



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

36. Jahrg.

Oktober 2011

Heft 10

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Bestimmtheit einer Forderungsabtretung
- BGH:** Ehegatte als Empfangsbote für Kündigung
- BGH:** Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtspflegers
- VGH Mannheim:** Voraussetzungen eines Versammlungsverbots
- BGH:** Vollstreckungsrechtlicher Erstattungsanspruch
- BGH:** Umfang eines Vergleichsprotokollierungsanspruchs
- OVG Berlin-Bbg:** Jahresfrist für Rücknahme eines Verwaltungsakts



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des § 522 II u. III ZPO	1
--	---

Brandaktuell

BGH: Gebrauchtwagenangebot in falscher Kilometerstandsrubrik (keine Irreführung des Verbrauchers)	2
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Bestimmtheit einer Forderungsabtretung (Abtretung von Ansprüchen aus Verkehrsunfall wegen Gutachterkosten)	3
BAG: Ehegatte als Empfangsbote auch außerhalb der Ehwohnung (Zugang der Kündigung)	6

Strafrecht

BGH: Betrug / Untreue (Schadenskompensation durch Befreiung von einer Verbindlichkeit)	10
BGH: Untreue (Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtspflegers)	12

öffentl. Recht

VGH Mannheim: Kosten einer polizeilichen Ingewahrsamnahme (Heranziehung des Anscheinsstörers)	15
VGH Mannheim: Voraussetzungen eines Versammlungsverbots (Motto: „Fremdarbeiterinvasion stoppen!“)	20

Kurzauslese I

OLG Frankfurt a.M.: Rückgewährschuldverhältnis (leicht fahrlässige Beschädigung der Sache)	25
BGH: Sachmangel (maßgeblicher Zeitpunkt der Sachmangelkenntnis)	25
BGH: Aufwendungsersatzanspruch eines GbR-Gesellschafters (vor Auseinandersetzung)	27
OLG Stuttgart: Bankrott (Gleichzeitigkeit von Krise und Nichterstellung der Bilanz)	27
BGH: Entziehung Minderjähriger (Bereicherungsabsicht)	29
OLG Celle: sexueller Missbrauch (Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses)	29
BGH: schwerer Raub (lebensgefährdende Behandlung nach Tatvollendung)	31
VGH Mannheim: Verbraucherinformationsanspruch (keine Einschränkung des presserechtl. Informationsanspruchs)	31
VGH Kassel: Polizeieinsatz (keine Gebührentragungspflicht eines Minderjährigen)	33

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH: Vollstreckungsrechtlicher Erstattungsanspruch (Bestimmung des Gerichtsstands)	35
BGH: gerichtlicher Vergleich (Umfang des Anspruchs auf Protokollierung)	39

Strafrecht

LG Hamburg: Beweisverwertungsverbot
(unwirksame Einwilligung in Wohnungsdurchsuchung)..... 42

öffentl. Recht

OVG Berlin-Bbg: Rücknahme eines Verwaltungsakts
(Lauf der Jahresfrist)..... 47

VGH München: maßgebliche Sach- und Rechtslage
(Verfahren auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung)..... 50

Kurzauslese II

BFH: Klageerhebung
(Formunwirksamkeit bei fehlender qualifizierter digitaler Signatur) 53

BGH: formlose Entscheidungsbekanntgabe
(telefonische Beschlussmitteilung durch Geschäftsstelle) 53

BVerfG: Unverhältnismäßigkeit einer Freiheitsentziehung
(zum Zwecke der Identitätsfeststellung)..... 53

BGH: Verfahrensverständigung
(Auswirkungen auf richterl. Hinweispflicht)..... 55

BGH: richterliche Hinweispflicht
(Verurteilung wegen eines anderen Mordmerkmals)..... 55

OLG Dresden: Annahmeerufung
(vorausgegangen Strafbefehlsverfahren) 57

BGH: Verfahrensfehler
(sprachunkundige Schöffin)..... 57

BVerfG: Bußgeldverfahren
(Auswirkungen eines Beweisverwertungsverbots)..... 59

BVerfG: Verfassungsbeschwerde
(zur Durchsetzung effektiven Rechtsschutzes)..... 61

BVerfG: Statusstreitigkeit eines Landtagsabgeordneten
(Organstreitverfahren statt Verfassungsbeschwerde)..... 61

VerfGH Bayern: Verfassungsbeschwerde
(fehlende konkrete Grundrechtsrüge)..... 61

Weitere Schrifttumsnachweise 63

Übersicht: Überblick über das Pflichtteilsrecht 67

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung: Strafrecht 68

Assessorprüfung: öffentl. Recht 69

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des § 522 II u. III ZPO

I. Allgemeines

Nach der zum 01.01.2002 in Kraft getretenen ZPO-Reform vom 27.07.2001 sind die **Berufungsgerichte** nach § 522 II u. III ZPO verpflichtet, eine Berufung unabhängig vom Streitwert und ohne mündliche Verhandlung **durch einstimmigen und vor allem unanfechtbaren Beschluss zurückzuweisen, wenn** sie davon überzeugt sind, dass

- die Berufung **keine Aussicht auf Erfolg** hat,
- die Rechtssache **keine grundsätzliche Bedeutung** hat und
- die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rspr.** eine **Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert.**

Mit Blick auf das verfassungsrechtlich normierte Gebot effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) ist somit nach geltendem Recht in der 2. Instanz Schluss, auch wenn es in der Sache um große Summen geht. Ziel dieser Regelungen waren vor allem eine beabsichtigte Verfahrensbeschleunigung sowie die Schaffung eines Instruments, um der missbräuchlichen Einlegung von Berufungen zum Zwecke der Prozessverschleppung zu begegnen.

In der **Praxis** zeigte sich, dass die Berufungsgerichte die aktuelle **Vorschrift des § 522 ZPO** trotz ihres zwingenden Wortlauts **sehr unterschiedlich anwandten** und so eine **"Zersplitterung" der Zivilrechtspflege drohte**, die sowohl unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes als auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten bedenklich und problematisch angesehen wurde.

Der Deutsche Bundesrat hat daher am 23.09.2011 das Gesetz zur Einführung eines Rechtsmittels gegen Zurückweisungsbeschlüsse von Berufungsgerichten, das bereits am 07.07.2011 vom Bundestag beschlossen worden war, erwartungsgemäß gebilligt.

II. Die Neuregelungen im Überblick

- Künftig sind die - nach wie vor möglichen - **Zurückweisungsbeschlüsse** nach § 522 II ZPO **in gleicher Weise anfechtbar wie Berufungsurteile.**
- **Ab einem Streitwert von 20.000 €** wird als statthaftes Rechtsmittel gegen einen Zurückweisungsbeschluss die **Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH eingeführt.**
- Darüber hinaus schreibt das neue Gesetz fest, dass eine Zurückweisung nunmehr erfordert, dass die **Berufung offensichtlich ohne Aussicht auf Erfolg** ist.
- Zudem ist die Entscheidung, eine Berufung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, nicht mehr zwingend, sondern vielmehr als **Soll-Vorschrift** ausgestaltet, sodass **zukünftig in der Berufungsinstanz sehr viel häufiger eine mündliche Verhandlung** stattfinden wird.
- In **Insolvenzverfahren** gibt es künftig **keine zulassungsfreie Rechtsbeschwerde mehr**, da **§ 7 InsO aufgehoben** wird, was zu einer Entlastung des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH führen wird.
- Schließlich wird auch das **Einführungsgesetz zur ZPO geändert**, indem die zunächst bloß vorübergehend in § 26 Nr. 8 EGZPO normierte **Wertgrenze von 20.000 €** für das Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde im Revisionsrecht **um weitere 3 Jahre verlängert** wird, also bis zum 31.12.2014 gilt. In der Sache kann also nach wie vor eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des Gerichts, die Revision nicht zuzulassen, nur dann erfolgreich eingelegt werden, wenn der Streitgegenstand 20.000 € übersteigt.

Brandaktuell

UWG § 5 **Gebrauchtwagenangebot in falscher Kilometerstandsrubrik** keine Irreführung des Verbrauchers **UWG**

(BGH in Pressemitteilung 158/2011 vom 06.10.2011; Urteil vom 06.10.2011 I ZR 42/10)

Der unter anderem für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass das Anbieten eines gebrauchten Pkw in einer unzutreffenden Rubrik zum Kilometerstand auf einer Internethandelsplattform nicht wegen Irreführung der am Kauf eines Gebrauchtfahrzeugs interessierten Verbraucher wettbewerbswidrig ist.

Fall: Die Parteien handeln mit gebrauchten Kraftfahrzeugen, die sie unter anderem über eine Internethandelsplattform zum Kauf anbieten. Dabei kann der Verkäufer verschiedene Merkmale, beispielsweise den Kilometerstand, zu dem von ihm angebotenen Fahrzeug eingeben. Ein Kaufinteressent kann ebenfalls Kriterien zu dem von ihm gesuchten Fahrzeug auswählen. Zum Kilometerstand kann er "beliebig" oder beispielsweise 5.000 km, 100.000 km oder 125.000 km eingeben.

Die Beklagte inserierte auf einer Internethandelsplattform in der Rubrik "bis 5.000 km" ein Fahrzeug mit folgender fettgedruckter Überschrift: "BMW 320 d Tou.* Gesamt-KM 112.970** ATM- 1.260 KM***". Die Klägerin hat in dem Angebot des Fahrzeugs in einer unzutreffenden Kilometerstandsrubrik eine wettbewerbsrechtlich relevante Irreführung des Verkehrs erblickt und die Beklagte daher auf Unterlassung in Anspruch genommen.

I. Klageberechtigung der Klägerin

Die Klageberechtigung der Klägerin ergibt sich aus §§ 8 UWG. Nach § 8 I UWG kann derjenige, der eine nach § 3 oder § 7 UWG **unzulässige geschäftliche Handlung** vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Dieser Anspruch kann nach § 8 III Nr. 1 UWG von jedem **Mitbewerber** geltend gemacht werden.

II. Vorliegen einer unlauteren geschäftlichen Handlung

Nach § 3 I UWG sind **unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig**, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

Eine solche unlautere geschäftliche Handlung liegt vor, wenn die Bekl. eine nach § 5 I UWG **irreführende geschäftliche Handlung vorgenommen hat**. Die Einstellung eines Fahrzeugangebots in einer falschen Kilometerstandsrubrik einer Internethandelsplattform könnte eine solche Irreführung darstellen.

„Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Die Beklagte nehme durch die unzutreffende Kilometerangabe in der Suchrubrik "bis 5.000 km" eine irreführende Handlung vor und verschaffe sich dadurch trotz der Richtigstellung des Kilometerstandes im eigentlichen Verkaufsangebot gerade auch gegenüber Mitbewerbern einen relevanten Vorteil.

*Der BGH hat die Klage auf die Revision der Beklagten abgewiesen. Zwar liege in dem Angebot des Fahrzeugs in der unrichtigen Rubrik über die Laufleistung eine **unwahre Angabe**. Die unzutreffende Einordnung sei hier aber nicht geeignet, das Publikum irrezuführen. Der BGH begründet dies damit, dass sich die **richtige Laufleistung** des Fahrzeugs bereits **ohne weiteres aus der Überschrift des Angebots** ergebe, so dass eine Täuschung von Verbrauchern ausgeschlossen gewesen sei. Die Frage, ob eine Einstellung in eine falsche Rubrik unter anderen Gesichtspunkten, etwa einer **unzumutbaren Belästigung der Internetnutzer**, wettbewerbsrechtlich unlauter sei, sei nicht Gegenstand des Rechtsstreits gewesen, so der BGH.“ (BGH aaO)*

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 398

Bestimmtheit einer Forderungsabtretung Abtretung von Ansprüchen aus Verkehrsunfall wegen Gutachterkosten

BGB

(BGH in r+s NJW 2011, 357; Urteil vom 07.06.2011 – VI ZR 260/10)

1. Eine Abtretung ist nur wirksam, wenn die Forderung, die Gegenstand der Abtretung ist, **bestimmt oder wenigstens bestimmbar**
2. Soll bei mehreren selbstständigen Forderungen nur ein Teil abgetreten wird, muss **erkennbar sein, von welcher oder von welchen Forderungen ein Teil abgetreten werden soll**
3. Entstehen aus einem Verkehrsunfall für den Geschädigten mehrere Forderungen, so kann von der Gesamtsumme dieser Forderungen **nicht ein nur summenmäßig bestimmter Teil abgetreten** werden.

A. Grundlagenwissen: Die Abtretung, §§ 398 ff. BGB

I. Allgemein

Die Forderungsabtretung ist ein zwischen altem Gläubiger (**Zedent**) und neuem Gläubiger (**Zessionar**) geschlossener Verfügungsvertrag, durch den der bisherige Gläubiger seine Forderung gegen den Schuldner auf den neuen Gläubiger überträgt.

II. Voraussetzungen

1. Abtretungsvertrag

Es muss ein Vertrag zwischen bisherigem und neuem Gläubiger nach § 398 1 S. BGB, geschlossen werden. Dies kann auch konkludent erfolgen.

Der Abtretungsvertrag bedarf grundsätzlich keiner Form (Ausnahme: § 1154 BGB, Wertpapiere, sofern sie überhaupt nach § 398 abgetreten werden).

2. Bestehen der Forderung

Die abzutretende Forderung muss bestehen und dem Zedenten zustehen. Ein gutgläubiger Forderungserwerb ist grundsätzlich nicht vorgesehen (Ausnahme: § 405 BGB).

3. Übertragbarkeit der Forderung

Eine wirksame Forderungsabtretung setzt voraus, dass die abzutretende Forderung abtretbar ist. Forderungen sind grundsätzlich abtretbar, sofern dies nicht ausgeschlossen ist. Dies ist der Fall bei:

- a) Veränderung des Inhalts § 399 BGB
- b) Vereinbarung, § 399 BGB
- c) Unpfändbarkeit der Forderung, § 400 BGB
- d) Nichtübertragbarkeit der Forderung, z.B. §§ 717 BGB
- e) höchstpersönlichen Forderungen

4. Bestimmbarkeit der Forderung

Die Forderung muss im Abtretungsvertrag nicht konkret bezeichnet sein, sie muss aber jedenfalls bestimmbar sein.

III. Rechtsfolgen

Die Forderung geht nach § 398 S. 2 auf den Zessionar über (Gläubigerwechsel). Hierbei bleiben nach § 404 BGB alle Einwendungen und Einreden bestehen, die der bisherige Schuldner gegen den Gläubiger hatte. Ausnahmen ergeben sich jedoch aus § 405 BGB. Zudem gehen mit dem Übergang der Forderung nach § 401 BGB auch die Neben- und

Vorzugsrechte über. Der Zessionar hat zudem nach § 402 BGB einen Auskunftsanspruch gegen den Zedenten.

Soweit der Schuldner keine Kenntnis von der Abtretung hat, kann er jedoch nach § 407 BGB weiterhin schuldbefreiend an Altgläubiger zahlen.

B. Bestimmtheit der Forderungsabtretung bei Verkehrsunfall (vgl. BGH in r+s 2011, 357)

Fall: Die Kl., die ein Kfz-Sachverständigenbüro betreibt, begehrt von dem bekl. Haftpflichtversicherer aus abgetretenem Recht des Geschädigten H. Ersatz restlichen Schadens aus einem Verkehrsunfall. Die volle Einstandspflicht der Bekl. steht außer Streit. H. beauftragte die Kl. mit der Erstattung eines Gutachtens zur Schadenshöhe und trat seine gegen den Fahrer, den Halter und den Versicherer des unfallbeteiligten Fahrzeugs bestehenden Schadensersatzansprüche in Höhe der Gutachterkosten einschließlich Mehrwertsteuer formularmäßig erfüllungshalber an die Kl. ab. Diese berechnete ein Honorar von 1202,32 €, wovon die Bekl. vorprozessual 471 € erstattete. Der Restbetrag von 731,32 € sowie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten sind Gegenstand der Klage. Hat die Kl. Anspruch auf weitere Zahlung?

I. Anspruch der Kl. aus abgetretenem Recht

Die Kl. hat einen Anspruch auf weitere Zahlung, wenn die Schadensersatzforderung des H. durch die Abtretungsvereinbarung wirksam auf sie übergegangen ist.

1. Allgemeine Voraussetzungen

Ein **wirksamer Abtretungsvertrag** wurde zwischen dem Zedenten H. und der Kl. als Zessionarin geschlossen. Auch spricht nichts gegen die **Übertragbarkeit** der Forderung.

2. Bestimmtheit der Abtretung

„Eine Abtretung ist, wie in der Rspr. und Rechtslehre anerkannt ist, nur wirksam, wenn die Forderung, die Gegenstand der Abtretung ist, **bestimmt oder wenigstens bestimmbar** ist (BGH, Urt. v. 25.10.1952 – I ZR 48/52, BGHZ 7, 365; v. 03.04.1974 – VIII ZR 235/72, NJW 74, 1130 und v. 16.03.1995 – IX ZR 72/94, NJW 95, 1668; MüKo-BGB/Roth, 5. Aufl., § 398 Rn. 67).

Dieses Erfordernis ergibt sich aus der **Rechtsnatur der Abtretung**, die ein dingliches Rechtsgeschäft ist. Die Abtretung bewirkt, dass das Gläubigerrecht an einer Forderung von dem bisherigen Gläubiger auf eine andere Person als neuen Gläubiger übergeht (§ 398 BGB). Wie ein Gläubigerrecht nur an einer bestimmten oder mindestens bestimmbarer Forderung bestehen kann, so kann auch nur das Gläubigerrecht an einer bestimmten oder bestimmbarer Forderung Gegenstand der Abtretung sein (RG, Urt. v. 27. 2. 1920 – VII 296/19, RGZ 98, 200).“ (BGH aaO)

a) Anforderungen bei mehreren selbständigen Forderungen

Fraglich ist, wie diese Anforderungen erfüllt werden, wenn dem Zedenten aus einem Schadensereignis mehrere selbständige Forderungen zukommen.

„An diesem Erfordernis der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit fehlt es, wenn von mehreren selbständigen Forderungen ein Teil abgetreten wird, **ohne dass erkennbar ist, von welcher oder von welchen Forderungen ein Teil abgetreten werden soll** (BGH, Urt. v. 18.02.1965 – II ZR 166/62, WM 65, 562; v. 27. 5. 1968 – VIII ZR 137/66, WarnR 68, Nr. 165 und v. 02.04.1970 – VII ZR 153/68, WM 70, 848; OLG München, OLGR 93, 248; OLG Köln VersR 98, 1269 und MDR 05, 975; Staudinger/Busche, BGB [2005], § 398 Rn. 61; MüKo-BGB/Roth, aaO, Rn. 75).“ (BGH aaO)

b) Selbständigkeit einzelner Schadensposten bei Verkehrsunfall

Bei den verschiedenen, dem H. aus dem Verkehrsunfall zustehenden Schadenspositionen (Reparaturkosten, Nutzungsausfall, Verdienstausschlag, Schmerzensgeld usw. könnte es sich insofern um mehrere selbständige Forderungen handeln, so dass bestimmt worden sein müsste, welche dieser Forderungen an die Kl. abgetreten werden sollte.

„Entstehen aus einem Verkehrsunfall für den Geschädigten mehrere Forderungen, so kann von der Gesamtsumme dieser Forderungen **nicht ein nur summenmäßig bestimmter Teil abgetreten werden** (Senatsurt. v. 08.10.1957 – VI ZR 128/56, VersR 57, 753). Um verschiedene Forderungen handelt es sich etwa dann, wenn neben dem Anspruch auf Ersatz des an dem beschädigten Kfz entstandenen **Sachschadens** ein Anspruch auf Ersatz von **Verdienstausschlag** geltend gemacht wird (Senatsurt. v. 19.11.1957 – VI ZR 122/57, VersR 58, 91 und v. 22. 5. 1984 – VI ZR 228/82, r+s 84, 202 = VersR 84, 782). Dasselbe gilt für das Verhältnis zwischen dem Anspruch auf Ersatz des **Fahrzeugschadens** und dem Anspruch auf Ersatz von **Schäden an der Ladung des Fahrzeugs** (vgl. Senatsurt. v. 08.10.1957 – VI ZR 128/56 aaO). Für die Annahme verschiedener Forderungen spricht in diesen Fällen schon die **Möglichkeit unterschiedlicher Entwicklungen in der Anspruchsinhaberschaft**, die sich daraus ergibt, dass die Ersatzansprüche im

Regulierungsfall ggf. auf verschiedene Versicherer übergehen können (Kaskovers., Betriebsausfallvers., Transportvers.; vgl. Senatsurt. v. 22.05.1984 – VI ZR 228/82, aaO). Eine Verschiedenheit von Forderungen liegt nur dann nicht vor, wenn es sich bei einzelnen Beträgen um **lediglich unselbstständige Rechnungsposten** aus einer klar abgrenzbaren Sachgesamtheit handelt (vgl. Senatsurt. v. 26.02.1980 – VI ZR 53/79, BGHZ 76, 216 und v. 22. 5. 1984 – VI ZR 228/82, aaO), wie dies etwa bei Einzelelementen der Reparaturkosten der Fall ist (vgl. BGH, Urt. v. 19.06.2000 – II ZR 319/98, NJW 00, 3718 und v. 13. 3. 2003 – VII ZR 418/01, MDR 03, 824; Greger, HaftungsR des Straßenverkehrs, 4. Aufl., § 37 Rn. 17 [Stand: 10.01.2010]).“ (BGH aaO)

c) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Die Abtretung des Geschädigten H. diesen Erfordernissen gerecht wird.

„Nach ihrem eindeutigen Wortlaut erfasst sie eine **Mehrzahl von Forderungen**, nämlich sämtliche Ansprüche des Geschädigten aus dem betr. Verkehrsunfall. Mit Recht hat das BG in der Bezugnahme der Abtretung auf die **Höhe der Gutachterkosten** lediglich eine **Beschränkung** hinsichtlich des **Umfangs der Abtretung** gesehen. Die Abtretung sollte ersichtlich nicht nur die Forderung auf Ersatz der Gutachterkosten erfassen.“ (BGH aaO)

Dies stünde einer Bestimmtheit der Abtretung jedoch nicht entgegen, wenn es sich bei den einzelnen Schadensposten lediglich um **unselbstständige Rechnungsposten** und nicht um selbstständige Forderungen handeln würde.

„Dieser Anspruch ist entgegen der Auffassung der Revision auch kein unselbstständiger Rechnungsposten, sondern im Verhältnis zu dem Anspruch auf Ersatz des Fahrzeugschadens vielmehr eine **selbstständige Forderung**. Dies folgt schon aus der Möglichkeit unterschiedlicher Entwicklungen in der Anspruchsinhaberschaft, denn anders als der **Anspruch auf Ersatz des Fahrzeugschadens** geht der hiervon schon dem Gegenstand nach klar abgrenzbare (vgl. Senatsurt. v. 22. 5. 1984 – VI ZR 228/82, aaO.) **Anspruch auf Ersatz der Gutachterkosten** im Regulierungsfall gem. § 86 Abs. 1 VVG nur unter engen Voraussetzungen auf den Kaskoversicherer über (vgl. Ziff. A.2.8 AKB 08 [Stand: 9. 7. 2008]). Um dem Bestimmtheitsanfordernis zu genügen, wäre es deshalb erforderlich gewesen, in der Abtretungserklärung den **Umfang der von der Abtretung erfassten Forderungen der Höhe und der Reihenfolge nach aufzuschlüsseln**. Daran fehlt es bei der hier verwendeten Abtretungserklärung. Da es sich dabei nach den vom BG getroffenen Feststellungen um von der Kl. gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, gehen bestehende Unklarheiten zu ihren Lasten (§ 305c Abs. 2 BGB).“ (BGH aaO)

Es fehlt daher an der erforderlichen Bestimmtheit der abgetretenen Forderung, so dass die Kl. keinen Anspruch aus übergegangenem Recht haben kann.

II. Recht der Kl. zur Prozessführung ohne Rechtsinhaberschaft

Die insofern nichtige Abtretung konnte jedoch nach § 140 BGB in eine Prozessführungsermächtigung umzudeuten sein.

„Eine Umdeutung in ein **Ersatzgeschäft** darf nicht dazu führen, dass an die Stelle des nichtigen Geschäfts ein solches gesetzt wird, das über den **Erfolg des ursprünglich gewollten Geschäfts hinausgeht** (BGH, Urt. v. 15.12.1955 – II ZR 204/54, BGHZ 19, 269 und v. 14.05.1956 – II ZR 229/54, BGHZ 20, 363; BAG, NJW 76, 592; MüKo-BGB/Busche, aaO § 140 Rn. 17 m.w.N.). Dies wäre hier entgegen der Auffassung der Revisionsbegründung aber der Fall, wenn die (unwirksame) Abtretung umgedeutet würde in die **Ermächtigung, die Gutachterkosten im eigenen Namen geltend zu machen**. Da sich der Abtretungserklärung gerade nicht entnehmen lässt, dass die Kl. Gläubigerin der gesamten Forderung auf Ersatz der Gutachterkosten werden sollte, verbietet sich eine Umdeutung dahin gehend, sie als ermächtigt anzusehen, im Wege der Prozessstandschaft diese Forderung in voller Höhe im eigenen Namen geltend zu machen.“ (BGH aaO)

Etwas anders könnte sich aber aus der in der Abtretungsvereinbarung enthaltenen Anweisung an den regulierungspflichtigen Versicherer, die Sachverständigenkosten unmittelbar an die Kl. zu zahlen, ergeben.

„Diese Zahlungsanweisung darf nicht isoliert ausgelegt werden, sondern ist im Zusammenhang mit der im vorausgehenden Satz geregelten Abtretung zu sehen. Sie nimmt ersichtlich Bezug auf die Höhe des von der vorgesehenen Abtretung erfassten Betrags und **bezieht sich nicht auf einen von der (unwirksamen) Abtretung möglicherweise nicht erfassten Teil** der Forderung auf Ersatz der Gutachterkosten. Eine auf diese Zahlungsanweisung gestützte Klage wäre mangels hinreichender Bestimmtheit unzulässig (vgl. BGH, Urt. v. 3. 12. 1953 – III ZR 66/52, BGHZ 11, 192; Greger, aaO. Rn. 17, 19).“ (BGH aaO)

Es ergibt daher auch sonst kein Recht der Kl., die Forderung in eigenem Namen geltend zu machen.

Ergebnis: Die Kl. hat gegen die Bekl. weder einen Anspruch auf Zahlung aus übergegangenem Recht noch hat sie die Befugnis erlangt, den Anspruch des H. in eigenem Namen geltend zu machen.

BGB **Ehegatte als Empfangsbote auch außerhalb der Ehwohnung** BGB
 § 130 **Zugang einer Kündigung**

(BAG in NZA 2011, 847; Urteil vom 09.06.2011 – 6 AZR 687/09)

1. Nach der Verkehrsanschauung werden in einer gemeinsamen Wohnung lebende **Ehegatten** füreinander **grundsätzlich als Empfangsboten** angesehen.
2. Eine Willenserklärung ist regelmäßig auch dann in den **Machtbereich** des Adressaten gelangt, wenn sie **außerhalb seiner Wohnung** einem **Empfangsboten** übermittelt wird.
3. Dem Adressaten geht eine Willenserklärung nicht schon dann zu, wenn diese an einen Empfangsboten abgegeben wird, sondern **erst nach Ablauf der Zeit**, die der Empfangsbote für die **Übermittlungstätigkeit** unter den obwaltenden Umständen **normalerweise benötigt**.
4. Leben Ehegatten in einer gemeinsamen Wohnung und sind sie deshalb nach der Verkehrsanschauung füreinander als Empfangsboten anzusehen, gelangt eine an einen der Ehegatten gerichtete Willenserklärung grundsätzlich auch dann in dessen Macht- und Zugriffsbereich, wenn sie dem anderen **Ehegatten außerhalb der Wohnung übermittelt** wird.

Fall: Die Parteien streiten noch darüber, ob die ordentliche Kündigung der Bekl. vom 31.01.2008 der Kl. noch an diesem oder erst am nachfolgenden Tag zugegangen ist und die Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende des Kalendermonats somit am 29.02.2008 oder erst am 31.03.2008 abgelaufen ist.

Die Bekl. betreibt einen Palettenhandel. Die am 20.01.1981 geborene Kl. war bei ihr seit dem 03.02.2003 als Assistentin der Geschäftsleitung beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand § 1 KSchG auf Grund der Kleinbetriebsklausel in § 23 I KSchG keine Anwendung. Am 31.01.2008 verließ die Kl. nach einem Streit der Parteien ihren Arbeitsplatz. Mit einem Schreiben vom selben Tag kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 29.02.2008 und stellte die Kl. zugleich mit sofortiger Wirkung unwiderruflich von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Das Kündigungsschreiben ließ sie dem Ehemann der Kl. durch ihren Mitarbeiter G überbringen. Dieser suchte am Nachmittag des 31.01.2008 dazu den mit ihm befreundeten Ehemann der Kl. an seinem Arbeitsplatz in einem Bau- und Heimwerkermarkt auf.

Der Ehemann der Kl. hat G nicht versprochen, das in einen verschlossenen Umschlag eingelegte Kündigungsschreiben an sie weiterzuleiten. Vielmehr hat er erklärt, dass nicht zwischen ihm und der Bekl., sondern zwischen seiner Ehefrau und der Bekl. ein Arbeitsverhältnis bestehe. Formalitäten möge man intern regeln. G hat daraufhin das Kündigungsschreiben am Arbeitsplatz des Ehemannes zurückgelassen. Dieser hat es zunächst an seinem Arbeitsplatz liegen lassen. Erst am 01.02.2008 hat er der Kl. das Kündigungsschreiben der Bekl. vom 31.01.2008 überreicht. Die Kl. ist der Auffassung, dass ihr die Kündigung erst am 01.02.2008 zugegangen ist und das Arbeitsverhältnis daher erst zum 31.03.2008 beendet werden konnte. Sie haben ihren Ehemann nicht ermächtigt, für sie Willenserklärungen in Empfang zu nehmen. Wann ist das Kündigungsschreiben zugegangen?

Bei dem Kündigungsschreiben handelt es sich um die Ausübung eines Gestaltungsrechts. Auch bei einem Gestaltungsrecht muss der Betroffene von dessen Ausübung Kenntnis erlangen, so dass für die wirksame Ausübung des Gestaltungsrechts die Vorgaben über die das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen gelten. Da das Kündigungsschreiben nicht der Kl. unmittelbar übergeben wurde, gelten die Regeln über die Abgabe der Willenserklärung unter Abwesenden.

I. Grundregeln des Zugangs unter Abwesenden

*„Nach § 130 I BGB wird eine unter Abwesenden abgegebene empfangsbedürftige Willenserklärung in dem Zeitpunkt **wirksam**, in welchem sie dem Empfänger **zugeht**. Bei einer **schriftlichen Willenserklärung** ist dies der Fall, sobald diese in verkehrsüblicher Weise in die **tatsächliche Verfügungsgewalt** des Empfängers oder eines empfangsberechtigten Dritten gelangt und für den Empfänger **unter gewöhnlichen Verhältnissen** die **Möglichkeit** besteht, von dem Inhalt des Schreibens **Kenntnis zu nehmen** (BAG, NJW 1993, 1093 = NZA 1993, 259 = AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24).“ (BAG aaO)*

II. Zugang des Kündigungsschreibens bei der Klägerin

Die tatsächliche Kenntnisnahmemöglichkeit hatte die Kl. erst am 01.02.2008, als ihr das Kündigungsschreiben von ihrem Ehemann übergeben wurde. Fraglich ist jedoch, ob nicht davon ausgegangen werden muss, dass das Kündigungsschreiben ihr schon mit Übergabe an den Ehegatten zugegangen ist. Dieser könnte als ihr Empfangsbote anzusehen sein.

1. persönliche Übergabe des Kündigungsschreibens

Das Kündigungsschreiben vom 31.01.2008 wurde dem Ehemann der Kl. am Nachmittag dieses Tages im Auftrag der Bekl. durch ihren Mitarbeiter G überbracht.

„Die Zustellung eines Kündigungsschreibens statt mit der Post durch eine vom Arbeitgeber eingeschaltete **Mittelperson ist verkehrsmäßig**, insbesondere dann, wenn nur so ein bestimmter Kündigungstermin gewahrt werden kann oder der kündigende Arbeitgeber den Zugang der Kündigung und den Zeitpunkt des Zugangs mit Hilfe eines Boten als Zeugen nachweisen will. Damit ist das Kündigungsschreiben der Bekl. vom 31.01.2008 an diesem Tag in verkehrsmäßiger Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Ehemanns der Kl. gelangt.“ (BGH aaO)

2. Ehegatte als Empfangsbote

a) Empfangsbotenstellung kraft Verkehrsanschauung

Eine ausdrückliche oder konkludente Ermächtigung des Ehemannes durch die Kl. liegt nicht vor. Fraglich ist, ob jemand auch ohne eine solche Ermächtigung allein kraft Verkehrsanschauung eine Empfangsbotenstellung erlangen kann.

„[Der] Begriff des Empfangsboten [lässt sich nicht] dem Gesetz ... entnehmen. Dennoch erkennt die **Rechtsprechung** (vgl. BGH, NJW 1994, 2613; BSG, NJW 2005, 1303; BAG, NJW 1976, 1284 = AP BGB § 130 Nr. 7 = EzA BGB § 130 Nr. 5; AP BGB § 130 Nr. 8 = EzA BGB § 130 Nr. 7; NJW 1993, 1093 = NZA 1993, 259 = AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24; NZA-RR 2009, 79 = AP TVG § 1 Nr. 43 = EzA ZPO 2002 § 259 Nr. 1; OLG Köln, MDR 2006, 866 = BeckRS 2006, 2317) und die im Schrifttum **ganz herrschende Meinung** (vgl. KR-Friedrich, 9. Aufl., § 4 KSchG Rn 106; APS/Ascheid/Hesse, 3. Aufl., § 4 KSchG Rn 64a, 72; KDZ/Däubler, 8. Aufl., §§ 130-132 BGB Rn 14,18; Thüsing/Laux/Lembke/Wiehe, KSchG, 2. Aufl., § 4 Rn 164; HaKo/Fiebig, 3. Aufl., Einl. Rn 48; Stahlhacke/Preis, 10. Aufl. [2010], Rn 130; Schwarze, in: Schwarze/Eylert/Schrader, KSchG, Einl. Rn 42; ErfK/Müller-Glöße, 11. Aufl., § 620 BGB Rn 55; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch/Löwisch, 3. Aufl., § 130 BGB Rn 4; Einsele, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 130 Rn 25; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 130 Rn 9; Lorenz/Wolf, AT BGB, 9. Aufl., § 26 Rn 41; Medicus, AT BGB, 10. Aufl., § 22 Rn 285f; Sandmann, AcP 199 [1999], 455; Schwarz, NJW 1994, 891; Jousen, Jura 2003, 577; Herbert/Herbert NZA 1994, 391; a.A. Staudinger/Singer/Benedict, BGB, 2004, § 130 Rn. 58) neben Empfangsvertretern (§ 164 III BGB) nicht nur rechtsgeschäftlich bestellte Empfangsboten an, sondern **im Wege der Rechtsfortbildung grundsätzlich auch Empfangsboten kraft Verkehrsanschauung**. In Bezug auf rechtsgeschäftlich bestellte Empfangsboten lässt sich die Empfangsbotenstellung auf ein *argumentum a maiore ad minus* zu den §§ 164 ff. BGB stützen (Jousen, Jura 2003, 577 [578]; Sandmann, AcP 199 [1999], 455 [456]). Soweit Rechtsprechung und Schrifttum dem Adressaten auf der Grundlage der Verkehrsanschauung Empfangsboten zuordnen, wird die **Empfangsbotenstellung aus der gesetzlichen Wertung in § 130 BGB** abgeleitet, aus der sich die Grundsätze für die Risikoverteilung beim Zugang von Willenserklärungen ergeben (BAG, AP BGB § 130 Nr. 8 = EzA BGB § 130 Nr. 7; Sandmann, AcP 199 [1999], 455 [457]; Schwarz, NJW 1994, 891 [893]).“ (BAG aaO)

Es ist daher grundsätzlich möglich, jemanden auch allein kraft der Verkehrsanschauung als Empfangsboten anzusehen. Bei Einschaltung eines Empfangsboten ist die Bestimmung des Begriffs des Machtbereichs jedoch nicht eindeutig. Unter **Machtbereich** wird regelmäßig der gewöhnliche **räumlich-gegenständliche Zugriffsbereich oder Lebensbereich** des Empfängers verstanden wird.

„Denn die Eigenschaft, Empfangsbote sein zu können, hängt nicht nur von einer auf eine gewisse Dauer angelegten räumlichen Beziehung zum Adressaten ab, sondern darüber hinaus auch von einer persönlichen oder vertraglichen Beziehung zum Adressaten (Herbert/Herbert, NZA 1994, 391 [392]; Jousen, Jura 2003, 577 [578]). Ob diese Beziehungen eng genug sind, damit eine Person nach der Verkehrsanschauung als Empfangsbote gilt, mag im Einzelfall zweifelhaft sein, zumal die Verkehrsanschauung einem ständigen Wandel unterliegt.“ (BAG aaO)

b) Ehegatte als Empfangsbote kraft Verkehrsanschauung

Es kommt demnach für die Bestimmung des Zugangszeitpunkts der Kündigung bei der Kl. darauf an, ob Ehegatten nach der Verkehrsauffassung als Empfangsboten gelten.

„[In] einer gemeinsamen Wohnung lebende **Ehegatten** [werden] füreinander **grundsätzlich als Empfangsboten** angesehen (BGH, NJW 1994, 2613; Jousen, Jura 2003, 577 [578]; Sandmann, AcP 199 [1999], 455 [457]; Einsele, in: MüKo-BGB, § 130 Rn 25; Herbert/Herbert, NZA 1994, 391 [392]). Diese Verkehrsanschauung beruht auf der **Lebenserfahrung**, dass in aller Regel ohne Weiteres davon auszugehen ist, dass die für einen Ehepartner bestimmte Erklärung durch Aushändigung an den anderen so in dessen **Macht- und Zugriffsbereich** gelangt, dass er von der Erklärung **Kenntnis nehmen kann** (BGH, NJW 1994, 2613).“ (BAG aaO)

Der Ehemann der Kl. ist daher nach der Verkehrsauffassung als Empfangsbote anzusehen.

c) Maßstab für Zugang bei Einschaltung eines Empfangsboten

„Eine Willenserklärung ist grundsätzlich **auch** dann **in den Machtbereich** des Adressaten gelangt, wenn sie einem **Empfangsboten außerhalb der Wohnung** übermittelt wird. Für die auf der Lebenserfahrung beruhende Verkehrsauffassung, wonach in aller Regel davon ausgegangen werden kann, dass ein Ehegatte eine für den anderen Ehegatten bestimmte mündliche **Erklärung diesem alsbald übermittelt** oder ein für den anderen Ehegatten angenommenes Schriftstück diesem **alsbald aushändigt**, ist nicht erforderlich, dass sich der Empfangsbote bei der Entgegennahme der Willenserklärung in der Wohnung der Ehegatten aufhält (vgl. für nicht in derselben Wohnung lebende Empfangsboten BAG, NJW 1993, 1093 = NZA 1993, 259 = AP BGB § 130 Nr. 18 = EZA BGB § 130 Nr. 24; OLG Köln, MDR 2006, 866 = BeckRS 2006, 2317). **An welchem Ort** eine Willenserklärung gegenüber einem Empfangsboten abgegeben wird, kann allerdings für den **Zeitpunkt des Zugangs** der Willenserklärung beim Adressaten von Bedeutung sein.“ (BAG aaO)

Für den Zeitpunkt des Zugangs beim Adressaten ist nach allgemeinen Grundsätzen der Zeitpunkt der **Möglichkeit der Kenntnisnahme** von der Erklärung maßgebend. Fraglich ist jedoch, ab welchem Zeitpunkt von dieser Kenntnisnahmemöglichkeit ausgegangen werden kann.

„Ob eine Willenserklärung dem Adressaten bereits mit der Übermittlung an den Empfangsboten zugeht oder erst dann, wenn mit der Weitergabe der Erklärung durch den Empfangsboten an den Adressaten zu rechnen ist, ist zwar umstritten (vgl. zum Meinungsstreit Jousen, Jura 2003, 577 [5479f]; Herbert/Herbert, NZA 1994, 391 [392]). Den Vorzug verdient jedoch die letztgenannte Ansicht (so auch BGH, NJW 1994, 2613). Wird eine Erklärung gegenüber einem Empfangsboten abgegeben, kommt es anders als bei einer Empfangsvollmacht **allein auf die Person des Adressaten** an. Erst wenn dieser unter Zugrundelegung gewöhnlicher Übermittlungsverhältnisse die **(theoretische) Möglichkeit der Kenntnisnahme** hat, ist die an seinen Empfangsboten abgegebene Erklärung zugegangen. Denn der Empfangsbote hat lediglich die Funktion einer **personifizierten Empfangseinrichtung** des Adressaten (BGH, NJW 1994, 2613). Als dessen Übermittlungswerkzeug soll er die Willenserklärung **entgegennehmen** und an ihn **weiterleiten**, also noch eine Tätigkeit entfalten, um dem Adressaten die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verschaffen. Vom Adressaten, auf den es für den Zugang allein ankommt, kann daher **erst nach Ablauf der Zeit**, die der Empfangsbote für die **Übermittlungstätigkeit** unter den obwaltenden Umständen **normalerweise benötigt**, erwartet werden, dass er von der **Erklärung Kenntnis** nehmen kann. Nur diese Auffassung wird der gängigen Zugangsdefinition gerecht, derzufolge vom Zugang auszugehen ist, wenn die Willenserklärung so in den Bereich des Erklärungsempfängers gelangt ist, dass er Kenntnis nehmen kann oder unter normalen Umständen mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist (Herbert/Herbert, NZA 1994, 391 [392]; Jousen, Jura 2003, 577; Schwarz, NJW 1994, 891).“ (BAG aaO)

d) Bestimmung des Zeitpunkts des Zugangs bei der Kl.

Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass das Kündigungsschreiben dem Ehemann der Kl. jedoch nicht in der Ehewohnung, sondern an dessen Arbeitsplatz übergeben wurde. Fraglich ist, wann in einem solchen Fall davon auszugehen, dass das Schreiben in den Macht- und Zugriffsbereich der Kl. gelangt ist.

„Unter normalen Umständen war mit einer Aushändigung des Kündigungsschreibens der Bekl. vom 31.01.2008 an die Kl. noch an diesem Tag zu rechnen. Das LAG hat zwar keine Feststellungen dazu getroffen, **wie lange** der Ehemann der Kl. am 31.01.2008 im Bau- und Heimwerkermarkt **gearbeitet** hat und **zu welchem Zeitpunkt** am 31.01.2008 **unter gewöhnlichen Umständen** mit seiner **Rückkehr** in die Ehewohnung und damit mit der Weiterleitung des Kündigungsschreibens an die Kl. zu rechnen war. Allerdings hat das LAG nicht nur angenommen, dass der Kl. das Kündigungsschreiben am 31.01.2008 zugegangen ist, sondern auch, dass bei einer Übergabe eines Schreibens an einen Empfangsboten für den Zeitpunkt des Zugangs noch derjenige **Zeitraum hinzuzurechnen** ist, den der **Empfangsbote benötigt**, um das **Schreiben bei regelmäßigem Verlauf** der Dinge dem Adressaten **auszuhändigen**. Das LAG ist damit davon ausgegangen, dass der Kl. das Kündigungsschreiben unter gewöhnlichen Umständen noch am 31.01.2008 von ihrem Ehemann hätte übergeben werden können. Es hat ferner ausgeführt, dass die Bekl. mit einer Aushändigung des Kündigungsschreibens an die Kl. noch am 31.01.2008 nach der Rückkehr ihres Ehemanns in die Wohnung rechnen konnte. Diese Feststellungen hat die Kl. nicht mit Rügen angegriffen.“ (BAG aaO)

e) Ablehnung der Weiterleitung durch dem Empfangsboten

Der Ehemann der Kl. könnte es jedoch abgelehnt haben, das Kündigungsschreiben an die Kl. weiterzuleiten.

aa) Relevanz einer Weigerung

Eine entsprechende Weigerung des Ehemanns müsste aber überhaupt Relevanz haben können.

*„Nach der Rechtsprechung des BAG (NJW 1993, 1093 = NZA 1993, 259 = AP BGB § 130 Nr. 18 = EzA BGB § 130 Nr. 24) muss ein Arbeitnehmer die Kündigung grundsätzlich **nicht als zugegangen** gegen sich gelten lassen, wenn ein als Empfangsbote anzusehender **Familienangehöriger** des abwesenden Arbeitnehmers die **Annahme eines Kündigungsschreibens des Arbeitgebers ablehnt**. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn der Arbeitnehmer auf die Annahmeverweigerung, etwa durch vorherige Absprache mit dem Angehörigen, Einfluss genommen hat.*

*Ob an dieser Rechtsprechung, die auf Zustimmung (Sandmann, AcP 199 [1999], 455 [474f.]), aber auch auf Kritik (Herbert/Herbert, NZA 1994, 391 [393ff.]; Schwarz, NJW 1994, 891) gestoßen ist, festzuhalten ist, bedarf keiner Entscheidung. Zu Gunsten der Kl. kann davon ausgegangen werden, dass ihr das Kündigungsschreiben der Bekl. vom 31.01.2008 **nicht an diesem Tag zugegangen** wäre, wenn es ihr **Ehemann abgelehnt** hätte, das Kündigungsschreiben an sie weiterzuleiten.“ (BAG aaO)*

bb) Vorliegen einer Weigerung

Die Bemerkungen des Ehemannes gegenüber G bei Übergabe des Schreibens könnten als solche Weigerung verstanden werden.

(1) Auslegungsmaßstab

*„Der Inhalt von Willenserklärungen ist nach § 133 BGB objektiv **unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls** nach der Sicht des Empfängers zu bestimmen. Das Gericht muss die von den Parteien für und gegen die Auslegung geltend gemachten Umstände abwägen. Im Urteil ist nachvollziehbar darzulegen, aus welchen Gründen das Gericht zu seinem Ergebnis gelangt ist. Der in der auszulegenden Erklärung bzw. in dem auszulegenden Verhalten verkörperte rechtlich maßgebliche Wille ist zu ermitteln. Kann eine solche Feststellung nicht getroffen werden, so sind die jeweiligen Erklärungen bzw. das Verhalten einer Partei jeweils aus der Sicht des Erklärungsempfängers bzw. der anderen Partei so auszulegen, wie sie nach **Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte** verstanden werden durften (vgl. Senat, NZA 2011, 368 Os. = NJOZ 2011, 275 = ZTR 2010, 646).“ (BAG aaO)*

(2) Anwendung auf den Fall

Der Ehemann der Kl. hat es gegenüber dem Mitarbeiter der Bekl. G nicht ausdrücklich abgelehnt, das Kündigungsschreiben der Bekl. vom 31.01.2008 an die Kl. weiterzuleiten.

„Wenn das LAG die Erklärung des Ehemanns der Kl., die Angelegenheit müsse zwischen der Bekl. und seiner Ehefrau geregelt werden, nicht als Ablehnung gewertet hat, das Kündigungsschreiben mit nach Hause zu nehmen und es der Kl. zu übergeben, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Nach den von der Kl. nicht angegriffenen Feststellungen des LAG hat ihr Ehemann den Mitarbeiter der Bekl. G weder aufgefordert, das Kündigungsschreiben wieder mitzunehmen, noch erklärt, dass er dieses Schreiben an die Kl. nicht weiterleiten werde. Ohne eine solche Erklärung des Ehemanns der Kl. durfte die Bekl. von einer Weiterleitung des Kündigungsschreibens an die Kl. noch am 31.01.2008 ausgehen.“ (BAG aaO)

Ergebnis: Entgegen der Ansicht der Kl. ist ihr das Kündigungsschreiben der Bekl. vom 31.01.2008 noch am selben Tag zugegangen und nicht erst mit der Übergabe des Schreibens durch ihren Ehemann am 01.02.2008.

StGB

Betrug / Untreue

StGB

§§ 263, 266 Schadenskompensation durch Befreiung von einer Verbindlichkeit

(BGH in NSTZ-RR 2011, 312; Beschluss vom 05.07.2011 – 3 StR 444/10)

1. **Grds. ist es möglich, dass ein Gläubiger sich im Rahmen eines Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen ihm kein Anspruch zusteht, einen Vermögensvorteil verschafft, um sich damit für einen aus einem anderen Rechtsgeschäft bestehenden Anspruch zu befriedigen.**
2. Durch die Tat muss aber zur **Schadenskompensation unmittelbar eine Befreiung von dem bestehenden Anspruch** eintreten. Hierfür ist es erforderlich, dass der Handelnde das durch rechtswidrige Mittel Erlangte zu seinem bestehenden Anspruch in Beziehung gebracht hat, um auszuschließen, dass der Schuldner sowohl auf den bestehenden als auch auf den fingierten Anspruch leistet.
3. Dies gilt **selbst dann, wenn** der dem Gläubiger aus dem anderen Rechtsgeschäft entstandene **Anspruch schwer zu beweisen und/oder noch nicht fällig ist.**

Fall: Der Angekl. D war als Geschäftsführer der P Baugesellschaft mbH, die mit einem weiteren Unternehmen als ‚Arbeitsgemeinschaft T‘ (im Folgenden: T) zusammen arbeitete, an dem verfahrensgegenständlichen Geschehen beteiligt. Im Dezember 1996 vergab die Planungsgesellschaft Bahnbau Deutsche Einheit (PBDE) der Deutschen Bahn AG im Rahmen des Projekts ‚Bahnstrecke Hannover/Berlin‘ für eine Teilstrecke einen Bauauftrag mit Schwerpunkt Erdarbeiten an die T. Bereits Anfang 1997 kam es zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu einer Auseinandersetzung darüber, in welchem Umfang der Hauptvertrag die Erstellung von Baustraßen außerhalb der Bahntrasse abdeckte. Der Mitangekl. R erstellte für die T vor Durchführung der Arbeiten ein Nachtragsangebot mit Leistungsverzeichnis. Der Auftraggeber lehnte eine Vergütung für die bis Juli 1997 auf Anordnung fertig gestellten Baustraßen mehrfach, zuletzt mit Schreiben vom 03.02.1998, eindeutig ab, da diese Leistung von der Vergütung gemäß Hauptvertrag abgedeckt sei. Zu Gunsten der Angekl. ist davon auszugehen, dass die Rechtsauffassung des Auftraggebers unzutreffend sei und ein Anspruch der T dem Grunde nach besteht.

Der Angekl. D ‚überzeugte‘ die für die PBDE tätigen Mitangekl. S und O im Februar oder März 1998 von der Berechtigung der Ansprüche der T. Der Mitangekl. S war als ‚Realisierungsmanager‘ für die PBDE tätig, der Mitangekl. O war Leiter der Bauüberwachungszentrale (BÜZ) der PBDE. Beide Mitangekl. waren an der i.E. ablehnenden Prüfung der Nachtragsforderungen der T beteiligt. Sie verfielen dann auf den Plan, der aus ihrer Sicht berechtigten Forderung durch Fingierung eines Alternativsachverhalts (Grundsanie rung der Baustraßen im Spätherbst 1997, die nicht stattgefunden hatte) zur Durchsetzung zu verhelfen. Die Angekl. gingen davon aus, dass im Falle eines erfolgreichen Austauschs der ‚wahren‘ durch die fiktive Anspruchsgrundlage der Punkt ‚Vergütung der Leistungen im Zusammenhang mit den Baustraßen‘ erledigt sei. Die T sollte nach dem Plan einen Betrag von von 4,2 Millionen DM (netto) erhalten. Bei dieser ‚vergleichsweise‘ bestimmten Summe spielte eine Rolle, dass eine Prüfung der Massen- und Einheitspreise nicht durchgeführt werden sollte, da sonst der fiktive Charakter des Sachverhalts ‚Grundsanie rung‘ aufgefallen wäre. Eine ‚Überzahlung‘ der T nahmen die Angekl. in Kauf.

Entsprechend den Vorgaben des Mitangekl. O wurde dann von der BÜZ eine befürwortende Stellungnahme erarbeitet. Diese stellte den neuen Sachverhalt ‚Grundsanie rung‘ allerdings nicht isoliert, sondern in unauflösbarem Zusammenhang mit dem Nachtragsangebot als ‚Mehraufwand Baustraßenbau‘ dar und benutzte dessen Leistungsverzeichnis – unter Vornahme von Abschlägen – als Berechnungsgrundlage. Daraufhin wurde während der Nachtragsverhandlung die Vertragsänderung unter teilweiser Heraufsetzung einzelner Positionen empfohlen. Die Vergabekommission der PBDE genehmigte die Vertragsänderung ‚entsprechend dem Nachtragsangebot der T‘. Der ‚Auftrag‘ wurde von der T bestätigt, am 02.09. wurde auf eine Abschlagsrechnung der T gezahlt, im Januar 2000 auf die Schlussrechnung der T die endgültige Abrechnung vorgenommen.

Zu prüfen ist, ob die Angekl. sich wegen **gemeinschaftlichen Betruges in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue** (§ 30 I Nr. 1, II Nr. 1 OWiG i.V. mit §§ 263 I, 266 I 2. Fall, 25 II, 27, 52 StGB) strafbar gemacht haben. Dies setzt das **Vorliegen eines Vermögensschadens** voraus.

- I. Nach **st. Rspr.** ist unter **Nachteil bzw. Vermögensschaden jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße** zu verstehen, die Vermögensminderung ist nach dem **Prinzip der Gesamtsaldierung** auf Grund eines Vergleichs des Vermögensstandes vor und nach der Tat unter lebensnaher wirtschaftlicher Betrachtungsweise festzustellen (Fischer, StGB, 58. Aufl. § 266 Rn 115 sowie § 263 Rn 110ff. m. w. Nachw.).
 1. Ein **Nachteil** liegt deshalb nicht vor, wenn zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird (vgl. BGHSt 15, 342 = NJW 1961, 685; BGH NJW 1975, 1234; BGHR StGB § 266 I Nachteil 14, 55; BGH StraFo 2010, 301).
 2. Ein solcher **Vermögenszuwachs** tritt bspw. ein, soweit das **Vermögen von einer Verbindlichkeit in Höhe des Verlusts befreit** wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Verbindlichkeit schwer zu beweisen wäre (BGHR StGB § 266 I Nachteil 46).

Es ist daher grds. möglich, dass ein Gläubiger sich im Rahmen eines Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen ihm kein Anspruch zusteht, einen Vermögensvorteil verschafft, um sich damit für einen aus einem anderen Rechtsgeschäft bestehenden Anspruch zu befriedigen (BGH wistra 1982, 68f.; BGHR StGB § 266 Nachteil 46).

Es muss aber **durch die Tat unmittelbar eine Befreiung von dem bestehenden Anspruch** eintreten. Hierfür ist es erforderlich, dass der Handelnde das durch rechtswidrige Mittel, etwa Täuschung, Erlangte zu seinem bestehenden Anspruch in Beziehung gebracht hat, um auszuschließen, dass der Schuldner sowohl auf den bestehenden als auch auf den fingierten Anspruch leistet (vgl. BGH wistra 1982, 68f.; BGH NSTz-RR 1997, 298).

- II. Vorliegend ist daher zu prüfen, ob eine **Schadenskompensation** im Hinblick auf die als ‚dem Grunde nach‘ berechtigt angesehene Forderung der T wegen der Herstellung der Baustraßen anzunehmen ist.

„Der Anspruch [war] entstanden: Gem. § 1 Nr. 3 der hier anwendbaren VOB/B war die T auf Verlangen des Auftraggebers verpflichtet, auch Mehrleistungen gegenüber dem Hauptvertrag auszuführen, wofür ihr nach § 2 Nr. 5 VOB/B eine Vergütung zustand. Die PBDE hatte die Ausführung der Baustraßen außerhalb der Trasse ausdrücklich verlangt. Mit der Ausführung der angeordneten Leistung war der Vergütungsanspruch der T entstanden, die Vorlage einer prüffähigen Rechnung gem. § 14 Nr. 1 VOB/B war nur Voraussetzung der Fälligkeit des Anspruchs, nicht aber seiner Entstehung (vgl. Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 3. Aufl. § 2 VOB/B § 2 Rn 177, § 14 Rn 2; Kuß, VOB, 2. Aufl., § 14 VOB/B Rn 7). Entsprechendes gilt, wenn die Straßenerstellung als zusätzliche Leistung i.S. von §§ 1 IV, 2 VI VOB/B anzusehen wäre.

Dass zum anderen nach dem Tatplan eine prüffähige Rechnung für den ‚wahren‘ Anspruch nicht mehr gestellt, dieser Anspruch somit nicht mehr fällig und geltend gemacht werden sollte, schließt die Kompensationsfähigkeit nicht aus, sondern schafft hierfür gerade die Voraussetzung, nämlich das Sich-Begeben der Forderung seitens des von der Tat Begünstigten. Hätte die T auf die Geltendmachung des Anspruchs nicht verzichtet, hätte sie zur Tatzeit eine prüffähige Rechnung noch erstellen können.“ (BGH aaO)

- III. **Der grundsätzlichen Kompensationsgeeignetheit des Vergütungsanspruchs** für die Herstellung der Baustraßen **steht auch dessen mangelnde Fälligkeit nicht entgegen.**

*„Zwar scheint sich im Hinblick auf den Schuldspruch aus der Entscheidung **BGHR StGB § 266 I Nachteil 51** anderes zu ergeben. In jenem Fall, in dem der Angekl. in Höhe seiner noch nicht fälligen Honoraransprüche als Liquidator unter Missbrauch seiner Vertretungsbefugnis Entnahmen getätigt und das LG zwar nicht das Honorar, aber den Nutzungsausfall in voller Höhe als Schaden gewertet hatte, hat der BGH nur den Strafausspruch aufgehoben. Den Schuldspruch hat er nicht beanstandet, da die Entnahme mangels Fälligkeit der Honorarforderungen **nicht der materiellen Rechtsordnung entsprochen** habe. In der Entscheidung des BGH wurde allerdings ausdrücklich offen gelassen, ob anderes zu gelten hat, wenn die Forderung des Täters die Höhe der abgeflossenen liquiden Geldmittel beträchtlich übersteigt, was im vorliegenden Fall (wie noch zu erörtern) nicht auszuschließen ist. Darüber hinaus ist fraglich, ob an der seinerzeitigen Gewichtung der Fälligkeit nach der – mit Gesetzeskraft versehenen – Entscheidung des BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209 = NSTz 2010, 626 noch festzuhalten ist. Die bereits früher in der Lit. vertretene Auffassung, dass die fehlende Fälligkeit einer vorzeitig erfüllten Verbindlichkeit nicht schon für sich allein zu einem Vermögensnachteil führe (vgl. Fischer, StGB, 56. Aufl., § 266 Rn 59), bekommt vor dem Hintergrund der **vom BVerfG geforderten Nachteilsermittlung anhand wirtschaftlicher Kriterien** zusätzliches Gewicht. Angesichts der in den letzten Jahrzehnten festzustellenden Gegebenheiten des Wirtschaftslebens (Handel mit Optionen, ‚Futures‘ etc.) erscheint die Auffassung, noch nicht fällige Forderungen hätten keinen wirtschaftlichen Wert, als nicht (mehr) vertretbar. Eine **geminderte Werthaltigkeit gegenüber dem Nominalbetrag kann nicht pauschal angenommen werden**, sondern muss entsprechend den Umständen des Einzelfalls festgestellt werden. Bedarf es nur noch ‚eines Federstriches‘ um die Fälligkeit herbeizuführen, dürfte der Nominalwert kaum unterschritten sein; anders ist es, wenn hierfür noch besonderer Aufwand zu betreiben ist.*

Vorliegend wäre zu berücksichtigen, dass das Nachtragsangebot sich lediglich als vorläufige Schätzung vor Durchführung der Baumaßnahme darstellte. In welchem Umfang der T prüffähige Unterlagen zur Fertigung einer Schlussrechnung zur Verfügung gestanden haben, hat die Kammer nicht festgestellt. Immerhin waren die Baustraßen zur Zeit der Tatvollendung (Vertragsschluss im August 1998; Zahlung im September 1998) noch nicht zurückgebaut (Rückbautermin: Oktober 1998). Allerdings führt der Umstand, dass die Forderung bestritten war, gemeinsame Feststellungen (§ 14 Nr. 2 VOB/B) nicht erstellt waren und die T die Beweislast für den Nachweis der Höhe ihrer Forderung zu tragen hatte (vgl. Kapellmann, § 2 VOB/B Rn 228 mwN) zu einer gewissen Minderung des wirtschaftlichen Werts ihrer Forderung, den näher zu bestimmen auf Grund der lückenhaften Urteilsgründe nicht möglich ist.“ (BGH aaO)

- IV. **Ergebnis:** Vorliegend ist daher eine Schadenskompensation im Hinblick auf die als ‚dem Grunde nach‘ berechtigt angesehene Forderung der T wegen der Herstellung der Baustraßen anzunehmen, sodass das Vorliegen eines Vermögensschadens i.S.d. §§ 263, 266 StGB zu verneinen ist.

Untreue

Vermögensbetreuungspflicht eines Rechtspflegers

(BGH in NJW 2011, 2819; Urteil vom 28.07.2011 – 4 StR 156/11)

Dem mit einem Zwangsverwaltungsverfahren befassten Rechtspfleger obliegt eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber Gläubigern und Schuldner.

Fall: Der Angekl. N ist Rechtsanwalt und seit dem Jahr 2002 im Bereich der Zwangsverwaltung tätig. Der Angekl. S war von 1996 bis Ende 2007 als Rechtspfleger beim AG beschäftigt; dort bearbeitete er vor allem Zwangsverwaltungs- und Zwangsversteigerungsverfahren.

Am 04.12.2002 beantragte eine Gläubigerin des T beim AG u. a. die Zwangsverwaltung über dessen Grundstück in L. Mit Beschluss vom 14.01.2003 ordnete der Angekl. S, in dessen Zuständigkeit die Bearbeitung dieses Antrags fiel, die Zwangsverwaltung an und bestellte den Angekl. N zum Zwangsverwalter, obwohl ihm in diesem Anwesen bereits zuvor vom Eigentümer unentgeltlich eine Dachgeschosswohnung zur Nutzung überlassen worden war, die er auch in der Folgezeit – bis mindestens Ende 2007 – nutzte, ohne hierfür Miete bzw. eine sonstige Nutzungsentschädigung und Betriebskosten an den Zwangsverwalter zu bezahlen. Der Angekl. N nahm das Grundstück am 21.01.2003 in Besitz und übte seine Verwaltertätigkeit aus. Dabei war ihm bekannt, dass der Angekl. S, der in dem Haus „nach dem Rechten sah“, die Dachgeschosswohnung unentgeltlich nutzte. Dies gestattete er im Einvernehmen mit dem Angekl. S auch weiterhin, obwohl beide Angekl. wussten, dass der Angekl. S auch unter Berücksichtigung seiner Dienste Miete bzw. eine Nutzungsentschädigung zu entrichten und die Betriebskosten zu zahlen gehabt hätte. Der Angekl. S hielt den Angekl. N zu keinem Zeitpunkt dazu an, ihn als Nutzer der Immobilie zu erfassen und bei ihm Miete bzw. eine Nutzungsentschädigung und die Betriebskosten einzufordern. Der Angekl. N sah von der Geltendmachung dieser Ansprüche ab, „weil er sich hierfür ein Gewogensein des Angekl. S im Rahmen dessen dienstlicher Tätigkeit versprach. Davon ging auch der Angekl. S aus.“ Eine Umsetzung dieser „stillschweigenden Übereinkunft“ über die kostenlose Überlassung der Wohnung hinaus konnte allerdings nicht festgestellt werden. Zwischen Februar 2003 und November 2007 entgingen dem Zwangsverwalter bzw. der Gläubigerin des T bzw. diesem selbst infolge der kostenlosen Nutzung der Wohnung durch den Angekl. S insgesamt 8.408,84 € (108,50 €/Monat Kaltmiete und 36,48 €/Monat Betriebskosten).

I. Die Angekl. N und S könnten sich wegen **Betruges nach § 266 I StGB** strafbar gemacht haben.

1. Eine **Vermögensbetreuungspflicht i. S. des § 266 I StGB** ist gegeben, wenn der **Täter in einer Beziehung zum (potenziell) Geschädigten steht**, die eine **besondere**, über die für jedermann geltenden **Pflicht zur Wahrung der Rechtssphäre anderer** hinausgehende **Verantwortung für dessen materielle Güter** mit sich bringt. Den Täter muss eine **inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen** treffen.

Hierbei ist in erster Linie von Bedeutung, ob die **fremdnützige Vermögensfürsorge** den **Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung** bildet und ob dem Verpflichteten bei deren Wahrnehmung ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit, mit anderen Worten die **Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums** verbleibt (zum Ganzen BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 = NSTZ 2011, 37 m. w. Nachw.).

2. Eine solche **Vermögensbetreuungspflicht** – wie auch seine Garantenstellung gegenüber der Gläubigerin des T und diesem selbst – bestand für den Angekl. N **auf Grund der Regelungen der §§ 152, 154 ZVG** i. V. mit dem Beschluss über seine Bestellung zum Zwangsverwalter.

Bereits das **RG** (RGSt 38, 190) hat den **Zwangsverwalter** zu den „**kraft öffentlich-rechtlicher Verpflichtung zu besonderer Treue verbundenen Personen**“ gerechnet und ihm eine Vermögensbetreuungspflicht auferlegt.

„Hieran hat sich nichts geändert: Denn aus §§ 152, 154 ZVG ergibt sich, dass der Zwangsverwalter eines Grundstücks fremdes Vermögen im Interesse aller Beteiligten, also insbes. der Gläubiger und Schuldner (§ 9 ZVG), treuhänderisch verwaltet (vgl. Böttcher/Keller, ZVG, 5. Aufl., § 152 Rn 5; zum Konkurs- und Insolvenzverwalter BGH NSTZ 1998, 246; zu diesen auch Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 266 Rn 13, 33, Borchardt, Hamburger Komm. z. InsolvenzR, 2. Aufl., § 266 StGB Rn 1, 9 ff., jew. m. w. Nachw.). Diesen gegenüber ist er – selbstständig und nach pflichtgemäßem Ermessen handelnd (§ 1 I 1 ZwangsverwalterVO – im Folgenden: ZwVwV, bzw. § 1 I 1 der VO über die Geschäftsführung u. die Vergütung d. Zwangsverwal-

ters – im Folgenden: ZVwVergV) – für die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen verantwortlich (§ 154 S. 1 ZVG). Zu diesen Pflichten gehört es auch und insbes., das Grundstück „ordnungsgemäß zu benutzen“ (§ 152 I ZVG). Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, unterlässt er es also, alle möglichen Nutzungen zu ziehen (Böttcher/Keller, § 152 Rn 19), also bspw. das Grundstück durch Vermietung nutzbar zu machen (Böttcher/Keller, § 152 Rn 20, 32; zur Umwandlung von unentgeltlichen Überlassungsverträgen in ein Miet- oder Pachtverhältnis: Drasdo NJW 2011, 1782 m. w. Nachw.) und den Mietzins einzuziehen oder zu niedrige Mieten anzuheben (KG MDR 1978, 586; Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Zwangsvollstreckung, § 152 Rn 3), so haftet er für den hierdurch den Gläubigern bzw. dem Schuldner entstandenen Schaden nach § 154 ZVG (vgl. KG MDR 1978, 586; ferner Böttcher/Keller, § 154 Rn 3b).

Auf dieser Grundlage hat der Angekl. N durch das Unterlassen des Forderns und Einziehens des Mietzinses bzw. einer Nutzungsentschädigung und der Betriebskosten beim Angekl. Sch seine Pflichten als Zwangsverwalter verletzt, hierdurch seine Vermögensbetreuungspflicht missachtet und die Gläubigerin des T bzw. diesen selbst geschädigt (vgl. ferner OLG Bremen NStZ 1989, 228; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 266 Rn 33 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

3. Auch dem Angekl. S oblag eine **Vermögensbetreuungspflicht i. S. des § 266 I StGB** gegenüber der Gläubigerin des T bzw. diesem selbst.

- a) Nach **§ 153 ZVG** hat der Rechtspfleger (§ 3 Nr. 1 i RPfIG) des VollstrG unter anderem die **Geschäftsführung des Verwalters zu beaufsichtigen**. Ihm kommt diesem gegenüber eine „**verfahrensbeherrschende Stellung**“ zu (Böttcher/Keller, § 153 Rn 1).

„Zwar handelt der Verwalter grds. selbstständig und eigenverantwortlich, jedoch ist das **VollstrG berechtigt und verpflichtet, den Verwalter zu leiten und im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit festgestellte Pflichtwidrigkeiten abzustellen** (vgl. Böttcher/Keller, § 153 Rn 5). Diese Pflichten berühren nicht nur allgemeine Interessen der Gläubiger und Schuldner; sie betreffen vielmehr auch deren Vermögensinteressen. Denn die **Aufsichtspflicht des Rechtspflegers** bezieht sich insbesondere auf die **treuhänderische Tätigkeit des Zwangsverwalters** und die diesem obliegende **Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Gläubiger und des Schuldners**. Hierzu kann und muss der Rechtspfleger dem Zwangsverwalter ggf. auch (Einzel-)Anweisungen erteilen, die etwa Mietverträge betreffen können (§§ 6, 10 I Nr. 2 ZwVwV bzw. § 6 ZVwVergV). Solchen Anweisungen muss der Zwangsverwalter folgen, er ist an sie gebunden (§ 1 I 2 ZwVwV bzw. § 1 I 2 ZVwVergV).“ (BGH aaO)

- b) Angesichts dieser Stellung und Aufgaben des Rechtspflegers in Zwangsverwaltungsverfahren oblag dem Angekl. S gegenüber der Gläubigerin des T bzw. diesem selbst eine Vermögensbetreuungspflicht i. S. des § 266 StGB.

vgl. zum Rechtspfleger in Nachlasssachen ebenso BGHSt 35, 224 = NJW 1988, 2809 = JZ 1988, 881; zum Gerichtsvollzieher RGSt 61, 228; BGH NJW 2011, 2149 = NStZ 2011, 281

„**Dem steht nicht entgegen, dass der Angekl. S – weil selbst betroffen (vgl. § 10 RPfIG i. V. mit § 41 Nr. 1 ZPO) – in dem Zwangsverwaltungsverfahren gar nicht hätte tätig werden dürfen; denn das Verbot, in eigener Sache tätig zu werden, schließt ein gleichwohl bestehendes Treueverhältnis nicht aus** (so bereits RGSt 72, 347).“ (BGH aaO)

- c) **Gegen die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht** könnte der Angekl. S dadurch **verstoßen** haben, dass er den **Zwangsverwalter nicht dazu anhielt**, bei ihm selbst **Miete bzw. Nutzungsentschädigung und Betriebskosten einzufordern**.

„Zwar genügt die bloße Verletzung einer nicht zumindest auch den fremden Vermögensinteressen dienenden Dienstpflicht nicht für eine Verurteilung wegen Untreue (vgl. RGSt 61, 228 zum Gerichtsvollzieher; Satzger/Schmitt/Widmaier, § 266 Rn 32 m. w. Nachw.; für den Nachlassrechtspfleger auch Otto JZ 1988, 883). Jedoch ist eine **Normverletzung pflichtwidrig i. S. von § 266 StGB, wenn die verletzte Rechtsnorm wie hier – wenigstens auch, und sei es mittelbar – vermögensschützenden Charakter hat** (BGHSt 55, 288 = NJW 2011, 88 = NStZ 2011, 37).“ (BGH aaO)

- d) Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch den Angekl. S hat bei der Gläubigerin des T bzw. diesem selbst auch zu einem **Vermögensnachteil i. S. des § 266 I StGB** geführt.

„Insofern ist ohne Bedeutung, dass es denkbar ist, dass der Zwangsverwalter Anweisungen des Rechtspflegers entgegen seiner Pflicht nicht folgt. Bei einer – wie vorliegend – rechtmäßigen und in der Sache gebotenen Anweisung steht eine solche ohne jeglichen Anhaltspunkt in den Raum gestellte, lediglich denkbare Annahme der Bejahung des erforderlichen Zusammenhangs zwischen dem pflichtwidrigen Tun und dem Erfolg nicht entgegen (vgl. BGH NJW 2010, 1087 = NStZ 2011, 31).“ (BGH aaO)

- e) Auch soweit für eine Verurteilung wegen Untreue gefordert wird (dies in Frage stellend BGH NJW 2011, 1747 = NStZ 2011, 403; dagegen bspw. Satzger/Schmitt/Widmaier, § 266 Rn 83, 84), dass der **Vermögensnachteil unmittelbar durch die Pflichtverletzung ausgelöst** worden sein muss, fehlt es hieran nicht.

„Denn ein über den Zurechnungszusammenhang hinausgehendes **Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Pflichtwidrigkeit und Nachteil** steht weder in Fällen der mittelbaren Täterschaft noch in dem Fall der Mittäterschaft in Frage. Auch bei der Alleintäterschaft des Angekl. S liegt in dem Unterlassen der Anweisung an den Zwangsverwalter, die gegen ihn selbst bestehenden Forderungen geltend zu machen, auf Grund der Bindung des Zwangsverwalters an eine solche Anweisung zumindest eine **unmittelbare schadensgleiche Vermögensgefährdung** (vgl. für Schäden, die sich gleichsam von selbst vollstrecken, Satzger/Schmitt/Widmaier, § 266 Rn 75; zur Untreue durch Nicht-Erfüllung von Aufsichtspflichten ders., ebenda Rn 33, jew. m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

II. Daneben haben sich die Angekl. auch wegen **Vorteilsgewährung** bzw. **Vorteilsannahme** nach §§ 331, 333 StGB strafbar gemacht.

1. Die nach §§ 331, 333 StGB erforderliche **Unrechtsvereinbarung** liegt vor, denn nach der Neufassung dieser Tatbestände werden **auch diejenigen Fälle erfasst, in denen durch einen Vorteil nur das generelle Wohlwollen und die Geneigtheit des Amtsträgers erkaufte bzw. „allgemeine Klimapflege“ betrieben wird.** Dabei muss allerdings zwischen dem Vorteil und der Dienstausübung ein „**Gegenseitigkeitsverhältnis**“ in dem Sinne bestehen, dass der Vorteil nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der Beteiligten seinen Grund gerade in der Dienstausübung hat, also Ziel der Vorteilszuwendung ist, auf die künftige Dienstausübung Einfluss zu nehmen und/oder die vergangene Dienstausübung zu honorieren (BGHSt 53, 6 = NJW 2008, 3580 = NStZ 2008, 688 m. w. Nachw.).

„Dies ist vorliegend gegeben, weil sich der Angekl. N ein „Gewogensein des Angekl. S (gerade) im Rahmen dessen dienstlicher Tätigkeit versprach“. Im Einvernehmen hiermit sollte der Angekl. S als für das Zwangsverwaltungsverfahren zuständiger Rechtspfleger, mithin als „das Vollstreckungsgericht“ und als Amtsträger, handeln (vgl. auch BGHSt 35, 224 = NJW 1988, 2809 = JZ 1988, 881).“ (BGH aaO)

2. Der gewährte bzw. entgegengenommene Vorteil, nämlich die unentgeltliche Nutzung der Wohnung während der von ihm angeordneten Zwangsverwaltung, stellt auch einen **Vorteil i. S. der §§ 331, 333 StGB** dar.

„Denn hierunter ist **jede Leistung** zu verstehen, **auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert** (vgl. BGHSt 53, 6 = NJW 2008, 3580 = NStZ 2008, 688 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

(VGH Mannheim in NJW 2011, 2748; Urteil vom 17.03.2011 – 1 S 2513/10)

1. Anscheinsstörer ist, wer **ex post betrachtet nicht wirklich eine Gefahr verursacht**, aber ex ante betrachtet bei einem fähigen, besonnenen und sachkundigen Polizeibeamten den **Eindruck der Gefahrverursachung** erweckt.
2. Hierfür genügt es, dass ein **Verhalten objektiv geeignet** ist, bei Dritten den **Eindruck zu erwecken**, es drohe ein Schaden für ein polizeilich geschütztes Rechtsgut (**Irreführungsrisiko**).
3. Ein Anscheinsstörer kann zu den Kosten einer polizeilichen Ingewahrsamnahme herangezogen werden, wenn er bei der gebotenen ex post-Betrachtung den **Anschein der Störereigenschaft**, auf Grund dessen die Polizei ihm gegenüber tätig geworden ist, **in zurechenbarer Art und Weise verursacht** hat.
4. Ist **keine amtsrichterliche Entscheidung** über die Zulässigkeit einer Ingewahrsamnahme getroffen worden, so ist die **Rechtmäßigkeit** des Gewahrsams eine im Rahmen der Überprüfung des Gebührenbescheides **inzident zu prüfende Voraussetzung für die Kostenpflicht** des Betroffenen. Diese Prüfung erstreckt sich nicht nur auf die materiellen Voraussetzungen der Ingewahrsamnahme, sondern auch auf die Einhaltung des in Art. 104 II GG verankerten Richtervorbehalts.

Fall: Am 02.06.2007 fand in X2. eine Regionalligabegegnung zwischen der zweiten Mannschaft des X2. SC und dem SSV X4. statt. Die X4. Fans wurden ab Eintreffen mit der S-Bahn am X5. Tor auf ihrem Fußmarsch zum Stadion durch Einsatzkräfte der Polizei begleitet. Gegen 14.00 Uhr wurde die Fangruppe, die auf der Westseite des A.-Rings entlang des Universitätsgeländes ging, auf Höhe der Fußgängerüberführung R.-W.-A. von zum Teil maskierten und verummten KSC-Fans angegriffen. Dabei wurden eine Rauchbombe gezündet und Flaschen, Steine und Farbeimer gegen die X4. Fans geworfen. Hierbei wurden zwei Polizeibeamte verletzt. Unmittelbar nach der Attacke rannten die Angreifer wieder in das W.-Gebiet Richtung Stadion zurück. Von den nachsetzenden Einsatzkräften wurde eine Gruppe von 40 Personen beim U.-Schwimmbad gestellt und zur Personalienfeststellung festgehalten. Darunter befand sich auch der Kläger. Da die Polizei nach dem Spiel weitere Angriffe auf die X4. Fans befürchtete, wurde den festgehaltenen Personen zur Verhinderung solcher Störungen der Polizeigewahrsam erklärt mit dem Ziel der Entlassung nach Abreise der X4. Fans. Weil die vorhandenen polizeilichen Transportkapazitäten nicht ausreichten, wurde zum Transport ein Bus der Verkehrsbetriebe X2. geordert, mit dem die Betroffenen unter Polizeibegleitung zum Zentralgewahrsam des Polizeipräsidiums X2. in der M.-Straße gefahren wurden. Nach Abreise der X4. Fans gegen 17.30 Uhr wurden die in Gewahrsam Genommenen sukzessive in Fünfergruppen auf freien Fuß gesetzt. Die gegen den Kläger und die anderen festgesetzten Personen eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wegen Landfriedensbruchs wurden nach § 170 II StPO eingestellt, da eine Beteiligung nicht hinreichend sicher nachweisbar war.

Mit Gebührenbescheid vom 23.07.2007 zog das Polizeipräsidium X2. den Kläger zu einer Gebühr in Höhe von 93,- € heran (Transport mit dem Polizeifahrzeug: 48,- €; Unterbringung im Polizeigewahrsam: 45,- €). Auch gegen die übrigen 39 in Gewahrsam genommenen Personen ergingen entsprechende Gebührenbescheide.

Am 30.07.2007 legte der Kläger Widerspruch ein und machte geltend, die Zahlungsaufforderung sei für ihn völlig unverständlich und nicht hinnehmbar. Sie seien grundlos und unschuldig abgeführt worden. Der Transport habe nicht in einem Polizeifahrzeug, sondern in einem für die X4. Fans bereitgestellten Linienbus stattgefunden. Der Einsatz von nur ca. zehn Beamten im Bus habe einen Personalaufwand von 240,- € verursacht, was durch 41 Businsassen dividiert 6,- € pro Person ergebe. Schließlich habe es sich um keinen Polizeigewahrsam gehandelt, vielmehr seien sie lediglich in eine Garage verfrachtet worden.

Mit Schreiben vom 29.09.2008 teilte das Polizeipräsidium X2. dem Kläger mit, dass der Gebührenbescheid vom 23.07.2007 auf die Gebühr für die Unterbringung im Polizeigewahrsam, mithin auf 45,- €, reduziert werde.

Den im Übrigen aufrecht erhaltenen Widerspruch wies das Regierungspräsidium X2. - Landespolizeidirektion - mit Widerspruchsbescheid vom 12.08.2009 als unbegründet zurück. Die Voraussetzungen für die polizeiliche Ingewahrsamnahme durch den Polizeivollzugsdienst hätten vorgelegen. Die Anwendung von körperlicher Gewalt jeglicher Art gegenüber anderen Personen stelle eine erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar. Die eingesetzten Beamten hätten davon ausgehen müssen, dass es während oder nach dem Fußballspiel zu neuen Übergriffen gegenüber den Gästefans und weiteren Auseinandersetzungen kommen könnte. Die Ingewahrsamnahme habe der Verhinderung weiterer erheblicher Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gedient und sei unter Berücksichtigung des Verhaltens des Klägers die einzige angemessene Maßnahme gewesen. Die Höhe der Gebühren entspreche den rechtlichen Vorgaben. Ist der Kostenbescheid rechtmäßig?

Der Kostenbescheid ist rechtmäßig, wenn er auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage gestützt ist und den formellen und materiellen Anforderungen entspricht.

I. Ermächtigungsgrundlage

„Rechtsgrundlage der vom Kläger erhobenen Gebühr in Höhe von 45,-- € sind die §§ 1, 3-7 LGebG i.V.m. Nr. 15.2.2 des Gebührenverzeichnisses zur Gebührenverordnung Innenministerium vom 26.09.2006 (GBl. S. 300), geändert durch Verordnung vom 10.10.2008 (GBl. S. 402).“ (VGH Mannheim aaO)

II. formelle Rechtmäßigkeit

Gegen die formelle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides bestehen keine Bedenken.

III. materielle Rechtmäßigkeit

Der Kostenbescheid müsste aber auch materiell rechtmäßig sein.

Nach §§ 1, 3-7 LGebG i.V.m. Nr. 15.2.2 des Gebührenverzeichnisses zur Gebührenverordnung kann für den Aufenthalt in einer Gewahrsamseinrichtung je angefangene 24 h eine Gebühr von 45,00 € geltend gemacht werden. Da der Kläger in eine Gewahrsamseinrichtung verbracht wurde, liegen die Voraussetzungen für Geltendmachung der Kosten grundsätzlich vor.

1. Relevanz der Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme

Fraglich ist jedoch, ob es für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides auf die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme ankommt.

„Erledigt sich - wie hier - die Ingewahrsamnahme vor Ablauf einer Rechtsbehelfsfrist, so gebietet es die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 IV GG, im Rahmen der Überprüfung des Gebührenbescheides auch die zugrundeliegende Amtshandlung einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen (vgl. Senatsurteile vom 20.03.1986 - 1 S 2654/85 - VBIBW 1986, 299 und vom 02.03.1989 - 1 S 1952/88 - VBIBW 1989, 299). Da sich vorliegend die Ingewahrsamnahme des Klägers am 02.06.2007 gegen 14.30 Uhr mit seiner Entlassung zwischen 17.30 Uhr und 18.00 Uhr am selben Tage erledigt hatte und keine amtsrichterliche Entscheidung über den Gewahrsam nach § 28 III PolG getroffen worden war, ist dessen Rechtmäßigkeit somit eine in diesem Verfahren inzident zu prüfende Voraussetzung für die Kostenpflicht des Klägers (vgl. zur Inzidentprüfungskompetenz: Senatsurteil vom 13.05.2004 - 1 S 2052/03 - ESVGH 54, 212 = VBIBW 2004, 376).“ (VGH Mannheim aaO)

2. Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme

Der Kostenbescheid durfte daher nur ergehen, wenn die ihm zugrundeliegende, die Kosten auslösende Ingewahrsamnahme rechtmäßig war.

a) Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Ingewahrsamnahme durch die Polizei ist § 28 PolG BW (oder vergleichbare Normen der anderen Bundesländer).

b) formelle Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme

„Gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme bestehen keine Bedenken. Die **Zuständigkeit** des Polizeivollzugsdienstes folgt aus § 60 III PolG. Eine **Anhörung** des Klägers war nach § 28 II Nr. 1 LVwVfG entbehrlich. Weil der Verwaltungsakt mündlich erlassen wurde, war auch keine **Begründung** erforderlich (vgl. § 39 I LVwVfG).“ (VGH Mannheim aaO)

c) materielle Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme

Die Ingewahrsamnahme war rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen des § 28 PolG BW vorlagen und die Polizei ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat.

aa) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 PolG BW kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn auf andere Weise eine unmittelbar bevorstehende erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht verhindert oder eine bereits eingetretene erhebliche Störung nicht beseitigt werden kann.

„Bei der Ingewahrsamnahme handelt es sich um eine der **einschneidendsten polizeilichen Standardmaßnahmen**, nämlich um eine die Freiheit der Person nicht nur beschränkende, sondern aufhebende Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 II GG (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00 - BVerfGE 105, 239). Daher ist bei der Anwendung der Vorschrift, insbesondere bei der Prüfung der Erforderlichkeit bzw. der **Möglichkeit des Einsatzes anderer geeigneter, milderer Mittel ein strenger Maßstab** anzulegen.“

Die Rechtmäßigkeit der hier zu beurteilenden polizeilichen Maßnahme bestimmt sich allein nach der **Gefahrenlage**, wie sie sich den Polizeibeamten bei fehlerfreier **ex ante-Prognose darstellte**

(vgl. Senatsurteil vom 27.09.2004 - 1 S 2206/03 - VBIBW 2005, 63). Später eingetretene Umstände können daher grundsätzlich keine Berücksichtigung finden.“ (VGH Mannheim aaO)

(1) Vorliegen einer unmittelbar bevorstehenden erheblichen Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung

„Es bedarf zunächst keiner näheren Ausführungen, dass die Anwendung von körperlicher Gewalt jeglicher Art gegenüber anderen Personen, wie sie von den X2. SC-Anhängern gegenüber den X4. Fans drohte, eine **erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung** darstellt. Nicht zu beanstanden ist auch die von der Polizei in fehlerfreier Wahrnehmung ihrer **Einschätzungsprärogative** getroffene Annahme, es könne während und nach dem Spiel zu neuen Übergriffen gegenüber den X4. Fans und weiteren Auseinandersetzungen kommen.“ (VGH Mannheim aaO)

(2) Störereigenschaft des Klägers

Fraglich ist jedoch, ob der Kläger als Störer angesehen werden durfte. Das gegen ihn gerichtete Ermittlungsverfahren jedenfalls wurde mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt. Der Kläger könnte aber **Anscheinsstörer** gewesen sein.

(a) Begriff des Anscheinsstörers

„Anscheinsstörer ist, wer **ex post betrachtet nicht wirklich eine Gefahr verursacht**, aber **ex ante betrachtet bei einem fähigen, besonnenen und sachkundigen Polizeibeamten den Eindruck der Gefahrverursachung erweckt**.

Hierfür genügt es, dass ein **Verhalten objektiv geeignet ist**, bei Dritten den **Eindruck zu erwecken**, es drohe ein Schaden für ein polizeilich geschütztes Rechtsgut (**Irreführungsrisiko**). Selbst wer nicht weiß, dass er von der Polizei beobachtet wird, übernimmt das Risiko dafür, dass aus seinem Verhalten in der Öffentlichkeit auf seine Störereigenschaft geschlossen wird (vgl. hierzu eingehend Senatsurteil vom 14.12.2010 - 1 S 338/10 - juris Rn. 26 m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO)

(b) Anwendung auf den Fall

Der Kläger müsste danach als Anscheinsstörer anzusehen sein.

„Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs wird die Störereigenschaft des Klägers nicht dadurch in Frage gestellt, dass er **im Nachhinein behauptet, in keiner Weise an den Auseinandersetzungen beteiligt** gewesen zu sein oder diese unterstützt zu haben. Nach den polizeilichen Feststellungen (vgl. Vermerk des Polizeipräsidiums X2. v. 04.06.2007, AS 33 der Ermittlungsakten der StA KA und Schlussvermerk des Polizeipräsidiums X2. v. 27.12.2007, AS 89 der Ermittlungsakten) gingen die vor Ort befindlichen Polizeikräfte davon aus, dass die **Personengruppe**, die den **Angriff** auf die X4. Fans **durchführte**, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit **personell identisch** mit der **Personengruppe** war, die beim Universitätsschwimmbad **festgehalten** und deren Mitgliedern der **Gewahrsam** erklärt wurde. Andere Personen wie Spaziergänger oder ähnliche hätten sich zu diesem Zeitpunkt nicht an der Örtlichkeit befunden. Unter diesen Umständen durften die Polizeibeamten **aus ihrer damaligen Sicht** zu Recht davon ausgehen, dass der bei der festgesetzten Gruppe befindliche Kläger zu den Angreifern gehörte. Ob dies tatsächlich der Fall war, ist angesichts der gebotenen ex ante-Betrachtung ohne Bedeutung. Durch seine Anwesenheit in der fraglichen Personengruppe und durch sein Auftreten, welches dem der übrigen in **Gewahrsam** genommenen **KSC-Anhänger** entsprach und nicht den **Schluss** zuließ, er sei **versehentlich als Unbeteiligter** in die Gruppe der **Störer** geraten, hat der **Kläger jedenfalls in zurechenbarer Weise den Anschein erweckt**, selbst **Störer** zu sein.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Ingewahrsamnahme des Klägers lagen damit vor.

bb) Ermessen

Die Ingewahrsamnahme des Klägers müsste aber auch ermessensgerecht gewesen sein. Insbesondere müsste die Maßnahme verhältnismäßig, also geeignet, erforderlich und angemessen gewesen sein.

(1) Geeignetheit und Erforderlichkeit

„Aus der ex ante-Perspektive erweist sich die zur Gefahrenabwehr **zweifelloso geeignete Ingewahrsamnahme** des Klägers in Form des Beseitigungs- bzw. Präventivgewahrsams auch als **erforderlich**, weil mildere Mittel zur Störungsbeseitigung nicht existierten. Ein **Platzverweis** nach §§ 1, 3 PolG (jetzt § 27 a PolG), welcher nötigenfalls im Wege des un-

mittelbaren Zwanges nach §§ 49 Abs. 2, 50 PolG hätte durchgesetzt werden müssen, wäre bei der Gefahr, dass 40 X2. Fans auf mindestens ebenso viele X4. Fans treffen, jedenfalls **nicht gleichermaßen geeignet** gewesen, die Störung der öffentlichen Sicherheit zu beseitigen wie die Ingewahrsamnahme. Denn mit den üblicherweise bei einem Fußballspiel vorhandenen Polizeikräften dürfte es **kaum möglich sein**, derartige **Platzverweise auch wirklich zu vollziehen** und die Fans getrennt zu halten. Damit kam ein Platzverweis, der grundsätzlich im Verhältnis zur Ingewahrsamnahme für den Betroffenen eine weniger belastende Maßnahme darstellt und daher im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des diesen Grundsatz konkretisierenden § 5 PolG vorrangig zu ergreifen gewesen wäre, hier nicht in Betracht.“ (VGH Mannheim aaO)

Da es sich bei der Ingewahrsamnahme um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung handelt, müssen deren rechtliche **Voraussetzungen** nicht nur beim Erlass, sondern **während der Gesamtdauer des Gewahrsams** vorliegen.

„Auch die **Aufrechterhaltung des Gewahrsams** steht also unter dem Vorbehalt, dass auf andere Weise der Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht zu begegnen ist. Dies kommt auch in § 28 Abs. 3 Satz 1 PolG zum Ausdruck, wonach der Gewahrsam aufzuheben ist, sobald sein Zweck erreicht wurde. Daran gemessen begegnet die Aufrechterhaltung des Gewahrsams bis zum Abzug der X4. Fans keinen rechtlichen Bedenken, weil **über die gesamte Zeitdauer ein milderer Mittel nicht ernsthaft in Betracht kam**.“ (VGH Mannheim aaO)

(2) Angemessenheit

„Angesichts des Ausmaßes der bereits eingetretenen und weiterhin zu erwartenden Störungen der öffentlichen Sicherheit war die Ingewahrsamnahme auch verhältnismäßig im engeren Sinne.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Ingewahrsamnahme ist daher unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgt. Da sonstige Ermessensfehler nicht ersichtlich sind, war die Ingewahrsamnahme rechtmäßig.

d) Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme wegen Nichtvorliegens einer richterlichen Entscheidung

Nimmt die Polizei eine Person nach § 28 I PolG in Gewahrsam, hat sie nach § 28 III 3 PolG **unverzüglich eine richterliche Entscheidung** über den Gewahrsam herbeizuführen.

aa) Regelungszweck

„Die Ingewahrsamnahme nach § 28 PolG ist eine **Freiheitsentziehung im Sinne der Art. 2 II 2, 104 II GG**, so dass besondere verfassungsrechtliche Anforderungen zu beachten sind. Nach Art. 104 II 1, 2 GG muss der **Richter über die Zulässigkeit und Fortdauer der polizeilichen Freiheitsentziehung entscheiden** (vgl. Würtenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl., Rn. 363 m.w.N.).

Auch die nachträglich einzuholende Entscheidung nach § 28 III 3 PolG, Art. 104 II 2 GG bezieht sich auf „den Gewahrsam“, d. h. auf seine Zulässigkeit und seine Fortdauer. Die Mitwirkung des Richters geht nach der **Funktion des Richtervorbehalts** in Art. 104 II GG über die bloße Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung hinaus; der Richter soll **nicht allein die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Exekutive über die Freiheitsentziehung prüfen, sondern selbst diese Entscheidung treffen** (vgl. Gusy in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., Art. 104 Rn. 37 m.w.N.). Sind die gesetzlichen Voraussetzungen des Gewahrsams nicht erfüllt, so erklärt der Richter in seiner Entscheidung den Gewahrsam für unzulässig (Belz/Mußmann, PolG für BW, 7. Aufl., § 28 Rn. 22).

Das Merkmal der „**Unverzüglichkeit**“ im Sinne des Art. 104 II 2 GG ist dahin auszulegen, dass die richterliche Entscheidung **ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt**, nachgeholt werden muss (vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00 - BVerfGE 105, 239 [249] m. w. N.; Senatsurteil vom 27.09.2004 - 1 S 2206/03 - VBIBW 2005, 63). Ein **Verstoß** gegen das Gebot der unverzüglichen Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung hat die **Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme** zur Folge (Rachor in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., F 596).“ (VGH Mannheim aaO)

bb) Ausnahmen

Fraglich ist, ob dies schon ohne jede Ausnahme zur Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme führt.

„Eine **Ausnahme** von der in Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG verankerten Pflicht zur unverzüglichen Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung wird indes **allgemein angenommen**, wenn eine

Prognose ergibt, dass eine richterliche Entscheidung erst ergehen kann, wenn der Grund für den Gewahrsam wieder weggefallen ist. Dies gilt auch für den polizeirechtlichen Gewahrsam: Mit Blick auf § 28 III 1 PolG, wonach der Gewahrsam aufzuheben ist, sobald sein Zweck erreicht ist, ist eine richterliche Entscheidung nicht einzuholen oder abzuwarten, wenn dadurch die Dauer des Gewahrsams verlängert würde (Senatsurteil vom 27.09.2004 - 1 S 2206/03 - a. a. O., juris Rn. 47 m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO)

cc) Anwendung auf den Fall

Eine richterliche Entscheidung wurde nicht eingeholt. Die Ingewahrsamnahme war daher nur dann rechtmäßig, wenn hier ausnahmsweise auf deren Einholung verzichtet werden konnte.

„Inbesondere mit Blick darauf, dass die herbeizuführende richterliche Entscheidung zur Gewährung rechtlichen Gehörs grundsätzlich die Anhörung sämtlicher 40 im Gewahrsam befindlicher Personen vorausgesetzt hätte (vgl. § 5 I 1 FrhEntzG; jetzt § 420 I 1 FamFG), kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine richterliche Entscheidung hinsichtlich aller festgehaltenen Personen vor dem für die Freilassung vorgesehenen Zeitpunkt hätte ergehen können. Angesichts der Gewahrsamsdauer von drei bis dreieinhalb Stunden, der Anzahl der in Gewahrsam genommenen Personen und des Umstands, dass - da es sich um einen Samstag nachmittag handelte - lediglich ein Bereitschaftsrichter erreichbar gewesen wäre, war die Polizei nicht gehalten, eine richterliche Entscheidung über den Gewahrsam herbeizuführen.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Ingewahrsamnahme war daher insgesamt rechtmäßig.

3. Kostenpflicht des Klägers

Unabhängig von der Frage, ob die Polizei einen Anscheinsstörer rechtmäßig in Gewahrsam nehmen kann, ist zu prüfen, ob der Anscheinsstörer dann auch für die entstandenen Kosten haftbar gemacht werden kann oder ob es bezüglich der Kostentrachtungspflicht dann noch auf die ex post Betrachtung ankommt.

a) Maßstab für Kostenhaftung des Anscheinsstörers

„Für die Erstattungsfähigkeit von Polizeikosten ist die ex post-Sicht maßgeblich. Kann bei der gebotenen ex post-Betrachtung nicht festgestellt werden, dass der Anscheinsstörer tatsächlich Störer war, so ist er nur dann zum Kostenersatz verpflichtet, wenn er die Anscheinsgefahr oder den Anschein der Störereigenschaft in zurechenbarer Art und Weise verursacht hat (vgl. Senatsurteile vom 20.03.2003 - 1 S 397/01 - juris und vom 22.01.2004 - 1 S 2263/02 - ESVGH 54, 153 = VBIBW 2004, 218; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 10.05.1990 - 5 S 1842/89 - DVBI 1990, 1047; BayVGH, Urteil vom 26.07.1995 - 22 B 93.271 - DÖV 1996, 82; OVG NRW, Beschluss vom 14.06.2000 - 5 A 95/00 - NVwZ 2001, 1314; Würtenberger/Heckmann, aaO Rn. 915 m.w.N.; Sailer in Liskan/Denninger, aaO., M 50 f.; Finger, DVBI 2007, 798 [800]).“ (VGH Mannheim aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Es kommt demnach darauf an, ob der Kläger in zurechenbarer Weise den Anschein gesetzt hat, zu der Gruppe von Fans zu gehören, die den Angriff vorgenommen hatte.

„Der Kläger hielt sich im Vorfeld des Regionalligaspiels zwischen dem X2. SC II und dem SSV X4. am 02.06.2007 kurz nach dem Angriff von KSC-Fans auf anreisende X4. Fans in der Nähe der Tatörtlichkeit im Bereich des Universitätsgeländes in einer zumindest weitgehend mit der angreifenden Gruppe identischen Gruppe von „Fußballfans“ auf. Er protestierte nicht gegen die gegen ihn ergriffenen Maßnahmen und vermittelte auch im Übrigen nicht den Eindruck, dass er lediglich als Unbeteiligter in die fragliche Gruppe geraten sei. Von einem tatsächlich Unbeteiligten in der Situation des Klägers wäre zu erwarten gewesen, dass er verbal deutlich zum Ausdruck bringt, mit der Gruppe der gewalttätigen Fans nichts zu tun zu haben. Es wird indes nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich, dass der Kläger sich gegen die Personenfeststellung und die Ingewahrsamnahme verwahrt oder auf andere Weise eine Distanz zu den übrigen Angehörigen der festgesetzten Gruppe zum Ausdruck gebracht hätte. Dies wäre ihm in der konkreten Situation jedoch zumutbar gewesen.“

Damit hat er auch aus der ex post-Perspektive zumindest den Anschein der Störereigenschaft in zurechenbarer Art und Weise verursacht. Es hat sich nicht etwa im Nachhinein herausgestellt, dass der Kläger Nichtstörer war; vielmehr lässt sich lediglich seine Störereigenschaft nicht mit Sicherheit nachweisen.“ (VGH Mannheim aaO).

Ergebnis: Der Kostenbescheid ist rechtmäßig.

GG
Art. 5, 8

Voraussetzungen eines Versammlungsverbots (Motto: „Fremdarbeiterinvasion stoppen“)

POR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2011, 602; Beschluss vom 28.04.2011 – 1 S 1250/11)

1. Ein Angriff gegen die Menschenwürde Anderer nach § 130 I Nr. 2 StGB setzt voraus, dass die **feindselige Handlung** den **Menschen im Kern seiner Persönlichkeit** trifft, indem er unter Missachtung des Gleichheitssatzes **als minderwertig dargestellt** und ihm das **Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit** in der staatlichen Gemeinschaft **bestritten** wird
2. **Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände**, ist das Zeigen einer schwarz-roten-weißen Fahne auch **nicht gem. §§ 130, 86 StGB strafbar**.
3. Eine Heranziehung der Figur des **Zweckveranlassers** als Begründung für die Störereigenschaft eines Veranstalters kann allenfalls bei Vorliegen besonderer, über die inhaltliche Ausrichtung der Veranstaltung **hinausgehender provokativer Begleitumstände** in Betracht kommen.
4. Allein wegen der inhaltlichen Ausrichtung einer Versammlung kann **unterhalb der Strafbarkeitsschwelle** eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung i.S.d. § 15 I VersG grundsätzlich nicht angenommen werden

Fall Mit Schreiben vom 01.09.2010 meldete der Ast. bei der Ag. für Sonntag, den 01.05.2011, Beginn 11:30 Uhr und Ende voraussichtlich ca. 17:30 Uhr, die Durchführung eines Aufzuges unter dem Motto „Fremdarbeiterinvasion stoppen!“ an. Bei den Versammlungen des „Nationalen und sozialen Aktionsbündnisses 1. Mai“ werden regelmäßig schwarz-weiß-rote Fahnen mitgeführt. Ebenfalls am 1. Mai findet eine vom Deutschen Gewerkschaftsbund angemeldete Demonstration statt. Außerdem feiern Angehörige verschiedener Kirchengemeinden den „weißen Sonntag“, den Tag der Erstkommunion. Nach Anhörung des Ast. verbot die Ag. mit Bescheid vom 16.03.2011 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Durchführung der Versammlung sowie jede Ersatzveranstaltung am 01.05.2011 in H. Ist das Versammlungsverbot materiell rechtmäßig?

Nach § 15 I VersG kann die zuständige Behörde eine Versammlung verbieten, 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.

I. Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ist anzunehmen, wenn der Eintritt eines Schadens für den Staat und seine Einrichtungen sowie Veranstaltungen, für Individualrechtsgüter oder für die objektive Rechtsordnung zu erwarten steht.

1. Gefahr für die objektive Rechtsordnung durch Verstoß gegen § 130 StGB

Die objektive Rechtsordnung wäre bei Stattfinden der Versammlung unmittelbar gefährdet, wenn die Versammlung unter dem Motto „Fremdarbeiterinvasion“ den Tatbestand der Volksverhetzung erfüllen würde.

Wegen Volksverhetzung wird gem. § 130 I StGB bestraft, wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

- gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder
- die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet.

a) **Gefahr der Verwirklichung von § 130 I Nr. 2 StGB**

aa) **Auslegung des Tatbestandes des § 130 I Nr. 2StGB**

„Ein Angriff gegen die Menschenwürde Anderer setzt voraus, dass sich die **feindselige Handlung** nicht nur gegen einzelne Persönlichkeitsrechte wie etwa die Ehre richtet, sondern den **Menschen im Kern seiner Persönlichkeit** trifft, indem er unter Missachtung des Gleichheitssatzes **als minderwertig dargestellt** und ihm das Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft bestritten wird (BVerfG, NJW 2001, 61 = NStZ 2001, 26 [63]; BGHSt 36, 83 [90]; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 130 Rn 6 m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO)

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Äußern einer Meinung grundsätzlich selbst unter dem Schutz der Grundrechte steht.

„Wird ein solcher **Angriff in dem Gebrauch eines Grundrechts** (hier: Art. 5 I 1 GG) gesehen, bedarf es einer **sehr sorgfältigen Begründung**, da die Grundrechte insgesamt Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde sind (BVerfGE 93, 266 [293] = NJW 1995, 3303 = NVwZ 1996, 159 L; BVerfGE 107, 275 [284] = NJW 2003, 1303). **Art. 5 I GG schützt** – in den Schranken des Art. 5 II GG – **auch rechtsextreme Meinungen** (BVerfG, NJW 2010, 2193 m.w.N.).

Voraussetzung jeder rechtlichen **Würdigung von Äußerungen** ist, dass ihr **objektiver Sinn**, also der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums objektiv haben (BVerfGE 93, 266 [295] = NJW 1995, 3303 = NVwZ 1996, 159 L), **zutreffend erfasst** worden ist (BVerfGE 94, 1 [9] = NJW 1996, 1529 = NVwZ 1996, 711 L). Der objektive Sinn wird **nicht nur vom Wortlaut der Äußerung**, sondern insbesondere dann, wenn die betreffende Formulierung – wie hier – ersichtlich ein Anliegen nur in schlagwortartiger Form zusammenfasst (vgl. BVerfG, BeckRS 2009, 37173), **auch vom Kontext und den Begleitumständen der Äußerung bestimmt**, soweit diese für den Rezipienten erkennbar sind (BVerfGE 93, 266 [295] = NJW 1995, 3303 = NVwZ 1996, 159 L).

Bei **mehrdeutigen Äußerungen** müssen andere Auslegungsvarianten, die nicht zu einer strafrechtlichen Sanktion führen würden, mit nachvollziehbaren und tragfähigen Gründen ausgeschlossen werden können (BVerfGE 85, 1 [13f.] = NJW 1992, 1439; BVerfGE 93, 266 [295f.] = NJW 1995, 3303; BVerfGE 94, 1 [9] = NJW 1996, 1539; BVerfGE 114, 339 [349] = NJW 2006, 207 = NVwZ 2006, 447 L; st. Rspr.).“ (VGH Mannheim aaO)

bb) **Gefahr der Erfüllung von § 130 I Nr. 2 StGB im vorliegenden Fall**

Hier könnte schon die Verwendung des Mottos „Fremdarbeiterinvasion stoppen“ den Tatbestand erfüllen.

(1) **Verwendung des Begriffs „Fremdarbeiter“**

„Der in der Parole „Fremdarbeiterinvasion stoppen!“ benutzte **Begriff „Fremdarbeiter“** ist zwar durch seinen Gebrauch während der Zeit des **Nationalsozialismus** in Deutschland im Zusammenhang mit erzwungener Arbeit **negativ besetzt**. Die schlagwortartig **zusammengefasste Parole** wird jedoch bei der gebotenen objektiven Auslegung **nicht mit Zwangsarbeit assoziiert**, sondern erfasst in erster Linie die Arbeitskräfte, die aus dem Ausland zur Arbeit in die Bundesrepublik Deutschland kommen wollen, aber auch die bereits in Deutschland lebenden ausländischen Arbeitnehmer.“ (VGH Mannheim aaO)

(2) **Verwendung des Begriffs „Invasion“**

„Der Begriff „Invasion“ auf dem Plakat hat **offensichtlich keine militärische Bedeutung**. Er ist aus seinem Kontext, d.h. seiner Verwendung im Meinungskampf des „Nationalen und sozialen Aktionsbündnisses 1. Mai“, heraus zu verstehen. Ziel des Aktionsbündnisses ist es, den **Zuzug ausländischer Arbeitnehmer** zu begrenzen, um einen Verdrängungswettbewerb auf dem deutschen Arbeitsmarkt zu Lasten der deutschen Arbeitnehmer zu verhindern, und die Zahl der bereits hier lebenden ausländischen Arbeitnehmer zu verringern.“ (VGH Mannheim aaO)

(3) **Ziel der Verhinderung des Zuzugs ausländischer Arbeitskräfte**

Die Versammlung steht im Zusammenhang mit der vollständigen Herstellung der Freizügigkeit für Unionsbürger aus den am 01.05.2004 der EU beigetretenen **mittel- und osteuropäischen Staaten**. Insofern stellt sich die Frage, ob die dortigen **Arbeitskräfte** möglicherweise als pauschal **menschlich minderwertig** dargestellt werden sollen.

„Der **Volksverhetzungstatbestand** ist grundsätzlich **restriktiv auszulegen** (vgl. BGHSt 32, 310 [313] = NJW 1984, 1631). Die Strafgerichte gehen bei der vergleichbaren Parole „**Ausländer raus**“ **nur bei Hinzutreten weiterer Begleitumstände** von einem Angriff auf die

Menschenwürde aus (vgl. OLG Hamm, NStZ 1995, 136 ff.; OLG Brandenburg, NJW 2002, 1440 f.; KG Beschl. v. 27.12.2001 - [4] 1 Ss 297/01, 166/01). Erforderlich ist, dass den angegriffenen Personen ihr **Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeiten abgesprochen** und sie als **minderwertige Wesen** behandelt werden (BGHSt 40, 97 = NJW 1994, 1421). Das Strafgesetzbuch stellt nicht schon ausländerfeindliche Äußerungen als solche unter Strafe (vgl. BVerfG, NJW 2000, 2072f.; NJW 2010, 2193; u.a.)

Die mit der Parole geäußerte Meinung, der Zuzug ausländischer Arbeitskräfte solle verhindert werden und die Bevölkerungsgruppe der ausländischen Arbeitnehmer möge die Bundesrepublik verlassen und in ihre Heimatländer zurückkehren, mag ein für die Angehörigen dieser Gruppe **nicht erwünschtes politisches Ziel** des „Nationalen und sozialen Aktionsbündnisses 1. Mai“ zum Ausdruck bringen; allerdings ist hieraus allein noch **nicht erkennbar**, dass damit den ausländischen Arbeitnehmern ein **ungeschmälertes Lebensrecht als gleichwertigen Persönlichkeiten** in der staatlichen Gemeinschaft bestritten und ihre Menschenwürde **infrage gestellt oder gar angegriffen** wird. Das alleinige Bestreiten des Aufenthaltrechts der Ausländer an sich genügt hierfür nicht (Lenckner, in: Schönke/Schröder, § 130 Rn 7).“ (VGH Mannheim aaO)

b) Gefahr der Verwirklichung von § 130 I Nr. 1 StGB

„Auch der Tatbestand des § 130 I Nr. 1 StGB dürfte nicht erfüllt sein. Die Parole „Fremdarbeiterinvasion stoppen!“ enthält nach ihrem Wortlaut **keine Aufforderung** an andere, gegen die genannten Personengruppen **bestimmte Maßnahmen** zu ergreifen. Ein solcher Bedeutungsgehalt drängt sich auch nicht ohne Weiteres auf. Es kann **nicht unterstellt** werden, dass eine **nicht verfassungs- und gesetzmäßige gewaltsame Vertreibung** der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden ausländischen Arbeitnehmer angestrebt wird.“ (VGH Mannheim aaO)

c) Gefahr der Verwirklichung von §§ 130 I, III, 86 a I Nr. 1 StGB

Allerdings könnte das Mitführen von schwarz-weiß-roten Fahnen die vorgenannten Straftatbestände erfüllen.

„Zur schwarz-weiß-roten Fahne besteht zwar eine **Affinität des äußersten rechten Randes des politischen Spektrums**; dies macht die schwarz-weiß-rote Fahne aber nicht zum Kennzeichen einer verbotenen nationalsozialistischen Organisation (vgl. VGH Mannheim, NJW 2006, 635). **Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände**, ist das Zeigen dieser Fahne auch **nicht gem. § 130 StGB strafbar** (VGH Mannheim, NJW 2006, 635; BVerfG, NVwZ 2002, 983).“ (VGH Mannheim aaO)

2. Gefahr für die objektive Rechtsordnung (§ 303 StGB) und Individualrechtsgüter (Eigentum) durch illegale Graffiti

Das Versammlungsverbot war auch mit der Gefahr begründet worden, dass es aus der Versammlung heraus zu Sachbeschädigungen durch illegale Graffiti kommen werde.

„Wie das VG zutreffend ausgeführt hat, sind insoweit **keine konkreten Tatsachen aufgezeigt**, aus denen mit **hinreichender Wahrscheinlichkeit** geschlossen werden kann, dass die für die Organisation und Durchführung der Veranstaltung Verantwortlichen nicht über die erforderliche Bereitschaft und Fähigkeit zur Sicherstellung der Ordnung in der Versammlung verfügen.“ (VGH Mannheim aaO)

3. Gefahr wegen Verstoßes gegen das Sonn- und Feiertagsgesetz

Gemäß § 7 II Nr. 1 FeiertG sind an den Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen mit Ausnahme des 1. Mai und des 3. Oktober öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel, Aufzüge und Umzüge, soweit sie geeignet sind, den Gottesdienst unmittelbar zu stören, während des Hauptgottesdienstes verboten. Danach sind öffentliche Versammlungen wie die des Ast. und auch die vom Deutschen Gewerkschaftsbund angemeldete Demonstration am 1. Mai grundsätzlich nicht verboten, auch wenn dieser Tag auf den „weißen Sonntag“ fällt.

4. Gefahr für die objektive Rechtsordnung und Individualrechtsgüter wegen Störung der Religionsausübung

Die Versammlung könnte allerdings die Religionsausübung anderer stören.

„Zu Recht hat das VG in diesem Zusammenhang angenommen, dass die Versammlung auch nicht gegen die durch Art. 4 II GG geschützte Religionsausübung verstößt. Es sind **keine Anhaltspunkte** dafür erkennbar, dass durch den erst um 11:30 Uhr an der Kreuzung Sch.-Straße/R.-Straße vor der Agentur für Arbeit nach einer Auftaktkundgebung beginnenden Aufzug des Ast. der **bereits um 10 Uhr beginnende Festgottesdienst** in dem in der Innenstadt gelegenen Deutschordensmünster (Pfarrei St.) **unmittelbar gestört** werden könnte.

Im Übrigen scheidet ein Versammlungsverbot aus, solange **mildere Mittel nicht ausgeschöpft** sind (vgl. BVerfGE 69, 315 = NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898 L). Den berechtigten Belangen der Gottesdienstbesucher an einer **ungestörten Religionsausübung** könnte ggf. durch geeignete und angemessene, beide Interessen berücksichtigende **versammlungsrechtliche Auflagen** hinsichtlich der Streckenführung ausreichend Rechnung getragen werden. Dies würde dann aber in gleichem Maße für die Aufzugsstrecke unter der Federführung des DGB gelten, die ebenfalls in die Nähe der Kirche führt.“ (VGH Mannheim aaO)

5. Gefahr für Individualrechtsgüter durch gewaltsame Gegenreaktionen

Soweit die Ag. Gewalttaten als Gegenreaktion auf die vorliegende Versammlung befürchtet, müssen sich behördliche Maßnahmen primär gegen die Störer richten.

„Eine Heranziehung der Figur des **Zweckveranlassers** als Begründung für die Störereigenschaft eines Veranstalters kann allenfalls bei Vorliegen besonderer, über die inhaltliche Ausrichtung der Veranstaltung **hinausgehender provokativer Begleitumstände** in Betracht kommen (BVerfGE 69, 315 = NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898 L). Hierfür fehlt es an nachvollziehbaren Anhaltspunkten.

Soweit es in der Vergangenheit Ausschreitungen bei rechtsextremistischen Versammlungen gegeben hat, erfolgten sie zumeist erst aus dem **Zusammentreffen ihrerseits gewaltbereiter Gegendemonstranten mit den Rechtsextremisten**. Einem solchen mit Gewalttätigkeiten verbundenen Zusammentreffen kann die Versammlungsbehörde jedoch regelmäßig durch eine **räumliche Trennung der beiden Aufzüge** hinreichend Rechnung tragen, wobei eine entsprechende versammlungsrechtliche Auflagenverfügung nicht einseitig zu Lasten eines Veranstalters gehen darf, zumal dann nicht, wenn dieser, wie hier, **früher seinen Aufzug angemeldet** hat.“ (VGH Mannheim aaO)

Eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit kann demnach nicht festgestellt werden.

II. Gefahr für die öffentliche Ordnung

Das Schutzgut der öffentlichen Ordnung umfasst die Gesamtheit aller Verhaltensregeln, deren Einhaltung nach den gemeinsamen Vorstellungen im betroffenen räumlichen Bereich für ein gedeihliches Zusammenleben unerlässlich ist.

„Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. VGH Mannheim, VBIBW 2002, 383) ist das insoweit einschlägige Grundrecht der **Meinungsfreiheit** (Art. 5 I GG) für die **freiheitlich demokratische Grundordnung schlechthin konstituierend**. Es gilt die Vermutung zu Gunsten freier Rede. Die Bürger sind dabei frei, **grundlegende Wertungen der Verfassung infrage zu stellen**, solange sie dadurch Rechtsgüter anderer nicht gefährden. Die plurale Demokratie des Grundgesetzes vertraut auf die Fähigkeit der Gesamtheit der Bürger, sich mit Kritik an der Verfassung auseinander zu setzen und sie dadurch abzuwehren (vgl. auch: BVerfG, NJW 2001, 2069f.).“ (VGH Mannheim aaO)

Auch die **Ablehnung** eines bestimmten – etwa **fremdenfeindlichen – Gedankenguts** durch den ganz überwiegenden Teil der Bevölkerung **rechtfertigt** für sich allein **keine Beschränkung der Grundrechte rechtsextremer Demonstranten** (vgl. Hoffmann-Riem, NVwZ 2002, 257 [261]). Vielmehr lassen das Grundgesetz und die übrige Rechtsordnung ein Verbot von Meinungsäußerungen nur unter ganz engen Voraussetzungen zu.

„**Allein wegen der inhaltlichen Ausrichtung** einer Versammlung kann **unterhalb der Strafbarkeitsschwelle** eine **Gefährdung** der öffentlichen Ordnung i.S.d. § 15 I VersG grundsätzlich **nicht angenommen** werden. Die Meinungsäußerungsfreiheit findet ihre Grenzen in den allgemeinen Gesetzen i.S.d. Art. 5 II GG, wobei zur Abwehr von kommunikativen Angriffen auf Schutzgüter der Verfassung besondere Strafrechtsnormen geschaffen worden sind (z.B. §§ 86, 68a, 90a, b, 130 StGB). Diese den Inhalt von Meinungsäußerungen beschränkenden **Straftatbestände sind grundsätzlich abschließend** und verwehren den **Rückgriff** auf die in § 15 I VersG enthaltene Ermächtigung zum **Schutz der öffentlichen Ordnung**, soweit nicht die Verwirklichung eines Straftatbestandes droht.

Der Gesetzgeber hat durch die **enge Fassung der Straftatbestände** zum Ausdruck gebracht, im Übrigen keinen Vorrang des Rechtsgüterschutzes gegenüber Meinungsäußerungen anzuerkennen. Deshalb ist § 15 I VersG hinsichtlich des **Schutzes der öffentlichen Ordnung gegenüber kommunikativen Angriffen insoweit einengend auszulegen**, als zur Abwehr entsprechender Rechtsgüterverletzungen besondere Strafrechtsnormen geschaffen worden sind.“ (VGH Mannheim aaO)

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund lässt sich das Versammlungsverbot, soweit die – strafrechtlich irrelevante – Verbreitung rechtsextremen Gedankenguts befürchtet wird, nicht in verfassungsrechtlich zulässiger Weise auf eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung i.S.d. § 15 I VersG stützen.

Ergebnis: Das Versammlungsverbot ist rechtswidrig.

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. Sie können auch einzelne Passagen ausschneiden und auf Karteikarten kleben. Aus diesem Grund sind die nachfolgenden Seiten der Kurzauslese lediglich einseitig bedruckt.

BGB
§§ 346 IV, 347 I

Rückgewährschuldverhältnis leicht fahrlässige Beschädigung der Sache

BGB

(OLG Frankfurt a. M. in MDR 2011, 976 = NJOZ 2011, 878; Beschluss vom 17.06.2010 – 4 W 12/10)

Der zum Rücktritt vom Vertrag Berechtigte hat für eine von ihm leicht fahrlässig verursachte Verschlechterung der zurückzugebenden Sache, welche vor Kenntnis vom gesetzlichen Rücktrittsgrund erfolgt ist, nicht einzustehen.

I. Weist im Fall der Rückabwicklung eines Kaufvertrags nach den §§ 346 ff. BGB die zurückzugebende Kaufsache einen Schaden auf, so kann der Rücktrittsgegner (Verkäufer) **allein unter den Voraussetzungen des § 346 IV i. V. mit § 280 I BGB Schadensersatz wegen der Verschlechterung der Kaufsache** verlangen. Ein solcher Ersatzanspruch setzt jedoch voraus, dass die **Beschädigung auf einer vom Rücktrittsberechtigten zu vertretenden Pflichtverletzung beruht**.

II. **Welche Pflichten den Rücktrittsberechtigten bei der Behandlung der Kaufsache treffen** und welcher Verschuldensmaßstab anzulegen ist, ist (auch) nach der Reform des Rücktrittsrechts durch das Schuldrechtsreformgesetz **Gegenstand lebhafter Diskussion** geblieben.

1. **Einigkeit besteht** – im Anschluss an die Vorstellungen des Gesetzgebers (Begründung des Regierungsentwurfes, BT-Dr 14/6040, S. 190, 195) – jedoch im Ergebnis darüber, dass **bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht den Rücktrittsberechtigten eine Haftung wegen nicht sorgfältigen Umgangs mit dem Leistungsgegenstand erst ab Kenntnis oder Kennenmüssen vom Rücktrittsgrund** trifft (Bamberger/Roth/Grothe, § 346 Rn 61; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 346 Rn 18; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 2. Aufl., § 346 Rn 26; Erman/Bezenberger, BGB, 12. Aufl., § 346 Rn 34: ab Rücktrittserklärung).

„Dieser Freistellung des Rücktrittsberechtigten von einer Haftung wegen unsorgfältigem Umgang mit dem Leistungsgegenstand liegt der Gedanke zu Grunde, dass bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht der Rücktrittsberechtigte bis zur Kenntnis vom Rücktrittsgrund davon ausgehen darf, dass die Sache endgültig in sein Vermögen gelangt ist und er keine Rücksicht auf die Belange eines anderen Vertragspartners zu nehmen braucht (vgl. Bamberger/Roth/Grothe, § 346 Rdnr. 61). Demnach kommt eine Haftung nur im Fall einer vorsätzlichen Beschädigung der eigenen Sache vor Kenntnis vom Rücktrittsgrund in Betracht kommen. Eine solche Haftung ist sachgerecht, weil eine vorsätzliche Missachtung der eigenen Sache durch den Berechtigten der Rücktrittsgegner nicht entschädigungslos hinzunehmen braucht.“ (OLG Frankfurt a. M.)

2. Zwar ist **umstritten, ob die Haftung deswegen nicht bestehe, weil es vor Kenntnis vom Rücktrittsgrund bereits an einer Pflicht zum sorgsamem Umgang fehle** (Bamberger/Roth/Grothe, § 346 Rn 61; Erman/Bezenberger, § 346 Rn 34; Schwab JuS 2002, 630) oder lediglich das Vertretenmüssen i. S. der §§ 280 I 2, 276 BGB zu verneinen sei (Palandt/Grüneberg, § 346 Rn 15, 18; Prütting/Wegen/Weinreich, § 346 Rn 26).

Diese Frage kann hier jedoch dahin gestellt bleiben, denn **Auswirkungen hat der unterschiedliche Ansatzpunkt lediglich für die Darlegungs- und Beweislast**: Während die Pflichtverletzung vom Gläubiger des Ersatzanspruchs nach §§ 346 IV, 280 I BGB zu beweisen ist, muss der Rückgewährschuldner nach § 280 I 2 BGB darlegen und beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (OLG Frankfurt a. M.).

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 442 I 1

Sachmangel maßgeblicher Zeitpunkt der Sachmangelkenntnis (BGH in NJW 2011, 2953; Urteil vom 27.05.2011 – V ZR 122/10)

BGB

Hat der **Käufer bei Abschluss eines formnichtigen**, erst durch die Grundbucheintragung wirksam gewordenen **Kaufvertrags keine Kenntnis von dem Sachmangel, ist § 442 BGB nicht anwendbar**, wenn er den Sachmangel im Zeitpunkt der Eintragung kennt.

- I. Es ist **umstritten, auf welchen Zeitpunkt es für die Kenntnis des Käufers ankommt**, wenn ein formunwirksamer Grundstückskaufvertrag erst mit seiner Eintragung in das Grundbuch nach § 311b I 2 BGB wirksam wird.
 - Der **BGH** hat bislang nur entschieden, dass es jedenfalls dann auf den Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung ankommt, wenn der Käufer die Unwirksamkeit des Vertrags nicht kennt (BGH NJW 1989, 2050).
 - Demgegenüber wird zum Teil angenommen, dass stets der Kenntnisstand des Käufers im Zeitpunkt seiner Eintragung in das Grundbuch maßgeblich sei (OLG Hamm NJW 1986, 136; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 460 a.F. Rn 18; MüKo-BGB/Westermann, § 442 Rn 6; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 311b Rn 56).

- Nach **anderer Auffassung** schadet eine zwischen Vertragsschluss und Eintragung in das Grundbuch erlangte Kenntnis von Mängeln grds. nicht (Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 442 Rn 10; Erman/Grunewald, § 442 Rn 8; Palandt/Weidenkaff, § 442 Rn 8; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 6. Aufl., § 442 Rn 8; Köhler JZ 1989, 761; Tiedtke JZ 1990, 75; im Grundsatz auch Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 442 Rn 15; differenzierend Kanzleiter, DNotZ 1986, 747 = NJW 1986, 136).

II. Nach **BGH aaO** verdient die **zuletzt genannte Auffassung den Vorzug**.

1. Der Vorschrift des § 442 I BGB liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Käufer nicht in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht wird, wenn er den Kauf trotz des Mangels gewollt hat (BGH NJW 1989, 2050 zu § 460 BGB a.F.). **Kennt er bei Abgabe seiner Willenserklärung einen Mangel der Kaufsache, kann insbesondere angenommen werden, dass er den vereinbarten Kaufpreis auch in Ansehung des Mangels für angemessen hielt** oder aus sonstigen Gründen bereit war, diesen aufzuwenden.

„Ein solcher Schluss ist nicht gerechtfertigt, wenn ein Käufer, der erst nach Abgabe der beiderseitigen auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen von Mängeln der Kaufsache erfährt, die Heilung des Vertrags fördert oder jedenfalls nicht verhindert. Er bringt damit nicht konkludent zum Ausdruck, auf Rechte wegen dieser Mängel zu verzichten, sondern gibt lediglich zu erkennen, dass er sich nicht auf den Formmangel berufen möchte, also an den getroffenen Vereinbarungen festhalten und diesen – mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten – zur Wirksamkeit verhelfen will. Da ebenso wie im Fall der Heilung nach § 311b I 2 BGB die tatsächliche Vermutung gerechtfertigt ist, dass die Vertragspartner einander das Gleiche wie bei Abschluss des Vertrags gewähren wollen (BGHZ 32, 11 = NJW 1960, 525; auch Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rn 178 ff.), ist im Zweifel anzunehmen, dass eine Vertragspartei, die die Eigentumsumschreibung fördert bzw. nicht verhindert, von dem Willen geleitet ist, den Vertrag so zu behandeln, als wäre er von Anfang an wirksam (vgl. Tiedtke JZ 1990, 75). Dazu gehört, dass der Verkäufer gemäß den getroffenen Vereinbarungen für Mängel haftet, die bei den Vertragsverhandlungen keine Berücksichtigung gefunden haben, weil sie dem Käufer erst nach Abschluss des (noch unwirksamen) Vertrags bekannt geworden sind.“ (BGH aaO)

2. Auch die **Interessen des Verkäufers** rechtfertigen es nicht, auf die Heilung als maßgeblichen Zeitpunkt der Kenntniserlangung i. S. von § 442 I BGB abzustellen.

„Kennt er den Formmangel nicht, muss er ohnehin mit der Haftung für Mängel rechnen, die dem Käufer bei Abschluss des Vertrags unbekannt waren. Es ist auch nicht treuwidrig, wenn der Käufer ihn nicht auf die Möglichkeit hinweist, den noch unwirksamen Vertrag nach den §§ 812 ff. BGB rückabzuwickeln, um auf diese Weise der Haftung zu entgehen. Denn hierdurch handelte der Käufer, weil er dann das Risiko zwischenzeitlicher Dispositionen und vor allem das Insolvenzrisiko hinsichtlich des gezahlten Kaufpreises trüge, gegen seine eigenen Interessen (so zutreffend Köhler JZ 1989, 761). Weiß der Verkäufer hingegen um die Formunwirksamkeit und verhindert er seinerseits nicht die Eintragung seines Vertragspartners in das Grundbuch, gibt auch er zu erkennen, dass er an dem Vertrag festhalten möchte und damit bereit ist, für etwaige Sachmängel so einzustehen, als wäre der Vertrag von Anfang an wirksam gewesen. Dass der Käufer auf diese Weise, z. B. über eine Minderung, eine Kaufpreisreduzierung durchsetzen kann, über die die Parteien nicht verhandelt haben, ist nicht unbillig (a. A. OLG Hamm NJW 1986, 136). Denn auch insoweit steht der Verkäufer nicht anders als er stünde, wenn der Vertrag von Anfang an wirksam gewesen wäre.“ (BGH aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§§ 713, 670

**Aufwendungsersatzanspruch eines GbR-Gesellschafters
vor Auseinandersetzung**

BGB

(BGH in DStR 2011, 827; Urteil vom 22.02.2011 – II ZR 158/09)

Bereits **vor der Auseinandersetzung einer GbR kann jeder Gesellschafter** die von ihm gemachten **Aufwendungen**, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, **von der Gesellschaft ersetzt verlangen oder**, wenn der Gesellschaft selbst keine freien Mittel zur Verfügung stehen, die **Mitgesellschafter auf Aufwendungsersatz** – beschränkt auf deren Verlustanteil – **in Anspruch nehmen**.

- I. Zwar richtet sich der **durch §§ 713, 670 BGB begründete Ersatzanspruch** gegen die Gesellschaft als solche und ist somit aus deren Vermögen zu begleichen. Der Gesellschafter kann allerdings **gegen seine Mitgesellschafter** beschränkt auf deren Verlustanteil – **Rückgriff nehmen, wenn er aus der Gesellschaftskasse keinen Ausgleich erlangen kann** (BGH NJW 1980, 339; BGH DStR 2002, 319).

Diese Voraussetzung ist nicht erst gegeben, wenn die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen aussichtslos wäre. Es **genügt** vielmehr, **dass der Gesellschaft freie Mittel nicht zur Verfügung stehen**.

- II. Der **Aufwendungsersatzanspruch** des GbR-Gesellschafters aus §§ 713, 670 BGB **unterliegt auch keiner Durchsetzungssperre**.

*„Zwar würde die Auflösung der Gesellschaft dazu führen, dass die Gesellschafter die ihnen gegen die Gesellschaft und die Mitgesellschafter zustehenden Ansprüche nicht mehr selbständig im Wege der Leistungsklage durchsetzen könnten, diese Ansprüche vielmehr als **unselbständige Rechnungsposten in die Schlussrechnung aufzunehmen** wären (st. Rspr., vgl. nur BGH DStR 2006, 1238 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)*

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§§ 283 I, 283b I

**Bankrott
Gleichzeitigkeit von Krise und Nichterstellung der Bilanz**

StGB

(OLG Stuttgart in NSZ-RR 2011, 277; Urteil vom 30.05.2011 – 1 Ss 851/10)

Ein **Bankrott** nach § 283 I Nr. 7b, VI StGB **erfordert die Gleichzeitigkeit von Krise und Nichterstellung der Bilanz im hierfür vorgeschriebenen Zeitraum**. Tritt eine **Überschuldung oder zumindest eine drohende Zahlungsunfähigkeit erst später ein, kommt nur eine Strafbarkeit nach § 283b I Nr. 3b StGB in Betracht**.

„Die **Nichtbilanzierung bei Eintritt der Krise** nach Ablauf der vorgeschriebenen Frist [wird] von § 283 I Nr. 7b StGB seinem **klaren Wortlaut nach nicht (mehr) regelnd erfasst**. Etwas anderes kann auch den Gesetzesmaterialien zur Entstehung der Norm (Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1. WiKG), BT-Dr. 7/3441) nicht entnommen werden. Eine entgegenstehende, an den oben genannten Erwägungen und auch an Sinn und Zweck der Norm orientierte Auslegung verbietet der Wortsinn des Gesetzes, der bei einer Strafbestimmung unübersteigbar ist (Art. 103 II GG; vgl. BVerfG, Beschl. v. 7. 3. 2011 – 1 BvR 388/05 m. w. Nachw.).

Für dieses Ergebnis spricht auch folgende Überlegung: Besteht die Krise bereits bei Ablauf der für die Bilanzierung vorgesehenen Frist, verstößt der Betr. gleich zu Beginn nicht nur gegen die Bilanzierungspflicht, sondern er tut dies zudem in einer Situation, in der seinem Verhalten wegen der Krise ein **erhöhter Unrechtsgehalt** – nämlich der des § 283 StGB – zukommt. Damit zeigt er eine **höhere kriminelle Energie**, als wenn er diesen Unrechtsgehalt in zwei zeitlich gestaffelten Teilstufen – erst Nichtbilanzierung in der vorgesehenen Zeit, dann Eintritt der Krise – verwirklicht. Denn in diesem Fall hat der Bilanzierungspflichtige sich zu dem Zeitpunkt, in dem die Krise eintritt, ohnehin bereits – wenn auch nur nach dem mit einem milderen Strafraum versehenen § 283b StGB – strafbar gemacht und befindet sich somit bereits in „kriminellem Fahrwasser“, so dass die weitere Untätigkeit beim späteren Eintritt der Krise jedenfalls keine spürbar größere kriminelle Energie mehr erfordert.“ (OLG Stuttgart aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 235 IV Nr. 2

Entziehung Minderjähriger Bereicherungsabsicht

StGB

(BGH in NSTZ 2011, 457; Beschluss vom 14.07.2010 – 2 StR 104/10)

Die **Bereicherungsabsicht des § 235 IV Nr. 2 Alt. 2 StGB** ist ebenso wie die Tatbegehung gegen Entgelt nach § 235 IV Nr. 2 Alt. 1 StGB **kein besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 StGB**.

I. Soweit ersichtlich, **hat die Rspr. noch nicht entschieden, ob die Bereicherungsabsicht i.S.v. § 235 IV Nr. 2 StGB ein besonderes persönliches Merkmal gem. § 28 StGB darstellt**.

Die Lit. qualifiziert die **Bereicherungsabsicht als tatbezogenes Merkmal** mit der Folge, dass § 28 StGB keine Anwendung findet (LK-Roxin, StGB, 11. Aufl., § 28 Rn 38; Schönke/Schröder-Heine, StGB, § 28 Rn 11; Kühl, StrafR AT, 6. Aufl., § 20 Rn 159; Stratenwerth/Kuhlen, StrafR AT I, 5. Aufl., § 12 Rn 195 ff.; a.A. SK-StGB-Hoyer 6. Aufl., § 28 Rn 24ff.).

II. **BGH aaO folgt der in der Lit. vertretenen Ansicht**.

1. Bei der **Bereicherungsabsicht** als Absichtsmerkmal handelt es sich um eine **überschießende Innentendenz**, die i. d. Regel nicht ein besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 StGB, sondern ein **tatbezogenes Merkmal** darstellt.

„Grund hierfür ist deren (Delikts)Charakter als **erfolgsgekupiertes Delikt**: Die Bereicherungsabsicht erscheint anstelle eines äußeren Merkmals im Tatbestand und stellt damit ein verkapptes Element des äußeren Tatgeschehens dar. Sie ist daher **funktionell sachlicher Natur**. Durch die bloße Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts kann ein sonst eindeutig tatbezogenes Merkmal (wie die Bereicherung) sich nicht in ein täterbezogenes verwandeln. Hierauf hat der BGH bereits in seiner Grundsatzentscheidung zur Qualifizierung der niedrigen Beweggründe als besondere persönliche Merkmale i.S.v. § 28 StGB hingewiesen (BGHSt 22, 375).“ (BGH aaO)

2. Der **Umstand, dass die Bereicherungsabsicht** im Kontext von § 235 IV Nr. 2 StGB einen **Qualifikationstatbestand darstellt**, ändert an der Einordnung als **tatbezogenes Merkmal nichts** (vgl. LK-Gribbohm, 11. Aufl., § 235 Rn 123).

Dementsprechend betrachten Rspr. und h. L. z.B. auch im Rahmen von § 271 III StGB, der das gleiche Qualifikationsmerkmal enthält wie § 235 IV Nr. 2 StGB, die Bereicherungsabsicht als tatbezogenes Merkmal (BGH StV 2009, 589, 591; LK-Zieschang, 12. Aufl., § 271 Rn 108; NK-Puppe, 3. Aufl., § 271 Rn 66; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, 28. Aufl., § 271 Rn 45; a.A. SK-StGB-Hoyer, StGB, § 271 Rn 36).

3. Der **Schutzzweck des § 235 IV Nr. 2 StGB** legt ebenfalls eine Tatbezogenheit seiner Qualifikationsmerkmale nahe.

„Die Reformierung des Tatbestandes der Entziehung Minderjähriger diene insbes. der **Eindämmung des organisierten und kommerziellen Kinderhandels** (BT-Dr 13/8587, S. 23). Sofern die Tathandlung gegen Entgelt oder in Bereicherungsabsicht vorgenommen wird, handelt es sich typischerweise um kommerziellen und professionellen Kinderhandel, was mit einer **Erhöhung des Tatunrechts** und einer **Steigerung der Gefährlichkeit** für die durch § 235 StGB geschützten Rechtsgüter einhergeht. Besonders deutlich wird dies bei der Alternative der Tatbegehung gegen Entgelt gem. § 235 IV Nr. 2 StGB. Strafschärfungsgrund ist hier der Umstand, dass die Tat gegen eine Gegenleistung erfolgt. Hierbei handelt es sich, wie bereits oben ausgeführt, zweifelsfrei um einen die Tat beschreibenden Faktor. **Nichts anderes gilt auch für die Bereicherungsabsicht**.“ (BGH aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 174c

sexueller Missbrauch Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses

StGB

(OLG Celle in NSTZ-RR 2011, 274; Beschluss vom 08.03.2011 – 32 Ss 17/11)

Der **Tatbestand des § 174c I StGB** ist auch dann erfüllt, wenn der **behandelnde Arzt** an einer **vorübergehend körperlich erkrankten Person** im Rahmen einer **Heilbehandlung** unter Ausnutzung des der Therapie zu Grunde liegenden Vertrauensverhältnisses und der therapiebedingten physischen Rahmenbedingungen **sexuelle Handlungen vornimmt**.

„Durch die Aufnahme des Begriffs der Krankheit werden vom **Tatbestand auch gewöhnliche Arztbesuche bei nur einfachen und kurzfristigen Erkrankungen erfasst** (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 174c Rn 4a).

Normzweck der Vorschrift ist auf der einen Seite der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von Personen, die wegen einer körperlichen oder psychischen Beeinträchtigung auf eine Beratung, Betreuung oder Behandlung angewiesen sind, daneben – oder sogar in erster Linie – schützt die Norm aber auch die Störungsfreiheit eines Behandlungs-, Betreuungs- oder Beratungsverhältnisses (vgl. MüKo-StGB/Renzikowski, § 174c Rn 1f.). Deshalb unterfallen dem Schutzbereich der Vorschrift nicht nur die Personen, die wegen einer seelischen bzw. einer geistigen Behinderung oder auch einer Suchterkrankung in ihrer Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung eingeschränkt sind, sondern auch solche Personen, die von derartigen Einschränkungen nicht betroffen sind, etwa weil sie ausschließlich an körperlichen Erkrankungen leiden.“ (OLG Celle aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB

Schwerer Raub

StGB

§ 250 II Nr. 3b

lebensgefährdende Behandlung nach Tatvollendung (BGH in NSTZ 2011, 451; Beschluss vom 08.04.2010 – 2 StR 17/10)

Die **qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung des Raubopfers** nach Vollendung der Tat oder Scheitern ihres Versuchs **scheidet aus, wenn die** die Lebensgefahr verursachende **Handlung nicht mit der Motivation der Beutesicherung vorgenommen wird.**

I. Entgegen der in der Lit. vorherrschenden Ansicht hat der **BGH** die Qualifikationswirkung in dem Zeitraum zwischen Vollendung des Raubs und Beendigung der Tat (§ 78a StGB) daher für möglich gehalten, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt zwar nicht mehr mit Wegnahmevorsatz, aber mit der Absicht der Beutesicherung handelt.

vgl. BGHSt 53, 234 [zu § 250 II Nr. 3a]; BGHSt 20, 194 [zu § 250 I Nr. 1 a.F.]; BGHSt 52, 376; BGH NSTZ-RR 2008, 342 [zu § 250 II Nr. 1 StGB]; Fischer. 57. Aufl., § 250 Rn 14, 26 m. w. Nachw.; a.A. etwa MüKo-StGB/Sander, § 250 Rn 65; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 250 Rn 27 – jew. m. w. Nachw.; vgl. dazu auch Nestler JR 2010, 100ff.

II. **Auf die Streitfrage**, ob die zeitliche Grenze für die Qualifikation schon mit der Vollendung der Tat – entsprechend: mit Fehlschlag des Versuchs – anzunehmen ist, **kommt es nicht an, wenn eine Qualifikationswirkung nach diesem Zeitpunkt jedenfalls fortbestehende Beutesicherungsabsicht des Täters voraussetzt.**

Dies ist, soweit ersichtlich, **für den Fall des § 250 II Nr. 3b StGB bisher nicht entschieden.** BGH aaO ist der Ansicht, dass ein sachlicher Grund für eine von den anderen genannten Fällen abweichende Auslegung nicht besteht.

„Auch die qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung „durch die Tat“ nach §§ 249, 255 StGB setzt daher jedenfalls voraus, dass die die Lebensgefahr verursachende Handlung (noch) vom Vorsatz der Tatbestandsverwirklichung, nach Vollendung von Beutesicherungsabsicht getragen ist. Im Fall der Lebensgefährdung nach Fehlschlag des Versuchs der räuberischen Erpressung kommt die Anwendung der Qualifikation daher nicht in Betracht, da Beutesicherungsabsicht hier ausscheidet.

Soweit Entscheidungen des BGH zu § 251 StGB entnommen werden könnte, dass die Anwendung von § 251 StGB nach Raubvollendung auch dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn der Einsatz nicht mehr der Beutesicherung, sondern (nur noch) der „bloßen Fluchtsicherung“ dient (vgl. BGHSt 38, 295; die Entscheidung spricht an anderer Stelle allerdings von „Flucht- und Beutesicherung“), so kann hier dahinstehen, ob hieran unter Berücksichtigung der neuen Rspr. zu den Qualifikationsfällen des § 250 StGB (sowie auch zu § 176a V und § 177 IV StGB) festzuhalten wäre.“ (BGH aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VIG

Verbraucherinformationsanspruch

öfFR

§ 1 I

keine Einschränkung des presserechtl. Informationsanspruchs (VGH Mannheim in NVwZ 2011, 958; Beschluss vom 10.05.2011 – 1 S 570/11)

Der **Verbraucherinformationsanspruch nach § 1 I VIG** schränkt den **Informationsanspruch der Presse** nach § 4 I BadWürttPresseG **nicht ein.**

I. Nach **§ 1 I Nr. 3 VIG** hat jeder nach Maßgabe dieses Gesetzes Anspruch auf freien Zugang zu allen Daten über die Kennzeichnung, Herkunft, Beschaffenheit, Verwendung sowie das Herstellen oder das Behandeln von Erzeugnissen sowie über Abweichungen von Rechtsvorschriften über diese Merkmale und Tätigkeiten.

Der Zugang zu diesen Daten erfolgt nur nach Maßgabe des im VIG geregelten Verfahrens:

- So ist nach § 3 I VIG die Information nur auf **schriftlichen Antrag** zu erteilen.
- Nach § 4 VIG ist **Dritten, deren Belange** durch den Antrag auf Informationszugang betroffen **sind, vor der Entscheidung schriftlich Gelegenheit zur Stellungnahme** zu geben.

Darunter fallen nicht nur die Unternehmen, die ein beanstandetes Lebensmittel herstellen, sondern auch unentgeltliche Beilagen i. S. von Art. 3 Nr. 8 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 in den Verkehr bringen (§ 3 Nr. 1 LFGB für kosmetische Mittel). Der Informationszugang darf erst erfolgen, wenn die Entscheidung bestandskräftig ist oder zwei Wochen nach Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 4 III 3 VIG).

„Ziel des Verbraucherinformationsgesetzes ist die Gewährleistung einer umfassenden Information der Verbraucherinnen und Verbraucher; diesen wird hierdurch Zugang zu den bei den Behörden vorhandenen Informationen im Anwendungsbereich des LFGB eröffnet (vgl. BT-Dr 16/5404). Aus diesem Auskunftsanspruch für jedermann folgt, dass auch Journalisten und Verlage unter den dort genannten gesetzlichen Voraussetzungen und unter Beachtung der Anforderungen hinsichtlich des Verfahrens Auskunft über die speziellen Daten und Informationen im Lebensmittel- und Kosmetikbereich erhalten können.“ (VGH Mannheim aaO)

II. Die **Erweiterung des Rechts der Verbraucherinformation** durch das Verbraucherinformationsgesetz **bedeutet indes nicht, dass hierdurch bestehende presserechtliche Auskunftsansprüche beschnitten werden sollten**, die Regelungen ergänzen sich vielmehr.

„Der Informationsanspruch für Verbraucher ist auf den einzelnen Verbraucher zugeschnitten, ohne die Presse hiervon auszuschließen. Der **presserechtliche Auskunftsanspruch dient hingegen der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Presse** und hängt anders als das Verbraucherinformationsgesetz im Interesse einer zeitnahen Informationsbeschaffung nicht von besonderen verfahrensmäßigen Anforderungen ab. Mit der Gewährleistung der Pressefreiheit trägt das Grundgesetz der **besonderen Bedeutung der Presse in einem freiheitlichen demokratischen Staatswesen** Rechnung. Es schützt und sichert die Aufgabe der Presse, an dem Prozess der Bildung der öffentlichen Meinung teilzunehmen und dadurch an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken. Daraus folgt die Pflicht des Staates, diese Aufgabe der Presse zu respektieren. Hierzu gehört auch die Pflicht zur Erteilung von Auskünften. Einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung entspricht ein Verhalten der Behörden, das in Angelegenheiten von öffentlichem Interesse von Offenheit geprägt ist. Es erfordert die Bereitschaft, dem Bürger diese Angelegenheiten dadurch durchsichtig zu machen, dass der Presse (wie auch den anderen Medien) durch eine großzügige Informationspolitik eine genaue und gründliche Berichterstattung ermöglicht wird (vgl. BVerwGE 70, 310 = NJW 1985, 1655 = NVwZ 1985, 587). Mit der besonderen Bedeutung der Presse wäre es unvereinbar, wenn der presserechtliche Informationsanspruch durch den Auskunftsanspruch nach dem Verbraucherinformationsgesetz verdrängt würde (vgl. im Verhältnis zum Informationsfreiheitsgesetz auch OVG Münster NJW 2005, 618; Löffler/Ricker, Hdb. d. PresseR, 5. Aufl., S. 141 Rn 5a).“ (VGH Mannheim aaO)

- III. Etwas Anderes lässt sich weder dem **Wortlaut** noch **Sinn und Zweck des Verbraucherinformationsgesetzes** entnehmen.

„Auch § 1 V BadWürttPresseG, wonach die Presse Gesetzen, die für jedermann gelten, unterworfen ist, steht dem nicht entgegen. Aus dieser Vorschrift ist in diesem Zusammenhang lediglich zu folgern, dass ein Pressevertreter, soweit er einen Auskunftsanspruch nach dem Verbraucherinformationsgesetz geltend macht, – wie jedermann auch – den dortigen Regelungen unterworfen ist, nicht jedoch, dass hierdurch der presserechtliche Auskunftsanspruch beschränkt wird.“ (VGH Mannheim aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

HessVwKostO
Nr. 5322

Polizeieinsatz
keine Gebührentragungspflicht eines Minderjährigen
(VGH Kassel in NVwZ 2011, 893; Beschluss vom 23.03.2011 – 5 A 2224/10)

öffR

Ein zwölf Jahre alter **Minderjähriger ist nicht Gebührenschnldner eines von ihm verursachten Polizeieinsatzes**, da ihm die insoweit **erforderliche Handlungsfähigkeit** fehlt. Dies gilt auch dann, wenn er den Polizeieinsatz durch Vortäuschen einer Gefahrenlage oder einer Straftat verursacht hat.

- I. Wird eine Amtshandlung auf Veranlassung, aber ohne Antragstellung eines Minderjährigen vorgenommen, so ist er als Kostenschuldner anzusehen, sofern er auch **für die kostenpflichtige Amtshandlung handlungsfähig** ist (Schlabach, GebührenR der Verwaltung, 35. Lfg. 2008, 3.2 § 13 Rn 14; Böhm/Fabry, Hess. VerwaltungsgebührenR, Erl. § 11 Rn 8).

„Grds. Aufschluss über die Handlungsfähigkeit – also die Fähigkeit zur Vornahme von Verfahrenshandlungen – gibt § 12 HessVwVfG: Nach Abs. 1 Nr. 2 dieser Vorschrift sind handlungsfähig „natürliche Personen, die nach bürgerlichem Recht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, soweit sie für den Gegenstand des Verfahrens durch Vorschriften des bürgerlichen Rechts als geschäftsfähig oder durch Vorschriften des öffentlichen Rechts als handlungsfähig anerkannt sind“. Vorschriften, die für das vorliegende Verfahren die Geschäftsfähigkeit oder die Handlungsfähigkeit des zwölfjährigen Kl. ausdrücklich normieren, bestehen nicht. Insbes. wird die Kostenschuldnerschaft des Kl. nicht durch die Polizeipflichtigkeit gem. § 6 des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung – HessSOG – begründet. Die **Polizeipflichtigkeit** – also die Fähigkeit, Adressat einer Maßnahme der Gefahrenabwehr zu sein – **ist altersunabhängig und Verschuldens-, Schuld- und Zurechnungsfähigkeit spielen für die Verantwortlichkeit keine Rolle. Dies gilt jedoch nicht hinsichtlich der Kostentragungspflicht für polizeiliche Maßnahmen der Gefahrenabwehr**, jedenfalls insoweit, als dem Gebührentatbestand eine subjektive Komponente innewohnt. Vor diesem Hintergrund fehlt dem Kl. die Geschäfts-/Handlungsfähigkeit, so dass er nicht Kostenschuldner des Polizeieinsatzes sein kann. Dies gilt i. Ü. auch, wenn man wegen der polizeirechtlichen Beziehung auf die Strafmündigkeit des Minderjährigen – schuldfähig erst ab 14 Jahren (§ 19 StGB) – (vgl. dazu Schlabach, VerwKostG, § 13 Rn 6) oder – in entsprechender Anwendung – auf die deliktische Haftungsregelung des § 828 BGB zurückgreifen würde, da dem Kl. im vorliegenden Zusammenhang die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht fehlt.“ (VGH Kassel aaO)

- II. VGH Kassel aaO teilt darüber hinaus auch nicht die Auffassung, für die Erfüllung des Tatbestandes der Gebührenziffer 5322 Alt. 2 der Anlage 1 zur Verwaltungskostenordnung für den Geschäftsbereich des Ministeriums des Inneren und für Sport – Vortäuschen einer Gefahrenlage oder einer Straftat – reiche es aus, dass die Täuschungshandlung vorsätzlich begangen werde, die damit in Gang gesetzte Kausalkette dem Täuschenden jedoch zugerechnet werden müsse, ohne dass es dabei auf sein Verschulden ankomme.

„Das VG hat unter Hinweis auf die Urteile des VG Arnberg (BeckRS 2010, 47624 und BeckRS 2010, 48091) zu gleichartigen Gebührentatbeständen in Nordrhein-Westfalen ausgeführt, die 2. Alternative der Gebührenziffer 5322 erfasse den Fall, in dem die missbräuchliche Alarmierung nicht selbst, sondern durch einen Dritten erfolge, dem eine Gefahrenlage vorgespiegelt werde, um ihn zur Alarmierung der Polizei zu veranlassen. Gemeinsam sei beiden Alternativen des Gebührentatbestandes die Zielrichtung der entsprechenden Täuschungshandlung, mit der absichtlich ein Fehleinsatz der Polizei herbeigeführt werden solle. Das vorwerfbare Verhalten, das eine der Höhe nach nicht beschränkte Kostenpflicht für einen Polizeieinsatz nach der Gebührenziffer 5322 auslöse, bestehe darin, dass der Polizeieinsatz absichtlich herbeigeführt werde, obwohl in Wahrheit keine Gefahrenlage bestehe. Die Zielrichtung, einen letztlich unnötigen Polizeieinsatz auszulösen, stelle eine Steigerung gegenüber der vorstehenden Gebührenziffer 5321 dar, nach der bei grob fahrlässiger Alarmierung der Polizei Kosten in Höhe eines festen Betrags von 125 € erhoben würden. Es reiche deshalb nicht aus, wenn jemand durch sein Verhalten einen Polizeieinsatz verursache, ohne dass dies Ziel seines Handelns sei.

Diese Auffassung teilt der Senat: Zu Recht weist das VG Arnberg in diesem Zusammenhang darauf hin, dass nicht angenommen werden könne, dass der Ordnungsgeber an Tathandlungen, die sich in ihrem Unwertgehalt derart deutlich unterscheiden, die gleiche Rechtsfolge (nach hessischem Recht für beide Alternativen der Gebührenziffer 5322 eine der Höhe nach nicht beschränkte Kostenpflicht) habe anknüpfen wollen.“ (VGH Kassel aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§§ 717 III, 32

Vollstreckungsrechtlicher Erstattungsanspruch Bestimmung des Gerichtsstands

ZPO

(BGH in NJW 2011, 2518; Urteil vom 05.05.2011 – IX ZR 176/10)

1. Der Gerichtsstand des § 32 ZPO ist **ausgeschlossen für Bereicherungsansprüche**.
2. Bei der Verweisung auf das Bereicherungsrecht in § 717 III 3 ZPO handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung. Der Anspruch aus **§ 717 III 2 ZPO ist kein bereicherungsrechtlicher Anspruch**.
3. Der Gerichtsstand des § 32 ZPO ist auch eröffnet für alle **Ansprüche aus Gefährdungshaftung**.
4. Bei § 717 III 2 ZPO handelt es sich um einen solchen Gefährdungshaftungstatbestand.
5. **§ 717 III 2 ZPO setzt**, anders als § 717 II 1 ZPO **nicht die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen** oder die Zahlung unter **Vollstreckungsdruck** voraus.

Fall: Der Bekl., der seinen Wohnsitz in Monaco hat, nahm die Kl., deren Sitz in Hamburg ist, im Jahr 2003 auf Zahlung einer Lizenzgebühr von 60.000 Euro und vorgerichtlicher Mahnkosten von 1.253,69 Euro, jeweils nebst Zinsen, in Anspruch. Die Kl. wurde in zwei Instanzen zur Zahlung der Lizenzgebühr verurteilt. Nach Abschluss der Berufungsinstanz ließ die Kl. den Bekl. fragen, ob sofort gezahlt oder der Ausgang des Revisionsverfahrens abgewartet werden solle. Der Bekl. ließ antworten, dass er umgehend Zahlung zu Händen seiner Prozessbevollmächtigten wünsche. Daraufhin zahlte die Kl. Mit Urteil vom 05.06.2008 hob der BGH (NJW 2008, 3782 = GRUR 2008, 1124) das Berufungsurteil auf, soweit zum Nachteil der Kl. erkannt worden war, und wies die Klage ab. Der Bekl. weigerte sich, die Lizenzgebühr zurückzuzahlen, weil er Verfassungsbeschwerde gegen das genannte Urteil einlegen wollte.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Kl. zunächst Rückzahlung der Lizenzgebühr sowie vorgerichtlicher Mahnkosten nebst Zinsen verlangt und beantragt, den Bekl. zu verurteilen, an sie 61.253,69 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24. 1. 2004 zu zahlen.

Das LG hat den Bekl. unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 60.000 Euro nebst Zinsen seit dem 14.10.2008 verurteilt. Auf die Berufung des Bekl. hat das BerGer. seine internationale Zuständigkeit verneint und die Klage als unzulässig abgewiesen (OLG Hamburg, Urt. v. 14.09. 2010 – 7 U 54/09, BeckRS 2011, 15223). Zu Recht?

Die Klage ist unzulässig, wenn das angerufene Gericht für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht zuständig ist.

I. Rechtsgrundlagen für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit

Gemäß Art. 4 I der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) bestimmt sich die Zuständigkeit der Gerichte eines jeden Mitgliedstaates der Europäischen Union nach dessen eigenen Gesetzen, wenn der Beklagte keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat. Der Bekl. hat seinen Wohnsitz in Monaco. Das Fürstentum Monaco ist nicht Mitglied der Europäischen Union.

Demnach bestimmt sich die internationale **Zuständigkeit des Gerichts nach der deutschen Rechtsordnung**.

„Die Vorschriften der (deutschen) ZPO über die örtliche Zuständigkeit (§§ 12 ff. ZPO) regeln mittelbar auch die Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit deutscher und ausländischer Gerichte (BGHZ 184, 313 = NJW 2010, 1752 = GRUR 2010, 461 Rn 7). Soweit nach diesen Vorschriften ein deutsches Gericht örtlich zuständig ist, ist es im Verhältnis zu den ausländischen Gerichten auch international zuständig (BGHZ 44, 46 = NJW 1965, 1665; BGHZ 132, 105 [107] = NJW 1996, 1411; BGHZ 134, 116 [117] = NJW 1997, 657; BGH, NJW 1999, 1395 = WM 1999, 226 [227]; BGHZ 184, 313 = NJW 2010, 1752 = GRUR 2010, 461).“ (BGH aaO)

II. Bestimmung des Gerichtsstandes nach der ZPO

Es könnte der **besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung** nach § 32 ZPO gegeben sein. Dann müsste ein Anspruch aus einer solchen geltend gemacht werden. Hier geht es um die Erstattung eines Zahlungsbetrages, den die Kl. auf der Grundlage eines nur vor-

läufig vollstreckbaren Urteils an den Bekl. gezahlt hat. Dieser hat nach Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils nach § 717 III 2-4 ZPO einen **Anspruch auf Erstattung des gezahlten Betrages**. Fraglich ist jedoch, ob es sich hierbei um einen Anspruch aus unerlaubter Handlung im Sinne des § 32 ZPO handelt.

1. Auslegung des Begriffs der unerlaubten Handlung in § 32 ZPO

Der Begriff der unerlaubten Handlung in § 32 ZPO könnte auf Schadensersatzansprüche begrenzt sein. Beim Anspruch nach § 717 III ZPO handelt es sich jedoch um einen Erstattungsanspruch. Fraglich ist, wie der Begriff der unerlaubten Handlung in § 32 ZPO zu verstehen ist.

„Die Vorschrift des § 32 ZPO gilt

- für unerlaubte Handlungen i.S.d. §§ 823 ff. BGB (unerlaubte Handlungen im engeren Sinne),
- für **rechtswidrige Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre** (BGH, NJW 1956, 911 = GRUR 1956, 297; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 32 Rn 18; Wieczorek/Schütze/Hausmann, ZPO, 3. Aufl., § 32 Rn 4)
- und für Ansprüche aus (verschuldensunabhängiger) Gefährdungshaftung (BGHZ 80, 1 [3] = NJW 1981, 1516; RGZ 60, 300 [302f.]; Stein/Jonas/Roth, § 32, Rn 18 Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 32 Rn. 4; Patzina, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 32 Rn 7; Zöllner/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 32 Rn 7; Prütting/Gehrlein/Wern, ZPO, 3. Aufl., § 32 Rn 6; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., § 32 Rn 9; Bendtsen, in: HandKomm-ZPO, 4. Aufl., Rn 6; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 31. Aufl., § 32 Rn 2).

Der Anwendungsbereich des § 32 ZPO ist **schon dem Wortlaut nach nicht auf Schadensersatzansprüche** begrenzt. Er steht daher für verschiedenste andere Ansprüche offen, die ganz unterschiedliche Rechtsfolgen haben (vgl. u.a. BGH, NJW 1956, 911 [912] = GRUR 1956, 297; Wieczorek/Schütze/Hausmann, § 32 Rn 5, 25; Zöllner/Vollkommer, § 32 Rn 14; Musielak/Heinrich, ZPO, 8. Aufl., § 32 Rn 14; Prütting/Gehrlein/Wern, § 32 Rn. 3, 12).“ (BGH aaO)

2. Rechtsnatur des Anspruchs aus § 717 III ZPO

Für die Rechtsnatur des Erstattungsanspruchs nach § 717 III ZPO ist der Regelungsgehalt der gesamten Norm heranzuziehen.

a) § 717 III 2 ZPO als Anspruch aus unerlaubter Handlung i.e.S.

„Nach § 717 III 2 ZPO ist der Kläger auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des auf Grund eines aufgehobenen oder abgeänderten Berufungsurteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen.

Bei diesem Anspruch handelt sich **nicht** um einen **Anspruch aus unerlaubter Handlung** i.S. der §§ 823 ff. BGB oder aus der widerrechtlichen Verletzung eines fremden Rechts. Der Kläger, der von einem gem. § 710 Nr. 10 ZPO für vorläufig vollstreckbar erklärten Berufungsurteil Gebrauch macht, **handelt in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung** auch dann, wenn dieses Urteil im weiteren Verfahren keinen Bestand hat.“ (BGH aaO)

b) § 717 III 2 ZPO als Bereicherungsanspruch

§ 717 III 3 ZPO verweist für die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs nach § 717 III 2 ZPO auf die **Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung**. Es könnte sich daher bei dem Erstattungsanspruch nach § 717 III ZPO um einen Bereicherungsanspruch handeln.

„[Der]...Anspruch aus § 717 III 2 ZPO [stellt] ...keinen Bereicherungsanspruch dar, für den der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nicht eröffnet ist (so aber Rosenberg, Lehrb. d. deutschen ZivilprozessR, 9. Aufl., § 174 VI 2d, S. 908; i.Erg. ebenso: Rosenberg/Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, § 15 Rn 40; Stein/Jonas/Münzberg, § 717 Rn 56; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 32 Rn 15; wohl auch Piekenbrock, JR 2005, 446 [448]).

Gemäß § 717 III 3 ZPO bestimmt sich die Erstattungspflicht zwar nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Hierbei handelt es sich jedoch um eine **Rechtsfolgenverweisung**. Das folgt nicht nur aus dem Wortlaut der Vorschrift, sondern auch aus ihrem Regelungszusammenhang. Die **Voraussetzungen des Erstattungsanspruchs** sind in § 717 III 2 ZPO **abschließend geregelt**. Der folgende Satz 3 betrifft die Frage, wie weit die einmal entstandene Erstattungspflicht reicht (RGZ 139, 17 [21f.]; BAGE 11, 202 [206] = NJW 1961, 1989; BAGE 12, 158 [167] = NJW 1962, 1125; Rosenberg/Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, § 15 Rn 34; Baur/Stürmer/Bruns, ZwangsvollstreckungsR, 13. Aufl., Rn 15.37).

Das **Recht der ungerechtfertigten Bereicherung** (§§ 812 ff. BGB) betrifft die Rückgewähr von Vorteilen, die dem Bereicherten nach dem **Gesamturteil der Rechtsordnung nicht gebührt**

(Larenz/Canaris, Lehrb. d. SchuldR II/2, 13. Aufl., § 67 I 1; Esser/Weyers, SchuldR II/2, 8. Aufl., § 47 S. 27, 34). Für den Erstattungsanspruch aus § 717 III 2 ZPO spielt hingegen keine Rolle, ob der im später aufgehobenen Berufungsurteil titulierte Anspruch bestand oder nicht (RGZ 103, 352 [353]). Er entsteht ebenso wie derjenige aus § 717 II 1 ZPO allein infolge der Aufhebung oder Abänderung des bislang vorläufig vollstreckbaren Urteils der Vorinstanz. Aus welchem Grund das Rechtsmittel erfolgreich war, ist unerheblich (BGH, LM § 551 Ziff. 1 ZPO Nr. 27 = WM 1958, 1507; RGZ 64, 278 [281]; RG, JW 1926, 816 [817]; BAGE 12, 158 [166f.] = NJW 1962, 1125; Wieczorek/Schütze/Heß, § 171 Rn. 15; Zöller/Herget, § 171 Rn 16; Musielak/Lackmann, § 171 Rn. 8). Beide Erstattungsansprüche werden auch dann ausgelöst, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil nur aus Verfahrensgründen aufgehoben wird. Auf das bessere materielle Recht kommt es nicht an.“ (BGH aaO)

Es handelt sich daher bei dem Anspruch aus § 717 III ZPO nicht um einen Bereicherungsanspruch, für den die Anwendung des § 32 ZPO ohnehin ausgeschlossen wäre.

c) § 717 III 2 ZPO als sonstiger Anspruch, der § 32 ZPO unterfällt

Die Anwendbarkeit des § 32 ZPO für den Erstattungsanspruch nach § 717 III ZPO könnte sich aus einem Vergleich mit der Regelung des § 717 II ZPO ergeben.

aa) Regelungsgehalt des § 717 II ZPO

In § 717 II ZPO ist ein Schadensersatzanspruch geregelt, wenn der Kläger aus einem später aufgehobenen, vorläufig vollstreckbaren Urteil die Vollstreckung betrieben oder der Beklagte zu deren Abwendung die ausgeurteilte Leistung erbracht hat.

„Nach **einheitlicher Ansicht** in der Kommentarliteratur unterfällt der (verschuldensunabhängige) Rückgewähranspruch aus § 717 II 1 ZPO ebenfalls § 32 ZPO (Stein/Jonas/Münzberg, § 717 Rn 46; Wieczorek/Schütze/Heß, § 717 Rn 33; Krüger, in: MüKo-ZPO, § 717 Rn 22; Zöller/Herget, § 717 Rn 13; Musielak/Lackmann, § 717 Rn 14; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, § 717 Rn 17; Baumbach/ Lauterbach/Albers/Hartmann, § 717 Rn 13; Kindl, in: HandKomm-ZPO, § 717 Rn 10; Rosenberg/Gaul /Schilken/Becker-Eberhardt, ZwangsvollstreckungsR, 12. Aufl., § 15 Rn 23; Schuschke/Walker, Vollstreckung u. Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., Rn 21; Giers, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht d. Zwangsvollstreckung, § 717 Rn 14).“ (BGH aaO)

Die Regelung beruht auf dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass die Vollstreckung aus einem noch nicht rechtskräftigen Urteil auf Gefahr des Gläubigers erfolgt.

„Hat der Beklagte auf Grund gerichtlicher Anordnung einen **Eingriff** in seinen Handlungs- und Vermögensbereich **dulden** müssen, der sich nach weiterer Überprüfung als **unbegründet** herausstellt, entspricht es gebotener Risikoverteilung, dass den Schaden aus solcher erlaubter, aber **gefährbeladener Ausübung** derjenige trägt, der seine Interessen auf Kosten des anderen verfolgt. Es handelt sich um einen **Fall der Gefährdungshaftung**, weil die Rechtsfolge an ein ausdrücklich von dem Gesetz erlaubtes Verhalten anknüpft (Krüger, in: MüKo-ZPO, § 717 Rn 7). Ob der Kläger mit einem endgültigen Bestand seines Titels gerechnet hat und rechnen konnte oder nicht, ist unerheblich (BGHZ 54, 76 [80f.] = NJW 1970, 1459; BGHZ 62, 7 [9] = NJW 1974, 642 = GRUR 1975, 390; BGHZ 69, 373 [378] = NJW 1978, 163; BGHZ 85, 110 [113] = NJW 1983, 232; BGHZ 95, 10 [14f.] = NJW 1986, 1028; BGHZ 136, 199 [205] = NJW 1997, 2601; BGHZ 169, 308 [314] = NZI 2007, 740; BGH, NJW-RR 2009, 407 = WM 2009, 273 Rn 6).“ (BGH aaO)

bb) Übertragung dieser Grundsätze auf § 717 III ZPO

Fraglich ist, ob sich diese Grundsätze auch auf § 717 III ZPO übertragen lassen.

„Der Erstattungsanspruch aus § 717 III 2 ZPO lässt sich vielmehr ebenso wie derjenige aus § 717 II 1 ZPO **auf den Grundsatz zurückführen**, dass der Gläubiger, der von einem noch nicht endgültig rechtsbeständigen Vollstreckungstitel Gebrauch macht, dies **auf eigene Gefahr unternimmt** und die Folgen zu tragen hat, falls der Titel letztlich keinen Bestand hat (BGHZ 69, 373 [378] = NJW 1978, 163; BGHZ 136, 199 [205] = NJW 1997, 2601; BAGE 11, 202 [206] = NJW 1961, 1989; BAGE 12, 158 [167f.] = NJW 1962, 1125). Es handelt sich um einen nach den **Grundsätzen der Gefährdungshaftung begründeten bereicherungsrechtlich ausgestalteten Erstattungsanspruch** (Krüger, in: MüKo-ZPO, § 717 Rn 28). Der Senat hat die Vorschrift des § 717 II 1 ZPO insoweit, als die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung zu ersetzen ist, als **Instrument innerprozessualer Waffengleichheit** angesehen (BGHZ 136, 199 [207] = NJW 1997, 2601). Gleiches gilt für § 717 III 2 ZPO. Erlaubt die Rechtsordnung der in zweiter Instanz obsiegenden Partei, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, bevor ihr Recht endgültig festgestellt ist, fordert das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 3 I GG), die zunächst unterlegene Partei ihrerseits nicht auf eine endgültige Entscheidung über den Klageanspruch warten zu lassen,

sondern im Falle einer teilweisen oder vollständigen Aufhebung der zweitinstanzlichen Verurteilung durch das RevGer. die auf jenes Urteil erbrachte Leistung umgehend zurückfordern zu dürfen.“ (BGH aaO)

Der Anspruch aus § 717 III ZPO kann daher grundsätzlich im Gerichtsstand des § 32 ZPO geltend gemacht werden.

3. Anforderungen zur Begründung des Gerichtsstandes

Zur Begründung des besonderen Gerichtsstands der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO muss der Kläger schlüssig Tatsachen behauptet, aus denen sich eine im Gerichtsbezirk – oder dann, wenn es, wie hier, um die internationale Zuständigkeit geht, im Inland – begangene unerlaubte Handlung ergibt.

a) Schlüssige Behauptung eines Anspruchs nach § 717 III 2 ZPO

Die Kl. müsste also einen Anspruch aus § 717 III 2 ZPO schlüssig dargelegt haben. Fraglich ist, ob dies daran scheitert, dass sie die Zahlung auf Nachfrage bei dem Bekl. freiwillig erbracht hat.

„§ 717 III 2 ZPO setzt nicht voraus, dass der Gläubiger vor der Zahlung oder Leistung bereits das **förmliche Zwangsvollstreckungsverfahren eingeleitet** und der Schuldner **unter Vollstreckungsdruck geleistet** hat (Schuschke/Walker, § 717 Rn. 21; vgl. auch BAG, ZTR 2003, 567 [568]).

Ihrem **Wortlaut nach** verlangt die Vorschrift des § 717 III 2 ZPO keine Zahlung unter Vollstreckungsdruck. Die Zahlung oder Leistung muss lediglich „**auf Grund**“ eines **Berufungsurteils** (§ 708 Nr. 10 ZPO) erfolgt sein. § 717 III 1 ZPO erklärt die Vorschrift des Absatzes 2, der eine (verschuldensunabhängige) Verpflichtung des Gläubigers zum Ersatz des durch die Vollstreckung des Urteils oder eine Zahlung zur Abwendung der Vollstreckung entstandenen Schadens normiert, für unanwendbar.“ (BGH aaO)

Allerdings könnte sich die **Annahme gleicher Anspruchsvoraussetzungen** für § 717 II 1 ZPO und § 717 III 2 ZPO aus der oben dargelegten Übereinstimmung des Rechtsgrundes der Haftung ergeben.

„[Dies] ...zwingt nicht dazu, gleiche Anspruchsvoraussetzungen anzunehmen (so aber – durchweg ohne Begründung – Wieczorek/Schütze/Heß, § 717 Rn 27; Stein/Jonas/Münzberg, § 717 Rn 52; Krüger, in: MüKo-ZPO, § 717 Rn 29; Zöller/Herget, § 717 Rn 16; Musielak/Lackmann, § 717 Rn 16; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, § 717 Rn 20; Kindl, in: HandKomm-ZPO, § 717 Rn 11; Thomas/Putzo/Hülßtege, § 717 Rn 19).

Näher liegt es, die **weitreichenden Haftungsfolgen des § 717 II 1 ZPO** auch von **strengerer Anspruchsvoraussetzungen** abhängig zu machen. Der Schadensersatzanspruch nach § 717 II 1 ZPO umfasst alle Schäden, die dem Beklagten durch die vorzeitige Leistung entstanden sind und die im Einzelfall den Wert des Klagegegenstands weit übersteigen können. Entsprechend den Grundsätzen der Gefährdungshaftung (vgl. BGHZ 67, 129 [130] = NJW 1976, 2130) wird diese **Ausweitung des Haftungsrisikos** dem Kläger nur auferlegt, weil er die – rechtskonforme – Gefahr eines solchen Schadens **durch seine Entscheidung geschaffen** hatte, den Beklagten zur vorzeitigen Erfüllung des Klageanspruchs zu zwingen. Das von dem **Erstattungsanspruch** gem. § 717 III 2 ZPO ausgehende **Haftungsrisiko** ist demgegenüber **deutlich geringer**. Der Gläubiger braucht hier nicht zu befürchten, für unvorhersehbare Folgen eintreten und Schadensersatz leisten zu müssen, der den Wert des Klagegegenstands erheblich überschreitet.“ (BGH aaO)

Zur schlüssigen Behauptung eines Anspruchs nach § 717 III 2 ZPO reicht es daher aus, wenn die Kl. darlegt, dass sie auf der Grundlage eines später aufgehobenen Urteils den ausgerichteten Betrag an die Bekl. gezahlt hat.

b) Anspruchsentstehung im Zuständigkeitsbereich des Gerichts

Zudem müssen Tatsachen dafür vorgetragen werden, dass die unerlaubte Handlung i.S.d. § 32 ZPO im Zuständigkeitsbereich des Gerichts begangen wurde.

„Der Tatort einer unerlaubten Handlung i.S. von § 32 ZPO liegt überall, wo auch nur eines der **wesentlichen Tatbestandsmerkmal verwirklicht** worden ist, bis hin zu dem Ort eines der wesentlichen Tatbestandsmerkmale verwirklicht worden ist, bis hin zu dem Ort, an dem **in das geschützte Rechtsgut eingegriffen** worden ist (BGHZ 124, 237 [245] = NJW 1994, 1413; BGH, NJW 2011, 2059 = GRUR 2011, 558 Rn 7). Jedenfalls der **Ort des Verletzungserfolgs liegt im Inland**. Die Kl., die auf Grund des später aufgehobenen Urteils des OLG Hamburg vom 15. 5. 2007 eine Zahlung an den Bekl. geleistet hat, ist in Hamburg ansässig.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Das angerufene Gericht war nach § 32 ZPO für die Entscheidung zuständig, die Klage war zulässig.

ZPO
§ 794 I Nr. 1
BGB
§ 127a

Gerichtlicher Vergleich
Umfang des Anspruchs auf Protokollierung

ZPO

(BGH in MDR 2011, 1128; Beschluss vom 03.08.2011 - XII ZB 153/10)

1. Ein **Anspruch** auf Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs nach § 127 a BGB besteht lediglich **insoweit**, als die Prozessparteien den **Streitgegenstand** des Verfahrens **teilweise oder abschließend regeln**.
2. Soweit die Einigung der Parteien **darüber hinausgeht**, aber noch in einem inneren Zusammenhang mit dem Streitgegenstand steht, liegt es im **pflichtgemäßen Ermessen** des Gerichts, ob und in welchem Umfang es die Einigung als gerichtlichen Vergleich i. S. von § 127 a BGB protokolliert.

Fall: Der Antragsteller begehrt die gerichtliche Protokollierung einer Auflassungserklärung im Rahmen eines Scheidungsfolgenvergleichs.

Im Rahmen ihres Scheidungsverbundverfahrens legten die Parteien den Entwurf einer Scheidungsfolgenvereinbarung vom 03.12.2009 vor, in der ihre Einigung über die Vermögensauseinandersetzung, Unterhaltsansprüche und die Kosten des Scheidungsverfahrens niedergelegt war. Im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung wurde auf eine Anlage Bezug genommen, in der die Antragsgegnerin ihre ideelle Hälfte an einem gemeinsamen Grundstück gegen Übernahme sämtlicher Verbindlichkeiten und Zahlung eines Betrages in Höhe von 25.000 € auf den Antragsteller übertrug. Zum Vollzug dieser Vereinbarung sah die Anlage folgende Regelung vor:

"§ 6 Bewilligung/Auflassung

1. Die Parteien bewilligen die Löschung sämtlicher im Grundbuch eingetragener Rechte, soweit sie nicht übernommen werden.
2. Die Parteien sind sich darüber einig, dass das Eigentum gemäß § 2 dieser Anlage auf den Antragsteller übergeht. Sie bewilligen, die Rechtsänderung im Grundbuch einzutragen."

Auf den Hinweis des Gerichts, dass es nicht beabsichtige, die Grundstücksübertragung zu protokollieren, legten die Parteien im Verhandlungstermin eine neue Scheidungsfolgenvereinbarung vom 11.12. 2009 vor, die sich in § 6 der Anlage vom ursprünglichen Entwurf wie folgt unterschied:

"§ 6 Bewilligung/Auflassung

Die Parteien verpflichten sich, umgehend die Auflassung vor einem Notar zu erklären."

Im Verhandlungstermin lehnte das Amtsgericht die beantragte Protokollierung der ursprünglichen Vereinbarung vom 03.12.2009 ab. Daraufhin schlossen die Parteien die Scheidungsfolgenvereinbarung entsprechend dem Entwurf vom 11.12.2009, die als Anlage zum Protokoll genommen wurde.

Bestand ein Anspruch auf gerichtliche Protokollierung der Scheidungsfolgenvereinbarung vom 03.12.2009?

Hinweis: Für das Verfahren ist gemäß Art. 111 I FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist .

Es könnte ein Anspruch auf Protokollierung der in der Scheidungsfolgenvereinbarung enthaltenen Auflassung nach § 161 III Nr. 1 ZPO bestehen. Hieran haben die Parteien deshalb ein rechtliches Interesse, weil die **gerichtliche Protokollierung** nach § 127a BGB die nach §§ 873, 925 BGB erforderliche **notarielle Beurkundung** der Auflassung **ersetzt** und damit ein Zeit und Kostenvorteil verbunden ist.

I. Zweck der Vergleichsprotokollierung

Grundsätzlich soll das Gericht nach § 278 ZPO, der nach dem hier anwendbaren früheren Recht gemäß § 624 III ZPO aF auch im Scheidungsverbundverfahren gilt (vgl. jetzt § 113 I 1 FamFG), soll das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine **gütliche Beilegung** des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein. Im Falle einer gütlichen Streitbeilegung bildet der **gerichtliche Vergleich** nach § 794 I Nr. 1 ZPO den **Vollstreckungstitel**, den der Berechtigte zur Durchsetzung seines Anspruchs benötigt.

„Im Umfang des anhängigen Streitgegenstandes ersetzt der gerichtliche Vergleich also die sonst im Rahmen des Rechtsgewährungsanspruchs gebotene gerichtliche Entscheidung. Wenn die Parteien über die Auflassung eines Grundstücks streiten, ist eine entsprechende gütliche Einigung ebenfalls als gerichtlicher Vergleich zu protokollieren (zur Form der Protokollierung vgl. Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127 a Rn. 20 ff.).“ „Ein Anspruch auf Protokollierung besteht daher nur insoweit, als die Prozessparteien den Streitgegenstand des Verfahrens teilweise oder abschließend regeln. Dies ergibt sich aus dem Rechtsgewährungsanspruch der Parteien gegenüber dem Gericht.“ (BGH aaO)

II. Umfang der Protokollierungsmöglichkeit

Fraglich ist jedoch, ob das Gericht verpflichtet war, auch die mit der getroffenen Scheidungsfolgenvereinbarung getroffene Auflassungserklärung zu protokollieren.

1. keine Beschränkung auf den Streitgegenstand

Da ein Prozessvergleich nur vorliegt, wenn der Streitgegenstand ganz oder teilweise geregelt wird, so könnte schon deshalb die gerichtliche Protokollierung solcher Vereinbarungen ausscheiden, die über den Streitgegenstand hinausgehen.

*„Zwar setzt ein gerichtlicher Vergleich als Vollstreckungstitel im Sinne der §§ 127a BGB, 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ein **anhängiges gerichtliches** Verfahren voraus, in dessen Zusammenhang der Vergleich geschlossen wird (BGHZ 15, 190, 195 ff.; Erman/Palm BGB 12. Aufl. § 127 a Rn. 2). Der **Inhalt** des gerichtlichen Vergleichs ist allerdings **nicht auf den Streitgegenstand des anhängigen Verfahrens beschränkt**. Ausreichend, aber auch erforderlich ist vielmehr, dass ein über den Streitgegenstand hinausgehender Inhalt in einem inneren Zusammenhang mit dem Rechtsstreit steht (BGHZ 142, 84, 90 f.; 84, 333, 335 f.; 35, 309, 316 und 14, 381, 387; vgl. auch RGZ 48, 183, 188f.).“* (BGH aaO)

Das Gericht ist daher nach § 160 III Nr. 1 ZPO durchaus befugt, einen sog. Mehrvergleich zu protokollieren. Die Protokollierungsbefugnis ist nicht auf den Streitgegenstand beschränkt, solange dieser nur mitgeregelt wird.

2. Innerer Zusammenhang

Erforderlich ist nach Vorstehendem allerdings ein innerer Zusammenhang zwischen dem Streitgegenstand und dem Inhalt des Mehrvergleichs.

*„Hier bilden die in die Scheidungsfolgenvereinbarung aufgenommene **Verpflichtung zur Übertragung des ideellen Miteigentumsanteils** an dem gemeinsamen Grundstück und die zur Erfüllung ursprünglich vorgesehene Auflassung **zwar keine Folgesache** im Sinne des § 623 II BGB aF, die im Scheidungsverbundverfahren geltend gemacht werden könnte. Die Eigentumsübertragung steht aber in engem Zusammenhang mit der Vermögensauseinandersetzung zwischen den geschiedenen Ehegatten und dem Zugewinnausgleich als Scheidungsfolgesache. Als Inhalt eines gerichtlichen Vergleichs im Scheidungsverbundverfahren ist sie deswegen **grundsätzlich zulässig**.“* (BGH aaO)

Der erforderliche innere Zusammenhang zwischen dem Streitgegenstand und der zu protokollierenden Scheidungsfolgenvereinbarung ist daher gegeben.

3. Zeitpunkt der Protokollierung der Scheidungsfolgenvereinbarung

Ein schutzwürdiges Interesse an der Protokollierung der Scheidungsfolgenvereinbarung besteht zudem jedoch nur dann, wenn diese Vereinbarung vor Eintritt der Rechtskraft getroffen wurde.

*„Ein gerichtlich protokollierter Vergleich bildet allerdings **keinen Vollstreckungstitel** im Sinne des § 794 I Nr. 1 ZPO, wenn die Parteien den Entwurf im Scheidungsverbundverfahren **erst nach Rechtskraft des Scheidungsausspruchs** vorgelegt hatten (BGHZ 15, 190, 195 ff.). Dann fehlt es bereits an einem Rechtsschutzbedürfnis der Parteien an einer späteren Protokollierung dieses Vergleichs (vgl. Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127a Rn. 11 ff.; MüKo-BGB/Einsele 5. Aufl. § 127a Rn. 5). Anders ist die Rechtslage nur dann zu beurteilen, wenn die Parteien den Inhalt des Vergleichs schon **vor dem rechtskräftigen Abschluss des Scheidungsverbundverfahrens** in das Verfahren eingeführt hatten und die Protokollierung noch in einem **äußeren und inneren Zusammenhang** mit dem gerichtlichen Verfahren erfolgt (OLG München NJW 1997, 2331). Dann dient der Vergleich über die Folgesachen trotz der erst späteren Protokollierung gleichwohl zur Beilegung des Rechtsstreits in seinem ganzen Umfang im Sinne des § 794 Nr. 1 ZPO.“* (BGH aaO)

Hier hatten die Parteien den Vergleichsentwurf bereits vor dem Ausspruch der Scheidung vorgelegt. Entsprechend hatten sie in der mündlichen Verhandlung des Scheidungsverbundverfahrens die Protokollierung dieser Vereinbarung beantragt.

III. Umfang der Protokollierungspflicht

Fraglich ist jedoch, ob sich der Befugnis des Gerichts zur Protokollierung des Mehrvergleichs ein Anspruch der Parteien darauf ergibt, dass diese Protokollierung auch erfolgt.

*„Bei einem gerichtlichen Vergleich ersetzt die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll eine sonst notwendige notarielle Beurkundung (§ 127a BGB). Diese Vorschrift ändert allerdings nichts daran, dass für Beurkundungen **grundsätzlich** nach §§ 1, 56 BeurkG die **Notare zuständig** sind (Palandt/Ellenberger, BGB 70. Aufl. § 128 Rn. 1). Mit der Vorschrift des § 127a BGB hat der Gesetzgeber lediglich an dem überkommenen Grundsatz festgehalten, dass der Prozessvergleich die notarielle Beurkundung und damit auch die öffentliche Beglaubigung nach § 129 II BGB und die Schriftform nach § 126 III BGB ersetzt (Palandt/Ellenberger aaO § 127a Rn. 1; Soergel/Hefermehl BGB 13. Aufl. § 127a Rn. 1; vgl. schon RGZ 48, 183, 186 ff.). Aus der Vorschrift ergibt sich allerdings **kein generelles Recht** der Prozessparteien auf*

gerichtliche Protokollierung ihrer **Vergleiche als kostengünstigere Alternative** zu der sonst notwendigen notariellen Beurkundung.“ (BGH aaO)

Besteht somit zwar eine Befugnis des Gerichts zur Protokollierung eines Mehrvergleichs, jedoch kein grundsätzlicher Anspruch hierauf, stellt sich die Frage, nach welchen Maßstäben das Gericht über die Vornahme oder Ablehnung der Protokollierung entscheidet.

„Soweit die Einigung der Parteien noch in einem **inneren Zusammenhang mit dem Streitgegenstand** steht (vgl. dazu Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127 a Rn. 14 f.; Soergel/Hefermehl BGB 13. Aufl. § 127a Rn. 1), inhaltlich aber darüber hinausgeht, steht es im **pflichtgemäßen Ermessen** des Gerichts, ob und in welchem Umfang es die Einigung als gerichtlichen Vergleich im Sinne von § 127a BGB protokolliert.“ (BGH aaO)

IV. Ordnungsgemäße Ausübung des Protokollierungsermessens

Im Rahmen der gerichtlichen Ermessensentscheidung ist von der gesetzlichen Vorgabe auszugehen, wonach Beurkundungen grundsätzlich den Notaren übertragen sind und der Rechtsgewährungsanspruch auf einen Vollstreckungstitel nach § 794 I Nr. 1 ZPO auf den Streitgegenstand des rechtshängigen Verfahrens beschränkt ist.

„Wenn eine **gütliche Beilegung** des Rechtsstreits im Sinne von § 278 I ZPO allerdings eine **umfassendere Einigung erfordert**, ist dies im Rahmen der Ermessensentscheidung über den Umfang des zu protokollierenden Vergleichs ebenfalls zu berücksichtigen. Dieser Umstand spricht regelmäßig jedoch nicht für eine Pflicht zur gleichzeitigen Protokollierung der Erfüllung der vergleichsweise übernommenen Verpflichtungen. Denn auf der Grundlage einer protokollierten umfassenden Einigung kann die Erfüllung grundsätzlich auch auf andere Weise vollzogen werden. Das **bloße Interesse** der Parteien, durch einen gerichtlichen Vergleich im Sinne von § 127a BGB einen gegenüber der notariellen Beurkundung **kostengünstigeren Weg** zu wählen, ist durch § 278 I ZPO **nicht geschützt**.

Im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens hat das angerufene Gericht zugleich zu prüfen, ob es den für das zu protokollierende Rechtsgeschäft **notwendigen Belehrungs- und Mitteilungspflichten** genügen kann.“ (BGH aaO)

Ein beurkundender Notar soll nach § 17 I BeurkG den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die **rechtliche Tragweite des Geschäfts** belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass **Irrtümer und Zweifel vermieden** sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte **nicht benachteiligt** werden. Darüber hinaus ist auf gerichtliche oder behördlichen Genehmigungserfordernisse, das Grunderwerbssteuerrecht und Vorkaufsrechte hinweisen.

„Durch die Möglichkeit der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs nach § 127a BGB wird das Gericht zwar nicht zu einer für Beurkundungen zuständigen Stelle im Sinne von § 1 II BeurkG. Der Zweck der gesetzlichen Beurkundungspflicht ist im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens bei der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs allerdings **ebenfalls zu beachten**. Grundsätzlich **gelten** die gesetzlichen **Belehrungs- und Mitteilungspflichten** deswegen **auch bei Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs**, wenn deren Zweck nicht auf andere Weise sichergestellt werden kann (Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127 a Rn. 32). Der Schutzzweck der gesetzlich vorgeschriebenen Form kann im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs allerdings dadurch gewahrt werden, dass eine anwaltlich vertretene Partei das Gericht von den Belehrungspflichten freistellt, weil dem Schutzzweck bereits durch die anwaltliche Beratung genügt ist (Staudinger/Hertel aaO § 127 a Rn. 33). Soweit das Gesetz Mitteilungspflichten vorsieht, kann deren Zweck auch auf andere Weise sichergestellt werden.“ (BGH aaO)

So ist eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts bereits nach dem Grunderwerbsteuerrecht für eine Eintragung im Grundbuch erforderlich. Ohne sie kann der Eigentumsübergang deswegen nicht vollzogen werden.

Ergebnis: Auf dieser rechtlichen Grundlage ist die Ablehnung der Protokollierung der ursprünglich vorgesehenen Scheidungsfolgenvereinbarung vom 03.12.2009 mit Auflassungserklärung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

„Die Vereinbarung enthält trotz der Übertragung der ideellen Hälfte des Grundeigentums und der vorgesehenen Auflassung **keine Freistellung des Gerichts von den damit verbundenen Belehrungspflichten**. Auch die notwendige vorherige Einsicht in das Grundbuch ist nicht abbedungen. Weder haben die Parteien erklärt, dass sie trotz der damit verbundenen Gefahren auf eine Einsicht in das Grundbuch verzichten und auf einer sofortigen Beurkundung bestehen, noch ist dies im Entwurf der Scheidungsfolgenvereinbarung oder im Protokoll niedergelegt. Schon die damit verbundenen Gefahren rechtfertigen die Ablehnung einer Protokollierung der Auflassungserklärung, auch wenn die anwaltlich vertretenen Parteien wirksam auf weitergehende Belehrungen verzichtet hätten.“ (BGH aaO)

Beweisverwertungsverbot
unwirksame Einwilligung in Wohnungsdurchsuchung
 (LG Hamburg in StV 2011, 528; Urteil vom 30.06.2010 – 706 Ns 17/10)

1. Eine **wirksame Einwilligung** in eine Wohnungsdurchsuchung **setzt die Kenntnis aller hierfür maßgeblichen Umstände voraus.**
2. **Fehlt eine wirksame Einwilligung, ist ein Beweisverwertungsverbot** für die im Rahmen der Durchsuchung erlangten Beweismittel **gegeben.**

Fall: Der Angekl. hinterließ am 07.05.2009 gegen 20.00 Uhr auf seiner Profilseite des Internetforums „studiVZ“ den Eintrag „Morgen gibt es Krieg; danach meine cerebrale Festplatte im AKO neu formatieren lassen...“, der zwischen 20.00 Uhr und 22.00 Uhr von einem seiner Bekannten entdeckt wurde. Dieser setzte sich daraufhin mit der Polizei in Verbindung. Der in der Polizeiinspektion tätige Polizeibeamte informierte seinerseits den Kriminaldauerdienst, wo sich der diensthabende Zeuge Z des Falles annahm.

Nachdem der Z zunächst eigene Recherchen vorgenommen hatte, nahm er gegen 0.00 Uhr Kontakt zu der Polizeiführerin vom Dienst, der Zeugin K, auf, um mit dieser das weitere Vorgehen zu erörtern. Da sowohl der Z als auch die K die von dem Angekl. möglicherweise ausgehenden Gefahren nicht abschließend einzuschätzen vermochten, die Ankündigungen des Angekl. wegen des Wortlauts seines Eintrags aber als durchaus ernstzunehmend erachteten, kamen beide überein, dass der Z über die den staatsanwaltschaftlichen Bereitschaftsdienst wahrnehmende Staatsanwältin S Kontakt zu dem diensthabenden Richter des richterlichen Bereitschaftsdienst des zuständigen Amtsgerichts aufnehmen sollte, um einen Durchsuchungsbeschluss für die Wohnräume des Angekl. zu erwirken. Nachdem die Staatsanwältin Rücksprache mit dem zuständigen Richter gehalten und sodann den Z darüber in Kenntnis gesetzt hatte, dass keine richterliche Durchsuchungsanordnung ergehen würde und eine Durchsuchung nach der StPO wegen Gefahr im Verzuge auch ausscheide, setzte der Z sich erneut mit K in Verbindung und besprach mit ihr das weitere Vorgehen. Diese kam zu dem Schluss, dass die im Internet veröffentlichten Einträge zwar als durchaus ernstzunehmende Ankündigung eines möglicherweise bevorstehenden Amoklaufs zu werten seien, ohne das Hinzutreten weiterer begründeter Anknüpfungstatsachen, die auf eine von dem Angekl. ausgehende tatsächliche Gefahr hindeuten könnten, aber nicht von einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit von Personen auszugehen sei. Da nach ihrer Einschätzung auch eine unmittelbar bevorstehende erhebliche Gefahr durch die Vorbereitung von Straftaten von erheblicher Bedeutung nicht zu besorgen war, lehnte sie die Anordnung einer Durchsuchung zur Nachtzeit nach § 16 SOG ausdrücklich ab. Sie schlug dem Z jedoch vor, dass dieser - ungeachtet des Fehlens der Voraussetzungen für eine nächtliche Durchsuchung nach den §§ 102, 104 StPO und § 16 SOG - doch versuchen solle, die Wohnräume des Angekl. mit dessen Einwilligung zu durchsuchen, wobei sie ihm sinngemäß mitteilte, dass dies nach ihrer Erfahrung vermutlich „schon funktionieren“ werde, da mindestens 90% der Bevölkerung mit einer solchen Maßnahme einverstanden sei, wenn die Polizei „erst einmal“ erscheine. Sollte der Angekl., was erfahrungsgemäß kaum zu erwarten sei, in eine Durchsuchung nicht einwilligen, solle der Z sie abermals telefonisch kontaktieren und mit ihr - sofern der Angekl. einen verwirrten Eindruck mache oder sonstige Anzeichen für eine von ihm ausgehende erhöhte Gefahr vorlägen - nochmals die Möglichkeiten einer Durchsuchung nach dem SOG erörtern.

Nachdem die K offiziell angeordnet hatte, im unmittelbaren Anschluss noch in derselben Nacht den Angekl. aufzusuchen und als mildestes Mittel eine Gefährderansprache zu halten, begab sich der Z in Begleitung weiterer Polizeibeamter zu der Wohnung des Angekl. Dort klingelten sie zunächst mehrfach an der Wohnungstür, ohne dass der Angekl. den Beamten öffnete. Erst als der Z, der Geräusche aus der Wohnung des Angekl. vernommen hatte, hierauf kräftig und donnernd an der Tür zu klopfen begann und lautstark sinngemäß „Hier ist die Polizei. Öffnen Sie die Tür“ rief, begab sich der schlaftrunkene Angekl. zu seiner Wohnungstür und öffnete diese.

Nachdem dem von dem nächtlichen Erscheinen der Polizeibeamten vollkommen überraschten Angekl. der ihm zur Last gelegte Tatvorwurf eröffnet worden war, gestattete dieser den Polizeibeamten - die ihn zu keiner Zeit darauf hingewiesen hatten, dass seine Wohnung nur mit seiner Einwilligung betreten werden dürfe - den Zutritt zu seiner Wohnung. Der Angekl., der sich verwundert zeigte, dass die Polizei ihn wegen des Internetbeitrags aufsuchte, gab an, alles zur Aufklärung und zur Entkräftung des Verdachts, er habe einen Amoklauf geplant, Notwendige tun zu wollen. Da der Angekl. einen sehr zugänglichen Eindruck machte, nutzten die Polizeibeamten die aus ihrer Sicht günstige Gelegenheit, um den Angekl. - welcher verzweifelt versuchte, den gegen ihn erhobenen Verdacht, er sei ein Amokläufer, zu entkräften - entsprechend der vorab mit der K getroffenen Absprache dazu zu bewegen, mit dessen Einwilligung die Wohnung umfassend durchsuchen zu dürfen. Dem Angekl. wurde daher erklärt, dass man sich ungeachtet seiner Erklärungen „nichtsdestotrotz noch mal genauer anschauen“ müsse, und fragte ihn, ob er mit einer Durchsuchung der Wohnung einverstanden sei, was der Angekl. in der Annahme, er habe ohnehin keine andere Wahl als die Durchsuchungsmaßnahme zu dulden, bejahte.

Die Polizeibeamten begannen sodann, die Wohnung gründlich zu durchsuchen, wobei Schränke und Behältnisse geöffnet und u. a. auch im Kühlschrank Nachschau nach gefährlichen Gegenständen gehalten wurde. In einem Schrank fanden die Beamten schließlich in einem dort augenscheinlich schon längere Zeit gelagerten, verstaubten Behältnis 51 Patronen verfeuerungsfähiger Kartuschenmunition, ein Magazin für Patronen, zwei Patronen Leuchtpurmunition sowie eine in Papier gewickelte Menge von 25 Gramm des Sprengstoffs PETN.

Fraglich ist, ob die anlässlich der Wohnungsdurchsuchung gewonnenen Erkenntnisse über den Besitz des Angekl. an Munition und Sprengstoff einem Beweisverwertungsverbot unterliegen könnten.

I. Die **Wohnungsdurchsuchung bedurfte** einer **gesetzlichen Eingriffsgrundlage**. Da ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss nach § 105 StPO nicht erlassen und eine Durchsuchung wegen Gefahr im Verzuge ausdrücklich abgelehnt worden war, kamen insoweit vorliegend nur die **§§ 16, 16a SOG** in Betracht, wobei gem. § 16a I 1 SOG Durchsuchungen, außer bei Gefahr im Verzug, nur durch den Richter angeordnet werden dürfen.

1. Eine **Durchsuchung greift schwerwiegend in die** durch Art. 13 I GG geschützte **persönliche Lebenssphäre ein**.

Bei Maßnahmen wie der Durchsuchung soll daher die **grds. vorbehaltene Einschaltung des Richters** auch für eine gebührende Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten sorgen. Der **Richter muss die beabsichtigte Maßnahme eigenverantwortlich prüfen**; er muss dafür Sorge tragen, dass die sich aus der Verfassung und dem einfachen Recht ergebenden Voraussetzungen der Durchsuchung genau beachtet werden. Die richterliche Durchsuchungsanordnung soll die Regel, die nichtrichterliche die Ausnahme sein. Wenngleich die **Eilkompetenz die Strafverfolgungsbehörden** in die Lage versetzen soll, einen **Beweismittelverlust zu verhindern** oder, bezogen auf das Gefahrenabwehrrecht, eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Recht abzuwenden, muss die Regelzuständigkeit des Richters gewahrt werden.

„Gefahr im Verzug war vorliegend nicht gegeben; die [Staatsanwältin S] hatte eine Durchsuchung unter diesem Gesichtspunkt im Vorwege ausdrücklich abgelehnt. Die Polizeibeamten hatten nach Betreten der Wohnung des Angekl., der keinen gefährlichen oder psychisch auffälligen Eindruck machte, keinerlei Feststellungen getroffen, die darauf hätten schließen lassen können, dass der Angekl. seine im Internet veröffentlichten Drohungen entgegen seiner eigenen Beteuerungen in die Tat umzusetzen und einen Amoklaufen zu begehen beabsichtigen würde, und deshalb entgegen der für die Beamten bindenden Einschätzung der Zeugin K Gefahr im Verzug hätte angenommen werden können. Weshalb dem Angekl. gleichwohl [mitgeteilt wurde], die Beamten müssten sich „nichtsdestotrotz noch mal genauer anschauen“ und [er] im Anschluss darum ersucht [wurde], in eine Durchsuchung seiner Wohnung einzuwilligen, erschließt sich insoweit nur vor dem Hintergrund des vorab mit der Zeugin K geführten Gesprächs und der von beiden geteilten Meinung, eine Durchsuchung sei - ungeachtet des bei nicht bestehender Gefahr im Verzug eigentlich zu beachtenden Richtervorbehalts - stets das effizienteste Mittel, um jegliche Gefahren auszuschließen, und deshalb generell erwünscht.“ (LG Hamburg aaO)

2. Eine **richterliche Durchsuchungsanordnung war** vorliegend auch **nicht deshalb entbehrlich, weil sich der Angekl. der Durchsuchung freiwillig unterworfen hat**, denn eine **wirksame Einwilligung** des Angekl. in die Durchsuchung seiner Wohnung **lag nämlich mangels Kenntnis aller hierfür maßgeblichen Umstände nicht vor**.

Wenn die für eine Durchsuchung erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind, müssen die Bedingungen für eine **freie Entscheidung des Einwilligenden** geschaffen werden. Die Wirksamkeit einer Einwilligung in eine Durchsuchung kann in den Fällen, in denen eine zwangsweise Durchsetzung der Durchsuchung nicht in Betracht kommt, dementsprechend nur dann angenommen werden, wenn eine **ausdrückliche Belehrung über die „Freiwilligkeit“ der Maßnahme** erfolgt, wobei der Betroffene darüber zu belehren ist, dass die Durchsuchung nicht ohne weiteres stattfinden werde, sofern ihr nicht zugestimmt werde (vgl. BeckOK, § 105 Rn 2; Meyer-Goßner, 51. Aufl., § 105 Rn 1).

„Es kann dahin gestellt bleiben, ob bereits das Betreten der Wohnung des Angekl. ohne Hinweis darauf, dass dieses nur freiwillig würde erfolgen können, bereits einen rechtswidrigen Eingriff darstellt. Da der Angekl. nicht ausdrücklich über die Freiwilligkeit der Durchsuchungsmaßnahme in Kenntnis gesetzt worden ist, war jedenfalls seine Einwilligung in die Durchsuchung unwirksam, so dass es im Ergebnis für die Entscheidung nicht mehr darauf ankam, ob der Angekl. infolge seiner psychischen Verfassung überhaupt in der Lage war, einen freien Willen zu bilden und zu äußern.“

Nach den von der Kammer getroffenen Feststellungen war der diensthabenden Polizeiführerin, der Zeugin K, und dem - bei dem Einsatz in der Wohnung des Angekl. wortführenden - Zeugen Z schon vor Aufsuchen der Wohnung des Angekl. bekannt, dass ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss nicht erwirkt werden konnte und die Voraussetzungen einer Wohnungsdurchsuchung - vorbehaltlich neuerer vor Ort gewonnener und für eine von dem Angekl. ausgehende Gefahr sprechender Erkenntnisse - nach § 16 SOG nicht vorla-

gen. Gefahr im Verzug war nach beider Meinung nicht gegeben. Gleichwohl war vorrangiges Ziel und vorrangiger Zweck des Einsatzes in der Wohnung des Angekl. nicht die durch die Zeugin K angeordnete Gefährdangersprache, sondern eine vollständige Durchsuchung der Wohnräume, und zwar ungeachtet der vor Ort in Bezug auf die Verfassung des Angekl. und die von ihm ausgehende Gefahr erlangten Feststellungen, wobei insbes. die Zeugin K bewusst darauf spekulierte, dass der Angekl. sich - wie der Großteil der deutschen Bevölkerung - beugen und in Durchsuchungsmaßnahmen einwilligen werde, wenn die Polizei „erst einmal“ erscheine. Die hierin zum Ausdruck kommende bewusste Ausnutzung des Glaubens des weit überwiegenden Teils der Zivilbevölkerung an die Rechtstreue und die Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns unter Einbeziehung der Autorität der vor Ort eingesetzten Beamten führt vorliegend zu einem Beweisverwertungsverbot und der Unverwertbarkeit der anlässlich der Durchsuchung erlangten Beweismittel.“ (LG Hamburg aaO)

II. Die **Frage, unter welchen Voraussetzungen** bei einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung ein **Verwertungsverbot** hinsichtlich der aus der Wohnung zu Tage geförderten Beweismittel **anzunehmen ist, hat der Gesetzgeber nicht entschieden.**

1. Nach zutreffender **ganz überwiegender Auffassung folgt jedenfalls nicht aus jeder Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes** ohne weiteres ein **Verwertungsverbot** hinsichtlich der nicht rechtmäßig oder sogar unter Verletzung von Grundrechten gewonnenen Beweisergebnisse. Insbes. lässt sich auch aus dem Prozessgrundrecht auf ein faires und rechtsstaatliches Verfahren kein Rechtssatz des Inhaltes ableiten, dass im Fall einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise stets unzulässig sei.

a) Es ist davon auszugehen, dass **dem Strafverfahrensrecht ein allgemein geltender Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, fremd ist.** Nach der in der Rspr. überwiegend vertretenen **Abwägungslehre** sind im Einzelfall die Interessen des Staates an der Tataufklärung gegen das Individualinteresse des Bürgers an der Wahrung seiner Rechtsgüter abzuwägen.

Der Schweregrad des Verfahrensverstößes und die Art des Verbotes ist dabei ebenso zu beachten wie die Schwere der mit Hilfe der so gewonnenen Beweismittel zu erforschenden Straftat und der Umstand, dass die Strafverfolgungsbehörden einschließlich der Gerichte verpflichtet sind, Straftaten so weit wie möglich aufzuklären und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken haben, die von Bedeutung sind.

b) Daran gemessen stellt ein **Beweisverwertungsverbot** eine **Ausnahme** dar, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Maßgeblich mit beeinflusst wird das Ergebnis der demnach vorzunehmenden Abwägung vom Gewicht des infrage stehenden Verfahrensverstößes. Dieses wird seinerseits wesentlich von der **Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter** bestimmt. Grds. steht lediglich fest, dass es in einem Rechtsstaat auch keine Wahrheitserforschung um jeden Preis geben darf. Vielmehr besteht ein Verbot der Verwertung anlässlich einer rechtswidrigen Durchsuchung gewonnener Beweismittel nicht stets, sondern nur dann, wenn die Durchsuchungsanordnung objektiv willkürlich war oder an einem sonstigen schweren Verfahrensverstoß leidet und kein besonderes Allgemeininteresse an der Tataufklärung besteht.

„Da die Zeugen Z und K die rechtlichen Voraussetzungen für eine Durchsuchungsmaßnahme nach den getroffenen Feststellungen unter **bewusster Nichtbeachtung des Richtervorbehalts** für Durchsuchungsanordnungen sowie unter **Außerachtlassung der Grundrechtsrelevanz** ihres Vorgehens vorliegend bewusst missachtet haben, stellt sich die Durchsuchungsmaßnahme hier als objektiv und subjektiv willkürliche und **allein der Ausforschung dienende Maßnahme** dar, wobei erschwerend ins Gewicht fallen muss, dass die beteiligten Beamten hier wissentlich und gezielt die gesetzgeberischen Vorgaben missachteten und zu umgehen suchten. Nach alledem überwiegt im konkreten Fall - auch unter Berücksichtigung der Schwere der Tatvorwürfe des tateinheitlich gem. § 52 StGB begangenen Ausübens der tatsächlichen Gewalt über Kriegswaffen nach § 22a I Nr. 6 a KWKG, des unerlaubten Besitzes von Munition nach § 52 III Nr. 2 b WaffG und des unerlaubten Umgangs mit explosionsgefährlichen Stoffen nach § 40 I Nr. 3 SprengG - das Schutzinteresse aus Art. 13 I GG gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse des Staates. Zu konstatieren ist insoweit, dass - wie vorliegend - Rechtsgüter durch Eingriffe fern jeder Rechtsgrundlage nämlich so massiv beeinträchtigt werden können, dass dadurch das Ermittlungsverfahren als ein nach rechtsstaatlich geordneten Grundsätzen geordnetes Verfahren nachhaltig geschädigt wird. Dann ist aber jede andere Lösung als die Annahme eines Verwertungsverbotes - jenseits des in § 136a III 2 StPO normierten - unerträglich. Für die Rechtsgemein-

schaft und ihre Vorstellung vom Recht wäre es nämlich unerträglich, wenn der verfassungsrechtlich abgesicherte Schutz der Wohnung samt Richtervorbehalt stets folgenlos - unter dem Deckmantel vermeintlicher, mittels unzureichender Aufklärung erwirkter Einwilligung - willkürlich ausgehebelt werden könnte.

Dem Aspekt eines möglichen hypothetischen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs kann bei einer solchen Konstellation keine Bedeutung zukommen, da anderenfalls die Einhaltung der durch die Verfassung und den Gesetzgeber festgelegten Kompetenzregelung stets unterlaufen werden könnte. Bei Duldung derartiger Rechtsverstöße wie hier zu verzeichnen, würde gar ein Ansporn, die Ermittlungen ungeachtet der rechtlich normierten Anforderungen für Durchsuchungen mit vermeintlicher Einwilligung der Betroffenen einfacher und möglicherweise - aus Sicht der Ermittlungsbeamten - erfolversprechender zu gestalten, geschaffen. Damit würde aber ein wesentliches Erfordernis eines rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens, dass Beweise nicht unter bewusstem Rechtsbruch oder gleichwertiger Rechtsmissachtung erlangt werden dürfen, aufgegeben.“ (LG Hamburg aaO)

2. Gegen diese Rechtsauffassung kann nach LG Hamburg aaO nicht eingewendet werden, dass der **Schutz der Bevölkerung** und die **Pflicht des Rechtsstaates zur effektiven Strafverfolgung** vernachlässigt würde.

„Der Angekl. hat rechtswirksam auf sämtliche sichergestellte Beweismittel verzichtet, so dass eine von dem Angekl. ausgehende Gefahr schon deshalb nicht begründet werden kann. Die Sorge um einen Effektivitätsverlust wird vorliegend schon deshalb relativiert, weil bei Duldung eines bewussten Rechtsbruchs durch Ermittlungsbeamte ein Ansehensverlust des rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens bei der rechtstreuen Bevölkerung zu erwarten wäre, den es zu verhindern gilt und der seinerseits etwa durch verändertes Anzeige- oder Aussageverhalten infolge schwindenden Vertrauens in die Lauterkeit der Ermittlungsorgane zu Effektivitätsverlusten führen könnte. Insgesamt liegt ein Sonderfall schwerwiegender Rechtsverletzung vor, der zu einer Unverwertbarkeit der Beweismittel führt, weil der Staat aus solch schwerwiegenden Rechtsverletzungen keinen Nutzen ziehen darf und eine Verwertung hier gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens verstoßen würde.

Die Kammer hat dabei nicht verkannt, dass die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung der Staatsanwaltschaft nicht schlechthin verboten, sondern in Eilfällen gestattet ist. Allerdings hatte - wie bereits festgestellt - die Staatsanwaltschaft eine Durchsuchung nach Rücksprache mit dem zuständigen Richter abgelehnt. Auch hatte die diensthabende Polizeiführerin selbst eine Rechtsgrundlage für eine Durchsuchung als nicht gegeben erachtet. Da der Angekl. selbst angeboten hatte, sich mit den Beamten freiwillig zu deren Dienststelle zu begeben, um dort eine umfassende Aussage zu tätigen, hätte eine eventuell von ihm ausgehende - von dem Zeugen Z und den mit eingesetzten Beamten in der konkreten Situation nicht gesehene - Gefahr i. Ü. auch dadurch abgewendet werden können, dass der Angekl. ausführlich vernommen und sodann am Folgemorgen bei dem diensthabenden Richter ein Durchsuchungsbeschluss für die Wohnräume des Angekl. beantragt worden wäre.“ (LG Hamburg aaO)

- III. Die vorliegend anlässlich der Durchsuchung aufgefundenen Beweismittel sind einer Verwertung entzogen, da das Fehlen eines nächtlichen Bereitschaftsdienstes für unter dem Richtervorbehalt stehende Maßnahmen nach dem SOG an Werktagen den verfassungsgerichtlichen Vorgaben für die Gewährleistung der Wahrung des Richtervorbehalts bei Eingriffsmaßnahmen widerspricht.

1. Das **BVerfG** verlangt von den für die Organisation der Gerichte und für die Rechtsstellung der dort tätigen Ermittlungsrichter zuständigen Organen der Länder und des Bundes, die Voraussetzungen für eine tatsächlich wirksame präventive richterliche Kontrolle gerade bei Grundrechtseingriffen in Art. 13 I GG zu sorgen.

- a) **Art. 13 I GG bestimmt die Unverletzlichkeit der Wohnung**, womit dem Einzelnen im Hinblick auf seine Menschenwürde und im Interesse der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit ein elementarer Lebensraum gewährleistet wird. In diese grundgesetzlich geschützte persönliche Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein. Dem Gewicht dieses Eingriffs und der **verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre** entspricht es, dass Art. 13 II 1. HS GG die Anordnung einer Durchsuchung grds. dem Richter vorbehält.

„Der Richtervorbehalt zielt auf eine **vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz** ab. Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter auf Grund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 GG) die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und am sichersten wahren können. Art. 13 GG verpflichtet alle staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird.“ (LG Hamburg aaO)

- b) Schon **Wortlaut und Systematik des Art. 13 II GG** belegen, dass die richterliche Durchsuchungsanordnung die Regel und die nichtrichterliche die Ausnahme sein soll.

„Im Allgemeinen müssen sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die Ermittlungsrichter und die Gerichtsorganisation im Rahmen ihrer Möglichkeiten sicherstellen, dass auch in der Masse der Alltagsfälle die in der Verfassung vorgesehene „Verteilung der Gewichte“, nämlich die Regelzuständigkeit des Richters, gewahrt bleibt. Hieraus folgt die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Not- oder Eildienstes, zu sichern.

Die Einrichtung solcher Bereitschaftsdienste ist nur dann nicht geboten, wenn hierfür lediglich im Ausnahmefall ein praktischer Bedarf besteht. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier ersichtlich nicht vor (wird ausgeführt). Da nach dem Gesetz in Bezug auf die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters keine Differenzierung nach der Art der Maßnahme stattfindet, ist insoweit ein konkreter Bedarf an dem Vorhandensein eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit zweifelsohne zu bejahen. Wenn die für die Geschäftsverteilung zuständigen Präsidien gleichwohl keine Zuständigkeit des - ohnehin bestehenden - Bereitschaftsdienstes für Maßnahmen nach §§ 16, 16a SOG in ihre Geschäftsverteilung aufgenommen haben, obgleich es sich bei der Anordnung solcher Maßnahmen nur um seltene, den regulären Eildienst nicht weiter belastende Anordnungen im Rahmen des allgemeinen Bereitschaftsdienstes handelt, erschließt sich dies der Kammer nicht, zumal Durchsuchungsanordnungen auch nach dem SOG - anders als körperliche Untersuchungen gemäß § 81a StPO - nicht nur unter einfachgesetzlichem Richtervorbehalt stehen, sondern insoweit der verfassungsrechtlich gewährleistete Richtervorbehalt des Art. 13 II GG zu beachten ist. Dementsprechend sieht auch die Geschäftsverteilung des Amtsgerichts Hamburg eine richterliche Zuständigkeit für derartige Maßnahmen ausdrücklich vor: Während die Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Hamburg sowie der Bereitschaftsdienst in Strafsachen innerhalb der allgemeinen Dienststunden im Rahmen ihrer regulären Tätigkeit aber für alle Art. 13 GG betreffenden Entscheidungen, und zwar auch für solche nach dem SOG, zuständig sind, ist ein nächtlicher Bereitschaftsdienst lediglich für Eilmaßnahmen nach der Strafprozessordnung eingerichtet. Ein Grund für diese - Eilmaßnahmen nach dem SOG ausnehmende - Regelung ist nicht erkennbar.“ (LG Hamburg aaO)

2. Auf der Grundlage der verfassungsgerichtlichen Vorgaben ist danach vorliegend von einem **Beweisverwertungsverbot für die im Rahmen der Durchsuchung erlangten Beweismittel** auszugehen.

*„Bei der hier vorzunehmenden **Abwägung auf der Grundlage des Gewichtes des Verfahrensverstößes, der Schwere des Tatvorwurfs und der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter** stellt sich die Missachtung des Richtervorbehalts durch die Justizverwaltung in Form des Unterlassens der Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes für sämtliche Art. 13 GG betreffenden Entscheidungen als ein derart wesentlicher Verfahrensmangel und als übergeordneter Grund anzusehender dar, dass vorliegend von einem strafprozessualen Verwertungsverbot auszugehen ist. Damit konnten weder die bei dem Angekl. sichergestellte Munition noch der sichergestellte Sprengstoff und die diesbzgl. Befunde betreffenden Aussagen, Gutachten, Lichtbilder und Ermittlungsberichte verwertet werden.“ (LG Hamburg aaO)*

(OVG Berlin-Bbg. in LKV 2011, 371; Beschluss vom 20.06.2011 – 4 a N 9.11)

Die Jahresfrist des § 48 IV 1 VwVfG beginnt zu laufen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind. Rechtsirrtümer oder unzutreffende rechtliche Schlussfolgerungen der Behörde hinsichtlich der Rücknahmevoraussetzungen des § 48 II VwVfG stehen dem Lauf der Jahresfrist nicht entgegen.

A. Grundlagenwissen: Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, § 48 VwVfG**I. Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte**

Nach § 48 I 1 VwVfG kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden.

Die Aufhebung (= Rücknahme) steht im Ermessen der Behörde hinsichtlich der Frage, ob überhaupt eine Rücknahme erfolgen soll, ob diese ganz oder teilweise vorgenommen wird und ob die Wirkung ex tunc oder ex nunc eintreten soll.

II. Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte

Soweit es sich bei dem zurückzunehmenden Verwaltungsakt um einen solchen handelt, der eine Begünstigung gewährt, sind nach § 48 I 2 VwVfG die Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 zu berücksichtigen.

1. Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte die eine Geld- oder Sachleistung gewähren, § 48 II VwVfG

Bei solchen Verwaltungsakten wird dem rechtswidrig Begünstigten in weitem Umfang Vertrauensschutz gewährt. So darf eine Rücknahme nach § 48 II 1 VwVfG nicht erfolgen soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist.

a) Annahme schutzwürdigen Vertrauens

Nach § 48 II 2 VwVfG ist das Vertrauen in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann.

b) Ausschluss von Vertrauensschutz

Auf den Schutz des Vertrauens kann sich der Begünstigte aber trotz Verbrauchs oder Disposition nach § 28 II 3 VwVfG in bestimmten Fällen nicht berufen.

aa) Dies ist der Fall, wenn er den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat (Nr. 1).

bb) Auch ist Vertrauensschutz ausgeschlossen, wenn der Begünstigte den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren (Nr. 2).

Hierbei kommt es nicht auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Betroffenen an. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Ausschluss der Schutzwürdigkeit zur Anwendung des § 48 I 1 VwVfG führt. Dort kann Unkenntnis im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung zu berücksichtigen sein.

cc) Schließlich kann sich der Begünstigte dann nicht auf Vertrauensschutz berufen, wenn er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (Nr. 3)

Sofern der Vertrauensschutz nach § 48 II 3 VwVfG ausgeschlossen ist, hat die Behörde den Verwaltungsakt nach § 48 II 4 VwVfG in der Regel mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen mit der Folge, dass nach § 49a VwVfG ein Erstattungsanspruch besteht.

2. Rücknahme sonstiger begünstigender Verwaltungsakte, § 48 III VwVfG

Aus § 48 III VwVfG gehen keine Einschränkungen gegenüber den Voraussetzungen für die Rücknehmbarkeit nach § 48 I VwVfG. Allerdings wird bei schutzwürdigem Vertrauen die Rücknehmbarkeit durch die pflichtgemäße Ermessensausübung nach § 48 I 1 VwVfG beschränkt. Zudem ist eine besondere Rechtsfolge vorgesehen. Soweit der Begünstigte in schutzwürdiger Weise auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, ist ihm ein Nachteilsausgleich zu gewähren. Für die Frage der Schutzwürdigkeit und ihres Ausschlusses ist § 48 II 3 VwVfG heranzuziehen.

3. Rücknahmefrist

Für die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte (§ 48 II, III VwVfG) ist eine Frist von einem Jahr vorgesehen. Diese Frist beginnt zu laufen, wenn die Behörde Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erlangt sowie von allen für die Rücknahmeentscheidung, insbesondere auch hinsichtlich des Vertrauensschutzes, relevanten Tatsachen. Regelmäßig ist diese Kenntniserlangung von der Durchführung einer Anhörung abhängig.

B. Lauf der Jahresfrist für Rücknahme eines Verwaltungsaktes (OVG Berlin-Bbg in LKV 2011, 371)

Fall: Der Bekl. nahm mit Bescheid vom 10.03.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.09.2009 einen Trennungsgeldbewilligungsbescheid vom 21.09.1995 für den Zeitraum vom 01.01. bis 30.09.1995 zurück und forderte den ausgezahlten Betrag zurück.

Der dagegen gerichteten Klage des Kl. gab das VG statt. Die Rücknahme des Bewilligungsbescheides im Jahre 2005 scheiterte an der Nichteinhaltung der Jahresfrist des § 48 IV VwVfG. Nach einem im beigezogenen Verwaltungsvorgang enthaltenen Vermerk habe der Bekl. bereits im Jahre 1999 die Rücknahme der Trennungsgeldbewilligung und die Rückforderung der Trennungsgeldzahlungen vom Kl. für den hier fraglichen Zeitraum geprüft und davon abgesehen. Vorausgegangen war ein rechtskräftiger Abschluss eines Gerichtsverfahrens, in dem das VG eine Klage des Kl. auf Weiterzahlung von Trennungsgeld ab dem 01.10.1995 abgewiesen hatte. In dieser Entscheidung (VG Potsdam, Urt. v. 22.04.1999 – 2 K 3356/96) wurde ausgeführt, dass der Kl. für den Bewilligungszeitraum vom 01.01. bis 30.09.1995 nicht die erforderlichen Nachweise für sein fortwährendes Bemühen um eine angemessene Wohnung geführt habe, was für die uneingeschränkte Umzugswilligkeit zur Trennungsgeldgewährung erforderlich sei.

Die Bekl. beruft sich darauf, die Jahresfrist des § 48 IV VwVfG für die Rücknahme des Trennungsgeldbescheides vom 21.09.1995 sei auch im März des Jahres 2005 noch nicht abgelaufen gewesen, weil dem Ministerium im Zeitpunkt des Vermerks aus dem Jahre 1999 nicht bekannt gewesen sei, dass der Kl. sich wegen grob fahrlässiger Unkenntnis der Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides nach § 48 II 3 Nr. 3 VwVfG nicht auf Vertrauensschutz berufen können.

Wurde die Jahresfrist des § 48 IV VwVfG eingehalten?

Nach § 48 IV 1 VwVfG darf ein rechtswidriger Verwaltungsakt nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt zurückgenommen werden, zudem die Behörde Kenntnis von Tatsachen erhalten hat, die die Rücknahme rechtfertigen.

I. Beginn des Fristlaufs

Es stellt sich zunächst die Frage, wann die Frist für die Rücknahme zu laufen beginnt.

„Das VG ist zutreffend unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerwG (Beschl. des Großen Senats v. 19.12.1984, BVerwGE 70, 356; BVerwG, Urt. v. 20.09.2001, NVwZ 2002, 485) davon ausgegangen, dass diese Frist erst zu laufen beginnt, wenn die Behörde die **Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die für die Rücknahmeentscheidung außerdem erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind**. Zur vollständigen Kenntnis des für die Entscheidung über die Rücknahme des Verwaltungsakts erheblichen Sachverhalts gehören **auch die Tatsachen**, die im Falle des § 48 II VwVfG ein **Vertrauen des Begünstigten in den Bestand des Verwaltungsakts entweder nicht rechtfertigen oder nicht schutzwürdig erscheinen lassen**.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)

II. Anwendung auf den Fall

Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides hatte die Bekl. seit dem Abschluss des zuvor anhängigen gerichtlichen Verfahrens im Jahre 1999. Fraglich ist jedoch, ob sie damit auch Kenntnis von allen rücknahmerelevanten Tatsachen im Hinblick auf einen Vertrauensschutz des Kl. hatte.

1. Vorliegen einer Entscheidung über die Rücknahme im Jahr 1999

*„[Das] Ministerium [hat] nach dem rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens auf Fortzahlung der Trennungsgeldzahlungen mit dem Vermerk vom 04.11.1999 eine Entscheidung über die Rücknahme getroffen. Diese Entscheidung [lautete], dass die **Gewährung** des Trennungsgeldes an den Kl. **zwar rechtswidrig** gewesen sei, die Rechtswidrigkeit **für den Kl. indessen nicht erkennbar** und sein Vertrauen auf die Richtigkeit der Trennungsbewilligung somit **schutzwürdig** i. S. d. § 48 I VwVfG gewesen sei.*

*Auch der Einwand des Bekl., er habe im November 1999 **keine bewusste Entscheidung** über die Rücknahme des Bewilligungsbescheides getroffen, weil der Vermerk vom 04.11.1999 davon ausgehe, dass der Bekl. **keine Entscheidungsfreiheit** gehabt habe, vermag die gegenteilige Bewertung des VG nicht zu erschüttern. Das VG ist zu Recht zu der Bewertung gelangt, dass nach dem Inhalt des Vermerks des Bekl. aus dem Jahre 1999 die **Rücknahme der Bewilligung** und die Rückforderung der Trennungsgeldzahlungen für den hier streitigen Zeitraum **geprüft und von ihr abgesehen wurde**. Dass sich das Ministerium bewusst war, wegen der Rechtswidrigkeit des Trennungsgeldbewilligungsbescheides über die Rücknahme entscheiden zu müssen, zeigen auch die Ausführungen im Vermerk vom 04.11.1999, wonach „Trennungsgeld ohne rechtlichen Grund gezahlt wurde und somit zurückgefordert werden müsste“ (...). Hieraus wird deutlich, dass das Ministerium erkannt hatte, dass es über die Rücknahme des Bewilligungsbescheides zu entscheiden hatte.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)*

2. Abgrenzung zwischen Tatsachenerkenntnis und Erkennen eines Rechtsirrtums

Insofern könnte es aber relevant sein, dass die Bekl. erst 2005 erkannt haben will, dass diese zunächst angenommene Schutzwürdigkeit doch nicht gegeben ist, weil dem Kl. eine grob fahrlässige Unkenntnis des Trennungsgeldbescheides vorgeworfen werden könne. Fraglich ist, ob es sich bei dieser späteren Erkenntnis um eine für die Rücknahme und Rückforderung **erhebliche Tatsache** handelte **oder** ob hier lediglich ein **Rechtsirrtum** später erkannt wurde.

*„Insoweit führt das VG der Sache nach zu Recht aus, dass **Rechtsirrtümer** oder **unzutreffende rechtliche Schlussfolgerungen** der Behörde hinsichtlich der Rücknahmevoraussetzungen des § 48 II VwVfG, die keinen Bezug zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts haben, dem **Lauf der Frist** nach § 48 IV 1 VwVfG **nicht entgegenstehen** (Kopp/Raumsauer, VwVfG, 11. Aufl., § 48 Rn. 157 m.w.N.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 22.10.1987, NVwZ 1988, 349). Dies entspricht auch der Zielsetzung des § 48 IV 1 VwVfG, der im Interesse der Rechtssicherheit verlässlich eine Grenze schaffen möchte, wann der zur Entscheidung anstehende Rücknahmefall seine abschließende Erledigung gefunden hat.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)*

3. Relevanz der Anhörung für die Jahresfrist

Der Lauf der Jahresfrist könnte dadurch suspendiert gewesen sein, dass der Kl. nur zu der Frage angehört worden sei, ob ein Teil des Trennungsgeldes verbraucht worden sei oder ob er noch bereichert sei.

*„Es ist zwar zutreffend, dass die **Jahresfrist**, nachdem die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat, erst dann **zu laufen beginnt, wenn ihr die für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind**. Zur **Herstellung der Entscheidungsreife** gehört daher regelmäßig auch die **Anhörung des Betroffenen**, denn seine Einwände können nur dann ernstlich zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen werden, wenn sich die Behörde ihre Entscheidung bis zum Abschluss des Anhörungsverfahrens offenhält (BVerwG, Urt. v. 20.09.2001, NVwZ 2002, 485; Beschl. v. 4. 12. 2008 – 2 B 60/08, juris). Hier hat aber die **Anhörung des Betroffenen bereits mit Schreiben vom 12.08.1999**, das mit „Rückforderung überzahlten Trennungsgeldes“ überschrieben ist, stattgefunden. Dass der Inhalt des Anhörungsschreibens aufgrund **unzutreffender rechtlicher Schlussfolgerungen** nur auf die Voraussetzung des § 48 II 2 VwVfG und nicht auf die Voraussetzung dessen Abs. 2 Satz 3 abstellte, ist dagegen unbeachtlich. Andernfalls könnte eine Behörde durch eine bewusste Beschränkung des Anhörungsinhalts über den Lauf der im Interesse der Rechtssicherheit geschaffenen Jahresfrist weitestgehend disponieren.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)*

Die Bekl. hatte damit bereits 1999 Kenntnis von allen rücknahmerelevanten Tatsachen, so dass die Rücknahmefrist bereits 2000 abgelaufen ist. Rücknahme nebst Rückforderung sind daher rechtswidrig.

GewO
§ 35 VI**maßgebliche Sach- und Rechtslage**
Verfahren auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung

POR

(OVG Lüneburg in NVwZ 2011, 891; Beschluss vom 08.06.2011– 5 ME 91/11)

1. Bei einer **Verpflichtungsklage** kommt es grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage im **Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung** an.
2. Weiterer Vortrag zur Sachlage kann im **Berufungsverfahren** nur dann berücksichtigt werden, wenn die neuen **Tatsachen erst nach der erstinstanzlichen Entscheidung eingetreten** sind.
3. Soweit es um die **Wiedergestattung der Gewerbeausübung** geht, kann aber ein nachträgliches ordnungsgemäßes Verhalten des Gewerbetreibenden während des Verwaltungsgerichtsprozesses dann unberücksichtigt bleiben, wenn es **lediglich erfolgt**, um den **Prozess zu gewinnen**.
4. Das Gericht hat aber sorgfältig zu prüfen, ob solches Wohlverhalten auf einen „**Reifeprozess**“ zurückzuführen und insofern **Ausdruck gewerberechtl. Zuverlässigkeit** ist.

Fall: Die Kl. betreibt seit dem 11.06.2001 einen gewerblichen Hausmeisterservice. Wegen Nichtabführung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 8.898 Euro sowie wegen Verletzung steuerlicher Erklärungs- und Zahlungspflichten (Steuerrückstände in Höhe von 53.985 Euro) leitete die Bekl. mit Schreiben vom 06.10.2005 ein Gewerbeuntersagungsverfahren gegen die Kl. ein, das sie mit Gewerbeuntersagungsbescheid vom 10.03.2006 abschloss. Die Kl. legte Widerspruch ein und wies auf die Erfüllung der rückständigen Forderungen, auf die bevorstehende Abgabe der fehlenden Steuererklärungen und die bevorstehende Einigung mit dem Finanzamt hin. Die Bekl. setzte daraufhin das Verfahren wiederholt aus, um der Kl. Gelegenheit zu Sanierungsmaßnahmen zu geben, legte schließlich aber den Widerspruch der Regierung von Oberbayern zur Entscheidung vor. Nachdem auch erhebliche Beitragsrückstände bei der Berufsgenossenschaft Bau bekannt geworden waren, wies die Regierung den Widerspruch mit Bescheid vom 17.04.2008 als unbegründet zurück. Zwar hätten sich die steuerlichen Rückstände auf 778 Euro reduziert; die Rückstände an Gesamtsozialversicherungsbeiträgen seien jedoch (nach vorübergehendem Rückgang) auf 6.802 Euro angestiegen; die Beitragsrückstände bei der Berufsgenossenschaft Bau würden nunmehr 27.000 Euro betragen. Die Kl. erhob Anfechtungsklage zum VG München. Bis zur mündlichen Verhandlung vor dem VG am 15.01.2009 sanken die Rückstände an Sozialversicherungsbeiträgen auf 1.244 Euro, während die rückständigen Betriebssteuern auf 8.987 anstiegen. Die Beitragsrückstände bei der Berufsgenossenschaft beliefen sich nunmehr auf 28.378 Euro.

Das VG wies die Anfechtungsklage ab. Das Urteil ist rechtskräftig. Die Bekl. verzichtete jedoch darauf, die nunmehr bestandskräftige Gewerbeuntersagung zu vollziehen, und ließ zu, dass die Kl. ihren Betrieb weiterführte.

Unter dem 11.03.2009 beantragte die Kl. die Wiedergestattung der persönlichen Gewerbeausübung, da sich ihre finanzielle Situation seit Ende 2008 erheblich gebessert habe. Die Steuerrückstände der Kl. wurden bis März 2009 bzw. August 2009 auf ca. 5.000 Euro abgebaut. Die Beitragsrückstände der Kl. bei der Berufsgenossenschaft Bau sanken bis November 2009 auf 8.025 Euro. Danach stiegen sie bis Juli 2010 wieder auf 10.856 Euro an. Die Steuerrückstände der Kl. stiegen bis 15.06.2010 auf 30.856 Euro an; es fehlten zudem die Jahressteuererklärungen 2007 – 2009. Bis zum 02.09.2010 stiegen die Steuerrückstände der Kl. auf 40.885 Euro an. Die Bekl. lehnte daraufhin die Wiedergestattung der persönlichen Gewerbeausübung mit Bescheid vom 06.09.2010 ab. Die Kl. erhob dagegen Verpflichtungsklage. Am 07.09.2010 erging gegen die Kl. ein Haftbefehl zur Erzwingung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO. Nach Auskunft des Finanzamts vom 02.11.2010 waren die Steuerrückstände seinerzeit auf 30.913 Euro zurückgegangen. Nach Auskunft der Berufsgenossenschaft Bau vom 04.11.2010 beliefen sich die dortigen Rückstände seinerzeit auf 6.604 Euro. Nach Auskunft G-Ersatzkasse vom gleichen Tag beliefen sich die Rückstände an Gesamtsozialversicherungsbeiträgen seinerzeit auf 3.118 Euro. In der mündlichen Verhandlung vor dem VG ließ die Kl. vortragen, ihre Schulden bei der Berufsgenossenschaft Bau auf 176 Euro und beim Finanzamt auf 3.050 Euro reduziert zu haben. Die Restschulden würden am nächsten Tag beglichen werden. Das VG wies die Klage ab. Die Kl. beantragte die Zulassung der Berufung und wies nach, dass die Restbeträge nach dem erstinstanzlichen Urteil beglichen wurden.

Wird der Antrag auf Zulassung der Berufung Erfolg haben?

Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit des Antrags auf Zulassung der Berufung**I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO**

Die Eröffnung des Rechtswegs ist nach § 17a V GVG vom Rechtsmittelgericht nicht mehr zu prüfen.

II. Zuständigkeit

Zuständig für die Entscheidung über Berufungszulassungsanträge gegen Urteile des VG München ist nach § 124a V VwGO i.V.m. Art. 1 I AG VwGO Bay der VGH München.

III. Statthaftigkeit, §§ 124 I, § 124a IV 1 VwGO

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist statthaft, wenn das Verwaltungsgericht in seinem erstinstanzlichen Urteil die Berufung nicht zugelassen hat. Dies ist nicht der Fall.

IV. Zulassungsantrag und Begründung, §§ 124a IV, 125 I 81, 82 VwGO

Der Zulassungsantrag ist nach § 124a V VwGO beim Verwaltungsgericht zu stellen, die Begründung des Zulassungsantrags ist dann, wenn sie nachträglich erfolgt, beim OVG/VGH einzureichen. Für den Antrag besteht nach § 67 IV VwGO durch einen Rechtsanwalt oder eine sonst nach § 67 II 1 VwGO zugelassene Person zu erfolgen. Von der ordnungsgemäßen Beantragung und Begründung kann ausgegangen werden.

V. Antrags- und Begründungsfrist, § 124a IV 1, 4 VwGO

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist binnen eines Monats nach Zustellung des in vollständig abgefasster Form vorliegenden erstinstanzlichen Urteils zu stellen. Die Begründung hat innerhalb von zwei Monaten ab Urteilszustellung zu erfolgen. Von der Einhaltung dieser Fristen ist auszugehen.

VI. Rechtsmittelberechtigung und Beschwer, § 124 I VwGO

Rechtsmittelberechtigt ist grundsätzlich jeder Beteiligte des Ausgangsverfahrens, allerdings ist eine Beschwer erforderlich. Die Klage der Kl. wurde abgewiesen. Damit ist diese beschwert.

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist damit zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag auf Zulassung der Berufung müsste auch begründet sein. In Betracht kommt hier eine Zulassung der Berufung nach § 124 II Nr. 1 VwGO wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils. Die Kl. richtet sich gegen die Annahme gewerberechtl. Unzuverlässigkeit.

I. Maßgebliche Sach- und Rechtslage

Fraglich ist, auf welchen Zeitpunkt hierbei bei dem Antrag auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung nach § 35 VI GewO abzustellen ist.

„Ob ein solcher Anspruch besteht, ergibt sich aus dem materiellen Recht, also aus § 35 VI GewO. § 35 VI GewO enthält kein Hindernis für eine Klagestattdgabe, wenn im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind; § 35 VI GewO unterscheidet sich insofern von § 35 I GewO (vgl. dazu Pielow, GewO, 2009, § 35 Rn 76a; Heß in Friauf, GewO, § 36 Rn. 185 m.w.N.).

[Bei] einer Verpflichtungsklage auf Wiedergestattung der persönlichen Ausübung des Gewerbes nach § 35 VI GewO [kommt es daher] auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bei Gericht an (vgl. § 113 V VwGO)“ (VGH München)

Das Berufungsgericht hat also bei seiner Entscheidung auf die Sach- und Rechtslage zum Entscheidungszeitpunkt abzustellen.

II. prozessuale Präklusion

Etwas anderes könnte sich jedoch aus prozessualen Gründen ergeben, falls die Kl. mit neuen Vortrag ausgeschlossen wäre. Eine solche Präklusion sieht das Gesetz, anders als nach § 531 ZPO, in § 128a VwGO nur dann vor, wenn für den Vortrag eine entsprechende Frist gesetzt wurde, was hier jedoch nicht der Fall ist.

„[Es] ...besteht auch kein prozessuales Hindernis dafür, im Berufungszulassungsverfahren fristgemäß vorgetragene Tatsachen zu berücksichtigen, die erst nach Erlass der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung eingetreten sind (BVerwG, BayVBI 2003, 217 = NVwZ 2003, 490 = NJW 2003, 1618 L). Nicht mehr zu berücksichtigen sind allerdings die nach dem 23.02.2011 eingetretenen und danach von der Kl. neu vorgetragenen Tatsachen. Der Rechtsmittelführer kann nach Ablauf der Begründungsfrist auch unter

Berufung auf eine Änderung der Sachlage **keine neuen** Rügen vorbringen (BVerwG, NVwZ 2004, 744 = NJW 2004, 2321 L; Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. [2010], § 124 Rn. 97).“ (VGH München aaO)

III. Vorliegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils

Aus der Begründung des Berufungszulassungsantrags müsste sich ergeben, dass das VG zu Unrecht angenommen hat, dass die Voraussetzungen des § 35 VI 1 GewO für eine Wiedergestattung der gewerblichen Tätigkeit nicht vorgelegen haben. Nach § 35 VI GewO ist einem Gewerbetreibenden die Wiederausübung des Gewerbes zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit i.S. von § 35 I GewO nicht mehr vorliegt.

„Die mit dem Ausspruch der Gewerbeuntersagung festgestellte gewerberechtliche **Unzuverlässigkeit darf also nicht mehr bestehen**. Der betreffende Gewerbetreibende muss also nunmehr die **Gewähr dafür bieten**, dass er sein Gewerbe – auch im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Erklärungs- und Zahlungspflichten – **ordnungsgemäß ausüben** wird; insofern ist eine tatsächengestützte günstige Prognose für die künftige gewerbliche Tätigkeit erforderlich, (vgl. Heß in Friauf, § 35 Rn 180 m.w.N.). Für die Kl bedeutet dies, dass sie sich die Bestandskraft der Gewerbeuntersagung vom 10.03.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17.04.2008 und die Rechtskraft des klageabweisenden Urteils vom 29.01.2009 entgegenhalten lassen muss.“ (VGH München aaO)

Es kommt also darauf an, ob seit April 2008 eine Änderung dahingehend eingetreten ist, dass die Kl. nunmehr die Gewähr dafür bietet, dass sie ihr Gewerbe auch im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Erklärungs- und Zahlungspflichten ordnungsgemäß ausüben wird.

„Dem steht bereits die Feststellung des VG entgegen, wonach gegen die Kl. erst am 07.09.2010 erneut ein **Haftbefehl zur Erzwingung der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung** nach § 807 ZPO ergangen ist. Die Kl. ist dem in der Begründung ihres Zulassungsantrags nicht entgegengetreten. Dem steht weiter entgegen, dass es der Kl. zwar gelungen ist, ihre Steuerrückstände sowie ihre Beitragsrückstände bei der Berufsgenossenschaft Bau zu bezahlen, dass aber die von der Bekl. in der Klageerwiderung unwiderlegt geltend gemachten **Beitragsrückstände bei der G-Ersatzkasse** in Höhe von 3118 Euro unberücksichtigt blieben. Diesbezüglich ist die Kl. erst auf Hinweis der Bekl. nach Ablauf der Begründungsfrist des § 124a IV 4 VwGO tätig geworden. So entsteht der Eindruck, dass die Kl. nicht nach einem durchdachten und Erfolg versprechenden Sanierungskonzept vorgeht, wie es eine ordnungsgemäße Gewerbeausübung verlangen würde.

Vor allem lässt die sich aus den Darlegungen der Kl. ergebende Momentaufnahme die von ihr gezeigte gewerberechtliche Unzuverlässigkeit nicht ohne Weiteres entfallen. „**Wohlverhalten**“ des Gewerbetreibenden während des **Klageverfahrens ist nicht ohne Weiteres geeignet**, eine zuvor gezeigte **Unzuverlässigkeit aufzuheben** (BVerwG, GewArch 1999, 72 = BeckRS 1996, 31221082). Insbesondere ist die Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden, der über **lange Zeit** unter anderem seinen **öffentlich-rechtlichen Zahlungsverpflichtungen** in erheblichem Ausmaß nicht oder nicht rechtzeitig nachgekommen ist, dessen Zahlungsrückstände sich noch während des Anfechtungsprozesses erheblich erhöht haben, nicht allein dadurch ausgeräumt, dass er **kurz vor dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage seine Verpflichtungen begleicht** (BVerwG, NVwZ 1991, 372 = GewArch 1991, 110 [112]). Ein nachträgliches ordnungsgemäßes Verhalten während des Verwaltungsgerichtsprozesses ist demnach im Allgemeinen wenig bedeutsam. Dies gilt vor allem dann, wenn dieses Wohlverhalten erforderlich erschien, um ein gerade schwebendes Verfahren zu einem günstigen Ende zu bringen. Denkbar ist allerdings auch, dass ein solches Wohlverhalten auf einen „Reifeprozess“ zurückzuführen ist und es unter derartigen Umständen Ausdruck gewerberechtlicher Zuverlässigkeit sein kann (vgl. BVerwG, GewArch 1987, 351).“ (VGH München aaO)

Es kommt demnach für die Änderung des Verhaltens der Kl. während des Verfahrens darauf an, ob dieses die genannten Rückschlüsse zulässt.

„Im vorliegenden Fall vermag der VGH **keine Anhaltspunkte für einen derartigen Reifeprozess** zu erkennen. Die Kl. hat erkennbar versucht, „Wohlverhalten“ gerade in dem Zeitpunkt an den Tag zu legen, in dem das VG über die Verpflichtungsklage zu entscheiden hatte bzw. der VGH den Antrag auf Zulassung der Berufung zu behandeln hat.

Wie die Entwicklung der Schuldenstände der Kl. bei allen ihren öffentlich-rechtlichen Gläubigern gezeigt hat, war diese immer wieder von erheblichen Rückschlägen gekennzeichnet; die Bemühungen der Kl. um ordnungsgemäßes Verhalten entbehrten der erforderlichen Stetigkeit.“ (VGH München aaO)

Ergebnis: Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils sind nicht zu erkennen. Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zwar zulässig, aber unbegründet.

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. Sie können auch einzelne Passagen ausschneiden und auf Karteikarten kleben. Aus diesem Grund sind die nachfolgenden Seiten der Kurzauslese lediglich einseitig bedruckt.

FGO
§ 52a

Klageerhebung Formunwirksamkeit bei fehlender qualifizierter digitaler Signatur (BFH in DB 2011, 2181; Beschluss vom 26.07.2011 – VII R 30/10)

FGO

Die **wirksame Erhebung einer Klage per E-Mail** bei einem Finanzgericht **verlangt** das Vorliegen einer **qualifizierten digitalen Signatur**, sofern das betreffende Bundesland diese Signatur in einer Verordnung vorgeschrieben hat.

Ist für den Rechtsverkehr per E-Mail die die Schriftform ersetzende qualifizierte elektronische Signatur vorgeschrieben, so reicht es bei deren Fehlen nicht aus, dass sich aus der E-Mail oder begleitenden Umständen die Urheberschaft und der Wille, das Schreiben in den Verkehr zu bringen, hinreichend sicher ergeben. Die **Rspr. zum Computerfax ist auf solche Fälle nicht entsprechend anzuwenden**.

„Das FG hat auch zu Recht nicht weiter geprüft, ob sich aus der E-Mail oder begleitenden Umständen die Urheberschaft und der Wille, das Schreiben in den Verkehr zu bringen, hinreichend sicher ergibt. Zwar kann nach der höchstrichterlichen Rspr. (BGHZ 144, 160) bei Vorliegen dieser Voraussetzungen auf eine eigenhändige Unterschrift selbst bei bestimmenden Schriftsätzen verzichtet werden, wenn diese mittels Computerfax bei Gericht eingehen. Ausdrücklich gründet sich diese Auffassung aber darauf, dass beim Computerfax --wie schon bei der von der Rspr. gebilligten und zum Gewohnheitsrecht erstarkten Übung der telefonischen Telegrammaufgabe-- eine eigenhändige Unterzeichnung nicht möglich ist. Für den Rechtsverkehr per E-Mail ist aber gerade eine die Schriftform ersetzende elektronische Signatur eingeführt worden. Für eine erweiternde Anwendung der o.g. Rechtsprechungsgrundsätze auf die Übermittlung bestimmender Schriftsätze per E-Mail besteht mithin keine Veranlassung (a.A. Gräber/Stapperfend, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 52a Rn 6; Hübschmann/Hepp/Spittaler, § 52a FGO Rn 83; vgl. auch BFH BFH/NV 2006, 104).“ (BFH aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO
§§ 329 II 1, 249 I

formlose Entscheidungsbekanntgabe telefonische Beschlussmitteilung durch Geschäftsstelle (BGH in NJW-RR 2011, 1282; Beschluss vom 26.05.2011 – V ZB 248/10)

ZPO

I. Die **Mitteilung des Tenors eines Beschlusses durch die Geschäftsstelle** an eine Partei ist **keine unverbindliche Auskunft, sondern die formlose Bekanntgabe** der Entscheidung nach § 329 II 1 ZPO.

„Ein Beschluss ist vielmehr nach [§ 329 II 1 ZPO] (formlos) bekannt gegeben, wenn der Inhalt der von den Richtern gefassten und unterschriebenen, zur Bekanntgabe an die Parteien vorgesehenen Entscheidung durch das Gericht einer Partei mitgeteilt wird (BGH NJW-RR 2000, 877), was auch fernmündlich geschehen kann (BGHZ 14, 148). Dies gilt auch, wenn weder die den Beschluss fassenden Richter noch der den Beschluss mitteilende Geschäftsstellenbeamte beabsichtigt haben, durch die fernmündliche Kundgabe des Beschlussinhalts die Wirkungen des § 329 II 1 ZPO herbeizuführen. Für das Existenzwerden der Entscheidung durch formlose Bekanntgabe ist es nämlich ohne Bedeutung, aus welchen Motiven und mit welchen Absichten das geschieht. Maßgeblich ist nur der obj. Tatbestand, dass der Inhalt einer von den Mitgliedern des Gerichts beschlossenen, schriftlich abgefassten und mit ihren Unterschriften versehenen Entscheidung der Partei ausdrücklich und bewusst – und in diesem Sinne mit dem Willen des Gerichts – bekanntgegeben wird (vgl. BGH NJW-RR 2000, 877).“

Die Mitteilung des Beschlussinhalts durch die Geschäftsstelle an eine Sekretärin des Prozessbevollmächtigten steht einer Kundgabe an ihn selbst gleich, wenn diese als Botin des Prozessbevollmächtigten nachfragt und die Mitteilung des Gerichts über den Inhalt der Entscheidung für diesen entgegennimmt (vgl. BGH NJW 1996, 1682).“ (BGH aaO)

II. Die **Aussetzungswirkung nach § 249 I ZPO** tritt **schon mit der (formlosen) Mitteilung des Aussetzungsbeschlusses** durch das Gericht (§ 329 II 1 ZPO) an die Partei, und **nicht erst mit der Beschlusszustellung** ein.

„Die gegenteilige Auslegung widerspricht dem verfassungsrechtlichen Verbot, verfahrensrechtliche Vorschriften so auszulegen und anzuwenden, dass den Parteien der Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eröffneten Instanzen in unzumutbarer und aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert wird.“ (BGH aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§§ 81b, 163b I 2

Unverhältnismäßigkeit einer Freiheitsentziehung zum Zwecke einer Identitätsfeststellung (BVerfG in StV 2011, 389 = NVwZ 2011, 743; Beschluss vom 08.03.2011 – 1 BvR 47/05)

StPO

Die **(mehrstündige) Unterbringung einer Person gegen ihren Willen** in einem Haftraum **zum Zwecke der Identitätsfeststellung** gem. §§ 81b, 163b I 2 StPO **stellt** eine dem Richtervorbehalt nach Art. 104 II, 2, 3 GG unterliegende **Freiheitsentziehung** dar. Sie ist – weil nicht erforderlich – **unverhältnismäßig, wenn die Identität der Person bereits durch Vorlage eines Personalausweises zweifelsfrei nachgewiesen wurde** und besondere Umstände des Einzelfalles keine (weitere) Ingewahrsamnahme zum Zwecke einer erkennungsdienstlichen Behandlung gebieten.

I. Die Vorschrift des § 163b I 2 StPO lässt ein **Festhalten zur Identitätsfeststellung nur dann zu, wenn die Identität sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann**. Die Vorschrift stellt

insofern eine **gesetzliche Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots** dar und soll sicherstellen, dass ein Eingriff in die persönliche Freiheit nur dann erfolgt, wenn er zur Feststellung der Identität unerlässlich ist.

„Ein solcher Fall lag hier nicht vor: § 163 b I 1 StPO ermächtigt Polizeibeamte, gegenüber einem Verdächtigen die notwendigen Maßnahmen zur Identitätsfeststellung zu treffen, also den Betr. nach seinen Personalien zu befragen und diesen aufzufordern, mitgeführte Ausweisdokumente auszuhändigen. Nur dann, wenn die Identität des Betroffenen auch unter Ausschöpfung dieser Maßnahmen nicht mit der erforderlichen Sicherheit geklärt werden kann oder dies mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre, kommt ein weiteres Festhalten nach S. 2 in Betracht. Ein weiterer Eingriff in das Freiheitsrecht des Art. 2 II 2 GG darf also nur dann erfolgen, wenn die Polizei auf der Basis der bereits bekannten Daten berechtigte Zweifel an der Identität der Person hat.

Hiervon kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden: Der Bf. hat sich gegenüber der Polizei vor Ort mit einem Bundespersonalausweis ausgewiesen. Der Bundespersonalausweis ist dabei in besonderer Weise als Dokument zur Feststellung der Identität geeignet, da er gem. § 1 PersAuswG die erforderlichen Daten für eine Identifikation und strafrechtlich relevante Erfassung der Person enthält und darüber hinaus mit besonderen Fälschungssicherungen versehen ist. Anhaltspunkte dafür, dass der Ausweis des Bf. gefälscht war oder seine Person nicht mit dem Ausweisinhaber übereinstimmte, etwa, weil das Foto keine oder nur geringe Ähnlichkeit mit ihm aufwies, sind nicht ersichtlich. Daher ist – insbes. im Hinblick auf das verfassungsrechtlich fundierte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen bloßer Identitätsfeststellung und weiterem Festhalten – davon auszugehen, dass es den Polizeibeamten möglich war, die Identität auf Grund des vorgelegten Bundespersonalausweises vor Ort hinreichend sicher festzustellen. Ein Festhalten aus reinen Praktikabilitätserwägungen vermag schon die Erforderlichkeit der Maßnahme nicht zu begründen und dürfte im Übrigen auch auf die Abwägung im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer derartigen Maßnahme keinen Einfluss haben (vgl. BVerfG NVwZ 1992, 767).“ (BVerfG aaO)

II. Eine **Berechtigung zur (mehrständigen) Unterbringung einer Person gegen ihren Willen** in einem Haftraum zum Zwecke der Identitätsfeststellung **ergibt sich auch nicht aus § 81b Alt. 2 StPO.**

„Insoweit ist **zwischen der Anordnung der Maßnahme und der Durchführung zu unterscheiden** (vgl. BVerfG NSTZ-RR 2006, 381). Selbst wenn man in Bezug auf die Anordnung der Maßnahme davon ausgeht, dass trotz eindeutig festgestellter Identität des Bf. und aller anderen Personen die Erinnerung der einzelnen Polizisten als Zeugen vor Gericht auf Grund der Vielzahl an Personen ohne weitere Fotos möglicherweise nicht hinreichend gewährleistet gewesen wäre und es als Erinnerungsstütze noch ein Bedürfnis an weiteren im Strafprozess zu verwertenden Beweismitteln gab, rechtfertigt dies für die Durchführung jedenfalls nicht ein stundenlanges Festhalten und Einsperren des Bf. auf verschiedenen Polizeiwachen.

Insofern werden die **Anforderungen des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips** verkannt, das in der Formulierung „soweit (...) notwendig“ in § 81 b StPO seinen Niederschlag auch in der einfachgesetzlichen Regelung gefunden hat. Zwar kann die Masse der zu bearbeitenden Fälle eine zeitliche Verzögerung rechtfertigen, jedoch hat das LG keine Ausführungen zum Vorliegen von Erschwerissen gemacht, die die Dauer in dem hier festgestellten Umfang rechtfertigten. Allerdings ist die Polizei als Strafverfolgungsbehörde – soweit nicht ein genereller entsprechender Bedarf besteht – nicht gezwungen, Personal und Material für erkennungsdienstliche Maßnahmen in solchem Maß vorzuhalten, dass eine Bearbeitung in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe erfolgen kann. Vielmehr kann es durchaus verhältnismäßig sein, derartige spezielle Ressourcen insbesondere räumlich zusammenzufassen. Eine Verbringung an diesen Ort und eine organisatorisch nicht zu vermeidende und gemäßigte Wartezeit können jedenfalls bei hinreichend gewichtigen Straftaten angemessene Eingriffe im Verhältnis zur Bedeutung des staatlichen Strafanspruchs sein. Ein solcher Fall liegt aber auf der Basis des festgestellten Sachverhalts nicht vor: Der Bf. ist im Polizeipräsidium nach mehreren Stunden ausschließlich in der Art erkennungsdienstlich behandelt worden, dass von ihm drei einfache Fotos angefertigt wurden. Weitere Aufnahmen insbes. solche, die besondere fotografische oder kriminalistische Erfahrung oder Ausrüstung erforderten, sind weder festgestellt noch Teil seiner Verhältnismäßigkeitserwägungen geworden. Insofern stellt sich die erkennungsdienstliche Behandlung als die Anfertigung von einfachen, alltäglichen Fotoaufnahmen dar. Für die Annahme der Erforderlichkeit in diesem Fall hätte es einer genaueren Auseinandersetzung mit anderen Möglichkeiten bedurft, zeitlich früher Aufnahmen des Bf. in der gleichen Qualität und Machart anzufertigen, die den Zweck des § 81 b StPO nicht schlechter erfüllt hätten. Hierbei hätte das LG insbes. prüfen müssen, ob die Beamten entsprechende Aufnahmen nicht mit einer verfügbaren oder kurzfristig herbeizuschaffenden Kamera auch vor Ort, als die Personen einzeln aus dem Kessel zur Identitätsfeststellung herausgeführt wurden, hätten machen können oder sonst spätestens auf den einzelnen Polizeiwachen.“ (BVerfG aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO §§ 257c, 265	Verfahrensverständigung Auswirkungen auf richterl. Hinweispflicht	StPO
(BGH in StV 2011, 607 = NJW 2011, 2377; Urteil vom 11.05.2011 – 2 StR 590/10)		

§ 257 c StPO und die sich aus einer danach getroffenen Verständigung ergebenden Bindungen des Gerichts haben nicht die Kraft, die Hinweispflichten des § 265 StPO zu relativeren oder gar zu verdrängen.

„Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gilt vielmehr uneingeschränkt auch für den Angekl., der einem Verständigungsvorschlag des Gerichts zugestimmt hat. Anders als bei der Hinweispflicht des § 257c IV 4 StPO, die nur dann eingreift, wenn sich das Gericht von einer getroffenen Verständigung lösen will, weil „rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben“ und das Gericht deswegen den zugesagten Strafrahmen nicht mehr als angemessen erachtet (vgl. § 257c IV 1 StPO), ist das Gericht der sich aus § 265 StPO ergebenden Pflichten auch dann nicht enthoben, wenn es sich auch unter geänderten Bedingungen von seiner Strafrahmenzusage nicht lösen will.“ (BGH aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO § 265 I	richterliche Hinweispflicht Verurteilung wegen eines anderen Mordmerkmals	StPO
(BGH in NSTZ 2011, 475; Beschluss vom 23.03.2011 – 2 StR 584/10)		

Will der Tatrichter abweichend vom Anklagevorwurf den Angekl. wegen eines anderen Mordmerkmals verurteilen, muss er den Angekl. hierauf ausdrücklich hinweisen.

„Ein solcher Hinweis muss nicht nur erteilt werden, wenn ein anderes Strafgesetz als das im Eröffnungsbeschluss genannte angewandt, sondern auch dann, wenn der Angekl. wegen einer andersartigen Begehungsform desselben Strafgesetzes verurteilt werden soll (BGHSt 23, 95). Das Gericht muss deshalb regelmäßig darauf hinweisen, wenn es abweichend vom Anklagevorwurf wegen eines anderen Mordmerkmals verurteilen will (vgl. BGHSt 23, 95; 25, 287). Mit Rücksicht auf den **Regelungszweck des § 265 I StPO** ist dies jedenfalls dann anzunehmen, wenn die in Betracht kommenden Begehungsformen sich in ihren objektiven und subjektiven Voraussetzungen so stark voneinander unterscheiden, dass eine **umfassende Verteidigung des Angekl. nur durch eine förmliche Unterrichtung gesichert** werden kann. Das ist der Fall, wenn das Gericht den Angekl. abweichend vom Anklagevorwurf nicht aus dem Gesichtspunkt der Heimtücke, sondern dem der niedrigen Beweggründe wegen Mordes verurteilen will; dasselbe gilt beim Übergang vom Vorwurf des Tötens in Verdeckungsabsicht zum Vorwurf des Tötens aus Wut als niedrigem Beweggrund (BGHSt 25, 287).

Der Hinweis muss – allein oder in Verbindung mit der zugelassenen Anklage – dem Angekl. hinreichend erkennbar machen, durch welche Tatsachen das Gericht die gesetzlichen Merkmale als erfüllt ansieht (BGH NStZ 1993, 200). Das gilt auch für das Mordmerkmal der sonstigen niedrigen Beweggründe (BGH NStZ 2005, 111). Nur so kann er seine Funktion erfüllen, **den Angekl. vor Überraschungsentscheidungen zu schützen** und ihm die Gelegenheit zu geben, sich gegenüber dem neuen Vorwurf zu verteidigen.“ (BGH aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO § 313 I 2	Annahmeerufung vorausgegangenes Strafbefehlsverfahren (OLG Dresden in NStZ 2011, 477; Beschluss vom 08.12.2010 – 2 Ws 347/10)	StPO
-------------------	---	------

§ 313 I 2 StPO findet auch dann Anwendung, wenn die StA zwar Freispruch beantragt hatte, aufgrund eines vorausgegangenen Strafbefehlsverfahrens jedoch bereits ein konkreter Strafantrag der StA existiert, der die Annahme eines Bagatelldeliktens zulässt.

I. Die **Frage**, ob auch im Falle eines Freispruchs, der auf einem Antrag der StA beruht, von einer Annahmeerufung ausgegangen werden kann, **wird in Rspr. und Lit. unterschiedlich beurteilt.**

- Der bisher **überwiegende Teil der Rspr.** hält in einem solchen Fall § 313 I 2 StPO für unanwendbar.

Diese Auffassung wird maßgeblich damit begründet, dass der Antrag des Vertreters der StA auf Freispruch kein Minus gegenüber dem in § 313 I 2 StPO genannten Antrag auf Verhängung einer Geldstrafe von höchstens 30 Tagessätzen sei. Wenn die StA nach durchgeführter Beweisaufnahme zu dem Ergebnis komme, ein strafrechtlicher Schuldnachweis sei überhaupt nicht zu führen, könne aus ihrem Antrag auf Freispruch nicht auf ein Bagatelldelikt geschlossen werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei deshalb nicht hinnehmbar, der Anwendung des § 313 I 2 StPO eine fiktive Tat und eine fiktive Rechtsfolge zugrunde zu legen. Im Interesse der Rechtsklarheit verbiete sich deshalb eine erweiternde Auslegung der Ausnahmenvorschrift des § 313 I 2 StPO.

OLG Koblenz NStZ 1994, 601; OLG Celle NStZ-RR 1996, 43; OLG Köln NStZ 1996, 150; OLG Karlsruhe StV 1997, 69; OLG Zweibrücken MDR 1996, 732; OLG Hamm VRS 95, 382; OLG Jena StraFo 2000, 292; OLG Stuttgart NStZ-RR 2001, 84; OLG Brandenburg OLG-NL 2005, 45

- Von dieser grds. Auffassung weicht eine **Mindermeinung** jedenfalls dann ab, wenn aufgrund eines Strafbefehlsantrags bereits ein konkreter Strafantrag der StA existiert, ohne dass hypothetische Erwägungen angestellt werden müssten.

OLG Hamm NStZ 1996, 455; OLG Koblenz NStZ-RR 2000, 306; OLG Schleswig SchlHA, 2000, 256; Meyer-Goßner § 313 Rn 4a

II. **Der letztgenannten Auffassung schließt sich OLG Dresden aaO an.**

„§ 313 StPO ist durch das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege (BGBl I 1993, 50) eingefügt worden. Hintergrund war die außerordentliche Belastung der Strafjustiz nach dem Beitritt der 5 neuen Länder. Die **Berufungsgerichte sollten deshalb in Fällen entlastet werden, denen kleinere Kriminalität und Straftaten geringer Schwere zugrunde lagen** (BT-Dr 12/1217). Zwar wird dem **Sinn und Zweck dieses Gesetzes** in Fällen, in denen die StA in der amtsgerichtlichen Hauptverhandlung einen Freispruch beantragt hat, nicht dadurch Rechnung getragen werden können, dass Spekulationen darüber angestellt werden, welchen Antrag die StA im Falle der Erweisbarkeit der Tat gestellt hätte. Allerdings kann mit der notwendigen Rechtsklarheit das Vorliegen eines Falles von Bagatellkriminalität dann festgestellt werden, wenn die StA in einem vorangegangenen Strafbefehlsverfahren die geringe Straferwartung deutlich zum Ausdruck gebracht hat.“ (OLG Dresden aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO §§ 338 Nr.1, 261, 264	Verfahrensfehler sprachunkundige Schöffin (BGH in StV 2011, 526; Urteil vom 26.01.2011 – 2 StR 338/10)	StPO
-------------------------------	--	------

Eine **sprachunkundige Schöffin ist** – ebenso wie ein tauber oder blinder Richter – **jedenfalls partiell unfähig, der Verhandlung selbst zu folgen.**

I. Es ist anerkannt, dass Mängel in der Person eines Richters oder Schöffen, die seine Unfähigkeit zur Teilnahme an Verhandlungen begründen, zu einer **vorschriftswidrigen Gerichtsbesetzung i.S.v. § 338 Nr. 1 StPO** führen (Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 338 Rn 10; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 46 Rn 36).

So ist, obwohl dies gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist, ein hör- oder sprechunfähiger Richter regelmäßig nicht fähig, an Verhandlungen teilzunehmen. Dies folgt aus dem die Hauptverhandlung beherrschenden Grundsatz der Mündlichkeit, der die Fähigkeit voraussetzt, Gesprochenes akustisch wahrzunehmen und sich in dem durch Rede und Gegenrede gekennzeichneten

Gang der Hauptverhandlung mündlich zu äußern (vgl. BGHSt 4, 191; Kuckein, Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 338 Rn 50; Pfeiffer, StPO, 5. Aufl., § 338 Rn 10).

- II. Nach **st. Rspr.** kann auch ein blinder Richter nicht an einer tatrichterlichen Hauptverhandlung in Strafsachen mitwirken, da dies gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz verstößt (BGHSt 4, 191; 34, 236; 35, 164).

Das BVerfG hat die Streichung eines blinden Schöffen von der Schöffensliste unter Hinweis auf den **strafprozessualen Unmittelbarkeitsgrundsatz** als verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden angesehen (vgl. BVerfG NJW 2004, 2150).

- III. **Entsprechendes gilt nach BGH aaO auch für einen Schöffen, der der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig ist.**

- 1. Der in der StPO verankerte Verfahrensgrundsatz der Unmittelbarkeit (§§ 261, 264 StPO) verlangt, dass das **Urteil auf einer umfassenden Würdigung der unmittelbar vor dem erkennenden Gericht erhobenen Beweise beruht.**

„Hierzu ist erforderlich, dass der erkennende Tatrichter Prozessabläufe akustisch und optisch wahrnehmen und verstehen und sich unmittelbar - ohne Zuhilfenahme von Sprachmittlern - mit den übrigen Verfahrensbeteiligten in der Gerichtssprache - diese ist gem. § 184 S. 1 GVG deutsch - verständigen kann. Hieraus folgt, dass sämtliche Richter der deutschen Sprache mächtig sein müssen. § 186 GVG regelt folgerichtig die Verständigung des Gerichts mit hör- und sprachbehinderten Personen, nicht aber umgekehrt die Verständigung bei Vorliegen einer entsprechenden Behinderung auf Seiten eines Richters. Soweit § 185 GVG die Hinzuziehung eines Dolmetschers für den Fall bestimmt, dass „unter Beteiligung“ von Personen verhandelt wird, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, ergibt die systematische Stellung der Vorschrift, dass diese nicht den Fall eines sprachunkundigen Richters regelt.“ (BGH aaO)

- 2. Für das aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz abzuleitende Erfordernis einer Kommunikation der Kollegialrichter untereinander in der Gerichtssprache sprechen auch **Sinn und Zweck des § 193 GVG.**

„Dieser benennt in Abs. 1 und 2 die Personen, die an einer Beratung und Abstimmung teilnehmen dürfen, abschließend. Wie das BVerfG ausgeführt hat, enthält § 193 GVG ein gesetzgeberisches Leitbild, wonach die richterliche Meinungsbildung in Gremien nur den zugehörigen Gremienmitgliedern zur Kenntnis zu gelangen habe; hiervon ist die Öffentlichkeit grds. ausgeschlossen. Dies erst erlaubt eine unbeeinflusste, sich in freier Rede und Gegenrede entwickelnde Meinungsbildung. § 193 GVG dient dem Schutz des Beratungsgeheimnisses gem. §§ 43, 45 I 2 DRiG und damit nach st. Rspr. auch der Unabhängigkeit der Gerichte (vgl. BGHSt 41, 119). Die Vorschrift hat daher eine hohe Bedeutung für die Umsetzung des Rechtsstaatsprinzips gem. Art. 20 III GG und den Schutz der Strafrechtspflege; sie ist eng auszulegen.“

***Sprachunkundigkeit** eines erkennenden Richters ist daher im Ergebnis dem Fall der Unfähigkeit zum Sprechen oder Sehen gleichzusetzen. Zwar kann ein sprachunkundiger Schöffe Prozessvorgänge grds. akustisch wahrnehmen und mit Hilfe eines Dolmetschers auch mit den Prozessbeteiligten kommunizieren. Es ist ihm allerdings nicht möglich, sich mit den übrigen Richtern unmittelbar zu verständigen. Er kann daher an einer Hauptverhandlung in Strafsachen nicht als Laienrichter teilnehmen. Dies hat der Gesetzgeber des Vierten Änderungsgesetzes zum GVG klargestellt.“ (BGH aaO)*

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

OWiG
§ 46

Bußgeldverfahren
Auswirkung eines Beweisverwertungsverbots
(BVerfG in NJW 2011, 2783; Beschluss vom 20.05.2011 – 2 BvR 2072/10)

OWiG

Die **allgemeinen strafprozessualen Grundsätze über die Verwertung von unzulässig oder rechtswidrig erlangten Beweisen** sind über § 46 I OWiG auch im **Bußgeldverfahren** sinngemäß anwendbar.

- I. Auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung „um jeden Preis“ gerichtet ist, schränkt die Annahme eines Verwertungsverbots eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts ein, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen hat und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind.

*„Das **Rechtsstaatsprinzip** gestattet und verlangt die **Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege**, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfGE 33, 367 = NJW 1972, 2214; BVerfGE 46, 214 = NJW 1977, 2355; BVerfGE 122, 248 = NVwZ 2009, 1469). Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden (vgl. BVerfGE 33, 367 = NJW 1972, 2214; BVerfGE 46, 214 = NJW 1977, 2355; BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469; st. Rspr.). Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist (vgl. BGHSt 40, 211 = NJW 1994, 2904; BGHSt 44, 243 = NJW 1999, 959; BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269). Die strafgerichtliche Rspr. geht davon aus, dass insbes. das Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers ein Verwertungsverbot nach sich ziehen kann (vgl. BGHSt 51, 285 = NJW 2007, 2269; BGH NStZ 2004, 449).“ (BVerfG aaO)*

- II. Die **Unzulässigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Beweiserhebung führt auch nach Auffassung des BVerfG nicht ohne Weiteres zu einem Beweisverwertungsverbot** (vgl. BVerfGK 9, 174 = NJW 2007, 499; BVerfG NJW 2000, 3556 = NStZ 2000, 488; NJW 2000, 3557 = NStZ 2000, 489; NStZ 2000, 489; NStZ 2006, 46 = NJW 2005, 3205; BVerfG NJW 2009, 3225).

„Ein Beweisverwertungsverbot ist von Verfassungs wegen aber zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten (vgl. BVerfGE 113, 29 = NJW 2005, 1917; BVerfG NJW 1999, 273; BVerfG NJW 2006, 2684). Ein absolutes Beweisverwertungsverbot hat das BVerfG zudem in den Fällen anerkannt, in denen der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt ist (vgl. BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891; BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563; BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999).“ (BVerfG aaO)

GG

Verfassungsbeschwerde

GG

Art. 19 IV

zur Durchsetzung effektives Rechtsschutzes

(BVerfG in NVwZ-RR 2011, 625; Beschluss vom 07.06.2011 – 1 BvR 194/11)

Art. 19 IV GG gewährleistet für den Bereich des öffentlichen Rechts (vgl. BVerfG NJW 1993, 1635) – ebenso wie die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Rechtsschutzgarantie in zivilrechtlichen Streitigkeiten – nicht nur das formelle Recht, die Gerichte gegen jede behauptete Verletzung subjektiver Rechte durch ein Verhalten der öffentlichen Gewalt anzurufen, sondern **garantiert auch die Effektivität des (zeitgerechten) Rechtsschutzes**.

„Wirksam ist nur ein zeitgerechter Rechtsschutz. Im **Interesse der Rechtssicherheit** sind strittige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit zu klären (vgl. BVerfGE 60, 253 = NJW 1982, 2425 = NVwZ 1982, 614; BVerfGE 88, 118 = NJW 1993, 1635; BVerfGE 93, 1 = NJW 1995, 2477).

Dem Grundgesetz lassen sich allerdings **keine allgemein gültigen Zeitvorgaben** dafür entnehmen, wann von einer überlangen, die Rechtsgewährung verhindernden und damit unangemessenen Verfahrensdauer auszugehen ist; dies ist vielmehr eine Frage der Abwägung im Einzelfall (vgl. BVerfGE 55, 349 = NJW 1981, 1499; BVerfG NJW 2008, 503). Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Frage, ab wann ein Verfahren unverhältnismäßig lange dauert, sind **sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen**, insbes. die **Natur des Verfahrens** und die **Bedeutung der Sache für die Parteien, die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Bet.**, die **Schwierigkeit der Sachmaterie**, das den Bet. zuzurechnende Verhalten, insbesondere Verfahrensverzögerungen durch sie, sowie die gerichtlich nicht zu beeinflussende Tätigkeit Dritter, vor allem der Sachverständigen (vgl. BVerfG NJW 2001, 214). Dagegen kann sich der Staat nicht auf solche Umstände berufen, die in seinem Verantwortungsbereich liegen (vgl. BVerfG BeckRS 2011, 48160; BVerfG NVwZ 2004, 334; BVerfG NZS 2010, 381). Ferner haben die Gerichte auch die Gesamtdauer des Verfahrens zu berücksichtigen und sich mit zunehmender Dauer nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens zu bemühen (vgl. BVerfG BeckRS 2011, 48160; BVerfG NJW 2001, 214; BVerfG NZS 2010, 381).“ (BVerfG aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG

Statusstreitigkeit eines Landtagsabgeordneten

GG

Art. 93 I Nr. 1

Organstreitverfahren statt Verfassungsbeschwerde

(BVerfG in BayVBI 2011, 601; Beschluss vom 05.05.2011 – 2 BvR 2599/10)

Ein aktiver (Landtags-)Abgeordneter ist **in allen Fragen, die seinen Abgeordnetenstatus betreffen, auf den Weg des Organstreits zu verweisen**. Eine **Verfassungsbeschwerde ist auch dann unzulässig**, wenn er die Verletzung von Grundrechten rügt.

„Die **Verfassungsbeschwerde** ist dem einzelnen Bürger zur Verfolgung seiner Rechte gegen den Staat gegeben, sie ist **kein Mittel zur Austragung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Staatsorganen** (BVerfGE 15, 298). Die mit diesem Status verfassungsrechtlich verbundenen Rechte kann ein Abgeordneter in dem dafür vorgesehenen Organstreitverfahren gem. Art. 93 I Nr. 1 GG vor dem Bundesverfassungsgericht oder nach dem entsprechenden Landesverfassungsrecht vor dem Landesverfassungsgericht geltend machen. Wenn der **Abgeordnete** um die ihm als Abgeordnetem verfassungsrechtlich zukommenden Rechte mit einem anderen Staatsorgan, regelmäßig dem Parlament selbst, streitet, **steht er dem Staat nicht als „jedermann“ gegenüber**, der sich gegen eine Verletzung jenes rechtlichen Raumes wehrt, der durch die Grundrechte gegenüber dem Staat gesichert ist. Daraus folgt, dass ihm in einem derartigen Streit der Weg der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 90 ff. BVerfGG auch dann verschlossen ist, wenn er als Verfassungsverstoß auch eine Grundrechtsverletzung behauptet (vgl. BVerfGE 43, 142).“ (BVerfG aaO)

- ZA 10/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VfGHG

Verfassungsbeschwerde

öfFR

Art. 51 II 2

fehlende konkrete Grundrechtsrüge

(VerfGH Bayern in BayVBI 2011, 575; Entscheidung vom 03.11.2010 – Vf. 6-VI-10)

Eine **Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, wenn innerhalb der Verfassungsbeschwerdefrist** nach Art. 51 II 2 VfGHG **keine konkrete Grundrechtsrüge erhoben** wurde.

„Eine Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 51 I 1, II 2 VfGHG nur zulässig, wenn das verfassungsmäßige Recht, dessen Verletzung der Bf. geltend macht, innerhalb der Verfassungsbeschwerdefrist von zwei Monaten bezeichnet wird. Dazu muss erkennbar sein, inwiefern durch eine Maßnahme oder Entscheidung ein solches Recht verletzt ist. In dieser Hinsicht ist die Darstellung des wesentlichen zugrunde liegenden Sachverhalts, die genaue Bezeichnung der beanstandeten Handlung und des durch die Handlung verletzte verfassungsmäßigen Rechts erforderlich. Die **bloße Behauptung, eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung sei unrichtig oder fehlerhaft, genügt den Anforderungen an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde nicht** (st. Rspr.; vgl. VerfGH 59, 47 m. w. Nachw.; Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl. 1992, Art. 120 Rn 32; Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 120 Rn 85).

Die Zweimonatsfrist des Art. 51 II 2 VfGHG beginnt mit dem Tag, an dem die im fachgerichtlichen Verfahren nicht mehr anfechtbare Entscheidung dem Bf. oder seinem befugten Vertreter in schriftlicher Form bekannt gegeben worden ist (vgl. VerfGH 34, 47).

Innerhalb dieser Frist hat der Bf. **keine konkrete Grundrechtsrüge erhoben**: Die Beschwerdeschrift beschränkt sich auf die bloße Mitteilung, er fühle sich in seinen Grundrechten verletzt. Dieser pauschale Vortrag genügt nicht ansatzweise den Mindestanforderungen des Art. 51 I 1 VfGHG. Soweit in dem [später] eingegangenen Schreiben Verletzungen des Gleichheitssatzes (Art. 118 I BV) und des Grundrechts auf rechtliches Gehör (Art. 91 I BV) geltend gemacht werden, ist dies - unabhängig von der Unsubstantiiertigkeit dieser Rügen - schon deshalb unbeachtlich, weil ein Bf. nach Ablauf der Beschwerdefrist weder fehlende notwendige Bestandteile der Verfassungsbeschwerde nachschieben noch erstmals einen zuvor nicht eindeutig bezeichneten Verfassungsverstoß geltend machen kann (st. Rspr.; vgl. VerfGH 47, 47). Daher sind auch die nachfolgenden Schreiben des Bf. von vornherein nicht geeignet, die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde herzustellen.“ (VerfGH Bayern aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Oechsler:** Haftung beim Missbrauch eines eBay-Mitgliedskontos - Verantwortung für die freiwillige Überlassung und das Ausspähen von Verbindungsdaten (MMR 2011, 631)

Der BGH MMR 2011, 447 = ZA 08/2011, 8 hat jüngst die Voraussetzungen einer Anscheinsvollmacht verneint, wenn der Inhaber eines eBay-Mitgliedskontos durch nachlässige Aufbewahrung der Zugangsdaten den einmaligen Missbrauch seines Kontos durch einen Familienangehörigen ermöglicht hat. - Beim Missbrauch eines von einem Provider eingerichteten und zugangsgeschützten Mitgliedskontos ist dem Inhaber eine **Anscheinsvollmacht** danach wohl **nur dann zuzurechnen, wenn er dem Dritten die Zugangsdaten bewusst überlassen** hat; dies legt ein **Erst-Recht-Schluss aus § 172 I BGB** nahe. - Wird eine Willenserklärung über ein Mitgliedskonto abgegeben, kommt allerdings regelmäßig kein Anscheinsbeweis dafür in Betracht, dass der Inhaber oder eine von ihm autorisierte Person gehandelt hat; auch bleibt wenig Raum für Beweiserleichterungen zu Gunsten der anderen Seite. - Ermöglicht der Kontoinhaber den Missbrauch dadurch, dass er die Zugangsdaten nicht sorgfältig aufbewahrt, kommt eine Haftung aus §§ 280 I 1, 311 II Nr. 3, 241 II BGB in Betracht, wobei in Anlehnung an § 675 II BGB ein **Vertretenmüssen** wohl **nur im Falle der groben Fahrlässigkeit** in Betracht zu ziehen ist.

2. **Beyer:** Kleinreparaturen im Wohnraummietverhältnis: wer zahlt? (NZM 2011, 697)

Kleinreparaturen gehören grds. zur gesetzlichen Instandhaltungspflicht des Vermieters (§ 535 I 2 BGB); eine Zahlungspflicht des Mieters für die Kosten einer Kleinreparatur besteht deshalb nur dann, wenn sie wirksam vereinbart worden ist. - Eine **formulärmäßige Kleinreparaturklausel** ist **(nur) wirksam, wenn sie gegenständlich auf die in § 28 III 2 der II. BerechnungsVO genannten Bagatellschäden und der Höhe nach auf einen Betrag für die Einzelmaßnahme und außerdem auf einen Gesamtbetrag für mehrere innerhalb eines bestimmten Zeitraums** (regelmäßig eines Jahres) **anfallende Reparaturen beschränkt** ist. - **Unwirksam** wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters **ist eine Klausel, wenn sie den Mieter nicht lediglich zur Kostentragung, sondern zur Vornahme einer Kleinreparatur** („Vornahmeklausel“), **zur Beteiligung an den Kosten einer größeren Reparaturmaßnahme** („Beteiligungsklausel“) **oder zur Kostentragung von Wartungsarbeiten** („Wartungsklausel“) **verpflichtet**. - Bei den **Folgen der Unwirksamkeit einer Kleinreparaturklausel** ist für die Zahlungspflicht zu unterscheiden: **Im preisfreien Wohnungsbau fällt die Zahlungspflicht kraft Gesetzes vom Mieter auf den Vermieter zurück** (kein wirtschaftlicher Ausgleich durch Mieterhöhung); **im preisgebundenen Wohnungsbau kann der Vermieter** durch einseitige schriftliche Erklärung **die Kostenmiete erhöhen**, indem er die volle, nicht durch den Abzug von 1,05 € gekürzte Instandhaltungspauschale (§ 28 II, III der II. BerechnungsVO) ansetzt; die Zahlungspflicht des Mieters bleibt – wenn auch auf einer anderen Rechtsgrundlage – im Ergebnis erhalten. - Ist die **Gebrauchstauglichkeit der Wohnung** durch einen Bagatellschaden **nicht nur unerheblich beeinträchtigt, bleibt** dem Mieter die **Minderung der Miete** (§ 536 BGB) **selbst bei wirksamer Kleinreparaturklausel uneingeschränkt erhalten**.

3. **Schwab:** Geldschulden als Bringschulden? (NJW 2011, 2833)

Die **Geldschuld** ist auch unter Berücksichtigung der Zahlungsverzugsrichtlinie **als qualifizierte Schickschuld und nicht etwa als Bringschuld anzusehen**. - Bei Geldschulden ist das **Verzugsmerkmal** „Nichtleistung“ mit Rücksicht auf die Vorgaben der Zahlungsverzugsrichtlinie nicht an der Leistungshandlung, sondern **am Leistungserfolg auszurichten**; der **Zustand der „Nichtleistung“ endet erst mit dem Zahlungseingang beim Gläubiger**. - Hat der Schuldner die **Übermittlung des Geldes so zeitig in Auftrag gegeben**, dass bei gewöhnlichem Verlauf mit einem rechtzeitigen Zahlungseingang zu rechnen ist, **hat er die Verspätung der Zahlung nicht zu vertreten** (§ 286 IV BGB); der **Zahlungsmittler des Schuldners** (insbes. die Überweisungsbank) ist **nicht dessen Erfüllungsgehilfe bei der Übermittlung des Geldes**. - Hat der Zahlungsmittler des Schuldners durch pflichtwidriges Verhalten die Verspätung des Zahlungseingangs beim Gläubiger verursacht, so ist der Schuldner berechtigt, den Verzögerungsschaden des Gläubigers gegenüber dem Zahlungsmittler zu liquidieren. - Es ist zu betonen, dass die hier vertretene Ansicht den Vorgaben aus dem Urteil des EuGH wesentlich besser entspricht als die Ansicht, die Geldschuld sei fortan als Bringschuld anzusehen, denn der EuGH hat die Verantwortung des Geldschuldners für Versäumnisse des Zahlungsmittlers ausdrücklich verneint; diese Aussage wird nur dann in der Auslegung des nationalen Rechts gespiegelt, wenn man den Erfüllungsort am Wohn- bzw. Geschäftssitz des Schuldners ansiedelt.

4. **Fleischer:** Zur Einschränkung der Geschäftsführerhaftung in der GmbH (BB 2011, 2435)

Angesichts der **enorm gestiegenen Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer** stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit privatautonomer Haftungsbeschränkungen durch Herabsenkung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs: Die bisherige Auffassung hielt dies ebenso wie im Aktien- und Genossenschaftsrecht für ausgeschlossen,

in jüngerer Zeit haben sich indes in der Rspr. und Lehre liberalere Stimmen durchgesetzt, jedoch sind viele Einzelheiten nach wie vor umstritten: Nach zutreffender h. M. ist eine Haftungsbeschränkung heute nicht mehr generell unzulässig; ebenso wenig lässt sich de lege lata eine Unabdingbarkeit der Geschäftsführerhaftung begründen, soweit Ersatz zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird. Auch für eine Analogie zu § 93 V 2 u. 3 AktG bei gröblichen Sorgfaltspflichtverletzungen besteht im GmbH-Recht kein Raum. - Äußere Grenzen sind der Disponibilität der Geschäftsführerhaftung aber durch § 43 III 2 u. 3 GmbHG gezogen: Wenn schon der nachträgliche Verzicht auf einen Schadensersatzanspruch im Anwendungsbereich des § 43 III 1 GmbHG unwirksam ist, dann muss dies erst für eine vorherige Haftungseinschränkung gelten; in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift besteht ein Verzicht-, Vergleichs- und Haftungsbeschränkungsverbot auch für Schadensersatzansprüche der Gesellschaft wegen der Verletzung unmittelbar kapitalschützender Vorschriften; dagegen ist eine Erstreckung des § 43 III 2 u. 3 GmbHG auf alle gläubigerschützenden Geschäftsführerpflichten und ein hierauf aufbauendes Haftungsbeschränkungsverbot methodisch weit weniger gesichert, als die herrschende Lehre glauben macht. - Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Geschäftsführer schon nach § 276 III BGB nicht im Voraus erlassen werden; ein generelles Freizeichnungsverbot für grobe Fahrlässigkeit lässt sich dem gegenüber nicht begründen. - Für die Haftungsbeschränkung bedarf es keiner Satzungsregelung, sie kann vielmehr auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses auch in Anstellungsvertrag oder Geschäftsordnung geregelt werden; es genügt insofern ein Mehrheitsbeschluss, der aber einer gerichtlichen Treuepflichtkontrolle unterliegt.

5. **Skusa:** Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften auf Leasing- und Mietkaufverträge (NJW 2011, 2993)

Der neu gefasste § 506 BGB hat zu gravierenden Einschränkungen des Verbraucherschutzes bei Leasing- und Mietkaufverträgen geführt: Es wird ein präziser Rahmen für den sachlichen Anwendungsbereich vorgegeben; eine Anwendung des Verbraucherschutzes wird auf entgeltliche Zahlungsaufschübe, Teilzahlungsgeschäfte und entgeltliche Nutzungsüberlassungen mit Erwerbspflicht, Andienungsrecht oder Restwertgarantie beschränkt; der Begriff des „Finanzierungsleasingvertrags“ findet sich im Gesetzeswortlaut nicht mehr. - Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung und Begründung eng an die Verbraucher-kreditrichtlinie 2008 gehalten, die nicht allein auf eine Vollamortisationszusage abstellt, sondern darüber hinaus den Erwerb der Substanz voraussetzt; insbes. beim Kilometerleasingvertrag führt dies zu einem Ergebnis, das der Intention des Gesetzgebers (Verbesserung des Verbraucherschutzes) scheinbar zuwider läuft.

6. **Hoffmann:** Die Entwicklung des Internetrechts bis Mitte 2011 (NJW 2011, 2623)

II. Strafrecht

1. **Patzak/Volkmer:** „Legal-High“-Produkte – wirklich legal? - Kräutermischungen, Badezusätze und Luffterfrischer aus betäubungs- und arzneimittelrechtlicher Sicht (NStZ 2011, 498)

Problemstellung: In der Drogenszene werden vermehrt synthetische Substanzen als Kräutermischungen, Badesalze oder Luffterfrischer angeboten, die indes nicht zu diesen Zwecken verwendet, sondern als Rauschmittel missbraucht werden sollen; die Verkäufer preisen diese Substanzen als legale Produkte an und erwecken dadurch den Eindruck einer gesundheitlichen Ungefährlichkeit, die nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Tatsächlich enthalten die Produkte synthetische Zusätze, die beim Konsum psychoaktive Wirkungen haben, i. d. R. aber nicht den betäubungsmittelrechtlichen Bestimmungen unterliegen. - Da die Hersteller von „Legal Highs“ systematisch versuchen, das BtMG zu unterlaufen, indem sie ihren Produkten nicht dem BtMG unterliegende synthetische Substanzen zusetzen, erweist sich das Betäubungsmittelstrafrecht als nicht hinreichend wirksames Mittel gegen den Handel mit einschlägigen Erzeugnissen; trotz Bezeichnung der Produkte als „Legal High“ ist der Umgang mit ihnen keinesfalls straflos, denn sie sind vielmehr regelmäßig als **bedenkliche Arzneimittel i.S.d. § 5 II AMG** einzustufen; ihr **Inverkehrbringen ist daher nach § 95 I Nr. 1 AMG strafrechtlich relevant**; im Einzelfall sind **straf- oder bußgeldbewehrte Verstöße gegen die Apotheken- und die Verschreibungspflicht** zu prüfen (§§ 95 I Nr. 4, 97 II Nr. 10 AMG); die ohne eine Erlaubnis vorgenommene **Einfuhr** der genannten Produkte ist **nach § 96 Nr. 4 AMG strafbar, wenn der Import gewerbsmäßig oder berufsmäßig aus Ländern erfolgt, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder andere Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind**; das Verbringen in den Geltungsbereich des AMG ist nach § 97 II Nr. 8 AMG ordnungswidrig.

2. **Spoenle:** Hooligan-Trendsport „Mannschaftskickboxen“ – bloß bizarr oder doch strafbar? (NStZ 2011, 552)

Bei Drittortauseinandersetzungen, auch als Drittortschlägereien oder – von den Teilnehmern – als „Matches“ bezeichnet, handelt es sich um im Vorfeld abgesprochene Kämpfe zwischen gleich großen Gruppen von zumeist jüngeren Männern, die sich in aller Regel der Hooligan-Kultur zugehörig fühlen und als Gruppierung mit Namen und einheitlicher Kleidung auftreten; die Kämpfe bzw. Schlägereien finden dabei gerade nicht im unmittelbaren Umfeld von Stadien, aber durchaus auch anlässlich von Fußballbegegnungen auf abgelegenen Feldern, Wiesen oder Waldwegen statt; Drittortauseinandersetzungen fungieren auf Grund der zunehmenden Sensibilisierung von Politik und Gesellschaft für die Hooligan-Szene und der damit einhergehenden Polizeipräsenz rund um Sportveranstaltungen bereits seit einiger Zeit als Ersatz für die nur noch selten zu beobachtende Auseinandersetzung im Stadion; Motivation der Teilnehmer ist i. d. R. die Freude an körperlicher Gewalt. - Die **Teilnahme an Drittortauseinandersetzungen ist kein Landfriedensbruch gem. § 125 I Nr. 1 StGB**; bei Einhaltung von Regeln, die

schwere Verletzungsfolgen ausschließen, Chancengleichheit wahren und von Schiedsrichtern auch durchgesetzt werden können, **scheidet auch eine Strafbarkeit der Beteiligten gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4 StGB aus, da die vorliegenden Einwilligungen der anderen Beteiligten gem. § 228 StGB die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlungen beseitigen**; bei abweichender Beurteilung liegt auf subjektiver Ebene die Frage eines Irrtums zumindest nahe. - In jedem Fall einschlägig ist hingegen § 231 I StGB, sofern die dort genannten Folgen eintreten.

3. **Müller/Schmidt**: Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2010 (NSTz 2011, 503)
4. **Grau/Blechschildt**: Ersatzansprüche für Schäden durch strafprozessuale Maßnahmen – insbes. Durchsuchungsaktionen und Beschlagnahmen (BB 2011, 2378)

III. öffentliches Recht

1. **Schenke**: Rechtsschutz gegen doppel funktionale Maßnahmen der Polizei (NJW 2011, 2838)

Bei **polizeilichem Handeln zur Gefahrenabwehr** handelt es sich um eine **andere Maßnahme als bei polizeilichem Handeln zur Strafverfolgung**; daher muss der Betroffene, wenn die Polizei ihr Handeln sowohl auf die StPO wie auch auf Polizeirecht stützt, konsequenterweise einen **doppelten Rechtsweg** beschreiten. - Die von Verwaltungsgerichte haben nur zu überprüfen, ob das polizeiliche Handeln eine Rechtsgrundlage im Polizei- und Ordnungsrecht findet, die ordentlichen Gerichte, ob es auf die StPO gestützt werden kann; findet das polizeiliche Handeln in den Polizei- und Ordnungsgesetzen keine Rechtsgrundlage, so ist ein polizeilicher Verwaltungsakt vom Verwaltungsgericht aufzuheben bzw. – bei einem Realakt – der Polizeiträger zu verpflichten, die sich daraus ergebenden fortdauernden Beeinträchtigungen zu beseitigen; der Fortbestand der Maßnahme, die der Strafverfolgung dient, wird durch die verwaltungsgerichtliche Aufhebung der Gefahrenabwehrmaßnahme nicht angetastet. - Bedeutsam ist dies auch für das Bestehen von **Folgenbeseitigungsansprüchen**; diese scheiden tatbestandlich aus, wenn die fortbestehende Beeinträchtigung z. B. aus einer rechtswidrigen, durch die Verwaltungsgerichte aufgehobenen Beschlagnahme zusätzlich auch aus einer noch wirksamen strafprozessualen Beschlagnahme resultiert; in diesem Fall hat das Verwaltungsgericht bei Geltendmachung eines auf die Rückgabe des beschlagnahmten Gegenstands gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs inzidenter zu überprüfen, ob die strafprozessuale Beschlagnahme dem Folgenbeseitigungsanspruch entgegensteht; ist die strafprozessuale Beschlagnahme – obschon rechtswidrig – noch rechtswirksam, ist das Verwaltungsgericht durch die insoweit bestehende Tatbestandswirkung (vom seltenen Sonderfall der Nichtigkeit der Beschlagnahme abgesehen) gebunden und an der (sofortigen) Zuerkennung eines Folgenbeseitigungsanspruchs gehindert. - Entsprechendes gilt für die **Überprüfung der Strafverfolgungsmaßnahme durch die ordentlichen Gerichte**: Auch hier **beeinflusst der Erfolg eines Rechtsschutzverfahrens vor den ordentlichen Gerichten den Bestand der der Gefahrenabwehr dienenden polizeilichen Maßnahme nicht**; selbst wenn die Polizei mit ihrem Handeln zunächst eine doppelte Zielsetzung verfolgte, bleibt es ihr i. Ü. unbenommen, später auf eine dieser Zielsetzungen zu verzichten; darin liegt der Sache nach eine partielle Rücknahme ihres Handelns, dass sich damit erledigt hat; dann kommt diesbzgl. nur noch – bei Bestehen eines berechtigten Interesses – eine **Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses Handelns analog § 28 I 4 EGGVG bzw. § 113 I 4 VwGO oder bei Realakten gem. § 43 VwGO** in Betracht; der in einem anderen Rechtsweg gestellte Antrag auf Aufhebung bzw. Beseitigung der mit einer divergierenden Zielsetzung vorgenommenen Handlung wird hierdurch jedoch nicht berührt.

2. **Herrmann/Soiné**: Durchsuchung persönlicher Datenspeicher und Grundrechtsschutz (NJW 2011, 2922)

Problemstellung: Durchsuchung ist die planmäßige Suche nach verborgenen Personen oder Sachen, deren genaue räumliche Lage den Durchsuchungsorganen nicht bekannt ist; zu den Durchsuchungsobjekten zählen auch persönliche Datenspeicher wie PC, lokale Datenspeicher auf nicht vernetzten DV-Geräten, mobile Speichermedien und Speicherlaufwerke in Netzwerken; im Unterschied dazu dienen allgemeine und ungezielte Kontrollen von Speichermedien durch Behörden und Unternehmen ausschließlich dem Schutz der eigenen IT-Infrastruktur; sie betreffen die bestimmungsgemäße Behandlung von Daten sowie die Ausübung von Befugnissen durch die Nutzer (IT-Aufsicht); bereits diese systembezogenen Beschränkungen und Schutzmaßnahmen werfen grundrechtliche und datenschutzrechtliche Fragen auf, da die Nutzer dieser IT-Systeme in der Praxis z. B. über Umfang und Dauer der Speicherung täglicher Sicherheitskopien nicht unterrichtet werden. - Das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** und das **Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme** setzen der Durchsuchung persönlicher Datenspeicher verfassungsrechtliche Grenzen: Einfachgesetzlich schränken der Vorbehalt richterlicher Anordnungen, ausgewählte Vollzugskompetenzen und die Pflicht zur Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit den erlaubten Zugriff von Strafverfolgungsbehörden, Disziplinarvorgesetzten und Arbeitgebern drastisch ein; willigt der Betroffene zuvor in die Einsichtnahme der Speichermedien ein, bedürfen Durchsuchungen keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, denn in diesen Fällen scheidet ein Grundrechtseingriff aus; zu berücksichtigen ist jedoch, dass eine frei von Zwang zu Stande gekommene und ausdrücklich erteilte Einwilligung sich nur auf den Einzelfall bezieht und die eindeutige Kenntnis der Verweigerungsmöglichkeit voraussetzt. Auch kann eine Einwilligung jederzeit vom Betroffenen widerrufen werden.

3. **Lenze:** Sind die neuen Hartz-IV-Sätze verfassungskonform? (NVwZ 2011, 1104)

Bespr. der Entsch. **BVerfGE 125, 175 = NJW 2010, 505 = NVwZ 2010, 580 = NZS 2010, 270**, in der dem Gesetzgeber dezidierte Vorgaben für das Verfahren zur Ermittlung des menschenwürdigen Existenzminimums gemacht wurden; das BVerfG hat festgestellt, dass der gesetzliche Leistungsanspruch ab dem 01.01.2011 so ausgestaltet sein muss, dass er „stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt“. - Für das im Steuerrecht freizustellende Existenzminimum hatte das BVerfG sich bereits früher außerdem gegen die gesetzgeberische Strategie gewandt, die zu Grunde zu legenden Beträge zu sehr „auf Kante zu nähern“, denn der **existenznotwendige Bedarf** sei in der **Bundesrepublik in den vergangenen 50 Jahren regelmäßig gestiegen**, nicht gesunken, weshalb allenfalls ein – vorsorgliches oder kompensierendes – Überschreiten der Mindestwerte geboten wäre; dies muss aber erst recht im Grundsicherungsrecht gelten, denn die Leistungsbezieher müssen mit den Minimalbeträgen leben, während im Steuerrecht Steuerpflichtigen regelmäßig ein höherer Betrag zum Leben verbleibt.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Wessels:** Die anwaltliche Datenverarbeitung im Spannungsfeld von anwaltlicher Verschwiegenheit und Datenschutz (Kammer Report Hamm 2011, 4)
2. **Sterzinger:** Steuerliche Folgen der Auseinandersetzung freiberuflich tätiger Personengesellschaften (NJW 2011, 3057)

Die **Auseinandersetzung einer freiberuflichen Sozietät** hat sowohl für den ausscheidenden als auch für die verbleibenden Gesellschafter ganz **erhebliche steuerliche Konsequenzen**, die im Vorfeld der Auseinandersetzung zu beachten sind. - Erfolgt die Auseinandersetzung unter Übernahme zu Sachwerten in eine neue Gesamthand, führt dies steuerlich selbst dann zu einer **Realisierung der stillen Reserven im übernommenen Mandantenstamm**, wenn die Beteiligten diese Form deswegen gewählt haben, um etwaige Geldzahlungen und daraus resultierende Liquiditätsprobleme zu vermeiden. - Der ausscheidende Gesellschafter, aber auch die verbleibenden Gesellschafter erzielen im Jahr seines Ausscheidens den laufenden **Gewinnanteil aus der Einnahme-Überschuss-Rechnung** der Sozietät, den anteiligen Übergangsgewinn durch den Wechsel der Gewinnermittlungsart und einen (nur für den ausscheidenden Gesellschafter tarifbegünstigten) Veräußerungsgewinn. - Auch wenn diese steuerlichen Konsequenzen in den Folgejahren durch erhöhte Abschreibungsbeträge oder Übergangsverluste durch den Rückwechsel zur Gewinnermittlung durch Einnahme-Überschuss-Rechnung kompensiert werden, ist die **Steuerbelastung zumindest im Jahr des Ausscheidens erheblich**. - Hinzu kommt ein erheblicher Aufwand wegen des notwendigen **Wechsels der Gewinnermittlungsart**, wenn – wie im Regelfall – der Gewinn im Vorfeld der Auseinandersetzung im Rahmen einer Einnahme-Überschuss-Rechnung ermittelt worden ist. - Dies kann vermieden werden, wenn die als Sachwertabfindung erhaltenen Wirtschaftsgüter, also der entnommene Mandantenstammanteil, nicht in die Nachfolgesozietät eingebracht, sondern in ein **Sonderbetriebsvermögen** überführt werden und im Anschluss der am Markt auftretenden Personengesellschaft im Rahmen eines Pachtvertrags zur Nutzung überlassen werden; Besonderheiten bestehen, wenn eine zweigliedrige Sozietät im Rahmen der Auseinandersetzung mit oder ohne Spitzenausgleich real geteilt wird.

Überblick über das Pflichtteilsrecht

I. Anspruchsberechtigte § 2303 BGB

Abkömmlinge § 2303 I BGB; Eltern § 2303 II BGB; Ehegatte § 2303 II BGB; Lebenspartner, § 10 VI LPartG

Beachte: § 2309 BGB; ggf. Ausschluss nach § 2333

II. Anspruchsvoraussetzungen

1. Grundsatz

Berechtigter wäre bei gesetzlicher Erbfolge Erbe, ist aber durch **Verfügung von Todes wegen** von der Erbfolge (bzw. vom Erbersatzanspruch) ausgeschlossen. Bei Einsetzung auf den Pflichtteil ist im Zweifel davon auszugehen, dass keine Erbeinsetzung erfolgt ist, § 2304 BGB.

2. Ausnahmen

In folgenden Fällen besteht ein Pflichtteilsanspruch, obwohl eine Erbeinsetzung erfolgt ist:

- a) **Ausschlagung durch Ehegatten**, § 1371 III BGB
- b) **Erteilsergänzungsanspruch**, wenn die Zuwendung im Wert hinter dem Pflichtteil zurückbleibt, § 2305 BGB
- c) **Ausschlagung bei beschränkter oder beschwerter Erbschaft**, § 2306 BGB
- d) **bei Vermächtniseinsetzung**, wenn
 - aa) Wert hinter Pflichtteilsanspruch zurückbleibt oder
 - bb) Ausschlagung erfolgt, § 2307 BGB

3. Ausschluss des Pflichtteilsanspruchs

- a) für Ehegatten bei anhängigem Scheidungsverfahren, § 1933 BGB
- b) bei Entziehung, §§ 2333 ff BGB
- c) bei Unwürdigkeit, § 2345 II BGB
- d) bei Verzicht, § 2346 BGB

III. Anspruchsinhalt

1. (schuldrechtlicher) **Geldanspruch** auf $\frac{1}{2}$ des gesetzlichen Erbteils § 2303 I BGB:
 - a) Feststellung des (gesetzlichen) Erbteils, § 2310 BGB.
 - b) Berechnung des Nachlasswertes, §§ 2311 ff BGB.
 - c) **Geringerer Pflichtteil** bei
 - aa) Anrechnungspflicht bei Zuwendungen, § 2315 oder
 - bb) Ausgleichungspflicht, § 2316.
 - d) **Höherer Pflichtteil** bei Ergänzungsanspruch wegen Schenkungen, § 2325 BGB.

2. **Auskunftsanspruch** § 2314 BGB

IV. Anspruchsverpflichtete

1. Der oder die Erben, § 2303 I BGB. Mehrere Erben haften als Gesamtschuldner.
2. bei § 2329 BGB subsidiär der Beschenkte

V. Keine Einwendungen/ Einreden

1. Stundung, § 2331a BGB
2. Verjährung

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Strafrecht

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

Land: Bayern	Prüfer (mit Titel usw.) OStA S	Tag d. mündl. Prüfung 12.07.2011
-------------------------------	---	---

Zur Person:

S ist ein Prüfer, vor dem man keine Angst haben muss, selbst wenn man im Strafrecht im schriftlichen Teil nicht gegläntzt hat. Er orientiert sich nicht an der Vornote, was aber auch gut sein kann, denn so hat man die Möglichkeit, eine Antwort zu entwickeln. Es war weniger Detailwissen gefragt, als vielmehr die Fähigkeit, zu der vorgegebenen Problematik argumentativ Stellung zu nehmen. Er war teilweise protokollfest.

Zur Prüfung:

S gab folgenden Fall vor:

Die Schwestern A und B wollen einen Ausländer „abzocken“. In einer Kneipe versprechen sie ihm Geschlechtsverkehr gegen sofortige Zahlung von 300,00 €, die das Opfer ihnen übergibt. In der Wohnung des Opfers O mischen die Schwestern diesem 40 KO-Tropfen in seinen Drink, so dass O bewusstlos wird. Die Schwestern entwenden Bargeld i. H. von 4.000,00 € und den Schmuck im Wert von 10.000,00 €. O erleidet keine körperlichen Beeinträchtigungen.

A und B werden festgenommen. In der Vernehmung räumt eine der Schwestern ein, dass dies bereits der 10. Fall war, in dem sie so vorgegangen sind. Das sei mit ihrer Familie in Russland entsprechend abgesprochen gewesen. Geld und Schmuck sind nach Russland geschickt worden, wo der Vater sich um die Verwertung kümmerte.

1. § 263 StGB (Eingehungsbetrug), da Schwestern nie vorhatten, den Geschlechtsverkehr als Gegenleistung für das Geld zu vollziehen.

Besonders schwerer Fall, § 263 III StGB: Definition der Begriffe gewerbsmäßig und Bande. Es wurde nach Argumenten für die Rspr. des BGH zum Bandenbegriff gefragt.

2. Dann waren die §§ 242, 243 StGB zu prüfen.

Im Grunde genommen war hierbei nur mit dem Gesetz zu arbeiten. Wichtig war S, dass man nichts übersah. Bei der Prüfung des § 242 StGB selbst gab es keine Probleme. Kurz wurde angesprochen, dass der Gewahrsam an einer Sache nicht durch die Bewusstlosigkeit des Besitzers verloren geht. Im Rahmen der Prüfung des § 243 StGB wurde Nr. 1 angesprochen und abgelehnt, Nr. 3 und Nr. 6 (Hilflosigkeit) hingegen bejaht.

3. Im Anschluss daran wurde § 244 I Nr. 1a 2. Alt. StGB angesprochen und mit Hilfe von S abgelehnt, weil KO-Tropfen nicht konkret gefährlich sind. § 244 I Nr. 1b StGB wurde ebenso bejaht wie § 244 I Nr. 2 StGB (hierbei konnte man sich auf die Ausführung zur Bande im Rahmen des Betrugs beziehen), § 244 I Nr. 3 StGB wurde angesprochen, i. E. aber verneint. § 244a StGB wurde vom Prüfling übersehen.

4. Gefragt wurde dann nach weiteren in Betracht kommenden Tatbeständen gefragt? Genannt wurde § 240 StGB, der aber subsidiär ist. Geprüft wurde noch ganz klassisch der Raub unter Darstellung der Ansicht der Rspr.

Dann war die Prüfung vorbei.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung öffentl. Recht

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

Land: Ba-Wü	Prüfer (mit Titel usw.) Dr. M	Tag d. mündl. Prüfung 08.07.2011
------------------------------	--	---

Zur Person:

Aufgrund der Vorprotokolle hatte ich die schlimmsten Befürchtungen und ehrlich gesagt ziemlich Angst vor Herrn Dr. M. So schlimm war es dann aber auch wieder nicht. Zwar wirkte er während der anderen Prüfungsabschnitte tatsächlich bestenfalls gelangweilt und brabbelte im Zivilrecht die Antwort einer Frage, die wir nicht geben konnten, sichtlich genervt vor sich hin. Während seiner eigenen Prüfung war er dann Gott sei Dank nicht so entsetzlich destruktiv.

Zur Prüfung:

Wir mussten folgenden Fall lösen:

Der Discounter Aldi hat eine 1500 qm große Niederlassung im Gewerbegebiet der Gemeinde G gebaut. Es existiert ein qualifizierter Bebauungsplan. Aldi möchte das Gebäude nun erweitern und beantragt hierfür eine Baugenehmigung, die jedoch abgelehnt wird.

Zunächst musste MK 1 ausführen, welche Rechtsnatur ein Bebauungsplan hat (Satzung, § 10 I BauGB).

Dann wurde gefragt, wo die Schaltstelle zwischen BauBG und BauNVO ist und welche Norm als Ermächtigungsgrundlage für die Versagung der Baugenehmigung seitens der Gemeinde in Betracht kommt.

Ich sollte darstellen, wie ein Bebauungsplan zustande kommt und wo das Gewerbegebiet charakterisiert ist. Was muss abgewägt werden und was setzt ein Bebauungsplan nach der Planung voraus? Ich redete und redete und hörte nur „das ist richtig, aber das meine ich nicht.“ Als ich dann irgendwann resignierte und sagte, dass es mir leid tue, ich aber nicht wüsste, was er meine oder worauf er hinauswolle, sagte er nur: „Gut dann lassen wir es.“

Darauf wurde MK 2 gefragt, ob er die Sicherungsmittel nennen könne (§§ 14, 15 BauGB).

Es wurde dann nach der Veränderungssperre gefragt (§ 16 BauGB, Satzung) und wie diese erlassen wird.

Es wurde dann weiter danach gefragt, was Aldi gegen die Zurückstellung unternehmen könne. MK 2 schlug vor, Widerspruch zu erheben. Darauf sagte Dr. M, man solle annehmen, es sei die sofortige Vollziehbarkeit angeordnet worden. MK 2 schlug dann vor, eine Anfechtungsklage gegen die Zurückstellung bzw. gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit (§ 123 VwGO) sowie eine Verpflichtungsklage auf Erteilung der beantragten Baugenehmigung zu erheben. Diese Aussage wurde noch kurz diskutiert, dann war die Prüfung zum Glück vorbei.

Fazit: Alles ist mach- und lösbar, wenn man die Ruhe behält!

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 Mitsstreiter einen entscheidenden Vorteil hatten, weil Sie den Protokollen Informationen zur Vorbereitung entnehmen konnten, die Sie nicht hatten.

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das?

- **Selbstabholer: 79,00 € (09:00 – 16:00 Uhr)**
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung: 84,00 € (inkl. Porto und Verpackungskosten)**
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung als pdf-Dateien per E-Mail: 85,00 €** (Rücksendung der Protokolle entfällt; 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
(Preise auch bzgl. Eilversand vgl. www.juridicus.de)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

