecht (Voraussetzungen für Anordnung der Ersatzzwangshaft).....	45

Kurzauslese II

BVerfG:	Klageerwiderung (Angabe eines falschen Aktenzeichens).....	50
OLG Saarbrücken:	Aussetzung eines Rechtsstreits (Vorgreiflichkeit einer Verfassungsbeschwerde).....	50
OLG Hamburg:	Aufhebung einer einstweiligen Anordnung (Statthaftigkeit der Beschwerde).....	50
BGH:	Strafkammerbesetzung (Unzulässigkeit der Änderung nach Beginn der Hauptverhandlung).....	51
OLG Celle:	Strafkammerbesetzung (Überbesetzung).....	51
LG Koblenz:	Befangenheitsantrag (Ablehnung eines Schöffen wegen Verteilung von Süßigkeiten an Staatsanwalt).....	51
KG:	Pflichtverteidigerbestellung (Notwendigkeit der Akteneinsicht).....	51
BGH:	Verfahrensverständigung (Bindungswirkung trotz abweichender rechtlicher Einstufung des Tatbeitrags).....	52
OLG Bamberg:	Rechtsbeschwerde (Zulässigkeit der Umdeutung in Berufung oder Revision).....	52
OVG Münster:	Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts (Berücksichtigung des Zeitablaufs).....	52
OVG Berlin-Bbg.:	Antragsfrist für Normenkontrollantrag (Ausschlussfrist).....	53
BVerfG:	Organklage (Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei).....	53
BFH:	Rechtsbehelfsbelehrung (Wirksamkeit bei fehlendem Hinweis auf Einspruchsmöglichkeit per Email).....	54

Weitere Schrifttumsnachweise	55
---	----

Übersicht: Erbenhaftung.....	58
-------------------------------------	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	Erbrecht.....	59
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	60

Aus der Gesetzgebung

Das Patientenrechtegesetz

Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (PatRG) vom 20.02.2013 (BGBl I; S. 277), In-Kraft-Treten am 26.02. 2013

I. Allgemeines

Die Rechte der Patienten waren schon bisher im deutschen Recht verankert, wobei die entsprechenden Regelungen aber auf unterschiedliche Gesetze verteilt waren und zusätzlich durch die Rspr. immer weiter ausdifferenziert wurden. So waren die unterschiedlichen Rechtsansprüche von Patienten für den juristischen Laien kaum zu überblicken. Mit dem am 26. Februar 2013 in Kraft getretenen Patientenrechtegesetz werden die verstreuten Patientenrechte nunmehr gebündelt und auf eine einheitliche gesetzliche Grundlage gestellt.

Die neuen Regelungen stärken die Rolle des mündigen Patienten, indem seine Rechte ausgebaut werden. Das Gesetz

- kodifiziert das Behandlungs- und Arzthaftungsrecht im BGB
- soll die Fehlervermeidungskultur fördern
- die Verfahrensrechte der Patienten bei Behandlungsfehlern stärken
- die Rechte der Versicherten gegenüber Leistungsträgern stärken
- die Patientenbeteiligung stärken
- die Patienteninformationen ausbauen

II. Die wesentlichen Neuerungen im Überblick

1. Die Einfügung des Behandlungsvertrages im BGB

- a) Das Patientenrechtegesetz verankert das Arzt-Patienten-Verhältnis als **eigenen Vertrag** im Rahmen des BGB und schreibt wesentliche Rechte der Patientinnen und Patienten fest. Nunmehr gibt es im BGB einen eigenen Abschnitt (**§§ 630a ff BGB**), der sich mit dem **medizinischen Behandlungsvertrag** und den Rechten und Pflichten im Rahmen der Behandlung befasst. Der Anwendungsbereich des Gesetzes beschränkt sich dabei nicht auf die Behandlung durch die Angehörigen der Heilberufe wie Ärzte, Zahnärzte und Psychotherapeuten, sondern erfasst auch die Angehörigen der weiteren Gesundheitsberufe wie Heilpraktiker, Physiotherapeuten und Hebammen.
- b) Nunmehr müssen **Patientinnen und Patienten umfassend** über alles **informiert und aufgeklärt** werden, was für die Behandlung wichtig ist. Informiert werden muss über sämtliche wesentlichen Umstände der Behandlung wie Diagnose, Folgen, Risiken und mögliche Alternativen der Behandlung. Außerdem werden die Anforderungen an die Dokumentation der Behandlung und das Recht der Patientinnen und Patienten auf Einsicht in ihre vollständige Patientenakte künftig gesetzlich festgeschrieben. Wird die Einsichtnahme abgelehnt, ist dies zu begründen.

Die notwendigen Informationen beziehen sich dabei nicht nur auf medizinische, sondern in bestimmten Fällen auch auf **wirtschaftliche Aspekte der Behandlung**. Bei Zweifeln über die Erstattung von Behandlungskosten durch die Krankenkasse muss der Behandelnde den Patienten schriftlich über die auf ihn zukommenden Kosten informieren. Das gilt erst recht, wenn er weiß, dass der Patient die Kosten selbst tragen muss.

- c) Das **Haftungssystem** ist nunmehr **gesetzlich niedergelegt** worden: Die von den Gerichten entwickelten Instrumente zur Beweislastverteilung sind in das BGB eingefügt worden. In der Vergangenheit war insbesondere die Frage, ob ein festgestellter Fehler des Behandelnden ursächlich für den eingetretenen Schaden gewesen ist, mit erheblichen **Beweisschwierigkeiten** verbunden. Durch die vorgesehenen Regelungen zur Beweislast bei Haftungen für Behandlungs- und Aufklärungsfehler soll sichergestellt werden, dass die Patientinnen und Patienten ihre Rechte im Falle von Behandlungsfehlern wirksam durchsetzen können.

Grds. muss der Patient beweisen, dass ein Behandlungsfehler vorliegt und dieser für den Gesundheitsschaden ursächlich ist. Bei groben Behandlungsfehlern hingegen muss der Arzt bzw. Behandelnde beweisen, dass der nachgewiesene Fehler nicht den Schaden verursacht hat.

- d) **Einwilligungsunfähige Patientinnen und Patienten** sollen künftig **stärker in das Behandlungsgeschehen einbezogen** werden: Auch mit ihnen müssen Behandelnde sprechen und - entsprechend ihren Verständnismöglichkeiten - die wesentlichen Umstände einer bevorstehenden Maßnahme erläutern.

2. Versichertenrechte in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV)

Auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung stärkt das Gesetz die Rechtsposition der Versicherten.

- a) **Entscheidet** eine **Krankenkasse** ohne hinreichende Begründung **nicht innerhalb von drei, bei Einschaltung des Medizinischen Dienstes innerhalb von fünf Wochen über eine Leistung**, können sich Versicherte die **Leistung nach Ablauf dieser Frist selbst beschaffen**. Die **Krankenkasse** ist dann **zur Erstattung dieser Kosten** in der entstandenen Höhe **verpflichtet**. Bei vertragszahnärztlichen Anträgen hat die Krankenkasse wegen des besonderen Gutachtenverfahrens innerhalb von sechs Wochen zu entscheiden.
- b) Kommt es zu einem **Behandlungsfehler**, müssen die Kranken- und Pflegekassen künftig ihre **Versicherten bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen unterstützen**. Dies kann z. B. durch medizinische Gutachten geschehen, mit denen die Beweisführung der Versicherten erleichtert wird.
- c) Das **sachgerechte Qualitätsmanagement im stationären Bereich** umfasst jetzt verpflichtend auch ein Beschwerdemanagement für die Belange insbes. von Patientinnen und Patienten und deren Angehörigen, das entsprechend patientenorientiert auszugestalten ist.
- d) Schließlich werden auch die **Aufgaben des Patientenbeauftragten erweitert**. Er erstellt eine umfassende Übersicht der Patientenrechte und wird sie zur Information der Bevölkerung bereithalten. Dies schafft Transparenz über geltende Rechte von Patientinnen und Patienten.

Brandaktuell

**BGB
§ 307**

Hunde- und Katzenhaltung in der Wohnung genereller Ausschluss durch AGB unzulässig

ZivilR

(BGH in Pressemitteilung Nr. 047/2013; Beschluss Urteil vom 20.03.2013 - VIII ZR 168/12)

Fall: Der Bundesgerichtshof hat sich mit der Frage befasst, ob eine Formulklausel in einem Wohnraummietvertrag wirksam ist, welche die Haltung von Hunden und Katzen in einer Mietwohnung generell untersagt.

Der Beklagte mietete eine Wohnung der Klägerin in Gelsenkirchen. Die Klägerin ist eine Genossenschaft, der auch der Beklagte angehört. Im Mietvertrag war - wie bei der Klägerin üblich - als "zusätzliche Vereinbarung" enthalten, dass das Mitglied verpflichtet sei, "keine Hunde und Katzen zu halten."

Der Beklagte zog mit seiner Familie und einem Mischlingshund mit einer Schulterhöhe von etwa 20 cm in die Wohnung ein. Die Klägerin forderte den Beklagten auf, das Tier binnen vier Wochen abzuschaffen. Der Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach. Hierauf hat die Klägerin den Beklagten auf Entfernung des Hundes aus der Wohnung und auf Unterlassung der Hundehaltung in der Wohnung in Anspruch genommen.

Fraglich ist, ob der Ausschluss der Haltung von Hunden und Katzen im Mietvertrag wirksam ist und das Halten des Mischlingshundes daher vertragswidrig ist.

Bei der „zusätzlichen Vereinbarung“ handelt es sich um eine von der Klägerin gestellte vorformulierte Vertragsbedingung. Solche AGB müssen der Prüfung nach §§ 305 ff. BGB standhalten.

Die Regelung unterliegt der Kontrolle durch die §§ 307 - 309 BGB, da der generelle Ausschluss der Hunde- und Katzenhaltung eine vom Gesetz abweichende Regelung in dispositivem Recht nach § 307 III BGB darstellt.

Da hier weder die Regelung über Klauseln ohne Wertungsmöglichkeit nach § 309 BGB noch über Klauseln mit Wertungsmöglichkeit nach § 308 BGB vorliegen, ist die streitige Klausel an der Generalklausel des § 307 BGB zu messen.

Nach § 307 I 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine solche unangemessene Benachteiligung ist nach § 307 II BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Der generelle Ausschluss der Hunde- und Katzenhaltung ist hier nach § 307 II Nr. 1 BGB unwirksam.

*„Der Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass eine AGB des Vermieters, welche die Haltung von Hunden und Katzen in der Mietwohnung generell untersagt, gemäß § 307 I 1, II Nr. 1 BGB **unwirksam** ist. Sie benachteiligt den Mieter unangemessen, weil sie ihm eine Hunde- und Katzenhaltung **ausnahmslos** und ohne Rücksicht auf besondere Fallgestaltungen und Interessenlagen verbietet. Zugleich verstößt sie gegen den wesentlichen Grundgedanken der **Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters** in § 535 I BGB. Ob eine Tierhaltung zum vertragsgemäßen Gebrauch im Sinne dieser Vorschrift gehört, erfordert eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall. Eine **generelle Verbotsklausel** würde - in Widerspruch dazu - eine Tierhaltung auch in den Fällen ausschließen, in denen eine solche Abwägung eindeutig zugunsten des Mieters ausfiele.*

*Die Unwirksamkeit der Klausel führt **nicht** dazu, dass der Mieter **Hunde oder Katzen ohne jegliche Rücksicht auf andere** halten kann. Sie hat vielmehr zur Folge, dass die nach § 535 I BGB gebotene umfassende Abwägung der **im Einzelfall konkret betroffenen Belange und Interessen der Mietvertragsparteien**, der anderen Hausbewohner und der Nachbarn erfolgen muss. Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht eine Zustimmungspflicht der Klägerin zur Hundehaltung rechtsfehlerfrei bejaht.“ (BGH aaO)*

Ergebnis: Der generelle Ausschluss der Hunde- und Katzenhaltung in einem vorformulierten Mietvertrag stellt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar und ist daher nach § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 536 I

Beschaffenheit einer Mietsache Straßenbaulärm in „Innenstadtlage“

ZivilR

(BGH in NJW 2013, 680; Urteil vom 19.12.2012 – VIII ZR 152/12)

1. Eine **konkludente Beschaffenheitsvereinbarung** setzt voraus, dass Mieter und Vermieter übereinstimmende Vorstellungen hatten, die zum Inhalt des Vertrages wurden.
2. Fehlt es an einer Beschaffenheitsvereinbarung, bestimmt sich der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand der Mietsache nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des **Grundsatzes von Treu und Glauben**.
3. Eine vorübergehende erhöhte Verkehrslärmbelastung auf Grund von Straßenbauarbeiten stellt **unabhängig von ihrer zeitlichen Dauer** jedenfalls dann, wenn sie sich innerhalb der in Innenstadtlagen üblichen Grenzen hält, **keinen zur Minderung berechtigenden Mangel** der vermieteten Wohnung dar.

A. Grundlagenwissen: Voraussetzungen für Mietminderung

Nach § 536 I BGB braucht der Mieter nicht die volle Miete zu zahlen, sofern nicht die Minderung der Tauglichkeit unerheblich ist (§ 536 I 3 BGB). Dem Wohnraummieter kann dieses Recht nicht einmal durch Individualvereinbarung entzogen werden, § 536 IV BGB.

Zwischen dieser Minderung und derjenigen im Kaufrecht bestehen erhebliche Unterschiede: Die mietrechtliche Minderung braucht **nicht** erst durch die **Ausübung eines Gestaltungsrechts** vollzogen zu werden. Vielmehr setzt § 536 BGB selbst die Miete herab, so dass der Mieter nur den geringeren Betrag (oder bei gänzlicher Unbrauchbarkeit der Mietsache überhaupt nichts) schuldet. Daher unterliegt die Minderung anders als im Kaufrecht als solche auch nicht mittelbar einer Verjährung. Wenn der Mieter trotzdem den vollen Betrag gezahlt hat, kann er das zuviel Gezahlte grundsätzlich nach § 812 I 1 Alt.1 BGB zurückverlangen. Dieser **Rückforderungsanspruch** in Bezug auf zuviel gezahlte Miete unterliegt dann der Regelverjährung der §§ 195, 199 BGB.

Wenn der Mieter **in Kenntnis der Minderung die volle Miete weiterzahlt**, scheidet sein Rückforderungsanspruch allerdings an § 814 BGB (**Kenntnis der Nichtschuld**). Das kann er verhindern, indem er unter Vorbehalt der Rückforderung zahlt. Für die Zukunft wird die Minderung durch eine (auch vorbehaltslose) Weiterzahlung nicht berührt, sofern nicht im Einzelfall in der vorbehaltslosen Zahlung ein Verzicht oder Verwirkung zu sehen sind (vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, Rn. 457 f.).

I. Wirksamer Mietvertrag

Es muss nach allgemeinen Grundsätzen ein wirksamer Mietvertrag geschlossen worden sein.

II. Mangel der Mietsache

Die Mietsache muss mangelhaft sein

1. Sachmangel i.S.d. § 536 I, II BGB

a) erheblicher Fehler nach § 536 I BGB

Fehler, der die Tauglichkeit der Sache zu dem **vertragsgemäßen** Gebrauch nicht nur unerheblich aufhebt oder beeinträchtigt (**subjektiver Fehlerbegriff**).

b) Fehlen oder späterer Wegfall einer **zugesicherten Eigenschaft** nach § 536 II BGB

2. **Rechtsmangel** nach § 536 III BGB

Dem Mieter wird aufgrund eines privaten Rechts eines Dritten der vertragsgemäße Gebrauch ganz oder teilweise tatsächlich entzogen.

(**analoge** Anwendbarkeit, wenn dem Mieter infolge des Rechts eines Dritten der Gebrauch **von vornherein** nicht gewährt wird.)

III. **Kein Ausschluss der Gewährleistung**

1. **vertraglicher Gewährleistungsausschluss**

Sofern es sich nicht um ein Wohnraummietverhältnis handelt (§ 536 IV BGB) kann das Minderungsrecht durch vertragliche Vereinbarung, auch im Rahmen der Vereinbarung allgemeiner Geschäftsbedingungen, ausgeschlossen werden.

2. **gesetzlicher Gewährleistungsausschluss**

Durch Gesetz ist die Minderung ausgeschlossen, wenn der Mieter den Mangel **positiv kannte** oder **grob fahrlässig nicht kannte** (§ 536b S 1, 2 BGB). Im letzteren Fall bleibt dem Mieter aber die Minderungsbefugnis erhalten, wenn der Vermieter den Mangel arglistig verschwiegen hat. Dasselbe gilt, wenn der Mieter die Mietsache trotz des Mangels annimmt (§ 536b S 3 BGB). Die Minderung ist weiterhin ausgeschlossen, soweit der Mieter seine Anzeigepflicht verletzt hat und der Vermieter deshalb gehindert war, Abhilfe zu schaffen (§ 536c II S 2 Nr. 1 BGB; vgl. Beck-OK-Ehlert, § 536, Rn. 105).

3. **durch Verhalten des Mieters**

Die Minderung ist zudem ausgeschlossen, wenn der Mangel vom Mieter zu **vertreten** ist (BGH NJW 1992, 1036; OLG Naumburg NZM 2002, 100; LG Duisburg WuM 2003, 494), z.B. wenn der Mieter den Mangel verursacht hat.

B. **Straßenbaulärm als Mietmangel bei Wohnung in Innenstadtlage (vgl. BGH NJW 2013, 680)**

Fall: Die Parteien streiten um eine Mietminderung wegen Straßenbaulärm. Das Mietshaus liegt in einer Straße (S.), die zu Mietbeginn 2004 keine unmittelbare Verbindung mit der davor liegenden Straße (P.) hatte. Von Juni 2009 bis November 2010 wurde der stadteinwärts fahrende Verkehr, den bis dahin die P. aufgenommen hatte, über S. geleitet, die zu diesem Zweck als Einbahnstraße beschildert und mit einem direkten Zugang zu P. versehen wurde. Der Grund für die geänderte Verkehrsführung lag in (vorübergehenden) umfangreichen Straßenbauarbeiten auf der gesamten Länge von P. Die Bekl. minderten wegen der gestiegenen Lärmbelastung die Miete ab Oktober 2009. Besteht ein Anspruch der Kl. gegen die Bekl. auf Zahlung rückständiger Miete von Oktober 2009 bis November 2010 in Höhe von insgesamt 1.386,19?

Die Miete der Bekl. könnte wegen Mietmängeln gem. § 536 I BGB um diesen Betrag gemindert sein.

I. **Begriff des Mangels im Mietrecht**

Nach § 536 I BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen **Mangel** aufweist, der ihre **Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert**, oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht.

*„Ein derartiger Mangel ist dann gegeben, wenn der **tatsächliche Zustand** der Mietsache **vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht**. Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den **Beschaffenheitsvereinbarungen** der Mietvertragsparteien (Senat, NJW 2010, 1133 = NZM 2009, 855 Rn. 11; NJW 2009, 2442 = NZM 2009, 580; NJW 2005, 218 = NZM 2005, 60 [unter II 1]), die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können (Senat, NJW 2010, 1133 = NZM 2009, 855 Rn. 14; WuM 2005, 774 = NZM 2006, 11 Rn. 2). Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch **Umstände** sein, die von außen auf die **Mietsache unmittelbar einwirken** (sog. **Umweltfehler**; vgl. zu diesem Begriff Häublein, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl., § 536 Rn. 14 f.; Ehlert, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 536 Rn. 29 a; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 536 Rn. 26 ff.; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 536 Rn. 8 ff.), wie etwa **Immissionen**, denen die **Mietsache ausgesetzt ist** (vgl. Senat, NJW 2010, 1133 = NZM 2009, 855 Rn. 12 ff.; BGH, NJW 2006, 899 = NZM 2006, 54 Rn. 19). Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum **vertragsgemäßen Gebrauch** geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des **Grund-***

satzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt (vgl. Senat, NJW 2010, 1133 = NZM 2009, 855; NJW-RR 2006, 1158 = NZM 2006, 582 Rn. 10).“ (BGH aaO)

II. Anforderungen an konkludente Beschaffenheitsvereinbarung

Fehlt – wie hier – hinsichtlich der Beschaffenheit der Mietsache bezüglich von Lärmmissionen eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung, so könnte jedenfalls die Auslegung des Vertrages nach Treu und Glauben ergeben, Lärmmissionen ab einer gewissen Dauer und ab einem gewissen Ausmaß nicht mehr zur vertraglich vereinbarten Beschaffenheit einer Mietsache gehören.

Hier könnte anzunehmen sein, dass die Parteien bei Abschluss des Mietvertrags hinsichtlich zukünftiger, von Dritten verursachter Lärmbelastungen den zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Zustand für die gesamte Dauer des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrags als unverändert bestehend bleibend „stillschweigend vereinbart“ haben.

Fraglich ist, welche Anforderungen an eine solche konkludente Vereinbarung zu stellen sind.

*„Auch eine **konkludente Vereinbarung** setzt zwei **übereinstimmende Willenserklärungen** voraus. Für die Annahme einer solchen Willensübereinstimmung bezüglich eines so genannten Umweltfehlers **reicht** es jedoch **nicht aus**, dass der Mieter bei Vertragsschluss einen von außen auf die Mietsache einwirkenden **Umstand** – wie hier den in der Wohnung zu vernehmenden Straßenlärm – in einer für **ihn vorteilhaften Weise wahrnimmt** (etwa: „ruhige Lage“) und er sich (möglicherweise auch) wegen dieses Umstands dafür entscheidet, die Wohnung anzumieten. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung wird dieser Umstand vielmehr nur, wenn der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters nach dem **objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont** (§§ 133, 157 BGB) erkennen musste, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstands **über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium** für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansieht, und der Vermieter dem zustimmt. Eine **einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt** für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann **nicht**, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert (vgl. BGH, NJW 2010, 1133 = NZM 2009, 855 Rn. 14).“ (BGH aaO)*

Eine solche konkludente Beschaffenheitsvereinbarung ist hier nicht getroffen worden. Die Lage der Wohnung und die sich darauf ergebenden Vorteile hinsichtlich geringer Geräuschmissionen waren nicht Gegenstand der Verhandlungen der Parteien.

III. Beschaffenheitsvereinbarung nach Treu und Glauben

Allerdings ist bei der Bestimmung des zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands auch zu berücksichtigen, ob nicht nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) davon auszugehen ist, dass in der durch die straßenbaubedingte Umleitung des Verkehrs verursachten erhöhten Lärmbelastung ein Mangel zu sehen ist, der die Bekl. in dem streitgegenständlichen Zeitraum zur Minderung berechtigt.

*„Nach den tatsächlichen Feststellungen des AG, auf die das BerGer. in seinem Urteil Bezug nimmt, stellen die von den Bekl. vorgetragene(n) (gegenüber den Verhältnissen bei Vertragsschluss erhöhten) **Lärmwerte**, ausgehend von der im Berliner Mietspiegel 2009 aufgestellten Grenze der Verkehrslärmbelastung, **keine hohe Belastung** dar. Unter Berücksichtigung dessen, dass sich die vermietete Wohnung in der **Berliner Innenstadt** befindet, mithin in einer Lage, bei der jederzeit mit Straßenbauarbeiten größeren Umfangs und längerer Dauer zu rechnen ist, haben die Bekl. diese (erhöhte) **Lärmbelastung redlicherweise hinzunehmen**. Davon ist im Ansatz auch das BerGer. zutreffend ausgegangen.“ (BGH aaO)*

IV. Ergebnis

Eine vorübergehende erhöhte Lärmbelastung stellt unabhängig von ihrer zeitlichen Dauer jedenfalls dann, wenn sie sich – wie hier – innerhalb der in Berliner Innenstadtlagen üblichen Grenzen hält, keinen zur Minderung berechtigenden Mangel dar. Die Kl. hat einen Anspruch auf Nachzahlung des Minderungsbetrages gegen die Bekl.

BGB Erbenhaftung für Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrag ZivilR
§ 1990 BGB Dürftigkeitseinrede

(BGH in NZM 2013, Urteil vom 23.01.2013 – VIII ZR 68/12)

1. Wird das Mietverhältnis nach dem Tod des Mieters gem. § 564 S. 1 BGB mit dem Erben fortgesetzt, sind die nach **dem Erbfall fällig werdenden Forderungen** jedenfalls dann reine **Nachlassverbindlichkeiten**, wenn das Mietverhältnis innerhalb der in § 564 S. 2 BGB bestimmten Frist beendet wird.
2. Den Mietforderungen kann daher auch für die Zeiträume nach dem Tod des Erblassers bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die **Einrede der Dürftigkeit** entgegen gehalten werden, so dass der Erbe für diese Forderungen **nicht persönlich** haftet.

A. Grundlagenwissen: Begrenzung der Erbenhaftung

(vgl. Übersicht Erbenhaftung; S. 58 in diesem Heft)

B. Haftung des Erben für Mietschulden bei Dürftigkeitseinrede (vgl. BGH NZM 2013, 185)

Fall: Der Kl. und die Drittwiderbekl. sind Gesellschafter der S-GbR, die dem Vater der Bekl. 1994 eine Wohnung vermietet hatte. Der Kl. macht gegen die Bekl. als Erbin nach ihrem am 08.10.2008 verstorbenen, verwitweten Vater aus abgetretenem Recht der Vermieterin Ansprüche aus dem mit Ablauf des Monats Januar 2009 beendeten Mietverhältnis geltend. Die Bekl., die am 09.10.2008 vom Tod ihres Vater Kenntnis erlangt hatte, hat die Erbschaft mit einer beim Nachlassgericht am 30.01.2009 eingegangenen notariellen Erklärung ausgeschlagen und im Übrigen die Dürftigkeitseinrede erhoben.

Der Kl. hat Zahlung der Miete für die Monate November 2008 bis Januar 2009 begehrt, ferner Schadensersatz wegen unvollständiger Räumung, nicht durchgeführter Schönheitsreparaturen und Beschädigung der Mietsache (insgesamt 7.721,54 Euro nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten).

Besteht ein solcher Anspruch?

Ein Anspruch auf Mietzahlung kann sich aus §§ 535 II, 1922 I, 1967 I BGB ergeben. Zwischen dem Vater der Bekl. und der S-GbR bestand ein **wirksamer Mietvertrag**, auch dem sich nach § 535 II BGB die Zahlungspflicht des verstorbenen ergab. Die Bekl. ist nach § 1922 I BGB **Gesamtrechtsnachfolgerin** ihres Vaters und als solche nach § 1967 I BGB grundsätzlich in alle Rechte und Pflichten, auch aus dem bestehenden Mietverhältnis, eingetreten. Sie hat das Mietverhältnis dann unter Einhaltung der Kündigungsfrist des § 573c BGB zum 30.01.2009 gekündigt. Grundsätzlich haftet sie als Erbin aber für die bis zur Beendigung des Mietverhältnisses anfallenden Mietzahlungen, wenn sie nicht ihre **Haftung wirksam ausgeschlossen oder begrenzt** hat.

I. Ausschlagung der Erbschaft am 30.01.2009

Zunächst könnte die Bekl. letztlich keine Erbin sein, da sie die Erbschaft mit einer beim Nachlassgericht am 30.1.2009 eingegangenen notariellen Erklärung ausgeschlagen hat.

Die Bekl. ist als einzige Tochter des Erblassers nach § 1942 I BGB zunächst zum Erben berufen, unbeschadet seines Rechts, die Erbschaft auszuschlagen. Für die Erklärung der Ausschlagung steht ihm nach § 1944 I BGB eine Frist **von 6 Wochen** zur Verfügung. Diese Frist beginnt nach § 1944 II BGB mit dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Erbe **von dem Anfall und dem Grund der Berufung Kenntnis** erlangt.

Diese Kenntnis hatte die Bekl. seit dem 09.10.2008, so dass die Ausschlagung bis zum 20.11.2008 hätte erfolgen müssen. Die Ausschlagung am 30.01.2009 war daher nicht mehr fristgerecht. **Mit Ablauf der Ausschlagungsfrist** galt die Erbschaft damit nach § 1943 2. HS BGB **als angenommen**.

Die Bekl. ist daher Erbin ihres Vaters und damit Gesamtrechtsnachfolgerin geworden.

II. Einrede der Dürftigkeit

Wenn die Bekl. damit zwar grundsätzlich Erbin geworden ist, könnte ihre Haftung aber auf den Nachlass beschränkt sein, so dass sie nicht mit seinem persönlichen Vermögen haften müsste.

1. Allgemeines zur Einrede der Dürftigkeit

Ist die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich oder wird aus diesem Grunde die Nachlassverwaltung aufgehoben oder das Insolvenzverfahren eingestellt, so kann der Erbe nach § 1990 I 1 BGB die **Befriedigung** eines Nachlassgläubigers **insoweit verweigern**, als der **Nachlass nicht ausreicht**. Ob dies der Fall ist, prüft das Gericht im Verfahren über den Anspruch, über den es zu entscheiden hat.

Der Erbe kann dann nach § 1990 BGB die Befriedigung der Nachlassgläubiger insoweit verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht. Ein besonderes Verfahren zur Trennung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben als Voraussetzung für eine Haftungsbeschränkung des Erben ist nicht erforderlich (vgl. Frank/Helms, Erbrecht, § 18, Rn. 23). Wird die Dürftigkeitseinrede zu Recht erhoben, haftet den Gläubigern, welche Nachlassverbindlichkeiten haben, nur der Nachlass selbst. Eine persönliche Haftung des Erben hingegen ist ausgeschlossen.

2. Mietschulden als Nachlassverbindlichkeit

Die Einrede der Dürftigkeit kann daher dem geltend gemachten Anspruch nur entgegen gehalten werden, wenn es sich bei den Verbindlichkeiten aus dem auf die Bekl. übergegangenen Mietverhältnis um Nachlassverbindlichkeiten und nicht um eigene Verbindlichkeiten handelt. Da die Bekl. als Gesamtrechtsnachfolgerin nicht nur für Verbindlichkeiten des Erblassers haftet, sondern zudem als Mietpartei in den Mietvertrag eingetreten ist, könnte es sich auch um eigene Verbindlichkeiten der Bekl. handeln (sog. Nachlassersschulden).

Die rechtliche Einordnung der sich aus dem übergegangenen Mietverhältnis ergebenden Ansprüche ist umstritten.

a) Erbe haftet für mietrechtliche Verbindlichkeiten aufgrund seiner Stellung als Mieter

*„Nach einer in der mietrechtlichen Literatur teilweise vertretenen A. ... haftet der Erbe für die nach dem Erbfall entstehenden mietrechtlichen Verbindlichkeiten **auf Grund seiner Stellung als Mieter auch persönlich** (Streyll, in: Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 564 Rn. 3; Kinne/Schach/Bieber, Miet- u. MietprozessR, 6. Aufl., § 564 Rn. 3; wohl auch Häublein, in: MüKo-BGB, 6. Aufl., § 564 Rn. 6).“ (BGH aaO)*

Nach dieser Auffassung kann sich die Bekl. auf die Dürftigkeitseinrede nicht berufen, da es sich bei den Verbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis um eine persönliche Schuld und nicht um eine Nachlassverbindlichkeit handelt.

b) Reine Nachlassverbindlichkeit bei Kündigung nach § 564 BGB

*„Nach der Gegenmeinung handelt es sich jedenfalls dann, wenn das Mietverhältnis durch **Kündigung nach § 564 BGB** beendet wird, um **reine Nachlassverbindlichkeiten** (KG, NJW 2006, 2561 [2562]; OLG Düsseldorf, ZMR 1994, 114 = BeckRS 1993, 30840320; LG Wuppertal, MDR 1997, 34; Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl., § 1967 Rn. 2, 11; Staudinger/Rolfs, BGB [2011], § 564 Rn.), so dass der Erbe seine Haftung durch Erhebung der Dürftigkeitseinrede auf den Nachlass beschränken kann.“ (BGH aaO)*

Da sich die Kündigungsfristen bei Wohnraummietverhältnissen auf unbestimmte Zeit bei einer **außerordentlichen, fristgerechten Kündigung** nach § 564 S. 2 BGB und der **ordentlichen, fristgerechten Kündigung** nach § 573c BGB regelmäßig decken, müsste man nach dieser Auffassung auf die Begründung der Kündigung abstellen, was für die Erben zu Unsicherheiten führen würde. Im vorliegenden Fall jedenfalls hat sich die Bekl. nicht ausdrücklich auf ihr außerordentliches Kündigungsrecht nach § 564 BGB berufen, da hierzu wegen der **Deckungsgleichheit der Kündigungsfristen** auch gar kein Anlass bestand.

c) Stellungnahme des BGH

„Der Senat hat die Frage, ob und inwieweit der Erbe für Forderungen aus dem übergegangenen Dauerschuldverhältnis auch persönlich haftet, bislang offen gelassen (BGH, NJW 1989, 2133 [unter III 1 a]). Er beantwortet sie nunmehr dahin, dass auch die nach dem Tod des Erblassers

fällig werdenden Forderungen aus dem Mietverhältnis jedenfalls dann **reine Nachlassverbindlichkeiten** sind, wenn das **Mietverhältnis – wie hier – innerhalb der in § 564 S. 2 BGB bestimmten Frist beendet wird.**“ (BGH aaO)

aa) keine Nachlasserschulden

„Als sog. Nachlasserschulden werden im Allgemeinen **Verbindlichkeiten** bezeichnet, die **durch Rechtsgeschäfte des Erben bei der Verwaltung des Nachlasses** entstehen und die deshalb sowohl Eigenverbindlichkeiten des Erben als auch – soweit sie auf ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses beruhen – **Nachlassverbindlichkeiten** sind (vgl. BGHZ 110, 176 [179] = NJW 1990, 1237). Unter diesem Blickwinkel lässt sich eine persönliche Haftung der Bekl. nicht begründen, denn ein **rechtsgeschäftliches Handeln der Bekl. zur Fortsetzung des Mietverhältnisses liegt nicht vor.**“ (BGH aaO)

bb) keine persönliche Haftung als Mieter

Aus § 564 S. 1 BGB ergibt sich keine persönliche Haftung der Bekl.

„Diese Vorschrift **knüpft den Eintritt in das Mietverhältnis an die Erbenstellung an**; der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung bietet somit keine Anhaltspunkte für eine zusätzliche persönliche Haftung des in das Mietverhältnis eintretenden Erben. Auch aus dem **systematischen Zusammenhang** der Vorschrift lässt sich **nichts dafür entnehmen**, dass dem Erben im Hinblick auf das Wohnraummietverhältnis des Erblassers eine **über die allgemeine Rechtsnachfolge (§ 1922 BGB) hinausgehende und mit einer persönlichen Haftung verbundene Sonderstellung** zugewiesen wäre. Denn die Regelung des § 564 S. 1 BGB erklärt sich aus der Besonderheit, dass im Falle des Todes eines Mieters von Wohnraum vorrangig der Eintritt von Familien- und Haushaltsangehörigen oder Mitmietern des Erblassers in Betracht kommt (§§ 563, 563 a BGB) und es deshalb einer Regelung dahin bedarf, dass der Erbe (nur) dann in das Mietverhältnis eintritt, wenn das Mietverhältnis nicht nach §§ 563, 563 a BGB fortgesetzt wird.

Dies ändert indes nichts daran, dass das **Mietverhältnis als Dauerschuldverhältnis nach §§ 1922, 1967 BGB auf den Erben übergeht** und die daraus resultierenden Verbindlichkeiten den Erben nur als solchen treffen. Zutreffend weist die Revision in diesem Zusammenhang darauf hin, dass § 580 BGB für sonstige Mietverhältnisse lediglich eine dem § 564 S. 2 BGB entsprechende außerordentliche Kündigungsmöglichkeit vorsieht und somit den Übergang des Mietverhältnisses auf den Erben (nach §§ 1922, 1967 BGB) voraussetzt.“ (BGH aaO)

cc) keine Billigkeitshaftung

Die Bekl. haftet auch nicht „aus Billigkeitsgründen“ für die Mieten von November 2008 bis Januar 2009.

„Eine **Anspruchsgrundlage**, aus der sich eine persönliche Verpflichtung der Bekl. zur Zahlung der Miete mit Rücksicht darauf ergäbe, dass sich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zeitweise noch einige der Bekl. gehörende, dem Erblasser zur Benutzung überlassene Möbelstücke in der Wohnung befanden, ist nicht **ersichtlich.**“ (BGH aaO)

d) Zwischenergebnis

Bei den Verbindlichkeiten aus dem auf die Bekl. übergegangenen Mietverhältnis handelt es sich um Nachlassverbindlichkeiten, so dass sie gegenüber der Inanspruchnahme grundsätzlich die Dürftigkeitseinrede erheben darf.

3. Dürftigkeit des Nachlasses

„Da es sich somit bei den Mietschulden um (reine) Nachlassverbindlichkeiten handelt, haftet die Bekl. nur beschränkt auf den Nachlass. Zutreffend ist das BerGer. davon ausgegangen, dass die auf Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit gerichtete Klage abzuweisen ist, wenn der Erbe die Dürftigkeitseinrede erhoben hat und die Erschöpfung des Nachlasses feststeht (vgl. BGH, NJW 1983, 2378[unter 2]). Diese **Voraussetzungen hat das BerGer. rechtsfehlerfrei bejaht.**“ (BGH aaO)

III. Ergebnis

Dem Anspruch des Kl. steht die von der Bekl. wirksam erhobene Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses entgegen.

StGB

Körperverletzung

StGB

§§ 223, 224 I Nr. 4, 228

Einwilligung bei verabredeter Schlägerei

(BGH in BeckRS 2013, 05413; Beschluss vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12)

1. Bei **Körperverletzungen im Rahmen von tätlichen Auseinandersetzungen** zwischen rivalisierenden Gruppen ist bei der für die Anwendung von § 228 StGB vorzunehmenden **Bewertung der Gefährlichkeit** der Körperverletzungshandlungen die mit derartigen Tätlichkeiten typischerweise verbundene **Eskalationsgefahr zu berücksichtigen**.
2. **Fehlen** bei solchen Auseinandersetzungen das Gefährlichkeitspotential **begrenzende Absprachen und effektive Sicherungen** für deren Einhaltung, **verstoßen** die in deren Verlauf begangenen **Körperverletzungen trotz Einwilligung** selbst dann **gegen die guten Sitten**, wenn mit den einzelnen Körperverletzungen keine konkrete Todesgefahr verbunden war.

Fall: Die Angekl. waren Mitglieder einer Jugendgruppe, die nach vorangegangenen wechselseitigen Provokationen mit Angehörigen einer anderer Gruppe Jugendlicher und junger Erwachsener verabredet hatte, sich miteinander zu schlagen. Die an dieser faktisch zustande gekommenen Übereinkunft Beteiligten beider Gruppen stimmten zu, die Auseinandersetzung auch mit Faustschlägen und Fußtritten auszutragen. Den Eintritt selbst erheblicher Verletzungen billigten sie jeweils. Im Verlaufe der wechselseitigen Tätlichkeiten erlitten mehrere Angehörige der gegnerischen Gruppe, insbesondere L und W nicht unerhebliche Verletzungen. Einer der «Gegner» - der W – musste im Anschluss sogar drei Tage stationär, davon einen Tag auf der Intensivstation, behandelt werden.

Die Angekl. könnten sich wegen **Körperverletzung nach §§ 223, 224 I Nr. 4 StGB** strafbar gemacht haben, obwohl die geschädigten L und W in die zu ihren Verletzungen führenden Körperverletzungshandlungen durch die Beteiligung an der faktischen Übereinkunft mit der Gruppe um die Angekl. eingewilligt haben.

- I. Ungeachtet der **Einwilligungserklärungen** der Geschädigten könnten die diese schädigenden Körperverletzungen aber **gegen die guten Sitten verstoßen** und deshalb gem. § 228 StGB **keine rechtfertigende Wirkung** entfalten.
 1. Der **BGH** beurteilt in seiner **jüngeren Rspr.** die Unvereinbarkeit einer Körperverletzung mit den „guten Sitten“ i. S. von § 228 StGB trotz Einwilligung des betroffenen Rechtsgutsinhabers im Grundsatz vorrangig anhand der Art und des Gewichts des eingetretenen Körperverletzungserfolges sowie des damit einhergehenden Gefahrengrades für Leib und Leben des Opfers (BGHSt 49, 34; BGHSt 49, 166; siehe auch BGH NStZ 2010, 389; anders noch BGHSt 4, 24, 31).
 - a) Diesem Maßstab entsprechend wird die Körperverletzung nach insoweit übereinstimmender **höchstrichterlicher Rspr.** jedenfalls dann als sittenwidrig bewertet, wenn bei objektiver Betrachtung unter Einbeziehung aller maßgeblichen Umstände die einwilligende Person durch die Körperverletzungshandlung in **konkrete Todesgefahr** gebracht wird (BGHSt 49, 34; BGHSt 49, 166; BGHSt 53, 55).

Die Anknüpfung des für die Sittenwidrigkeit heranzuziehenden Maßstabs an das Ausmaß der mit der Körperverletzung einhergehenden Rechtsgutsgefährdung findet sich auch bereits in früheren Entscheidungen des BGH (etwa BGHSt 38, 83 „nur geringfügige Verletzung“). Die vorrangige Ausrichtung der Anwendung von § 228 StGB an dem mit der Körperverletzung einhergehenden Grad der Gefährdung der Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit wird auf die Erwägung gestützt, im Grundsatz sei lediglich bei (drohenden) gravierenden Verletzungen der staatliche Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Rechtsgutsinhabers legitim (vor allem BGHSt 49, 166 m. w. Nachw.; siehe auch Fischer, StGB, 60. Aufl., § 228 Rn 10 sowie MüKo-StGB/Hardtung, 2. Aufl., § 228 Rn 23).
 - b) Die Vornahme einer mit konkreter Todesgefahr für den Einwilligenden verbundenen Körperverletzung beschreibt danach einen Grad der Gefährlichkeit der Handlung und des daraus resultierenden **Risikos für Leib und Leben**, bei dessen Erreichen die Körperverletzung regelmäßig **gegen die guten Sitten verstößt**. Dieser Maßstab bestimmt jedoch die von § 228 StGB erfassten Konstellationen einer trotz erteilter Einwilligung sittenwidrigen Körperverletzung nicht abschließend. So kann trotz einer im Zeitpunkt der Vornahme der Körperverletzungshandlung auf der Grundlage der **vorausschauenden Betrachtung aller maßgeblichen Umstände** zu prognostizieren-

den konkreten Todesgefahr ein Sittenverstoß fehlen und der erteilten Einwilligung rechtfertigende Wirkung zukommen. Für die **Einwilligung zu lebensgefährlichen ärztlichen Heileingriffen** ist dies in der Rspr. anerkannt (BGHSt 49, 166).

- c) Umgekehrt kann auch bei einer **rechtsgutsbezogenen Auslegung des Merkmals der guten Sitten**, der der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG nicht entgegensteht (vgl. BGHSt 49, 166), die Sittenwidrigkeit nicht stets ausschließlich danach beurteilt werden, ob bei jeweils isolierter Bewertung des Gefährlichkeits- und Gefährdungsgrades einzelner Körperverletzungshandlungen im Ergebnis eine konkrete Lebens- bzw. Todesgefahr eingetreten ist.

*„Die Feststellung des Eintritts eines solchen Gefahrerfolges erlaubt zwar regelmäßig einen Rückschluss auf den Gefährlichkeitsgrad der dafür ursächlichen Körperverletzungshandlung, schließt aber nicht aus, eine Überschreitung der Grenze der Sittenwidrigkeit auch aus anderen, für die Bewertung der Rechtsgutsgefährlichkeit relevanten tatsächlichen Umständen der Tatbegehung abzuleiten. Das gilt insbes. vor dem Hintergrund, dass die die Sittenwidrigkeit der Tat trotz Einwilligung anhand des **Gefahrengrades** bewertenden bisherigen Entscheidungen des BGH ganz überwiegend tatsächliche Konstellationen betrafen, in denen die Körperverletzungen nicht im Rahmen von wechselseitigen Tätlichkeiten zwischen mehreren Beteiligten verübt wurden. Für die Beurteilung der mit der Tat verbundenen Gefährdung des Opfers bzw. der Opfer waren daher bislang die **Auswirkungen von gruppenspezifischen Prozessen**, wie etwa die **Unkontrollierbarkeit der Gesamtsituation** aufgrund der Beeinflussung innerhalb einer Gruppe und zwischen konkurrierenden Gruppen (dazu Pichler, *Beteiligung an einer Schlägerei* [§ 231 StGB], 2010, S. 23-27 m. w. Nachw.), nicht einzubeziehen. Solche Interaktionen bedürfen aber nach dem für die Anwendung des § 228 StGB einschlägigen Maßstabs des Gefährlichkeitsgrades der Körperverletzung der Berücksichtigung.“* (BGH aaO)

2. Es entspricht der **neueren Rspr. des BGH** zur Auslegung des § 228 StGB, die Sittenwidrigkeit der Tat trotz Einwilligung danach zu bestimmen, ob „bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird“ (BGH, aaO, BGHSt 49, 166, 173).

Maßgeblich ist in zeitlicher Hinsicht damit eine **ex ante-Perspektive** der Bewertung des Gefährlichkeitsgrades der Körperverletzungshandlung (Hardtung aaO, § 228 Rn 27). Bei durch diese verursachter konkreter Todes- bzw. Lebensgefahr kann regelmäßig ein die Grenze der Sittenwidrigkeit i. S. von § 228 StGB überschreitendes Ausmaß der Gefährlichkeit für die Rechtsgüter Leib und Leben angenommen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Juli 2010 - 5 StR 255/10 bzgl. mit konkreter Todesgefahr verbundenen Faustschlägen gegen die Schläfenregion).

3. Der **Grad der Gefährlichkeit der Körperverletzungen**, in die eingewilligt worden ist, bestimmt sich aber auch nach den **die Tatausführung begleitenden Umständen**.

So ist etwa in Bezug auf im Rahmen von **sportlichen Wettkämpfen** eingetretene Körperverletzungserfolge im Ergebnis allgemein anerkannt, dass die entsprechende Tat selbst bei der Gefahr erheblicher gesundheitlicher Beeinträchtigungen nicht gegen die guten Sitten verstößt, wenn die Verletzung aus Verhaltensweisen resultiert, die nach den **maßgeblichen Regeln des Wettkampfs** gestattet sind (vgl. BGHSt 4, 88 bzgl. des Boxwettkampfs; siehe auch Reinhard SpuRt 2009, 56; Paeffgen, Nomos - Kommentar zum StGB, 3. Aufl., § 228 Rn 109 m. w. Nachw.).

Resultiert aber ein im Rahmen eines durch Regeln geleiteten und von einer neutralen Person überwachten Sportwettkampfs verursachter Körperverletzungserfolg aus einem Verhalten, das sich als **grob fahrlässige oder gar vorsätzliche Abweichung von den** die Grundlage der erteilten Einwilligung bildenden **Wettkampfbestimmungen** erweist, sind die **Körperverletzungshandlung** und der daraus resultierende Erfolg **nicht mehr durch die Einwilligung gedeckt** (etwa BGHSt 4, 88; BayObLG NJW 1961, 2072; OLG Karlsruhe NJW 1982, 394; OLG Hamm JR 1998, 465; siehe auch den Überblick bei Dölling ZStW 96 [1984], 36).

*„Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Ausschluss der Rechtfertigung in solchen Konstellationen darauf beruht, dass das **grob regelwidrige körperverletzende Verhalten** von vornherein **nicht Gegenstand der erteilten Einwilligung** ist oder die Tat trotz der Einwilligung wegen des durch den schweren Regelverstoß typischerweise erhöhten Gefährlichkeitsgrades gegen die guten Sitten verstößt. Der Rspr. liegt jedenfalls einheitlich der Rechtsgedanke zugrunde, die konkreten Umstände der Ausführung von an sich konsentierten Körperverletzungshandlungen bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Tat zu berücksichtigen. Findet die Tat unter Bedingungen statt, die den Grad der aus ihr hervorgehenden Gefährlichkeit für die körperliche Unversehrtheit oder gar das Leben des Verletzten begrenzen, führt dies regelmäßig dazu, die Körperverletzung als durch die erklärte Einwilligung gerechtfertigt anzunehmen. **Fehlt** es dagegen an derartigen **Regularien**, ist eine Körperverletzung trotz der erteilten Einwilligung grds. sittenwidrig (BGHSt 4, 88; siehe auch BGH NStZ 2000, 87). Das Fehlen von Regeln über die Bedingungen einer vereinbarten wechselseitigen körperlichen Auseinandersetzung führt nämlich erfahrungsgemäß zu einer Erhöhung des Gefährlichkeitsgrades des Körperverletzungsgeschehens über das von der Einwilligung Gedeckte hinaus. Gleiches gilt selbst bei zwischen Täter und Opfer vereinbarten Regeln über die Körperverletzungshandlung.“*

gen, wenn das Vereinbarte nicht in ausreichend sicherer Weise für die Verhütung gravierender, sogar mit der Gefahr des Todes einhergehender Körperverletzungen Sorge tragen kann (BayObLG NJW 1999, 372).“ (BGH aaO)

4. Der Grundgedanke, das Vorhandensein oder Fehlen von den Gefährlichkeitsgrad der Tat **begrenzenden Vorkehrungen** bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Körperverletzungen im Zusammenhang erteilter Einwilligungserklärungen zu berücksichtigen, ist in der höchstrichterlichen Rspr. auch bisher bereits herangezogen worden:

So hat der BGH eine sog. Bestimmungsmensur trotz der dabei verwendeten Waffen deshalb nicht als - nach früherem Recht strafbaren - „**Zweikampf mit tödlichen Waffen**“ bewertet, weil diese Mensur über die sie leitenden Regeln ausreichende Schutzmaßnahmen gegen lebensgefährliche Verletzungen bot (BGHSt 4, 24).

„Der Ausschluss der Rechtswidrigkeit durch Einwilligung selbst von erheblichen Körperverletzungen, die im Rahmen von **Sportwettkämpfen** verursacht werden, beruht - wie bereits ausgeführt - jedenfalls auch auf dem Aspekt der durch das Aufstellen und Einhalten der Wettkampffregeln bewirkten Begrenzung des Gefährlichkeitspotentials der entsprechenden Verhaltensweisen. Bei für die körperliche Unversehrtheit und sogar das Leben **generell gefährträchtigen Wettkampfsportarten**, wie etwa dem Boxsport, dienen die von den entsprechenden Verbänden aufgestellten und auf ihre Einhaltung überwachten Wettkampffregeln gerade der Beschränkung der mit dem Austragen des Wettkampfes verbundenen Risiken für die Gesundheit und das Leben der Beteiligten.“ (BGH aaO)

5. Außer dem Vorhandensein solcher risikobegrenzenden Regeln und Instrumentarien zur Gewährleistung ihrer Einhaltung ist bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Körperverletzungen trotz Einwilligung des Verletzten im Rahmen wechselseitiger tätlicher Auseinandersetzungen auch darauf abgestellt worden, ob diese unter Bedingungen stattfinden, die **tatsächliche Verteidigungsmöglichkeiten des Einwilligenden ermöglichen**.

So hat der BGH den zu einer Körperverletzung führenden Angriff gegen einen Geschädigten, der den Angreifer zuvor selbst zu einer „Wette“ darüber aufgefordert hatte, von diesem nicht überwältigt werden zu können, als Verstoß gegen die guten Sitten (§ 228 StGB) bewertet, weil der Angriff zu einem Zeitpunkt erfolgte, in dem der zuvor auffordernde Verletzte nicht **abwehr- und „kampfbereit“** war, sowie die Auseinandersetzung mit ungleichen „Kampfmitteln“ erfolgte (BGH NSZ 2000, 87).

Ebenso ist - für den Fall der unterstellten Einwilligungsfähigkeit des Erklärenden - einer Einwilligung die rechtfertigende Wirkung wegen Unvereinbarkeit der Tat mit den guten Sitten versagt worden, weil die im Rahmen eines **Aufnahmerrituals in eine Jugendgang** verabredete körperliche Auseinandersetzung zwischen drei Gangmitgliedern und dem Aufnahme Begehrenden keine Vorkehrungen für die Verhütung schwerer Verletzungen vorsah und die Verteidigungsmöglichkeiten des „Anwärters“ von vornherein außerordentlich beschränkt waren (BayObLG NJW 1999, 372).

6. Nach den bereits bisher in der höchstrichterlichen Rspr. herangezogenen Kriterien gebietet es die für die Anwendung von § 228 StGB maßgebliche ex ante-Perspektive der Bewertung des Gefährlichkeitsgrades der Körperverletzungshandlungen, die **Eskalationsgefahr** jedenfalls für Körperverletzungen wie die vorliegenden, die im Rahmen von tätlichen Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen begangen werden, mit zu berücksichtigen.

„Dafür spricht zusätzlich auch der § 231 StGB zugrunde liegende **Schutzzweck**. Mit diesem **abstrakten Gefährdungsdelikt** (BGHSt 39, 305; MüKo-StGB/Hohmann, 2. Aufl., § 231 Rn 2 m. w. Nachw.) will der Gesetzgeber bereits im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen Leben und Gesundheit vor dem Gefährdungspotential von körperlichen Auseinandersetzungen zwischen mehreren Personen schützen (vgl. BT-Drucks. 13/8587 S. 61; Pichler aaO S. 39). Ein Aspekt dieser spezifischen Gefährlichkeit der Schlägerei liegt gerade in der **Unkontrollierbarkeit gruppenspezifischer Prozesse**. Dieser Gefährlichkeitsaspekt ist auch bei der ex ante Beurteilung von wechselseitig konsentierten Körperverletzungen in Fällen der vorliegenden Art zu berücksichtigen.“ (BGH aaO)

- II. Nach diesem Maßstab verstoßen die Körperverletzungen zu Lasten des L und W wegen des Ausmaßes der mit diesen verbundenen Gefährlichkeit für die Rechtsgüter Leben und Gesundheit trotz der Einwilligung der Verletzten gegen die guten Sitten. Maßgebend dafür ist nicht in erster Linie das Gefährlichkeitspotential der einzelnen Körperverletzungshandlungen, sondern die **Gesamtumstände**, unter denen diese verübt worden sind.

„Bereits mit den verabredeten zugelassenen Körperverletzungen, zumindest in Gestalt der Fußtritte, ging ein nicht unerhebliches Gefährlichkeitspotential einher. Nach den Feststellungen ist nicht ausgeschlossen, dass solche Fußtritte auch gegen den Kopf des oder der Kontrahenten geführt wurden. Tritte gegen den Kopf sind als solche für das Leben des Getretenen generell gefährlich. Sie verwirklichen das Merkmal der das Leben gefährdenden Behandlung i. S. von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB jedenfalls dann, wenn sie nach der Art der Ausführung der

Verletzungshandlung im Einzelfall zu **lebensgefährlichen Verletzungen** führen können (BGH NStZ-RR 2012, 340 f.; siehe auch BGH NStZ 2002, 432 f. sowie BGH NStZ-RR 2012, 105). Entsprechendes gilt auch für gegen den Kopf des Opfers geführte Faustschläge, wie sie vorliegend mehrere Angehörige der Gruppe um L erlitten haben. So ist etwa der Zeuge L so heftig in das Gesicht geschlagen worden, dass er drei Zähne vollständig verloren hat, die durch Implantate ersetzt werden müssen. Derart massive Faustschläge tragen bereits per se einen **erheblichen Gefährlichkeitsgrad** in sich. Richten sich solche Schläge gegen besonders empfindliche Bereiche des Kopfes, wie vor allem die Schläfenregion, wird regelmäßig sogar von einer **konkreten Todesgefahr** auszugehen sein (BGH, Beschluss vom 20. Juli 2010 - 5 StR 255/10).

Bedeutsamer als der ohnehin nicht geringe Gefährlichkeitsgrad der von der Verabredung umfassten Körperverletzungshandlungen ist jedoch für die Beurteilung der Taten anhand von § 228 StGB das Fehlen jeglicher Absprachen und Vorkehrungen, die eine Eskalation der wechselseitigen Körperverletzungshandlungen und damit einhergehend eine beträchtliche Erhöhung der aus diesen resultierenden Rechtsgutsgefährlichkeit ausschließen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Gruppen vor dem Beginn der Auseinandersetzung abgesprochen hätten, Körperverletzungen gegen bereits geschlagene und deshalb **nicht mehr zu effektiver Ab- oder Gegenwehr fähige Beteiligte** auszuschließen. Ebenso wenig lassen die rechtsfehlerfreien Feststellungen Absprachen und Sicherungen erkennen, die Situationen ausschließen, in denen sich eine unterschiedliche Anzahl von Kämpfenden aus den beiden Gruppen gegenübersteht und sich wegen der Mehrzahl von „Kämpfern“ auf einer Seite das Risiko schwerwiegender Verletzungen für den oder die in Unterzahl Befindlichen deutlich erhöht.

Die **tatsächliche Entwicklung der Auseinandersetzung** zeigt vielmehr, dass es sich nicht lediglich um abstrakt-generell bedeutsame Umstände der Beurteilung der Rechtsgutsgefährlichkeit der von den Angeklagten begangenen oder ihnen gem. § 25 II StGB zuzurechnenden Körperverletzungen handelt. Vielmehr haben sich die genannten generellen **Risikofaktoren** auch in der konkreten Kampfsituation risikosteigernd ausgewirkt. So ist der ohnehin aufgrund seiner starken Alkoholisierung nicht zur Abwehr gegen ihn gerichteter Körperverletzungen fähige Zeuge W nicht nur von drei zeitgleich agierenden Angehörigen der Gruppe um die Angekl. im Zusammenwirken geschlagen und getreten worden, sondern die Körperverletzungen wurden selbst dann noch fortgesetzt, als W sich völlig wehrlos am Boden befand und lediglich noch versuchte, auf allen Vieren kriechend dem Ort der Auseinandersetzung zu entkommen. Mit den Zeugen M und R sind darüber hinaus Personen Opfer der Körperverletzungen seitens der Angekl. geworden, die an der mit der Gruppe um L verabredeten körperlichen Auseinandersetzung gar nicht beteiligt waren, sondern aus Anlass ihrer Bemühungen, den bereits verletzten Zeugen W aus dem Kampfgeschehen zu holen, von den Angekl. und Mitgliedern ihrer Gruppe geschlagen bzw. getreten worden sind. Gerade in derartigen Entwicklungen drückt sich das ex ante zu beurteilende Gefährlichkeitspotential von körperlichen Auseinandersetzungen der vorliegenden Art aus.

Fehlen damit Absprachen und effektive Sicherungen für deren Einhaltung, die bei wechselseitigen Körperverletzungen zwischen rivalisierenden Gruppen den Grad der Gefährdung der Rechtsgüter Leben und Gesundheit der Beteiligten auf ein vor dem Hintergrund des **Selbstbestimmungsrechts** von Seiten des Staates tolerierbares Maß begrenzen (vgl. BGHSt 49, 166, 171), verstoßen die Taten trotz der Einwilligung der Verletzten selbst dann gegen die guten Sitten (§ 228 StGB), wenn mit den einzelnen Körperverletzungserfolgen keine konkrete Todesgefahr verbunden war.“ (BGH aaO)

(BGH in NJW 2013, 883; Urteil vom 20.12.2012 – 4 StR 55/12)

1. Bei **Wetten mit festen Quoten auf manipulierte Fußballspiele** ist **grds. bereits mit dem Abschluss des Wettvertrags ein vollendeter Betrug** zum Nachteil der getäuschten Wettanbieter gegeben; ein **Mindestschaden** ist ggf. im Wege einer **Schätzung** zu ermitteln.
2. Die getäuschten Wettanbieter haben einen **Vermögensschaden** erlitten, wenn bei objektiver Betrachtung die von ihnen gegenüber den Wettenden eingegangene – infolge der Manipulationen mit einem erhöhten Realisierungsrisiko behaftete – **Verpflichtung zur Auszahlung des vereinbarten Wettgewinns nicht mehr durch den Anspruch auf den Wetteinsatz aufgewogen** wird.
3. Soweit die getäuschten Wettanbieter **keinen Verlust erlitten** haben, weil das auf die betroffenen Spiele entfallene Wettaufkommen die an die manipulativ handelnden Wettgewinner auszuschüttenden Gewinne gedeckt hat, **steht dies der Annahme eines Vermögensschadens nicht entgegen**.

Fall: Die Angekl. S, C und P platzierten in unterschiedlicher Beteiligung bei verschiedenen ausländischen, zumeist asiatischen Wettanbietern zahlreiche Wetten auf Fußballspiele im In- und europäischen Ausland, nachdem sie zuvor mit Spielern oder Schiedsrichtern Manipulationsabsprachen getroffen hatten. Die Wettverträge schlossen sie i. d. R. über einen britischen Vermittler ab, der die Wetten an Wettanbieter in Asien weiter vermittelte. Während die Mitarbeiter des britischen Vermittlers jeweils Kenntnis von den Manipulationsabsprachen hatten, wurden diese gegenüber den Wettanbietern nicht aufgedeckt. In der weit überwiegenden Anzahl der Verträge waren die Wetten erfolgreich und die hinsichtlich der einzelnen Spielpaarungen erzielten Wettgewinne lagen – nach Abzug der Wetteinsätze – regelmäßig im hohen fünfstelligen Bereich.

Die Angekl. könnten sich durch Platzierung der Wetten auf manipulierte Fußballspiele wegen **Betruges nach § 263 StGB** zum Nachteil der getäuschten Wettanbieter strafbar gemacht haben.

- I. Die Angekl. haben selbst oder durch ihre Vermittler bei der Abgabe der Wetten gegenüber den Wettanbietern **konkludent der Wahrheit zuwider erklärt, dass der Verlauf oder der Ausgang der gewetteten Spiele** von ihnen **nicht beeinflusst** worden ist.

„Die Manipulationsfreiheit des Wettgegenstands gehört zur Geschäftsgrundlage der Wette. Beide Parteien sichern sich daher stillschweigend zu, auf das gewettete Spiel keinen Einfluss genommen zu haben. Dadurch wurde bei den Wettanbietern – jedenfalls in der Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins – ein entsprechender Irrtum erregt.“ (BGH aaO)

1. Dies entspricht der **Rspr. des RG und des BGH**, die in der Lit. weitgehend Zustimmung gefunden hat.

BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782 = NSTZ 2007, 151; BGHSt 29, 165 = NJW 1980, 793; RGSt 62, 415; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 263 Rn 16 e; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 263 Rn 32; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 263 Rn 38; Fasten/Oppermann JA 2006, 69; Feinendegen NJW 2007, 787; Gaede HRRS 2007, 16; Krack ZIS 2007, 103; Kubiciel HRRS 2007, 68; Petropoulos/Morozinis wistra 2009, 254; Reinhart SpuRt 2007, 52; Saliger/Rönnau/Kirch-Heim NSTZ 2007, 361; vgl. auch Maaß GA 1984, 264; aus zivilrechtlicher Sicht Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 471

2. An dieser Rspr. hält **BGH aaO** fest.

„Die Erfassung konkludenter Täuschungen ist vom Wortlaut der Vorschrift des § 263 I StGB gedeckt und führt nicht zu einer Entgrenzung des Tatbestands, so dass im Hinblick auf Art. 103 II GG keine Bedenken bestehen (vgl. BVerfGE 130, 1 = NJW 2012, 907 = NSTZ 2012, 496).“

Der Einwand, es liege keine Feststellung von Tatsachen mehr vor, wenn das Vorliegen einer konkludenten Täuschung über die Manipulationsfreiheit des gewetteten Spieles ohne Ermittlung des tatsächlichen Verständnisses der Beteiligten allein aus dem Wesen des Wettvertrags hergeleitet werde, verfängt nicht (Jahn/Maier JuS 2007, 215; a. A. Saliger/Rönnau/Kirch-Heim NSTZ 2007, 361; vgl. noch Kraatz, JR 2012, 329). Ob in einer bestimmten Kommunikationssituation neben einer ausdrücklichen auch eine konkludente Erklärung abgegeben worden ist und welchen Inhalt sie hat, bestimmt sich nach dem objektiven Empfängerhorizont, der unter Berücksichtigung der Gesamtumstände und der Verkehrsanschauung festzulegen ist (vgl. BGHSt 47, 1 = NJW 2001, 2187 = NSTZ 2001, 430; BGH NJW 1995, 539 = NSTZ 1995, 134; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 263 Rn 37 f.). Wenn der Tatrichter dabei seine Bewertung maßgeblich auf die

sich aus dem **Wesen des abgeschlossenen Vertrags** ergebende **Risiko- und Pflichtenverteilung** stützt, ist dies revisionsrechtlich bedenkenfrei (vgl. BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448 = NStZ 2010, 44; MüKo-StGB/Hefendehl, § 263 Rn 86, 93; Kubiciel HRRS 2007, 68). Auch wird durch die Annahme einer konkludenten Täuschung die für die Strafbarkeit eines Unterlassens erforderliche Feststellung einer **Garantenpflicht** nicht umgangen (so aber Schild, Zeitschr. f. Wett- u- GlücksspielR [ZFWG] 2006, 213; Schlösser NStZ 2005, 423). Die Abgabe einer auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts gerichteten Erklärung ist positives Tun, auch wenn sie zugleich als **(stillschweigende) Negativerklärung** in Bezug auf zu dem Geschäftszweck in Widerspruch stehende Umstände verstanden wird (vgl. Kindhäuser, NK-StGB, § 263 Rn 110; Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rn 29; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 263 Rn 41). Die **Manipulationsfreiheit** ist eine **notwendige Bedingung für die Durchführbarkeit** eines auf ein ungewisses Ereignis ausgerichteten **Wettvertrags**; sie gehört deshalb zum Inhalt eines in sich schlüssigen (konkludenten) Antrags auf dessen Abschluss (vgl. BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782 = NStZ 2007, 151).“ (BGH aaO)

II. Das Verhalten der **in die Manipulationen eingeweihten als Vermittler tätigen Mitarbeiter** der Ltd. ist den Angekl. **nach § 25 II StGB zuzurechnen**. Hinsichtlich der Vermittler, die keine Kenntnis von den Manipulationen der Angekl. hatten, erfolgt die Zurechnung nach den Grundsätzen zur mittelbaren Täterschaft (§ 25 I StGB).

III. In denjenigen Fällen, in denen die Wettanbieter den entsprechend der vereinbarten Quote berechneten Gewinn ausbezahlt und dadurch für sich den endgültigen Vermögensverlust in Höhe der **Differenz zwischen Wetteinsatz und Wettgewinn** herbeigeführt haben, ist von einem Schaden in dieser Höhe auszugehen.

1. Da die Wettanbieter die Wettverträge nicht abgeschlossen und dementsprechend auch keine Gewinne ausbezahlt hätten, wenn ihnen die Manipulationen der gewetteten Spiele bekannt geworden wären, ist der für die Annahme eines Betrugs erforderliche **Ursachenzusammenhang** zwischen dem täuschungsbedingten Irrtum und der **in der Gewinnausschüttung liegenden Vermögensverfügung** gegeben (BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782 = NStZ 2007, 151).

„Der Umstand, dass das LG keine näheren Feststellungen dazu getroffen hat, wer bei den Wettanbietern im konkreten Fall die Wetten angenommen hat und wie die Gewinnausschüttungen veranlasst wurden, steht dem nicht entgegen, weil keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass es im Geschäftsbetrieb der Wettanbieter an irgendeiner Stelle ein Wissen um die Manipulationen gegeben hat und der durch die Täuschung ausgelöste Irrtum über die Manipulationsfreiheit deshalb nicht verfügungsursächlich geworden sein könnte (vgl. BGH NJW 2003, 1198 = NStZ 2003, 313; Beckemper/Wegner NStZ 2003, 315). Auch hat das irrumsbedingte Verhalten auf Seiten der Wettanbieter ohne weitere deliktische Zwischenschritte der Angekl. zu der Vermögensverfügung geführt (vgl. BGH BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 29).“ (BGH aaO)

2. Der Umstand, dass die Wettanbieter schon mit der auf derselben Täuschung beruhenden Eingehung der Wettverträge einen **Vermögensnachteil** erlitten haben, steht einer Schadensbestimmung nach Maßgabe der in der Erfüllungsphase geleisteten Zahlungen nicht entgegen.

„Die Erfüllung einer täuschungsbedingt eingegangenen **vermögensnachteiligen Verpflichtung** vertieft den bereits eingetretenen Schaden. Beide Verfügungen und die durch sie ausgelösten Nachteile bilden zusammen eine Betrugstat (vgl. BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448; BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782 = NStZ 2007, 151; BGH NStZ 1997, 542; RGSt 66, 175; Lackner, LK-StGB, 10. Aufl., § 263 Rn 292; Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rn 274; Tenckhoff, Festschr. f. Lackner, S. 677). Dabei ist für die Schadensfeststellung jedenfalls dann allein auf die **Erfüllungsphase** abzustellen, wenn – wie hier – der Getäuschte seine Verpflichtung aus dem Vertrag restlos erfüllt hat und der mit dem Vertragsschluss ausgelöste Nachteil deshalb vollständig in dem durch die Vertragserfüllung herbeigeführten Schaden enthalten ist (BGH NJW 2011, 2675 = NStZ 2011, 638; vgl. Klein, Das Verhältnis von Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, 2003, S. 178).“ (BGH aaO)

3. Auf die Frage, ob die **Manipulationen** der Angekl. tatsächlich den **Ausgang der betroffenen Spiele beeinflusst** haben, kommt es nicht an.

„Entscheidend ist vielmehr, dass die Wettanbieter **Wetten auf manipulierte Spiele nicht angenommen** hätten. Dass es den Angekl. in den Fällen, in denen das gewettete Spielergebnis unabhängig von ihrer Einflussnahme auf den Spielverlauf eintrat, möglich gewesen wäre, den Wettgewinn auch ohne Manipulation und damit ohne eine hierauf bezogene Täuschung zu erzielen, ist ohne Belang, weil für die innere Verknüpfung von Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung allein der tatsächliche Verlauf der Willensbildung maßgebend ist (BGHSt 13, 13 = NJW 1959, 897; i. Erg. ebenso Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 250).“ (BGH aaO)

IV. **Fraglich** ist jedoch, **ob** auch in den Fällen, in denen es **nicht zu einer Gewinnauszahlung kam**, ein **vollendeter Betrug** zu bejahen ist.

1. Der **5. Strafsenat** hat entschieden, dass bei Wetten mit festen Quoten auf manipulierte Fußballspiele **bereits mit Abschluss des Wettvertrags** ein **vollendeter Betrug** zum Nachteil der getäuschten Wettanbieter gegeben ist.

Die auf Grund eines bestimmten Risikos ermittelte Quote stelle gleichsam den „Verkaufspreis“ der Wettchance dar. Durch die Manipulationen sei das Wettisiko erheblich zu Gunsten der täuschenden Wettkunden verschoben worden. Die bei Vertragsschluss von den Wettanbietern vorgegebene Quote entspreche deshalb nicht mehr dem Risiko, das ihrer Kalkulation zu Grunde gelegen habe. Die von dem Wettkunden erkaufte Chance auf den Wettgewinn sei wesentlich mehr wert, als er dafür in Ausnutzung seiner Täuschung bezahlt habe. Für seine jeweiligen Einsätze hätte der Wettkunde bei realistischer Einschätzung des tatsächlichen Wetttrisikos einen erheblich geringeren Gewinn erkaufen können. Diese „Quotendifferenz“ stelle bei jedem Vertragsschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden dar. Dieser Quotenschaden müsse nicht beziffert werden. Es reiche aus, wenn die insoweit relevanten Risikofaktoren gesehen und bewertet werden.

BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782 = NStZ 2007, 151; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 263 Rn 212; Engländer JR 2007, 477; Gaede HRRS 2007, 16; Krack ZIS 2007, 103; Ostermeier ZfWG 2007, 253

2. Auch **BGH aaO bejaht grds. einen Vermögensschaden bereits mit Abschluss des Wettvertrags**, bestimmt jedoch die eingetretene Vermögensminderung abweichend.

- a) Wurde der Getäuschte zum Abschluss eines gegenseitigen Vertrags verleitet (Eingehungsbetrug), sind bei der für die Schadensfeststellung erforderlichen **Gesamtaldierung** der Geldwert des erworbenen Anspruchs gegen den Täuschenden und der Geldwert der eingegangenen Verpflichtung miteinander zu vergleichen; der Getäuschte ist geschädigt, wenn sich dabei ein **Negativsaldo** zu seinem Nachteil ergibt.

st. Rspr., vgl. BGH NJW 2011, 2675 = NStZ 2011, 638; BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448 = NStZ 2010, 44; BGHSt 45, 1 = NJW 1999, 1485 = NStZ 1999, 302; BGHSt 16, 220 = NJW 1961, 1876; Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rn 160, 173

Ist der Getäuschte ein **Risikogeschäft** eingegangen, kommt es für die Bestimmung des Schadens maßgeblich auf die täuschungs- und irrtumsbedingte Verlustgefahr an, die über die vertraglich zu Grunde gelegte hinausgeht.

vgl. BGH NJW 2011, 2675 = NStZ 2011, 638; BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330; BGHSt 30, 388 = NJW 1982, 1165; Jaath, Festschr. f. Dünnebier, S. 583

Auch ein **nur drohender, ungewisser Vermögensabfluss** kann einen **Schaden darstellen**, wenn der **wirtschaftliche Wert des gefährdeten Vermögens** bereits **gesunken** ist. Die **bloße Möglichkeit eines Wertverlustes genügt** dabei allerdings **noch nicht**; auch dürfen die Verlustwahrscheinlichkeiten nicht so diffus sein oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss bleibt. Zur Verhinderung einer tatbestandlichen Überdehnung und zur Wahrung des Charakters des Betrugstatbestands als Erfolgsdelikt ist der **Schaden daher der Höhe nach zu beziffern** und **nachvollziehbar darzulegen**. Bestehen Unsicherheiten, kann ein Mindestschaden unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege einer tragfähigen Schätzung ermittelt werden.

vgl. Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 263 Rn 40 ff.; Schuhr ZStW 123 [2011], 517; Riemann, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1989, S. 7; BVerfGE 130, 1 = NJW 2012, 907 = NStZ 2012, 496; vgl. BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 = NStZ 2010, 626; BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448 = NStZ 2010, 44; BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330; Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., § 263 Rn 165 m. w. Nachw.; Kraatz JR 2012, 329). Normative Gesichtspunkte können bei der Bewertung des Schadens eine Rolle spielen; sie dürfen die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen (BVerfGE 130, 1 = NJW 2012, 907 = NStZ 2012, 496

- b) Bei Wettverträgen auf Sportereignisse mit verbindlichen Quoten gestehen sich der Wettende und der Wetthalter gegenseitig je einen Anspruch auf einen bestimmten Geldbetrag zu und übernehmen das entsprechende **Haftungsrisiko**. Beide **Ansprüche stehen zueinander im Verhältnis der Alternativität**, weil sie mit unterschiedlichen Vorzeichen von dem Eintritt des gewetteten Spielergebnisses oder Spielverlaufs und damit von entgegengesetzten Bedingungen abhängen (vgl. Stau-

dinger/Engel, BGB, Neubearb. 2008, § 762 Rn 4 ff.; MüKo-BGB/Habersack, 5. Aufl., § 762 Rn 7; Henssler, S. 440 ff.).

Der Anspruch des Wettenden ist auf den seinen Einsatz entsprechend der vereinbarten Quote übersteigenden Wettgewinn und der Anspruch des Wettanbieters auf ein Behaltendürfen des vorgeleisteten Wetteinsatzes gerichtet. Ihr Geldwert bestimmt sich nach der vereinbarten Höhe (Einsatz x Quote – Einsatz bzw. Einsatz) sowie der Wahrscheinlichkeit des Eintritts des zur Bedingung gemachten Spielausgangs. Wird durch eine nicht offengelegte Manipulation des Wettenden die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass es zu dem von ihm gewetteten Spielausgang kommt, erhöht sich damit auch der Geldwert seines Anspruchs gegen den getäuschten Wettanbieter und das korrespondierende Haftungsrisiko. Zugleich vermindert sich der Geldwert des alternativen Anspruchs des Wettanbieters auf ein Behaltendürfen des Einsatzes.

Die getäuschten Wettanbieter haben einen Vermögensschaden erlitten, wenn bei objektiver Betrachtung die von ihnen gegenüber den Angekl. eingegangene – infolge der Manipulationen mit einem erhöhten Realisierungsrisiko behaftete – Verpflichtung zur Auszahlung des vereinbarten Wettgewinns nicht mehr durch den Anspruch auf den Wetteinsatz aufgewogen wird.

- c) Die Tatsache, dass die beeinträchtigten Ansprüche der Wettanbieter auf ein Behaltendürfen des Wetteinsatzes von dem Nichteintritt des gewetteten Spielergebnisses abhängen, lässt den strafrechtlichen Vermögensschutz nicht entfallen.

*„Auch **bedingte Forderungen gehören zum strafrechtlich geschützten Vermögen**, wenn mit ihrer **Realisierung ernsthaft zu rechnen** ist und sie deshalb im Geschäftsverkehr als werthaltig angesehen werden (vgl. BGH NStZ 2008, 627). Dies war hier ersichtlich der Fall.“* (BGH aaO)

- d) Soweit die getäuschten Wettanbieter in der Gesamtschau keinen Verlust erlitten haben, weil das auf die betroffenen Spiele entfallene Wettaufkommen die an die Angekl. auszuschüttenden Gewinne gedeckt hat, steht dies der Annahme eines Vermögensschadens nicht entgegen.

*„Die dem Wettanbieter verbleibenden Wetteinsätze der Wettverlierer stellen im Verhältnis zu den manipulativ agierenden Wettgewinnern keinen unter dem **Gesichtspunkt der Schadenskompensation** zu berücksichtigenden Ausgleich dar. Kommt es im Zusammenhang mit einer nachteiligen Vermögensverfügung an anderer Stelle zu einem Vermögenszuwachs, scheidet die Annahme eines Vermögensschadens nur dann aus, wenn dieser Vorteil von der Verfügung selbst zeitgleich mit dem Nachteil hervorgebracht worden ist und nicht – wie hier – auf rechtlich selbstständigen Handlungen beruht (vgl. BGH NStZ 2010, 330; BGH NStZ 2004, 205; BGHSt 47, 295 = NJW 2002, 2801 = NStZ 2002, 648; BGH NStZ 1999, 353; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 263 Rn 144).“* (BGH aaO)

(VGH München in NVwZ-RR 2013, 218; Beschluss vom 30.10.2012 – 22 ZB 11.2915)

1. Wird ein **belastender Verwaltungsakt** - sei es freiwillig, sei es gezwungenermaßen - durch den Inhaltsadressaten oder durch einen Dritten **befolgt**, zieht das dann die **Erledigung der Anordnung** nach sich, wenn sich die Vollzugsmaßnahmen nicht mehr rückgängig machen lassen.
2. Die **bloße Möglichkeit, für eine festgestellte Kontamination verantwortlich zu sein** reicht **für die Heranziehung eines Rechtssubjekts**, das weder Grundstückseigentümer noch aktuell Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist, **nicht aus**.

Fall: Der Kl. ist Eigentümer des Grundstücks Fl. Nr. X. der Gemarkung A., auf dem sich Garagen, Werkstatträume und die Eigenverbrauchstankstelle einer benachbarten Kunstmühle befanden, deren Betrieb später eingestellt wurde. Von 1978 bis zum Ende des Jahres 2000 waren die Garagen, die Werkstatträume und die Tankstelle zunächst an den Mineralölgroßhändler Y, später an die Z.-GmbH & Co. KG vermietet. Im Jahr 2002 durchgeführte Untersuchungen ergaben nach, dass der Boden des Grundstücks mit Öl verunreinigt war; in den Jahren 2004 und 2005 vorgenommene weitere Untersuchungen führten zu dem Ergebnis, dass eine Sanierung im ersten Niveau des Grundwasserstocks angezeigt, ein sofortiges Einschreiten aber nicht erforderlich sei.

Durch Bescheid vom 06.06.2011, zugestellt am 08.06.2011, verpflichtete das Landratsamt A. den Kl., im Rahmen einer Detailuntersuchung alle auf einer bestimmten Fläche bestehenden Messstellen ordnungsgemäß auf das Vorhandensein näher bezeichneter chemischer Stoffe hin beproben und diesbezüglich eine Stichtagsmessung der Ruhewasserpegel durchführen zu lassen sowie einen Grundwassergleichenplan zu erstellen; die Ergebnisse der vorgenannten Maßnahmen seien ferner fachlich zu bewerten (Nr. 1 des Bescheidstenors). Für den Fall, dass der Kl. diesen Verpflichtungen nicht innerhalb der in der Nr. 2 des Bescheidstenors festgesetzten Fristen von 2 Wochen nachkomme, wurden ihm in der Nr. 3 des Tenors Zwangsgelder angedroht. In Nr. des Tenors wurden dem Kl. die Kosten der Amtshandlung auferlegt.

Gegen den Bescheid vom 06.06.2011 erhob der Kl. am 10.06.2011 fristgerecht Klage. Zudem erfüllte er innerhalb der 14-tägigen Frist die Untersuchungspflicht.

Wird die Klage Erfolg haben?

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

I. **Zulässigkeit der Klage**

Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

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

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art, sofern keine Sonderzuweisungen eingreifen, war hier offensichtlich nicht der Fall ist.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Hier wird um eine Maßnahme nach BBodSchG gestritten. Diese Normen gehören ohne Zweifel nach der **modifizierten Subjektstheorie** dem öffentlichen Recht an. Da hier auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist sie auch nichtverfassungsrechtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

2. **statthafte Klageart**

Fraglich ist, welches hier die statthafte Klageart ist.

a) **Anordnung der Untersuchungsmaßnahmen nebst Zwangsgeldandrohung**

Die Anordnung der Untersuchungsmaßnahmen ist ohne Weiteres ein den Kl. belastender Verwaltungsakt. Allerdings hat der Kl. die angeordneten Untersuchungen durchführen lassen, so dass Erledigung eingetreten sein könnte mit der Folge, dass allenfalls die **Fortführung der Klage als Fortsetzungsfeststellungsklage** in Betracht kommt.

„Wird ein **belastender Verwaltungsakt** - sei es freiwillig, sei es gezwungenermaßen - durch den Inhaltsadressaten oder durch einen Dritten **befolgt**, zieht das dann die **Erledigung der Anordnung** nach sich, wenn sich die Vollzugsmaßnahmen nicht mehr rückgängig machen lassen (vgl. z. B. BayVGH vom 26.07.1995 BayVBI 1995, 758/759; vom 18.07.1997 BayVBI 1998, 500/501; vom 15.3.1999 BayVBI 2000, 149/150; Gerhardt in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Rn. 88 zu § 113). **Unumkehrbar** sind die durch den Bescheidsvollzug geschaffenen Tatsachen jedenfalls insofern, als die **Informationen**, die durch die Auswertung der am 14. Mai 2012 entnommenen Grundwasserproben gewonnen wurden, sich **weder tatsächlich aus dem Erinnerungsvermögen** der mit der Sache befassten Amtsträger **tilgen** lassen, **noch** sie von **Rechts wegen einem Tilgungs- oder Verwertungsverbot** unterliegen. Da der Kläger den ihm in der Nummer 1 des Tenors des Bescheids vom 06.06.2011 auferlegten Handlungspflichten erst innerhalb von Fristen nachzukommen hatte, die gemäß der Nummer 2 des Bescheidstenors frühestens mit der Bestandskraft des Bescheids zu laufen begonnen hätten, sind die **angedrohten Zwangsgelder weder bereits fällig geworden, noch können sie künftig fällig werden.**“ (VGH München aaO)

Vor diesem Hintergrund ist sowohl hinsichtlich der Untersuchungsanordnung als auch hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung Erledigung eingetreten, so dass die Anfechtungsklage nicht mehr statthaft ist. Der Kl. müsste insofern seinen Antrag auf die Feststellung, dass die Untersuchungsanordnung und die Zwangsgeldandrohung rechtswidrig waren, umstellen.

„Tritt während der Anhängigkeit ...Erledigung der Hauptsache ein, besitzt der [Kläger] jedoch ein berechtigtes Interesse an der Klärung, ob der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig war, ist ... der Übergang auf ein Fortsetzungsfeststellungsbegehren möglich (vgl. z. B. Seibert in Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, Rn. 341a zu § 124a). Das dafür erforderliche **Fortsetzungsfeststellungsinteresse** muss der Rechtsmittelführer allerdings darlegen (NdsOVG vom 8.7.2004 NVwZ-RR 2004, 912). Der Kläger hat weder erklärt, auf ein Fortsetzungsfeststellungsbegehren übergehen zu wollen, noch hat er das dafür erforderlich Feststellungsinteresse aufgezeigt.“ (VGH München aaO)

Eine **Umstellung** auf die Fortsetzungsfeststellungsklage ist hinsichtlich der Untersuchungsanordnung und der Zwangsgeldandrohung **nicht erfolgt**. Die zunächst erhobene Anfechtungsklage ist hingegen nicht mehr statthaft. Bezüglich der Anordnungen zu 1. (Untersuchung) und 3. (Zwangsgeldandrohung) des Bescheides ist die Klage daher unzulässig.

b) Kostenentscheidung

„Der Bescheid vom 06.06.2011 beschwert den Kläger derzeit nur noch im Hinblick auf die in der Nummer 4 des Tenors enthaltene **Kostenlastentscheidung** und den dort vorgenommenen Kostenansatz. Insoweit [ist] die **Anfechtungsklage ... zulässig geblieben** (vgl. BayVGH vom 26.07.1995, aaO, S. 760; vom 18.07.1997, aaO, S. 501).“ (VGH München aaO)

II. Begründetheit der Klage

Die weiter zulässige Anfechtungsklage gegen die Kostenentscheidung ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn diese rechtswidrig ist und den Kl. in seinen Rechten verletzt.

1. Rechtswidrigkeit der Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung ist rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme des Kl. fehlen.

a) Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die **Kostenentscheidung** ist Art. 2 I BayKG, wonach zur Zahlung der Kosten verpflichtet ist, wer die Amtshandlung veranlasst, im übrigen diejenige Person, in deren Interesse die Amtshandlung vorgenommen wird.

b) formelle Rechtmäßigkeit

Bedenken hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der Kostenentscheidung bestehen nicht.

c) materielle Rechtmäßigkeit

Die Kostenentscheidung ist materiell rechtmäßig, wenn davon auszugehen ist, dass der Kl. die Untersuchungsanordnung nebst Zwangsgeldandrohung veranlasst hat.

aa) Begriff des Veranlassers

„**Veranlasser** ist, wer für die Amtshandlung **tatsächlich in verantwortlicher Weise ursächlich** ist (VGH München, UPR 2011, 357= BeckRS 2011, 52237; Rott/Stengel, VerwaltungskostenR in Bayern, Bd. I, Art. 2 BayKommG, Anm. 3). Das kann auch der **Eigentümer eines Grundstücks** im Hinblick auf seine Eigenschaft als **Zustandsverantwortlicher** sein (vgl. zu einer solchen Fallgestaltung z. Bsp.: VGH München, BayVBI 2002, 372).“ (VGH München aaO)

bb) Verantwortlichkeit des Kl.

Fraglich ist daher, ob der Kl. als **Zustandsverantwortlicher** in Anspruch genommen wurde. Die Inanspruchnahme erfolgte hier aufgrund des BBodSchG. Besteht auf Grund konkreter Anhaltspunkte der hinreichende Verdacht einer schädlichen Bodenveränderung oder einer Altlast, so kann die zuständige Behörde nach § 9 II BBodSchG anordnen, dass die in § 4 III, V, VI BBodSchG genannten Personen die notwendigen Untersuchungen zur Gefährdungsabschätzung durchzuführen haben. Auf dieser Grundlage ist die streitige Anordnung getroffen worden.

Fraglich ist allerdings, ob der Kläger für die entsprechenden Untersuchungen in Anspruch genommen werden kann. § 9 II BBodSchG verweist insofern auf § 4 III, V, VI BBodSchG. In Betracht kommt nach § 4 III BBodSchG eine **Inanspruchnahme als Grundstückseigentümer**.

Der Kl. ist Grundstückseigentümer und kann insofern auch in Anspruch genommen werden. Fraglich ist jedoch, ob hier nicht die Auswahl gerade des Kl. rechtsfehlerhaft ist. Es könnten Herr Y oder die X.-GmbH & Co. KG als **Verursacher vorrangig** zu den angeordneten Maßnahmen **heranzuziehen** sein.

„Aus [dem Vorbringen des Klägers] ergeben sich jedoch keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Annahme des VG es lasse sich nicht mit dem erforderlichen Grad an Gewissheit feststellen, die **früheren Mieter** der auf dem Grundstück Fl. Nr. X. befindlichen Anlagen hätten die festgestellten Bodenverunreinigungen **verursacht**, so dass sie **rechtssicher** nach § 9 II 1 i. V. mit § 4 III 1 BBodSchG **in Anspruch genommen werden könnten**.“

Das VG ging in Übereinstimmung mit der Entscheidung des VGH München vom 25.11.2002 (VGH München, BayVBI 2003, 466 = ZfWassR 2004, 106) zutreffend davon aus, dass die **bloße Möglichkeit, für eine festgestellte Kontamination verantwortlich zu sein** (sie ist bei einem Mineralölhandelsunternehmen angesichts der hier festgestellten Art der Bodenverunreinigung fraglos ernsthaft in Betracht zu ziehen), **für die Heranziehung eines Rechtssubjekts**, das weder Grundstückseigentümer noch aktuell Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist, **nicht ausreicht** (VGH München, BayVBI 2003, 466 = ZfWassR 2004, 106, m. w. Nachw.). Das gilt namentlich dann, wenn ein **Grundstück über einen längeren Zeitraum hinweg von mehreren Betrieben nacheinander** für den gleichen Zweck genutzt worden ist und später branchenspezifische Verunreinigungen zutage treten (VGH München, BayVBI 2003, 466 = ZfWassR 2004, 106).

Ein behördliches Einschreiten setzt in derartigen Fällen allerdings **nicht zwingend** voraus, dass der **schadensbegründende Kausalverlauf lückenlos** und mit unumstößlicher Gewissheit nachgewiesen ist; es genügt, wenn sich aus den objektiv vorliegenden Umständen **gewichtige Indizien** ergeben, die den Schluss rechtfertigen, dass zwischen dem Verhalten der in Anspruch genommenen Person und der eingetretenen Gefahrenlage ein **Ursachenzusammenhang** besteht (VGH München, BayVBI 2003, 466 = ZfWassR 2004, 106).

Das VG hat die **fehlende Nachweisbarkeit der Verantwortlichkeit der vorerwähnten Mineralölhandelsunternehmen** zum einen daraus hergeleitet, dass die technische Gewässeraufsicht während der Mietzeit anlässlich mehrerer Kontrollen zwar Mängel bei der Lagerung bzw. beim Umgang mit wassergefährdenden Stoffen, jedoch keine Boden- oder Grundwasserverunreinigungen festgestellt hat; zudem seien die monierten Mängel behoben worden[wird ausgeführt].“ (VGH München aaO)

2. Ergebnis

Nach alledem kam nur der Kl. als derzeitiger Grundstückseigentümer als nach § 9 II 1 BBodSchG Verpflichteter (und damit als Schuldner der Kosten dieser Amtshandlung) in Betracht. Die Kostenentscheidung ist damit rechtmäßig und die diesbezügliche Anfechtungsklage unbegründet.

(VGH Kassel in NJW 2013, 555; Beschluss vom 31.05.2012 – 8 A 514/12)

1. **Mindestens zwei Personen** können eine durch Art. 8 GG **geschützte Versammlung** bilden.
2. Auch bei Kundgebungen in der Nähe von Justizvollzugsanstalten **dürfen grundsätzlich Lautsprecher eingesetzt werden**.
3. Ein **Verbot der Lautsprecherbenutzung bedarf** in solchen Fällen einer **besonderen Interessenabwägung**, die sich nicht in dem Argument erschöpfen darf, der Lautsprechereinsatz sei für die Binnenkommunikation der (wenigen) Versammlungsteilnehmer nicht erforderlich.

Fall: Der Kläger begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer ihm als Anmelder einer am 01.11.2010 vor der Justizvollzugsanstalt Schwalmstadt vorgesehenen Kundgebung unter dem Motto Solidarität mit den Gefangenen, gegen Knastwillkür und Sicherheitsverwahrung durch Bescheid des Bürgermeisters der Beklagten als staatlicher Ordnungsbehörde vom 01.11.2010 erteilten Auflage. Laut telefonischer Anmeldung des Klägers vom 29.10.2010 sollten an der Kundgebung vor der Justizvollzugsanstalt, in der sich seinerzeit 34 in Sicherungsverwahrung befindliche Personen aufhielten, etwa 20 Personen teilnehmen. Neben anderen Auflagen enthält der Bescheid als Nr. 7 des Tenors folgenden Text:

„Der geplante Einsatz einer Lautsprecheranlage wird wegen der unmittelbaren Nähe zur JVA nicht gestattet. Bei der erwarteten Teilnehmerzahl ist davon auszugehen, dass auch ohne Einsatz einer Übertragungsanlage die Redebeiträge durch alle Teilnehmer gehört werden können.“

In der Begründung des auf § 15 I VersG gestützten Bescheides heißt es, die Auflagen seien erforderlich und zweckmäßig, um einen möglichst störungsfreien und reibungslosen Ablauf der Versammlung zu gewährleisten. Insbesondere seien sie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, zum Schutze der Versammlungsteilnehmer, aber auch aus Gründen der Leichtigkeit des Verkehrs notwendig.

Bei den beigezogenen Behördenakten befindlichen Presseberichten ist zu entnehmen, dass am Tag der vom Kläger angemeldeten Kundgebung etwa 20 der 34 sicherungsverwahrte Personen in der Justizvollzugsanstalt Schwalmstadt in Hungerstreik getreten waren, um gegen ihre Unterbringung in der Anstalt zu protestieren.

Der Kläger erhebt Klage beim zuständigen VG mit dem Antrag, festzustellen, dass die Auflage zu Nr. 7 des Bescheides rechtswidrig war. Er ist der Auffassung, hieran ein schützenswertes Interesse zu haben, da er weitere Kundgebungen gegen die in Deutschland praktizierte Form der Sicherungsverwahrung anmelden will. Zudem sei auch absehbar, dass es Anlässe für solche Kundgebungen in Schwalmstadt geben wird, da das Hessische Ministerium der Justiz plant, in Schwalmstadt eine besondere Einrichtung für die Unterbringung in Sicherungsverwahrung befindlicher Personen auch aus anderen Bundesländern zu schaffen. Die Beklagte hält eine Wiederholungsgefahr für nicht gegeben, insbesondere weil an der geplanten Kundgebung am 01.11.2010 nach Presseberichten nur drei Personen teilnehmen wollten und man daher die Binnenkommunikation auch ohne Lautsprecher für gewährleistet hielt. Dass auch an erneuten Veranstaltungen wieder nur so wenige Personen teilnehmen würden, sei nicht anzunehmen. Wird diese Klage Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art, sofern keine Sonderzuweisungen eingreifen, was hier offensichtlich nicht der Fall ist.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Hier wird um eine versammlungsrechtliche Auflage gestritten, die auf § 15 I VersG gestützt wird. Das Versammlungsgesetz berechtigt und verpflichtet nach der modifizierten Subjektstheorie Träger öffentlicher Gewalt und ist daher ohne weiteres als öffentliches Recht anzusehen, so dass die Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist. Da hier auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist sie

auch nichtverfassungsrechtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

2. statthafte Klageart

Fraglich ist, welches hier die statthafte Klageart ist. Die versammlungsrechtliche Auflage ist keine Nebenbestimmung nach § 36 VwVfG, da die Durchführung der Versammlung keiner Genehmigung und damit keines begünstigenden Verwaltungsaktes bedarf. Sie ist eine das Versammlungsrecht beschränkende Verfügung und daher grundsätzlich mit der Anfechtungsklage angreifbar. Hier ist allerdings diese Verfügung am 01.11.2010 erfolgt und damit am Tag der geplanten Versammlung. Mit Ablauf dieses Tages hat sich die Auflage damit erledigt. In Betracht kommt daher eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO, da sich ein Verwaltungsakt, gegen die Anfechtungsklage einschlägig gewesen wäre, vor deren Erhebung erledigt hat.

3. Voraussetzungen der Anfechtungsklage

Eine Fortsetzungsfeststellungsklage ist nur zulässig, wenn die Klage, die eigentlich einschlägig war, bis zum Zeitpunkt der Erledigung noch zulässig gewesen wäre. Da die Erledigung hier noch am selben Tag eingetreten ist, sind keine der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsklage zu prüfen, insbesondere können bis zum erledigenden Ereignis noch keine Rechtsbehelfsfristen abgelaufen sein. Die Klagebefugnis jedenfalls ergibt sich aus der Adressatentheorie.

4. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Da von dem erledigten Verwaltungsakt keine Rechtswirkungen mehr ausgehen, besteht im Regelfall kein schützenswertes Interesse mehr, die Gerichte mit der Angelegenheit zu befassen. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage, gerichtet auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines bereits erledigten Verwaltungsaktes, setzt daher ein besonderes Feststellungsinteresse voraus.

Als derartiges Fortsetzungsfeststellungsinteresse sind das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr, das Bestehen eines Rehabilitationsinteresses sowie die Vorbereitung einer Schadensersatzklage anerkannt. Daneben ist die Fortsetzungsfeststellungsklage immer dann zulässig, wenn es um eine Maßnahme von erheblicher Grundrechtsrelevanz geht, die anderenfalls ohne gerichtliche Prüfung bliebe.

Hier kommt das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr in Betracht.

*„Die Wiederholungsgefahr ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass an der geplanten Kundgebung am 01.11.2010 nach Presseberichten nur drei Personen teilnehmen wollten. Trotz dieser geringen Teilnehmerzahl war die geplante Veranstaltung eine **Versammlung im Sinne des Versammlungsgesetzes**, das diesen Begriff und die Anzahl der erforderlichen Teilnehmer nicht definiert. In Literatur und Rechtsprechung werden bezüglich der Anzahl der für eine Versammlung erforderlichen Teilnehmer unterschiedliche Auffassungen (von zwei bis sieben Personen) vertreten (Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 16. Aufl., Rn. 18 zu § 1 m. w. N.). Der Senat schließt sich der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg an (Urteil vom 25. April 2007 - 1 S 2828/06 -, ESVGH 57, 197 = juris Rn. 22 f.), der eine **Teilnahme von zwei Personen** zu gemeinsamer Meinungsäußerung bei **gleichzeitiger physischer Anwesenheit** für ausreichend hält, wie dies auch der bundesweit einzigen gesetzlichen Regelung in § 2 Abs. 1 des bayerischen Versammlungsgesetzes entspricht (Dietel u. a., aaO).“* (VGH Kassel aaO)

5. Zwischenergebnis

Da Zweifel am Vorliegen der weiteren Sachentscheidungsvoraussetzungen nicht bestehen, ist die Klage zulässig.

II. Begründetheit

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn die Auflage rechtswidrig war.

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für das Verbot der Lautsprecheranlage kommt § 15 I VersG in Betracht.

2. formelle Rechtswidrigkeit

Hinsichtlich der Einhaltung der formellen Rechtmäßigkeitsanforderungen bestehen keine Bedenken gegen das Verbot.

3. materielle Rechtswidrigkeit

Das Verbot der Lautsprecheranlage ist rechtswidrig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 I VersG nicht vorliegen oder die Entscheidung ermessensfehlerhaft ist.

Nach § 15 I VersG können kann die zuständige Behörde die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist.

a) Nichterforderlichkeit der Lautsprecheranlage für Binnenkommunikation

Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit könnte hier darin zu sehen sein, dass eine Lautsprecheranlage bei einer Kundgebung in der Nähe einer Justizvollzugsanstalt zum Einsatz kommen sollte, jedoch angesichts der Teilnehmerzahl für die Binnenkommunikation nicht erforderlich ist.

*„Wie der Senat bereits in seinem Zulassungsbeschluss vom 05.03.2012 ausgeführt hat, trägt das vom Verwaltungsgericht herangezogene Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 21. Dezember 2006 - 1 A 162.01 - (juris) entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zur Klärung der Frage bei, ob der **Einsatz von Lautsprecheranlagen bei Kundgebungen in der Nähe von Justizvollzugsanstalten** zulässig ist. Denn zum einen befasst sich dieses Urteil nicht mit der besonderen Problematik der **akustischen Einwirkung auf Personal und Insassen von Justizvollzugsanstalten**, zum anderen geht diese Entscheidung - wie auch die Begründung der angegriffenen Auflage in Nr. 7 des angefochtenen Bescheids - von der **irrigen Annahme** aus, ein Lautsprechereinsatz bei Kundgebungen sei **nur dann zulässig**, wenn er zur **Wahrung der sog. Binnenkommunikation zwischen den Teilnehmern der Versammlung** erforderlich sei (VG Berlin a. a. O., juris Rn. 29).*

*Dies verkennt den kommunikativen Ansatz des Grundrechts aus Art. 8 GG, der auch und gerade die **Kontaktaufnahme zu Nichtteilnehmern unter Schutz stellt** und deshalb eine akustische Verstärkung kollektiver Meinungsäußerungen von Versammlungsteilnehmern grundsätzlich und ohne Rücksicht auf die Teilnehmerzahl zulässt (BVerfG, Beschluss vom 12.07.2001 - 1 BvQ 28/01 u. a. -, NJW 2001, 2459 = juris Rn. 24; OVG Brandenburg, Beschluss vom 14.11.2003 - 4 B 365/03 -, NVwZ-RR 2004, 844 = juris Rn. 19). Das OVG Brandenburg hat hierzu ausgeführt (aaO):*

*Die Auflage Nr. 13 ist weiter rechtswidrig, soweit sie den Einsatz eines Lautsprecherwagens untersagt. Das Verwaltungsgericht hat bereits darauf hingewiesen, dass der **Einsatz von Lautsprechern bei Versammlungen grundsätzlich zulässig** ist. Er unterliegt als versammlungsimmanentes Element auch nicht etwa der Notwendigkeit einer straßenverkehrsrechtlichen Ausnahmegenehmigung nach § 33 Abs. 1 Nr. 1, § 46 Abs. 1 Nr. 9 StVO. Welche **konkreten Gefahren** von dem Lautsprecherwagen ausgehen sollen, dessen Einsatz außerhalb des Bahnhofsvorplatzes nach den Angaben des Antragstellers nur für das Abspielen klassischer Musikstücke von Beethoven und J. Strauß auf dem Weg zum Friedhof sowie auf dem Friedhofsvorplatz für die (bislang) dort beabsichtigten Reden von zwei Zeitzeugen in Betracht kommt, wird vom Antragsgegner nicht hinreichend dargelegt.“ (VG Kassel aaO)*

b) Schutz der Inhaftierten und Bediensteten vor unerwünschten Meinungsäußerungen

Möglicher Weise lässt sich die Auflage damit rechtfertigen, dass sowohl die Inhaftierten wie auch die Bediensteten sich einer unerwünschten Meinungsäußerung bei Verwendung der Lautsprecheranlage nicht entziehen könnten.

*„Die von der Beklagten erst im Klageverfahren geäußerte Erwägung, das Verbot der Lautsprecherbenutzung sei zum Schutz der Inhaftierten und der Bediensteten in der Justizvollzugsanstalt vor unerwünschten Meinungsäußerungen der Versammlungsteilnehmer notwendig gewesen, ist als Begründung der angegriffenen Auflage nicht geeignet, auch wenn man davon ausgehen wollte, dass mit dieser Begründung die ursprünglichen, nicht tragfähigen Ermessenserwägungen nicht ersetzt, sondern lediglich ergänzt werden sollten (§ 114 S. 2 VwGO). Denn diese Argumentation berücksichtigt zu wenig die näheren Umstände des Einzelfalls. Die geplante Kundgebung sollte zu einem Zeitpunkt stattfinden, zu dem sich rund 20 der 34 in Schwalmstadt sicherungsverwahrten Personen im Hungerstreik befanden, und deren Aktion unterstützen. Die Annahme, die **Inhaftierten** hätten sich durch diese Unterstützungsaktion **gestört fühlen** können, erscheint unter diesen Umständen **lebensfremd**. Die lästigen Nebenwirkungen einer verstärkten Beschallung unbeteiligter Personen hätten durch eine **zeitliche Begrenzung des Lautsprechereinsatzes** in erträglichen Grenzen gehalten werden können.“ (VG Kassel aaO)*

Allerdings könnte insofern die negative Meinungsfreiheit der Inhaftierten und Bediensteten betroffen sein.

„Eine gegen jegliche Wahrnehmung fremder Meinungen schützende negative Meinungsfreiheit kennt das Grundgesetz entgegen der Auffassung der Beklagten und des Verwaltungsgerichts nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 24.10.2001 - 1 BvR 1190/90 - (BVerfGE 104, 92 = juris), den das Verwaltungsgericht Berlin in seinem Urteil vom 21.12.2005 (aaO, juris Rn. 26) lediglich in Bezug auf das Minderheitsvotum einer Richterin zitiert hat, zur Güterabwägung bei solchen Grundrechtekonflikten im Rahmen des § 240 Abs. 2 StGB Folgendes ausgeführt (juris Rn. 62 ff.):

*Die **Verwerflichkeitsklausel** untersagt als Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit übermäßige Sanktionen und schützt unter Berücksichtigung des Art. 8 GG insbesondere davor, dass eine Strafandrohung ein übermäßiges Risiko bei der Verwirklichung des Versammlungszwecks bewirkt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz soll aber auch sichern, dass den anderen betroffenen Rechtsgütern Schutz gewährt wird. **Kollidiert die Versammlungsfreiheit** mit der Entfaltungsfreiheit oder anderen Grundrechten und sonstigen Rechtspositionen Dritter, ist für eine **wechselseitige Zuordnung** der Rechtsgüter mit dem Ziel größtmöglichen Schutzes beider Sorge zu tragen. Soweit eine strafrechtliche Sanktion eingesetzt wird, muss sie zum Schutz der Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit nicht nur geeignet, sondern auch angesichts der damit verbundenen Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit erforderlich und angemessen sein.“ (VGH Kassel aaO)*

Dabei ist das Recht der Träger des Grundrechts der Versammlungsfreiheit zu berücksichtigen, **selbst über Art und Umstände der Ausübung ihres Grundrechts zu bestimmen**, also zu entscheiden, welche Maßnahmen sie zur Erregung der öffentlichen Aufmerksamkeit für ihr Anliegen einsetzen wollen.

*„Insofern werden die näheren **Umstände der Demonstration** für die Verwerflichkeitsprüfung bedeutsam (vgl. BVerfGE 73, 206 [257]). In diesem Rahmen sind insbesondere auch **Art und Maß der Auswirkungen auf betroffene Dritte** und deren Grundrechte zu berücksichtigen. Wichtige Abwägungselemente sind unter anderem die **Dauer und Intensität der Aktion**, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports, aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand (vgl. in Anknüpfung an BVerfGE 73, 206 [257] Eser, in: Festschrift für Jauch, 1990, S. 35 [39]). Das Gewicht solcher demonstrationsspezifischer Umstände ist mit Blick auf das **kommunikative Anliegen der Versammlung** zu bestimmen, ohne dass dem Gericht eine Bewertung zusteht, ob es dieses Anliegen als nützlich und wertvoll einschätzt oder es missbilligt. Stehen die **äußere Gestaltung** und die durch sie ausgelösten **Behinderungen** in einem **Zusammenhang mit dem Versammlungsthema** oder betrifft das Anliegen auch die von der Demonstration nachteilig Betroffenen, kann die Beeinträchtigung ihrer Freiheitsrechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände möglicherweise **eher sozial erträglich** und dann in **größerem Maße hinzunehmen** sein, als wenn dies nicht der Fall ist. Demgemäß ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, ob und wie weit die Wahl des Versammlungsortes und die konkrete Ausgestaltung der Versammlung sowie die von ihr betroffenen Personen einen auf die Feststellung der Verwerflichkeit einwirkenden Bezug zum Versammlungsthema haben.“ (VGH Kassel aaO)*

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hätten der Versammlungsbehörde hier mildere Mittel als die Untersagung jeglichen Lautsprechergebrauchs zur Verfügung gestanden, um einen Ausgleich der unterschiedlichen Interessen der beteiligten Rechtsträger herbeizuführen.

*„Neben einer **Begrenzung der Kundgebungsdauer** wäre insbesondere die Untersagung von Aufrufen zu gewalttätigen Aktionen der sicherungsverwahrten Personen oder anderen strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen von Insassen der Justizvollzugsanstalt in Betracht zu ziehen gewesen, um anstelle der gänzlichen Absage der Kundgebung deren **Durchführung in angemessenem Umfang ohne grundrechtsrelevante Gefährdung von Rechtsgütern Dritter** zu gewährleisten. Das Totalverbot des Lautsprechereinsatzes war deswegen unverhältnismäßig und damit rechtswidrig.“ (VGH Kassel aaO)*

III. Ergebnis

Die versammlungsrechtliche Auflage war rechtswidrig, so dass die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage auch begründet ist.

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
§ 305c

Überraschende Vertragsklausel „Flatrate“-Klausel

BGB

(LG Kiel in NJW-RR 2013, 301; Urteil vom 07.09.2012 – 1 S 25/12)

Eine Vertragsklausel, wonach für eine SMS eine „Flatrate“ von mtl. 5 € vereinbart wird, ist als **überraschende Klausel** gem. § 305c BGB **unwirksam**, wenn die **Pauschale nicht für alle Netze gilt und Einschränkungen erfährt**. Dem steht auch ein nachfolgender allgemeiner Hinweis auf die AGB und einen Flyer nicht entgegen.

*„Ob eine Unwirksamkeit vorliegt, ist nach den Gesamtumständen zu beurteilen. Die **Ungewöhnlichkeit** kann sich aus der **Unvereinbarkeit mit dem Leitbild des Vertrags**, der Höhe des Entgelts, sowie von den üblichen Vertragsbedingungen, aber auch aus der Unvereinbarkeit mit dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags ergeben (Palandt/Grüneberg, BGB, § 305c Rn 3). Zu dem Tatbestandsmerkmal „ungewöhnlich“ muss als weitere Voraussetzung hinzukommen, dass der andere Teil mit der Klausel nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein **Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt** innewohnen.“*

Das ist hier der Fall: Der Kunde geht davon aus, dass für die SMS-Dienste keine weiteren Kosten als das vereinbarte monatliche Entgelt entsteht. Zwar ist es offensichtlich, dass der Vertrag selbst nicht alle Informationen zu den Tarifbedingungen enthält. So wird der Tarif nur dem Namen nach bezeichnet. Der Grundpreis für die Einzeltarife für die Netze, die angewählt werden, wird nicht genannt. Insofern wird auf die Preisliste und den Tarifflyer verwiesen. Die SMS-Rate, die die Kl. gewählt hat, wird zwar im Vertrag unter „Zusatzdienste“ ausgewiesen, für die die Erklärung, dass sich der Vertragspartner mit der gültigen Preisliste und dem Tarifflyer einverstanden erklärt, ebenfalls gilt. Denn die zu unterzeichnende Erklärung folgt erst dem Hinweis auf die Vertragsart und die Zusatzdienste.“

Im Gegensatz zu den Telefongebühren enthält der Vertrag selbst aber Informationen zur Höhe des Tarifs. Für SMS wurde eine Flatrate für 5 Euro/Monat vereinbart. Das Wort „Flatrate“ ist der englischen Sprache entlehnt: Es drückt aus, dass ein Produkt oder eine Dienstleistung unabhängig von der Abnahmemenge zu einem Pauschalpreis verfügbar ist. Für den Verbraucher ist hier nicht ersichtlich, dass sich die Flatrate nicht auf alle Netze bezieht. Wenn im Vertrag selbst schon der Preis für die Flatrate genannt wird, dann muss in ihm erläutert werden, welche Einschränkungen gelten sollen. Das kann durch Zahlenhinweise oder Fußnoten geschehen. Diese müssen sich jedoch direkt auf die Flatrate beziehen, da für diese ein bestimmter Preis im Vertrag genannt wird. Der nachfolgende allgemeine Hinweis auf die AGB und den Flyer ist nicht ausreichend. Nur dann, wenn die SMS im B-Tarif enthalten gewesen wäre und sich die diesbzgl. Informationen zur Höhe nur aus dem Flyer ergeben hätten, wäre hinreichend klar geworden, dass sich die Kosten für SMS auch nur dem Flyer entnehmen lassen. Wird im Vertrag selbst schon ein Preis genannt, dann kann der Verbraucher ohne direkte Erläuterung davon ausgehen, dass die Pauschale für alle Netze gilt und keine Einschränkungen erfährt. Da das für eine Flatrate für 5 Euro monatlich nicht der Fall ist, handelt es sich um eine überraschende Klausel, die gem. § 305c I BGB zur Unwirksamkeit führt.“ (LG Kiel aaO)

BGB
§§ 323, 434, 439

Vertragsrücktritt

BGB

Zulässigkeit der Berufung auf fehlende Fabrikneuheit trotz Nachbesserungsverlangen

(BGH in MDR 2013, 400; Urteil vom 06.02.2013 – VIII ZR 374/11)

Eine **zunächst begehrte Nachbesserung** von Mängeln der Kaufsache **schließt die Berufung des Käufers auf die fehlende Fabrikneuheit zur Begründung seines Rücktrittsanspruchs nicht aus**.

*„Die in § 439 I BGB als eine der Modalitäten der Nacherfüllung geregelte **Nachbesserung zielt darauf ab, die gekaufte Sache in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen**, wie er nach §§ 433 I 2, 434 I BGB geschuldet ist. Der **Verkäufer schuldet deshalb nicht nur bloße Verbesserungen eines bestehenden Mangelzustands, sondern eine vollständige und nachhaltige Beseitigung des Mangels** (BGHZ 163, 234; Erman/Grunewald, BGB, 13. Aufl., § 439 Rn 2; jurisPK-BGB/Pammler, 6. Aufl., § 439 Rn 13 f.). Zwar steht es einem Käufer frei, Nachbesserung auch dann zu verlangen, wenn eine Behebung des Mangels nicht vollständig möglich ist und er - wenn auch ggf. unter Ausgleich eines dadurch verbleibenden Minderwerts - bereit ist, sich mit einem Zustand der Sache im Umfang einer möglichen Nachbesserung zu begnügen (vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 439 Rn 38). Dass er **bei Stellung eines Nachbesserungsverlangens** aber bereit ist, einen Nachbesserungserfolg unterhalb des Möglichen als noch vertragsgerecht hinzunehmen und dadurch **auf einen Teil der zu beanspruchenden Leistung zu verzichten**, kann - da ein Verzicht auf Rechte im Allgemeinen nicht zu vermuten ist, sondern eindeutiger Anhaltspunkte bedarf (BGH NJW 2012, 2270 Rn. 26 m. w. Nachw.) - **nicht ohne Weiteres angenommen werden**.“ (BGH aaO)*

BGB
§§ 257 S. 1, 249 I

Schadensersatzanspruch Zahlungs- statt Freistellungsanspruch

BGB

(OLG Hamm MMR 2013, 171; Urteil vom 23.10.2012 – I-4 U 134/12)

Der **Unterlassungsgläubiger** hat **unabhängig davon, ob** er die **Gebührenrechnung seines Rechtsanwalts** für die Abmahnung **bereits ausgeglichen hat, gegen den Unterlassungsschuldner** unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes einen **Zahlungsanspruch und nicht nur einen Freistellungsanspruch**, wenn die Unterlassungsansprüche zurückgewiesen worden sind.

- I. Dem Abmahnenden steht ein **Anspruch auf Freistellung von der Honorarforderung** des von ihm mit der Abmahnung betrauten Rechtsanwalts zu, und zwar nach **§ 257 S. 1 BGB**. Danach kann der Berechtigte nicht den zur Tilgung seiner Verbindlichkeit erforderlichen Geldbetrag verlangen (Köhler/Bornkamm, § 12 UWG Rn 1.92a; MüKo-BGB/Krüger, 6. Aufl., § 257 Rn 4; Staudinger/Bittner, BGB, § 257 Rn 7).

„Denn die im Interesse des Abgemahnten erbrachte Aufwendung besteht in der Eingehung der entsprechenden Verbindlichkeit. Insoweit gilt wie im Schadensrecht der Grundsatz der Naturalrestitution. Wie bei der schadensersatzrechtlichen Naturalrestitution nach § 249 I BGB steht es dem Befreiungsschuldner damit frei, wie er diese Freistellung konkret bewirkt.“

*In Betracht kommen außer der **schuldbefreienden Leistung an den Drittgläubiger** (§ 267 I 1 BGB) etwa die Aufrechnung (§ 387 BGB) oder andere Erfüllungssurrogate, aber auch eine befreiende **Schuldübernahme** (§ 414 BGB).*

*Die Vorschrift des § 250 BGB ist auf diesen Aufwendungsersatzanspruch ... jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar. Denn die Regelung des § 250 BGB ermöglicht (nur) dem Geschädigten, mithin dem Schadensersatzgläubiger den **Übergang von der Naturalrestitution auf den Geldersatz**.*

Eine analoge Anwendung würde eine planwidrige Regelungslücke voraussetzen. Eine solche Lücke kann man in Anbetracht der Regelung des § 257 I BGB grds. nicht ohne weiteres annehmen (so auch Hess, jurisPR-WettbR 10/2011 Anm. 3 zur wohl a.A. des OLG Frankfurt/M. BeckRS 2011, 24257).“ (OLG Hamm aaO)

- II. Der Abmahnende kann gem. § 281 I 1 BGB **statt der Leistung** nach § 12 I 2 UWG **Schadensersatz in Geld** (§ 250 S. 2 BGB) verlangen (hierzu MüKo-BGB/Krüger, § 257 Rn 12).

„Die Voraussetzungen des § 280 I, III BGB sind erfüllt:

§ 281 BGB gilt grds. für alle Schuldverhältnisse, mithin auch für das durch den vorangegangenen Wettbewerbsverstoß begründete und die Abmahnung konkretisierte gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner und damit auch für den Aufwendungsersatzanspruch aus § 12 I 2 UWG.

Vom Anwendungsbereich des § 281 BGB ausgenommen sind lediglich Schadensersatzansprüche auf Naturalrestitution – und um einen solchen handelt es sich gerade nicht –, für die § 250 BGB als lex specialis die Funktion von § 281 BGB übernimmt (Schubert, BeckOK, § 250 Rn 1; Palandt-Grüneberg, § 281 Rn 6).

Ferner ist nur bei Ansprüchen auf Leistung von Geld – und auch um einen solchen handelt es sich nicht – eine Umsetzung in eine Schadensersatzverbindlichkeit regelmäßig nicht von Interesse. Die Vorschrift des § 281 BGB ist insoweit funktionslos, da der dem Gläubiger durch die Nichtleistung von Geld entstehende Schaden einschließlich aller Folgeschäden durch § 280 II BGB i.V.m. § 286 BGB vollständig erfasst wird (Unberath, BeckOK, § 281 Rn 7; MüKo-BGB/Ernst, § 281 Rn 9).

Die Möglichkeit, nunmehr ohne weiteres Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen, und zwar ohne Ablehnungsandrohung (§ 326 BGB a.F.) oder rechtskräftiges Leistungsurteil (§ 283 BGB a.F.) rechtfertigt sich aus der Pflichtverletzung der Bekl. Sie beruht auf der Nichterfüllung der ihr aus §§ 12 I 2 UWG, 257 BGB obliegenden Verpflichtung, den Kl. von dessen Verbindlichkeit gegenüber seinem Anwalt freizustellen.“ (OLG Hamm aaO)

StGB
§§ 263, 263a

Computerbetrug
Spielmanipulationen bei Sportwetten
(BGH in NJW 2013, 1017; Beschluss vom 20.12.2012 – 4 StR 580/11)

StGB

Die Tatmodalität des **unbefugten Verwendens von Daten** i. S. des § 263a I StGB ist verwirklicht, wenn der Täter an elektronischen Wettautomaten oder bei von Wettanbietern nicht überprüften Internetwetten auf Fußballspiele setzt, deren **Manipulation** ihm auf der Grundlage von den Wetthaltern nicht zugänglichem **Sonderwissen** bekannt war.

- I. Nach der **Rspr. des BGH** ist der Anwendungsbereich dieser Tatmodalität unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Zwecks der Vorschrift durch die **Struktur- und Wertgleichheit mit dem Betrugstatbestand** bestimmt.

Mit § 263a StGB sollte (lediglich) die Strafbarkeitslücke geschlossen werden, die dadurch entstanden war, dass der Tatbestand des Betrugs **menschliche Entscheidungsprozesse** voraussetzt, die beim Einsatz von EDV-Anlagen fehlen (BGHSt 47, 160 = NJW 2002, 905 = NSTz 2002, 544 m. Nachw. zu den Gesetzesmaterialien). Das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ erfordert daher eine betrugsspezifische Auslegung (BGHSt 38, 120 = NJW 1992, 445; BGHSt 47, 160 = NJW 2002, 905 = NSTz 2002, 544). Unbefugt ist die Verwendung der Daten dann, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person Täuschungscharakter hätte (BGHSt 38, 120 = NJW 1992, 445; BGHSt 47, 160 = NJW 2002, 905 = NSTz 2002, 544; vgl. auch Tiedemann/Valerius, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 263a Rn 44; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 263a Rn 11, jew. m. w. Nachw.; krit. Kindhäuser, NK-StGB, 3. Aufl., § 263a Rn 25 f.). Diese Voraussetzung ist insbes. dann gegeben, wenn – entsprechend den Grundsätzen der konkludenten Täuschung beim Betrug – die Befugnis des Täters typischerweise zur Grundlage des betreffenden (Rechts-)Geschäfts gehört und nach der Verkehrsanschauung als selbstverständlich vorhanden vorausgesetzt wird (Tiedemann/Valerius, LK-StGB, § 263a Rn 44; Fischer, § 263a Rn 11; Lackner/Kühl, StGB, § 263a Rn 13).

- II. Die für das Tatbestandsmerkmal der unbefugten Verwendung von Daten erforderliche **Täuschungsäquivalenz** ergibt sich daraus, dass der Täter, soweit der Abschluss der Wettverträge gegenüber den Wettanbietern persönlich erfolgte, konkludent der Wahrheit zuwider erklärt, dass der Verlauf und das Resultat der jeweils gewetteten Spiele von ihm nicht beeinflusst worden ist.

*„Die **Manipulationsfreiheit** gehört als **notwendige Bedingung** zum Inhalt des Antrags auf den jeweiligen Vertragsabschluss. Dementsprechend ist die **Benutzung eines Datenverarbeitungssystems**, hier in Gestalt der von den Wettanbietern zur Verfügung gestellten und von den Wettern allein zu bedienenden Wettautomaten oder die nicht überprüfte Wette über das Internet, unter **Verheimlichung manipulationsbezogenen Sonderwissens** täuschungsäquivalent.“ (BGH aaO)*

- III. Dass in der Rspr. des BGH die für die Anwendbarkeit des Tatbestands des Computerbetrugs erforderliche Täuschungsäquivalenz nur hinsichtlich solcher Tatsachen bejaht worden ist, die von dem jeweiligen elektronischen Datenverarbeitungssystem auch geprüft werden und der Tatbestand nur bzgl. **gefälschter, manipulierter oder durch verbotene Eigenmacht erlangter Daten** erfüllt ist (vgl. BGHSt 47, 160 = NJW 2002, 905 = NSZ 2002, 544), steht der Anwendbarkeit dieser Strafvorschrift nicht entgegen.

„Dabei kann dahinstehen, ob diese für den Fall des Missbrauchs von Scheckkarten entwickelten Grundsätze uneingeschränkt auf die vorliegende Fallkonstellation zu übertragen sind. Dagegen spricht insbesondere, dass es nicht um mögliches strafbares Verhalten im Rahmen einer bereits bestehenden Vertragsbeziehung geht, sondern um die Erschleichung eines Vertragsabschlusses (zu dieser Unterscheidung Fischer, § 263a Rn 11). Das LG hat indes festgestellt, dass der Wille der Wettanbieter, Wetten auf manipulierte Spiele gar nicht oder jedenfalls nicht zu den gegebenen Wettquoten zuzulassen, in den Datenverarbeitungsprogrammen durch die Festlegung von Höchstgrenzen für Wetteinsätze oder durch eine persönliche Kontrolle bei Überschreitung bestimmter Einsatzhöhen seinen Ausdruck gefunden hat. Jedenfalls damit ist die Täuschungsäquivalenz hinreichend dargetan.“ (BGH aaO)

StGB
§§ 283 I Nr. 8

Bankrott

StGB

Übertragung der Geschäftsführung auf einen „Strohmann“

(BGH in BeckRS 2013, 03967; Beschluss vom 15.11.2012 – 3 StR 199/12)

In der **Übertragung der Unternehmen** auf einen zur Fortführung des Geschäfts ungeeigneten und unwilligen **Strohmann** liegt eine **Verschleierung der wirklichen geschäftlichen Verhältnisse** i. S. von § 283 I Nr. 8 Alt. 2 StGB,

*„Mit dem Merkmal der "geschäftlichen Verhältnisse" sind über die Vermögensverhältnisse im engeren Sinn hinaus die **Umstände** angesprochen, die für die **Beurteilung der Kreditwürdigkeit** des in der Krise befindlichen Schuldners **erheblich** sind. Da der Tatbestand mit Blick auf die **Gläubigerinteressen** auszulegen ist, geht es bei der Tathandlung des Verschleierns zwar in erster Linie um die **unrichtige Darstellung der Vermögensverhältnisse** (BGH NSZ 2009, 635, 636 m. w. Nachw.). Zu den geschäftlichen Verhältnissen zählen aber auch **grundlegende unternehmerische Gesichtspunkte**, namentlich Investitionsvorhaben, Planungsmaßnahmen und die zukünftige Entwicklung des Unternehmens (Kümmel wistra 2012, 165; LK/Tiedemann, 12. Aufl., § 283 Rn 173).*

*Insbes. über letztere wurden die Gläubiger vorliegend getäuscht, weil durch den Wechsel des Gesellschafters/Geschäftsführers ohne die Absicht, das Unternehmen fortzuführen, verschleiert wurde, dass die Gesellschaften tatsächlich von den Angekl. liquidiert wurden und mangels jeglicher weiterer unternehmerischer Tätigkeit bereits feststand, dass sie die entstandenen Verbindlichkeiten auf keinen Fall würden begleichen können und dies auch nicht wollten. Dadurch sowie durch die durchgeführten weiteren Veräußerungen und die damit verbundenen Sitzverlegungen ins Ausland konnten Gläubiger davon abgehalten werden, in Vermögensgegenstände der Gesellschaften zu vollstrecken (vgl. dazu BGH aaO). Angesichts des alleinigen Ziels der Gläubigerbenachteiligung waren diese **Handlungen** auch erkennbar **grob wirtschaftswidrig**.“ (BGH aaO)*

StGB
§§ 283, 28

Bankrott Täterbegriff

StGB

(BGH in NZG 2013, 310 = NJW 2013, 949; Beschluss vom 22.01.2013 – 1 StR 234/12)

Bei der Vorschrift des **§ 283 StGB** handelt es sich um ein **echtes Sonderdelikt**. Täter, Mittäter oder mittelbarer Täter kann daher grds. nur die **Person sein, die für die Erfüllung der Verbindlichkeit haftet**.

*„Bei dieser **Pflichtenstellung** handelt es sich – anders als bei der nach § 370 AO (vgl. hierzu BGHSt 41, 1 = NJW 1995, 1764 = NSZ 1995, 405) – um eine solche **höchstpersönlicher Art** und mithin um ein **besonderes persönliches Merkmal** gem. § 28 I StGB (vgl. hierzu MüKo-StGB/Radtke, § 283 Rn 80).“ (BGH aaO)*

StGB
§ 303

Sachbeschädigung Graffiti

StGB

(AG Berlin-Tiergarten in NJW 2013, 801; Urteil vom 24.04.2012 – (420 Ds) 286 Js 5172/11 (13/12) Jug)

Das Tatbestandsmerkmal der nicht nur **unerheblichen und nicht nur vorübergehenden Veränderung des Erscheinungsbilds einer fremden Sache** ist nur dann gegeben, wenn sich durch das Aufbringen eines Schriftzugs der **Charakter des Erscheinungsbilds verändert**.

*„Im Rahmen des § 303 II StGB kommt es auf den optischen Eindruck der Sache im Zeitpunkt der Veränderung an. Vorliegend war das **Erscheinungsbild** des Gebäudes **durch das Vorhandensein einer Vielzahl von Graffiti geprägt**. Das Aufbringen des Schriftzugs „ESW“ auf die bereits vorhandene großflächige Bemalung blieb im Vergleich zum sonstigen Erscheinungsbild des Gebäudes **unauffällig, da sich der Charakter des Erscheinungsbilds nicht verändert hat**.“ (AG Berlin-Tiergarten aaO)*

VwVfG
§ 35

Amtsärztliche Untersuchungsanordnung Kein Verwaltungsakt

VwVfG

(OVG München in NWVBl 2013, 140 = NVwZ-RR 2013, 198; Beschluss vom 01.10.2012 – 1 B 550/12)

Die **Anordnung** an einen Beamten, sich einer **amtsärztlichen Untersuchung** zur Überprüfung seiner Dienstfähigkeit zu stellen, ist **kein Verwaltungsakt gem. § 35 VwVfG**.

- I. In seiner **bisherigen Rspr.** ist OVG Münster (BeckRS 2012, 58530), davon ausgegangen, dass es sich bei einer Anordnung, sich der amtsärztlichen Untersuchung zu stellen, um einen Verwaltungsakt handelt.

- II. Demgegenüber hat das **BVerwG** (NVwZ 2012, 1483), nunmehr entschieden, dass es sich bei der entsprechenden Anordnung nicht um einen Verwaltungsakt handelt, einem hiergegen gerichteten Widerspruch folglich auch keine aufschiebende Wirkung zukomme.

Dabei geht BVerwG aaO davon aus, dass der Untersuchungsanordnung keine Außenwirkung i. S. des § 35 S. 1 VwVfG zukomme. Hierzu komme es darauf an, ob eine hoheitliche Maßnahme ihrem objektiven Sinngehalt nach dazu bestimmt sei, Außenwirkung zu entfalten, nicht aber darauf, wie sie sich im Einzelfall auswirke. Der Schwerpunkt der Untersuchungsanordnung liege in der Frage der künftigen Dienstleistung und der Konkretisierung der darauf bezogenen Pflicht des Beamten, bei der Klärung seiner Dienstfähigkeit mitzuwirken. Als gemischte dienstlich-persönliche Weisung regele die Untersuchungsanordnung einen einzelnen Schritt in dem gestuften Verfahren, das bei Feststellung seiner Dienstunfähigkeit mit seiner Zuruhesetzung ende.

- III. **OVG Münster aaO schließt sich dieser Rspr. zur Wahrung der Rechtseinheit an.**

„Sie führt zur Überzeugung des Senats auch vor dem Hintergrund der **Rechtsschutzgarantie** des Art. 19 IV 1 GG nicht zu unbilligen Ergebnissen. Denn wie das BVerwG (NVwZ 2012, 1483) zu Recht betont, kann der Beamte – auch im Falle einer von ihm verweigerten Untersuchung – ihre Rechtmäßigkeit im Rahmen der Anfechtungsklage gegen die sich womöglich anschließende Zuruhesetzungsverfügung gerichtlich überprüfen lassen.“ (OVG Münster aaO)

BGB
§§ 832 I, 839

Amtshaftungsanspruch
Anwendbarkeit der Beweislastregel des § 832 BGB
(BGH in DöV 2013, 284; Urteil vom 13.12.2012 – III ZR 226/12)

BGB

Dem Geschädigten, der wegen Verletzung von Aufsichtspflichten **Amtshaftungsansprüche** nach § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG geltend macht, kommt die **Beweislastregel des § 832 BGB** zugute.

Die **Frage**, ob die Beweislastregel des § 832 BGB im Rahmen der Amtshaftung nach § 839 BGB anwendbar ist, ist **in Rspr. und Lit. umstritten**:

- I. Der **BGH** hat in einer **älteren Entscheidung** (BGHZ 13, 25) eine Anwendung des § 832 BGB und des dort geregelten Entschuldigungsbeweises bei einem Zusammentreffen mit einem Anspruch aus § 839 BGB abgelehnt (so auch OLG Düsseldorf VersR 1996, 710; OLG Dresden NJW-RR 1997, 857; OLG Hamburg OLGR 1999, 190; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rn 780; MüKo-BGB/Wagner, 5. Aufl., § 839 Rn 6, 12; Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., § 832 Rn 3, § 839 Rn 3; NK-BGB/Katzenmeier, 2. Aufl., § 832 Rn 6; Oberhardt, Die Aufsichtspflicht öffentlicher Einrichtungen nach § 832 BGB - im Spannungsfeld zur Amtshaftung, 2010, S. 291).

Die Haftung des Beamten sei in § 839 BGB abschließend und selbständig in dem Sinn geregelt, dass neben diesen Vorschriften die Bestimmungen in §§ 823 ff BGB über die allgemeine Deliktshaftung keine Anwendung finden könnten (so auch OLG Düsseldorf; OLG Karlsruhe, jew. aaO; zur methodischen Begründung vgl. Oberhardt aaO, S. 311 ff). Das gelte auch für die Bestimmungen in § 832 BGB, die nicht nur eine Beweisregel enthielten, sondern einen selbständigen Deliktstatbestand schafften. Es sei zwar nicht zu verkennen, dass danach der beamtete Aufsichtspflichtige günstiger gestellt sei als der allgemeine Aufsichtspflichtige, der nach § 832 BGB den Entschuldigungsbeweis führen müsse. Eine solche Begünstigung von fahrlässig ihre Amtspflicht verletzenden Beamten sei aber auch sonst dem Gesetz nicht fremd, wie sich aus § 839 I 2, II und III BGB ergebe. Andererseits könne eine Verpflichtung zum Schadensersatz aus § 839 BGB auch dann begründet sein, wenn einer der sonstigen Deliktstatbestände nicht oder nicht voll verwirklicht sei. Soweit es sich um Ausübung öffentlicher Gewalt handele, komme dem Geschädigten überdies zugute, dass er sich an den Staat halten könne, statt an den möglicherweise nicht leistungsfähigen Beamten.

Ergänzend wird angeführt, für eine analoge Anwendung der Beweislastregel des § 832 BGB fehle es an den Analogievoraussetzungen der Rechtsähnlichkeit und der planwidrigen Regelungslücke (Oberhardt aaO, S. 315). Einer Übertragung der Beweislastregel des § 832 I 2 BGB auf den Amtshaftungsanspruch bedürfe es im Übrigen auch deshalb nicht, weil mit Hilfe der flexiblen, im Bereich des Amtshaftungsanspruchs bestehenden Instrumentarien der Beweiserleichterung etwaige Beweisschwierigkeiten bei einer möglichen Unbilligkeit interessengerecht gelöst werden könnten (Oberhardt aaO, S. 303 ff, 324).

- III. Nach **anderer Auffassung** soll die in § 832 I 2 BGB bestimmte Beweislast auch bei öffentlich-rechtlichen Aufsichtsverhältnissen Anwendung finden (OLG Köln MDR 1999, 997; Marburger VersR 1971, 777; Mertens MDR 1999, 998; Staudinger/Belling, BGB, § 832 Rn 211; Soergel/Krause, BGB, § 832 Rn 19; Bamberger/Röth, BGB, 3. Aufl., § 832 Rn 3; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl., § 832 Rn 2; Ansgar Staudinger, HK-BGB, 7. Aufl., § 832 Rn 4; Geigel/Kapsa, Haftpflichtprozess, 26. Aufl., 20. Kap. Rn 251; Greger, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 4. Aufl., § 12 Rn 13; so wohl auch Moritz, JurisPK, BGB, § 832 Rn 10 f).

Es könne keinen Unterschied machen, ob eine bestehende Aufsichtspflicht sich als Amtspflicht darstelle oder nicht (so in einem vergleichbaren Fall OLG Köln aaO: "konkret also, ob die Steine vom Gelände eines städtischen Kindergartens oder eines Kindergartens in freier Trägerschaft geworfen wurden.").

Nach **neuerer Rspr. des BGH** würden zudem sowohl bei der Haftung für Tiere als auch bei der Haftung für den Zustand von Gebäuden die Beweislastregeln des § 833 S. 2 BGB (vgl. BGH VersR 1972, 1047) bzw. des § 836 I 2 BGB (vgl. BGH NJW-RR 1990, 1500) im Rahmen des § 839 BGB entsprechend herangezogen. Ein plausibler Grund, warum für § 832 I 2 BGB etwas anderes gelten solle, sei nicht zu erkennen (OLG Köln aaO; Staudinger/Belling aaO; Ansgar Staudinger aaO; Mertens aaO; Marburger aaO, S. 788). Auch die Aufsichtspflicht nach § 832 BGB regele - wie § 836 BGB - nur einen Unterfall der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, da auch sie der Verhinderung von Schäden an Rechtsgütern Dritter infolge einer "Verkehrseröffnung" diene (Mertens aaO, S. 998 f). Zudem finde im Fall der Aufsichtspflicht die Beweislastumkehr ihren Grund darin, dass dem Geschädigten regelmäßig der Nachweis der Aufsichtspflichtverletzung ohne Einblick in die internen Vorgänge beim Verpflichteten nicht möglich sein werde (Staudinger/Belling aaO; Mertens aaO, S. 999; Moritz aaO; Marburger aaO, S. 788). Es entspreche dem Wesen der Aufsichtspflicht als einer gesetzlichen Pflicht gegenüber dem Geschädigten, dass der Pflichtige Rechenschaft darüber ablege, was er zur Erfüllung seiner Pflicht getan habe (Staudinger/Belling aaO). Diese ratio greife unabhängig davon, ob die Aufsichtspflicht dem Pflichtigen aufgrund eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses oder als Amtspflicht

obliege (Mertens aaO). Der zur Begründung der Nichtanwendbarkeit der Beweislastregel des § 832 BGB herangezogene Verweis auf die gesetzlichen Haftungsprivilegien des seine Amtspflicht verletzenden Organwalters (§ 839 I 2, II, III BGB) trage nicht, weil diese sämtlich auf anderen Erwägungen beruhen als solchen, die für die Verteilung der Beweislast maßgeblich seien (Mertens aaO). Auch lasse die Tatsache, dass der Kreis der Amtspflichten weiter reiche als das Verbot, die durch §§ 823 ff BGB geschützten Güter zu verletzen, keinen Schluss darauf zu, dass der Geschädigte auf anderem Gebiet (beweismäßig) schlechter zu stellen sei (Mertens aaO). Schließlich habe das Argument, dem Geschädigten einer Amtspflichtverletzung stehe ein leistungsfähiger Schuldner gegenüber, in anderen Fällen der Beweislastumkehr die Rechtsprechung zu Recht nicht davon abgehalten, auch diese auf die haftende Körperschaft überzuleiten. Die Frage, wer hafte, habe mit der Frage, wer welche Haftungsvoraussetzungen darlegen und beweisen müsse, nichts zu tun (Mertens aaO).

III. **BGH aaO schließt sich** - unter Aufgabe seiner früheren Rspr. - **der zuletzt genannten Auffassung an**, wonach die Beweislastregel des § 832 BGB auch im Rahmen der Haftung für die Verletzung der öffentlich-rechtlichen Aufsichtspflicht nach § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG gilt.

1. Die **Aufsichtspflicht** ist, soweit sie der Vermeidung von Schäden Dritter dient, eine **besondere Ausprägung der Verkehrssicherungspflichten**, wie sie allgemein **von der Grundnorm des § 823 BGB** erfasst werden.

*„Im Bereich der privatrechtlichen Haftung ist sie in § 832 BGB geregelt, der im Rahmen der §§ 823 ff BGB einen **eigenständigen Haftungstatbestand** bildet (Staudinger/Belling, § 832 Rn 2 m. w. Nachw.). Zwar ist für eine unmittelbare Anwendung der deliktsrechtlichen Haftungstatbestände der §§ 823 ff BGB im Fall von Amtspflichtverletzungen grds. kein Raum, weil § 839 BGB insofern einen Sondertatbestand darstellt (BGH NJW-RR 1990, 1500). Dies bedeutet indes nicht, dass die besonderen Beweislastregeln der §§ 832, 833 S. 2 und § 836 BGB im Rahmen der Amtshaftung keine Anwendung finden können. Verdrängt werden durch den **Sondertatbestand des § 839 BGB** lediglich die Haftungstatbestände der §§ 823 ff BGB als solche, nicht hingegen die in ihnen enthaltenen besonderen Beweislastregeln (vgl. BGH aaO zur Anwendbarkeit von § 836 BGB sowie BGH VersR 1972, 1047 zur Anwendbarkeit der Beweislastregel des § 833 S. 2 BGB).“* (BGH aaO)

2. Die Verdrängung des Haftungstatbestandes des § 832 BGB durch den Sondertatbestand des § 839 BGB hat nicht zwingend zur Folge, dass die in § 832 BGB enthaltenen Beweislastregel zu vernachlässigen wäre.

„Letztere ist hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit im Bereich der Amtshaftung vielmehr getrennt zu betrachten. Ein Grund, sie insoweit anders zu behandeln als die - ebenfalls eine Vermutung mit Möglichkeit des Entlastungsbeweises enthaltenden - Beweislastregeln des § 833 S. 2 und des § 836 BGB, ist nicht erkennbar. Die Anwendung der Beweislastregel des § 832 BGB stellt auch nicht die grds. Ausgestaltung der gesetzlichen Amtshaftung als Haftung für Verschulden in Frage. Letzteres wird lediglich vermutet, nicht aber als Haftungsvoraussetzung derogiert.“ (BGH aaO)

3. Die **Geltung der Beweislastregel** des § 832 BGB **im Bereich der Amtshaftung** ist auch **sachlich gerechtfertigt**.

*„Für eine Haftung für eine vermutete Aufsichtspflichtverletzung sprechen dort dieselben Gründe wie im Bereich der privatrechtlichen Haftung (Mertens aaO, S. 999). Es entspricht dem **Wesen der Aufsichtspflicht als einer gesetzlichen Pflicht gegenüber dem Geschädigten**, dass der Pflichtige Rechenschaft darüber ablegt, was er zur Erfüllung seiner Pflicht getan hat (Staudinger/Belling aaO, Rn. 211 unter Hinweis auf Prot II 595). Dagegen ist **dem Geschädigten der Nachweis der Aufsichtspflichtverletzung häufig nicht möglich**, da er regelmäßig nicht weiß, welche konkreten Maßnahmen zur Erfüllung der Aufsichtspflicht im Einzelfall ergriffen beziehungsweise unterlassen wurden. Die sonst im Bereich der Amtshaftung bis hin zum Anscheinsbeweis geltenden Beweiserleichterungen helfen ihm insoweit nicht, da sie eine Amtspflichtverletzung - hier: eine Aufsichtspflichtverletzung - gerade voraussetzen (vgl. etwa BGH VersR 2005, 1079). Vor der **Beweisnot**, in die er geriete, wenn er eine Aufsichtspflichtverletzung der Erzieherinnen nachzuweisen hätte, vermag ihn daher nur die Vermutung gem. § 832 BGB zu bewahren.“* (BGH aaO)

4. Gegen eine Anwendung der Beweislastregel des § 832 BGB im Bereich der Amtshaftung können schließlich nicht die in § 839 I 2, II und III BGB bestimmten **gesetzlichen Haftungsprivilegien des Amtsträgers** angeführt werden.

*„Sie weisen nach Inhalt und Grund **keinen Zusammenhang mit der Beweislastregel des § 832 BGB** auf (vgl. Mertens aaO). Auch kann mit ihnen **nicht eine generelle Haftungsprivilegierung des Amtsträgers gerechtfertigt** werden unabhängig von deren Anwendungsbereich und sachlicher Berechtigung.“* (BGH aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 185 Nr. 1

Öffentliche Zustellung Anforderungen an Parteilrecherche

ZPO

(BGH in NJW-RR 2013, 307, Beschluss vom 06.12.2012 – VII ZR 74/12)

1. Im Erkenntnisverfahren darf eine öffentliche Zustellung nur angeordnet werden, wenn die begünstigte Partei alle **der Sache nach geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen** angestellt hat, um eine öffentliche Zustellung zu vermeiden, und ihre ergebnislosen Bemühungen **gegenüber dem Gericht dargelegt** hat.
2. Ist die öffentliche Zustellung, gemessen an den Voraussetzungen des § 185 ZPO, unwirksam, ist es dem von der Unwirksamkeit **Begünstigten verwehrt**, sich auf diese zu berufen, wenn er **zielgerichtet versucht** hat, eine **Zustellung**, mit der er sicher rechnen musste, **zu verhindern**.
3. Eine unter Verstoß gegen § 185 ZPO angeordnete öffentliche Zustellung **löst die Zustellungsfiktion des § 188 ZPO nicht** aus und **setzt damit keine Frist in Lauf**, wenn die öffentliche Zustellung wie hier bei sorgfältiger Prüfung der Unterlagen nicht hätte angeordnet werden dürfen, deren **Fehlerhaftigkeit für das Gericht also erkennbar** war

A. Grundlagenwissen: Die öffentliche Zustellung

Ist der **Aufenthaltort einer Person unbekannt** und kann auch nicht an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten zugestellt werden, ist eine öffentliche Zustellung nach § 185 ZPO möglich. Diese ist nach § 688 II ZPO allerdings **im Mahnverfahren ausgeschlossen**. Auch bei Unmöglichkeit oder mangelnder Erfolgsaussicht kann öffentlich zugestellt werden. Dies gilt auch, wenn die Zustellung nicht erfolgen kann, weil der Ort der Zustellung die Wohnung einer Person ist, die nach den §§ 18 - 20 GVG der Gerichtsbarkeit nicht unterliegt.

Die öffentliche Zustellung bedarf nach § 186 I ZPO der **Bewilligung durch das** Prozessgericht, wobei die Entscheidung hierüber ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann und **durch Beschluss** erfolgt. Der Beschluss ist **nicht anfechtbar**. Gegen die Zurückweisung des Antrags steht dem Antragsteller das Recht der sofortigen Beschwerde nach § 567 I Nr. 2 ZPO zu.

Die öffentliche Zustellung darf zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens **nur in engen Ausnahmen zugelassen** werden und stellt das **letzte Mittel** zur Zustellung dar (vgl. BVerfG NJW 1988, 2361). So erfolgt eine Bewilligung der öffentlichen Zustellung wegen **Unkenntnis vom Aufenthaltsort** einer Person nur, wenn die **Unkenntnis objektiv nachweisbar** ist. Allein die subjektive Unkenntnis desjenigen, für den zugestellt werden soll, reicht nicht aus (vgl. OLG Hamm JurBüro 1994, 630). Dieser muss vielmehr darlegen und nachweisen, dass er entsprechende **Nachforschungen angestellt** hat und trotz gehöriger Anstrengung den Aufenthalt des Zustellungsgegners nicht ermitteln konnte. So muss z.B. nachgewiesen werden, dass die Anschrift den Meldeämtern unbekannt ist und auch Nachbarn, Vermieter, Arbeitgeber oder sonstige Personen befragt wurden (vgl. OLG München FamRZ 199, 446; OLG Frankfurt/M. MDR 1999, 1402). Daneben besteht aber **keine Ermittlungspflicht des Gerichts** (vgl. OLG Hamm Jur. Büro 1994, 630; a.A. BayObLG Rpfleger 1978, 446).

Die Zustellung erfolgt dann nach § 186 II ZPO durch **Aushang einer Benachrichtigung an der Gerichtstafel** oder durch Einstellung in ein elektronisches Informationssystem, das im Gericht öffentlich zugänglich ist. Die Benachrichtigung muss erkennen lassen:

- die Person, für die zugestellt wird,
- den Namen und die letzte bekannte Anschrift des Zustellungsadressaten,
- das Datum, das Aktenzeichen des Schriftstücks und die Bezeichnung des Prozessgegenstandes sowie

- die Stelle, wo das Schriftstück eingesehen werden kann.

Die **Benachrichtigung** muss zudem den **Hinweis** enthalten, dass ein **Schriftstück öffentlich zugestellt** wird und **Fristen in Gang gesetzt** werden können, nach deren Ablauf Rechtsverluste drohen können. Das Schriftstück gilt nach § 188 ZPO als **zugestellt**, wenn seit dem Aushang der Benachrichtigung **ein Monat vergangen** ist. Das Prozessgericht ist allerdings nach § 188 S. 2 ZPO befugt, eine längere Frist zu bestimmen.

Das **Schriftstück** selbst wird aus datenschutzrechtlichen Gründen, anders als früher, **nicht mehr öffentlich ausgehängt**.

B. Anforderungen an Parteilrecherche bei öffentlicher Zustellung (vgl. BGH in NJW-RR 2013, 307)

Fall: Die Parteien streiten im Rahmen von Klage und Widerklage um gegenseitige Ansprüche aus einem Generalunternehmervertrag betreffend ein Bauvorhaben in L./Großbritannien. Die Kl., eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland, betreibt ein Bauunternehmen. Der Bekl. ist ein international tätiger Geschäftsmann, der die estnische Staatsangehörigkeit besitzt. Mit Generalunternehmervertrag vom 26.07.2005 beauftragte der Bekl. die Kl. mit der Ausführung von Bauarbeiten und Planungsleistungen für das Bauvorhaben P, M. Lane, W., in L./Großbritannien, wobei der Bekl. im Vertrag diese Anschrift als seine Anschrift angab. In dem Vertrag heißt es unter Nr. 2.2: „Dem Auftragnehmer ist bekannt, dass sich der Auftraggeber eines Bevollmächtigten bedient, der berechtigt ist, den Auftraggeber im Rahmen der ihm erteilten Vollmacht zu vertreten“. Als Bevollmächtigten benannte der Bekl. die im Inland ansässige L-GmbH. Zwischen den Parteien kam es zum Streit über Baumängel. Der Bekl. kündigte den Generalunternehmervertrag mit Anwaltsschreiben vom 25.07.2007. Die Kl. übersandte der L-GmbH ihre Schlussrechnung vom 11.03.2008. Die L-GmbH teilte der Kl. daraufhin mit Schreiben vom 16.04.2008 mit, dass sie nicht mehr zustellungsbevollmächtigt für Schriftstücke jedweder Art betreffend den Bekl. sei, und bat, dasselbe Schreiben doch direkt an den Bekl. unter der der Kl. bekannten Adresse zukommen zu lassen. Die Kl. begehrt vom Bekl. Zahlung restlichen Werklohns, Ersatz ungedeckter Gemeinkosten und Ersatz von Kosten aus gestörtem Bauablauf in Höhe von zusammen 2 463 881,76 Euro nebst Zinsen. Im Januar 2009 hat die Kl. eine Klageschrift beim LG eingereicht und beantragt, die öffentliche Zustellung der Klage, gerichtet auf Zahlung von 2 463 881,76 Euro nebst Zinsen, an den Bekl. zu bewilligen.

Mit Beschluss vom 10.03.2009 hat das LG die öffentliche Zustellung der Klageschrift sowie der Verfügung vom gleichen Tag (Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens nebst Fristsetzungen) bewilligt. Die Benachrichtigung wurde am 17.03.2009 an die Gerichtstafel geheftet und am 23.04.2009 wieder abgenommen. Mit Versäumnisurteil vom 19.05.2009 hat das LG den Bekl. antragsgemäß zur Zahlung von 2 463 881,76 Euro nebst Zinsen an die Kl. verurteilt und die Einspruchsfrist auf drei Wochen festgesetzt. Mit Beschluss vom gleichen Tag hat das LG die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils bewilligt. Es wurde in der Zeit vom 22.05.2009 bis zum 25.06.2009 an der Gerichtstafel ausgehängt. Der Bekl. hat gegen das Versäumnisurteil mit Schriftsatz vom 01.10. 2010 – bei Gericht am gleichen Tag per Fax eingegangen – Einspruch eingelegt. Mit Urteil vom 12.04.2011 hat das LG den Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 19.05.2009 als unzulässig. Die Berufung des Bekl. gegen dieses Urteil hat das BerGer. (KG, Ur. v. 24. 1. 2012 – 7 U 124/11, BeckRS 2013, 00286) zurückgewiesen; die Revision hat es nicht zugelassen. Hiergegen richtete sich die Beschwerde des Bekl., mit der er die Zulassung der Revision in vollem Umfang begehrte.

In Betracht kommt eine Zulassung der Revision wegen einer Verletzung des Anspruchs der Bekl. auf rechtliches Gehör, Art. 103 I GG, wenn die angefochtene Entscheidung hierauf beruht.

I. Relevanz einer fehlerhaft gewährten öffentlichen Zustellung für Art. 103 I GG

„Liegen die **Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung eines Versäumnisurteils** – ebenso wie diejenigen für die zuvor erfolgte öffentliche Zustellung der Klageschrift – **nicht vor**, so wird durch die gleichwohl erfolgte öffentliche Zustellung der Beklagte in seinem **Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs** (Art. 103 I GG) **verletzt** (vgl. BGHZ 149, 311 [314] = NJW 2002, 827; vgl. ferner BVerfG NJW 1988, 2361). Entsprechendes gilt für ein Urteil des Gerichts des ersten Rechtszugs, mit dem der Einspruch des Beklagten gegen ein solches Versäumnisurteil verworfen wird, und für ein Urteil des BerGer., mit dem die Berufung des Beklagten gegen das den Einspruch verwerfende Urteil des Gerichts des ersten Rechtszugs zurückgewiesen wird. Denn durch derartige Entscheidungen wird die **Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs fortgesetzt** (vgl. BVerfG, NJW 1988, 2361, r. Sp.).“ (BGH aaO)

II. Fehlen der Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung

Die Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils könnten gefehlt haben, wenn die öffentliche Zustellung rechtsfehlerhaft bewilligt wurde. Zudem könnte die Frist für den Einspruch nicht versäumt worden sein, wenn die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils selbst rechtsfehlerhaft erfolgt ist.

1. Voraussetzungen für öffentliche Zustellung

Nach § 185 Nr. 1 ZPO kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (öffentliche Zustellung) erfolgen, wenn der Aufenthaltsort einer Person unbekannt und eine Zustellung an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten nicht möglich ist.

„Unbekannt ist der Aufenthalt einer Person nur dann, wenn nicht nur das Gericht, sondern auch die Allgemeinheit den Aufenthalt des Zustellungsadressaten nicht kennt (BGH, NJW 2012, 3582 = FamRZ 2012, 1376 Rn. 16; BGHZ 149, 311 [314] = NJW 2002, 827). Dabei ist es zunächst Sache der Partei, die durch die Zustellung begünstigt wird, alle geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen anzustellen, um den Aufenthalt des Zustellungsempfängers zu ermitteln und ihre ergebnislosen Bemühungen gegenüber dem Gericht darzulegen (BGH, NJW 2012, 3582 = FamRZ 2012, 1376 Rn. 16 f. m. w. Nachw.). Dies gilt auch dann, wenn die Zustellung von Amts wegen vorzunehmen ist. Wegen der besonderen Bedeutung der Zustellung für die Gewährung rechtlichen Gehörs sind an die Feststellung, dass die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung vorliegen, im Erkenntnisverfahren hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BGH, NJW 2012, 3582 = FamRZ 2012, 1376 Rn. 17; NJW 2003, 1530, unter ausdr. Abgrenzung zum Vollstreckungsverfahren). Die begünstigte Partei muss alle der Sache nach geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen anstellen, um den Aufenthalt des Zustellungsadressaten zu ermitteln (BGH, NJW 2012, 3582 = FamRZ 2012, 1376 Rn. 17). Die vorgenommenen Nachforschungen und deren Ergebnis muss die begünstigte Partei gegenüber dem Gericht darlegen. Hat das Gericht Zweifel an der Darstellung der Partei, ist es, sofern die Zustellung von Amts wegen vorzunehmen ist, auch zu eigenen Überprüfungen verpflichtet (BGH, NJW 2012, 3582; Heublein, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 185 Rn. 7).“ (BGH aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob das LG nach diesen Maßstäben auf Grund der Darlegungen in der Klageschrift vom 23.01.2009 davon ausgehen durfte, dass die Kl. alle geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen angestellt hat, um eine öffentliche Zustellung zu vermeiden.

„Die L-GmbH hatte die Kl. ...ausdrücklich auf die der Kl. bekannte Adresse hingewiesen und dieser geraten, das Schreiben mit der Schlussrechnung dem Bekl. doch unter dieser Anschrift zuzukommen zu lassen. Die Kl. hat den Hinweis auf diese Anschrift, wie sich aus der Klageschrift vom 23.01.2009 ergibt, als Hinweis auf die im Generalunternehmervertrag vom Bekl. angegebene Anschrift verstanden. Bei dieser Sachlage drängte es sich geradezu auf, dass die Kl. einen Zustellungsversuch, etwa im Wege der unmittelbaren Zustellung durch die Post (vgl. § 1068 I ZPO), unter dieser Anschrift unternimmt oder jedenfalls vorprozessual ein Schreiben, etwa per Einschreiben mit Rückschein, an diese Anschrift mit der Aufforderung an den Bekl. richtet, binnen angemessener Frist eine ladungsfähige Anschrift anzugeben (vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW 2009, 2543 [2544]) oder einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen, bevor gegebenenfalls die öffentliche Zustellung beantragt wird. Im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Zustellung für die Gewährung rechtlichen Gehörs konnte die Kl. hiervon nicht deshalb absehen, weil ihr Prozessbevollmächtigter nach den Angaben in der Klageschrift bei zwei nicht datierten Besuchen an der betreffenden Anschrift in L./Großbritannien ein unbewohntes und ungenutztes Objekt angetroffen hatte. Im Beschwerdeverfahren ist mangels gegenteiliger Feststellungen des BerGer. davon auszugehen, dass der Bekl. entsprechend seinen Angaben gleichwohl unter der Anschrift des Bauvorhabens postalisch erreichbar gewesen wäre, weil dort ein Briefkasten angebracht gewesen sei, der regelmäßig von Beauftragten des Bekl. geleert worden sei.“ (BGH aaO)

Die Kl. hat damit nicht in hinreichenden Umfang nachgewiesen, dass sie sich nachhaltig vergeblich bemüht hat, eine zustellfähige Anschrift des Bekl. zu ermitteln. Die öffentliche Zustellung hätte daher nicht bewilligt werden dürfen.

III. Ausschluss der Berufung auf die fehlerhafte Zustellung wegen Rechtsmissbräuchlichkeit

Allerdings könnte es dem Bekl. nach Treu und Glauben verwehrt sein, sich auf die fehlerhafte Bewilligung der öffentlichen Zustellung zu berufen.

1. Voraussetzungen für Ausschluss

„Ist die öffentliche Zustellung, gemessen an den Voraussetzungen des § 185 ZPO, unwirksam, ist es dem von der Unwirksamkeit Begünstigten verwehrt, sich auf diese zu berufen, wenn er zielgerichtet versucht hat, eine Zustellung, mit der er sicher rechnen musste, zu verhindern; in einem solchen Fall ist das Berufen auf die Unwirksamkeit rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 1310 Rn. 2 ff.).“ (BGH aaO)

2. Vorliegen der Voraussetzungen

Es kommt daher darauf an, ob der Bekl. zielgerichtet versucht hat, eine Zustellung, mit der er sicher rechnen musste, zu verhindern.

*„[Der] Bekl. [hat], nachdem die L-GmbH ihre Tätigkeit für ihn beendet und die Annahme von an ihn gerichteten Schreiben abgelehnt hatte, es **unterlassen**, der Kl. einen **neuen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen** oder **zeitnah eine andere Anschrift anzugeben**, obgleich er damit rechnen musste, dass die Kl. nach der Kündigung des Generalunternehmervertrags eine Schlussrechnung erstellen und restlichen Werklohn geltend machen würde. Die Kl. hatte jedoch **Kenntnis von** der vom Bekl. bereits im Generalunternehmervertrag vom 26.07.2005 angegebenen **Anschrift in L./Großbritannien**, auf die die L-GmbH mit Schreiben vom 16.04.2008 und vom 28.05.2008 verwiesen hatte. Bei dieser Sachlage kann **nicht** davon gesprochen werden, dass der **Bekl. zielgerichtet versucht** habe, eine **Zustellung**, mit der er sicher rechnen musste, **zu verhindern**.“* (BGH aaO)

Die Berufung des Bekl. auf eine Verletzung seines sich aus Art. 103 GG ergebenden Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs ist daher nicht rechtsmissbräuchlich.

IV. Entscheidungserheblichkeit der Gehörsverletzung

Die Verletzung des Anspruchs des Bekl. auf Gewährung rechtlichen Gehörs müsste auch entscheidungserheblich sein.

*„Eine unter Verstoß gegen § 185 ZPO angeordnete öffentliche Zustellung **löst die Zustellungsfiktion des § 188 ZPO nicht aus** und setzt damit **keine Frist in Lauf** (BGH, NJW 2012, 3582 = FamRZ 2012, 1376 Rn. 19; NJW 2007, 303 Rn. 12; BGHZ 149, 311 [321] = NJW 2002, 827). Das gilt jedenfalls dann, wenn die öffentliche Zustellung wie hier bei sorgfältiger Prüfung der Unterlagen nicht hätte angeordnet werden dürfen, deren **Fehlerhaftigkeit für das Gericht also erkennbar** war (BGHZ 149, 311 [321] = NJW 2002, 827). In einem solchen Fall kommt das Verfahren nicht zum Abschluss. Es ist **bei Entdeckung des Fehlers fortzusetzen**, ohne dass es dazu einer Wiedereinsetzung bedarf (BGH, NJW 2012, 3582 = FamRZ 2012, 1376 Rn. 19 m. w. Nachw.). Es ist im Streitfall nicht auszuschließen, dass das Versäumnisurteil bei Fortsetzung des Verfahrens ganz oder teilweise nicht aufrechterhalten werden kann.“* (BGH aaO)

V. Ergebnis

Das Berufungsurteil beruht auf einer Verletzung des Anspruchs des Bekl. auf rechtliches Gehör, Art. 103 I GG. Es ist deshalb aufzuheben und die Sache ist an das BerGer. zurückzuverweisen, § 544 VII ZPO.

ZPO
§ 850c**Pfändbarkeit von Arbeitseinkommen
Anspruch auf Arbeitslosengeld**

ZPO

(BGH in NZI 2013, 194; Beschluss vom 25.10.2012 – VII ZB 31/12)

Ansprüche auf laufende Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II (Arbeitslosengeld II) sind gem. § 54 IV SGB I wie **Arbeitseinkommen** nach Maßgabe der Vorschriften in §§ 850 c ff. ZPO **pfändbar**.

Fall: Der für die Auszahlung von Arbeitslosengeld II zuständige Drittschuldner wendet sich mit der Rechtsbeschwerde dagegen, dass die Gläubigerin Ansprüche des Schuldners auf Arbeitslosengeld II hat pfänden lassen.

Die Gläubigerin erwirkte wegen einer titulierten Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung von 1.063,70 Euro nebst Zinsen und Zustellkosten einen Beschluss, mit dem vermeintliche Ansprüche des Schuldners „auf Zahlungen und Leistungen jeglicher Art des gesamten gegenwärtigen und künftigen Einkommens“, insbesondere Arbeitslosengeld I, Arbeitslosengeld II, Fortbildungs- und Umschuldungshilfen sowie Existenzgründerzuschüsse gegen den Drittschuldner gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen wurden. Der dem Schuldner monatlich pfandfrei zu belassende Betrag ist im Beschluss mit 764 Euro angegeben. Der Schuldner steht bei dem Drittschuldner in Leistungsbezug.

Das AG – Vollstreckungsgericht – hat die vom Drittschuldner gegen den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss eingelegte Erinnerung nach Nichtabhilfe durch die Rechtspflegerin zurückgewiesen. Ist die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde begründet?

Die Beschwerde ist begründet, wenn der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss rechtsfehlerhaft ergangen ist.

I. Ablehnung wegen fehlender Passivlegitimation

Für die Auszahlung von Arbeitslosengeld I ist die Bundesagentur für Arbeit, für die Auszahlung von Arbeitslosengeld II sind die Jobcenter zuständig. Da im Pfändungs- und Überweisungsbeschluss jedoch alle Ansprüche umfasst sind, könnte dieser zu gegenüber dem falschen Drittschuldner ergangen und zudem zu unbestimmt sein.

„Ohne Erfolg macht der Drittschuldner unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH (NJW-RR 2008, 733) geltend, der angefochtene Pfändungs- und Überweisungsbeschluss sei schon deshalb aufzuheben, weil die gepfändeten Ansprüche auf „Arbeitslosengeld I“ nach keiner vertretbaren Rechtsansicht gegenüber dem Drittschuldner bestehen könnten. Ansprüche auf Arbeitslosengeld I – gemeint sei offenkundig Arbeitslosengeld (Alg) nach § 117 SGB III – bestünden allenfalls gegen die Agentur für Arbeit, in keinem Fall jedoch gegen den Drittschuldner oder ein anderes Jobcenter.

*Allerdings hat der Senat in der zitierten Entscheidung darauf hingewiesen, dass die **Pfändung** einer angeblichen Forderung **ausnahmsweise wegen fehlender Passivlegitimation** des Drittschuldners **abgelehnt** werden darf, wenn sie dem Schuldner gegenüber diesem Drittschuldner **nach keiner vertretbaren Rechtsansicht zustehen** kann. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Die Gläubigerin hat Ansprüche des Schuldners gegen den Drittschuldner „auf Zahlungen und Leistungen jeglicher Art des gesamten gegenwärtigen und künftigen Einkommens“, insbesondere auch „Arbeitslosengeld II“, pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Es steht nicht in Streit, dass der Schuldner derartige Leistungen vom Drittschuldner bezieht. Allein der Umstand, dass unter den zur Präzisierung der gepfändeten Forderungen erkennbar **beispielhaft bezeichneten Leistungen** auch Arbeitslosengeld I aufgeführt ist, für dessen Gewährung der Drittschuldner nicht zuständig ist, führt nach den vom BGH hierfür entwickelten, **strengen Kriterien** nicht dazu, dass das Vollstreckungsgericht die beantragte Pfändung mit der Begründung hätte ablehnen dürfen, dem Schuldner stehe die gepfändete Forderung aus keinem vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkt zu. Soweit der Drittschuldner die im Pfändungs- und Überweisungsbeschluss aufgeführten Leistungen nicht erbringt, geht die Pfändung, worauf das BeschwGer. zu Recht hingewiesen hat, ins Leere.“ (BGH aaO)*

II. Pfändbarkeit von Arbeitslosengeld II

Mit dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss dürfen aber nur solche Ansprüche gepfändet werden, die überhaupt pfändbar sind. Hier kommt in Betracht, dass Ansprüche des Schuldners nach § 19 I SGB II auf Arbeitslosengeld II als laufende Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts gem. § 54 IV 1 SGB I wie Arbeitseinkommen pfändbar sind.

1. Laufend Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts

Bei dem dem Schuldner gewährten Arbeitslosengeld II könnte es sich um laufende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts im Sinne des § 54 IV 1 SGB handeln.

*„Das BeschwGer. geht – insoweit von der Rechtsbeschwerde nicht beanstandet – davon aus, dass der Schuldner vom Drittschuldner **laufende Geldleistungen zur Sicherung seines Lebensunterhalts** nach*

dem SGB II bezieht. Solche Ansprüche können gem. § 54 IV SGB I wie Arbeitseinkommen gepfändet werden, soweit sie nicht gem. § 54 III SGB I unpfändbar sind oder den sich aus § 54 V SGB I ergebenden Pfändungsbeschränkungen unterliegen.

Keiner dieser Ausnahmetatbestände betrifft die hier in Rede stehenden Ansprüche auf laufende Geldleistungen nach § 19 I SGB II.“ (BGH aaO)

2. Ausschluss der Pfändung analog § 54 III Nr. 2a SGB I

Allerdings könnte die Pfändung analog § 54 III Nr. 2a SGB I unzulässig sein, soweit sie sich auch auf Kosten der Unterkunft bezieht, da anderenfalls die zweckentsprechende Verwendung der Leistungen zur Sicherung des Wohnbedarfs des Schuldners nicht hinreichend sichergestellt ist. Dies könnte anzunehmen sein, weil der Gesetzgeber durch Einführung der Vorschrift in § 54 III Nr. 2a SGB I Ansprüche auf Wohngeld von der Pfändung ausgenommen hat, um die Bezahlung der Miete und damit ein angemessenes und familiengerechtes Wohnen (vgl. § 1 I WoGG) zu sichern. Dies könnte auf den Teil der Leistungen zur Sicherung des laufenden Lebensunterhalts, die sich auf die Kosten der Unterkunft beziehen, entsprechend anzusehen sein. Dann müsste aber eine planwidrige Regelungslücke bestehen und eine vergleichbare Interessenlage anzunehmen sein.

a) Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke

„Der Schuldner erhält **kein Wohngeld** i. S. des § 1 I WoGG. Eine **entsprechende Anwendung** der durch das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. 12. 2003 (BGBl I 2003, 2954 ff.) neu eingefügten Regelung in § 54 III Nr. 2a SGB I auf die ihm stattdessen gem. §§ 19 I, 22 SGB II zur Deckung seines Wohnbedarfs gewährten Leistungen **kommt nicht in Betracht**. Das Gesetz enthält an dieser Stelle entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde **keine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke**. Vielmehr ergibt sich aus der Gesetzesbegründung (BT-Dr 15/1516, S. 68), dass der Gesetzgeber die **pfändungsrechtlich unterschiedliche Behandlung** von Wohngeld und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach §§ 19 I 3, 22 SGB II **gesehen und bewusst hingenommen** hat.

In der Gesetzesbegründung ist ausgeführt, dass **Wohngeld** nach dem bis zur Gesetzesänderung geltenden Recht nicht zu den in § 54 III SGB I genannten unpfändbaren Sozialleistungen gehörte und daher nach Abs. 4 der Vorschrift **wie Arbeitseinkommen nach den §§ 850 ff. ZPO pfändbar war**. Zwar bleibe der Wohngeldempfänger regelmäßig ohnehin innerhalb der durch § 850 c I und II ZPO vorgegebenen Pfändungsfreigrenzen. Es sei jedoch nicht ausgeschlossen gewesen, dass Gläubiger, die mit dem Wohnraum des Wohngeldempfängers in keinem unmittelbaren Zusammenhang standen, auf das Wohngeld im Rahmen einer Pfändung zugreifen konnten. Weil dadurch der **Zweck des Wohngelds** – die wirtschaftliche Sicherung angemessenen und familiengerechten Wohnens – zumindest teilweise habe vereitelt werden können, solle **klarstellend geregelt** werden, dass **Wohngeld grundsätzlich unpfändbar** sei. Hierfür spreche im Übrigen auch die Gleichartigkeit hinsichtlich der wesentlichen Zielrichtung/Vergleichbarkeit mit den in § 54 III Nrn. 1 und 2 SGB I genannten Leistungen (Erziehungsgeld und Mutterschaftsgeld).

Dem kann entnommen werden, dass der Gesetzgeber durch die Einführung der Vorschrift in § 54 III Nr. 2a SGB I **nur Ansprüche auf Wohngeld** der Pfändung grundsätzlich und ungeachtet des durch die Pfändungsfreigrenzen des § 850 c ZPO ohnehin bestehenden Pfändungsschutzes hat entziehen wollen.“ (BGH aaO)

Vor diesem Hintergrund ist schon keine planwidrige Regelungslücke anzunehmen

b) zwingender sachlicher Grund für Analogie

Für eine Erstreckung dieser Regelung auf **Leistungen im Rahmen der Arbeitslosenhilfe II**, insbesondere auf solche zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung, könnte aber **kein zwingender sachlicher Grund** bestehen, ein Analogieschluss also verfassungsrechtlichen Gründen geboten sein.

„**Arbeitslosengeld II** erhält der erwerbsfähige Leistungsberechtigte zur Sicherung seines Lebensunterhalts, soweit die nach § 19 I 3 SGB II hierfür maßgeblichen Bedarfe (§§ 20 ff. SGB II) nicht durch sein zu berücksichtigendes Einkommen und Vermögen gedeckt sind, § 19 III SGB II. Die **Verwendung der danach zu gewährenden laufenden Geldleistungen steht zu seiner freien Disposition** (BGH, NJW-RR 2011, 706 Rdnr. 19 – unter Hinw. auf BT-Dr 15/1516, S. 46, 55 f.). Das gilt unbeschadet der durch § 22 VII SGB II eröffneten Möglichkeit, Direktzahlungen an den Vermieter oder sonstigen Empfangsberechtigten vorzunehmen, grundsätzlich auch für Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung nach § 22 SGB II. Diese Leistungen ergänzen den gem. §§ 20, 21 SGB II nach Maßgabe der Vorschriften des SGB XII und der Regelsatzverordnung pauschalierten Regelbedarf (vgl. BT-Dr 15/1516, S. 56) um die tatsächlich in angemessener Höhe anfallenden Kosten für die Erhaltung und Beheizung der Unterkunft und fließen in die Berechnung der dem erwerbsfähigen

gen Hilfebedürftigen zur Sicherung seines Lebensunterhalts als Arbeitslosengeld II zu zahlenden Beträge ein (m.w.N.).

Die darin liegende **Zweckbestimmung** der als Arbeitslosengeld II zu gewährenden Leistungen **unterscheidet sich von derjenigen**, die der Gesetzgeber **Wohngeldzahlungen** bemisst. Sie ist auch hinsichtlich der nach § 22 SGB II zu ermittelnden Bedarfe für Unterkunft und Heizung **nicht** in gleicher Weise wie beim Wohngeld **von der Vorstellung geprägt**, dass der Hilfebedürftige die Bezüge tatsächlich in der gewährten Höhe für die wirtschaftliche Sicherung angemessenen und familiengerechten **Wohnens verwendet**, sondern orientiert sich an einer die individuellen Wohnbedürfnisse des Hilfebedürftigen berücksichtigenden Berechnung des für die Bemessung von Arbeitslosengeld II maßgeblichen Bedarfs. Eine **Zweckbindung**, die es zwingend erforderlich machen könnte, Leistungen nach § 22 SGB II den in § 54 III SGB I genannten gleichzustellen und dem Pfändungszugriff des Gläubigers gegen den im Wortlaut des § 54 III und 4 SGB I manifestierten Willen des Gesetzgebers grundsätzlich zu entziehen, **besteht nach alledem nicht**. Das gilt erst recht für die gem. § 20 SGB II pauschalisierten Leistungen zu Sicherung des Regelbedarfs.“ (BGH aaO)

Unabhängig davon könnten es jedoch die Belange des Schuldners erfordern, seine Ansprüche auf laufende Geldleistungen nach dem SGB II der Pfändung generell zu entziehen.

„Weil solche Ansprüche gem. § 54 IV SGB I **wie Arbeitseinkommen** gepfändet werden dürfen, unterliegen sie den Bestimmungen der §§ 850 ff. ZPO (BGH, NJW-RR 2005, 1010; NJW-RR 2004, 1439 = Rpfleger 2004, 232; NJW 2003, 3774 = Rpfleger 2004, 111). Sie sind, vorbehaltlich der Sonderregelungen in §§ 850 d und 850 f ZPO, **nur in dem durch § 850 c ZPO zugelassenen Umfang pfändbar**. Die danach zu berücksichtigenden **Pfändungsfreigrenzen** liegen, wie auch der Gesetzgeber hervorhebt (BT-Dr 15/1516, S. 68), deutlich über den Beträgen, die der erwerbsfähige Schuldner regelmäßig als Arbeitslosengeld II erhält. Vor diesem Hintergrund unterliegen seine sozialhilferechtlichen Bezüge zur Sicherung seines Lebensunterhalts in aller Regel selbst dann nicht der Pfändung, wenn der ihm gem. § 22 SGB II nach tatsächlich angemessenen Kosten zuzubilligende Bedarf für Unterkunft und Heizung im Einzelfall höher sein sollte, als der in die Pauschbeträge nach § 850 c ZPO hierfür eingerechnete Betrag. Für die Berechnung der pfändungsfreien Beträge bestimmt § 850 e II a ZPO, dass der pfandfreie Grundbetrag bei der gebotenen Zusammenrechnung laufender Geldleistungen nach dem Sozialgesetzbuch mit etwaigem Arbeitseinkommen des Schuldners in erster Linie den laufenden Geldleistungen nach dem Sozialgesetzbuch zu entnehmen ist. Dadurch ist **gewährleistet**, dass dem Schuldner, der beispielsweise nur Leistungen nach § 22 SGB II zur Deckung seiner Bedarfe für Unterkunft und Heizung erhält, diese **laufenden Geldleistungen nicht durch Pfändung entzogen werden**.“ (BGH aaO)

Sofern es ausnahmsweise dazu kommt, dass der sozialhilfebedürftige Schuldner in **Geldleistungen nach dem SGB II** erhält, deren Betrag **über** den nach § 850 c ZPO zu berücksichtigenden **Pfändungsfreigrenzen** liegt, so kann dies seine Ursache nur darin haben, dass solche Leistungen für mehrere Monate in einem Zahlbetrag zusammengefasst werden.

„[In einem solchen Fall] sind die Einzelbeträge ebenso wie bei den vergleichbaren Fällen der Nachzahlung rückständiger Lohnbeträge für die Berechnung des pfandfreien Betrages dem Leistungszeitraum zuzurechnen, für den sie gezahlt werden (vgl.: Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 850 c Rn. 3).“ (BGH aaO)

Für die **verbleibenden Fälle**, in denen der Schuldner laufende Geldleistungen nach § 19 I SGB II in einer die **Pfändungsfreigrenzen** des § 850 c ZPO **übersteigenden** Höhe erhält, besteht kein verfassungsrechtliches Gebot, diese überschießenden Beträge über den Regelungsbereich des § 54 III SGB I hinaus dem Pfändungszugriff des Gläubigers zu entziehen.

„Das **Sozialstaatsgebot** des Art. 20 I GG erteilt dem Gesetzgeber den Auftrag, jedem ein **menschwürdiges Existenzminimum** zu sichern. Dieses umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit, als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben, denn der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen (BGH, NJW-RR 2011, 706 Rn. 14 unter Hinw. auf: BVerfG, NJW 2010, 505 Rn. 133 ff.; Beschl. v. 13. 11. 2011 – VII ZB 7/11, BeckRS 2011, 24041).

Diese für die Pfändung von Arbeitseinkommen maßgeblichen Grundsätze **gewährleisten die verfassungsrechtlich gebotene Sicherung des Existenzminimums** in gleicher Weise für die nach § 54 IV SGB I zulässige Pfändung von Ansprüchen des erwerbsfähigen Schuldners auf Leistungen zur Sicherung seines Lebensunterhalts nach dem SGB II. Sie beanspruchen ohne Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I GG (vgl. BGH, Beschl. v. 13. 10. 2011 – VII ZB 7/11, BeckRS 2011, 26041 Rn. 12) **Geltung unabhängig von der Art des Einkommens** oder des Leistungsbezugs und erfordern über die zu Gunsten des Schuldners in § 54 III SGB I angeordneten Pfändungsverbote bzw.

Pfändungsbeschränkungen hinaus keine Korrektur der Pfändungsvorschrift in § 54 IV SGB I.“ (BGH aaO)

3. Ausschluss der Pfändbarkeit analog § 17 I 2 SGB XII

Eine Unpfändbarkeit könnte sich auch aus einer entsprechenden Anwendung des § 17 I 2 SGB XII ergeben, wonach Ansprüche auf Leistungen der Sozialhilfe, die nach dem Dritten Kapitel SGB XII erbracht werden, unpfändbar sind.

*„Eine entsprechende Anwendung des § 17 I 2 SGB XII auf Leistungen nach dem SGB II kommt in Ermangelung **einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke** nicht in Betracht. Sie ist insbesondere nicht deshalb geboten, weil, worauf die Rechtsbeschwerde allerdings mit Recht hinweist, die gem. § 20 SGB II anzuerkennenden Regelbedarfe den Regelsätzen des § 28 SGB XII entsprechen und nach den dort niedergelegten Grundsätzen ermittelt werden. Ebenso wenig von Belang ist in diesem Zusammenhang, ob beide Leistungsarten „Sozialhilfe“ i. S. des § 9 SGB I sind. Aus alledem lässt sich nicht ableiten, dass Ansprüche auf Leistungen nach dem SGB II in gleicher Weise unpfändbar sein müssen wie diejenigen auf Leistungen nach SGB XII. Der Bezug von **Arbeitslosengeld II** gem. § 19 I SGB II ist **erwerbsfähigen Leistungsberechtigten** vorbehalten. Er schließt gem. § 5 II 1 SGB II Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch aus, die nur solche Leistungsberechtigte erhalten, die nicht erwerbsfähig sind. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden und es **bedarf auch aus dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots in Art. 3 I GG keiner Korrektur**, dass der Gesetzgeber in Ansehung der durch das Kriterium der Erwerbsfähigkeit bedingten **Trennung beider Leistungssysteme** nur die Pfändung der Ansprüche erwerbsfähiger Leistungsberechtigter nach Maßgabe der für Arbeitseinkommen geltenden Vollstreckungsvorschriften zulässt.“ (BGH aaO)*

4. Ausschluss der Pfändbarkeit mangels schutzwürdigem Interesse

Wie zuvor festgestellt, scheitert eine Pfändung von Arbeitslosengeld II in aller Regel an den Pfändungsfreigrenzen des § 850 c ZPO, so dass ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers ausgeschlossen sein könnte, da die Pfändung in diesem Fall nur unnötigen Verwaltungsaufwand und Kosten produziert

*„Dieser Einwand, der in der Sache **rechtspolitisch** ist, mag in zukünftigen Gesetzgebungsverfahren einer Rolle spielen. Er rechtfertigt es jedoch nicht, diese Regelung derzeit **nicht anzuwenden**. Gleiches gilt für den Einwand, dass die **unnütze Pfändung** einem Gläubiger den ansonsten nicht möglichen Zugriff auf die Sozialdaten des Schuldners ermögliche.“ (BGH aaO)*

III. Ergebnis

Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ist rechtlich nicht zu beanstanden, so dass die Beschwerde unbegründet ist.

(BVerfG in BeckRS 2013, 48285; Urteil vom 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10)

Das **Verständigungsgesetz** sichert die **Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben** in ausreichender Weise. Der in erheblichem Maße **defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes** führt derzeit **nicht zur Verfassungswidrigkeit** der gesetzlichen Regelung.

A. Grundlagenwissen: Das Verständigungsgesetz

Die Vorschrift des § 257c StPO, die durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl I S. 2353) - im Folgenden: Verständigungsgesetz - in die Strafprozessordnung eingefügt wurde und seither die rechtliche Grundlage für die Verständigung bildet, erlaubt dem Gericht ausdrücklich eine Verständigung über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens nach den darin genannten Maßgaben. Sie stellt außerdem klar, dass die **Pflicht des Gerichts zur Sachverhaltsaufklärung** (§ 244 II 2 StPO) **unberührt** bleibt. Hierdurch soll in Übereinstimmung mit der Rspr. des BVerfG und des BGH die Beachtung der **rechtsstaatlichen Anforderungen an das Strafverfahren gewährleistet** und insbesondere die **Schuldangemessenheit der Strafe** sichergestellt werden (vgl. BTDrucks 16/12310, S. 9).

Außerdem wurden Vorschriften eingeführt, die es der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren sowie dem Gericht vor und nach Eröffnung des Hauptverfahrens sowie in der Hauptverhandlung ausdrücklich erlauben, „den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten zu erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern“ (§§ 160b, 202a, 212, 257b StPO). Der wesentliche Inhalt einer solchen Erörterung ist jeweils **aktenkundig** zu machen; der Inhalt einer in der Hauptverhandlung durchgeführten Erörterung ist **in das Protokoll aufzunehmen** (§ 273 I 2 StPO).

Ist dem Urteil eine Verständigung nach § 257c StPO vorausgegangen, ist ein **Rechtsmittelverzicht ausgeschlossen** (§ 302 I 2 StPO). In diesem Fall ist der Angekl. darüber zu belehren, dass er in jedem Fall frei in seiner Entscheidung ist, ein Rechtsmittel einzulegen (§ 35a S. 3 StPO).

B. Die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung zur Verständigung im Strafprozess (BVerfG in BeckRS 2013, 48285)

- I. Das Verständigungsgesetz statuiert **kein neues, „konsensuales“ Verfahrensmodell**, sondern integriert die von ihm zugelassene Verständigung mit dem Ziel in das geltende Strafprozessrechtssystem, weiterhin ein der **Erforschung der materiellen Wahrheit** und der **Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe** verpflichtetes Strafverfahren sicherzustellen.
- II. Verständigungen im Strafprozess berühren zwar die **verfassungsrechtlichen Anforderungen** an das Strafverfahren, der **Gesetzgeber** ist aber **grds. nicht daran gehindert, Verständigungen** mit den zur Sicherung der Verfassungsmäßigkeit gebotenen Vorkehrungen **zuzulassen**.
 1. Der Strafprozess hat das Schuldprinzip zu verwirklichen und darf sich von dem ihm vorgegebenen **Ziel der bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit** und der **Beurteilung der Sach- und Rechtslage** durch ein **unabhängiges und neutrales Gericht** nicht entfernen.
 - a) Das **verfassungsrechtliche Schuldprinzip** steht zwar **nicht zur Disposition des Gesetzgebers** (vgl. BVerfGE 123, 267), dies schließt es aber nicht aus, den Strafverfolgungsbehörden Möglichkeiten zu einem Absehen von der Strafverfolgung zu eröffnen, namentlich in Fällen geringfügiger Kriminalität, in denen der **Rechtsfrieden** nicht ernsthaft beeinträchtigt und eine Kriminalstrafe zum Schuldausgleich nicht zwingend geboten ist, so dass ein **öffentliches Interesse**

se an einem **Schuldpruch** nicht besteht oder durch die Erfüllung von Auflagen oder/und Weisungen beseitigt werden kann.

„Solche Ausnahmen dürfen die **Geltungskraft des Schuldprinzips nicht in Frage stellen** und bedürfen stets einer gesetzlichen Regelung, wie sie der Gesetzgeber etwa in den §§ 153 ff. StPO getroffen hat. Als Ausnahmen von der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zur **Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs** sind sie fest zu umgrenzen und bedürfen jeweils einer eigenständigen Legitimation (vgl. zu Beschränkungen der Sachverhaltsaufklärung BVerfGE 33, 367; 46, 214; 49, 24; 51, 324; 129, 208; BVerfG NStZ 2001, 43).“ (BVerfG aaO)

- b) Als unerlässliche Voraussetzung der Verwirklichung des Schuldprinzips **unterliegt** auch die **Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit nicht der Disposition des Gesetzgebers**. Allerdings ist es Sache des Gesetzgebers, darüber zu befinden, auf welchen Wegen und mit welchen Mitteln er die Verwirklichung des Schuldprinzips gewährleistet.

„Es ist dem Gesetzgeber auch nicht versagt, unter **Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze** für Fälle einfach gelagerter und eindeutiger Sachverhalte - etwa bei einer sich mit den Ermittlungsergebnissen deckenden geständigen Einlassung schon im Ermittlungsverfahren oder bei einem auf frischer Tat angetroffenen Beschuldigten - ein vereinfachtes Verfahren zur Gewinnung der richterlichen Überzeugung von Schuld oder Unschuld des Angeschuldigten und der hieraus zu ziehenden Folgen ohne das Erfordernis einer öffentlichen Hauptverhandlung mit ihrer formalisierten Beweisaufnahme einzurichten, wie es die Strafprozessordnung mit dem Strafbefehlsverfahren gem. § 407 I und II StPO vorsieht (vgl. dazu Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2009, Vor § 407 Rn 25 f. m. w. Nachw.).

Ermöglichen es die in der Akte befindlichen Unterlagen und Beweismittel dem Richter, sich die Überzeugung von der Richtigkeit des dem Angeschuldigten zur Last gelegten Sachverhalts zu bilden, ist eine öffentliche Hauptverhandlung zur Gewinnung einer tragfähigen Grundlage für die Schuldfeststellung, die rechtliche Beurteilung und die Strafzumessung von Verfassungen wegen nicht zwingend geboten, sofern es der Angeschuldigte in der Hand hat, durch einfache Erklärung die Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung zu erzwingen (vgl. BVerfGE 25, 158; BVerfG NJW 1995, 2545; BVerfG NJW 2002, 3534 m. w. Nachw.).

Das im Grundgesetz verankerte **Schuldprinzip** und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sowie der Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, die Unschuldsvermutung und die Neutralitätspflicht des Gerichts schließen es jedoch aus, die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung in der Hauptverhandlung, die letztlich mit einem Urteil zur Schuldfrage abschließen soll, zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen.“ (BVerfG aaO)

2. Verständigungen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten über Stand und Aussichten der Hauptverhandlung, die dem Angekl. für den Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze zusagen und eine Strafuntergrenze ankündigen, tragen das **Risiko** in sich, dass die **verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in vollem Umfang beachtet** werden. Gleichwohl ist es dem Gesetzgeber in Anbetracht seiner Gestaltungsmacht von Verfassungen wegen nicht schlechthin verwehrt, zur **Verfahrensvereinfachung** Verständigungen zuzulassen.

Er muss jedoch zugleich durch hinreichende Vorkehrungen sicherstellen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt bleiben. Die Wirksamkeit der vorgesehenen **Schutzmechanismen** hat der Gesetzgeber **fortwährend zu überprüfen**. Ergibt sich, dass sie unvollständig oder ungeeignet sind, hat er insoweit nachzubessern und erforderlichenfalls seine Entscheidung für die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen zu revidieren (vgl. BVerfGE 110, 141 m. w. Nachw.).

- a) Das Verständigungsgesetz sichert die **Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben** in ausreichender Weise.

„Das Verständigungsgesetz wahrt den Schuldgrundsatz auch insoweit, als eine **Verfahrensverkürzung um den Preis der Erforschung der materiellen Wahrheit ausgeschlossen** ist. Die Möglichkeit einer Verständigung [enthbeht] das Gericht nicht von der **Pflicht zur Sachverhaltsermittlung von Amts wegen**. Ein **Geständnis darf nicht zur „Handelsware“ werden** und kann als Grundlage der Zusage einer Strafobergrenze nur akzeptiert werden, wenn es - aus sich heraus oder aufgrund der Beantwortung von Fragen - überprüfbar ist. Das im Zusammenhang mit der Zusage einer Strafobergrenze abgegebene Geständnis in der - die Grundlage der richterlichen Überzeugung über Schuld oder Unschuld und die daran zu knüpfenden Folgen bildenden - Hauptverhandlung ist auf seine Richtigkeit zu überprüfen, denn eine solche Zusage kann den Angekl. zur Abgabe eines (teilweise) falschen Geständnisses veranlassen.“ (BVerfG aaO)

- b) Mit den Bestimmungen zum Entfallen der Bindung des Gerichts an eine Verständigung (§ 257c IV StPO) hat der Gesetzgeber ferner die aus dem Schuldprinzip, der Pflicht des Gerichts zur Erforschung der materiellen Wahrheit und seiner **Neutralitätspflicht** sowie der **Unschuldsvermutung** zu ziehenden Konsequenzen für die Grenzen der richterlichen Selbstbindung an gegebene Zusagen konkretisiert.

„Es ist gewährleistet, dass die der Verständigung beigemessene Bindung entfällt, wenn sich im Laufe der Hauptverhandlung der in Aussicht gestellte eingegrenzte Strafrahmen als nicht (mehr) tat- oder schuldangemessen erweist.“ (BVerfG aaO)

- c) Der insbesondere im **Grundsatz der Verfahrensfairness** verankerten Forderung, dass der Angekl. autonom darüber entscheiden kann, ob er den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit aufgibt, sich auf eine Verständigung einlässt und mit einem Geständnis sich seines Schweigerechts begibt, genügt das Verständigungsgesetz ebenfalls.

*„Das Strafverfahrensrecht trägt dem Anliegen, die **Entscheidungsfreiheit des Angekl. zu wahren**, bereits generell in allen Verfahrensstadien Rechnung. So haben **Belehrungspflichten** sowie die **Freiheit von Willensentschließung und Willensbetätigung** in den allgemeinen Vorschriften der §§ 136, 136a StPO und – bspw. – für das Ermittlungsverfahren in § 163a IV 2 StPO sowie für die Hauptverhandlung in § 243 V 1 StPO ihren Niederschlag gefunden. Wenn diese Sicherungen schon bei der Entscheidungsfindung über allgemeines Aussageverhalten greifen, so haben sie eine umso größere Bedeutung, wenn es um die Frage eines Schuldeingeständnisses geht, vor allem in der für eine Verständigung typischen **Anreiz- und Verlockungssituation**. Vor diesem Hintergrund kommt der in § 257c V StPO vorgesehenen Belehrung über die Reichweite der Bindungswirkung und die Folgen eines Scheiterns der Verständigung besondere Bedeutung zu, der auch revisionsrechtlich Rechnung zu tragen ist.“ (BVerfG aaO)*

- d) Das Verständigungsgesetz trifft umfangreiche Vorkehrungen dahin, dass das maßgebliche **Verständigungsgeschehen** in die Hauptverhandlung einbezogen und **dokumentiert** wird, und gibt mit der in § 257c III 4 StPO vorgesehenen Abhängigkeit der Verständigung von der **Zustimmung der Staatsanwaltschaft** dieser ein Mittel zur Wahrung rechtsstaatlicher Standards in die Hand, zu der die effektiv zu handhabende **Überprüfung durch Rechtsmittel** hinzutritt.

*„Der Gesetzgeber begegnet damit der mit der Möglichkeit der Verfahrensverkürzung durch eine Verständigung einhergehenden Gefahr einer **Motivationsverschiebung** bei dem erkennenden Gericht und trägt dem mit der Zusage einer wesentlichen Strafmilderung für den Fall eines Geständnisses verbundenen Anreiz für den Angekl. Rechnung, ein (teilweise) falsches Geständnis abzulegen. Zugleich wirkt er dem Risiko entgegen, dass sich ein möglicher **Interessengleichlauf von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung** zum Nachteil des Angekl. auswirkt. Die verfahrensrechtlichen Sicherungen lassen jedenfalls in ihrem Zusammenwirken erwarten, dass die mit Verständigungen verbundenen rechtsstaatlichen Risiken beherrscht werden. Dabei kann unentschieden bleiben, ob bestimmte Vorkehrungen von Verfassungs wegen unverzichtbar sind, solange ein ausreichendes Gewährleistungsniveau verwirklicht wird.“ (BVerfG aaO)*

- e) Schließlich hat der Gesetzgeber eindeutig entschieden, dass auf das Strafurteil bezogene **„informelle“ Absprachen unzulässig** sind.

*„Ausweislich des § 257c I StPO sind Verständigungen über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens nur nach Maßgabe der folgenden Absätze zulässig. **Intransparente, unkontrollierbare „Deals“ sind** im Strafprozess wegen der mit ihnen verbundenen Gefährdung des Schuldprinzips, der darin verankerten Wahrheitserforschungspflicht und des dem Rechtsstaatsprinzip innewohnenden Prinzips des fairen Verfahrens bereits **von Verfassungs wegen untersagt**, und der Gesetzgeber hat derartige Vorgehensweisen in unmissverständlicher Weise verworfen.“ (BVerfG aaO)*

- III. Auch der in erheblichem Maße **defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes** führt derzeit **nicht zur Verfassungswidrigkeit** der gesetzlichen Regelung.

*„Eine gesetzliche Regelung, gegen die in der **Rechtsanwendungspraxis** in verfassungswidriger Weise verstoßen wird, verletzt nur dann auch selbst das Grundgesetz, wenn die verfassungswidrige Praxis auf die Vorschrift selbst zurückzuführen, mithin **Ausdruck eines strukturbedingt zu dieser Praxis führenden normativen Regelungsdefizits** ist. Ein solches Defizit kann im vorliegenden Zusammenhang nicht schon darin gesehen werden, dass der Gesetzgeber urteilsbezogene Verständigungen, welche sich durch ihre Grundstruktur für die Verwirklichung des Schuldprinzips als gefährlich erweisen, überhaupt gestattet hat. Dies ließe unberücksichtigt, dass er ihre Zulassung an umfangreiche*

*flankierende Schutzmechanismen gekoppelt hat, die die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben an den Strafprozess sicherstellen sollen (vgl. auch BVerfGE 81, 123; 83, 24; 118, 212). Verfassungswidrig wäre das gesetzliche Regelungskonzept nur, wenn die vorgesehenen **Schutzmechanismen** in einer Weise **lückenhaft oder sonst unzureichend** wären, die eine gegen das Grundgesetz verstoßende „informelle“ Absprachepraxis fördert, das **Vollzugsdefizit** also **durch die Struktur der Norm determiniert** wäre.*

*Ein **strukturelles Regelungsdefizit** kann gegenwärtig nicht festgestellt werden (wird ausgeführt).“ (BVerfG aaO)*

- IV. **Ergebnis:** Das Normgefüge des Verständigungsgesetzes gestattet keine Verfahrensweise im Strafprozess, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben widerspräche. Die durch das Verständigungsgesetz eingeführten Vorschriften sind deshalb weder für unvereinbar mit dem Grundgesetz zu erklären noch besteht Anlass, sie im Wege einer verfassungskonformen Auslegung einzugrenzen.

**Heilung von Verfahrensfehlern
Nachholen der Anhörung**

(VGH Kassel in DÖV 2013, 244; Beschluss vom 06.11.2012 - 6 B 1267/12)

1. Eine Verletzung der Anhörungspflicht ist dann gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG unbeachtlich, wenn die Anhörung nachträglich ordnungsgemäß durchgeführt und ihre **Funktion für den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht** wird.
2. Die Vorschrift des § 29 II VwVfG bestimmt ausdrücklich, dass die Behörde zur Gestattung der Akteneinsicht nicht verpflichtet ist, soweit die Vorgänge geheimhaltungsbedürftig sind; in einem solchen Fall gehört die **vollständige Akteneinsicht nicht zu einer ordnungsgemäßen Anhörung** i. S. d. § 28 VwVfG.
3. Für den Fall, dass sich die Behörde auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit oder Vertraulichkeit von Akten oder Aktenbestandteilen beruft, ist nur dann die Vorlage einer Sperrerklärung erforderlich und ein Antrag nach § 99 II VwGO zulässig, wenn das Gericht der Hauptsache die **Entscheidungserheblichkeit der begehrten Unterlagen** – grundsätzlich in Form eines Beweisbeschlusses oder einer vergleichbaren Äußerung – festgestellt hat.

Fall: Die Beteiligten streiten über die sofortige Vollziehbarkeit eines Bescheids vom 09.08.2011, mit dem die Antragsgegnerin ein Auskunftsverlangen gem. § 44 I 1 KWG an den Antragsteller als Geschäftsleiter der Raiffeisenbank XY AG richtete.

In dem Bescheid ersuchte die Antragsgegnerin den Antragsteller um Auskunft bis zum 24.08.2011 zu verschiedenen Fragen betreffend die xyz GmbH. Für den Fall, dass der Antragsteller dem Auskunftersuchen nicht oder nicht vollständig bis zu dem genannten Termin nachkommen sollte, drohte die Antragsgegnerin die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 20.000,00 € an.

Dagegen legte der Antragsteller am 16.08.2011 Widerspruch ein, begehrte Akteneinsicht und beantragte die Aussetzung der sofortigen Vollziehung; in Anbetracht der ausstehenden Akteneinsicht bat er um Einräumung einer Frist für die Widerspruchsbegründung bis zum 30.09.2011. Den Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung lehnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17.08.2011 ab. Akteneinsicht in die Verwaltungsvorgänge - mit Ausnahme der Seiten 111 und 112 der Fachakte BA (Beiakten II) - wurde dem Bevollmächtigten des Antragstellers am 22.08.2011 gewährt.

Den ebenfalls am 22.08.2011 gestellten Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes lehnte das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main mit Beschluss vom selben Tag (9 L 2358/11.F) ab. Auf die Beschwerde des Antragstellers änderte der Senat den Beschluss des Verwaltungsgerichts ab und ordnete die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 09.08.2011 wegen Verletzung der Anhörungspflicht nach § 28 I VwVfG an (Beschluss des Senats vom 23. September 2011 - 6 B 1701/11 -, NVwZ-RR 2012, 163).

Die Antragsgegnerin gab dem Antragsteller mit Schreiben vom 12.10.2011 Gelegenheit, bis zum 02.11.2011 zum Auskunftersuchen abschließend Stellung zu nehmen und den Widerspruch zu begründen. Mit Widerspruchsbescheid vom 09.01.2012 wies sie den Widerspruch des Antragstellers zurück. Der Antragsteller erhob am 30.01.2012 bei dem Verwaltungsgericht Anfechtungsklage. Am 03.02.2012 stellte die Antragsgegnerin bei dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main einen Antrag gem. § 80 VII VwGO auf Abänderung des Beschlusses des Senats vom 23.09.2011 (6 B 1701/11) und Ablehnung des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung unter Berufung darauf, dass die formelle Rechtswidrigkeit des Bescheids vom 09.08.2011 zwischenzeitlich gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG geheilt sei.

Die Antragsgegnerin legte dem Verwaltungsgericht auf Anforderung die Verwaltungsvorgänge - mit Ausnahme der Seiten 111 und 112 der Fachakte BA - vor. Hinsichtlich der zurückgehaltenen Seiten reichte das Bundesministerium der Finanzen eine Sperrerklärung gem. § 99 I 2 VwGO vom 11.04.2012 ein. Mit Beschluss vom 14.05.2012 änderte das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (9 L 439/12.F) den Beschluss des Senats vom 23.09.2011 (6 B 1701/11) und lehnte den Antrag des Antragstellers auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 09.08.2011 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 09.01.2012 ab. Dagegen richtet sich die vom Antragsteller am 04.06.2012 eingelegte und mit Schriftsatz vom 21.06.2012 sowie ergänzenden Schriftsätzen begründete Beschwerde.

Einen am 26.06.2012 im Beschwerdeverfahren gestellten Antrag nach § 99 II VwGO hat der Fachsenat des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs mit Beschluss vom 28.08.2012 - 27 F 1538/12 - als unzulässig abgelehnt.

Wird die Beschwerde Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Beschwerde

„Die Beschwerde des Antragstellers ist zulässig (§ 146 I, IV VwGO), insbesondere ist sie **fristgemäß eingelegt** und begründet worden. Der angegriffene Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 14.05.2012 ist dem Bevollmächtigten des Antragstellers - ausweislich des Empfangsbekennnisses (Bl. 120a der Gerichtsakten) - am 22.05.2012 zugestellt worden. Die Beschwerde ist am 04.06.2012 - also innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 147 I 1 VwGO - bei dem Verwaltungsgericht eingelegt und am 21.06.2012 - und damit innerhalb der Frist von einem Monat gem. § 146 IV 1 VwGO - bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof begründet worden.“ (VGH Kassel aaO)

II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn der Beschluss des VG Frankfurt über die Abänderung des Beschlusses nach § 80 VII VwGO zu Unrecht erfolgt ist.

Nach § 49 KWG sind entsprechende Entscheidungen von Gesetzes wegen sofort vollziehbar. Ist einem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO stattgegeben worden, so kann das Gericht der Hauptsache, hier das VG Frankfurt, derartige Beschlüsse nach § 80 VII VwGO auf Antrag eines Beteiligten wegen veränderter Umstände beantragen.

1. Heilung des Anhörungsmangels durch Nachholung im Widerspruchsverfahren

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung war im Ausgangsverfahren damit begründet worden, dass der Bescheid vom 09.08.2011 wegen eines Anhörungsmangels gem. § 28 I VwVfG offensichtlich rechtswidrig war. Die Antragsgegnerin hatte daraufhin im Verfahren nach § 80 VII eine Abänderung dieser Entscheidung mit der Begründung erwirkt, der Anhörungsmangel sei nach § 45 I Nr. 3 VwVfG geheilt worden. Die Abänderungsentscheidung ist daher rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen für eine Heilung des Anhörungsmangels nicht vorlagen.

a) Anforderungen an Heilung eines Anhörungsmangels

„Der Senat hat bereits im Beschluss vom 23.09.2011 (6 B 1701/11) darauf hingewiesen, dass eine Verletzung der Anhörungspflicht dann gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG unbeachtlich ist, wenn die **Anhörung nachträglich ordnungsgemäß durchgeführt** und ihre Funktion für den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht wird (vgl. dazu: BVerwG, Urteil vom 24.06.2010 - 3 C 14/09 - , BVerwGE 137, 199). Das setzt voraus, dass der Beteiligte - 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, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 12. Aufl., 2011, § 45 Rn. 26; Fehling/Kastner, *Verwaltungsrecht, Handkommentar*, 2. Aufl., 2010, § 45 VwVfG, Rn. 29).“ (VGH Kassel aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben von einer Heilung des Anhörungsmangels ausgegangen werden kann. Grundsätzlich kann auch die Durchführung des Widerspruchsverfahrens zu einer Heilung des Anhörungsmangels führen. Dies setzt jedoch voraus, dass der Antragsteller im Widerspruchsverfahren eine vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten hat.

„Der Antragsteller hat im Widerspruchsverfahren eine vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten und die Antragsgegnerin hat die vorgebrachten Argumente **zum Anlass genommen**, die ohne vorherige Anhörung getroffene Entscheidung **kritisch zu überdenken**, und hat dies im Widerspruchsbescheid vom 09.01.2012 dokumentiert.“ (VGH Kassel aaO)

Dem könnte im vorliegenden Fall aber entgegenstehen, dass dem Antragsteller die beantragte Akteneinsicht nicht in vollem Umfang gewährt wurde und er sich dementsprechend zu den vorenthaltenen Informationen auch nicht äußern konnte. Er hatte dementsprechend seine Widerspruchsbegründung vom 29.11.2011 auch nur als „vorläufig“ bezeichnet.

„Die Vorschrift des § 29 II VwVfG bestimmt ausdrücklich, dass die **Behörde zur Gestattung der Akteneinsicht nicht verpflichtet** ist, soweit die Vorgänge **geheimhaltungsbedürftig** sind. Daraus folgt zwangsläufig, dass die **vollständige Akteneinsicht** in einem solchen Fall **nicht zu einer ordnungsgemäßen Anhörung** i.S.d. § 28 I VwVfG gehört.

Für den Fall, dass sich die Behörde auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit oder Vertraulichkeit von Akten oder Aktenbestandteilen beruft, ist nur dann die **Vorlage einer Sperrklärung erforderlich** und

ein **Antrag nach § 99 II VwGO zulässig**, wenn das Gericht der Hauptsache die **Entscheidungserheblichkeit** der begehrten Unterlagen - grundsätzlich in Form eines Beweisbeschlusses oder einer vergleichbaren Äußerung - **festgestellt** hat (vgl. beispielsweise: BVerwG, Beschluss vom 12.01.2006 - 20 F 12.04 -, BVerwGE 125, 40 [42]). Das Verwaltungsgericht hatte zwar zunächst auf eine fehlende Sperrerklärung i.S.v. § 99 I 2 VwGO hingewiesen und die Vorlage der fehlenden Blätter der Verwaltungsvorgänge angefordert. Letztlich entschied das Verwaltungsgericht jedoch über den Abänderungsantrag der Antragsgegnerin, **ohne die fehlenden Blätter der Fachakte gesehen zu haben** und ohne die angekündigte Prüfung eines Antrags nach § 99 II VwGO durch den Antragsteller abgewartet zu haben. In den Gründen des angegriffenen Beschlusses hat das Verwaltungsgericht zum Ausdruck gebracht, dass es **auf den Inhalt der zurückgehaltenen Seiten 111 und 112 der Behördenakten für die Entscheidung nicht ankomme**. Dass es zu einem zwischengeschalteten Verfahren auf Einsichtnahme in die gesperrten Unterlagen gem. § 99 II VwGO nur kommen kann, wenn die zurückgehaltenen Aktenbestandteile in einem gerichtlichen Verfahren entscheidungserheblich sind (ständige Rechtsprechung des Senats vgl. Beschluss vom 30. April 2010 - 6 A 1341/09 -, NVwZ 2010, 1112), hat auch der zuständige Fachsenat mit Beschluss vom 28. August 2012 (Hess. VGH - 27 F 1538/12 -) bestätigt.

Trotz der zurückgehaltenen Aktenblätter (zwei Seiten) hat der Antragsteller mithin im Widerspruchsverfahren eine **vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten**. Die Antragsgegnerin hat sich mit der „vorläufigen Widerspruchsbegründung“ vom 29.11.2011 im Widerspruchsbescheid vom 09.01.2012 auch auseinandergesetzt und darin zum Ausdruck gebracht, dass sie trotz der vorgebrachten Argumente an ihrer Entscheidung festhalte. Dass die Antragsgegnerin sich nicht in einem für die Nachholung einer versäumten Anhörung i. S. d. § 45 I Nr. 3 VwVfG ausreichenden Maße mit der Widerspruchsbegründung auseinandergesetzt habe, hat der Antragsteller in der Beschwerdebegründung zwar behauptet (S. 18 und 22), aber nicht näher ausgeführt.“ (VGH Kassel aaO)

2. offensichtliche Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 09.08.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.01.2012 aus anderen Gründen

Eine Abänderung der Entscheidung über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung wäre darüber hinaus jedoch rechtswidrig, wenn die Aufrechterhaltung des Beschlusses aus anderen Gründen geboten erscheint, insbesondere die angefochtenen Bescheide aus anderen Gründen rechtswidrig sind.

„Die Beschwerde des Antragstellers hat auch insoweit keinen Erfolg, als das Verwaltungsgericht das Auskunftsersuchen als rechtmäßig bewertet hat. [wird ausgeführt].“ (VGH Kassel aaO)

Dem Antragsteller ist es in der Beschwerdebegründung nicht gelungen, die Wertung des Gesetzgebers in § 49 KWG mit Besonderheiten seiner Situation zu entkräften. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass der **kraft Gesetzes angeordnete Vorrang des Vollzugsinteresses im vorliegenden Verfahren** zur Geltung kommt, nachdem die Anhörung gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG nachgeholt worden ist und das Verwaltungsgericht das Auskunftsersuchen auch im Übrigen zu Recht als aller Voraussicht nach rechtmäßig bewertet hat. Das Verwaltungsgericht hat auch die vom Antragsteller geltend gemachte **Gefahr drohender Folgemaßnahmen** in Form von Verwarnungen oder Abberufungsverlangen zu Recht nicht genügen lassen, um von der gesetzlichen Regel des Sofortvollzugs abzuweichen. Dass Auskunftsersuchen gem. § 44 Abs. 1 KWG unter Umständen weitere aufsichtsrechtliche Maßnahmen nach sich ziehen, hat der Gesetzgeber berücksichtigt und sowohl hinsichtlich des Auskunftsverlangens als auch hinsichtlich etwaiger Folgemaßnahmen wie Verwarnung oder Abberufung gem. § 36 KWG den grundsätzlichen Vorrang des Vollzugsinteresses in § 49 KWG angeordnet. Der Gesetzgeber hat die damit verbundene Folge, dass sich der Betreffende bereits im Eilverfahren sowohl gegen das Auskunftsverlangen als auch gegen etwaige Folgemaßnahmen zur Wehr setzen muss, bewusst in Kauf genommen.

Auch die weiteren Argumente des Antragstellers rechtfertigen es nicht, zu seinen Gunsten vom gesetzlichen Vorrang des Vollzugsinteresses abzuweichen. [wird ausgeführt]“ (VGH Kassel aaO)

Ergebnis. Das Verwaltungsgericht hat dem Begehren der Antragsgegnerin auf Abänderung des Beschlusses vom 23.09.2011 gem. § 80 VII VwGO zu Recht stattgegeben und den Antrag des Antragstellers auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 09.08.2011 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 09.01.2012 abgelehnt.

(VG Düsseldorf in NVwZ-RR 2013, 211; Beschluss vom 18.10.2012 - 6 M 57/12)

1. Obliegen dem Vollstreckungsgegner mehrere Einzelpflichten und wird ein einheitliches Zwangsgeld angedroht, ist dieses jedenfalls dann hinreichend bestimmt, wenn die Vollzugsbehörde zwar nicht unterschieden hat, in **welcher Höhe das Zwangsgeld für welche Einzelpflicht angedroht** sein soll, wenn **für den Adressaten erkennbar** ist, dass die Behörde es **in voller Höhe** festsetzen kann, falls er **nicht alle Einzelpflichten erfüllt**, sondern ihren Anordnungen nur teilweise nachkommt.
2. Denn der Zweck des § 63 V NWVwVG besteht vor allem darin, dem Adressaten klar zu **erkennen zu geben, was ihm droht**. Die Behörde darf die Androhung insbesondere dann einheitlich abfassen, wenn der Zweck **des Vollzugs erst nach Erfüllung aller Verpflichtungen**.
3. Uneinbringlich ist das Zwangsgeld, wenn **mindestens einmal fruchtlos versucht** worden ist, das festgesetzte Zwangsgeld **beizutreiben**. Ebenfalls ausreichend ist, wenn das **finanzielle Unvermögen des Pflichtigen offenkundig** ist und die Erfolglosigkeit eines Beitreibungsversuchs von vornherein feststeht.
4. Die Ersatzzwangshaft hat ausschließlich die **Funktion eines Beugemittels**. Mit ihr soll **auf den Willen des Pflichtigen** derart **eingewirkt** werden, dass er die zu vollziehende Verpflichtung erfüllt.
5. Die Ersatzzwangshaft ist **ultima ratio** zur Durchsetzung der mit der Grundverfügung auferlegten Verpflichtung.

Fall: Die Vollzugsbehörde untersagte dem Vollzugsgegner mit sofort vollziehbarer Verfügung vom 15.03.2010 den Betrieb des Kfz der Marke Opel mit dem amtlichen Kennzeichen X. Gleichzeitig forderte sie unter Fristsetzung von drei Tagen nach Zustellung auf, die Kennzeichenschilder des Fahrzeugs bei ihr entstempeln zu lassen und die Zulassungsdokumente vorzulegen. Gleichzeitig drohte sie die Außerbetriebsetzung im Wege des unmittelbaren Zwangs durch Entstempelung der Schilder und die Einziehung der Zulassungsbescheinigung Teil I bzw. des Fahrzeugscheins für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs an. Die Verfügung wurde dem Vollzugsgegner am 17.03.2010 zugestellt.

Da dieser der Verfügung nicht nachkam, setzte die Vollzugsbehörde die Anwendung des angedrohten unmittelbaren Zwangs mit Verfügung vom 23.03.2010 fest, die am 25.03.2010 zugestellt wurde. Am 20.04.2010 zog der Außendienst der Vollzugsbehörde die Zulassungsbescheinigung Teil I (Fahrzeugschein) beim Vollzugsgegner ein. Dieser teilte mit, dass das Fahrzeug verschrottet sei, reichte den versprochenen Nachweis darüber aber nicht ein. Mit Verfügung vom 20.04.2011, zugestellt am 23.04.2011, forderte die Vollzugsbehörde den Vollzugsgegner (erneut) auf, die Kennzeichenschilder bzw. eine schriftliche Erklärung über deren Verbleib, den Entsorgungs- bzw. Verschrottungsnachweis und die Zulassungsbescheinigung Teil II spätestens drei Tage nach Zustellung dieser Verfügung vorzulegen. Gleichzeitig drohte die Vollzugsbehörde ein Zwangsgeld in Höhe von 500 Euro an. Sie wies auch darauf hin, dass das VG auf ihren Antrag die Ersatzzwangshaft anordnen könne, wenn das Zwangsgeld uneinbringlich sei. Am 01.07.2011 setzte die Vollzugsbehörde das angedrohte Zwangsgeld in voller Höhe fest, drohte gleichzeitig ein weiteres Zwangsgeld in Höhe von 1000 Euro an und wies erneut auf die Ersatzzwangshaft bei Uneinbringlichkeit hin.

Der Bescheid wurde dem Vollzugsgegner am 05.07.2011 zugestellt. Am 07.10.2011 gab dieser die eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO ab. Am 19.03.2012 stellte das Amt für Finanzen (20.2) der Vollzugsbehörde fest, dass ein Pfändungsversuch durch die Stadtkasse H. fruchtlos verlaufen sei. Am 25.06.2012 hat die Vollzugsbehörde beantragt, die Ersatzzwangshaft gegen den Vollzugsgegner anzuordnen.

Daraufhin hat das VG gegen ihn eine Ersatzzwangshaft von drei Tagen angeordnet und Haftbefehl erlassen. Zu Recht?

Die Anordnung der Ersatzzwangshaft und der Erlass des Haftbefehls sind zu Recht erfolgt, wenn die rechtlichen Voraussetzungen nach dem Verwaltungsvollstreckungsrecht (hier des Landes NRW) vorliegen.

I. Rechtsgrundlage

Nach § 61 I 1 NWVwVG kann das VG auf Antrag der Vollzugsbehörde die Ersatzzwangshaft anordnen, wenn das **Zwangsgeld uneinbringlich** ist und wenn bei Androhung des Zwangsgeldes oder nachträglich **hierauf hingewiesen** worden ist.

II. formelle Voraussetzungen

Die formellen Voraussetzungen sind erfüllt. Die Vollzugsbehörde hat einen Antrag auf Ersatzzwangshaft beim VG gestellt. Sie ist gem. § 56 I NWWVG die **zuständige Vollzugsbehörde**, weil sie die durchzusetzende Betriebsuntersagungsverfügung vom 15.03.2010 erlassen hat.

III. materielle Voraussetzungen

1. Vorliegen einer wirksamen Grundverfügung

Die zu vollstreckende Grundverfügung ist hier die Betriebsuntersagungsverfügung vom 15.03.2010.

Allerdings muss die Grundverfügung auch wirksam sein. Hier könnte der Wirksamkeit eine Nichtigkeit wegen tatsächlicher Unmöglichkeit nach § 44 I Nr. 4 NWWVfG vorliegen, da der Vollzugsgegner keinen Zugriff mehr auf die Kennzeichen hat.

*„Selbst wenn der Vollzugsgegner inzwischen keinen Zugriff mehr auf die Kennzeichenschilder und die Zulassungspapiere hat, wird von ihm nichts mit dem Verlangen der Außerbetriebsetzung **Unmögliches** verlangt. Denn er kann seinen Pflichten auch durch **Abgabe einer eidesstattlichen Verlusterklärung** genügen; darauf hat ihn das Gericht mit der Eingangsverfügung auch nochmals hingewiesen.“* (VG Düsseldorf aaO)

Die Grundverfügung ist daher nicht nach § 44 NWWVfG nichtig.

2. Vollstreckbarkeit der Grundverfügung

Die Grundverfügung ist vollstreckbar, wenn sie bestandskräftig geworden ist oder Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben. Die Betriebsuntersagungsverfügung vom 15.03.2010 (Grundverfügung) ist nach dem **Ablauf der einmonatigen Klagefrist** (§ 74 I 2 VwGO) **bestandskräftig** geworden und damit i.S.d. § 55 I NWWVG vollziehbar.

3. Ordnungsgemäße Androhung nach § 63 NWWVG

Da es sich nicht um eine Vollstreckung im Wege des Sofortvollzuges nach § 55 II NWWVG handelt, muss das Zwangsgeld zuvor ordnungsgemäß angedroht worden sein.

a) Schriftform (§ 63 NWWVG)

Die Androhung des Zwangsgeldes bedarf der Schriftform. Diese wurde hier gewahrt.

b) schriftliche Begründung (§ 39 I NWWVfG)

Zudem ist eine schriftliche Begründung der Androhung des Zwangsmittels erforderlich. Eine solche ist erfolgt

c) Anhörung

Da die Androhung ein belastender Verwaltungsakt ist, könnte nach § 28 I NWWVfG eine vorherige Anhörung erforderlich sein. Da es sich bei der Androhung jedoch um eine Maßnahme im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung handelt, ist eine **Anhörung nach § 28 II Nr. 5 NWWVfG nicht erforderlich**.

d) Verbindung mit der Grundverfügung bei sofortiger Vollziehbarkeit (§ 63 II 2 NWWVG)

Ist die Grundverfügung sofort vollziehbar, also bei Erlass der Androhung noch nicht bestandskräftig, so soll die Androhung mit der Grundverfügung verbunden werden.

Die Grundverfügung vom 15.03.2010 über die Entstempelung der Kennzeichen und die Vorlage der Zulassungsdokumente ist bereits am 17.04.2010 bestandskräftig geworden, so dass bei Androhung des Zwangsgeldes am 20.04.2011 die Voraussetzungen der Soll-Vorschrift nicht mehr vorlagen, also eine Verbindung entbehrlich war.

Selbst wenn man aber in der Aufforderung vom 20.04.2011 eine erneute Verfügung sehen wollte, ohne auf die am 17.04.2010 zustellte Grundverfügung abzustellen, lägen die Voraussetzungen vor, da die Androhung zugleich im Bescheid vom 20.04.2011 erfolgt ist.

e) **Fristsetzung für Erfüllung der Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht**

Die Androhung muss auch erkennen lassen, binnen welcher Frist die Behörde die Erfüllung der in der Grundverfügung auferlegten Pflicht erwartet. Hier wurde eine Frist von 3 Tagen gesetzt.

f) **Angemessenheit der Frist**

Diese Frist müsste auch angemessen sein. Hier wird der Vollstreckungsgegner aufgefordert, die Kennzeichenschilder bzw. eine schriftliche Erklärung über deren Verbleib, den Entsorgungs- bzw. Verschrottungsnachweis und die Zulassungsbescheinigung Teil II spätestens drei Tage nach Zustellung der Verfügung vorzulegen. Da er schon zuvor behauptet hatte, dass das Fahrzeug verschrottet worden sei, er also nichts weiter veranlassen muss, sondern nur zur Vorlage verpflichtet wird, bestehen keine Bedenken gegen eine **Nachweispflicht von 3 Tagen**.

g) **Androhung eines bestimmten Zwangsmittels (§ 63 III NWVwVG)**

Es muss auch ein bestimmtes Zwangsmittel angedroht werden. Hier wird ein **Zwangsgeld** nach §§ 57 I Nr. 2, 60 NWVwVG und damit ein bestimmtes Zwangsmittel festgelegt.

h) **Androhung in bestimmter Höhe**

Sofern – wie hier – ein Zwangsgeld angedroht wird, muss dieses nach § 63 V NWVwVG in bestimmter Höhe angedroht werden. Die Bestimmtheit könnte hier zweifelhaft sein, weil sich die **Androhung auf verschiedene Einzelpflichten** erstreckt, ohne dass die Vollzugsbehörde danach unterschieden hat, in welcher Höhe das Zwangsgeld für welche Einzelpflicht angedroht sein soll.

„Obwohl sich die Androhung auf verschiedene Einzelpflichten erstreckt, ohne dass die Vollzugsbehörde danach unterschieden hat, in welcher Höhe das Zwangsgeld für welche Einzelpflicht angedroht sein soll, steht das der Vollziehbarkeit nicht im Wege, was etwa bei Unbestimmtheit der Fall wäre (vgl. zum Einfluss von derartigen Mängeln unanfechtbarer Verfügungen auf das weitere Verwaltungszwangsverfahren: VGH Mannheim, NVwZ-RR 1996, 612; VG Aachen, Urt. v. 9. 5. 2006 – 6 K 506/06, in: BeckRS 2006, 23578).

Zwar sieht § 63 V NWVwVG vor, dass das Zwangsgeld in bestimmter Höhe anzudrohen ist. Diesem Erfordernis ist jedoch auch genügt, wenn für den Adressaten erkennbar ist, dass die Behörde es in voller Höhe festsetzen kann, falls er nicht alle Einzelpflichten erfüllt, sondern ihren Anordnungen nur teilweise nachkommt. Denn der Zweck dieser Vorschrift besteht vor allem darin, dem Adressaten klar zu erkennen zu geben, was ihm droht. Die Behörde darf die Androhung insbesondere dann einheitlich abfassen, wenn der Zweck des Vollzugs erst nach Erfüllung aller Verpflichtungen erreicht wird (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2004, 316 = OVG 49, 206; VGH Kassel, NVwZ-RR 1991, 592; OVG Greifswald, NVwZ 1997, 1027; Weber, DVBl 2012, 1130 – zu Tücken des Verwaltungsvollstreckungsrechts; und zuvor bereits: Henneke, Jura 1989, 7 [64 ff., 68 f.] – zum Verwaltungszwang mittels Zwangsgeld).

Dem Vollzugsgegner musste nach dem Gesamtverlauf des bisherigen Verwaltungs- und Verwaltungsvollstreckungsverfahrens bis zu diesem Zeitpunkt klar sein, dass die Vollzugsbehörde sich mit einer Teilerfüllung ihrer Verfügung nicht zufrieden geben würde. Das konnte er bereits daraus erkennen, dass die Vollzugsbehörde das Verfahren weiter betrieb, nachdem der Vollzugsgegner die Zulassungsbescheinigung Teil I ausgehändigt hatte. Unter diesem Gesichtswinkel schadete auch der erstmals aufgenommene Zusatz in der Androhung nicht, der Vollzugsgegner solle den Entsorgungs-/Verschrottungsnachweis vorlegen. Um den Verlust der Kennzeichenschilder glaubhaft zu machen, durfte es die Vollzugsbehörde in diesem Fall für erforderlich halten, neben der bloßen eidesstattlichen Erklärung auch Einblick in den Entsorgungsnachweis zu nehmen. Eigentlich musste der Vollzugsgegner die Kennzeichenschilder zur Entstempelung vorlegen. Die Vollzugsbehörde hat ihm in der Androhung lediglich den weiteren Weg zur Pflichterfüllung durch Abgabe der eidesstattlichen Versicherung aufgezeigt, die hier durch den Entsorgungsnachweis ergänzt werden sollte.“ (VG Düsseldorf aaO)

i) Reihenfolge der Zwangsmittel

Werden mehrere Zwangsmittel angedroht, so ist nach § 63 III 2 NWVwVG anzugeben, in welcher Reihenfolge sie angewendet werden sollen. Hier wurde zunächst unmittelbarer Zwang und später Zwangsgeld angedroht.

*„Die Androhung zunächst von unmittelbarem Zwang und später von Zwangsgeld verstößt nicht gegen das von § 63 III 2 NWVwVG aufgestellte Gebot, bei mehreren angedrohten Zwangsmitteln die Reihenfolge anzugeben, in der sie angewendet werden sollen. Denn mit der Zwangsgeldandrohung ist die Vollzugsbehörde für den Vollzugsgegner erkennbar von der nur teilweise erfolgreichen Anwendung unmittelbaren Zwangs auf **das Zwangsmittel des Zwangsgeldes übergewandert**. Sie hat ihm mit hinreichender Deutlichkeit zu erkennen gegeben, dass sie den unmittelbaren Zwang für ausgeschöpft und damit für beendet aufgefasst hat.“ (VG Düsseldorf aaO)*

j) Zustellung (§ 63 VI NWVwVG)

Die Androhung ist zuzustellen, was am 23.04.2011 erfolgt ist

k) Zwischenergebnis

Die Androhung des Zwangsgeldes ist ordnungsgemäß erfolgt.

4. Ordnungsgemäße Festsetzung des Zwangsgeldes

Das Zwangsgeld muss auch nach § 64 NWVwVG ordnungsgemäß festgesetzt worden sein.

„Da der Vollzugsgegner den in der Zwangsgeldandrohung näher bezeichneten Pflichten nicht nachkam, setzte die Vollzugsbehörde das angedrohte Zwangsgeld am 01.07.2011 nach § 64 S. 1 VwVG fest und drohte ein weiteres Zwangsgeld an. Diese Bescheide wurden bestandskräftig; Anhaltspunkte für ihre Nichtigkeit fehlen.“ (VG Düsseldorf aaO)

5. Voraussetzungen für die Ersatzzwangshaft

Ist das Zwangsgeld uneinbringlich, so kann das Verwaltungsgericht auf Antrag der Vollzugsbehörde nach § 61 I NWVwVG die Ersatzzwangshaft anordnen, wenn bei Androhung des Zwangsgeldes oder nachträglich hierauf hingewiesen worden ist.

a) Hinweis auf Möglichkeit der Ersatzzwangshaft

„Die Vollzugsbehörde verband beide Androhungen mit dem nach § 61 I 1 NWVwVG erforderlichen Hinweis, dass das VG auf ihren Antrag die Ersatzzwangshaft anordnen könne.“ (VG Düsseldorf aaO)

b) Uneinbringlichkeit des Zwangsgeldes

Das Zwangsgeld müsste uneinbringlich gewesen sein.

*„Uneinbringlich ist das Zwangsgeld, wenn **mindestens einmal fruchtlos versucht** worden ist, das festgesetzte Zwangsgeld **beizutreiben**. Ebenfalls ausreichend ist, wenn das **finanzielle Unvermögen des Pflichtigen offenkundig** ist und die Erfolglosigkeit eines Beitreibungsversuchs von vornherein feststeht. Eine bestimmte Form zur Feststellung der Uneinbringlichkeit schreibt das Gesetz nicht vor (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2009, 516 = NWVBl 2009, 268 m. w. Nachw.; Göbel, VR 1993, 425 f. – zur Ersatzzwangshaft nach dem NWVwVG; Weber, VR 2004, 363 – zur Zwangshaft im Verwaltungsvollstreckungsverfahren; Sadler, VwVG/VwZG, 8. Aufl. [2011], § 16 VwVG, Rn. 19).*

*Diese Voraussetzungen liegen vor. Der Vollzugsgegner hat die **eidesstattliche Versicherung nach § 807 ZPO am 07.10.2011 abgegeben**. Ein im Jahr 2012 durchgeführter Pfändungsversuch blieb erfolglos. Der Vollzugsgegner hat auch im vorliegenden gerichtlichen Verfahren trotz Aufforderung nicht mitgeteilt, dass sich seine wirtschaftliche Situation verbessert hat.“ (VG Düsseldorf aaO)*

Das Zwangsgeld hat sich daher als uneinbringlich erwiesen.

6. Ermessensentscheidung

Die Verhängung der Ersatzzwangshaft steht nach § 61 I 1 NWVwVG im Ermessen des Gerichts. Fraglich ist, ob das Gericht sein Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat.

a) Ersatzzwangshaft als ultima ratio

Die Ersatzzwangshaft stellt das **legitime letzte Mittel** dar, einen Pflichtigen zur Erfüllung der ihm auferlegten Pflichten anzuhalten.

*„Es dient nicht dazu, die Zahlung des Zwangsgelds durchzusetzen. Die Ersatzzwangshaft hat ausschließlich die **Funktion eines Beugemittels**. Mit ihr soll **auf den Willen des Pflichtigen** derart ein-*

*gewirkt werden, dass er die zu vollziehende Verpflichtung erfüllt. Als ultima ratio darf die Ersatzzwangshaft allerdings nur angeordnet werden, wenn sich **andere, mildere** und deshalb vorrangig auszunutzende **Mittel** zur Durchsetzung der Verpflichtung als **ungeeignet** oder unzweckmäßig erweisen (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 02.04.2009 – 20 E 210/09, in: BeckRS 2010, 49598; Beschl. v. 12.03.2004 – 10 E 168/04; NJW 1976, 1284).“ (VG Düsseldorf aaO)*

b) Erforderlichkeit

Die Ersatzzwangshaft muss als Beugemittel auch erforderlich sein, es darf also kein milderes Mittel gleicher Eignung geben.

*„Mildere, aber gleichermaßen geeignete Mittel, die Stilllegung durchzusetzen, sind **nicht ersichtlich**. Unmittelbarer Zwang wurde bereits ausgeübt, hat aber nur zur teilweisen Erledigung der Grundverfügung geführt. Da unbekannt ist, wo sich die verlangten Gegenstände befinden, ist die Fortsetzung von unmittelbarem Zwang zur Zielerreichung nicht geeignet. Eine (zwangsweise) Hausdurchsuchung scheidet ebenfalls aus. Es ist unbekannt, ob sich die Kennzeichenschilder bzw. der Verwertungsnachweis oder die Zulassungsbescheinigung Teil II in der – ebenfalls grundrechtlich besonders durch Art. 13 GG geschützten – Wohnung des Vollzugsgegners befinden und, falls ja, dort mit vertretbarem Aufwand aufzufinden wären. Eine Ersatzvornahme kommt nicht infrage, weil weder die Vollzugsbehörde selbst noch ein Dritter die Verfügung an Stelle des Vollzugsgegners befolgen kann.*

*Der Vollzugsgegner hat keine persönlichen Umstände vorgetragen, die die Haft als **unzumutbar** erscheinen lassen. Solche sind auch sonst **nicht ersichtlich**.“ (VG Düsseldorf aaO)*

c) Angemessenheit

Die Ersatzzwangshaft muss auch in einem angemessenen Verhältnis zu dem zu erreichenden Zweck stehen.

*„Das Gericht hält die Haft auch mit Blick auf das zu erreichende Ziel für angemessen, also **verhältnismäßig im engeren Sinne**. Zunächst einmal schreibt das Gesetz vor, wie die Stilllegung eines zugelassenen Kraftfahrzeugs zu erfolgen hat; das ist für sich gesehen bereits ein gewichtiger Grund, die Verpflichtung auch gegen Widerstrebende durchzusetzen. Weiterhin muss die Vollzugsbehörde **aus Gründen der Gefahrenabwehr** Gewissheit über den Verbleib von gesiegelten Kennzeichenschildern und Zulassungspapieren haben, da solche nicht selten **missbräuchlich** verwendet werden.*

*Die Anordnung der Haft ist auch deswegen **nicht unangemessen**, weil der Vollzugsgegner sie jederzeit abwenden kann, indem er die erforderliche eidesstattliche Versicherung über den Verlust der Gegenstände (zu denen auch der Entsorgungsnachweis gehört) abgibt. Das Gericht hat in seine Ermessensentscheidung einbezogen, dass die **Bedeutung der Ersatzzwangshaft im Wesentlichen in ihrer Existenz** liegt und der Haftbefehl fast nie tatsächlich vollstreckt wird. Allein ihre Anordnung bewirkt nämlich in den meisten Fällen, bislang unbelehrbare **Pflichtige** zur Pflichterfüllung anzuhalten (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 20.04.2012 – 13 E 64/12, in: BeckRS 2012, 50006= ZfWG 2012, 208 m. w.N.).“ (VG Düsseldorf aaO)*

d) Dauer der Haft

Auch die Dauer der angeordneten Haft muss einer Ermessenprüfung standhalten.

*„Die Kammer hält eine Haftdauer von zunächst **drei Tagen für ausreichend**, aber angesichts des bislang vom Vollzugsgegner gezeigten Desinteresses an der Pflichterfüllung auch für erforderlich. Sie bleibt damit **bewusst im unteren Bereich der möglichen Haftdauer**, die von einem Tag bis zu zwei Wochen reicht (§ 61 I 2 NWVwVG). Der Vollzugsgegner wird jedoch bereits jetzt darauf hingewiesen, dass die **Haft länger und wiederholt angeordnet** werden kann, wenn er seinen Pflichten weiterhin nicht nachkommt.“ (VG Düsseldorf aaO)*

7. Ergebnis

„Die vom Gericht nach alledem zu treffende Ermessensentscheidung fällt für die Anordnung der Ersatzzwangshaft aus. Die Ersatzzwangshaft erweist sich als erforderlich, obwohl sie tief in die persönliche Freiheit des Vollzugsgegners eingreift (vgl. Art. 2 II 2, 104 GG). Das gilt auch mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der das gesamte Verwaltungszwangsverfahren beherrscht (vgl. § 58 NWVwVG).“ (VG Düsseldorf aaO)

Kurzauslese II

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

ZPO
§§ 129 I, 130

Klageerwiderung Angabe eines falschen Aktenzeichens (BVerfG in NJW 2013, 925; Beschluss vom 12.12.2012 – 2 BvR 1294/10)

ZPO

Für den **Eingang eines fristwahrenen Schriftsatzes bei Gericht** und für die Möglichkeit der Kenntnisnahme ist allein entscheidend, dass der Schriftsatz **vor Ablauf der Frist an das Gericht gelangt** ist. Es ist daher **unerheblich, dass der Schriftsatz wegen** eines vom Verfahrensbeteiligten zu verantwortenden **falschen Aktenzeichens nicht innerhalb der Frist in die richtige Akte eingeordnet** wurde.

„Da der Rechtsuchende keinen Einfluss darauf hat, welche Richter im Einzelnen durch die Geschäftsverteilung zur Bearbeitung der Sache bestimmt worden sind, braucht er keine Sorge dafür zu treffen, dass seine Eingabe innerhalb des angerufenen Gerichts unverzüglich in die richtige Akte gelangt. Demgemäß schreibt das Gesetz in den §§ 129 I, 130 ZPO die Angabe eines bereits zugeordneten und mitgeteilten Aktenzeichens nicht vor. Die **Angabe eines Aktenzeichens soll die Weiterleitung innerhalb des Gerichts erleichtern** und für eine rasche Bearbeitung sorgen. Es handelt sich um eine **Ordnungsmaßnahme, die für die Sachentscheidung ohne Bedeutung** ist (st. Rspr. des BGH, vgl. BGH NJW 2003, 3418; BGH VersR 1982, 673; BGH NJW 1974, 48).“ (BVerfG aaO)

ZPO
§ 148

Aussetzung eines Rechtsstreits Vorgreiflichkeit einer Verfassungsbeschwerde (OLG Saarbrücken in NJW 2013, 1013; Beschluss vom 10.12.2012 – 5 W 422/12)

ZPO

Eine **Aussetzung nach § 148 ZPO** ist auch dann zulässig, wenn gegen eine vorläufige Entscheidung in einem anderen Rechtsstreit eine **Verfassungsbeschwerde erhoben** ist.

„Nach § 148 ZPO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den **Gegenstand eines anderen Rechtsstreits** bildet, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits auszusetzen ist. Die Aussetzung der Verhandlung setzt damit die **Vorgreiflichkeit der in dem anderen Rechtsstreit zu treffenden Entscheidung** im Sinne einer (zumindest teilweise) **präjudiziellen Bedeutung** voraus, also dass die Entscheidung in dem einen Rechtsstreit die Entscheidung des anderen rechtlich beeinflussen kann (BGH NJW-RR 2012, 575 = NZG 2012, 598).

Vom Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens, hängt es ab, ob der Kl. ein Zugewinnausgleichsanspruch gegen den Bekl. zusteht oder nicht. Zwar ist die eingelegte **Verfassungsbeschwerde kein ordentliches Rechtsmittel**, welches den Eintritt der Rechtskraft hindert (BVerfG NJW 1996, 1736). Trotzdem ist der Rechtsstreit um den Zugewinnausgleichsanspruch noch nicht i. S. des § 148 ZPO „erledigt“, denn je nach dem Ausgang der Verfassungsbeschwerde kann sich die Entscheidung im Zugewinnausgleichsverfahren ändern (§ 95 II BVerfGG). Dies rechtfertigt die Aussetzung nach § 148 ZPO (s. auch LG Düsseldorf NJOZ 2009, 930).

Ansonsten bestünde die **Gefahr sich widersprechender Entscheidungen**, die nicht in jedem Fall korrigiert werden könnten. Das soll durch § 148 ZPO verhindert werden (KG OLG R 2009, 957; MüKo-ZPO/Wagner, 4. Aufl., § 148 Rn 1). Außerdem dient § 148 ZPO dazu, Mühen und Kosten einer wiederholten Prüfung der Tatsachen- und Rechtslage zu beseitigen oder zu verringern (MüKo-ZPO/Wagner, § 148 Rn 1). Dem durfte das LG mit einer Aussetzung Rechnung tragen. Ohne Aussetzung wäre der Bekl. in vorliegendem Verfahren gezwungen, im Falle der Verurteilung Rechtsmittel einzulegen, selbst wenn er seine Verpflichtung nicht in Frage stellt, um nicht später zwei Vollstreckungstiteln ausgesetzt zu sein. Damit würden unnötige Arbeit und Kosten heraufbeschworen. Die Erklärung der Kl., sie würde sich nicht auf widersprechende Entscheidungen berufen, sichert den Bekl. nicht in ausreichendem Maße.“ (OLG Saarbrücken aaO)

FamFG
§§ 57 I, 52 II 3

Aufhebung einer einstweiligen Anordnung Statthaftigkeit der Beschwerde (OLG Hamburg in FamRZ 2013, 482; Beschluss vom 23.05.2012 – 12 UF 105/12)

FamFG

Gegen die **Aufhebung einer einstweiligen Anordnung wegen Nichteinleitung des Hauptsacheverfahrens** ist eine **Beschwerde nicht statthaft**.

„Nach § 57 I 1 FamFG sind Entscheidungen im Verfahren der einstweiligen Anordnung in Familiensachen nicht anfechtbar. Dass es sich bei dem mit der Beschwerde angegriffenen Beschluss um eine Entscheidung im Verfahren der einstweiligen Anordnung in Familiensachen handelt, steht außer Zweifel. Eine der in § 57 S. 2 FamFG aufgeführten Ausnahmen von der Unanfechtbarkeit liegt nicht vor. Demgemäß geht auch die **Gesetzesbegründung** davon aus, dass der Beschluss nach § 52 II 3 FamFG unanfechtbar ist.

Soweit demgegenüber geltend gemacht wird, das Aufhebungsverfahren sei an § 926 ZPO orientiert, dort werde die Anfechtbarkeit der Aufhebungsentscheidung gem. § 926 II ZPO bejaht, und deshalb könne auch die Aufhebungsentscheidung nach § 52 II FamFG gem. §§ 58 ff FamFG innerhalb der Zweiwochenfrist des § 63 II Nr. 1 FamFG angefochten werden (so Musielak/Borth, ZPO, § 52 Rn 11), vermag diese Überlegung zumindest dann nicht zu überzeugen, wenn es sich um ein Anordnungsverfahren handelt, welches den Unterhalt betrifft. Nach der gesetzlichen Regelung unterliegt die gerichtliche Entscheidung über einen im Anordnungsverfahren gestellten Antrag auf Zahlung eines Verfahrenskostenvorschusses keinem Rechtsmittel, unabhängig davon, ob dem Antrag stattgegeben wurde oder ob er abgelehnt wurde und auch unabhängig davon, ob darüber mündlich verhandelt wurde oder nicht. Es wäre

sinnwidrig, wenn angesichts dieser **klaren Entscheidung des Gesetzgebers** allein die in einer solchen Anordnungssache ergangene Aufhebungsentscheidung gem. § 52 II 3 FamFG der Anfechtung unterliegen würde (vgl. Prütting/Helms-Stößler, 2. Auflage 2011, § 52 Rn 5; Zöller/Feskorn, ZPO, 29. Auflage, § 52 FamFG Rn 7 m. w. Nachw.; nach Keidel/Giers, FamFG, 17. Auflage, § 52 Rn 10 ist „mit der Einschränkung aus § 57 eine Anfechtungsmöglichkeit geboten“).“ (OLG Hamburg aaO)

GVG § 76 **Strafkammerbesetzung** **GVG**
Unzulässigkeit der Änderung nach Beginn der Hauptverhandlung
(BGH in NSTZ 2013, 181; Beschluss vom 14.11.2012 – 3 StR 335/12)

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

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

GVG § 78b **Strafkammerbesetzung** **GVG**
Überbesetzung
(OLG Celle in NSTZ 2013, 184; Beschluss vom 26.09.2012 – 1 Ws 319/12)

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

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

StPO §§ 24, 31 **Befangenheitsantrag** **StPO**
Ablehnung eines Schöffen wegen Verteilung von Süßigkeiten an Staatsanwalt
(LG Koblenz in NJW 2013, 801; Beschluss vom 19.12.2012 – 2090 Js 29.752/10 – 12 KLs)

Das **Überlassen von Schokoladennikoläusen** durch einen Schöffen an die Vertreter der Staatsanwaltschaft **rechtfertigt die Annahme der Besorgnis der Befangenheit** des Schöffen.

„**Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters** und damit die **Besorgnis der Befangenheit** ist nur **gerechtfertigt**, wenn der **Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat**, dass der **abgelehnte Richter ihm gegenüber eine innere Haltung einnimmt, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann** (st. Rspr., vgl. Meyer/Goßner, StPO, 55. Aufl., 2012, § 24 Rn 8 m. w. Nachw.). Diese Grundsätze gelten in gleicher Weise für die Schöffen (Meyer-Goßner, § 31 Rn 1 u. 2).

Dabei ist **entscheidend auf den nach außen deutlich gewordenen Eindruck von der inneren Haltung** des Richters abzustellen (BGHSt 37, 298 = NJW 1991, 1692 = NSTZ 1991, 346), ohne dass dieser Eindruck tatsächlich der inneren Haltung des Richters entsprechen müsste (BGH NSTZ-RR 2012, 211). Hierbei kommt es auch, aber nicht nur auf die Sicht des Ablehnenden an. Denn es genügt nicht allein das **Misstrauen als rein subjektives Empfinden**; dieses muss vielmehr **gerechtfertigt, also in objektivierbaren Umständen begründet sein** (individuell-objektiver Maßstab, vgl. BVerfGE NJW 1971, 2122; BGHSt 43, 16 = NSTZ 1997, 559).

An diesen Grundsätzen gemessen stellt das Verhalten des **abgelehnten Schöffen vor Beginn des 26. Verhandlungstags bei einer Gesamtschau einen Grund dar, der aus Sicht der ablehnenden Angekl. bei verständiger Würdigung geeignet ist, Misstrauen gegen dessen Unparteilichkeit zu rechtfertigen** (§ 24 II StPO).“ (LG Koblenz aaO)

StPO §§ 140 II, 147 VII **Pflichtverteidigerbestellung** **StPO**
Notwendigkeit der Akteneinsicht
(KG in NSTZ-RR 2013, 116; Beschluss vom 27.11.2012 – 15 Ta 2066/12)

Die **Bestellung eines Pflichtverteidigers** ist nicht allein deshalb erforderlich, weil grds. (nur) dem **Verteidiger umfassende Akteneinsicht gewährt wird**; auch ein unverteidigter Angekl. hat nach § 147 VII StPO einen eigenen Anspruch auf die Erteilung von **Auskünften und Abschriften aus den Akten**.

„Zwar kann die Bestellung eines Pflichtverteidigers erforderlich sein, wenn ohne vollständige Kenntnis der Akten eine sachgerechte Verteidigung nicht möglich ist. Aus diesem Grundsatz könnte der Angekl. aber selbst dann kein für ihn günstiges Ergebnis herleiten, wenn Rechtsanwalt X, der umfassend Akteneinsicht genommen und dabei ausweislich der Beschwerdebegründung auch die Videoaufnahmen eingesehen hat, das bestehende Mandatsverhältnis beenden würde und seinem Mandanten den Inhalt der Videoaufnahmen nicht zugänglich gemacht hätte. Einem Angekl. sind Bestandteile der Akten zugänglich zu machen, wenn er sich **ohne deren Kenntnis nicht angemessen verteidigen** kann und von der Bestellung eines Verteidigers abgesehen worden ist (vgl. EGMR NStZ 1998, 429; KK-Laufhütte 6. Aufl., § 147 Rn 10). Für den (erneut) unverteidigten Angekl., der durch seinen ehemaligen Verteidiger nicht umfassend informiert worden ist, kann nichts anderes gelten. Auch er hat nach § 147 VII StPO einen **eigenen Anspruch auf die Erteilung von Auskünften und Abschriften**, zu denen auch Vervielfältigungen von Videoaufnahmen gehören. Auf seinen Antrag müsste ihm auf seine Kosten eine Kopie des Datenträgers (vgl. OLG Stuttgart NJW 2003, 767; OLG Koblenz NStZ-RR 2000, 311; KK-Laufhütte aaO) zur Verfügung gestellt werden, da er sich andernfalls nicht angemessen verteidigen könnte.

Soweit in der **älteren instanzgerichtlichen Rspr.** Angekl. u. a. mit der Begründung, dass Videoaufnahmen Bestandteil der Hauptverhandlung sein werden, vereinzelt Pflichtverteidiger bestellt worden sind (vgl. z.B. LG Kiel StraFo 2007, 28; LG Stuttgart StV 1992, 103; LG Amberg StV 1986, 522), beruhten diese Entscheidungen auf der vormaligen Fassung des § 147 StPO, der keine vergleichbar weitgehenden Auskunfts- und Einsichtsrechte des unverteidigten Angekl. vorsah. Der Gesetzgeber hat – auch als Reaktion auf die oben genannte Entscheidung des EGMR (vgl. BT-Dr 16/11644 vom 12.01.2009, S. 34) – einen Anspruch des nicht verteidigten Beschuldigten auf Auskünfte und Überlassung von Abschriften aus den Akten gem. § 147 VII 1 StPO erst durch Gesetz vom 31.07.2009 eingeführt (vgl. BGBl. I 2009 Nr. 48, 2274, 2277). Die den genannten Entscheidungen der Landgerichte zugrunde liegenden Sachlagen unterscheiden sich zudem schon dadurch von dem hier gegebenen Sachverhalt, dass die Beweisaufnahme aufgrund weiterer Komplikationen als schwierig einzuschätzen war.“ (KG aaO)

StPO **Verfahrensverständigung** StPO
§ 257c IV 1 **Bindungswirkung trotz abweichender rechtlicher Einstufung des Tatbeitrags**
(BGH in StV 2013, 193; Beschluss vom 25.10.2012 – 1 StR 421/12)

Auch eine **abweichende rechtliche Einstufung des Tatbeitrags durch das Gericht führt grds. nicht dazu, dass die Bindungswirkung der Verständigung entfällt.**

„Die **Bindung des Gerichts an eine Verständigung entfällt** gem. § 257c IV 1 StPO erst dann, **wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen** worden sind oder sich ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Dabei liegt die Prüfung und Entscheidung, ob eine mit dem materiellen Recht in Einklang stehende Ahndung auch bei veränderter Beurteilungsgrundlage noch im Rahmen der getroffenen Verständigung möglich ist, im Verantwortungsbereich des Gerichts (vgl. BGH NJW 2012, 3113). In § 257c IV 1 StPO ist ausdrücklich geregelt, dass ein Abweichen von der Verständigung und damit ein Entfallen der Bindung an diese u. a. voraussetzt, dass das Gericht **wegen der veränderten Beurteilungsgrundlage** zu der Überzeugung gelangt, der in Aussicht gestellte **Strafraum sei nicht mehr tat- oder schuldangemessen**. Dies war hier ersichtlich nicht der Fall (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

StPO **Rechtsbeschwerde** StPO
§ 300 **Zulässigkeit der Umdeutung in Berufung oder Revision**
(OLG Bamberg in NStZ 2013, 182; Beschluss vom 27.09.2012 – 2 Ss OWi 1189/12)

Wird die Anklage unter dem Gesichtspunkt einer Straftat unverändert zugelassen, behält das Verfahren seinen Charakter als Strafverfahren auch dann bei, wenn sich im Laufe des weiteren Verfahrens herausstellt, dass bei prozessualer Tatidentität „nur“ eine **Verurteilung wegen einer Ordnungswidrigkeit** in Betracht kommt. Eine gegen eine solche Verurteilung erhobene „**Rechtsbeschwerde**“ ist daher nach § 300 StPO i. d. R. **als Berufung umzudeuten**.

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

VwVfG **Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts** VwVfG
§ 48 **Berücksichtigung des Zeitablaufs**
(OVG Münster in NVwZ-RR 2013, 250; Urteil vom 08.11.2012 – 11 A 1548/11)

§ 48 VwVfG enthält keine absolute Ausschlussfrist für die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts. Der **Zeitablauf** zwischen Erlass des Verwaltungsakts und seiner Rücknahme (hier: 52 Jahre) ist aber **im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen**.

I. Der **Gesetzgeber** hat beim Erlass des insoweit wortgleichen Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes die **Frage einer absoluten Ausschlussfrist** erwogen, aber **nicht ins Gesetz aufgenommen** (BT-Dr 7/910, S. 71).

„Die auch vom Gesetzgeber in Bezug genommene **damalige Rspr. des BVerwG** ging davon aus, dass die Zeit, die seit Unanfechtbarkeit eines begünstigenden Verwaltungsakts bis zum Erlass des Änderungsbescheids verstrichen war, allein für sich gesehen keine eigenständige Bedeutung habe. Die verstrichene Zeit könne aber ein **Beurteilungsfaktor** neben anderen Umständen dafür sein, ob nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse des Einzelfalls eine Rücknahme noch als rechtmäßig anzusehen sei (vgl. etwa: BVerwG Buchholz 427.3 § 335a LAG Nr. 57).“ (OVG Münster aaO)

- II. Auch **nach Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes** hat das BVerwG die Auffassung vertreten, dass weder § 48 IV VwVfG noch den verwandten Vorschriften in der Abgabenordnung und des Sozialgesetzbuches ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen werden könne, der auf eine absolute zeitliche Grenze hinauslaufe, nach deren Erreichen ein rechtswidriger Bescheid nicht mehr zurückgenommen werden dürfe. Auch eine analoge Anwendung des § 48 IV VwVfG scheide aus (vgl. zusammenfassend: BVerwG NVwZ-RR 1994, 388).

Die Behörde sei jedoch bei der **Ermittlung der Rücknahmevoraussetzungen** dem **Grundsatz von Treu und Glauben** unterworfen, der sich insbesondere im Rechtsinstitut der Verwirkung manifestiere (vgl. BVerwG Buchholz 316 § 48 VwVfG Nr. 87).

Demgegenüber hat das BSG für die **Parallelvorschrift des § 45 SGB X** entschieden, dass ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt mit Dauerwirkung 30 Jahre nach seinem Erlass nicht mehr für die Vergangenheit zurückgenommen werden könne, auch wenn er durch arglistige Täuschung erwirkt worden sei (vgl. BSGE 72, 139 = NVwZ-RR 1994, 628).

- III. In der **Kommentarlit.** wird die Auffassung vertreten, unabhängig vom Gesichtspunkt der Verwirkung sei die Rücknahme mit Blick auf den Verfassungsgrundsatz der Rechtssicherheit nicht unbefristet vorstellbar (vgl. Knack/Henneke, VwGO, 9. Aufl., § 48 Rn 44). Weiter findet sich der Hinweis, die verstrichene Zeit erlange als Beurteilungsfaktor u. a. vor allem bei längeren Zeiträumen im Hinblick zumal auf Verschlechterungen der Beweissituation besonderes Gewicht (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensg, 7. Aufl., § 48 Rn 203).

- IV. **OVG Münster** geht in Übereinstimmung mit der Rspr. des BVerwG davon aus, dass § 48 VwVfG nach seinem **eindeutigen Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers keine absolute Ausschlussfrist enthält**.

„Das BSG leitet die Annahme einer absoluten Ausschlussfrist von 30 Jahren letztlich unter Einbeziehung weiterer übergreifender Gesichtspunkte aus dem in § 45 SGB X geschaffenen Fristensystem her, das § 48 VwVfG in dieser Form nicht enthält. Diese Rspr. ist daher auf § 48 VwVfG nicht übertragbar.“ (OVG Münster aaO)

- V. Der **Zeitablauf** ist jedoch **im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen**.

„Ermessensausübung i. S. des § 40 NRWVwVfG besteht in einer **Abwägung der nach den Zwecken der Ermächtigung maßgebenden Gesichtspunkte gegen- und untereinander**. Dabei ist zum einen der maßgebliche Sachverhalt zu ermitteln. Zum zweiten sind alle für die Entscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte gegen- und untereinander abzuwägen mit dem Ziel, allen beteiligten Gesichtspunkten soweit wie möglich Rechnung zu tragen (vgl. etwa: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensg, 13. Aufl., § 40 Rn 52, 62).“ (OVG Münster aaO)

VwGO
§ 47 II 1

Antragsfrist für Normenkontrollantrag Ausschlussfrist

VwGO

(OVG Berlin-Brandenburg in NVwZ-RR 2013, 294; Beschluss vom 22.11.2012 – OVG 2 A 8/10)

Die **Antragsfrist** nach § 47 II 1 VwGO ist als **Ausschlussfrist** anzusehen, bei der eine **Wiedereinsetzung nicht in Betracht kommt**.

„Dafür spricht der mit der Befristung von Normenkontrollanträgen verfolgte **Zweck**, eine **relative Rechtssicherheit zu schaffen**, d. h. die der Möglichkeit einer Normenkontrolle unterworfenen Norm alsbald vor einer allgemein verbindlichen Verwerfung (vgl. § 47 V 2 VwGO) zu schützen und ihr damit faktisch erhöhten **Bestandsschutz** zu verschaffen. Dies dient, wenngleich ebenfalls nur relativ, den Interessen derjenigen Normbetr., die sich auf den Bestand der Norm einrichten wollen.

Unter dem Gesichtspunkt der **Rechtsschutzgarantie** des Art. 19 IV GG erscheint der Ausschluss der Wiedereinsetzung als unbedenklich, da der danach gebotene Rechtsschutz auch im Wege des **Individualrechtsschutzes** gewährleistet werden kann. So können sich Betroffene bei Bebauungsplänen im Wege von Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen gegen den Plan umsetzende Maßnahmen zur Wehr setzen und in diesen Verfahren eine inzidente Prüfung der Wirksamkeit der Plans erreichen.

[Die Entscheidung] BVerwGE 109, 148 steht der Annahme einer Ausschlussfrist ebenfalls nicht entgegen. In diesem Verfahren ging es um die Frage, ob die durch das Gesetz zur Beschränkung von Rechtsmitteln in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 22.04.1993 (BGBl I, 466 [487]) für Normenkontrollanträge gem. § 47 I Nr. 1 VwGO eingeführte Drei-Monats-Frist auch auf vor Inkrafttreten dieses Gesetzes bekannt gemachte Bebauungspläne Anwendung findet. Im Hinblick darauf, dass diese Frage erst im Wege richterlicher Rechtslückenschließung geklärt werden konnte, hat das BVerwG die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung bejaht. Um eine solche Gesetzeskonstellation geht es hier aber nicht (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2005, 290; VGH München BeckRS 2010, 50202; OVG Magdeburg NVwZ-RR 2012, 187).“ (OVG Münster aaO)

BVerfGG
§ 43 ff., 64 I

Organklage

BVerfGG

Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei

(BVerfG in ZAP 2013, 347; Beschluss vom 20.02.2013 – 2 BvE 11/12)

Der Antrag, mit dem eine politische Partei die **Feststellung** erstrebt, Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung hätten sie **in ihren Rechten aus Art. 21 I GG verletzt**, indem sie **öffentlich behaupteten**, die **Partei sei verfassungswidrig**, ohne aber bisher das Verbotverfahren eingeleitet zu haben, ist als **Organklage** statthaft.

„Das **Rechtsschutzziel** der Ast., die Feststellung, dass die Ag. sie in ihren Rechten aus Art. 21 I GG durch bestimmte Äußerungen und Maßnahmen verletzen, **kann zwar grds. im Wege der Organklage verfolgt werden**. Soweit die Ast. sich gegen die von ihr aufgeführten Äußerungen und weiteren Maßnahmen öffentlicher Stellen richtet, fehlt indes ausreichender Vortrag zur Passivlegitimation. Die Ast. zeigt nicht auf, dass sie durch Maßnahmen oder Unterlassungen der Ag. **in ihrem Parteistatus verletzt oder unmittelbar gefährdet** ist (vgl. § 64 I BVerfGG). Sie benennt keine Bekundungen oder sonstigen Maßnahmen der Ag. Der Vortrag, dass die Ag. den Vorwurf ihrer Verfassungswidrigkeit erhoben hätten, sei gerichtsbekannt, genügt nicht zur **Substantiierung einer Rechtsverletzung** i. S. von § 64 I BVerfGG.“ (BVerfG aaO)

AO
§§ 356 I 1, 87a

Rechtsbehelfsbelehrung
Wirksamkeit bei fehlendem Hinweis auf Einspruchsmöglichkeit per Email
(BFH in DStR 2013, 256; Beschluss vom 12.12.2012 – I B 127/12)

AO

Eine **Rechtsbehelfsbelehrung**, die die Angaben des § 356 I AO enthält, ist nicht „unrichtig“ i.S. des § 356 II 1 AO, wenn sie **ergänzend den Wortlaut des § 357 I 1 AO (Schriftform) wiedergibt und nicht zugleich auf § 87a AO (elektronische Kommunikation) verweist**.

„Zwischen den Bet. ist nicht in Streit, dass die Rechtsbehelfsbelehrung die in § 356 I AO ausdrücklich angeführten Bestandteile (Belehrung „über den Einspruch“, über die Behörde als Adressaten und über die Frist) in der danach notwendigen Form (im konkreten Fall: schriftlich) enthält. Damit ist den gesetzlichen Anforderungen, die an den Inhalt der Belehrung „über den Einspruch“ zu stellen sind, genügt. Weiterer über den Wortlaut von § 356 I AO hinausgehender Belehrungen zur Zulässigkeit des Rechtsbehelfs bedarf es nicht, auch nicht über die Form des Rechtsbehelfs. Dem **Zweck der Rechtsbehelfsbelehrung**, zu verhindern, dass ein Bürger aus verfahrensrechtlicher Unkenntnis von der Einlegung eines Rechtsbehelfs absieht oder die hierfür vorgesehene Frist versäumt, ist durch die „Mindestangaben“ in § 356 I AO und durch die ergänzende Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unverschuldeten Verfahrensirrümern in ausreichender Weise Rechnung getragen.

Dass die der streitgegenständlichen Anordnung beigefügte Rechtsbehelfsbelehrung – dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung des § 357 I 1 AO entsprechend – einen Hinweis auf die (Schrift-)Form des Einspruchs enthält, steht dem nicht entgegen. Das FA hat dadurch nach dem maßgebenden objektiven Verständnishorizont **keinen unrichtigen bzw. missverständlichen Hinweis zu den Formerfordernissen** erteilt. Das FA war deshalb auch nicht gehalten, einen ergänzenden Hinweis auf § 87a AO (elektronische Form als Alternative zur Schriftlichkeit i. S. der hergebrachten Schriftform) zu geben, ebenso wie es (umgekehrt) nicht gehalten war, angesichts der (ergänzenden) Regelung des § 87a AO einen Hinweis ausschließlich auf § 357 I AO zu unterlassen.

Eine Belehrung entsprechend dem Gesetzwortlaut des § 357 I 1 AO ist aber nicht geeignet, bei einem „objektiven“ Empfänger die Fehlvorstellung hervorzurufen, die Einlegung eines Einspruchs in elektronischer Form werde den geltenden Formvorschriften nicht gerecht. Vielmehr lässt sich aus einer solchen, an den gesetzlichen Anforderungen als „Mindeststandard“ ausgerichteten Belehrung allenfalls schlussfolgern, dass eine **mündliche Einspruchseinlegung** (soweit nicht bei der Behörde zur Niederschrift erklärt) **ausgeschlossen** ist. Zur (Un-) Möglichkeit der elektronischen Form wird jedoch keine positive Aussage getroffen und kann daher auch keine negative Aussage abgeleitet werden. Der Hinweis auf die „Schriftlichkeit entsprechend § 357 I 1 AO wirkt deshalb **weder irreführend noch rechtsschutzbeeinträchtigt**. Er versetzt vielmehr den Betroffenen lediglich in die Lage und gibt ihm Anlass, sich im Rahmen seiner verfahrensrechtlichen Mietverantwortung darüber kundig zu machen, ob das herkömmliche Verständnis dessen, was unter „schriftlich“ auszufassen ist, angesichts technischer Weiterentwicklung zu modifizieren ist, sei es durch den „Einsatz“ z.B. sog. Computerfaxe, sei es durch die elektronische Kommunikation, wie diese zwischenzeitlich durch § 87a AO für das Einspruchsverfahren ermöglicht wird. Erforderlichenfalls ist er gehalten, einschlägigen Rechtsrat oder aber eine finanzbehördliche Auskunft einzuholen. Für eine bloß „mechanische“ Übernahme des Schriftformerfordernisses gibt die Belehrung indessen nichts her.“ (BFH aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Katzenmeier:** Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB (NJW 2013, 817)
2. **Röhrborn:** Die örtliche Versetzung des GmbH-Geschäftsführers und AG-Vorstands (BB 2013, 695)

Geschäftsführer und Vorstand können trotz Vereinbarung eines konkreten Dienstortes im Anstellungsvertrag aus **Treuegesichtspunkten** heraus dazu verpflichtet sein, ihre Tätigkeit an einem anderen Ort als dem vertraglich vereinbarten zu erbringen; ob aus der Treuepflicht eine unmittelbare Umzugspflicht des Geschäftsführers oder Vorstandes erwächst, ist durch eine **Interessenabwägung** und **Billigkeitsüberlegung** zu ermitteln; die operative Erforderlichkeit persönlicher Präsenz am neuen Dienstort, die Dauer der Restlaufzeit des Vertrags sowie Entfernung des neuen Dienstortes vom bisherigen sind bei der Frage einer Umzugspflicht an den neuen Dienstort in die Interessenabwägung einzubeziehen. - Bei **AG-Vorständen** kann wegen ihrer **Weisungsfreiheit** eine **außerordentliche Änderungskündigung** das Mittel der Wahl sein, um eine Änderung des Dienstortes herbeizuführen. - Weigern sich Geschäftsführer oder Vorstand, den Dienstort zu wechseln, obgleich die Treuepflicht dies verlangt, kann eine fristlose Kündigung durch die Gesellschaft gerechtfertigt sein; gleichwohl gebietet es die unternehmerische Sorgfalt, örtliche Versetzungsklauseln regelmäßig in den Anstellungsvertrag des Geschäftsführers und Vorstandes mit aufzunehmen; bei GmbH-Geschäftsführern müssen solche Versetzungsklauseln der AGB-Kontrolle standhalten, wenn es sich bei dem Anstellungsvertrag um einen Formularvertrag handelt.
3. **Kappenhagen:** Betriebsübergang durch Übernahme von Personal ein Blick in die Rspr. (BB 2013, 696)
4. **Staudinger/Krüger:** Die Entwicklung des Reiserechts im Jahr 2012 (NJW 2013, 913)
5. **Hambitzer:** Die Bedeutung der Abfindung im Unterhaltsrecht (FamFR 2013, 100)

Die höchstrichterliche Rspr. hat mehrfach in Grundsatzentscheidungen über die unterhaltsrechtliche Behandlung einer Abfindung entschieden; in den hierzu ergangenen jüngsten Entscheidungen (BGH NJW 2012, 1868 - hierzu Pauling FamFR 2012, 289; BGH NJW 2012, 1873 - bespr. v. Kloster-Harz FamFR 2012, 272) hat der BGH seine bisherige Rspr. zum Teil bestätigt, zum Teil aufgegeben. - Es lassen sich folgende Fallgruppen unterscheiden: Bei gleichbleibenden Einkünften aus Arbeitsleistung ist eine Abfindung unterhaltsrechtlich nicht einkommenssteigernd zu berücksichtigen, denn sie stellt dann einen Vermögenswert dar und kein Einkommen; bleibt das Einkommen gegenüber dem in der Ehe erzielten zurück, ist die Abfindung zur Aufstockung zu verwenden und zwar anteilig nach der voraussichtlichen zeitlichen Dauer der Einkommensminderung; bezieht der Unterhaltsschuldner Sozialleistungen, wird die Abfindung ebenfalls in gleicher Weise zur Aufstockung seines Einkommens verwendet.
6. **Ganter:** Die Rspr. des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2012 (NZI 2013, 209)

II. Strafrecht

1. **Stoffers/Möckel:** Beteiligtenrechte im strafprozessualen Adhäsionsverfahren (NJW 2013, 830)

In einem Strafprozess hat jede natürliche oder juristische Person, die durch die angeklagte Straftat verletzt bzw. geschädigt wurde, die Möglichkeit, ihre vermögensrechtlichen Ansprüche, die durch diese Tat entstanden sind, in einem sog. Adhäsionsverfahren geltend zu machen. - Das Adhäsionsverfahren ist in den **§§ 403 – 406c StPO** geregelt und bietet dem Adhäsionskläger gegenüber einem Zivilprozess mehrere Vorteile; so ist für diesen z. B. vorteilhaft, dass im Adhäsionsverfahren, da es ein Bestandteil des Strafverfahrens ist, der **Amtsermittlungsgrundsatz** gilt; seitens des Adhäsionsklägers muss daher nicht zwingend ein Beweisantritt erfolgen; zugunsten des Adhäsionsklägers **entfällt** auch die im Zivilprozess bestehende **Kostenvorschusspflicht** und außerdem ist er praktisch **Zeuge in eigener Sache**. - Der Adhäsionskläger hat ein **Recht auf Teilnahme an der Hauptverhandlung** und kann sich in dieser vertreten lassen; dabei steht ihm ein **Frage-, Beweisantrags-, Gerichtsanhörungs- und Ablehnungsrecht** des Richters wegen Befangenheit zu, soweit dieses zur Begründung seines vermögensrechtlichen Anspruchs von Bedeutung ist. - Der Adhäsionskläger hat außerdem ein **Anhörungsrecht**, das aber nicht das Recht auf einen Schlussvortrag umfasst. - Der Angekl. hat das Recht, sich zum Antrag des Adhäsionsklägers zu äußern; die Bestellung eines Rechtsanwalts zum Pflichtverteidiger des Angekl. umfasst nicht das Tätigwerden zur Abwehr der gegen ihn gerichteten Adhäsionsanträge.
2. **Flemming/Reinbacher:** „Die unausgeführte Bande“ - – Zur Vorfeldstrafbarkeit bei Bandendelikten (NStZ 2013, 136)

Um dem Problem der **Bandenkriminalität** ausreichend zu begegnen, sind in der jüngeren Vergangenheit **verschiedene Änderungen im Kern- und Nebenstrafrecht** vorgenommen worden: War bis zum Anfang der

1990er Jahre die bandenmäßige Tatbegehung nur bei einigen wenigen Delikten mit einer Strafschärfung bedacht, ist dies heute bei einer Vielzahl von Straftaten der Fall; insbes. durch das „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität – OrgKG“ wurden weitreichende Änderungen des materiellen Strafrechts in die Wege geleitet, deren Ziel die wirksame Bekämpfung dieser besonderen Delinquenzform war und welche bemerkenswerte **Verschärfungen in Bezug auf bandenmäßige Begehungsweisen** enthielten; neben der Anhebung des Strafrahmens, wie z.B. in § 29 BtMG, bei welchem die Höchststrafe für den Handel mit Betäubungsmitteln von bis zu 4 auf bis zu 5 Jahren heraufgesetzt wurde, ist hier besonders die **Schaffung neuer Qualifikationstatbestände**, wie etwa des § 30a BtMG oder der §§ 244a, 260a StGB, hervorzuheben. - Der Gesetzgeber scheint das Problem der noch unausgeführten Bande und damit der Eröffnung der Strafbarkeit über § 30 StGB selbst nicht bedacht zu haben; da **nach jetziger Gesetzeslage jedoch auch die unausgeführte Bande über § 30 StGB strafbar** ist, muss nach Lösungswegen gesucht werden, wie diese Strafbarkeit vermieden werden kann: De lege lata erscheint nach Auffassung der Autoren eine dementsprechend restriktive Auslegung des Bandenbegriffes (i. S. einer Beschränkung auf „ausgeführte Bande“) nicht zielführend, da dennoch eine Strafbarkeit nach § 30 StGB möglich bleibt; zwar liesse sich stattdessen an eine teleologische Reduktion des § 30 StGB denken, jedoch ist die Adaption dieser Lösung ungewiss; der sachgerechteste Weg liegt daher in einer Gesetzesänderung.

III. Öffentliches Recht

1. **Lehr:** Pressefreiheit und Persönlichkeitsrechte – Ein Spannungsverhältnis für die Öffentlichkeitsarbeit der Justiz (NJW 2013, 728)

Justizbehörden müssen sich im Rahmen ihrer Auskunftserteilung über Strafverfahren an die **Grundsätze der Verdachtsberichterstattung** halten; hierbei sind sie **zu besonderer Sorgfalt verpflichtet**, da ihre Auskünfte als die Mitteilungen von privilegierten Quellen eingestuft werden, die von den Medien i. d. R. ungeprüft und sanktionslos übernommen werden können. – Rspr. und Lit. werden zunehmend auf die tatsächliche und rechtliche Problematik von zu weitgehenden behördlichen Mitteilungen über Strafverfahren aufmerksam. - Insbes. **Staatsanwaltschaften** müssen sich **jeglicher direkter oder indirekter vorverurteilender Tendenz ihrer öffentlichen Äußerungen** zu Ermittlungsverfahren **enthalten** und zwar selbst dann, wenn die Ermittlungsmaßnahmen von Betroffenen öffentlich kritisiert werden; in Übertragung der presserechtlichen Konfrontationspflicht sollten sich Staatsanwaltschaften i. Ü. verpflichtet sehen, ihre Presseerklärungen zu Ermittlungsverfahren rechtzeitig vor der Veröffentlichung den Betroffenen bzw. ihren Strafverteidigern zur Kenntnis zu geben, damit diese angemessen reagieren können.

2. **Bergan/Martin:** Die Aufrechnung mit Steuerforderungen gegen staatliche Zuwendungen (DöV 2013, 268)

Das **Land kann** als Subventionsgeber regelmäßig mit Schulden des Subventionsnehmers **gegen den Auszahlungsanspruch** des Subventionsnehmers nach Gewährung einer Subvention **aufrechnen**. - Eine Aufrechnung ist trotz einer etwaigen **Zweckbestimmung der Subventionszahlung** nicht gem. §§ 399, 851 ZPO, § 394 BGB ausgeschlossen; danach ist eine Aufrechnung ausgeschlossen, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann; eine solche die Übertragung ausschließende Änderung des Inhalts wird auch bei sog. **zweckgebundenen Forderungen** angenommen. - Dient die Subventionszahlung der Einkommensverbesserung bzw. Verbesserung der Kapitalausstattung bzw. wird die Zuwendung im Nachhinein, nachdem der Begünstigte die begünstigten Aufwendungen bereits verauslagt hat, gewährt, so entsteht keine Zweckbindung, die der Übertragbarkeit der Forderung, mithin einer Pfändung, Verpfändung bzw. Abtretung und letztlich auch einer Aufrechnung entgegen stehen könnte. - Verlangt die Subventionsgewährung eine bestimmte Verwendung der Zahlungsmittel, so **steht diese Zweckbestimmung zwar regelmäßig einer Übertragbarkeit der Subventionsforderung entgegen**, weil mit der Übertragung der Forderung der Zweck vereitelt wird; jedoch kann der durch diese Zweckbestimmung Geschützte, nämlich der Subventionsgeber, auf diesen Schutz verzichten und einer Übertragung der Forderung auf einen anderen zustimmen; deshalb kann er erst recht selbst aufrechnen; etwas **anderes gilt dann, wenn der Subventionsgeber bereits bei Gewährung der Subvention von der Aufrechnungslage Kenntnis hatte** und ihm bewusst war, dass mit einer Aufrechnung der Begünstigte nicht in der Lage sein wird, den mit der Subvention verfolgten Zweck zu verwirklichen.

3. **Johlen:** Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Nordrhein-Westfalen - Konsequenzen für die Praxis (NWVBl. 2013, 91)
4. **Kruis:** Rechtspolitische Erwägung zur Sicherheit im Gerichtsgebäude (BayVBl. 2013, 97)

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Meier:** Das Ende der Mandantenübernahmeklausel? (NZA 2013, 253)

Problemstellung: Viele Beratungsunternehmen haben große Sorge vor **Konkurrenz durch ausgeschiedene Mitarbeiter**; da sie selbst bei der Auswahl ihrer Mitarbeiter große Sorgfalt walten lassen, besteht ein hohes Risiko, dass diese nach einer Erfahrungszeit als Angestellte auch befähigte Mitbewerber sind; das gesetzliche Mittel zur Eindämmung solchen Wettbewerbs, das nachvertragliche Wettbewerbsverbot, scheuen diese Unternehmen oft auch wegen der **Pflicht zur Karenzentschädigung**; stattdessen wird eine sog. Mandantenübernahmeverein-

barung gewählt, in der die Karenzentschädigungszahlung quasi auf den Kopf gestellt wird, weil diese Vereinbarung den ausgeschiedenen Arbeitnehmer verpflichtet, den früheren Arbeitgeber an den Einnahmen aus der nachvertraglichen Konkurrenztaetigkeit zu beteiligen. - An der Auffassung des BAG, Mandantenuebernahmeklauseln wuerden nicht allein an der fehlenden EntschaeDIGungspflicht an §§ 74 ff HGB scheitern, kann jedenfalls seit der **Geltung der §§ 305 ff BGB** nicht mehr festgehalten werden: Vertragliche Regelungen zur Einschränkung der nachvertraglichen Berufsausuebung muessen sich vielmehr an allen drei Kriterien des § 74 a HGB messen lassen, also den **berechtigten Interessen des Arbeitgebers**, einer **angemessenen EntschaeDIGungspflicht** und einer **Hoehstdauer von zwei Jahren**, gerechnet ab dem Ende des Arbeitsverhaeltnisses. - In jedem Fall sind an die Transparenz der Klauselbedingungen hohe Anforderungen zu stellen; zudem darf der ausgeschiedene Arbeitnehmer jedenfalls dann keinen berufseinschraenkenden Regelungen unterworfen werden, wenn die Beendigung des Arbeitsverhaeltnisses vom Arbeitgeber zu vertreten ist.

2. **Unterreitmeier**: Zulassung und Einlegung von Rechtsmitteln – Anwaltsfalle? (NJW 2013, 399)

Die **uneinheitliche und unuebersichtliche Ausgestaltung des Instanzenzugs** mit unterschiedlichen Rechtsbehelfen, mit denen teilweise die Zulassung eines Rechtsmittels vor dessen Einlegung erstritten werden muss, birgt – wie die groesse Zahl hoechstrichterlicher Entscheidungen aller Gerichtsbarkeiten hierzu belegt – eine hohe Fehleranaefaeligkeit. - Rechtsbehelfsbelehrungen, wie sie jetzt auch fuer den Zivilprozess eingefuehrt werden, bieten hier nach den Erfahrungen der anderen Rechtswege nur wenig Schutz; im Gegenteil hat der Umstand der vorherigen Belehrung die oeffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten sogar zu einer ueberaus **strengen formalen Betrachtungsweise** veranlasst. - Fuer den Rechtsanwalt bedeutet dies, dass er nicht nur bei der Einhaltung der fuer Rechtsbehelfe laufenden Fristen, sondern auch bei deren richtiger Bezeichnung besondere Sorgfalt walten lassen muss; im Unterschied zur Fristenkontrolle besteht **bei der Einhaltung der notwendigen Formalien** auch **keine Moeglichkeit der Delegation auf Kanzleimitarbeiter**; deshalb sollte vor Auslauf stets noch einmal die Bezeichnung des Rechtsbehelfs und der dazu gestellte Antrag auf seine Richtigkeit ueberprueft werden, wozu die Rechtsbehelfsbelehrung sicherlich eine gute Grundlage bietet. - Gleichwohl erscheint im Hinblick auf das aus **Art. 19 IV GG** folgende Gebot effektiven Rechtsschutz zu gewaehren und die hierzu ergangene st. Rspr. des Gem. Senats der obersten Gerichtshoefe des Bundes die von den oeffentlich-rechtlichen Gerichten vertretene streng-formale Betrachtung bedenklich; wie die Rspr. des BGH und BAG zeigen, lassen sich Fehler bei der Formulierung von Rechtsbehelfsschriften durch Auslegung oder Umdeutung meist ueberwinden. - Auch im Oeffentlichen Recht waere eine staerker am Telos des eingereichten Schriftsatzes ausgerichtete Rspr. angezeigt; allenfalls dann, wenn die BegrueNDung des falsch bezeichneten Rechtsbehelfs nicht den Mindestanforderungen an die BegrueNDung des zutreffenden Rechtsbehelfs genuegt, kann die UnzulaeDIGigkeit angenommen werden; dies wird in der Berufungsinstanz selten, in der Revisionsinstanz hingegen regelmaeDIG der Fall sein, wenn statt der BegrueNDung fuer eine Nichtzulassungsbeschwerde eine RevisionsbegrueNDung formuliert wurde.

3. **Metter**: Mietrechtsaenderungsgesetz und Modernisierung - was Anwaelte jetzt wissen sollten (AnwBI 2013, 255)

Erbenhaftung

I. Grundsatz der unbeschränkten Erbenhaftung

Der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten grundsätzlich mit dem Nachlass (-anteil) und seinem Vermögen

II. Haftungsbeschränkungen

1. Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz, §§ 1975 ff BGB

Absonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben, Bestellung eines Verwalters

2. Einrede der Dürftigkeit, §§ 1990 ff. BGB

mangels Masse wird kein Verwalter für Nachlass bestellt: Der Erbe verwaltet selbst.

3. Vertrag

Zwischen Erbe und Nachlassgläubiger

4. Einrede des ungeteilten Nachlasses bei Miterbengemeinschaft, § 2059 BGB

5. Sonstige

- a) Nachlassaufgebot, § 1973 ff. BGB
- b) Erschöpfungseinrede, § 1989 BGB
- c) Überschuldung durch Vermächtnisse und Auflagen, § 1992 BGB

6. Keine Haftungsbeschränkung, wenn

- a) Inventar nicht (fristgerecht) errichtet § 1994 BGB
- b) Inventaruntreue, § 2005 BGB
- c) Verzicht des Erben
- d) prozessuale Gründe §§ 780 ff. ZPO
- e) Erbe die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verweigert, § 2006 III BGB

III. Nachlassverbindlichkeiten

1. Erblasserschulden § 1967 II 1. Alt. BGB

vom Erblasser vor dem Todesfall begründete Schulden (aus Vertrag oder Gesetz)

2. Erbfallschulden

- a) Pflichtteilsansprüche Vermächtnisse und Auflagen, § 1967 II BGB
- b) Bestattungskosten, § 1968 BGB;
- c) Unterhaltsansprüche, § 1963, 1969 BGB;
- d) Zugewinn, § 1371 II, III BGB;
- e) Erbschaftssteuer § 20 ErbStG

3. Nachlasskostenschulden (auch: Erbschaftsverwaltungskosten)

Kosten, die durch Abwicklung des Nachlasses entstehen;
z.B. Nachlassverwaltung §§ 1975 ff BGB; Nachlassgläubigeraufgebot §§ 1970 ff BGB

4. Geschäftsverbindlichkeiten

insb. § 25, 27 HGB, wenn Erbe ein Handelsgeschäft fortführt

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung

Erbrecht

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

Land: Bad.-Württ.	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. H	Tag d. mündl. Prüfung 15.02.2013
------------------------------------	--	---

Zur Person:

Dr. H ist ein sehr netter und angenehmer Prüfer, der einem auch immer Hilfestellung gibt, wenn man etwas mal nicht sofort weiß, aber man sollte immer in seiner Vorlesung gewesen sein und dort mitgearbeitet haben, wenn man eine gute Note bekommen will. Außerdem lohnt es sich sehr, seine Skripten durchzuarbeiten.

Zur Sache:

Fall: Ein junges, verheiratetes Elternpaar will ein Testament machen, in dem sie sich gegenseitig bedenken, möchte aber auch sicherstellen, dass vom Vermögen auch noch für den künftigen Nachwuchs genügend bleibt.

I. Welche Möglichkeiten bleiben dem Paar?

Erstens kann es im Testament Vor- und Nacherbfolge anordnen, zweitens kann es die Kinder zu Erben des Erstversterbenden einsetzen und für den Längstlebenden ein Nießbrauchsvermächtnis aussetzen, drittens kann es Voll- und Schlusserbfolge (sog. Berliner Testament) anordnen.

II. Wo ist die Stellung der Kinder am stärksten und welche Gestaltungsmittel gibt es dazu?

Am stärksten ist die Stellung der Kinder natürlich dann, wenn sie als Erben des Erstversterbenden eingesetzt werden und für den Längstlebenden lediglich ein Nießbrauchsvermächtnis eingeräumt wird, denn hier sind sie Erben und können über den Nachlass nach Belieben verfügen. Bei der Vor- und Nacherbschaft dagegen würden sie erst mit dem Tode des längstlebenden Erben und hätten während ihrer Vorerbenzeit lediglich den Schutz der §§ 2111 ff. und 2136 BGB. Beim Berliner Testament hingegen würden sie im ersten Erbgang völlig übergangen und wären auf den guten Willen des länger lebenden Ehegatten angewiesen, nicht alles zu Lebzeiten zu „verbraten“.

III. Was können sie tun, wenn sie im Falle einer Wiederheirat das Vermögen so weit wie möglich in der eigenen Familie halten wollen?

1. Sie können eine sog. Wiederverheiratungsklausel aufnehmen, d.h. dass im Falle der Wiederheirat der Nacherbenfall eintritt. Der Längstlebende ist somit auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe.
2. Eine zweite Möglichkeit wäre die Aussetzung eines Wiederverheiratungsvermächtnisses, d.h. den Kindern wird im Falle der Wiederheirat ein Vermächtnis in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile ausbezahlt.

IV. Was ist, wenn die Ehegatten als Schlusserben eine juristische Person einsetzen, weil sie keine Kinder haben?

Die Beziehung sollte schon verwandtschaftsähnlich sein, d.h. man muss begründen, warum einem Ehegatten, z.B. der Gesangsverein genauso nahe steht, wie ein Verwandter.

V. Was können die Eltern bei einem Berliner Testament tun, um zu verhindern, dass Kinder beim Tode des Erstversterbenden Pflichtteilsansprüche geltend machen?

Sie können eine sog. Pflichtteilstrafklausel aufnehmen, die bestimmt, dass derjenige, der beim Tode des Erstversterbenden Pflichtteilsansprüche geltend gemacht hat, beim zweiten Erbgang enterbt wird und gleichzeitig Vermächtnisse für die anderen Kinder in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile anfallen, um damit den zweiten Pflichtteil des „bösen“ Kindes zu verringern („Jastrowsche Klausel“).

Viel Glück und Erfolg!

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Zivilrecht

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

Land: Sachsen-Anhalt	Prüfer (mit Titel usw.) VRi LG Dr.F	Tag d. mündl. Prüfung 22.02.2013
--------------------------------	---	--

Zur Person:

Herr Dr. F vermittelte, wie in den vorherigen Protokollen bereits dargestellt, einen angenehmen Eindruck, der sich über das Vorgespräch hinaus auch in der Prüfung fortsetzte. Die Bewertung der einzelnen Kandidaten entsprach meines Erachtens der erbrachten Leistung, wobei nicht zu unterschätzen ist, dass Herr Dr. F VRi LG ist. Daher sollte sich der Prüfling im Rahmen der Vorbereitung mit den Besonderheiten des Verfahrens in Familiensachen vertraut gemacht haben (siehe §§ 606 ff. ZPO und FGG) sowie den spezialgesetzlichen Regelungen im Familienrecht.

Bei der Falllösung ist sein Augenmerk auf die Darstellung einer zusammenhängenden Lösung und einer überzeugenden Argumentation gerichtet. Werden Fragen freigegeben, dann sollte der Kandidat sich melden, wenn er eine für ihn sachgerechte Antwort kennt. Aktive Mitarbeit honoriert Herr Dr. F. Die Protokolle bilden einen ersten Anhaltspunkt, wohin die Reise gehen könnte. Auch das Wissen um neue Gesetze ist nicht unschädlich.

Zur Sache:

Fall: (Anmerkung: Den Fall aus dem Strafrecht bei OstA'in W nahm er zum Anlass, ihn mit einigen Abweichungen für seine Prüfung heranzuziehen – „Stalking“.)

F und M, die sich aus ihrer Kindheit kennen und später geheiratet haben, leben nach ständigen Streitereien noch keine 6 Monate getrennt. Der M suchte trotz der Trennung immer wieder Kontakt zur F. Dazu benutzte er unterschiedliche Wege, um mit ihr in Verbindung zu treten. So rief M die F im Jahre 2004 mehrmals an und ersuchte sie darum, sich mit ihm zu treffen. Sie lehnte jeweils dankend ab und bat ihn, sie zukünftig nicht mehr anzurufen. Unbeeindruckt davon, rief er sie weiterhin an, wobei er nicht nur am Tage sich telefonisch meldete, sondern auch nachts bei ihr anrief. M erklärte unter anderem am Telefon gegenüber der F, dass er auf sie bei ihr zu Hause nach der Arbeit warten werde und sie in ihrer Wohnung mit einem Essen überraschen werde. Darüber verärgert, dass die F sich nicht mit ihm verabedete, bestellte er bei einem Versandhaus mehrere Kleidungsstücke auf den Namen der F und ihrer Anschrift. F fühlt sich dadurch in ihrer Lebensqualität beeinträchtigt.

I. Was kann die F unternehmen?

1. Welche Anspruchsgrundlagen kommen in Betracht?

- Unterlassungsanspruch gem. § 1004 BGB
- speziellere Norm könnte hier auch § 1 Gewaltschutzgesetz sein,
- einstweiliger Rechtsschutz gem. §§ 935, 940 ZPO,
- einstweilige Anordnung gem. § 620 ZPO.

2. Welches Gericht ist sachlich zuständig?

Bei der Zuständigkeit galt es zunächst zu erkennen, dass hier das Familiengericht entweder beim Amtsgericht (§ 23b GVG) bzw. das OLG gem. § 119 I Nr. 1a GVG zuständig ist (Achtung: LG ist in Familiensachen nicht zuständig!). § 23b I Nr. 8 GVG (+), da F und M innerhalb von 6 Monaten vor der Antragstellung einen gemeinsamen Haushalt geführt haben.

Zudem galt es, die Regelung des § 621 ZPO von der des GVG abzugrenzen und festzustellen, dass Abs. 1 lediglich bestimmt, dass für die dort aufgeführten Sachen (lesen!) das FamG ausschließlich zuständig ist. Die sachliche Zuständigkeit des AG als Familiengericht ergibt sich aus § 23a GVG. § 621 I Nr. 13 ZPO (+), Maßnahmen nach §§ 1 und 2 Gewaltschutzgesetz.

3. Wie hat sich die F bei Rechtshängigkeit zu verhalten, wenn das Gericht unzuständig ist?

Einen Antrag auf Verweisung an das zuständige Gericht stellen, § 281 ZPO.

4. Wie lauten die Voraussetzungen des § 1 Gewaltschutzgesetz?

Hier sollte sich der Prüfling mit der Norm des § 1 Gewaltschutzgesetz vertraut machen. Einschlägig war wohl § 1 I Nr. 4 GewSchG, der die Verwendung von Fernkommunikationsmitteln untersagt.

Des Weiteren wurde darauf eingegangen, inwieweit die Strafvorschrift des § 4 GewSchG verfassungsgemäß ist, ohne dies weiter tiefgreifend zu erläutern. Es bestehen wohl rechtsstaatliche Bedenken, da der Bürger in einem Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz keine Strafvorschriften erwartet.

5. Wie ist der Antrag nach § 1 GewSchG zu formulieren?

Der Antrag hat unbestimmt zu erfolgen (entgegen § 253 II Nr. 2 ZPO), da das Gericht auf Antrag die erforderlichen Maßnahmen trifft, wobei die gesetzliche Aufzählung der Maßnahmen nicht abschließend ist.

6. Welche Vorschriften können neben denen der ZPO noch einschlägig sein?

Die des FGG; hier sollte kurz der Unterschied zwischen ZPO und FGG herausgearbeitet werden, der im Wesentlichen darin besteht, dass das FGG den Grundsatz der Amtsermittlung (§ 12 FGG) kennt und bei der Kostenentscheidung die Besonderheit des § 13a FGG zu beachten ist.

7. Welche Voraussetzungen hat der einstweilige Rechtsschutz, konkret der einstweiligen Verfügung und muss das Hauptsacheverfahren anhängig sein?

- Verfügungsanspruch = jeder zivilrechtliche Individualanspruch,
- Verfügungsgrund = Abwendung einer Gefährdung der Gläubigerinteressen muss im Eilverfahren notwendig sein.

Das Hauptsacheverfahren muss nicht anhängig sein. Jedoch kann auf Antrag durch das Gericht angeordnet werden, binnen einer Frist die Klage zu erheben.

8. Welchen einstweiligen Rechtsschutz gibt es noch?

Neben der einstweiligen Verfügung gibt es den Arrest nach §§ 916 ff. ZPO und die einstweilige Anordnung nach §§ 620 ff. ZPO (lesen!).

Dann war die Prüfung zu Ende.

Viel Glück!

Viel Glück und Erfolg!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3
Protokollwissen

Protokolle anfordern!

Prüfungsstoff im Mündlichen
1/3
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

ZA lesen!

1/3
unbekannter Stoff

Phantasie zeigen! ■

