



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

40. Jahrg.

Oktober 2015

Heft 10

---

## Aus dem Inhalt

- EuGH:** Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf
- BGH:** Abspielen nationalsozialistischer Lieder als Propaganda
- BGH:** Haftung für legislatives Unrecht
- BGH:** Anforderungen an „Demnächst-Zustellung“
- BGH:** Beschwerdeschrift als PDF-Datei
- OLG Köln:** Rechtliches Gehör im Strafprozess
- VGH Kassel:** Auslegung einer öffentlich-rechtlicher Willenserklärung



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

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

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

#### **Verantwortliche Redakteurin:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

#### **Urheber und Verlagsrechte:**

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

## Inhalt

### Brandaktuell

BVerfG:	Identitätsfeststellung im Rahmen einer Versammlung (Konkrete Gefahr für ein polizeiliches Schutzgut).....	1
---------	--	---

### Zivilrecht

EuGH:	Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf (Anforderungen an Darlegungen des Verbrauchers).....	2
BGH:	Schriftform des Mietvertrags („Hin und Her“ über Vertragsentwurf).....	6

### Strafrecht

BGH:	Verbreiten von Propagandamitteln (Abspielen nationalsozialistischer Lieder).....	9
BGH:	Untreuehandlungen eines Rechtsanwalts (Behandlung von Fremdgeldern).....	12

### Öffentliches Recht

BGH:	Haftung für legislatives Unrecht (Haftungsverlagernde Weisung).....	14
BVerwG:	Verfassungsunmittelbarer Presseauskunftsanspruch (Private Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse).....	17

### Kurzauslese I

BGH:	Guter Glaube des Erbscheins (Umfang des Gutglaubensschutzes).....	20
OLG Karlsruhe:	Schreckreaktion im Straßenverkehr (Mitverschulden).....	20
LG Berlin:	Mietverzug (Ausbleiben von Mietzahlungen aufgrund eines Versehens des Jobcenters).....	21
LG Berlin:	Eigenbedarfskündigung (Freistehende Alternativwohnung).....	21
OLG Hamm:	Notwehr (Irrtum über Festnahmerecht).....	22
BGH:	Heimtückemord (Ausnutzungsbewusstsein).....	23
OLG Hamm:	Vermögensbetreuungspflicht (Nutzung einer „geschenkten“ Kreditkarte nach Tod des Zuwenders).....	24
BVerfG:	Aufhebung eines Hausverbots (Für Dauer einer Versammlung).....	24
OVG Greifswald:	Tragung von Abschleppkosten (Relevanz einer konkreten Behinderung).....	26
VGH München:	Widerruf der Waffenbesitzkarte (Waffenrechtliche Zuverlässigkeit).....	27

**Zivilrecht**

BGH:	Anforderungen an „Demnächst-Zustellung“ (Rechtsprechungsänderung).....	28
BGH:	Beschwerdeschrift (Einreichung einer PDF-Datei).....	30

**Strafrecht**

OLG Hamburg:	Dauer der Verteidigerbestellung (Untersuchungshaft).....	33
OLG Köln:	Rechtliches Gehör im Strafprozess (Verwertung nicht eingeführter Unterlagen).....	36

**Öffentliches Recht**

VGH Kassel:	Öffentlich-rechtliche Willenserklärung (Anforderungen an Auslegung).....	39
BVerwG:	Absehen von mündlicher Verhandlung (Erstinstanzliche mündliche Verhandlung vor befangenem Richter).....	43

**Kurzauslese II**

OLG Karlsruhe:	Vollstreckungstitel (Vergleich in Gewaltschutzsache).....	45
BGH:	Ausscheiden eines beteiligten Richters (Einräumung einer Schriftsatzfrist).....	46
BGH:	Pfändungsschutz (Untervermietung).....	47
BGH:	Kündigungsschutzklage (Rechtskraftwirkung eines Auflösungsurteils).....	47
BGH:	Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung ärztlicher Bescheinigungen).....	48
LG Berlin:	Verlesung polizeilicher Observationsberichte (Vernehmung des Ermittlungsbeamten).....	48
OLG Stuttgart:	Elektrische Zigarette (Keine Zulassung im Haftraum).....	49
OLG Dresden:	Notwendige Verteidigung (Berufung der Staatsanwaltschaft).....	49
KG:	Öffentlich-Rechtliche Verwahrung (Rechtsweg und Verweisung innerhalb des Rechtswegs).....	49
VG Cottbus:	Mahnung des Abgabenschuldners (Keine Vollstreckungsvorbereitungshandlung).....	50

<b>Weitere Schrifttumsnachweise:</b> .....	52
--	----

<b>Übersicht:</b> Eigentumserwerb von Nichtberechtigten.....	56
--	----

**Aus der mündlichen Prüfung**

Referendarprüfung:	Öffentliches Recht.....	57
Assessorprüfung:	Strafrecht.....	58



## Entscheidungen materielles Recht

RL 1999/44/EG  
Art. 5

**Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf**  
**Anforderungen an Darlegungen des Verbrauchers**  
(EuGH in NJW 2015, 2237; Urteil vom 04.06.2015 – C-497/13)

SR BT

1. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG ist dahin auszulegen, dass in einem Rechtsstreit über einen Vertrag, der möglicherweise in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fällt, das mit dem Rechtsstreit befasste **nationale Gericht**, sofern es über die dafür nötigen **rechtlichen und tatsächlichen Anhaltspunkte** verfügt oder darüber auf ein einfaches Auskunftsersuchen hin verfügen kann, die **Frage zu prüfen hat**, ob der **Käufer als Verbraucher eingestuft werden** kann, selbst wenn er sich nicht ausdrücklich auf diese Eigenschaft berufen hat.
2. Art. 5 III der Richtlinie 1999/44/EG ist dahin auszulegen, dass er als eine Norm anzusehen ist, die einer **nationalen Bestimmung**, die im innerstaatlichen Recht zwingend ist, **gleichwertig** ist, und dass das nationale Gericht **von Amts wegen** jede Bestimmung seines innerstaatlichen Rechts **anwenden** muss, die seine Umsetzung in innerstaatliches Recht sicherstellt.
3. Art. 5 II der Richtlinie 1999/44/EG ist dahin auszulegen, dass er nicht einer nationalen Bestimmung entgegensteht, nach der der **Verbraucher** für die Inanspruchnahme seiner Rechte aus dieser Richtlinie den **Verkäufer rechtzeitig über die Vertragswidrigkeit unterrichten** muss, vorausgesetzt, dass der Verbraucher für diese Unterrichtung über eine **Frist von nicht weniger als zwei Monaten** ab dem Zeitpunkt seiner Feststellung der Vertragswidrigkeit verfügt, dass sich diese **Unterrichtung nur auf das Vorliegen dieser Vertragswidrigkeit** erstrecken muss und dass sie nicht Beweisregeln unterliegt, die dem Verbraucher die Ausübung seiner Rechte unmöglich machen oder diese übermäßig erschweren.
4. Art. 5 III der Richtlinie 1999/44/EG ist dahin auszulegen, dass die Regel, wonach **vermutet** wird, dass die **Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung des Guts** bestand,
  - zur Anwendung gelangt, wenn der Verbraucher den Beweis erbringt, dass das **verkaufte Gut nicht vertragsgemäß** ist und dass die fragliche **Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten** nach der Lieferung des Guts offenbar geworden ist, das heißt, sich ihr Vorliegen tatsächlich herausgestellt hat. Der Verbraucher muss **weder** den **Grund** der Vertragswidrigkeit **noch** den **Umsand beweisen**, dass deren Ursprung dem Verkäufer zuzurechnen ist;
  - von der Anwendung nur dadurch ausgeschlossen werden kann, dass der **Verkäufer** rechtlich hinreichend **nachweist**, dass der **Grund oder Ursprung** der Vertragswidrigkeit in einem Umstand liegt, der **nach der Lieferung des Guts** eingetreten ist.

**Fall:** Am 27.05.2008 erwarb Frau Faber beim Autohaus Hazet einen Gebrauchtwagen. Für den zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag wurde ein vorgedrucktes Formular mit dem Briefkopf des Autohauses und der Überschrift „Kaufvertrag Privatpersonen“ verwendet. Am 26.09.2008 fing das Fahrzeug während einer Fahrt Feuer und brannte vollständig aus. Frau Faber, die das Fahrzeug führte, war auf dem Weg zu einem geschäftlichen Termin in Begleitung ihrer Tochter. Das Fahrzeug wurde von einem Abschleppwagen zum Autohaus Hazet und dann auf dessen Bitte zu einem Verschrottungsunternehmen gebracht, um dort gemäß den geltenden umweltrechtlichen Vorschriften gelagert zu werden. Frau Faber behauptet, aber das Autohaus Hazet bestreitet, dass sich die Parteien bei dieser Gelegenheit über den Brand und die etwaige Haftung des Autohauses unterhalten hätten. Anfang 2009 meldete sich das Autohaus Hazet telefonisch bei Frau Faber, die ihm erklärte, dass sie auf den Bericht der Polizei über den Brand warte. Auf Anfrage von Frau Faber teilte ihr die Polizei jedoch mit, dass kein technischer Bericht erstellt worden sei. Am 08.05.2009 wurde das betreffende Fahrzeug verschrottet, nachdem das Autohaus Hazet zuvor darüber informiert worden war. Mit Schreiben vom 11.05.2009 teilte Frau Faber dem Autohaus Hazet mit, dass sie es für den Schaden haftbar mache, der ihr aus der Zerstörung ihres Fahrzeugs durch den Brand entstanden sei. Diesen Schaden in Höhe des Kaufpreises des Fahrzeugs und des Wertes verschiedener darin befindlicher Gegenstände bezifferte Frau Faber auf 10.828,55 €. Anfang Juli 2009

beauftragte Frau Faber einen Gutachter mit einer technischen Untersuchung zur Ermittlung der Ursache des Fahrzeugbrands. Da das Fahrzeug inzwischen zerstört worden war, konnte das Gutachten nicht erstellt werden.

Am 26.10.2010 verklagte Frau Faber das Autohaus Hazet bei der Rechtbank Arnhem (Niederlande). Zur Begründung ihrer Klage machte Frau Faber geltend, dass das Fahrzeug nicht dem Vereinbarten entsprochen habe und daher nicht vertragsgemäß i.S.v. Art. 7:17 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs; im Folgenden: BW) gewesen sei. Allerdings trug sie nicht vor, dass sie ihren Kauf als Verbraucherin getätigt habe. Das Autohaus Hazet hielt dem entgegen, es liege kein Fall von Vertragswidrigkeit vor und zudem habe Frau Faber ihre Beanstandung verspätet vorgebracht, so dass sie nach Art. 7:23 I BW alle ihre Ansprüche verloren habe. Mit Urteil vom 27.04.2011 wies die Rechtbank Arnhem die Anträge von Frau Faber zurück. Dieses Gericht war der Auffassung, dass sich das Autohaus Hazet zu Recht auf Art. 7:23 I BW berufen habe, da die erste Kontaktaufnahme zwischen den Parteien erst Anfang 2009 per Telefon stattgefunden habe, also mehr als drei Monate nach dem Fahrzeugbrand. Ob Frau Faber als Verbraucherin gehandelt habe, brauche nicht geprüft zu werden.

Am 26.07.2011 legte Frau Faber gegen das Urteil der Rechtbank Arnhem Rechtsmittel zum Gerichtshof Arnhem-Leeuwarden ein. Im Rahmen ihres Rechtsmittels machte Frau Faber zwei Rügen geltend. Mit der ersten wendete sie sich gegen die Beurteilung des erstinstanzlichen Gerichts, wonach sie nicht innerhalb der gesetzlichen Fristen gehandelt habe. Mit der zweiten machte sie geltend, die am Unfallort eingesetzten Feuerwehr- und Polizeikräfte hätten von einem technischen Mangel des Fahrzeugs gesprochen. Hingegen erhob Frau Faber keine Rüge gegen die Feststellung der Rechtbank Arnhem, es sei nicht zu ermitteln, ob der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag ein Verbrauchsgut betroffen habe. Sie äußerte sich auch nicht dazu, ob sie das Fahrzeug als Verbraucherin erworben habe. Unter diesen Umständen hat der Gerichtshof Arnhem-Leeuwarden das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH seine Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

## I. Pflicht des nationalen Gerichts zur Prüfung der Verbrauchereigenschaft von Amts wegen

Eine Vorlagefrage zielt darauf, ob ein nationales Gericht, welches mit dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrechtsstreit befasst ist, von Amts wegen zu prüfen hat, ob der Käufer als Verbraucher i.S.d. RL 1999/44 anzusehen ist, obwohl sich diese Partei nicht auf diese Eigenschaft berufen hat. Zwar wurde im Rechtsstreit ein „Kaufvertrag Privatpersonen“ vorgelegt, ausdrücklich hat sich Frau Faber aber nicht auf ihre Verbrauchereigenschaft berufen. Sie könnte das Fahrzeug auch im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit erworben haben.

*„Hinsichtlich der Frage, ob das nationale Gericht in einem solchen Zusammenhang von Amts wegen prüfen muss, ob der Käufer als Verbraucher anzusehen ist, ist hervorzuheben, dass bei einer fehlenden Harmonisierung des Verfahrensrechts die Verfahrensmodalitäten für Klagen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nicht weniger günstig als die für entsprechende innerstaatliche Klagen ausgestaltet sein dürfen (**Grundsatz der Äquivalenz**) und sie die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (**Grundsatz der Effektivität**).*

*Der Grundsatz der Effektivität verlangt vielmehr, dass in einem Rechtsstreit über einen Vertrag, der möglicherweise in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fällt, das mit dem Rechtsstreit befasste nationale Gericht, sofern es über die dafür nötigen **rechtlichen und tatsächlichen Anhaltspunkte** verfügt oder darüber auf ein einfaches Auskunftersuchen hin verfügen kann, die **Frage prüft**, ob der Käufer als **Verbraucher eingestuft** werden kann, selbst wenn er sich nicht ausdrücklich auf diese Eigenschaft berufen hat.*

*Es ist hinzuzufügen, dass die Frage, ob der Verbraucher anwaltlich **vertreten wird oder nicht**, an dieser Schlussfolgerung **nichts zu ändern vermag**, da die Auslegung des Unionsrechts sowie die Tragweite der Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz **von den konkreten Umständen jedes Einzelfalls unabhängig** sind (vgl. i. d. S. EuGH, ECLI:EU:C:2007:575 = EuZW 2008, 19 Rn. 65 – Rampion und Godard).“ (EuGH aaO.)*

Verfahrensmodalitäten, die geeignet wären, für auf Vertragswidrigkeiten gestützte Gewährleistungsklagen, an denen Verbraucher beteiligt sind, die Anwendung des Schutzes, den die RL 1999/44 diesen einräumen soll, übermäßig zu erschweren, sind daher nicht mit der Richtlinie zu vereinbaren

## II. Zwingende Anwendung von Art. 5 der RL 1999/44 durch nationales Gericht

Aus der Vorlageentscheidung geht hervor, dass diese Frage konkret auf Art. 5 III dieser Richtlinie abzielt, wonach bis **zum Beweis des Gegenteils grundsätzlich vermutet** wird, dass Vertragswidrigkeiten, die **binnen sechs Monaten nach der Lieferung** des Guts offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden.

Grundsätzlich **obliegt es dem Verbraucher**, den **Beweis zu erbringen**, dass eine **Vertragswidrigkeit** vorliegt und dass diese bereits zum Zeitpunkt der Lieferung des Guts bestand. Allerdings sieht Art. 5 III der RL 1999/44 eine **Abweichung von diesem Grundsatz** vor für den Fall, dass die Vertragswidrigkeit **binnen sechs Monaten** nach der Lieferung

des Guts offenbar wird. In diesem Fall wird vermutet, dass die Vertragswidrigkeit schon zum Zeitpunkt der Lieferung bestand.

„Diese Beweislastermäßigung zu Gunsten des Verbrauchers beruht auf der Feststellung, dass sich in Fällen, in denen die Vertragswidrigkeit erst nach dem Zeitpunkt der Lieferung des Guts offenbar wird, die Erbringung des Beweises, dass diese Vertragswidrigkeit bereits zu diesem Zeitpunkt bestand, als „eine für den Verbraucher unüberwindbare Schwierigkeit“ erweisen kann, während es in der Regel für den Gewerbetreibenden viel leichter ist, zu beweisen, dass die Vertragswidrigkeit nicht zum Zeitpunkt der Lieferung bestand und dass sie beispielsweise auf unsachgemäßen Gebrauch durch den Verbraucher zurückzuführen ist (vgl. die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien, KOM[95] 520 endg., 14).

Die Verteilung der Beweislast, die Art. 5 III der RL 1999/44 vornimmt, ist gem. Art. 7 dieser Richtlinie sowohl für die Parteien, die davon nicht durch eine Vereinbarung abweichen dürfen, als auch für die Mitgliedstaaten, die auf ihre Einhaltung achten müssen, **unabdingbar**. Daraus ergibt sich, dass diese **Beweislastregel auch dann anzuwenden** ist, wenn sich der Verbraucher, dem sie zugutekommen kann, **nicht ausdrücklich auf sie berufen** hat.

In Anbetracht von Natur und Bedeutung des öffentlichen Interesses, auf dem der Schutz beruht, den Art. 5 III der RL 1999/44 für den Verbraucher sicherstellt, ist diese Bestimmung als eine Norm zu betrachten, **die den nationalen Bestimmungen, die im innerstaatlichen Recht zwingend sind, gleichwertig** ist. Daraus folgt, dass das nationale Gericht, sofern es im Rahmen seines nationalen Rechtspflegesystems über die Möglichkeit verfügt, eine solche **Norm von Amts wegen anzuwenden**, von Amts wegen jede Bestimmung seines innerstaatlichen Rechts anwenden muss, die diesen Art. 5 III umsetzt (vgl. i.d.S. EuGH, ECLI:EU:C:2009:615 = EuZW 2009, 852 Rn. 52–54 m.w.N. = NJW 2010, 47 Ls. – Asturcom Telecomunicaciones).“ (EuGH aaO.)

Art. 5 III der RL 1999/44 ist also dahin auszulegen, dass er als eine Norm anzusehen ist, die einer nationalen Bestimmung, die im innerstaatlichen Recht zwingend ist, gleichwertig ist und dass das nationale Gericht von Amts wegen jede Bestimmung seines innerstaatlichen Rechts anwenden muss, die seine Umsetzung in innerstaatliches Recht sicherstellt.

### III. Anforderungen an Unterrichtungspflicht des Verbrauchers

Mit dieser Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob der **Grundsatz der Effektivität einer nationalen Bestimmung** entgegensteht, nach der der Verbraucher nachzuweisen hat, dass er den Verkäufer rechtzeitig **über die Vertragswidrigkeit unterrichtet** hat.

„Aus der Vorlageentscheidung geht hervor, dass der niederländische Gesetzgeber eine solche Pflicht in Art. 7:23 BW vorsieht und es nach der Rechtsprechung des Hoge Raad dem **Käufer** bei Bestreiten des Verkäufers **obliegt, den Beweis zu erbringen**, dass er diesen **über die Vertragswidrigkeit des gelieferten Guts unterrichtet** hat. Ferner lässt sich den Angaben des vorlegenden Gerichts entnehmen, dass nach der vom niederländischen Gesetzgeber erlassenen Regelung diese Unterrichtung als **rechtzeitig erfolgt** gilt, wenn sie **binnen zwei Monaten** nach der Feststellung der Vertragswidrigkeit erfolgt ist. Außerdem ist nach der Rechtsprechung des Hoge Raad die Beantwortung der Frage, ob eine nach dem Ablauf dieser Frist erfolgte Unterrichtung noch als rechtzeitig angesehen werden kann, von den Umständen jedes Einzelfalls abhängig.

Gemäß Art. 5 II der RL 1999/44 dürfen die Mitgliedstaaten vorsehen, dass der Verbraucher zur Inanspruchnahme seiner Rechte den Verkäufer über die Vertragswidrigkeit binnen zwei Monaten nach dem Zeitpunkt, zu dem er die Vertragswidrigkeit festgestellt hat, unterrichten muss.

Wie sich aus dem Wortlaut von Art. 5 II der RL 1999/44 im Licht des 19. Erwägungsgrunds dieser Richtlinie und aus dem mit dieser Bestimmung verfolgten Zweck ergibt, kann die dem Verbraucher damit auferlegte Pflicht **nicht über die Obliegenheit hinausgehen, den Verkäufer über das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit zu unterrichten**.

Was den Inhalt dieser Mitteilung anbelangt, kann der Verbraucher in diesem Stadium **nicht verpflichtet sein, den Beweis zu erbringen**, dass eine Vertragswidrigkeit das von ihm erworbene Gut tatsächlich beeinträchtigt. Unter Berücksichtigung der Unterlegenheit, in der er sich hinsichtlich des Kenntnisstands über die Eigenschaften dieses Guts und dessen Zustand im Zeitpunkt des Verkaufs gegenüber dem Verkäufer befindet, kann der Verbraucher **auch nicht verpflichtet sein, den genauen Grund für diese Vertragswidrigkeit** anzugeben. Damit die Mitteilung für den Verkäufer von Nutzen sein kann, muss sie hingegen eine Reihe von Angaben enthalten, deren Genauigkeitsgrad zwangsläufig je nach den Umständen des Einzelfalls, die sich auf die Art des fraglichen Guts, den Inhalt des Kaufvertrags und das konkrete Auftreten der behaupteten Vertragswidrigkeit beziehen, unterschiedlich sein wird.

Was den Nachweis angeht, dass die Unterrichtung des Verkäufers tatsächlich erfolgt ist, so unterliegt er grundsätzlich den nationalen Bestimmungen in diesem Bereich, die jedoch den Grundsatz der Effektivität beachten müssen. Daraus folgt, dass ein **Mitgliedstaat keine Anforderungen** vorsehen darf, die **geeignet wären, die Ausübung der Rechte** aus der RL 1999/44 durch den Verbraucher **unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren**.“ (EuGH aaO.)

Art. 5 II der RL 1999/44 steht daher nicht einer nationalen Bestimmung entgegen, nach der der Verbraucher für die Inanspruchnahme seiner Rechte aus dieser Richtlinie den Verkäufer

binnen 2 Monaten über die Vertragswidrigkeit unterrichten muss, sofern sich diese Unterrichtung nur auf das Vorliegen der Vertragswidrigkeit erstrecken muss und dass sie nicht Beweisregeln unterliegt, die dem Verbraucher die Ausübung seiner Rechte unmöglich machen oder diese übermäßig erschweren.

#### IV. Umfang der Beweispflicht des Verbrauchers

Das vorliegende Gericht hat zudem die Frage aufgeworfen, wie die in Art. 5 III der RL 1999/44 vorgenommene Beweislastverteilung funktioniert und insbesondere, welches die Umstände sind, die der Verbraucher beweisen muss.

*„Falls die **Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten** nach der Lieferung des Guts offenbar wird, erleichtert Art. 5 III der RL 1999/44 die dem Verbraucher obliegende Beweislast, indem er für diesen Fall die Vermutung aufstellt, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestand. Um diese **Beweiserleichterung** in Anspruch nehmen zu können, muss der Verbraucher jedoch das **Vorliegen bestimmter Tatsachen nachweisen**.*

***Erstens** muss der Verbraucher **vortragen und den Beweis erbringen**, dass das verkaufte Gut **nicht vertragsgemäß** ist, da es zum Beispiel nicht die im Kaufvertrag vereinbarten Eigenschaften aufweist oder sich nicht für den Gebrauch eignet, der von einem derartigen Gut gewöhnlich erwartet wird. Der Verbraucher muss nur das Vorliegen der Vertragswidrigkeit beweisen. Er muss **weder** den **Grund** für die Vertragswidrigkeit **noch** den Umstand beweisen, dass sie dem Verkäufer **zuzurechnen** ist.*

*Zweitens muss der Verbraucher beweisen, dass die in Rede stehende Vertragswidrigkeit **binnen sechs Monaten nach der Lieferung** des Guts offenbar geworden ist, also sich ihr Vorliegen tatsächlich herausgestellt hat.*

*Wenn diese Tatsachen nachgewiesen sind, ist der Verbraucher **vom Nachweis befreit**, dass die Vertragswidrigkeit **bereits zum Zeitpunkt der Lieferung** des Guts bestand. Das Auftreten dieser Vertragswidrigkeit in dem kurzen Zeitraum von sechs Monaten erlaubt die Vermutung, dass sie zum Zeitpunkt der Lieferung „zumindest im Ansatz“ bereits vorlag, auch wenn sie sich erst nach der Lieferung des Guts herausgestellt hat (vgl. die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie, KOM[95] 520 endg. 14).*

*Es ist dann also Sache des Gewerbetreibenden, gegebenenfalls den Beweis zu erbringen, dass die Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Lieferung des Guts noch nicht vorlag, indem er dartut, dass sie ihren Grund oder Ursprung in einem Handeln oder Unterlassen nach dieser Lieferung hat.*

*Falls es dem **Verkäufer nicht gelingt**, rechtlich hinreichend nachzuweisen, dass der Grund oder Ursprung der Vertragswidrigkeit in einem Umstand liegt, der erst nach **der Lieferung** des Guts eingetreten ist, erlaubt die in Art. 5 III der RL 1999/44 aufgestellte Vermutung dem Verbraucher, seine Rechte aus der Richtlinie geltend zu machen.“ (EuGH aaO.)*

**Schriftform des Mietvertrags**  
**„Hin und Her“ über Vertragsentwurf**

(BGH in NJW 2015, 2648; Urteil vom 17.06.2015 – XII ZR 98/13)

Entspricht der Vertragsschluss nicht den Anforderungen des § 126 II BGB, ist aber eine von beiden Parteien **unterzeichnete Mietvertragsurkunde** vorhanden, die inhaltlich vollständig die Bedingungen eines später mündlich oder konkludent abgeschlossenen Mietvertrags enthält, ist die Schriftform nach § 550 S. 1 BGB gewahrt.

**Fall:** Die Kl. verlangt die Räumung und Herausgabe von Geschäftsräumen. Der Bekl. begehrt widerklagend die Rückzahlung wegen Mietminderungen überzahlter Miete. Der Bekl. mietete im Jahre 2000 Büroräume im 4. OG des Anwesens F.-Straße in D. Eigentümer des Grundstücks waren zu diesem Zeitpunkt je zur Hälfte G und eine Erbengemeinschaft nach seiner verstorbenen Ehefrau. Der Bekl. übersandte einen auf den 10.11.2000 datierenden und von ihm unterzeichneten Mietvertragsentwurf an G, in dem dieser als alleiniger Vermieter bezeichnet war. Der Vertragsentwurf sah eine zunächst auf fünf Jahre befristete Mietdauer vor. Nach einer ebenfalls vom Bekl. unterschriebenen Anlage zum Mietvertrag sollte der Mieter das Recht haben, mehrmals eine Option von jeweils maximal fünf Jahren zur Fortsetzung des Mietverhältnisses auszuüben. Eine in dem Vertragsentwurf zunächst vorgesehene Regelung zur Mietanpassung hatte der Bekl. gestrichen. G unterzeichnete die Vertragsurkunde und die beigefügte Anlage jeweils ohne Vertretungszusatz und ergänzte seinerseits die Vertragsurkunde um eine weitere Anlage, die eine Mietanpassungsklausel enthielt. Da der Bekl. die Mietanpassungsklausel nicht akzeptieren wollte, unterzeichnete er die weitere Anlage nicht. In der Folgezeit wurde das Mietverhältnis mit dem vom Bekl. eingefügten Optionsrecht, aber ohne die von G gewünschte Regelung zur Mietanpassung durchgeführt. Mit notariellem Vertrag vom 21.09.2006 veräußerten die Eigentümer das Grundstück an die Kl. Zu diesem Zeitpunkt war in dem Objekt nur die vierte Etage – und zwar an den Bekl. – vermietet. In dem Kaufvertrag ist hierzu Folgendes geregelt: „Das bezüglich des Büros im 4. OG bestehende Mietverhältnis wird vom Käufer übernommen. Der Verkäufer tritt mit Wirkung ab Besitzübergang alle Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Mietvertrag, einschließlich der Zahlung des Mietzinses, an den dies annehmenden Käufer ab.“ Die Kl. wurde am 25.01.2007 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 01.12.2006 teilte sie dem Bekl. mit, dass sie das Mietverhältnis mit ihm übernommen habe. Die in dem Mietvertrag enthaltene Verlängerungsoption wurde vom Bekl. mehrfach – auch noch gegenüber der Kl. – ausgeübt. Mit Schreiben vom 01.12.2011 erklärte die Kl. unter Berufung auf einen Schriftformmangel die Kündigung des Mietvertrags zum 30.06.2012, hilfsweise zum 31.12.2012. Mit ihrer Klage verlangte die Kl. von dem Bekl. Räumung und Herausgabe der Mieträume. Der Bekl., der 2011 die Miete lediglich unter dem Vorbehalt der Minderung wegen Lärmbelästigungen auf Grund von im 5. OG durchgeführten Bauarbeiten bezahlt hat, beehrte widerklagend Rückzahlung eines Teils der an die Kl. gezahlten Miete.

Das Gericht hat die Klage durch Teilurteil stattgegeben mit der Begründung, dem Mietvertrag fehle es an der erforderlichen Schriftform. Zu Recht?

**I. Zulässigkeit eines Teilurteils**

Nach § 301 ZPO kann das Gericht ein Teilurteil, welches Endurteil ist, u.a. erlassen, wenn bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif sind, so hat das Gericht sie durch Endurteil (Teilurteil) zu erlassen.

*„Nach § 301 ZPO ist ein Teilurteil zwar nur dann zulässig, wenn es über einen **aussonderbaren, einer selbstständigen Entscheidung zugänglichen Teil** des Verfahrensgegenstands ergeht und der Ausspruch über diesen Teil unabhängig von demjenigen über den restlichen Verfahrensgegenstand getroffen werden kann, so dass die **Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen** ist (Senat, NJW 2007, 144 = FamRZ 2007, 117 m.w.N.). Der Erlass eines Teilurteils setzt neben der Teilbarkeit des Streitgegenstands oder einer Mehrheit von Streitgegenständen voraus, dass die **Widerspruchsfreiheit von Teil- und Schlussurteil garantiert** ist (Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 301 Rn. 7 m.w.N.). Das gilt auch insoweit, als es um die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilelementen geht, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden können (vgl. nur BGHZ 189, 356 = NJW 2011, 2736 Rn. 13 m.w.N.). Zudem ist der Erlass eines Teilurteils bereits dann unzulässig, wenn sich die Gefahr durch die abweichende Beurteilung eines RechtsmittelGer. im Instanzenzug ergeben kann (Senat, NJW 2012, 844 = NZM 2012, 196 Rn. 19 m.w.N.).“ (BGH aaO.)*

Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen könnte sich im vorliegenden Fall aus der Frage ergeben, ob die Kl. überhaupt als Vertragspartnerin für die Widerklage passiv legitimiert ist. Bei einer Aufspaltung des Verfahrens durch den Erlass eines Teilurteils könnte die Gefahr bestehen, dass diese entscheidungserhebliche Vorfrage, die nicht an der Rechtskraft der Entscheidung über die Räumungsklage teilnehme, unterschiedlich beantwortet werde. Deshalb habe über die Räumungsklage nicht durch Teilurteil entschieden werden dürfen.

*„Stellt sich im weiteren Verfahren heraus, dass der Bekl. auf Grund der von ihm behaupteten Mängel der Mietsache **zur Minderung der Miete berechtigt** gewesen sein sollte, steht ihm ein Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB*

(Leistungskondition) auf Rückzahlung überzahlter Miete zu. Dieser Bereicherungsanspruch richtet sich **grundsätzlich gegen den Leistungsempfänger**. Dies ist im vorliegenden Fall die Kl., unabhängig davon, ob und in welcher Form sie in den Mietvertrag eingetreten ist, weil der Bekl. die Miete an sie geleistet hat.“ (BGH aaO.)

Die Kl. ist daher für den mit der Widerklage geltend gemachten Anspruch auch dann passiv legitimiert, wenn sie nicht in den bestehenden Mietvertrag eingetreten ist. Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen besteht somit nicht, so dass eine Entscheidung durch Teilurteil nach § 301 ZPO zulässig war.

## II. Begründetheit der Räumungsklage

Die Räumungsklage ist nur begründet, wenn die Kündigung der Kl. wirksam war. Die Kündigung von Gewerberaum ist bei Mietverhältnissen auf unbestimmte Zeit stets unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen des § 580a II BGB möglich. Allerdings könnte hier durch das Optionsrecht des Bekl. ein befristeter Vertrag vorliegen, der durch Ausübung des Optionsrechts bis zum 09.11.2015 fest abgeschlossen ist und daher von der Kl. nur bei Vorliegen eines außerordentlichen Kündigungsrechts beendet werden könnte.

Der Abschluss eines Mietvertrages, der auf bestimmte Zeit geschlossen werden soll, unterliegt jedoch nach § 550 S. 1 BGB der Schriftform. Wird diese nicht eingehalten, so gilt er auf unbestimmte Zeit. Fraglich ist, ob der Mietvertrag im vorliegenden Fall dieser Schriftform genügt.

### 1. Wahrung der Schriftform des § 126 BGB

Für die Schriftform sieht § 126 I BGB vor, dass die Vertragsurkunde eigenhändig unterzeichnet sein muss, sofern nicht eine notarielle Beglaubigung eines Handzeichens erfolgt. Hierbei muss die Unterzeichnung nach § 126 II BGB grundsätzlich auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

„Ein Vertrag unter Abwesenden, für den die gesetzliche Schriftform vorgeschrieben ist, kommt grundsätzlich nur dann rechtswirksam zu Stande, wenn sowohl der Antrag als auch die Annahme (§§ 145 ff. BGB) in der Form des § 126 BGB erklärt werden und in dieser Form dem anderen Vertragspartner zugegangen sind.

Diese Voraussetzungen liegen nach den Feststellungen des BerGer. hier nicht vor. Denn **G als Vermieter hat das ihm vom Bekl. durch die Übersendung des unterzeichneten Vertragsentwurfs übersandte Angebot auf Abschluss eines Mietvertrags nicht angenommen, sondern um eine Preisanpassungsklausel ergänzt an diesen zurückgesandt. Damit hat er gem. § 150 II BGB ein neues Angebot abgegeben. Dieses hat der Bekl. wiederum nicht angenommen, weil er den Nachtrag, der die Preisanpassungsklausel enthielt, nicht unterzeichnet hat. Auch eine solche Annahme unter Einschränkungen gilt nach § 150 II BGB als Ablehnung des Angebots verbunden mit einem neuen Antrag. Ein Vertragsschluss, der den sich aus § 126 II BGB ergebenden Anforderungen an die Schriftform genügt, liegt daher nicht vor. Der Mietvertrag ist vielmehr nur mündlich oder konkludent durch den Vollzug des Mietverhältnisses zu Stande gekommen.**“ (BGH aaO.)

Die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Schriftform des § 126 BGB wurde daher nicht gewahrt.

### 2. Wahrung der Schriftform im Sinne des § 550 S. 1 BGB

Fraglich ist jedoch, ob für die Wahrung der von § 550 S. 1 BGB für die Wirksamkeit einer Befristung relevanten Schriftform die Voraussetzungen des § 126 BGB für einen schriftlichen Vertragsschluss wirklich vorliegen müssen.

#### a) Ausfüllung des Schriftformerfordernisses des § 550 S. 1 BGB

„Der Senat hat bereits für den ähnlich gelagerten Fall der verspäteten Annahme eines Angebots auf Abschluss eines Mietvertrags für die Einhaltung der Schriftform des § 550 S. 1 BGB entschieden, dass die **Einhaltung der bloßen Schriftlichkeit der Erklärungen (äußere Form)** zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB **ausreicht** (Senat, NJW 2010, 1518 = NZM 2010, 319 Rn. 23 ff.). Ein Mietvertrag genügt danach auch dann der Schriftform des § 550 BGB, wenn er **inhaltsgleich** mit den in der äußeren Form des § 126 BGB niedergelegten Vertragsbedingungen **nur mündlich oder konkludent abgeschlossen** worden ist. Die Auslegung von § 550 BGB führt unter Berücksichtigung seines Schutzzwecks und seiner Rechtsfolge zu dem Ergebnis, dass § 550 BGB **über die Einhaltung der äußeren Form hinaus nicht voraussetzt, dass der Vertrag durch die schriftlich abgegebenen Erklärungen zu Stande gekommen ist** (Senat, NJW 2010, 1518 = NZM 2010, 319 Rn. 24).

§ 550 BGB dient in erster Linie dem **Informationsbedürfnis des Erwerbers**, dem durch die Schriftform die Möglichkeit eingeräumt werden soll, sich von dem Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten zuverlässig zu unterrichten. Diesen Schutzzweck erfüllt eine **nur der äußeren Form genügende Mietvertragsurkunde**, in der die von beiden Parteien unterzeichneten Bedingungen des später konkludent abgeschlossenen Vertrags enthalten sind. Eine solche Urkunde **informiert den Erwerber über die Bedingungen des Mietvertrags**, in die er, wenn der Mietvertrag mit diesem Inhalt zu Stande gekommen ist und noch besteht, eintritt.

Auch die zusätzlich mit der Schriftform des § 550 BGB verfolgten Zwecke, die **Beweisbarkeit langfristiger Abreden** sicherzustellen und die Vertragsparteien vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu warnen (vgl. Senat, BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 = NZM 2008, 482 Rn. 17 m.w.N.), werden durch die bloße Einhaltung der äußeren Form gewahrt (Senat, NJW 2010, 1518 = NZM 2010, 319 Rn. 27).“ (BGH aaO.)

### b) Anwendung auf den Fall

„Die von beiden Mietvertragsparteien unterzeichnete Vertragsurkunde vom 10.11.2000 entspricht in vollem Umfang den Bedingungen des von den Parteien später mündlich oder jedenfalls konkludent durch Invollzugsetzung des Mietverhältnisses abgeschlossenen Mietvertrags. Ein Erwerber des Grundstücks könnte aus der Vertragsurkunde alle für ihn notwendigen Informationen über das Mietverhältnis entnehmen. Die für die Einhaltung des Schriftformerfordernisses genügende „äußere Form“ des Mietvertrags ist daher gewahrt.“ (BGH aaO.)

### 3. Mangel der Schriftform wegen Unterzeichnung allein durch G

Allerdings wurde die Mietvertragsurkunde allein durch G unterzeichnet, obwohl er nicht alleiniger Eigentümer war. Dies könnte zu einem Schriftformmangel führen.

„Für die Einhaltung der Schriftform ist es erforderlich, dass **alle Vertragsparteien die Vertragsurkunde unterzeichnen** (vgl. Senat, BGHZ 176, 301 [307] = NJW 2008, 2178 = NZM 2008, 482 Rn. 24). Unterzeichnet für eine Vertragspartei ein **Vertreter** den Mietvertrag, muss dies aus der Urkunde **hinreichend deutlich zum Ausdruck** kommen (Senat, NJW 2015, 2034 = NZM 2015, 490 Rn. 14 ff., 24). Dies gilt aber nur, wenn nach dem Erscheinungsbild der Urkunde die Unterschrift des Unterzeichners in seiner Eigenschaft als Mitglied des mehrgliedrigen Organs abgegeben ist. Nur dann erweckt die Urkunde den Anschein, es könnten noch weitere Unterschriften, nämlich diejenigen der übrigen Organmitglieder, fehlen (vgl. Senat, BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453 = NZM 2010, 82 Rn. 14; NJW 2003, 3053 [3054] = NZM 2003, 801).

Im vorliegenden Fall hat das LG den Mietvertrag dahingehend ausgelegt, dass der Vertrag **von G nicht als Vertreter der Miteigentümergeinschaft, sondern in eigenem Namen** abgeschlossen worden ist. Dieser Auslegung, die aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist, hat sich das BerGer. angeschlossen. Nach dem äußeren Anschein der Vertragsurkunde war demnach ein Vertretungszusatz neben der Unterschriftsleistung von G nicht erforderlich.“ (BGH aaO.)

### 4. Vermieterwechsel

Im notariellen Grundstückskaufvertrag vom 21.09.2006 wurde ein Vermieterwechsel erklärt. Hierdurch könnte der befristete Mietvertrag auf die Kl. übergegangen sein,

„Diese Vereinbarung wahrt die Schriftform, weil der neue Vermieter seine Vermieterstellung durch eine (notarielle) Urkunde nachweisen kann, die nach den getroffenen Feststellungen **ausreichend deutlich auf den Ursprungsmietvertrag Bezug nimmt** und durch die Bezeichnung des veräußerten Grundstücks zugleich die Lage des Mietobjekts kennzeichnet (vgl. Senat, BGHZ 154, 171 = NJW 2003, 2158 [2160] = NZM 2003, 476). Allerdings ist der Vermieterwechsel hier nicht durch dreiseitigen Vertrag, sondern durch zweiseitigen **Vertrag zwischen altem und neuem Vermieter mit (notwendiger) Zustimmung der Mieterin** zu Stande gekommen (zu diesen beiden Möglichkeiten vgl. BGHZ 95, 88 [95] = NJW 1985, 2528 [2530]), wobei jedoch die Zustimmung des Mieters zu einem zwischen früherem und neuem Vermieter vereinbarten Vermieterwechsel nicht der Schriftform bedarf (vgl. Senat, BGHZ 154, 171 = NJW 2003, 2158 [2160] = NZM 2003, 476) und hier jedenfalls **konkludent in der Zahlung der Miete an die Kl.** zu sehen ist.“ (BGH aaO.)

Der Vertrag ist daher auch in der ursprünglich geschlossenen Form auf die Kl. Übergegangen.

### III. Ergebnis

Das Mietverhältnis ist auf bestimmte Zeit abgeschlossen, die Kl. also zur vorzeitigen ordentlichen Kündigung nicht berechtigt. Die Kündigung ist somit unwirksam und das Mietverhältnis besteht vor, so dass kein Räumungsanspruch besteht.

(BGH in NSTz 2015, 512; Beschluss vom 14.04.2015 – 3 StR 602/14)

1. **Propagandamittel** nach § 86 StGB sind nur solche Schriften, deren Inhalte gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstoßen und die aufgrund dessen eine aktiv **kämpferische, aggressive Tendenz** in diese Richtung erkennen lassen.
2. **Kritik, Ablehnung und politisches Wunschdenken** reichen ebenso wenig wie wissenschaftliche Abhandlungen, Dokumentationen oder belletristische Darstellungen, wenn und soweit ihnen der **werbende, aufwieglerische Charakter** fehlt, welcher der Propaganda eigen ist.
3. Die verfassungsfeindliche Zielsetzung muss in der Schrift selbst verkörpert sein, wobei auf den verständigen Durchschnittsleser(-hörer) abzustellen ist.
4. § 130 StGB setzt sowohl im Äußerungstatbestand als auch im Rahmen des Verbreitungstatbestandes voraus, dass sich der Inhalt der Schrift gegen einen **Teil der Bevölkerung** oder gegen eine **nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe** richtet.
5. Bei § 130 I StGB handelt es sich um ein **persönliches Äußerungsdelikt**. In dem Verbreiten oder Zugänglichmachen einer fremden Erklärung liegt nur dann eine eigene Äußerung des Verbreitenden, wenn dieser sich den Inhalt erkennbar zu Eigen macht.
6. Aufgrund dessen ist – wie auch im Fall des § 130 I StGB – bei der **Veröffentlichung einer fremden Erklärung** zu fordern, dass der Veröffentlichende diese unmissverständlich **zu seiner eigenen machen will**. In dem **bloßen Abspielen eines Liedes** ist ein derartiges **zu Eigen machen noch nicht zusehen**.

**Fall:** Die Angekl. betrieben zusammen mit mehreren nicht revidierenden Mitangeklagten seit Anfang des Jahres 2011 das Internetradio „I“, dessen Zweck in der Verbreitung von rechtsextremen Liedern bestand. Deren Inhalte überschritten – was dem gemeinsamen Willen der Gruppe entsprach – in einer nicht unerheblichen Zahl an Fällen die Schwelle zur Strafbarkeit, etwa weil sie volksverhetzenden oder Gewalt verherrlichenden Charakter hatten. Das Programm des Radios bestand vor allem aus moderierten Sendungen, in denen die Moderatoren auch Zuhörerwünsche berücksichtigten, sowie aus einer sogenannten Dauerschleife. Unter den Mitgliedern von Radio „I“ bestand die allseits akzeptierte Absprache, dass die Kommentare der Moderatoren selbst eher zurückhaltend sein und keine strafbaren Inhalte haben sollten.

Die Angekl. M nahm in der Gruppierung zusammen mit einer Mitangeklagten die führende Rolle ein und moderierte auch selbst eigene Sendungen, in der sie inkriminierte Lieder abspielte. Der Angekl. H war für die Finanzen des Radios zuständig und moderierte selbst nicht.

In der von der Angekl. M am 11.05.2011 moderierten Sendung wurde der Titel „Blut und Ehre“ der Gruppe Schwarze Division Sachsen abgespielt. Der Inhalt des Textes enthält als deutlich hörbare Parole „Deutschland Heil dir, Sieg Heil, Sieg Heil“ sowie die Phrase „Blut und Ehre“, in am 29.04.2011 moderierten Sendung wurde das Lied „Ausländerhure“ der Gruppe „Kraftschlag“ abgespielt.

Das LG hat die Angekl. M wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung in Tateinheit mit Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen, mit Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen und mit Volksverhetzung in drei Fällen zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten unter Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung verurteilt. Den Angekl. H hat es der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung in Tateinheit mit Beihilfe zum Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen, zum Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen, zur öffentlichen Aufforderung zu Straftaten, zur Volksverhetzung und zur Gewaltdarstellung schuldig gesprochen und gegen ihn eine Bewährungsstrafe von fünf Monaten verhängt. Gegen dieses Urteil wenden sich die Beschwerdeführer mit ihren auf die Sachrüge gestützten Revisionen.

## I. Verurteilung des Angeklagten M

### 1. Verurteilung wegen Verbreitens von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen (§ 86 StGB)

Nach § 86 I StGB macht sich strafbar, wer u.a. Propagandamittel, die nach ihrem Inhalt dazu bestimmt sind, Bestrebungen einer ehemaligen nationalsozialistischen

Organisation fortzusetzen, im Inland verbreitet. Hierbei sind nach § 86 II StGB Propagandamittel im Sinne des Absatzes 1 sind nur solche Schriften, deren Inhalt gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet ist. Insofern verweist § 86 II StGB auf § 11 III StGB, wonach den Schriften Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen gleichstehen.

Im Abspielen des Titels „Blut und Ehre“ der Gruppe Schwarze Division Sachsen mit dem angegebenen Text könnte ein Verbreiten von Propagandamitteln liegen. Dann müsste es sich aber um ein Propagandamittel im Sinne dieser Vorschrift handeln.

*„Hierunter fallen nur solche Schriften (§ 11 III StGB), deren Inhalte **gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung** verstoßen (§ 86 II StGB) und die aufgrund dessen eine aktiv **kämpferische, aggressive Tendenz** in diese Richtung erkennen lassen (BGH Ur. v. 23.07.1969 – 3 StR 326/68, BGHSt 23, 64, 72; v. 13.08.2009 – 3 StR 228/09, NJW 2010, 163, 165). Kritik, Ablehnung und politisches Wunschenken reichen ebenso wenig wie wissenschaftliche Abhandlungen, Dokumentationen oder belletristische Darstellungen, wenn und soweit ihnen der **werbende, aufwieglerische Charakter fehlt**, welcher der Propaganda eignet. Die verfassungsfeindliche Zielsetzung muss in der Schrift selbst verkörpert sein, wobei auf den verständigen Durchschnittsleser(-hörer) abzustellen ist (BGH Ur. v. 23.07.1969 – 3 StR 326/68, BGHSt 23, 64, 73; MüKo-StGB/Steinmetz 2. Aufl., § 86 Rn. 13).*

*Die in den Urteilsgründen dargestellten **Textfragmente erschöpfen sich in der Wiedergabe von Kennzeichen nationalsozialistischer Organisationen** („Sieg Heil“, „Blut und Ehre“). Deren Verwendung alleine hebt eine Schrift noch nicht zum Propagandamittel und macht nähere Ausführungen zu dem propagandistischen Zusammenhang nicht entbehrlich (vgl. BGH Ur. v. 13.08.2009 – 3 StR 228/09, NJW 2010, 163, 165). Das erforderliche **aggressiv-kämpferische Element** lässt sich den Urteilsgründen indes nicht entnehmen. Soweit das LG im Rahmen der rechtlichen Würdigung interpretierend ausführt, der **Liedtext knüpfe an die Rassenideologie ehemaliger nationalsozialistischer Organisationen** an, die „als nachahmenswert dargestellt“ werde, belegt auch dies den in Abgrenzung zum bloßen Wunschenken erforderlichen aufwieglerischen Charakter nicht.“ (BGH aaO.)*

## 2. Verurteilung wegen Volksverhetzung, § 130 StGB

Fraglich ist, ob der Sachverhalt die Verurteilung wegen Volksverhetzung trägt.

### a) Abspielen des Liedes „Ausländerhure“

Der Äußerungstatbestand des § 130 I StGB kommt nicht in Betracht, jedoch der Verbreitungstatbestand des § 130 II StGB.

*„§ 130 StGB setzt sowohl im Äußerungstatbestand nach Abs. 1 als auch im Rahmen des Verbreitungstatbestandes (Abs. 2) voraus, dass sich der **Inhalt der Schrift gegen einen Teil der Bevölkerung** oder **gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe** richtet. Als – vorliegend allein in Betracht kommend – Teil der Bevölkerung ist eine von der übrigen Bevölkerung auf Grund gemeinsamer äußerer oder innerer Merkmale politischer, nationaler, ethnischer, rassischer, religiöser, weltanschaulicher, sozialer, wirtschaftlicher, beruflicher oder sonstiger Art **unterscheidbare Gruppe von Personen** zu verstehen, die zahlenmäßig von einiger Erheblichkeit und somit individuell nicht mehr unterscheidbar sind (BGH Ur. v. 03.04.2008 – 3 StR 394/07, BGHR StGB § 130 Nr. 1 Bevölkerungsteil 3). **Nicht ausreichend** ist es, wenn bei der Verwendung von Sammelbegriffen der **Personenkreis so groß und unüberschaubar ist** und mehrere, sich teilweise deutlich unterscheidende Einstellungen oder politische Richtungen umfasst, dass eine Abgrenzung von der Gesamtbevölkerung aufgrund bestimmter Merkmale nicht möglich ist (BGH Ur. v. 03.04.2008 – 3 StR 394/07, BGHR StGB § 130 Nr. 1 Bevölkerungsteil 3 m.w.N.; MüKo-StGB/Schäfer aaO. § 130 Rn. 30, 34 f. m.w.N.).*

*So liegt es hier. Die in dem Lied verwendete Gruppenbezeichnung „Ausländerhuren“ ist für sich betrachtet vage. **Welche abgrenzbare Gruppe von Frauen** konkret angesprochen ist, lässt sich weder aus dem im Urteil auszugsweise wiedergegebenen Liedtext noch im Gesamtzusammenhang des Urteils eindeutig herleiten. Dahinstehen kann, ob der in dem Lied verwendete Begriff „Ausländerbanden“ ausreichend bestimmt im Sinne der vorstehenden Maßstäbe ist. Bezüglich dieser Gruppe belegen die Urteilsgründe jedenfalls **weder ein Aufstacheln zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen noch einen Angriff auf die Menschenwürde** mittels Beschimpfens, böswilligen Verächtlichmachens oder Verleumdung.“ (BGH aaO.)*

### b) Abspielen der Stücke „Afrika-Lied“ und „Xenophobia“

Nach den Ausführungen des BGH tragen die Feststellungen tragen die Feststellungen zu den in dieser Sendung abgespielten Stücken der Gruppe „Landser“ („Afrika Lied“, „Xenophobia“) den Schuldspruch hinsichtlich des Verbreitens nach § 130 I StGB. Fraglich ist jedoch, ob auch der Äußerungstatbestand des § 130 I StGB erfüllt ist.

„In Abgrenzung zu dem Verbreitungsdelikt des Abs. 2 (vgl. BGH Ur. v. 03.04.2008 – 3 StR 394/07, juris Rn. 8), handelt es sich hierbei um ein **persönliches Äußerungsdelikt** (BGH Ur. v. 12.12.2000 – 1 StR 184/00, BGHSt 46, 212, 224; MüKo-StGB/Schäfer aaO. § 130 Rn. 9). In dem **Verbreiten oder Zugänglichmachen einer fremden Erklärung** liegt nur dann eine eigene Äußerung des Verbreitenden, wenn dieser sich den Inhalt **erkennbar zu eigen macht** (Hörnle NSTZ 2002, 113, 116; LK-StGB/Krauß 12. Aufl., § 130 Rn. 37; SK-StGB/Stein/Rudolphi 148. Lfg., § 130 Rn. 4; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben StGB, 29. Aufl., § 130 Rn. 5; vgl. auch BGH Beschl. v. 20.02.1990 – 3 StR 278/89, NJW1990, 2828, 2831). Die Beurteilung, ob in der Verbreitung oder dem Zugänglichmachen einer fremden Äußerung zugleich eine eigene Äußerung zu sehen ist, das Handeln also als **Ausdruck eigener Missachtung und Feindseligkeit** erscheint, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller die Besonderheiten des Einzelfalles kennzeichnenden Umstände zu treffen (BGH Ur. v. 14.01.1981 – 3 StR 440/80, NSTZ 1981, 258; LK-StGB/Kraus aaO., § 130 Rn. 37).

Derartige Umstände belegen die Urteilsgründe nicht. Rechtsfehlerhaft ist [daher] die Annahme des LG, die Angekl. habe neben § 130 II StGB auch den Tatbestand des Abs. 1 verwirklicht.“ (BGH aaO.)

### c) Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung, § 129 StGB

„Der Senat hat den Schuldpruch entsprechend neu gefasst, da auch zum Ausdruck zu bringen war, dass die Angekl. M – wie vom LG rechtsfehlerfrei angenommen – als **Rädelsführerin** (§ 129 IV StGB) **in der kriminellen Vereinigung** gehandelt hatte (vgl. BGH Ur. v. 22.01.2015 – 3 StR 233/14, juris Rn. 59 m.w.N.).

Die StrK hat lediglich allgemein strafscharfend berücksichtigt, dass die Angekl. tateinheitlich zum Verstoß gegen § 129 StGB weitere Delikte verwirklicht hat. Diese Erwägung trägt auch nach Wegfall der Verurteilung gemäß § 86 StGB und der Volksverhetzung (§ 130 StGB) in einem Fall. Eine wesentliche Verringerung des Schuldumfangs ist hierdurch nicht eingetreten, zumal die Angekl. durch das Abspielen des Liedes „Blut und Ehre“ zwar nicht gegen § 86 StGB verstoßen, aber – wie vom LG zutreffend angenommen – vorsätzlich Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen verwendet hat (§ 86 a I Nr. 1 StGB).“ (BGH aaO.)

## II. Verurteilung des Angeklagten H

Fraglich ist, ob die Verurteilung des Angekl. H, der tateinheitlich zu seiner Mitgliedschaft in der kriminellen Vereinigung nach den Grundsätzen zum uneigentlichen Organisationsdelikt auch wegen Beihilfe zur öffentlichen Aufforderung zu Straftaten (§§ 111, 27 StGB) und Beihilfe zur Volksverhetzung in Form des § 130 I 1 StGB verurteilt worden ist, einer Überprüfung standhält.

„Die Feststellungen tragen nicht den Schluss, dass der Angekl. seine **Förderhandlungen vorsätzlich in Bezug auf eine öffentliche Aufforderung zu Straftaten** (§ 111 StGB) erbracht hat. § 111 StGB ist ein Äußerungsdelikt (Fischer StGB, 62. Aufl., § 111 Rn. 2; LK-StGB/Rosenau § 111 Rn. 14). Aufgrund dessen ist – wie auch im Fall des § 130 I StGB – bei der **Veröffentlichung einer fremden Erklärung** zu fordern, dass der Veröffentlichende diese unmissverständlich **zu seiner eigenen machen will** (vgl. BGH Beschl. v. 20.02.1990 – 3 StR 278/89, NJW 1990, 2828, 2831; OLG Frankfurt Ur. v. 17.12.2002 – 3 Ss 317/02, NSTZ-RR 2003, 327, 328; Fischer aaO., § 111 Rn. 2 a). In dem **bloßen Abspielen eines Liedes ist ein derartiges zu Eigen machen noch nicht zusehen**. Dahingestellt bleiben kann, ob der im Urteil wiedergegebene Kommentar der Mitangekl. N, den diese während der Moderation zu dem von ihr in der Sendung vom 16.4.2011 abgespielten Lied „Tret' einfach rein“ der Gruppe „Reichssturm“ abgab, im Rahmen einer Gesamtwürdigung den Schluss auf ein zu Eigen machen rechtfertigen würde. Das der Angekl. mit einem derartigen Kommentar rechnete oder einen solchen zumindest für möglich hielt und billigte, belegen die Urteilsgründe nicht; hiergegen spricht zudem, dass es der gemeinsamen, von allen Mitgliedern akzeptierten Absprache entsprach, die **Äußerungen der Moderatoren während der Sendungen strafrechtlich unverfänglich zu halten**.“ (BGH aaO.)

**Untreuehandlungen eines Rechtsanwalts**  
**Behandlung von Fremdgeldern**

(BGH in NSTZ 2015, 517; Beschluss vom 29.01.2015 – 1 StR 587/14)

1. Ist das Geschäftskonto eines Rechtsanwalts häufig mit der Folge überzogen, dass eingehende **Fremdgelder unmittelbar mit Eingang auf dem Konto dem Ausgleich des Solls** dienen, oder werden die Gelder zum Ausgleich anderer Verbindlichkeiten eingesetzt, so reicht beides für die Annahme eines endgültigen Vermögensschadens und einer **Untreue in der Form des Treuebruchs** aus.
2. Verwirklicht der Rechtsanwalt den Tatbestand ausschließlich dadurch, dass er **pflichtwidrig dem Mandanten oder einem Dritten zustehende Gelder nicht weiterleitet**, sondern auf seinem Geschäftskonto belässt, so ist hierauf die Strafmilderungsvorschrift des § 13 II StGB anwendbar.

**Fall:** Das LG hat den Angekl. wegen Untreue in 76 Fällen sowie wegen Betruges in 19 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten verurteilt. Nach den Urteilsfeststellungen geriet der als Rechtsanwalt tätige Angekl. spätestens in den Jahren 2006/2007 in finanzielle Schwierigkeiten. Die Einnahmen, die er durch den Betrieb seiner Einzelkanzlei erzielte, reichten zur Deckung des Lebensunterhaltes nicht mehr aus. Hinzu kam, dass der Angekl. seinen Mandanten auf die gesetzlich vorgesehenen Rechtsanwaltsgebühren vielfach großzügige Nachlässe gewährte oder auf die Erhebung von Gebühren sogar ganz verzichtete. Finanzielle Engpässe überwand der Angekl. in den Jahren 2006 und 2007 kurzfristig u. a. durch Privatdarlehen, die ihm aus dem Kreis seiner Familie gewährt wurden. Im Rahmen seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt war der Angekl. vielfach mit der Geltendmachung von Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen aus Verkehrsunfällen, aber auch Erbschafts- und Unterhaltsansprüchen beauftragt. Für Geldzahlungen von Mandanten zur Weiterleitung an Dritte wie gleichermaßen zum Empfang von Geldern zur Weiterleitung an Mandanten nutzte der Angekl. vier verschiedene Geschäftskonten; Anderkonten führte er nicht. Obwohl bei der Einrichtung der Konten keine Kontokorrentabreden getroffen wurden, gewährten die kontoführenden Banken dem Angekl. im späteren Geschäftsverlauf dennoch nicht unerheblichen Dispositionskredit, was dazu führte, dass er die Konten häufig überzog. Der Angekl. wusste, dass er berufsrechtlich verpflichtet war, für seine Mandanten eingegangene Gelder an diese bzw. von den Mandanten entrichtete Gelder an den bestimmungsgemäßen Empfänger unverzüglich weiterzuleiten. Gleichwohl entschloss er sich spätestens Ende des Jahres 2008, eingehende Gelder entgegen dieser Pflicht zur Bestreitung des eigenen Lebensunterhaltes und zur Aufrechterhaltung des Kanzleibetriebs auszugeben. In einer Vielzahl von Fällen verwendete der Angekl. Gelder, um vordringliche Verbindlichkeiten gegenüber anderen Mandanten und Gläubigern zu erfüllen. Es entwickelte sich hieraus ein Kreislauf, der dazu führte, dass er Gelder entweder erheblich verspätet, unvollständig oder auch gar nicht an den bestimmungsgemäßen Empfänger auskehrte. In sämtlichen Fällen war der Angekl. wie er wusste, auch nicht in der Lage, die bestehenden Forderungen aus eigenen Mitteln zu erfüllen. Geldleistungen des Angekl. erfolgten nur dann, wenn er Geld aus einem für einen anderen Empfänger bestimmten Zahlungseingang oder ein Darlehen eines Verwandten oder Bekannten erhalten hatte. Den Konten des Angekl. sind insgesamt 77 Zahlungen zugeflossen, wobei der für den Empfänger bestimmte Gesamtbetrag mitunter in zwei oder auch drei Teilbeträgen geleistet wurde. Nicht festgestellt hat das LG, ob den Zahlungsflüssen Anforderungsschreiben des Angekl. – und wenn ja wie viele – zugrunde liegen.

Hat sich der Angekl. der Untreue gegenüber seinen Mandanten strafbar gemacht?

Der Angekl. könnte den Tatbestand des § 266 StGB vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht haben.

Der **Untreuetatbestand** des § 266 StGB erfasst **zwei Tatbestandsalternativen**: den Missbrauchs- (1. Alt.) und den Treubruchstatbestand (2. Alt.). Während die 1. Alt. das Vermögen vor den Gefahren schützt, die sich aus der Einräumung von **Dispositionsbefugnissen im Außenverhältnis** ergeben, betrifft die 2. Alt. die Risiken, die aus der Gewährung von **Dispositionsbefugnissen aus dem Innenverhältnis** resultieren.

Der **Missbrauchstatbestand** setzt voraus, dass der Täter die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft **ingeräumte Befugnis**, über fremdes Vermögen **zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht** und dadurch demjenigen, dessen Vermögen er zu betreuen hat, einen **Nachteil zufügt**.

Der **Treubruchstatbestand** hingegen verlangt, dass der Täter eine ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines sonstigen Treueverhältnisses obliegende **Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt** und dadurch demjenigen, dessen Vermögen er zu betreuen hat, einen **Nachteil zugefügt**.

Einigkeit besteht in Rspr. und Lit. darüber, dass diese Formulierung des Treubruchstatbestands zu weit gefasst und daher einschränkend zu interpretieren ist. Umstritten sind jedoch die Kriterien, nach denen die Pflicht, „fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“, einzugrenzen ist.

## I. Verwirklichung des Treubruchstatbestandes

Der Angekl., der als Rechtsanwalt Gelder von Mandanten auf seinen Konten vereinnahmt und diese nicht weiterleitet oder gar für eigene Zwecke verwendet, könnte sich des Treubruchstatbestands schuldig gemacht haben.

„Ein Rechtsanwalt, der sich im Rahmen eines bestehenden Anwaltsvertrages zur Weiterleitung bestimmte **Fremdgelder auf sein Geschäftskonto einzahlen lässt und weder uneingeschränkt bereit noch jederzeit fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren, macht sich der Untreue in der Variante des Treubruchstatbestandes (§ 266 I Alt. 2 StGB) strafbar** (vgl. BGH Ur. v. 16.12.1960 – 4 StR 401/60, BGHSt 15, 342, 344 und v. 27.01.1988 – 3 StR 61/87, BGHR 16 StGB § 266 I Nachteil 8; Besch. v. 25.07.1997 – 3 StR 179/97, NStZ-RR 1997, 357; v. 30.10.2003 – 3 StR 276/03, NStZ-RR 2004, 54 und v. 24.07.2014 – 2 StR 221/14, wistra 2015, 27, 28). Für den Mandanten oder einen von diesem bestimmten Empfänger **eingehende Gelder hat er unverzüglich zu übermitteln** oder, falls dies ausnahmsweise nicht sofort durchführbar ist, den Mandanten hiervon sofort in Kenntnis zu setzen und dafür besorgt zu sein, dass **ein dem Geldeingang entsprechender Betrag bei ihm jederzeit für den Berechtigten zur Verfügung steht** (vgl. BGH, Ur. v. 29.04.1960 – 4 StR 544/59, NJW 1960, 1629 m.w.N.). Hierauf hat das LG auch zutreffend abgestellt. Das verwendete Geschäftskonto des Angekl. war häufig überzogen, so dass **eingehende Fremdgelder unmittelbar mit Eingang auf dem Konto dem Ausgleich des Solls dienen**; teilweise verwendete der Angekl. die Gelder zum Ausgleich anderer Verbindlichkeiten. Beides reicht für die Annahme einer Untreue in der Form des Treubruchs aus. Die Feststellungen belegen damit allerdings nicht nur, wie das LG meint, den Eintritt einer schadensgleichen Vermögensgefährdung. Mit der Kontokorrentbuchung der Bank oder dem Abfluss des Zahlungseingangs vom Konto ist bei dem Berechtigten bereits ein endgültiger Vermögensschaden eingetreten (vgl. BGH Ur. v. 29.08.2008 – 2 StR 587/07, BGHSt 52, 323, 336 ff.).“ (BGH aaO.)

## II. Anzahl der verwirklichten Taten

Fraglich ist, wie die Anzahl der verwirklichten Taten bestimmt werden kann. Der Ankl. war wegen Untreue in 76 Fällen verurteilt worden. In der unverändert zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklage wurden dem Angekl. bei identischer Schilderung des strafrechtlich relevanten Lebenssachverhalts 75 Fälle der Untreue vorgeworfen. Die Anzahl der festgestellten Zahlungseingänge bei dem Angekl., welche das LG unterschiedslos als eigenständige Taten bewertet hat, beläuft sich auf 77 Fälle. Verurteilt hat das LG den Angekl. aber in 76 Fällen.

„Indes ist auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen die **Bestimmung der Anzahl der verwirklichten Taten nicht möglich**. Sie belegen nicht, ob die Zahlungen, die in zwei oder drei Teilbeträgen erfolgten und zu unterschiedlichen Zeitpunkten auf den Geschäftskonten des Angekl. eingingen, auf **ein oder mehrere Anspruchsschreiben des Angekl.** zurückgehen. Sollte sich die Tathandlung des Angekl. in einer einmaligen Zahlungsaufforderung unter Angabe seines Geschäftskontos für zu leistende Zahlungen erschöpfen, würde dies **ungeachtet der Anzahl der daraufhin erhaltenen Zahlungen** nicht die Annahme von Tatmehrheit rechtfertigen (vgl. BGH Besch. v. 25.07.1997 – 3 StR 179/97, NStZ-RR 1997, 357 und v. 24.07.2014 – 2 StR 221/14, wistra 2015, 27, 28).

Untreue kann durch den Rechtsanwalt **durch aktives Tun wie auch durch Unterlassen** begangen werden. Verwirklicht er den Tatbestand ausschließlich dadurch, dass er **pflichtwidrig dem Mandanten oder einem Dritten zustehende Gelder nicht weiterleitet**, sondern auf seinem Geschäftskonto belässt, so ist hierauf die Strafmildervorschrift des § 13 II StGB anwendbar, denn der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt hier in einem Unterlassen (vgl. BGH Besch. v. 25.07.1997 – 3 StR 179/97, NStZ-RR 1997, 357). Die Unterscheidung zwischen den Begehungsformen hat sich daran zu orientieren, **ob zu dem bloßen Gelderhalt ein Tätigwerden des Rechtsanwalts** (Anfordern des Geldes, Verwenden des Geldes zu eigenen Zwecken, Ableugnen des Zahlungseingangs) **hinzutritt oder sich der Vorwurf in dem bloßen Untätigbleiben nach Zahlungserhalt** erschöpft.

Die Bewertung der Konkurrenzen bleibt von der Begehungsform allerdings unberührt. Der Verwirklichung des Treubruchstatbestands (§ 266 I Alt. 2 StGB) durch Unterlassen stünde die fortgesetzte Leistungsunfähigkeit des Angekl. zum Zeitpunkt der Entstehung der jeweiligen Zahlungspflicht nicht entgegen, denn er ist verpflichtet, für seine Leistungsfähigkeit zu den verschiedenen Zahlungszeitpunkten Sorge zu tragen (Rechtsgedanke der *omissio libera in causa*, vgl. BGH Besch. v. 03.12.2013 – 1 StR 526/13, NStZ 2014, 158, 159; vgl. im Kontext von § 266 a StGB BGH Besch. v. 28.05.2002 – 5 StR 16/02, BGHSt 47, 318, 320).

Die vorstehenden Erwägungen führen zur Aufhebung der Verurteilung wegen Untreue in 76 Fällen und der Gesamtstrafe.“ (BGH aaO.)

(BGH in NVwZ 2015, 1309; Urteil vom 16.04.2015 – III ZR 204/13)

1. **Weisungen** einer übergeordneten Körperschaft, die der nachgeordneten Verwaltung zur gleichmäßigen Ausführung behördlicher Aufgaben **allgemein eine bestimmte Gesetzesauslegung vorschreiben**, führen – anders als die Weisung in einem konkreten Einzelfall – **nicht zu einer Haftungsverlagerung** von der nachgeordneten auf die übergeordnete Behörde.
2. Die übergeordnete Körperschaft kann sich aber dann **nicht auf ihre fehlende Passivlegitimation berufen**, wenn sie auf eine entsprechende Nachfrage des Geschädigten diesem gegenüber den **Eindruck erweckt**, es sei vom **Vorliegen einer haftungsverlagernden Weisung** auszugehen.
3. Die verschuldensunabhängige Haftung nach § 39 I b OBG NW erfasst **nicht** den Fall, dass das von der Ordnungsbehörde zutreffend angewandte **Gesetz verfassungswidrig** ist (legislatives Unrecht). Dem steht es gleich, wenn die Ordnungsbehörde nationales Recht für sich genommen korrekt ausführt, das – für die Verwaltung nicht ohne weiteres erkennbar – **mit Unionsrecht nicht vereinbar** ist.

**Fall:** Die Klägerin betrieb im Jahr 2006 in B. ein Wettbüro und leitete aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrags von dort aus Sportwettenaufträge an ein in Gibraltar ansässiges, dort lizenziertes Wettunternehmen weiter. Mit Datum vom 31.03.2006 gab das Innenministerium des beklagten Landes unter Bezugnahme auf das zur Verfassungsmäßigkeit des Sportwettenmonopols ergangene Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 einen Erlass an die Bezirksregierungen heraus. Darin war ausgeführt, die Veranstaltung und Vermittlung privater Sportwetten sei in Nordrhein-Westfalen ebenso wie in anderen Bundesländern verboten und nicht erlaubnisfähig. Wer hiergegen verstoße, müsse mit strafrechtlicher Verfolgung rechnen. Das Ministerium bat, die bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausgesetzten Ordnungsverfügungen zügig zu vollstrecken. Soweit noch keine Unterlassungsverfügungen ergangen seien, werde gebeten, solche unverzüglich zu erlassen und gegebenenfalls parallel strafprozessuale Maßnahmen zu veranlassen.

Am 12.09.2006 erließ die Stadt B. eine Ordnungsverfügung, mit der der Klägerin die Vermittlung von Sportwetten untersagt wurde. Diese stellte daraufhin den Betrieb der Wettannahmestelle ein und schloss die Betriebsstätte nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens.

Das Ministerium für Inneres und Kommunales hat auf Anfrage der Bevollmächtigten der Klägerin mit Schreiben vom 11.11.2010 ausdrücklich bestätigt, dass der Erlass vom 31.03.2006 Weisungscharakter für die Ordnungsbehörden in Nordrhein-Westfalen gehabt habe.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, dass das beklagte Land ihr gegenüber wegen der Ordnungsverfügung der Stadt B. vom 12.09.2006, die nach der Rechtsprechung des EuGH gegen die unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten verstoßen habe, zum Schadensersatz verpflichtet sei. Besteht ein Haftungsanspruch gegen das beklagte Land?

Ein Schadensersatzanspruch gegen das beklagte Land könnte sich aus § 39 I b OBG NW wegen Rechtswidrigkeit der Ordnungsverfügung, aus dem Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ergeben oder aus dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch ergeben.

## I. Passivlegitimation des Landes

Im Hinblick auf beide Anspruchsgrundlagen stelle sich jedoch die Frage nach der Passivlegitimation des beklagten Landes, da die rechtswidrige Ordnungsverfügung von der Stadt B. und nicht um beklagten Land erlassen wurde.

### 1. Haftungsverlagerung wegen Weisung

Hier könnte wegen der durch das beklagte Land erfolgten Weisung eine Haftungsverlagerung stattgefunden haben (vgl. dazu z.B. BGH NJW 1959, 1629, 1630; NJW 1977, 713; NVwZ 1985, 682, 683; VersR 2009, 930 Rn. 5).

*„Bei diesem Erlass handelte es sich um eine **allgemeine Weisung der obersten Aufsichtsbehörde** (§ 7 III OGB NW) gemäß § 9 II a OGB NW, die die gleichmäßige Durchführung der ordnungsbehördlichen Aufgaben im Gefolge des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 (BVerfGE 115, 276) durch die örtlichen Stellen gewährleisten sollte. Der Erlass, der sich zudem **unmittelbar nur an die Bezirksregierungen** als Aufsichtsbehörden (§ 7 II OBG NW) richtete, regelte nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts landesweit das weitere Vorgehen der Ordnungsbehörden im Zusammenhang mit dem Verbot privat veranstalteter Sportwetten aufgrund des seinerzeit geltenden Lotteriestaatsvertrags. Er bezog sich dabei*

auf eine **unbestimmte Vielzahl von Einzelfällen**, denen zudem unterschiedliche Sachverhalte zugrunde lagen.

Eine derartige **allgemeine Weisung löst keine Haftungsverlagerung** von der ausführenden auf die anweisende Behörde aus (vgl. BGH NJW 1971, 1699, 1700; BGHZ 63, 319, 324).“ (BGH aaO.)

Die handelnde Behörde könnte sich daher nicht auf die Haftungsverlagerung berufen.

## 2. Ausschluss der Berufung auf fehlende Passivlegitimation

Fraglich ist jedoch, ob es dem beklagten Land trotz fehlender Haftungsverlängerung ausnahmsweise versagt ist, sich auf das Fehlen der Passivlegitimation zu berufen, weil es den Weisungscharakter des Erlasses der Klägerin gegenüber ausdrücklich bestätigt hat.

„Die Anfrage der Bevollmächtigten der Klägerin diene für den Beklagten ersichtlich dazu, die Frage der Passivlegitimation der Stadt und des Landes für die geltend gemachten Schadensersatzansprüche zu klären. Vor diesem Hintergrund mussten die Vertreter der Kläger das Schreiben vom 11.11.2010 dahin verstehen, dass der Beklagte das Vorliegen einer sich auf einen **überschaubaren Kreis bestimmter Personen beziehenden, die Haftung auf ihn verlagernden Weisung** (vgl. hierzu Senatsurteil vom 12.12.1974 - III ZR 76/70, BGHZ 63, 319, 324) bestätigte. Hieran muss sich der Beklagte festhalten lassen.“ (BGH aaO.)

## II. Vorliegen der Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch

Beide Anspruchsgrundlagen setzten voraus, dass der Erlass und die Aufrechterhaltung der Ordnungsverfügung rechtswidrig gewesen sind. Dies ist nach der Rechtsprechung des EUGH der Fall gewesen,

### 1. Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch

Der Unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch setzt einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht voraus. Fraglich ist, ob dies hier der Fall ist.

#### a) Bis 31.12.2007

Aus den **Entscheidungen des EuGH** in Sachen Carmen Media (NVwZ 2010, 1422), Stoß u.a. (NVwZ 2010, 1409) und Winner Wetten (NVwZ 2010, 1419) vom 08.09.2010 ging ein solcher qualifizierter Rechtsverstoß nicht hinreichend deutlich hervor. Die Entscheidung des **Bundesverfassungsgerichts** vom 28.03.2006 (BVerfGE 115, 276) stellte zwar die Europarechtswidrigkeit des seinerzeitigen Monopols fest, räumte jedoch eine **Übergangsfrist zur gesetzlichen Neuregelung bis zum 31.12.2007** ein.

„Da die **verfassungs- und unionsrechtlichen Kriterien für die Kohärenz des Sportwettenmonopols**, ... **identisch waren**, durften die Behörden davon ausgehen, dass mit Einhaltung der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Maßgaben zur Herstellung der notwendigen Kohärenz nicht nur die verfassungsrechtlichen, sondern auch die unionsrechtlichen Bedenken behoben waren. Daran ändert nichts, dass das Bundesverfassungsgericht formal grundsätzlich nicht abschließend über das Unionsrecht zu befinden hat. Dessen ungeachtet **durfte sich die Verwaltung der Sache nach auf die höchstrichterlichen Ausführungen und auf die sich hieraus ohne weiteres ergebenden Schlussfolgerungen verlassen**.“ (BGH aaO.)

#### b) Ab 01.01.2008

„Die gleichen Erwägungen gelten ebenso für die Zeit ab dem 01.01.2008 bis zu den Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 08.09.2010 (NVwZ 2010, 1422). Ab dem 01.01.2008 galt der **neue Glücksspielstaatsvertrag** (siehe nordrheinwestfälisches Gesetz zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 30.10.2007 nebst Anlage, GV. NRW. S. 445). Erst aufgrund der vorgenannten Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 08.09. 2010 wurde hinreichend deutlich, dass auch der **neue Staatsvertrag nicht die Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben** gewährleistete und das in dem Staatsvertrag geregelte Monopol für Sportwetten mit der durch Art. 56 AEUV garantierten Dienstleistungsfreiheit nicht in Einklang stand.“ (BGH aaO.)

#### c) Ab 08.09.2010

„Für den Zeitraum ab dem 08.09.2010 ist im Ergebnis ebenfalls **keine andere Bewertung geboten**. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind ungeachtet der Unzulässigkeit des in den bisherigen Staatsverträgen enthaltenen Sportwettenmonopols sowohl **Erlaubnisvorbehalte** für die Tätigkeit von Wettanbietern (vgl. § 4 I des Glücksspielstaatsvertrags vom 30.10.2007) als auch **Beschränkungen** auf bestimmte Arten von Wetten **möglich** (z.B. Urteil vom 08.09.2010 - Carmen Media, NVwZ 2010, 1422 Rn. 84 ff, 102 ff). Die Revision zeigt **keinen Sachvortrag** in den Vorinstanzen auf, aus dem sich ergibt, dass die Klägerin einen **Anspruch auf Erteilung einer**

*Erlaubnis für das von ihr zu vermittelnde Wettangebot haben könnte, so dass die unterbliebene Aufhebung der Untersagungsverfügung oder auch die unterbliebene Aufhebung des Erlasses vom 31.03.2006 einen hinreichend qualifizierten Rechtsverstoß darstellen würde.“ (BGH aaO.)*

Ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen Unionsrecht ist daher nicht feststellbar.

## 2. Amtshaftungsanspruch, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Es fehlt aus den vorstehenden Gründen an dem notwendigen Verschulden der handelnden Amtsträger für den Erlass und das Aufrechterhalten der in Rede stehenden Verfügung.

## 3. Entschädigungsanspruch nach § 39 I b OBG NW

Nach § 39 I b OBG NW kann derjenige, der durch eine rechtswidrige Maßnahme einer Ordnungsbehörde einen Schaden erlitten hat, diesen ersetzt verlangen, gleichgültig, ob die Behörde ein Verschulden trifft oder nicht. Fraglich ist jedoch, ob die Vorschrift auf Fälle der vorliegenden Art, also bei sich dem Verstoß gegen das Grundgesetz oder das Unionsrecht ergebender Rechtswidrigkeit, überhaupt anwendbar ist.

### a) Einklang mit dem nationalen Recht

*„Entscheidend hierfür ist, dass die **Verwaltungsmaßnahmen im Einklang mit den (nationalen) Gesetzen** standen. Nach § 5 II und IV des zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung maßgeblichen, am 01.07.2004 in Kraft getretenen Staatsvertrags zum Lotteriewesen in Deutschland (LoStV) bestand für die hier in Rede stehenden Wetten ein **staatliches Veranstaltungsmonopol**. Nach § 14 III 2 i.V.m. § 12 I 2 Nr. 1 LoStV - hier in Verbindung mit § 1 I 2 des nordrheinwestfälischen Sportwettengesetzes in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 14.12.1999 (GV. NRW. S. 687) - durften die Behörden die Vermittlung von gegen das Sportwettenmonopol verstoßenden Wetten untersagen. Für den ab dem 01.01.2008 geltenden Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStV 2008) folgte das Monopol aus dessen § 10 II und V. Die **Untersagungsbefugnis der Behörden** ergab sich aus § 4 I 2, § 9 I 2 und 3 Nr. 3 GlüStV 2008 (siehe jetzt § 10 II, VI, § 4 I 2, § 9 I 2 und 3 Nr. 3 unter der Maßgabe von § 10a des in Nordrhein-Westfalen gemäß Art. 2 § 24 I des Gesetzes zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 13.11.2012 mit Anlage, GV. NRW. 524, am 01.12.2012 in Kraft getretenen geltenden GlüStV).*

*Entgegen der Ansicht der Revision beruhten der Erlass der Ordnungsverfügung und die Anordnung ihrer sofortigen Vollziehung **nicht auf Ermessensfehlern** der Stadt. Nach der (nationalen) Rechtslage erfüllte die Vermittlung von Sportwetten außerhalb des Monopols den **Straftatbestand des § 284 I StGB**. Vor diesem Hintergrund war das sofortige Einschreiten der Ordnungsbehörden lediglich die Folge einer konsequenten Durchsetzung des nationalen Rechts und nicht die einer unzureichenden Ermessensausübung.*

*Damit beruht die objektive Rechtswidrigkeit der in Rede stehenden Maßnahmen ausschließlich darauf, dass das (nationale) Recht, das die Verwaltung für sich genommen zutreffend angewandt hat, dem Verfassungs- und dem Unionsrecht widersprach.“ (BGH aaO.)*

### b) Anwendbarkeit des § 39 I b OBG NW

Bei dem verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch für Schäden infolge rechtswidriger Maßnahmen der Ordnungsbehörden nach § 39 I b OBG NW handelt es sich um eine **spezialgesetzliche Konkretisierung der Haftung aus enteignungs-gleichem Eingriff** (BGH NJW 1979, 34, 36).

*„Im Zusammenhang mit dem **richterrechtlich geprägten und ausgestalteten Institut** des enteignungsgleichen Eingriffs hat der Senat wiederholt entschieden, dass eine **Haftung für legislatives Unrecht** in Gestalt eines mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbarenden formellen Gesetzes **ausscheidet** [m.w.N.]. Auch für den Vollzug eines verfassungswidrigen Gesetzes haftet die öffentliche Hand nicht unter dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs [m.w.N.].*

*Ist hiernach die Haftung für legislatives Unrecht und seinen verwaltungsmäßigen Vollzug von § 39 I b OBG NW nicht erfasst, gilt dies nicht nur für die Fälle des Verstoßes eines Gesetzes gegen nationales Verfassungsrecht, sondern **gleichermaßen**, wenn, wie hier, ein **innerstaatliches Gesetz gegen Recht der Europäischen Union verstößt**.*

*Da § 39 I b OBG NW aus den vorgenannten Gründen eine Konkretisierung des Grundsatzes der Haftung für enteignungsgleiche Eingriffe darstellt, sind die vorstehenden Erwägungen auf diese Bestimmung übertragbar.“ (BGH aaO.)*

§ 39 I b OBG NW ist auf den Vollzug unionsrechtswidriger nationaler Vorschrift nicht anwendbar.

(BVerwG in DÖV 2015, 757; Urteil vom 25.03.2015 – 6 C 12.14)

1. Die Gesetzgebungskompetenzen der Art. 73 f. GG schließen als **Annex** die Befugnis ein, **Voraussetzungen und Grenzen** zu regeln, unter denen der Öffentlichkeit einschließlich der Presse **Informationen zu erteilen** sind oder erteilt werden dürfen.
2. Vertragsinhalte, die dem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis unterfallen oder für deren Geheimhaltung fiskalische Interessen sprechen, sind im Bereich des staatlichen Liegenschaftswesens **nicht abwägungsfest vom informatorischen Zugriff der Presse** aufgrund des verfassungsunmittelbaren Presseauskunftsanspruchs gem. Art. 5 I 2 GG ausgenommen.

**Fall:** Die beklagte Bundesanstalt für Immobilienaufgaben sowie das Land Berlin, der Beigeladene zu 2, waren jeweils Eigentümer von Teilflächen des ehemaligen Berliner Flughafens Tempelhof. Gemeinsam schlossen sie mit der Beigeladenen zu 1 einen Mietvertrag über Teile des Geländes. Der Vertrag berechtigt die Beigeladene zu 1 zur Durchführung von zwei etwa vierwöchigen Modemessen pro Jahr. Die Wirtschaftlichkeit der Vermietung wurde in öffentlichen Stellungnahmen, unter anderem von Mitgliedern des Abgeordnetenhauses von Berlin, erörtert und teilweise angezweifelt.

Der Kläger ist Journalist in Köln. Er beehrte von der Beklagten Auskunft u.a. über den Inhalt des Mietvertrags. Diese erwiderte, sie mache gegenüber Außenstehenden keine Angaben zum Inhalt von Mietverträgen. Ihre privaten Vertragspartner müssten sich auf deren vertrauliche Behandlung verlassen können. Der Kläger hat daraufhin Klage auf Auskunftserteilung erhoben. Diese hat das Verwaltungsgericht abgewiesen. Nachdem zwischenzeitlich der Beigeladene zu 2 bestimmte Passagen des Mietvertrages offen gelegt hatte, hat der Kläger sein Auskunftsbegehren hinsichtlich der verbleibenden, weiterhin geheim gehaltenen Passagen im Berufungswege weiterverfolgt. Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um Vertragsbestimmungen über Mietzinsen, Mietsicherheiten, Mietminderung, geschuldete Baumaßnahmen, Verlängerungsoptionen und Sonderkündigungsrechte. Hat er hierauf einen Anspruch?

### I. Anspruch aus § 4 I PresseG NRW

Nach § 4 I PresseG NRW sind die Behörden verpflichtet, den Vertretern der Presse die der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe dienenden Auskünfte zu erteilen. Fraglich ist, ob diese Regelung hier anwendbar ist.

*„Die Beklagte nimmt Aufgaben der **Liegenschaftsverwaltung des Bundes** wahr (§ 1 I 3, § 2 I BImAG). Sie soll eine einheitliche Verwaltung des Liegenschaftsvermögens des Bundes nach kaufmännischen Grundsätzen vornehmen und nicht betriebsnotwendiges Vermögen wirtschaftlich veräußern (§ 1 I 5 BImAG). Kraft Natur der Sache liegt die gesetzliche Ausgestaltung des Bundesliegenschaftswesens einschließlich der Art und Weise der Aufgabenerfüllung durch die Beklagte **in ausschließlicher Bundeskompetenz**. Diese Kompetenz schließt wie bei anderen dem Bund zugewiesenen Sachmaterien **als Annex die Befugnis ein, Voraussetzungen und Grenzen** zu regeln, unter denen der Öffentlichkeit einschließlich der Presse **Informationen zu erteilen** sind oder erteilt werden dürfen (vgl. BVerwG, Urteil vom 20.02.2013 - 6 A 2.12 - BVerwGE 146, 56 Rn. 22 ff., 25). Der notwendige Ausgleich zwischen Transparenz- und Vertraulichkeitsinteressen muss von dem für die Sachmaterie verantwortlichen Gesetzgeber in enger Abstimmung auf die Sach- und Rechtsstrukturen der betroffenen Materie und deren spezifische Problemlagen und Regelungsnotwendigkeiten geregelt werden können. Mangels einer Ermächtigung gemäß Art. 71 GG besteht im vorliegenden Fall für die Anwendung des Landespressegesetzes kein Raum.“* (BVerwG aaO.)

### II. Verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch nach Art. 5 I 2 GG

Ein Anspruch des Klägers, ihn über die streitbefangenen Vertragsbestimmungen zu informieren, könnte sich aus einem verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs ergeben.

#### 1. Keine bundesgesetzliche Regelung über Presseauskunftsansprüche

Der zuständige Bundesgesetzgeber hat keine Regelung über Presseauskunftsansprüche getroffen und das Landespressegesetz ist – wie gesehen – nicht anwendbar. Insofern kann sich ein Auskunftsanspruch nur unmittelbar aus der Verfassung ergeben.

#### 2. Auskunftsanspruch aus Art. 5 I 2 GG

*„Aufgrund des verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs können Pressevertreter in **geeigneter Form behördliche Auskünfte verlangen**, soweit berechnigte schutzwürdige Interessen Privater oder öffentlicher Stellen an der Vertraulichkeit von Informationen nicht entgegenstehen (BVerwG, Urteil vom 20.02.2013 - 6 A 2.12 - BVerwGE 146, 56 Rn. 29).“* (BVerwG aaO.)

### 3. Abwägung

Ein Auskunftsanspruch gegen die Beklagten ist daher gegeben, wenn die Abwägung ergibt, dass der grundrechtlich geschützte presserechtliche Auskunftsanspruch nicht hinter dergestalt berechtigten Interessen zurückzutreten hat.

#### a) Keine pauschale Anspruchsverneinung bei berechtigten schutzwürdigen Interessen

„Die Berechtigung von Vertraulichkeitsinteressen, die dem verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch entgegenstehen können, bestimmt sich in Abhängigkeit von dem **Regelungsspielraum**, über den der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung behördlicher Auskunftspflichten verfügt. Der Gesetzgeber ist kraft des **objektivrechtlichen Gewährleistungsgehalts der Pressefreiheit** gehalten, Presseauskunftspflichten zu schaffen (BVerfG, Urteil vom 05.08.1966- 1 BvR 586/62 u.a. - BVerfGE 20, 162 [175 f.]; BVerwG, Urteil vom 20.02.2013 - 6 A 2.12 - BVerwGE 146, 56 Rn. 27). Solange der - hier zuständige - Bundesgesetzgeber dem **verfassungsrechtlichen Regelungsauftrag nicht nachgekommen** ist, verhindert der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch, dass der objektivrechtliche Gewährleistungsgehalt der Presse leerläuft. Seine Anwendung muss allerdings in einer Weise vorgenommen werden, die **nicht die Ausgestaltungsprärogative des Gesetzgebers unterläuft**, indem sie auf der Grundlage von Interessensgewichtungen und -abwägungen erfolgt, die nach der Verfassungsordnung - welche selbst den Auskunftsstandard nicht abschließend festlegt - ausschließlich dem Gesetzgeber aufgetragen sind. Dementsprechend besteht der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch in demjenigen Umfang, den der Gesetzgeber selbst nicht unterschreiten dürfte (BVerwG, Urteil vom 20.02.2013 - 6 A 2.12 - BVerwGE 146, 56 Rn. 27). Also ist er **durch Vertraulichkeitsinteressen ausgeschlossen**, die der Gesetzgeber für die gegebene Sachkonstellation **als Ausschlussgrund normieren dürfte**.

Nur sofern ein Vertraulichkeitsinteresse diese Anforderung erfüllt, setzt es sich berechtigterweise gegen das Informationsinteresse eines Pressevertreters durch. Die in der Revisionsbegründung der Beklagten anklingende Auffassung, gegenläufige private oder öffentliche Vertraulichkeitsinteressen würden den verfassungsunmittelbaren **Presseauskunftsanspruch ohne weiteres ausschließen, geht daher fehl**. Entscheidend ist, ob der Gesetzgeber berechtigt wäre, dem betroffenen Vertraulichkeitsinteresse für die gegebene Sachkonstellation Vorrang vor dem Informationsinteresse der Presse einzuräumen.“ (BVerwG aaO.)

#### b) Vorrang der Vertraulichkeitsinteressen nur bei plausiblen Gründen

Der Gesetzgeber unterliegt zum einen der Vorgabe, Vertraulichkeitsinteressen nur dann Vorrang gegenüber dem Informationsinteresse von Pressevertretern einzuräumen, wenn hierfür plausible Gründe sprechen (BVerwG, Urteil vom 20.02.2013 - 6 A 2.12 - BVerwGE 146, 56 Rn. 29).

„Zur Bestimmung des Stellenwerts von Vertraulichkeitsinteressen können als **Orientierungshilfe** die gesetzlich geregelten allgemeinen und bereichsspezifischen Ausschlussgründe der **Informationsfreiheitsgesetze** (IFG, UIG, VIG) herangezogen werden. Diese Gesetze begründen Informationszugangsansprüche, die nicht grundrechtlich fundiert sind (BVerwG, Urteil vom 20.02.2013 - 6 A 2.12 - BVerwGE 146, 56 Rn. 28). Kann diesen Ansprüchen ein vom Gesetzgeber als schutzwürdig erachtetes Vertraulichkeitsinteresse nicht entgegen gehalten werden, weil kein gesetzlicher Ausschlussgrund eingreift, muss dies erst recht für den grundrechtlich gewährleisteten Auskunftsanspruch der Presse gelten.

Dagegen besagt die Entscheidung des Gesetzgebers, **zugunsten bestimmter Vertraulichkeitsinteressen** den informationsfreiheitsrechtlichen Informationszugang nach dem Informationsfreiheitsgesetz oder nach bereichsspezifischen Gesetzen auszuschließen, nicht, dass es verfassungskonform wäre, diesen **Interessen auch Vorrang vor dem Informationsinteresse der Presse** einzuräumen. Ob ein solcher Vorrang zulässig wäre, bedarf der **eigenständigen Prüfung** anhand der Maßgabe der Sicherung einer effektiven funktionsgemäßen Betätigung der Presse, die der Senat in seinem Urteil vom 20.02.2013 - 6 A 2.12 - (BVerwGE 146, 56 Rn. 27) als weitere Vorgabe an den Gesetzgeber aufgezeigt hat.“ (BVerwG aaO.)

Eine effektive funktionsgemäße Betätigung der Presse setzt voraus, dass ihre Vertreter in hinreichendem Maß von staatlichen Stellen Auskunft über Angelegenheiten erhalten, die nach ihrem Dafürhalten von öffentlichem Interesse sind.

„Mit der **hohen Bedeutung der Presse für die öffentliche Meinungsbildung** in der Demokratie wäre es nicht vereinbar, insoweit eine restriktive Betrachtungsweise an den Tag zu legen. Der Gesetzgeber ist zwar unter besonderen Umständen berechtigt, einzelne behördliche Funktionsbereiche von Auskunftspflichten auszunehmen (BVerwG, Urteil vom 20.02.2013 - 6 A 2.12 - BVerwGE 146, 56 Rn. 27). Aber er ist **nicht berechtigt, ganze Verwaltungsbereiche auszunehmen**. Dem verfassungsrechtlich anerkannten Vermittlungs- und Kontrollauftrag der Presse ist nur dann in genügender Weise Rechnung getragen, wenn - von einzelnen behördlichen Funktionsbereichen besonderen Charakters

abgesehen - Ausschlussgründe einen punktuellen Zuschnitt aufweisen, mit dem der Gesetzgeber konkret umrissenen gegenläufigen Schutzgütern Rechnung trägt, und zwar beschränkt auf das Maß, in dem bei materieller Betrachtung tatsächlich ein Schutzbedarf erkennbar ist. Der Presse müssen zu dem trotz der Ausschlussgründe wirksame Informations- und Recherchemöglichkeiten hinsichtlich des betroffenen Verwaltungsbereichs verbleiben. Wäre die Konsequenz eines bestimmten Ausschlussgrundes oder des Zusammenspiels mehrerer von ihnen, dass die Presse sich über die staatliche Betätigung in einem bestimmten Verwaltungsbereich kein aussagekräftiges Urteil mehr bilden könnte, wäre ihr eine effektive funktionsgemäße Betätigung verwehrt.“ (BVerwG aaO.)

### c) Kein genereller Ausschluss des staatlichen Liegenschaftswesens

Fraglich ist, ob der Gesetzgeber bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe befugt ist, im **Bereich des staatlichen Liegenschaftswesens**, bezogen auf die hier gegebene Sachkonstellation, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie fiskalische Interessen ohne jede Ausnahme gegen einen informatorischen Zugriff der Presse zu schützen, d.h., als **abwägungsfesten Ausschlussgrund** zu normieren.

„Soweit die Liegenschaftsverwaltung in Wahrnehmung ihrer Verwertungsaufgaben vertragliche Vereinbarungen abschließt, besteht zwar ein **nachvollziehbares fiskalisches Interesse**, diese Vereinbarungen oder jedenfalls bestimmte Teile von ihnen vertraulich zu behandeln. Die Vertraulichkeitswahrung wird vielfach den Markterwartungen entsprechen, deren Erfüllung gefordert sein kann, um die eigene Marktakzeptanz zu erhalten. Insbesondere kann dies insoweit der Fall sein, als Vereinbarungsinhalte betroffen sind, die für den Vereinbarungspartner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen.

Auf der anderen Seite ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Abschluss vertraglicher Vereinbarungen, welche die Liegenschaftsverwaltung zu Verwertungszwecken vornimmt, den **Kern ihrer Aufgabenerfüllung** ausmacht. In den Vereinbarungen, namentlich ihren entgeltbezogenen Bestimmungen, bildet sich ab, in welcher Weise die Liegenschaftsverwaltung im Ergebnis ihrer Tätigkeit den **öffentlichen Interessen Rechnung getragen** hat, die zu wahren ihr gesetzlich aufgetragen sind. Insofern liegen die Dinge anders als beispielsweise im Bereich der Wirtschaftsverwaltung oder der Steuerverwaltung. Soweit dort eine staatliche Behörde im Zuge ihrer Tätigkeit Kenntnis etwa von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Privater erhält, bleibt die wertende Beurteilung ihrer Aufgabenerfüllung in aller Regel möglich, ohne dass auf diese Geheimnisse zugegriffen werden müsste.

Ist der Inhalt abgeschlossener vertraglicher Vereinbarungen ein **zentraler Beurteilungsfaktor** in Bezug auf die Aufgabenerfüllung der staatlichen Liegenschaftsverwaltung, wäre eine **effektive funktionsgemäße Betätigung** der Presse in diesem Bereich **nicht möglich**, sofern ihr bestimmte Teile solcher Vereinbarungen kategorisch unzugänglich blieben. Es ist denkbar, dass im Einzelfall, je nach Lage der Umstände, dem diesbezüglichen Informationsinteresse eines Pressevertreters höheres Gewicht zukommt als dem Interesse betroffener Privater und der Liegenschaftsverwaltung an der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bzw. als den fiskalischen Interessen, die gegen eine Offenlegung streiten.

Vor diesem Hintergrund ist der Gesetzgeber gehalten, für den Bereich der Liegenschaftsverwaltung Auskunftsvorschriften vorzusehen, die es in Bezug auf abgeschlossene vertragliche Vereinbarungen zulassen, das Informationsinteresse der Presse mit gegenläufigen fiskalischen Interessen sowie mit gegenläufigen Interessen an der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen anhand der jeweiligen Einzelfallumstände abzuwägen. Besteht eine solche Pflicht des Gesetzgebers, muss auch bei Anwendung des verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs eine **Abwägung vorgenommen** werden.“ (BVerwG aaO.)

### d) Einzelfallabwägung

Die Abwägung des grundrechtlichen Stellenwerts der gegenläufigen Interessen sowie Bedeutung und Tragweite des Art. 5 I 2 GG einerseits und des Art. 12 I GG andererseits führt zum Bestehen eines Auskunftsanspruchs des Klägers.

Berechtigte schutzwürdige Interessen Privater oder öffentlicher Stellen an der Vertraulichkeit der streitbefangenen Vertragsbestimmungen stehen der vom Kläger begehrten Auskunftserteilung nicht entgegen. Zwar unterfallen, wie das Obergericht ausgeführt hat, die Vertragsbestimmungen dem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der übrigen Beteiligten und lassen sich ferner fiskalische Gründe für ihre Geheimhaltung ausmachen. Die Vertraulichkeitsinteressen, die insoweit zu Tage treten, sind für sich genommen auch schutzwürdig. Sie sind jedoch nicht berechtigt in dem Sinne, dass ihnen gegenüber dem Informationsinteresse des Klägers Vorrang einzuräumen wäre.

## Kurzauslese I

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

BGB  
§§ 2366, 2367

**Guter Glaube des Erbscheins**  
**Umfang des Gutgläubensschutzes**

ErbR

(BGH in MDR 2015, 585; Beschluss vom 08.04.2015 – IV ZR 161/14)

Die Gutgläubensvorschriften der §§ 2366, 2367 BGB setzen ein **Verkehrsgeschäft** voraus. Daran fehlt es bei **Rechtsgeschäften innerhalb der Erbengemeinschaft** (hier: Kündigung eines Darlehens durch einen im Erbschein ausgewiesenen Miterben gegenüber einem anderen Miterben)

„Die Vorinstanzen meinen, der Kündigung v. 05.03.1999 stehe nicht entgegen, dass die **Klägerin hierzu nicht berechtigt** gewesen sei, da gem. § 2367 Alt. 2, § 2366 BGB von deren Wirksamkeit unter **Rechtsscheingesichtspunkten** auszugehen sei. Das ist unzutreffend. Gemäß § 2367 Alt. 2 BGB findet § 2366 BGB zwar entsprechende Anwendung, wenn zwischen demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet wird, und einem anderen in Ansehung eines zur Erbschaft gehörenden Rechts ein nicht unter die Vorschrift des § 2366 BGB fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält. Hierunter sind insbesondere **Gestaltungsrechte**, z.B. die Kündigung, zu verstehen (vgl. Mayer in MüKo-BGB, 6. Aufl., § 2367 Rn. 7; Staudinger/Schilken, BGB, 2004, § 2367 Rn. 5).

Die §§ 2366, 2367 BGB setzen aber – wie die übrigen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb auch MDR 2015, 597 (§§ 932 ff., 892 BGB) – ein **Rechtsgeschäft in der Form eines Verkehrsgeschäfts** voraus. Veräußerer und Erwerber dürfen daher weder rechtlich noch wirtschaftlich – auch nur teilweise – identisch sein (BGH, Urt. v. 29.06.2007 – V ZR 5/07 – Rn. 22, BGHZ 173, 71 = MDR 2007, 1362 f.; Beschl. v. 13.07.1959 – V ZB 6/59, BGHZ 30, 255 f. jeweils für den gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB). Auch im Bereich der **erbrechtlichen Gutgläubensvorschriften** gem. §§ 2366, 2367 BGB ist allgemein anerkannt, dass diese nur bei Vorliegen eines Verkehrsgeschäfts Anwendung finden (OLG Hamm FamRZ 1975, 510 [513 f.]; Mayer in MüKo-BGB, 6. Aufl., § 2366 Rn. 11; Staudinger/Schilken, BGB, 2004, § 2366 Rn. 10; ...). Hieraus folgt, dass **im Rahmen einer Erbauseinandersetzung unter Miterben kein gutgläubiger Erwerb möglich** ist (BGH, Urt. v. 13.12.2000 – IV ZR 239/99, MDR 2001, 510 = ZEV 2001, 116 unter 2 b;)

Zwar handelt es sich hier nicht um einen gutgläubigen Erwerb durch den Rechtsvorgänger der Beklagten, sondern um ein von der Klägerin diesem gegenüber vorgenommenes Rechtsgeschäft gem. § 2367 Alt. 2 BGB. Dies rechtfertigt aber keine abweichende Beurteilung. Die Gutgläubensvorschriften müssen hinsichtlich des Begriffs des Verkehrsgeschäfts einheitlich ausgelegt werden, unabhängig davon, um welches Rechtsgeschäft es im Einzelnen geht. Für die **Anwendung der Gutgläubensvorschriften innerhalb einer Gesamthandsgemeinschaft ist von vornherein kein Raum**, da lediglich der rechtsgeschäftliche Erwerb durch einen Dritten geschützt werden soll (BGH v. 29.06.2007, aaO. – Rn. 23). Entsprechendes hat im Rahmen von § 2367 Alt. 2 BGB für die dort genannten Rechtsgeschäfte zu gelten. Für eine Differenzierung zwischen den einzelnen Gutgläubensstatbeständen der §§ 2366, 2367 BGB besteht keine Veranlassung.“ (BGH aaO.)

BGB  
§ 254

**Schreckreaktion im Straßenverkehr**  
**Mitverschulden**

SR BT

(OLG Karlsruhe in NJW-RR 2015, 1059; Beschluss vom 07.01.2015 – 9 U 9/14)

Wenn eine **Fußgängerin**, die plötzlich und unerwartet **durch einen Hund erschreckt** wird, in einem „Reflex“ einen Schritt zur Seite macht, und dabei in die Fahrbahn eines herannahenden Fahrzeugs tritt, liegt in der Regel eine **Handlung im Rechtssinne** vor, da auch ein „automatisiertes“ menschliches Verhalten grundsätzlich einer möglichen Bewusstseinskontrolle und Willenssteuerung unterliegt.

Bei einer **Schreckreaktion in einer plötzlichen Gefahrensituation** kann es jedoch an einem Verschulden der Fußgängerin auch dann fehlen, wenn die konkrete Handlung – Schritt zur Seite – zur Abwendung der Gefahr objektiv nicht notwendig war.

**Fall:** Die Klägerin war zur Unfallzeit auf der H.Straße in A. zu Fuß unterwegs, um zu einer Bushaltestelle zu laufen. Es gibt in der H.Straße keine Gehwege. Die Klägerin lief auf der Fahrbahn und zwar – aus ihrer Sicht – am linken Fahrbahnrand. Der Beklagte Ziff. 1 kam mit seinem Pkw – mit geringer oder sehr geringer Geschwindigkeit – entgegen und wollte an der am Fahrbahnrand gehenden Klägerin vorbeifahren. Als sich der Beklagte auf der Höhe der Klägerin befand, lief diese gerade am Anwesen der Familie K. entlang. Zwischen dem Garten des Anwesens und der Straße befindet sich ein Maschendrahtzaun. Im Garten des Anwesens befand sich der Hund der Familie K.. Der Hund hatte sich, als die Klägerin am Zaun entlangging, angeschlichen und bellte plötzlich laut los, als er am Zaun war, und sprang gegen den Zaun. Die Klägerin hatte den Hund vorher nicht bemerkt und machte in diesem Moment vor Schreck einen Schritt nach rechts in die Fahrbahn. Dabei geriet sie gegen den rechten Außenspiegel des gerade vorbeifahrenden Fahrzeugs des Beklagten. Der Kontakt mit dem Pkw führte dazu, dass die Klägerin das Gleichgewicht verlor und auf die Fahrbahn stürzte. Hat die Klägerin einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten?

Die Klägerin könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf **Schadensersatz nach § 7 I StVG** haben. Grundsätzlich wurde der Schaden beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs verursacht. Da es sich hierbei um eine Gefährdungshaftung handelt, kommt es auf ein Verschulden des Beklagten nicht an. Auch liegt **keine höhere Gewalt** nach § 7 II StVG vor, die eine Ersatzpflicht der Beklagten ausschließen würde. Allerdings s könnte der Anspruch der Klägerin durch ein **Mitverschulden** (§ 254 BGB, § 9 StVG) gemindert sein.

„Die Klägerin hat den Unfall **mitverursacht** dadurch, dass sie – erschreckt durch den bellenden und gegen den Zaun springenden Hund – einen Schritt vom Rand in die Fahrbahn gemacht hat, möglicherweise über eine Distanz von ca. 50 cm. Zwar ergibt sich aus § 1 II StVO (allgemeine Verhaltenspflichten im Straßenverkehr) für einen Fußgänger die **Pflicht, beim Herannahen eines Fahrzeugs grundsätzlich keinen Schritt zur Seite** in die Richtung des Pkw zu machen. Denn dadurch entsteht die Gefahr eines Unfalls.

Im vorliegenden Fall liegen jedoch Umstände vor, die einen **Fahrlässigkeitsvorwurf** gegenüber der Klägerin **ausschließen**. Allerdings stellt der Schritt in die Fahrbahn – entgegen der Auffassung des LG – eine Handlung im Rechtssinne dar, an welche grundsätzlich zivilrechtliche Folgen geknüpft werden können. Der Umstand, dass das Verhalten der Klägerin eine Schreckreaktion war, die umgangssprachlich auch als „Reflex“ bezeichnet werden kann, ändert daran nichts. Eine **unwillkürliche Bewegung**, die nicht mehr als Handlung im Rechtssinne bezeichnet werden kann, liegt nur dann vor, wenn das betreffende Verhalten **nicht der Bewusstseinskontrolle und Willenslenkung der Person unterliegt** (vgl. BGH v. 12.02.1963 – VI ZR 70/62, MDR 1963, 399 = NJW 1963, 953; ... Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, § 823 BGB Rn. 2). Auch bei einem „automatisierten“ Verhalten liegt hingegen eine Handlung grundsätzlich vor, wenn das Verhalten dem **regulierenden Zugriff des steuernden Bewusstseins offenbleibt** (vgl. dazu Spiegel, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen, DAR 1968, 283 [285]). Dies gilt insbesondere bei sog. **Schreckreaktionen**, bei denen erst die innere psychische Verarbeitung eines äußeren Reizes zu einer bestimmten Handlung führt. Entscheidend ist dabei ..., dass nicht jeder Mensch in gleicher Weise reagiert. Im vorliegenden Fall erscheint es nicht völlig ausgeschlossen, dass ein anderer Mensch als die Klägerin sich so auf das herannahende Fahrzeug des Beklagten Ziff. 1 hätte konzentrieren können, dass der plötzlich bellende Hund keine Schreckreaktion (Schritt zur Seite in die Fahrbahn) verursacht hätte (vgl. zur Handlungsqualität derartiger „Schreckreaktionen“ Spiegel, aaO. S. 290).

Das Verhalten der Klägerin war jedoch, wie das LG zutreffend festgestellt hat, nicht fahrlässig i.S.v. § 276 II BGB. Für den **Fahrlässigkeitsvorwurf** ist darauf abzustellen, welche **Anforderungen an menschliches Verhalten** in einer bestimmten Situation gestellt werden können. Für „Schreckreaktionen“ ist anerkannt, dass kein Verschulden vorliegt, wenn jemand in einer ohne sein Verschulden eingetretenen, für ihn **nicht vorhersehbaren Gefahrenlage keine Zeit zu ruhiger Überlegung hat**, und deshalb nicht das Richtige und Sachgerechte unternimmt, um einen Unfall zu verhüten, sondern **aus verständlicher Bestürzung objektiv falsch reagiert** (vgl. BGH v. 16.03.1976 – VI ZR 62/75, MDR 1976, 749 = NJW 1976, 1504; Urt. v. 04.11.2008 – VI ZR 171/07, MDR 2009, 203 – Rn. 10, juris; Palandt/Grüneberg, aaO., § 276 BGB Rn. 17; Spiegel, aaO., S. 291).

Eine solche Situation, die einen Verschuldensvorwurf ausschließt, war für die Klägerin gegeben. Das plötzliche und für die Klägerin unerwartete Bellen und Gegen-den-Zaun-Springen des Hundes war für die Klägerin eine plötzliche, im ersten Moment nicht vollständig beherrschbare Gefahrensituation. ... Es gehört zum Wesen einer solchen Schreckreaktion, dass ein Mensch im ersten Moment nicht ohne weiteres unterscheiden kann, ob der bellende und springende Hund vom Zaun zurückgehalten wird, oder ob es zu einem echten Angriff mit Bissverletzungen kommt. Die Reaktion der Klägerin beruhte mithin **nicht auf einer fehlerhaften Wahrnehmung einer objektiv nicht vorhandenen Gefahrenlage**. Vielmehr hatte die Klägerin bei ihrer automatisierten Reaktion – Schritt zur Seite – keine ausreichende Zeit, um noch vor diesem Schritt erkennen und entscheiden zu können, **ob der Schritt zum Ausweichen gegenüber dem Hund notwendig und sinnvoll** war. Für die Reaktion der Klägerin war dabei keineswegs eine besondere Ängstlichkeit oder Empfindlichkeit maßgeblich. Vielmehr hätten in dieser Situation – angesichts der Plötzlichkeit des Ereignisses – viele Erwachsene ähnlich reagiert. Wer in dieser Situation bei einer nachträglichen Betrachtung **objektiv falsch reagiert**, weil der Zaun den Hund zurückgehalten hat, handelt **nicht schuldhaft** (vgl. für entsprechende Fälle BGH, Urt. v. 04.11.2008 – VI ZR 171/07 – Rn. 10, MDR 2009, 203 = juris). Der vorliegende Fall ist vergleichbar mit den Fällen, in denen ein Kraftfahrer bei einem plötzlichen Hindernis auf der Fahrbahn erschreckt, und mit einer objektiv fehlerhaften Ausweichbewegung reagiert. In derartigen Fällen kommt ein Schuldvorwurf sowohl im Bereich des Strafrechts als auch im Bereich des Zivilrechts grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. Spiegel, aaO. S. 291; OLG Naumburg 07.01.2003 – 1 U 101/02, NJW-RR 2003, 676).“ (OLG Karlsruhe aaO.)

**BGB** **SR BT**  
**§ 288** **Mietverzug**  
**Ausbleiben von Mietzahlungen aufgrund eines Versehens des Jobcenters**

(LG Berlin in ZMR 2015, 547; Urteil vom 24.07.2015 – 67 S 94/14)

1. Der Mieter gerät grundsätzlich **auch dann in Zahlungsverzug**, wenn die vom Jobcenter für den Mieter an den Vermieter unmittelbar zu leistenden **Mietzahlungen aufgrund eines Versehens des Jobcenters ausbleiben**.
2. Solange der Mieter **keine Kenntnis** von einem allein vom Jobcenter zu verantwortenden Ausfall der Mietzahlungen hat, befindet er sich in einem den Verzug gemäß § 286 IV BGB ausschließenden **unvermeidbaren Tatsachenirrtum**.
3. Der so begründete Tatsachenirrtum **entfällt erst nach Ablauf einer nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessenden Frist** zur Überprüfung der tatsächlichen Grundlagen der Mietschuld; im Regelfall beträgt die zur Nachfrage und Informationsgewinnung gegenüber dem Jobcenter erforderliche Mindestfrist für den Mieter **einen Monat**.

**BGB** **SR BT**  
**§ 573 II Nr. 2** **Eigenbedarfskündigung**  
**Freistehende Alternativwohnung**

(LG Berlin in ZMR 2015, 616; Urteil vom 16.04.2015 – 67 S 15/15)

1. Der Vermieter kann sich auf eine von ihm ausgesprochene **Eigenbedarfskündigung** wegen Verstoßes gegen die Grundsätze von Treu und Glauben nicht berufen, wenn er der **Pflicht zum Angebot einer freistehenden Alternativwohnung** zuwider gehandelt hat, selbst wenn der Mieter nach Ausspruch einer zeitlich nachfolgenden Eigenbedarfskündigung die Anmietung der nunmehr angebotenen Alternativwohnung ablehnt.
2. Die Treuwidrigkeit ist allenfalls dann zu verneinen, wenn der **Mieter zu keinem Zeitpunkt Interesse** daran hatte, die Alternativwohnung anzumieten.

**Fall:** Die Parteien streiten um die Räumung und Herausgabe einer Wohnung. Mit dem Vertrag vom 15.09.1998 mieteten die Beklagten die Wohnung ... Die Kläger kündigten unter dem 23.11.2012 wegen Eigenbedarfs. Zu dieser Zeit war die Wohnung unter der streitgegenständlichen – im vierten Obergeschoss, Wohnung mit zwei Zimmern und Wohnküche – frei. Die Kläger boten diese Wohnung den Beklagten nicht zur Anmietung an.

Während des gerichtlichen Verfahrens sprachen die Kläger am 10.11.2014 erneut eine Eigenbedarfskündigung aus und boten die Alternativwohnung an, was von den Beklagten abgelehnt wurde. Die neuerliche Kündigung ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Die Kläger haben gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Wohnung aus den §§ 985, 546 I BGB. Das Mietverhältnis ist nicht durch die Kündigung vom 23.11.2012 beendet worden.

„Es kann hier dahinstehen, ob der von den Klägern behauptete Eigenbedarf im Sinne des § 573 II Nr. 2 BGB tatsächlich bestand. Die **Kündigung** ist wegen der von den Klägern verletzten Pflicht zur Anbietetung freien Alternativwohnraums **rechtsmissbräuchlich**. Der wegen Eigenbedarfs berechtigt kündigende Vermieter hat dem Mieter eine **andere, ihm zur Verfügung stehende vergleichbare Wohnung während der Kündigungsfrist zur Anmietung anzubieten**, sofern sich die Wohnung im selben Haus oder in derselben Wohnanlage befindet. Andernfalls ist die ausgesprochene **Kündigung wegen Verstoßes gegen das Gebot der Rücksichtnahme rechtsmissbräuchlich** und damit unwirksam. Bei der Kündigung einer Mietwohnung wegen Eigenbedarfs ist zwar grundsätzlich die Entscheidung des Vermieters, welche der ihm gehörenden Wohnungen er nutzen will, zu respektieren. Es kann jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Kündigung von Wohnraum in die Lebensführung eines Mieters besonders stark eingreift. Der Vermieter ist deshalb gehalten, diesen Eingriff abzumildern, soweit ihm dies möglich ist. Eine (berechtigte) Eigenbedarfskündigung ist daher dann **rechtsmissbräuchlich**, wenn dem Vermieter eine **vergleichbare andere Wohnung im selben Anwesen oder in derselben Wohnanlage** zur Verfügung steht und er diese dem Mieter nicht anbietet, obwohl er die Wohnung erneut vermieten will (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 13.10.2010 – VIII ZR 78/10 –, NJW 2010, 3775, Rn. 13 f.):

Hier war unstrittig die unter der streitgegenständlichen Wohnung gelegene Wohnung im vierten Obergeschoss frei. Soweit die Kläger meinen, diese Wohnung sei mit der streitgegenständlichen nicht vergleichbar, da sie zwar eine ähnliche Fläche aufweise, aber nur über zwei – davon ein gefangenes – Zimmer und eine Wohnküche verfüge, vermag dies ihrer Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen. Denn die Wohnungen ähneln sich nicht nur hinsichtlich der Fläche. Auch die Zahl der Zimmer ist im Wesentlichen gleich, denn eine Wohnküche ist nicht anders als ein sonstiges Zimmer zu behandeln. Es muss letztlich die **Sache des betroffenen Mieters sein, ob er gegenüber der bisherigen Wohnung sich ergebende Nachteile hinnimmt** (vgl. BVerfG, Beschluss vom 28.01.1995 – 1 BvR 1054/91 –, NJW 1992, 1220, Nr. III 2 der Gründe; BGH, aaO. Rn. 15).

Die Beklagten können sich auf die Verletzung der Anbietetpflicht berufen, obwohl der **Beklagte im Zusammenhang mit der Kündigung vom 10.11.2014 die Anmietung der entsprechenden Wohnung ausdrücklich abgelehnt** hat. Dabei war hier nicht zu entscheiden, ob die Verletzung der Anbietetpflicht dem Vermieter noch entgegen gehalten werden kann, wenn der Mieter von vornherein nicht bzw. niemals die Absicht hatte, die nicht angebotene Wohnung zu beziehen. Der Wortlaut der Ablehnung vom 15.12.2014 verhält sich zu dieser Frage nicht, wenn es dort heißt: „Unser Mandant hat kein Interesse ... und möchte die Wohnung nicht anmieten.“ Die Beklagten haben hierzu erklären lassen, dass die Anmietung in der Rückschau jedenfalls nicht ausgeschlossen war. Die Kammer hat keinen Anlass, diese Angabe anzuzweifeln. Sie ist nachvollziehbar, da die Verhältnisse bei der Ablehnung vom 15.12.2014 insbesondere wegen des inzwischen ausgetragenen Rechtsstreits andere sind als zur Zeit der Kündigung vom 23.11.2012 – mehr als ein Jahr vor Erhebung der Klage. Es kommt allenfalls darauf an, ob der Mieter die freie Wohnung in der Kündigungsfrist nicht angemietet hätte. Unerheblich ist dagegen die Ablehnung einer angebotenen Wohnung nach Ablauf der Kündigungsfrist und – wie hier – auf eine neue Kündigung hin.“ (BGH aaO.)

StGB  
§ 32

## Notwehr Irrtum über Festnahmerecht

StrafR AT

(OLG Hamm in BeckRS 2015, 10734; Beschluss vom 08.05.2015 und 08.06.2015 – I-9 U 103/14)

Wer sich **schuldlos irrtümlich zur vorläufigen Festnahme für berechtigt erachtet**, darf sich gegen einen rechtswidrigen Faustschlag des Festgehaltenen mit einem eigenen Faustschlag zur Wehr setzen.

**Fall:** Der Kläger nimmt die Beklagten, Mitarbeiter eines Sicherheitsunternehmens, auf Schadensersatz und Schmerzensgeld aus einem Vorfall vom 23.06.2013 in Anspruch.

Die Beklagten waren damit beauftragt, außerhalb der Ladenöffnungszeiten die Filiale des Baumarkts I in R zu überwachen, da aus dieser in der Vergangenheit des Öfteren Gasflaschen entwendet worden waren. Die Beklagten hatten den Kläger und den Zeugen X gegen 23:00 h am Abend des 23.06.2013 in der Nähe des Baumarktgeländes angetroffen, wobei diese einen Kunststoffkanister mitführten. Der von ihnen zunächst angenommene Verdacht des Diebstahls von Materialien vom Baumarktgelände bestätigte sich alsbald nicht. In dem Fahrzeug des Klägers befanden sich jedoch mehrere größere (60 l) und kleinere Kunststoffbehälter und Pumpen. Ein 20-l Kanister war mit Dieselmotorkraftstoff befüllt. Die Umstände erschienen den Beklagten verdächtig, so dass sie die Polizei informierten, worüber der Beklagte zu 2) den Kläger in Kenntnis setzte. Der Kläger war - was die Beklagten zu diesem Zeitpunkt nicht wussten - nicht im Besitz einer gültigen Fahrerlaubnis. Die am nicht versicherten Fahrzeug angebrachten Kennzeichen hatte der Kläger von einem Bekannten zuvor für 10,00 € erworben. Der Beklagte zu 2) unterband die Versuche des Klägers, in sein Auto einzusteigen mehrfach, indem er die Fahrertür zudrückte. Der Kläger schlug dem Beklagten zu 2) daraufhin ins Gesicht. Der Beklagte zu 2) reagierte darauf mit einem Faustschlag in das Gesicht des Klägers. Der Kläger erlitt infolge des von dem Beklagten zu 2) geführten Schläges eine komplexe Gesichtsschädelfraktur und musste 5 Tage stationär behandelt werden.

Dem Kläger könnte gegen die Beklagten aus dem Vorfall vom 23.06.2013 Schadensersatzansprüche nach den §§ 823 I, 823 II BGB i.V.m. § 223 I StGB, 253 II, 249 BGB zustehen.

### I. Gesundheitsverletzung

„Der Kläger ist durch einen Schlag des Beklagten zu 2) an seiner Gesundheit verletzt worden. Er hat hierdurch erhebliche Verletzungen erlitten.“ (OLG Hamm aaO.)

### II. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist jedoch, ob diese Körperverletzungshandlung rechtswidrig war. Der Schlag des Beklagten zu 2.) könnte gerechtfertigt gewesen sein.

#### 1. Festnahmerecht nach § 127 I StPO

„Dabei kann dahin gestellt bleiben, ob der Beklagte zu 2) sich zur Rechtfertigung seines Verhaltens nicht doch auf die sich aus § 32 StGB und § 127 I StPO ergebenden Rechtfertigungsgründe berufen kann. Zwar hatte der Beklagte zu 2) alsbald erkannt, dass der Kläger und der Zeuge X **keine Gasflaschen oder andere Gegenstände vom Gelände der**

**Firma I entwendet** hatten. Ein solches Festnahmerecht ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung der nachträglich gewonnenen Erkenntnisse, dass der Kläger sich im Zusammenhang mit dem Führen des Kraftfahrzeugs im Straßenverkehr strafbar gemacht hat, weswegen er anderweitig zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten ohne Bewährung verurteilt worden ist. Daraus resultierende Straftaten des Klägers waren dem Beklagten zu 2) nicht bekannt.

Gleichwohl spricht einiges dafür, den Kläger **als auf frischer Tat im Sinne des § 127 I StPO** betroffen anzusehen, was dem Beklagten zu 2) ein Festnahmerecht gegeben hätte, gegen dessen Ausübung der Kläger sich nicht durch einen Schlag hätte wehren dürfen, so dass der Beklagte zu 2) seinerseits bei Ausführen des Faustschlags gerechtfertigt gehandelt hätte. Die Zusammenschau aller im Tatzeitpunkt vorliegenden erkennbaren äußeren Umstände haben den Beklagten zu 2) **ohne vernünftigen Zweifel zu der Annahme berechtigt**, dass in Bezug auf die Ausrüstung des Klägers, der im Moment des Antreffens zudem noch Einweghandschuhe trug, die die Polizeibeamten später in seiner Kleidung fanden, der Kläger und der Zeuge X **auf frischer Tat betroffen** worden waren. Denn in Bezug auf die von dem Kläger und dem Zeugen X mitgeführten Werkzeuge und Behältnisse bestand ein **hoher Verdachtsgrad** dafür, dass der Kläger und der Zeuge X tatsächlich eine Straftat - nämlich einen **Diebstahl von Dieselmotorkraftstoff** - begangen hatten (vgl. OLG Hamm, NSTz 1998, 370; BayOLG, MDR 1986, 956).“ (OLG Hamm aaO.)

## 2. Rechtfertigung nach § 227 BGB

„Aber auch dann, wenn man dies anders beurteilen wollte, und die Voraussetzungen eines Festnahmerechts nach § 127 I StPO verneinte, hätte dem Kläger ein Notwehrrecht gegen die Festnahme nicht zugestanden. Denn in diesem Fall **irrt der Beklagte zu 2) schuldlos** über die tatsächlichen Umstände, die ihn zur Festnahme berechtigten. Dass der Beklagte zu 1) davon ausging, dass der Kläger und der Zeuge X eines nicht näher bestimmbareren Vermögensdelikts verdächtig waren, hatte der Kläger spätestens in dem Moment erkannt, in dem der Beklagte zu 2) ihn darüber in Kenntnis setzte, dass die Polizei informiert sei und gleich eintreffen werde. In dieser Situation, in der die **Aufklärung des verdächtig anmutenden Sachverhalts unmittelbar bevorstand**, war der von dem Kläger geführte Schlag gegen den Beklagten zu 2) keine erforderliche Verteidigung mehr, um die von dem Beklagten zu 2) aufrechterhaltene Nötigung zu beenden und in das Innere des Fahrzeugs zu gelangen, um sich anschließend von dem Ort zu entfernen. Eine **besonnen reagierende Person** an der Stelle des Klägers hätte das **Eintreffen der Polizei abgewartet**, um eventuelle Missverständnisse aufzuklären, und die Gefahr einer Eskalation vermieden, zumal beide Beklagte in Bezug auf den Kläger und den Zeugen X bis dahin jeden körperlichen Kontakt vermieden hatten. In dieser Situation wäre es dem Kläger **ohne Preisgabe wesentlicher berechtigter eigener Interessen** möglich gewesen, einen eventuellen Irrtum der Beklagten im Wege einer nur kurzfristig andauernden und damit wenig belastenden Wartezeit aufzuklären (vgl. OLG Hamm NSTz 1998, 370; BayOLG MDR 1986, 956). Die später offenbar gewordenen Umstände, die eine empfindliche Verurteilung des Klägers nach sich gezogen haben, lassen den Schluss zu, dass der Kläger das Eintreffen der Polizeibeamten nur deshalb nicht abwarten wollte, weil er - zu Recht - befürchten musste, dass bei einer Überprüfung durch die Polizeibeamten die zur späteren Verurteilung führenden Straftaten aufgedeckt werden würden.“ (OLG Hamm aaO.)

Dem Kläger stehen gegen die Beklagten aus dem Vorfall vom 23.06.2013 keine Schadensersatzansprüche nach den §§ 823 I, 823 II BGB i.V.m. § 223 I StGB, 253 II, 249 BGB zu.

StGB  
§ 211 II

**Heimtückemord**  
**Ausnutzungsbewusstsein**

StrafR BT

(BGH in NSTz 2015, 392; Urteil vom 29.01.2015 – 4 StR 433/14)

**Fall:** Am 22.05.2013 traf der Angekl. kurz nach 13 Uhr auf der Straße den späteren Geschädigten M, der drei Monate zuvor versucht hatte, in dem vom Vater des Angekl. betriebenen Lebensmittelgeschäft eine Flasche Wodka zu stehlen. Der Angekl., der damals in dem Lebensmittelgeschäft an der Kasse tätig war, und M, dem nach dem Diebstahlsversuch die Flucht gelungen war, erkannten einander wieder. Der Angekl. fasste M an den Schultern und forderte ihn auf, stehen zu bleiben bis die Polizei eintreffe. Der Geschädigte empfand die Situation als bedrohlich; er stieß den Angekl. zurück und entfernte sich rasch. Daraufhin stieg er unter einer „starken affektiven Anspannung“ stehende Angekl. in seinen Pkw, um M zu folgen; er wollte ihn nicht (erneut) entkommen lassen und fuhr in die Richtung los, in die sich M entfernt hatte. Kurze Zeit später sah er den auf dem rechten Bürgersteig in Fahrtrichtung des Angekl. gehenden M, der zu diesem Zeitpunkt Ohrhörer trug und nicht mehr mit einem Auftauchen und einem Angriff seitens des Angekl. rechnete. Als der Angekl. den Geschädigten erkannte, entschloss er sich spontan, ihm einen „Denkzettel“ zu verpassen; er wollte M anfahren, um ihn „für den Ladendiebstahl zur Rechenschaft zu ziehen“. Der Angekl. lenkte sein Fahrzeug auf den Gehsteig, wo er M mit einer Geschwindigkeit von ca. 40 km/h von hinten erfasste. Dem Angekl. war dabei bewusst, dass der Geschädigte sich bei diesem Vorgehen verletzen und möglicherweise zu Tode kommen könnte; damit fand er sich ab. Er bezog jedoch – schon aufgrund der Schnelligkeit des Geschehens – nicht in seine Überlegungen ein, dass der ihm den Rücken zuwendende Geschädigte dem Angriff gegenüber arg- und wehrlos war. M wurde durch den Anstoß in den Kniekehlen getroffen, prallte auf die Motorhaube und die Windschutzscheibe des Fahrzeugs, schlug dort mit dem Kopf auf und wurde schließlich nach rechts in eine Böschung geschleudert. Er erlitt hierdurch unter anderem eine Kalottenfraktur und eine Hirnblutung, die zwar abstrakt, jedoch nicht konkret lebensbedrohlich waren.

Nach der Kollision kam der Pkw des Angekl. zunächst annähernd oder ganz zum Stillstand, bevor der Angekl. beschleunigte und zum Geschäft seines Vaters fuhr. Die Entfernung zwischen dem Ort der ersten Begegnung des Angekl. und M und dem Kollisionsort betrug etwa 350 m. Ist der Angekl. des versuchten Mordes schuldig?

Als Mordmerkmal kommt hier lediglich die Heimtücke in Betracht. Zwar war das Opfer arg- und wehrlos, fraglich ist jedoch, ob die subjektiven Voraussetzungen eines Heimtückemordes vorliegen.

### I. Begriff der Heimtücke

„Für das im Rahmen des Heimtückemerkmals des § 211 II StGB erforderliche **bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit** genügt es, dass der Täter diese in ihrer Bedeutung für die Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich **bewusst ist**, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff **schutzlosen Menschen zu überraschen** (BGH Ur. v. 31.07.2014 – 4 StR 147/14, NSTz 2015, 30, 31; v. 12.02.2009 – 4 StR 529/08, NSTz 2009, 264; v. 11.12.2012 – 5 StR 438/12, NSTz 2013, 232, 233). Das gilt in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter selbst dann, wenn er die Tat einer raschen Eingebung folgend begangen hat (BGH Ur. v. 31.07.2014 – 4 StR 147/14, NSTz 2015, 30, 31 m.w.N.). Anders kann es jedoch bei „**Augenblickstaten**“, insbesondere bei affektiven Durchbrüchen oder sonstigen heftigen Gemütsbewegungen sein (BGH Ur. v. 31.07.2014, aaO.; v. 17.09.2008 – 5 StR 189/08, NSTz 2009, 30, 31); auch kann die **Spontaneität des Tatentschlusses** im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen

Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein gefehlt hat (BGH Ur. v. 31.07.2014, aaO.; Ur. v. 11.12.2012 – 5 StR 438/12, NStZ 2013, 232, 233 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

**II. Anwendung auf den Fall**

„Bei der Beurteilung der subjektiven Voraussetzungen der Heimtücke handelt es sich um eine vom Tatgericht zu bewertende Tatfrage (BGH Ur. v. 31.07.2014, aaO.; Ur. v. 11.12.2012 – 5 StR 438/12, NStZ 2013, 232, 233 m.w.N.). Die für deren Beantwortung maßgeblichen – oben dargestellten – Grundsätze hat das SchwurG nicht verkannt, insbesondere nicht den Umstand, dass **affektive Erregung und Ausnutzungsbewusstsein einander nicht prinzipiell ausschließen** (BGH Beschl. v. 02.12.1957 – GSSt 3/57, BGHSt 11, 139). Es hat sich im Rahmen seiner rechtlichen Würdigung zudem nicht allein auf die starke affektive Erregung, in der sich der Angekl. befand, gestützt, sondern daneben maßgeblich auf den **spontanen Tatentschluss** sowie den **schnellen Geschehensablauf** abgestellt, zumal die Annäherung des Angekl. mit seinem Fahrzeug **von hinten** durch die Verfolgung des Geschädigten bedingt, aber von ihm **nicht gezielt gewählt** worden war. Wenn das SchwurG angesichts dieser äußeren und inneren Umstände der Tat unter Berücksichtigung des Vorgeschehens eine sichere Überzeugung vom Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen der Heimtücke nicht zu gewinnen vermochte, sondern – unter Bezugnahme auf die Ausführungen des psychiatrischen Sachverständigen – zu der Auffassung gelangte, dass die **Arg- und Wehrlosigkeit des Geschädigten für die Tat des Angekl. nicht von Bedeutung** war und er diese nicht bewusst ausgenutzt hat, so hält sich dies im Rahmen der dem Tatrichter vorbehaltenen Würdigung und ist vom Revisionsgericht hinzunehmen. Ferner stellt es keinen Widerspruch dar, dass die StrK das Ausnutzungsbewusstsein im Rahmen des Heimtückemerkmals des § 211 II StGB verneint, aber bedingten Vorsatz hinsichtlich der Tötung des Geschädigten bejaht hat (vgl. Senat Ur. v. 31.07.2014 -4 StR 147/14, NStZ 2015, 30, 31).“ (BGH aaO.)

StGB  
§ 266

**Vermögensbetreuungspflicht**  
**Nutzung einer „geschenkten“ Kreditkarte nach Tod des Zuwenders**  
(OLG Hamm in NStZ-RR 2015, 213; Beschluss vom 12.03.2015 – 1 RVs 15/15)

StrafR BT

**Fall:** Nach dessen Feststellungen „überließ“, „schenkte“ der am 21.01.2013 verstorbene N T, der vermögend war, wohl gegen Ende September 2012 der Angekl., die für ihn als Haushaltshilfe tätig war, eine Kreditkarte (Visa-Karte) „zur freien Nutzung, also für eigene Zwecke“. Das Verfügungslimit der Kreditkarte lag bei 5.000 € monatlich. Die Karte hatte eine Gültigkeit bis Ende Januar 2013. Die Kreditkartenumsätze wurden letztlich von einem Kontokorrentkonto des N T abgebucht. In der Folgezeit tätigte die Angekl. zahlreiche Umsätze mit der Kreditkarte. Auch nach dem Tod des N T tätigte die Angekl. vom 25.01.2013 bis zum 01.02.2013 insgesamt 22 Umsätze im Umfang von insgesamt 4.686,07 €. Mindestens die letzten beiden Umsätze tätigte sie mit der bis Januar 2017 gültigen Folgekarte in Kenntnis des Todes des N T, obwohl sie wusste, dass dessen Vermögen nach seinem Tod allein den Erben zustand habe, zu denen sie – wie sie wusste habe – nicht gehörte. ist die Angekl. der Untreue nach § 266 StGB schuldig?

Beide Tatbestandsalternativen des § 266 StGB setzen das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht voraus.

**I. Begriff der Vermögensbetreuungspflicht**

„Eine Vermögensbetreuungspflicht trifft den Täter dann, wenn er **fremde Vermögensinteressen** von einiger Bedeutung **zu betreiben** hat (BGHSt 24, 386 f.). Vermögensinteressen richten sich auf das Gewinnen, Erhalten und Vermehren wirtschaftlicher Werte (Schünemann, § 266 Rn.71).

Diese Pflicht muss eine **besondere Pflicht** sein, die über die für jedermann geltenden Pflichten zur Wahrung der Rechtssphäre anderer hinausgeht. 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 (BGH, NJW 2011, 88 [91]; NStZ 2013, 40). Ein bloßer Bezug zu fremden Vermögensinteressen reicht nicht aus (BGH, NStZ 2013, 40).“ (OLG Hamm aaO.)

**II. Anwendung auf den Fall**

„Die Angekl. traf hier eine solche Verpflichtung nicht. Die **Kreditkarte** war ihr **ausschließlich zur eigennützigen Verwendung** überlassen worden. Der Verfügungsrahmen der Kreditkarte war auf 5.000 € pro Monat begrenzt, eine Verwendung über diesen Betrag hinaus der Angekl. mithin gar nicht möglich. Ein Spielraum verblieb ihr insoweit nicht. Inhalt der Vereinbarung mit dem Verstorbenen war **gerade nicht eine Fürsorge für dessen Vermögensinteressen**, sondern gerade dessen Vermögensminderung bis zur Höhe des Kreditkartenlimits von 5.000 € je Monat. Da, wie das LG ausführt, der „rüstige“ Verstorbene keinen Anlass hatte, sich über die Frage seines Ablebens und dessen Folgen für die Nutzung der Kreditkarte Gedanken zu machen und diese bei Übergabe der Karte an die Angekl. zu erörtern, kann auch nicht angenommen werden, er habe der Angekl. für den Fall seines Ablebens eine **Vermögensbetreuungspflicht zu Gunsten seiner Erben** im Falle seines Versterbens auferlegen wollen.

Es ist auch kein Umstand erkennbar, der eine **Vermögensbetreuungspflicht mit dem Ableben des Verstorbenen** begründen könnte. Irgendwie geartete Vereinbarungen mit den Erben hat es nicht gegeben. Auch aus dem Gesetz (etwa §§ 2018ff. BGB) lässt sich eine Pflicht in dem oben genannten Sinne nicht ableiten (sondern eben nur die gesetzlich geregelten Einzelansprüche). Sie ergeben zwar einen Bezug zu den Vermögensinteressen der Erben. Ein solcher bloßer Bezug zu fremden Vermögensinteressen reicht aber nicht (s.o.).“ (OLG Hamm aaO.)

GG  
Art. 8 I

**Aufhebung eines Hausverbots**  
**Für Dauer einer Versammlung**

VerfassungsR

(BVerfG in NJW 2015, 2485; Beschluss vom 18.07.2015 – 1 BvQ 25/15)

**Fall:** Der Ast. beabsichtigte, am 20.07.2015 für die Zeit von 18.15 bis 18.30 Uhr eine stationäre öffentliche Versammlung auf dem Nibelungenplatz in Passau durchzuführen. Dieser ist zentral in der Stadt am südlichen Ende der Fußgängerzone gelegen, von Arztpraxen, Cafés, Geschäften, einem Supermarkt sowie einem Kino umrandet und für den Publikumsverkehr geöffnet. Der Platz steht im Eigentum einer GmbH & Co. KG. Die geplante Versammlung stand unter dem Motto „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“. Auf Kommando „Für die Freiheit – trinkt aus!“ sollten die Versammlungsteilnehmer jeweils eine Dose Bier öffnen und diese schnellstmöglich leertrinken. Anschließend sollten ein Redebeitrag des Ast. und eine Diskussion der Versammlungs-

teilnehmer folgen. Mit der Versammlung sollte auf den zunehmenden Verlust des staatlichen Gewaltmonopols durch den zunehmenden Einsatz privater Sicherheitsdienste sowie auf eine zunehmende Beschränkung von Freiheitsrechten hingewiesen werden.

Anträge des Ast., ein gegen ihn von der Platzeigentümerin ausgesprochenes Hausverbot für die Dauer der Versammlung aufzuheben, lehnten das AG und das LG ab. Auf Grund einer mit der geplanten Versammlung einhergehenden Vermüllung und Verschmutzung des Platzes sowie der Gefahr einer Vielzahl betrunkenere Versammlungsteilnehmer überwiege das Eigentumsgrundrecht der Grundstückseigentümerin das Grundrecht der Versammlungsfreiheit. Aus dem gleichen Grund untersagte das AG dem Ast. auf Antrag der Grundstückseigentümerin, für die geplante Veranstaltung auf Facebook zu werben. Der Ast. beantragte beim BVerfG den Erlass einer einstweiligen Anordnung.

## I. Zulässigkeit des Antrags

„Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig. Eine Verfassungsbeschwerde erscheint zum derzeitigen Zeitpunkt weder unzulässig noch offensichtlich unbegründet.“ (BVerfG aaO.)

## II. Begründetheit des Antrags

### 1. Berufung auf das Versammlungsrecht gegenüber privatrechtlichem Hausverbot

Die Eigentümerin des Nibelungenplatzes als juristische Person des Privatrechts ist Grundrechtsträgerin und kann nach Maßgabe des Art. 19 III GG für das von ihr ausgesprochene Hausverbot eigene Grundrechte, insbesondere ihr Eigentumsrecht aus Art. 14 GG, geltend machen. Insofern ist fraglich, ob sich der Ast. ihr gegenüber auf seine Versammlungsfreiheit berufen kann.

„Die Versammlungsfreiheit verschafft zwar **kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten**. Insbesondere gewährt sie dem Bürger keinen Zutritt zu Orten, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind oder zu denen schon den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten Zwecken Zugang gewährt wird. Demgegenüber verbürgt die Versammlungsfreiheit die **Durchführung von Versammlungen dort, wo ein allgemeiner öffentlicher Verkehr eröffnet ist** (BVerfGE 128, 226 [251] = NJW 2011, 1201). Wenn heute die Kommunikationsfunktion der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze zunehmend durch weitere **Foren wie Einkaufszentren, Ladenpassagen oder durch private Investoren geschaffene und betriebene Plätze** als Orte des Verweilens, der Begegnung, des Flanierens, des Konsums und der Freizeitgestaltung ergänzt wird, kann die **Versammlungsfreiheit für die Verkehrsflächen solcher Einrichtungen nicht ausgenommen** werden, soweit eine unmittelbare Grundrechtsbindung besteht oder Private im Wege der mittelbaren Drittwirkung in Anspruch genommen werden können (BVerfGE 128, 226 [252] = NJW 2011, 1201). Letzteres ist hier der Fall. Der beabsichtigte Ort der Versammlung steht zwar **im Eigentum einer Privaten**, ist zugleich aber **für den Publikumsverkehr offen** und schafft nach den Feststellungen des LG einen Raum des Flanierens, des Verweilens und der Begegnung, der dem Leitbild des öffentlichen Forums entspricht (vgl. hierzu BVerfGE 128, 226 [253 f.] = NJW 2011, 1201).“ (BVerfG aaO.)

### 2. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Als private Grundstückseigentümerin ist die GmbH & Co. KG nicht wie die staatliche Gewalt unmittelbar an Grundrechte gebunden. Dennoch entfalten die Grundrechte als objektive Prinzipien Wirkung und die Versammlungsfreiheit ist im Wege der **mittelbaren Drittwirkung** nach Maßgabe einer Abwägung zu beachten.

„Die Reichweite dieser Bindung bestimmt sich dabei nach dem **Grundsatz der praktischen Konkordanz** in Ausgleich der sich gegenüberstehenden Grundrechte. Wie das BVerfG insoweit festgestellt hat, können Private im Wege der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten freilich unbeschadet ihrer eigenen Grundrechte auch ähnlich oder auch genauso weit wie der Staat durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden, insbesondere, wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat (vgl. BVerfGE 128, 226 [248] = NJW 2011, 1201). Je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates nahe- oder auch gleichkommen. Für den **Schutz der Kommunikation** kommt das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die früher in der Praxis allein dem Staat zugewiesen waren (vgl. BVerfGE 128, 226 [249 f.] = NJW 2011, 1201).

Was hieraus heute in Bezug auf das **Verhältnis der Versammlungsfreiheit** oder des Grundrechts der Meinungsfreiheit zu **Grundrechten privater Unternehmen**, die einen öffentlichen Verkehr eröffnen und damit Orte der allgemeinen Kommunikation schaffen, näher folgt, hat das BVerfG bisher nicht entschieden (vgl. BVerfGE 128, 226 [250] = NJW 2011, 1201). Nach **welchen konkreten Grundsätzen** diese Grundrechtskollision der Privaten, die die Fachgerichte vom Grundsatz her zutreffend erfasst haben, untereinander aufzulösen ist, kann folglich auch **im Wege des Eilverfahrens nicht entschieden** werden. Bei der Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Anordnung ist vielmehr lediglich eine Folgenabwägung für den konkreten Einzelfall vorzunehmen.“ (BVerfG aaO.)

### 3. Folgenabwägung

Diese Folgenabwägung müsste zugunsten des Ast. ausgehen.

#### a) Interessen des Ast

„Vorliegend **träfe** das aus dem Hausverbot folgende, **faktische Verbot** einer Durchführung der Versammlung den **Ast. schwer**. Diesem wäre es unmöglich, die von ihm beabsichtigte Versammlung an dem ausgewählten Ort und zu der ausgewählten Zeit durchzuführen. Auf Grund der Überwachung des Platzes durch private Sicherheitsdienste und das dort durch die Eigentümerin ausgesprochene Alkoholverbot kommt dem vom Bf. ausgewählten Versammlungsort angesichts des inhaltlichen Themas der Versammlung – die zunehmende Beschränkung von Freiheitsrechten und die Privatisierung der inneren Sicherheit – eine besondere Bedeutung zu. Zwar vermittelt das Grundrecht der Versammlungsfreiheit **kein Recht** darauf, ein auf private Rechte gestütztes **Hausverbot umgehen zu können**. Das ist aber auch nicht das Ziel des Ast., der sich auf dem Platz lediglich für kurze Zeit und ausschließlich zur Durchführung einer auf Kommunikation angelegten Versammlung aufhalten will. Ihm kann daher auch nicht entgegengehalten werden, die Versammlung könne ebenso gut an anderer Stelle stattfinden. Hervorzuheben ist insoweit, dass Art. 8 I GG das Recht gewährleistet, selbst zu bestimmen, wann und unter welchen Modalitäten eine Versammlung stattfinden soll. Damit beinhaltet die Versammlungsfreiheit auch ein **Selbstbestimmungsrecht über den Ort der Veranstaltung**. Die Bürgerinnen und Bürger sollen damit selbst entscheiden können, wo sie ihr Anlie-

gen – gegebenenfalls, aber nicht notwendig auch mit Blick auf Bezüge zu bestimmten Orten oder Einrichtungen – am wirksamsten zur Geltung bringen können (vgl. BVerfGE 69, 315 [343] = NJW 1985, 2395; BVerfGE 128, 226 [250 f.] = NJW 2011, 1201).“ (BVerfG aaO.)

**b) Interessen der Grundstückseigentümerin**

„Demgegenüber ist eine **gleichwertige Beeinträchtigung** von Eigentumsrechten der Grundstückseigentümerin im vorliegenden Fall **nicht zu erkennen**. Die Versammlung ist auf einen Zeitraum von etwa **15 Minuten** beschränkt und soll stationär abgehalten werden. Der Ast. hat zugesichert, selbst sowie mittels Ordnern einer „Vermüllung“ des Platzes und dem Auftreten alkoholisierter Versammlungsteilnehmer entgegenzuwirken. Er wirbt für die Veranstaltung nicht allgemein, sondern mit Hilfe von Facebook und trägt plausibel vor, dass an der Versammlung eine **überschaubare Zahl von – derzeit 140 – angemeldeten Personen** teilnehmen wird. Er kooperiert von Anfang an mit der örtlichen Versammlungsbehörde und hat den in den gerichtlichen Entscheidungen formulierten Einwänden durch entsprechende Verhaltensanweisungen an die Teilnehmenden umgehend durch Aufrufe über das Internet Rechnung getragen. Versammlungsrechtliche Bedenken gegen die Veranstaltung vermochte die Versammlungsbehörde nicht zu erkennen. Sollte Gegenteiliges ersichtlich sein, kann dem im Wege beschränkender Verfügungen entgegengewirkt werden, die im Vergleich mit dem hier angegriffenen Totalverbot die mildereren Mittel wären, um den Grundrechten aller Beteiligten hinreichend Rechnung tragen zu können.“ (BVerfG aaO.)

**c) Abwägungsergebnis**

„Aus den vorgenannten Gründen sind auch die angegriffenen Entscheidungen aufzuheben, wonach es dem Ast. untersagt ist, für die von ihm geplante Veranstaltung auf Facebook zu werben. Ebenso wenig wie das faktische Verbot der geplanten Versammlung selbst lässt sich unter den spezifischen Umständen des vorliegenden Falls das Verbot einer Werbung für diese mit vorrangigen Eigentumsrechten der Grundstückseigentümerin begründen. Ergänzend ist insoweit darauf hinzuweisen, dass das Grundrecht der Versammlungsfreiheit seine Wirkung **bereits im Vorfeld einer Versammlung** entfaltet. Es umfasst daher auch Organisationsakte wie die Planung und das Versenden von Einladungen oder Versammlungsaufrufe über das Internet. Andernfalls liefe die Versammlungsfreiheit Gefahr, durch staatliche Maßnahmen im Vorfeld der Grundrechtsausübung ausgehöhlt zu werden (vgl. BVerfGE 84, 203 [209] = NJW 1991, 2694).“ (BVerfG aaO.)

StVO  
§ 41

**Tragung von Abschleppkosten  
Relevanz einer konkreten Behinderung**

POR

(OVG Greifswald in NJW 2015, 2519; Beschluss vom 06.03.2015 – 3 L 201/11)

1. Das Abschleppen eines verkehrswidrig geparkten Fahrzeuges ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar, **ohne** dass es auf das Vorliegen einer **konkreten Verkehrsbehinderung** ankommt, wenn mit dem verkehrswidrigen Parken eine **Funktionsbeeinträchtigung der Verkehrsfläche** verbunden ist. Dies ist beim Abstellen eines Fahrzeuges im Bereich eines absoluten Haltverbots regelmäßig der Fall.
2. Die **Funktion eines Fußgängerbereichs** ist nicht erst dann beeinträchtigt, wenn Fußgänger nicht mehr oder nur mit Mühe an dem Hindernis (parkendes Fahrzeug) vorbeikommen können oder ein Fußgängergegenverkehr erschwert wird, sondern bereits dann, wenn die Fläche für die Fußgängernutzung erheblich eingeschränkt wird.
3. Darauf, ob **Fußgänger** die Fußgängerzone im Tatzeitpunkt in dem Bereich, in dem das Fahrzeug geparkt wurde, tatsächlich **gegenwärtig genutzt** haben, **kommt es nicht an**.
4. **Widmungszweck eines Fußgängerbereichs** ist es, einen weitgehend **ungestörten Fußgängerverkehr zu ermöglichen**. Besondere Verhaltensvorschriften für Fußgänger würden dem Wesen eines Gehbereichs widersprechen. Fußgänger können sich in einer Fußgängerzone freier und ungezwungener bewegen als auf anderen Straßen. Darauf dürfen Fußgänger in einem Fußgängerbereich vertrauen.

**Fall:** Der Kläger hatte sein Fahrzeug verbotswidrig in einem Fußgängerbereich geparkt. Tatsächlich hat dieser Fußgängerbereich jedoch in tatsächlicher Hinsicht wenig mit einem solchen gemein. Es handelt sich um einen Nebenweg, der eher den „Charme eines Hinterhofes“ habe. Zum Zeitpunkt des Parkens um 14.20 Uhr innerhalb der Hauptgeschäftszeit hat dort kein Verkehr stattgefunden. Der Kläger ist daher der Auffassung, dass das Abschleppen unverhältnismäßig war und er daher zur Tragung der Abschleppkosten nicht verpflichtet ist.

„Das Abschleppen eines verkehrswidrig geparkten Fahrzeuges ist jedoch mit dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** vereinbar, ohne dass es auf das Vorliegen einer konkreten Verkehrsbehinderung ankommt, wenn mit dem verkehrswidrigen Parken eine **Funktionsbeeinträchtigung der Verkehrsfläche** verbunden ist. Dies ist beim Abstellen eines Fahrzeuges **im Bereich eines absoluten Haltverbots regelmäßig der Fall** (vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2013 – Az. 14 K 6792/13; VG Aachen, Urteil v. 23.02.2011 – Az. 6 K 1/10; VG Potsdam, Urt. v. 14.03.2012 – Az. 10 K 59/08; VG Bremen, Urt. v. 09.12.2010 – Az. 5 K 982/10 -; alle juris; ebenso bereits: VGH Ba-Wü, Urt. v. 15.01.1990 – Az. 1 S 3673/88 -, NZV 1990, 286; HessVGH, Urt. v. 22.05.1990 – Az. 11 UE 2056/89 -, NZV 1990, 408; BayVGH, Urt. v. 17.09.1991 – Az. 21 B 91.289 -, NZV 1992, 207). Entsprechendes gilt auch für das **Parken in einem Fußgängerbereich**, in dem die **Fahrzeugnutzung** insgesamt - einschließlich des Haltens und Parkens - **grundsätzlich untersagt** ist (Anlage 2 zu § STVO § 41 Nr. 21 Nr. 1 zu Zeichen 242.1).

Der Senat hat bereits in dem auch vom Verwaltungsgericht zitierten Beschluss vom 15.09.2010 – Az. 3 L 191/07 - anknüpfend an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, B. v. 18.02.2002 – Az. 3 B 149/01 - NJW 2002, 2122; vgl. auch Senat, U. v. 23.02.2005 – Az. 3 L 114/03 - NordÖR 2005, 328) zum Vorliegen einer Funktionsbeeinträchtigung eines Fußgängerbereichs Folgendes entschieden:

„Eine Funktionsbeeinträchtigung der Fußgängerzone lag vor. Die mit der Einrichtung von Fußgängerzonen verbundene Zielsetzung rechtfertigt **Maßnahmen zur Freihaltung und Beseitigung von Störfaktoren** um zu gewährleisten, dass der Bereich entsprechend seiner Funktion von den Bürgern angenommen und genutzt wird. Insoweit kommt es weder auf das Vorliegen einer konkreten Verkehrsbehinderung noch darauf an, ob im Einzelfall Belästigungen feststellbar sind und Personen daran Anstoß nehmen.“

**Daran hält der Senat fest.** Darauf, ob Fußgänger die Fußgängerzone im Tatzeitpunkt im Bereich des Nebenwegs, in dem der Kläger sein Fahrzeug geparkt hatte, tatsächlich gegenwärtig genutzt haben, kommt es deshalb nicht an (vgl. nur VGH Ba-Wü, Urt. v. 15.01.1990 – Az. 1 S 3664/88, VBIBW 1990, 257).

Eine erforderliche **Funktionsbeeinträchtigung** eines Fußgängerbereichs nach § 41 Nr. 5, Zeichen 242 StVO a.F. (nunmehr § 41 I i.V.m. Anlage 2 Lfd. Nr. 21 Zeichen 242.1) liegt im Übrigen regelmäßig **schon in der verbotswidrigen (Park)Nutzung des Bereichs mit einem Kraftfahrzeug**. Denn die Funktion eines Fußgängerbereichs ist nicht erst dann beeinträchtigt, wenn Fußgänger nicht mehr oder nur mit Mühe an dem Hindernis (parkendes Fahrzeug) vorbei kommen können oder ein Fußgängergegenverkehr erschwert wird, sondern bereits dann, wenn die **Fläche für die Fußgängernutzung erheblich eingeschränkt** wird. Das ist jedenfalls bei einem parkenden Pkw der Fall, der wie hier einschließlich des Abstands zum Gebäude eine Fläche von ca. (2 m x 4 m =) 8 qm für sich beansprucht. Damit fällt auf der Höhe des Fahrzeugs etwa ein **Drittel des Weges für die Fußgängernutzung weg**. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass ein parkendes Fahrzeug auch weiteren Parkverkehr „anlockt“. Würden dann mehrere Fahrzeuge hintereinander parken, würde es zu An- und Abfahrtsverkehr kommen, der zwangsläufig ein Vorbeifahren an den anderen parkenden Fahrzeugen erfordert und damit einen entsprechend weiteren Verkehrsraum für diese Fahrten einnehmen würde. Hinsichtlich dieser abstrakten Gefahr muss die Behörde nicht zuwarten bis tatsächlich mehrere Fahrzeuge parken, vielmehr besteht ein generalpräventiv begründetes öffentliches Interesse daran, dass andere Kraftfahrer vom verbotswidrigen Parken im Fußgängerbereich abgehalten werden (vgl. nur VGH Ba-Wü, Urt. v. 15.01.1990 – Az. 1 S 3664/88, VBIBW 1990, 257).

Hinzu kommt, dass der grundsätzliche Ausschluss der anderen Verkehrsteilnehmer aus dem Fußgängerbereich auch dazu dient, dass sich **Fußgänger stärker auf den Zweck ihres Besuchs der Fußgängerzone** (z. B. Einkauf) **konzentrieren** können dürfen, also auf die Beachtung des Straßenverkehrs wie auf anderen Straßen § 25 StVO), auf denen der Fahrverkehr zu beachten ist. Ausnahmsweise zugelassene Fahrzeuge müssen Schrittgeschwindigkeit einhalten und auf Fußgänger Rücksicht nehmen (§ 41 I StVO i.V.m. Anlage 2 Lfd. Nr. 21 Nr. 2 zu Zeichen 242.1 i.V.m. Nr. 2 zu Zeichen 239). Fußgänger können sich in einer Fußgängerzone daher freier und ungezwungener bewegen, das gilt insbesondere auch für Kinder. **Widmungszweck eines Fußgängerbereichs** ist es, einen **weitgehend ungestörten Fußgängerverkehr** zu ermöglichen (VGH Ba-Wü, Urt. v. 15.01.1990 – Az. 1 S 3664/88, VBIBW 1990, 257). Besondere Verhaltensvorschriften für Fußgänger würden dem Wesen eines Gehbereichs widersprechen (König in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 42. Aufl., 2013, § 2 StVO, Rn. 30). Darauf dürfen Fußgänger in einem Fußgängerbereich vertrauen. Das Befahren eines Fußgängerbereichs mit Kraftfahrzeugen - auch nur zum Parken - birgt deshalb **abstrakt die Gefahr einer Kollision mit Fußgängern** und beeinträchtigt schon deshalb die Funktion des Fußgängerbereichs. Eine solche abstrakte Gefahr mag im Einzelfall ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Umstände ausgeschlossen sein können, beispielsweise, wenn die Zuwegung aufgrund einer Baustelle vollständig gesperrt ist und deshalb die Geschäfte der Fußgängerzone nicht erreichbar sind. Anhaltspunkte für eine solche ausnahmsweise Nichtbeeinträchtigung sind jedoch im Streitfall nicht ersichtlich.“ (OVG Greifswald aaO.)

WaffG  
§ 5

### Widerruf der Waffenbesitzkarte Waffenrechtliche Zuverlässigkeit

POR

(VGH München in NJW 2015, 2747; Beschluss vom 20.05.2015 – 21 ZB 14.2236)

**Fall:** Der am 09.07.1956 geborene Kl. ist Sportschütze und wandte sich gegen den Widerruf seiner zwölf Waffenbesitzkarten mit insgesamt 82 eingetragenen Waffen, des Europäischen Feuerwaffenpasses sowie seiner Erlaubnis nach § 27 I SprengG. Vorausgegangen war ein Vorfall in der Nacht vom 14. auf den 15.08.2012, als der Kl. bei einem Streit bei sich zu Hause von seiner Ehefrau mit einem geladenen Revolver bedroht worden war, der sich in der Schublade eines Nachtkästchens im Schlafzimmer befand. Bei der Sicherstellung der Waffen durch das Landratsamt und die Polizei stellte sich außerdem heraus, dass die Ehefrau im Besitz eines Schlüssels zum Waffenraum war. Der Kl. gab dazu an, der Schlüssel müsse ihm gestohlen worden sein. Mit Strafbefehl des AG vom 15.01.2013, rechtskräftig seit 06.02.2013, wurde der Kl. wegen Verstoßes gegen die Aufbewahrungsvorschriften für Schusswaffen, wodurch die Gefahr des unbefugten Zugriffs verursacht worden sei, zu einer Geldstrafe i.H.v. 40 Tagessätzen zu je 75 € verurteilt. Mit Bescheid vom 06.05.2013 widerrief das Landratsamt R. die waffen- und sprengstoffrechtlichen Erlaubnisse des Kl. und ordnete die entsprechenden Nebenfolgen an.

**Rechtsgrundlage** des Widerrufs der Waffenbesitzkarten und des Europäischen Feuerwaffenpasses ist § 45 II 1 WaffG. Danach ist eine Erlaubnis nach dem Waffengesetz zu widerrufen, wenn **nachträglich Tatsachen eintreten**, die zur **Versagung** hätten führen müssen. Nach § 4 I Nr. 2 WaffG ist eine Erlaubnis zu versagen, wenn der Ast. nicht die **erforderliche Zuverlässigkeit** besitzt. Gemäß § 5 I Nr. 2 Buchst. b WaffG besitzen Personen die erforderliche Zuverlässigkeit nicht, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie mit **Waffen und Munition nicht vorsichtig oder nicht sachgemäß umgehen** oder diese **Gegenstände nicht sorgfältig verwahren** werden.

„Wie der Vorfall in der Nacht vom 14. auf den 15.08.2012 zeigt, hat der Kl. einen geladenen Revolver aus seinem umfangreichen Waffenbestand völlig ungesichert in der Schublade eines Nachtkästchens in seinem Schlafzimmer aufbewahrt und dadurch den Zugriff seiner hierzu nicht befugten Ehefrau auf die Waffe ermöglicht. Er hat damit offensichtlich gegen die aus Sicherheitsgründen besonders wichtigen Aufbewahrungsvorschriften des § 36 I 1 und 2 WaffG verstoßen, wonach bei Waffen- oder Munitionsbesitz die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen sind, um zu verhindern, dass diese Gegenstände abhandenkommen oder Dritte sie unbefugt an sich nehmen und wonach zudem Schusswaffen nur getrennt von Munition aufbewahrt werden dürfen, sofern die Aufbewahrung nicht in einem bestimmten Anforderungen genügenden Sicherheitsbehältnis erfolgt.“

Diese schwerwiegenden Verstöße rechtfertigen die Prognose, dass der Kl. auch künftig nicht vorsichtig und sachgemäß mit Waffen und Munition umgehen und diese Gegenstände nicht sorgfältig verwahren wird. Das VG hat zu Recht darauf abgestellt, dass es sich bei den Aufbewahrungsvorschriften, die der Kl. nicht beachtet hat, um zentrale waffenrechtliche Vorschriften handelt, die der Umsetzung eines der vordringlichsten und wichtigsten Ziele des Waffengesetzes dienen, nämlich das Abhandenkommen oder die unbefugte Ansichtnahme von Waffen und Munition durch unbefugte Dritte zu verhindern. In Anbetracht der erheblichen Gefahren, die von Waffen und Munition für hochrangige Rechtsgüter ausgehen, darf ein Restrisiko nicht hingenommen werden. Hat ein Waffenbesitzer – wie hier der Kl. – in diesem Sinn bereits einmal versagt, ist allein das ein gewichtiges Indiz dafür, dass er das in ihn gesetzte Vertrauen nicht mehr verdient. Eine dahingehende Lebenserfahrung oder ein entsprechender Rechtssatz, dass erst ab einem weiteren Verstoß eine negative Zukunftsprognose gerechtfertigt ist, besteht nicht (vgl. VGH München, Beschl. v. 22.12.2014 – 21 ZB 14.1512, BeckRS 2015, 41194). Im Fall des Kl. kommt hinzu, dass seine Ehefrau im Besitz eines Schlüssels zum Waffenraum war, den er offensichtlich auch nicht sicher verwahrt hatte.

Damit rechtfertigen die schwerwiegenden Verstöße des Kl. gegen die Aufbewahrungsvorschriften des § 36 I 1 und 2 WaffG die Annahme seiner waffenrechtlichen Unzuverlässigkeit nach § 5 I Nr. 2 Buchst. b WaffG, auch wenn man davon ausgeht, dass es sich um erstmaliges Fehlverhalten handelt.“ (VGH München aaO.)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 167

### Anforderungen an „Demnächst-Zustellung“ Rechtsprechungsänderung

ZivilProzR

(BGH in NJW 2015, 2666; Urteil vom 10.07.2015 – V ZR 154/14)

1. Das Merkmal „demnächst“ (§ 167 ZPO) ist nur erfüllt, wenn sich der Partei zuzurechnende **Verzögerungen in einem hinnehmbaren Rahmen** halten.
2. Mit Blick auf die **Einzahlung des Kostenvorschusses** kommt es bei der Berechnung der noch hinnehmbaren Verzögerung von **14 Tagen** nicht auf die Zeitspanne zwischen der Aufforderung zur Einzahlung der Gerichtskosten und deren Eingang bei der Gerichtskasse, sondern darauf an, **um wie viele Tage sich der für die Zustellung der Klage ohnehin erforderliche Zeitraum** infolge der Nachlässigkeit des Klägers **verzögert** hat.
3. Wurde der Kostenvorschuss verfahrenswidrig **nicht von der klagenden Partei selbst, sondern über deren Anwalt** angefordert, ist die damit einhergehende – der Partei nicht zuzurechnende – Verzögerung im Allgemeinen **mit drei Werktagen** zu veranschlagen.
4. Auch von einer auf die Wahrung ihrer prozessualen Obliegenheiten bedachten Partei kann nicht verlangt werden, an **Wochenend- und Feiertagen** sowie am **Heiligabend und an Silvester** für die Einzahlung des Kostenvorschusses Sorge zu tragen.

**Fall:** Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Auf der Wohnungseigentümersammlung vom 02.11.2012 wurden mehrere Beschlüsse gefasst. Mit der am 23.11.2012 eingegangenen Beschlussmängelklage wandten sich die Kl. gegen das zu dem Tagesordnungspunkt (TOP) 6 beschlossene Sanierungskonzept und dessen Finanzierung durch Erhebung einer Sonderumlage. Nach Korrespondenz zur vorläufigen Streitwertfestsetzung hat der Prozessbevollmächtigte der Kl. am 18.12.2012 die an ihn versandte Aufforderung zur Zahlung des Vorschusses erhalten. Nach deren Weiterleitung an die Rechtsschutzversicherung der Kl. ist der Vorschuss am 07.01.2013 bei der Justizkasse eingegangen.

Die Klage wurde am 18.01.2013 zugestellt. Sie wurde wegen Versäumung der in § 46 I 2 WEG vorgesehenen Frist von 1 Monat für die Beschlussanfechtung abgewiesen. Zu Recht?

Fraglich ist, ob die Kl. die materielle Klageerhebungsfrist nach § 46 I 2 WEG gewahrt haben. Da die Beschlüsse am 02.11.2012 gefasst wurden, lief die Klagefrist am 02.12.2012 ab. Die Erhebung der Anfechtungsklage erfolgt durch die rechtshängigkeitsbegründende Zustellung der Klageschrift (§§ 261 I, 253 I ZPO). Die Zustellung der Klage ist jedoch erst am 18.01.2013 und damit weit nach Fristablauf erfolgt.

Allerdings sieht § 167 ZPO vor, dass die Zustellung auf den Zeitpunkt des Eingangs der Klage bei Gericht ankommt, wenn die Zustellung demnächst erfolgt. Fraglich ist jedoch, wann eine Zustellung „demnächst“ ausgehend vom Zeitpunkt des Eingangs der Klage anzunehmen ist. Der Partei zuzurechnende Verzögerungen müssen sich in hinnehmbaren Rahmen halten

#### I. Regelfall: 14 Tage

*„Dabei wird eine der Partei zuzurechnende **Zustellungsverzögerung von bis zu 14 Tagen** regelmäßig hingenommen (vgl. nur BGH, NJW 1996, 1060 [1061]; BGH, NJW 1994, 1073 [1074]; jew. m.w.N.), um eine Überforderung des Klägers sicher auszuschließen.“* (BGH aaO.)

#### II. Verzögerung wegen Zahlung des Gerichtskostenvorschusses

Hierbei ist zu beachten, dass es zu einer zeitlichen Zäsur zwischen dem Eingang der Klage bei Gericht und der Zustellung bei der Gegenseite nicht nur aufgrund des Bearbeitungslaufes des Gerichts kommt, sondern weil der Kläger zunächst vom Gericht zur Einzahlung des Kostenvorschusses aufgefordert wird und die Zustellung der Klage erst nach Zahlungseingang vom Gericht veranlasst wird.

Verzögerungen bei der Einzahlung des Kostenvorschusses sind dabei stets der Partei zuzurechnen.

*„Darüber hinaus sieht das BerGer. richtig, dass der Senat in der **typisierbaren Fallgruppe** des nach § 12 I GKG zu leistenden Gerichtskostenvorschusses eine hinnehmbare Verzögerung bejaht hat, wenn dieser nach seiner*

Anforderung **innerhalb eines Zeitraums eingezahlt** wird, der sich „**um zwei Wochen bewegt oder nur geringfügig darüber liegt**“ (BGH, ZMR 2012, 643 = BeckRS 2012, 09747; NJW 2010, 3376 [3377] = NZM 2010, 788 Rn. 7; NJW-RR 2012, 527 = NZM 2012, 351 Rn. 7; BGHZ 179, 230 [235 f.] = NJW 2009, 999 = NZM 2009, 199 Rn. 16; vgl. auch jeweils obiter BGH, NJW 1986, 1347 [1348]; Urt. v. 12.11.2009 – III ZR 113/09, BeckRS 2009, 88690 Rn. 21 f. [insoweit in NJW-RR 2010, 333 nicht abgedruckt]).“ (BGH aaO.)

Allerdings führt nicht jede Verzögerung um mehr als diesen Zeitraum zwingend dazu, dass eine Rückwirkung der Zustellung nicht mehr in Betracht kommt.

„Vielmehr wird die Hinnehmbarkeit darüber hinausgehender Verzögerungen hat er dagegen vom **Vorliegen besonderer Umstände** und dem Ergebnis einer tatrichterlichen Würdigung der Gesamtumstände abhängig gemacht (vgl. nur Senat, ZMR 2012, 643 [644] = BeckRS 2012, 09747). Demgegenüber belässt es der VII. Zivilsenat auch in dieser Konstellation bei den allgemeinen Grundsätzen, was dazu führt, dass bei der Berechnung der noch hinnehmbaren Verzögerung von 14 Tagen nicht auf die Zeitspanne zwischen der Aufforderung zur Einzahlung der Gerichtskosten und deren Eingang bei der Gerichtskasse, sondern darauf abgestellt wird, **um wie viele Tage sich für die Zustellung der Klage ohnehin erforderliche Zeitraum infolge der Nachlässigkeit des Klägers verzögert** hat (BGH, NJW 2011, 1227 Rn. 8 f.; NJW 2000, 2282; NJW 1999, 3125; vgl. auch NJW 1971, 891). Dieser Rechtsauffassung schließt sich der Senat nunmehr aus Gründen der **Vereinheitlichung der höchstrichterlichen Rechtsprechung** und zur Herstellung eines einheitlichen – für sämtliche Fallgruppen geltenden – Maßstabs an.“ (BGH aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob gemessen an diesen Vorgaben im vorliegenden Fall die Zustellung noch als „demnächst“ bewirkt angesehen werden kann, weil eine dem Kl. vorwerfbare Zustellungsverzögerung um mehr als 14 Tage nicht vorliegt.

#### 1. Anforderung der Kosten beim Prozessbevollmächtigten

Kostenschuldner des Gerichtskostenvorschusses ist der Kläger. Hier ist die Zahlungsaufforderung aber an seinen Prozessbevollmächtigten gegangen, der diese zunächst an den Kläger weiterleiten musste.

„Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass der **Kostenvorschuss verfahrenswidrig** (§§ 31 I, 32 II KostVfG-Berlin a.F.) **nicht von der Partei selbst**, sondern über deren Anwalt angefordert worden ist (Abgrenzung zu Senat, ZMR 2012, 643 [644] = BeckRS 2012, 09747; NJW-RR 2012, 527 = NZM 2012, 351 Rn. 11). Die damit einhergehende – der Partei nicht zuzurechnende – **Verzögerung** ist nach Auffassung des Senats **im Allgemeinen mit drei Werktagen** zu veranschlagen **unter Ausklammerung des Eingangstags und von Wochenendtagen**. Innerhalb einer solchen Zeitspanne kann auch in hochbelasteten Anwaltskanzleien eine Kenntnisnahme, Bearbeitung und Weiterleitung sowie bei Zugrundelegung üblicher Postlaufzeiten auch der Eingang bei der Partei selbst erwartet werden. Da die Kostenanforderung dem Prozessbevollmächtigten am 18.12.2012 (Dienstag) zugegangen ist, führt dies dazu, dass die Kl. so zu stellen sind, wie sie stünden, wenn ihnen selbst die Anforderung erst am 21.12.2012 (Freitag) zugegangen wäre.“ (BGH aaO.)

#### 2. Keine Einzahlungspflicht am Wochenenden, Sonn- und Feiertagen

„Sodann ist in Rechnung zu stellen, dass von einer auf die Wahrung ihrer prozessualen Obliegenheiten bedachten Partei **nicht verlangt** werden kann, an **Wochenend- und Feiertagen** für die Einzahlung des Kostenvorschusses Sorge zu tragen (vgl. auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.04.2011 – I-2 U 102/10, BeckRS 2011, 08369; KG, Beschl. v. 25.01.2010 – 2 W 210/09, BeckRS 2010, 03466; von dem Senat mangels Entscheidungserheblichkeit bislang offengelassen, vgl. ZMR 2012, 643 [644] = BeckRS 2012, 09747); ebenso ist bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise mit dem 24. und 31. Dezember (Heiligabend und Silvester) zu verfahren, weil an diesen Tagen vielfach überhaupt nicht oder doch nur eingeschränkt gearbeitet wird.

Da die Kl. danach frühestens am 27.12.2012 (Donnerstag) hätten tätig werden müssen und der Kostenvorschuss tatsächlich am 07.01.2013 bei der Justizkasse eingegangen ist, liegt selbst ohne Berücksichtigung des für die Überweisung durch die Bank erforderlichen Zeitraums keine schuldhafte Verzögerung von mehr als 14 Tagen vor.“ (BGH aaO.)

Die Klageerhebungsfrist wurde daher gewahrt. Die Klage hätte nicht wegen Verfristung abgewiesen werden dürfen.

(BGH in MMR 2015, 555; Beschluss vom 18.03.2015 – XII ZB 424/14)

1. Eine Beschwerdeschrift ist in **schriftlicher Form** eingereicht, sobald bei dem Gericht, dessen Beschluss angefochten wird, ein **Ausdruck** der als Anhang einer elektronischen Nachricht übermittelten, die vollständige Beschwerdeschrift enthaltenden **PDF-Datei** vorliegt.
2. Ist die Datei durch **Einscannen eines** von dem Beschwerdeführer oder seinem Bevollmächtigten **handschriftlich unterzeichneten Schriftsatzes** hergestellt, ist auch dem Unterschriftserfordernis des § 64 II 4 FamFG genügt.

**Fall:** Die Beteiligte zu 3 (im Folgenden: Mutter) wendet sich gegen die Verwerfung ihrer Beschwerde wegen Versäumung der Beschwerdefrist.

Der Beschluss des Amtsgerichts, mit dem der Mutter die elterliche Sorge für ihr Kind entzogen und das Jugendamt zum Vormund des Kindes bestellt worden war, wurde ihr am 31.05.2014 zugestellt. Mit elektronischem, auf den 04.06.2014 datierten Dokument, das am 25.06.2014 auf dem elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach des Amtsgerichts eingegangen ist, hat die Mutter Beschwerde eingelegt und die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe beantragt. Der Beschwerdeschriftsatz war nicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen. Vielmehr wurde der Beschwerdeschriftsatz mitsamt Anlagen eingescannt und als PDF-Datei elektronisch an das Amtsgericht versandt. Das Kammergericht hat die Beschwerde wegen nicht ordnungsgemäßer Einlegung verworfen, aber die Rechtsbeschwerde zugelassen. Wird die Rechtsbeschwerde Erfolg haben?

## I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde

### 1. Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und der allgemeinen Sachentscheidungs-voraussetzungen

Zuständig ist nach § 133 GVG der BGH. Vom Vorliegen der allgemeinen Sachentscheidungs-voraussetzungen kann ausgegangen werden.

### 2. Statthaftigkeit

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft gegen Beschlüsse, wenn dies gesetzlich so vorgesehen ist oder die sie zugelassen wurde.

Hier wurde die Rechtsbeschwerde nach § 70 I FamFG im Beschluss zugelassen.

### 3. Beschwerdebefugnis

Eine Beschwerdebefugnis besteht ohne weiteres bei Vorliegen einer **formellen Beschwerde**. Der Beschwerdeführer ist **formell beschwert**, wenn das Gericht sofortige Beschwerde zurückweist. Dies ist hier geschehen.

### 4. Form und Frist

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 71 I 1 FamFG binnen einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung des Beschlusses durch Einreichung einer Beschwerdeschrift beim Beschwerdegericht einzulegen. Dies ist erfolgt.

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft.

## II. Begründetheit

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt. Fraglich ist hier, ob die Beschwerde zu Recht als formunwirksam zurückgewiesen wurde.

### 1. Grundsatz: Beschwerdeschrift mit eigenhändiger Unterschrift

Grundsätzlich sieht § 64 II 1 FamFG die Einlegung der Beschwerde durch **Einreichung einer Beschwerdeschrift** oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle vor. Die Beschwerde ist gemäß § 64 II 4 FamFG von dem Beschwerdeführer oder seinem Bevollmächtigten **eigenhändig zu unterzeichnen**.

„Das Erfordernis der Unterschrift soll die **Identifizierung des Urhebers** einer Verfahrenshandlung ermöglichen und dessen unbedingten Willen zum Ausdruck bringen, die **volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes** zu übernehmen und diesen bei Gericht einzureichen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass es sich bei dem Schriftstück nicht nur um einen unautorisierten Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Gericht zugeleitet worden ist (vgl. GmS-OGB BGHZ 75, 340 = NJW 1980, 172, 174 und BGHZ 144, 160 = NJW 2000, 2340, 2341).“ (BGH aaO.)

## 2. Zulässigkeit eines elektronischen Dokuments

Nach § 14 II 1 FamFG können die Beteiligten Anträge und Erklärungen auch als **elektronisches Dokument** übermitteln. Über § 14 II 2 FamFG gelten für das elektronische Dokument § 130 a I und III ZPO sowie § 298 ZPO entsprechend.

„Anstelle der vom Urheber unterzeichneten Urkunde besteht das elektronische Dokument aus der in der elektronischen Datei enthaltenen Datenfolge selbst. **An die Stelle der Unterschrift** tritt demgemäß die **qualifizierte elektronische Signatur** (§ 14 II 2 FamFG i.V.m. § 130 a I 2 ZPO). Bei der qualifizierten elektronischen Signatur handelt es sich um eine elektronische Signatur nach § 2 Nr. 1 Signaturgesetz (SigG), die zusätzlich die Voraussetzungen der **fortgeschrittenen elektronischen Signatur** nach § 2 Nr. 2 SigG erfüllen und weiter auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen **qualifizierten Zertifikat** beruhen und mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit erzeugt worden sein muss (BGHZ 184, 75 = NJW 2010, 2134 Rn. 12 ff.; BGHZ 197, 209 = NJW 2013, 2034 Rn. 9).

**Bestimmende Schriftsätze** müssen grundsätzlich **entweder mit einer Unterschrift oder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur** nach § 130 a I 2 ZPO versehen werden (BGHZ 184, 75 = NJW 2010, 2134 Rn. 15 ff.).“ (BGH aaO.)

## 3. Elektronische Übermittlung eines Schriftstücks

Neben der Einreichung eines Schriftsatzes mit einer Originalunterschrift und einem Datensatz, der die Anforderungen an ein elektronisches Dokument erfüllt, kann auch ein eigenhändig unterschriebener Schriftsatz elektronisch übermittelt werden.

„Zu den **schriftlichen, nicht den elektronischen Dokumenten** zählen diejenigen, die im Wege eines **Telegramms**, mittels **Fernschreiben** oder per **Telefax** übermittelt werden (vgl. zu den Ausnahmen vom Unterschriftserfordernis insoweit jeweils die Nachweise bei GmS-OGB BGHZ 144, 160 = NJW 2000, 2340, 2341). Für die Übermittlung einer Berufungsbegründung durch **Computerfax** hat der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes entschieden, dass in Prozessen mit Anwaltszwang bestimmende Schriftsätze **formwirksam** durch **elektronische Übertragung einer Textdatei mit eingescannter Unterschrift** auf ein Faxgerät des Gerichts übermittelt werden können (GmS-OGB BGHZ 144, 160 = NJW 2000, 2340 f.). Maßgeblich für die Beurteilung der Wirksamkeit eines elektronisch übermittelten Schriftsatzes ist allein die **auf Veranlassung des Absenders beim Gericht erstellte körperliche Urkunde**. Die vorübergehende Speicherung tritt aber nicht an die Stelle der Schriftform. Statt der handschriftlichen Unterschrift auf der Urkunde genügt bei der elektronischen Übermittlungsform die **Wiedergabe der Unterschrift in der bei Gericht erstellten Kopie**. Der alleinige Zweck der Schriftform, die Rechtssicherheit und Verlässlichkeit der Eingabe sicherzustellen, kann auch im Fall einer derartigen elektronischen Übermittlung gewahrt werden.

Wird eine **im Original eigenhändig unterzeichnete Berufungsbegründung eingescannt** und im Anhang einer Email als PDF-Datei nach vorheriger Rücksprache mit der Geschäftsstellenbeamtin an die Geschäftsstelle des Berufungsgerichts geschickt, genügt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Ausdruck einer auf diesem Weg übermittelten Datei der Schriftform. Denn der **Ausdruck verkörpert die Berufungsbegründung in einem Schriftstück** und schließt mit der Unterschrift des Prozessbevollmächtigten ab. Dass die Unterschrift nur in Kopie wiedergegeben ist, ist entsprechend § 130 Nr. 6 Alt. 2 ZPO unschädlich, weil der **im Original unterzeichnete Schriftsatz elektronisch übermittelt** und von der Geschäftsstelle entgegengenommen worden ist (BGH Beschluss vom 15.07.2008 - X ZB 8/08 - NJW 2008, 2649 Rn. 13; ebenso BAG NZA 2013, 983 Rn. 12; vgl. auch LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 16.08.2012 - L 3 R 801/11 - juris Rn. 39).“ (BGH aaO.)

## 4. Anwendung auf den Fall

Der Beschwerdeschrift fehlt die erforderliche qualifizierte elektronische Signatur, so dass die Übersendung der PDF-Datei mit der eingescannten Beschwerdeschrift den Anforderungen an ein elektronisches Dokument nach § 14 II 1 FamFG i.V.m. § 130 a I ZPO nicht genügt.

„Allerdings befindet sich in den Akten eine **ausgedruckte und mit der Unterschrift der Mutter versehene Beschwerdeschrift**, die ausweislich des Eingangsstempels **am 25.06.2014 zu den Akten gelangt** ist. Dieser Fall ist mit dem bereits vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall (BGH Beschluss vom 15.07.2008 - X ZB 8/08 - NJW 2008, 2649) vergleichbar. Die Mutter hat ihre Beschwerdeschrift eingescannt und als PDF-Datei an das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach des Amtsgerichts übermittelt, wo der Schriftsatz ausgedruckt und zur Akte genommen wurde.“ (BGH aaO.)

Es kommt daher maßgeblich darauf an, ob die Mutter das Original des Beschwerdeschriftsatzes vor dem Einscannen handschriftlich unterzeichnet oder es lediglich mit ihrer eingescannten bzw. hineinkopierten Unterschrift versehen hat.

*„Von dem grundsätzlichen Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift sind **Ausnahmen** bislang stets nur dann zugelassen worden, wenn eine **Unterschrift auf Grund der technischen Besonderheiten des Übermittlungswegs nicht möglich** war (BGH Beschluss vom 10.10.2006 - XI ZB 40/05 - NJW 2006, 3784 Rn. 8). Zu diesen Ausnahmen gehört etwa die Möglichkeit, **verfahrensbestimmende Schriftsätze per Computerfax** zu übermitteln. Da hier ein Ausdruck des Schriftsatzes im Verantwortungsbereich des Absenders nicht gefertigt wird, weil die im Computer erstellte Datei unmittelbar aus dem Computer an das Faxgerät des Gerichts übermittelt wird, und der **Schriftsatz erstmals bei Gericht die Papierform erhält**, scheidet eine eigenhändige Unterschrift aus technischen Gründen aus. Anders verhält es sich aber, wenn der **bestimmende Schriftsatz mittels eines normalen Telefaxgeräts übermittelt wird**, weil dann der ausgedruckt vorliegende, per Fax zu übermittelnde Schriftsatz von dem Absender **ohne weiteres unterschrieben** werden kann. Mangels technischer Notwendigkeit genügt daher eine eingescannte Unterschrift nicht den Formerfordernissen des § 130 Nr. 6 ZPO (bzw. § 64 II 4 FamFG), wenn der Schriftsatz mit Hilfe des normalen Faxgeräts und nicht unmittelbar aus dem Computer versandt wird (BGH Beschluss vom 10.10.2006 - XI ZB 40/05 - NJW 2006, 3784 Rn. 9).*

*Diese unterschiedlichen Anforderungen an die Unterschrift bei Übermittlung eines bestimmenden Schriftsatzes per **Computerfax einerseits und herkömmlichen Telefax andererseits** verstoßen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht gegen Art. 3 I, Art. 2 I GG. Der Umstand, dass die Rechtsprechung dem technischen Fortschritt Rechnung trage und Ausnahmen von dem Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift zulasse, zwingt nicht dazu, diese noch auf weitere Fälle zu erstrecken (BVerfG NJW 2007, 3117, 3118). Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift auf dem Original eines bestimmenden Schriftsatzes stelle am wirkungsvollsten sicher, dass der Berechtigte das Schreiben autorisiert habe. Bei der eingescannten oder hineinkopierten Unterschrift sei dies nicht in gleicher Weise gegeben. Die in Dateiform gespeicherte Unterschrift könne dem Ausdruck vielmehr von jeder Person beigelegt werden, ohne dass diese Person im Nachhinein erkennbar sei (BVerfG NJW 2007, 3117, 3118).*

*Aus denselben Gründen wird die Einreichung eines mit einem **Faksimile-Stempel** versehenen Schriftsatzes als dem eigenhändigen Unterschriftenanforderung nicht genügend angesehen (BAG NJW 2009, 3596 Rn. 18). Ist es aber unzulässig, einen bestimmenden Schriftsatz mit einer Faksimile-Unterschrift über ein herkömmliches Faxgerät zu versenden, kann es ebenso wenig zulässig sein, denselben Schriftsatz mittels eines Scanners einzulesen und über den Computer zu versenden. In beiden Fällen fehlt es an der technischen Notwendigkeit, eine Faksimile-Unterschrift genügen zu lassen (BGH Beschluss vom 15.07.2008 - X ZB 8/08 - NJW 2008, 2649 Rn. 19).“ (BGH aaO.)*

### III. Ergebnis

Für den Fall, dass die Mutter den Beschwerdeschriftsatz im Original unterschrieben und den Schriftsatz mit ihrer eigenhändig geleisteten Unterschrift insgesamt eingescannt und verschickt hat, wäre dem Unterschriftenanforderung genüge getan. Die Mutter hätte dann die Beschwerdefrist eingehalten. Für den Fall, dass sie das Original der Beschwerdeschrift lediglich mit einer eingescannten oder hineinkopierten Unterschrift versehen hat, wäre die Beschwerde dagegen nicht wirksam eingelegt. Mangels entsprechender Feststellungen ist zugunsten der Mutter im Rechtsbeschwerdeverfahren davon auszugehen, dass sie den Beschwerdeschriftsatz im Original unterschrieben hat.

*„Die Sache ist deswegen gemäß § 74 V, VI 2 FamFG aufzuheben und an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, weil es an den erforderlichen Feststellungen fehlt.“ (BGH aaO.)*

StPO

**Dauer der Verteidigerbestellung**

StrafProzR

§§ 140 I Nr. 4 , III 2 , 143

**Untersuchungshaft**

(OLG Hamburg in StV 2015, 535; Beschluss vom 09.08.2015 – 2 Ws 12/15)

1. Die im Bestellungsbeschluss gem. § 140 I Nr. 4 StPO angesprochene Begrenzung der **Verteidigerbestellung „für die Dauer der Untersuchungshaft“** hat als auflösende Bedingung oder als Befristung keinen Bestand.
2. Eine gem. § 140 I Nr. 4 StPO erfolgte Verteidigerbestellung bedarf zur **Beendigung** eines **gerichtlichen Aufhebungsbeschlusses**.

**Fall:** Nach am 29.08.2014 wegen Verdachts eines so genannten Ladendiebstahls erfolgter Festnahme des Angekl. erließ das AG Hamburg am 30.08.2013 gegen den Angekl. einen auf den dringenden Tatverdacht eines am 29.08.2014 begangenen Diebstahls und den Haftgrund der Fluchtgefahr gestützten Haftbefehl, der dem Angekl. sogleich verkündet wurde. Gegenüber dem Haftrichter erklärte der Angekl., dass er die Auswahl eines Pflichtverteidigers in das Ermessen des Gerichts stelle. Am 05.09.2014 fasste das AG folgenden Beschl.: „Dem Besch. wird für die Dauer der U-Haft Frau RAin R. ... 20357 Hamburg ... als notwendige Verteidigerin bestellt. Gründe: Gegen den Besch. wird U-Haft nach §§ 112 , 112a StPO vollstreckt, § 140 I Nr. 4 StPO“.

In der Folgezeit befand der Verurteilte sich bis zum 08.09.2014 in U-Haft. Anschließend verbüßte er die Reste mehrerer Ersatzfreiheitsstrafen. Am 31.10.2014 wurde er aus der Haft entlassen.

Am 23.09.2014 wurde vor dem AG Hamburg-St. Georg die Hauptverhandlung gegen den Angekl. durchgeführt, in welcher der Angekl. wegen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von 6 M., ohne Vollstreckungsaussetzung zur Bewährung, verurteilt wurde. Im Anschluss an die Urteilsverkündung wurde der Haftbefehl v. 30.08.2014 aufgehoben und der Angekl. in die Strafhaft in anderer Sache zurückgeführt. In dem amtsgerichtlichen Hauptverhandlungsprotokoll ist RAin R. mit der Bezeichnung „Pflichtverteidigerin R.“ als erschienen aufgeführt. Das LG verfügte nach § 36 I 1 StPO die Urteilszustellung an RAin R. Eine schriftliche Vollmacht befindet sich nicht in den Akten. Ist diese Zustellung wirksam?

Nach § 145a StPO können Zustellungen dann wirksam an Verteidiger erfolgen, wenn – im Falle eines gewählten Verteidigers – dessen Vollmacht sich bei den Akten befindet oder der Verteidiger vom Gericht als Pflichtverteidiger bestellt wurde. Mangels Vorliegens einer schriftlichen Vollmacht kann die Zustellung nur wirksam sein, wenn RAin R. zum Zeitpunkt der Zustellung noch bestellte Verteidigerin des Angekl. war.

## I. Begrenzung der Verteidigerbestellung für die Dauer der U-Haft

Im Bestellungsbeschluss wurde RAin R. als Verteidigerin für die Dauer der U-Haft bestellt. Da die U-Haft am 08.09.2014, also noch vor dem Hauptverhandlungstermin endete, könnte auch ihre Bestellung zu diesem Zeitpunkt geendet haben. Dies setzt jedoch voraus, dass diese Einschränkung wirksam erfolgen konnte.

### 1. Wortlautauslegung

Die Vorschriften der §§ 140 ff. StPO enthalten zunächst materielle Regelungen zu den Voraussetzungen notwendiger Verteidigung i.S.d. § 338 Nr. 5 StPO in Gestalt einer Beschreibung von Fallkategorien und des Weiteren das gerichtliche Bestellungsverfahren betreffende Regelungen.

*„Hinsichtlich der Beendigung gerichtlicher Verteidigerbestellungen enthalten die §§ 140 ff. StPO nur sehr cursorische Regelungen in §§ 143 und 140 III StPO, wobei jedenfalls **überwiegend ausdrücklich ein Aufhebungsakt** vorgesehen ist.*

*Die hier zur Anwendung gekommene Vorschrift des § 140 I StPO enthält allein eine **Aufzählung von Fallkategorien notwendiger Verteidigung**. § 140 II StPO enthält eine weitere materielle Beschreibung von Fallgruppen notwendiger Verteidigung sowie in S. 1 darüber hinaus Regelungen zum Bestellungsverfahren, nämlich, dass die Bestellung in den hier geregelten Fallgruppen durch den (Gerichts-)Vors. **auf Antrag oder von Amts wegen** erfolgt. Weitere Vorschriften über das Bestellungsverfahren sind in den §§ 141, 142 StPO enthalten.*

*§ 140 I und 2 StPO enthalten demgegenüber **keine Regelungen über die Dauer bzw. Beendigung** von auf ihrer Grundlage erfolgten gerichtlichen Verteidigerbestellungen. Das gilt insbes. auch für die hier in Rede stehende Vorschrift des § 140 I Nr. 4 StPO und die ähnlich gelagerte Fallgruppe der Nr. 5 des § 140 I StPO. Dass danach ein Fall **notwendiger Verteidigung** vorliegt, wenn gegen einen Besch. **U-Haft** nach den §§ 112, 112a StPO oder einstweilige Unterbringung nach § 126a StPO oder § 275a VI StPO **vollstreckt** wird (Nr. 4), ...besagt nach Wortlaut und Wortsinn der Normen noch nichts darüber, **wie lange** eine*

auf Grund eines dieser Fälle notwendiger Verteidigung erfolgte gerichtliche Verteidigerbestellung wirksam bleibt. **Keineswegs** lässt sich nach dem Wortlaut oder Wortsinn den Vorschriften entnehmen, dass eine auf Grund dieser Fallgruppen notwendiger Verteidigung erfolgte gerichtliche Verteidigerbestellung etwa **bei Fortfall der materiellen Bestellungsvoraussetzungen automatisch enden** würde. Gleiches gilt für eine Ermächtigung der Bestelungsgerichte, bei der Verteidigerbestellung eine Begrenzung auszusprechen; auch eine solche Ermächtigungsregelung enthalten die Abs. 1 und 2 des § 140 StPO nicht. Ausdrückliche Regelungen über die Beendigung einer gerichtlichen Verteidigerbestellung sind allein in den §§ 143 und 140 III StPO enthalten.“ (OLG Hamburg aaO.)

Nach § 143 StPO ist die gerichtliche Verteidigerbestellung zurückzunehmen, wenn demnächst ein anderer Verteidiger gewählt wird und dieser die Wahl annimmt. Die Vorschrift greift danach unabhängig von dem Grund der gerichtlichen Verteidigerbestellung ein.

„Nach zutreffender Meinung besteht eine **Rücknahmemöglichkeit** zudem in entsprechender Anwendung des § 143 StPO in Fällen des **Vorliegens eines wichtigen Widerrufsgrundes** (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 143 Rn. 3 ff.).

Allein die Vorschrift des § 140 III StPO enthält weiter gehende Anknüpfungspunkte zur Frage der Beendigung einer auf Grund der darin genannten Fallgruppen notwendiger Verteidigung erfolgten gerichtlichen Verteidigerbestellung. Für die von § 140 I Nr. 5 StPO erfassten Fallgruppen ist dabei nach § 140 III S. 1 StPO unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit einer Aufhebung der Bestellung vorgesehen (»Die Bestellung eines Verteidigers nach Abs. 1 Nr. 5 kann aufgehoben werden, wenn der Besch. mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung aus der Anstalt entlassen wird«). Danach ist für die genannte Fallgruppe ein ausdrücklicher Aufhebungsakt erforderlich.

Für die hier in Rede stehende Fallgruppe **gerichtlicher Verteidigerbestellung während der Vollstreckung von U-Haft** oder einstweiliger Unterbringung erbringen Gesetzeswortlaut und Wortsinn eine **entsprechend klare Regelung nicht**, da insoweit in § 140 III 2 StPO lediglich für ein Fortwirken der Bestellung auf die Voraussetzungen einer Verteidigerbestellung nach § 140 I Nr. 5 StPO verwiesen wird (»Die Bestellung des Verteidigers nach Abs. 1 Nr. 4 bleibt unter den in Abs. 1 Nr. 5 bezeichneten Voraussetzungen für das weitere Verfahren wirksam, wenn nicht ein anderer Verteidiger bestellt wird«), hingegen nicht ausdrücklich zugleich auch auf die Regelung des § 140 III 1 StPO mit der darin für auf Grund des § 140 I Nr. 5 StPO erfolgte Verteidigerbestellungen vorgesehenen Möglichkeit einer Aufhebung der Bestellung.“ (OLG Hamburg aaO.)

Die Auslegung nach Wortlaut und Wortsinn ergibt damit weder eine Begrenzung der Wirksamkeit einer auf Grund des § 140 I Nr. 4 StPO erfolgten gerichtlichen Verteidigerbestellung für die Dauer der Vollstreckung von u.a. U-Haft, noch eine Ermächtigung, bei der Verteidigerbestellung eine entsprechende Begrenzung auszusprechen.

## 2. Systematische Auslegung

„Die gerichtliche Verteidigerbestellung auf Grund notwendiger Verteidigung nach § 140 I und II StPO **allg. beherrschender Grundsatz** ist die **unbefristete Fortwirkung einer gerichtlichen Verteidigerbestellung bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Verfahrens**. Das folgt bereits aus dem schon erörterten Fehlen von Vorschriften der StPO über ein Erlöschen der Wirkung einer Verteidigerbestellung mit Ausnahme der angeführten Regelungen der §§ 143 und 140 III S. 1 StPO (so bereits RGSt 37, 21 [23 f.]).

Vorschriften, die wie §§ 143 und 140 III S. 1 StPO die **vorzeitige Aufhebung einer Verteidigerbestellung ermöglichen**, stellen sich deshalb als **Ausnahmenregelungen** von diesem Grundsatz dar. Im Lichte des dargelegten **Regel-/Ausnahmeverhältnisses** zwischen **unbeschränkter Fortgeltung gerichtlicher Verteidigerbestellungen** einerseits und deren vorzeitiger Aufhebung bzw. Beendigung andererseits ist die gerichtliche Verteidigerbestellungen auf Grund notwendiger Verteidigung nach § 140 I Nr. 4 StPO betreffende Vorschrift des § 140 III 2 StPO bei systematischer Betrachtung dahin auszulegen, dass damit in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Norm **allein ein besonderer Fall der Fortgeltung einer Verteidigerbestellung** beschrieben wird, dass nämlich, wenn etwa die Anordnungsvoraussetzungen nach § 140 I Nr. 4 StPO entfallen sind, jedoch dafür diejenigen nach § 140 I Nr. 5 StPO vorliegen, etwa nachdem zunächst vollzogene U-Haft zum Zwecke der Vollstreckung von Freiheitsstrafen unterbrochen worden ist, eine **gerichtliche Verteidigerbestellung ohne weiteren Bestellungsakt fortbestehen soll**.“ (OLG Hamburg aaO.)

Die systematische Gesetzesauslegung erbringt, dass eine auf Grund des § 140 I Nr. 4 StPO erfolgte gerichtliche Verteidigerbestellung über die Entlassung des Besch. aus der U-Haft hinaus fortwirkt, wenn nicht eine Aufhebungsentscheidung ergeht. Das gilt auch, wenn – wie hier – die gerichtliche Bestelungsentscheidung eine Verteidigerbestellung ausdrücklich nur „für die Dauer der U-Haft“ vorsieht. Das Erfordernis einer Aufhebungsentscheidung ergibt sich bereits aus dem Zusammenhang der Regelungen von § 140 I und 3 StPO zueinander sowie erst recht unter Berücksichtigung der **Gebote der Rechtssicherheit und Verfahrensfairness**.

### 3. Teleologische Auslegung

Das Institut der notwendigen Verteidigung dient neben der Verfahrenssicherung insbes. der **Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips** in seiner Ausgestaltung als **Gebot fairer Verfahrensführung** (vgl. SK-StPO/Wohlers, § 140 Rn. 3 m.w.N.).

*„Dieser Zweck gebietet eine der Regelung des § 140 III 1 StPO entsprechende Handhabung auch in Fällen gerichtlicher Verteidigerbestellung auf Grund notwendiger Verteidigung nach § 140 I Nr. 4 StPO und damit auch in diesen Fällen die **Erforderlichkeit einer ausdrücklichen Aufhebungsentscheidung**, um die Wirkung einer gerichtlichen Verteidigerbestellung zu beenden.*

*Dafür spricht, dass **schon das RG vorkonstitutionell** – den **Zweck notwendiger Verteidigung** ... dahin gehend konkretisiert hat, das damit die **Wahrung der Interessen des Besch. in die Hände einer rechtskundigen Person gelegt** werden solle und deshalb die Annahme, die Bestellung eines Verteidigers erlösche mit Beendigung der Beobachtung von selbst, nicht haltbar sei. Erst recht erfordern deshalb die sich aus dem GG für die Bundesrepublik Deutschland ergebenden genannten rechtsstaatlichen Grundsätze eine Auslegung, die für Besch., denen auf Grund notwendiger Verteidigung nach § 140 I Nr. 4 StPO ein Verteidiger gerichtlich bestellt worden ist, eine den Fällen notwendiger Verteidigung nach § 140 I Nr. 5 StPO entsprechende Rechtssicherheit und einen **vergleichbaren Vertrauensschutz** gewährt.*

*Bei auf Grund notwendiger Verteidigung nach § 140 I Nr. 5 StPO erfolgter gerichtlicher Verteidigerbestellung hat nach **zutreffender allg. Auffassung** vor einer Aufhebung der Bestellung nach § 140 III 1 StPO das Gericht im Rahmen einer Ermessensentscheidung zu prüfen, ob die **Verteidigerbestellung aufrechtzuerhalten** ist, weil die auf der Freiheitsentziehung beruhende Behinderung des Besch. trotz erfolgter Freilassung fortwirkt, was regelmäßig anzunehmen sein soll (Schmitt, aaO., § 140 Rn. 36 m.w.N.). Nicht anders kann es nach dem Zweck notwendiger Verteidigung und deswegen erfolgter Verteidigerbestellung in Fällen notwendiger Verteidigung nach § 140 I Nr. 4 StPO liegen, was insbes. bei – wie hier – sich an die U-Haft anschließender Vollstreckung von Freiheitsstrafen über einen zur Zeit der erstinstanzlichen Hauptverhandlung noch andauernden Zeitraum auf der Hand liegt, auch wenn die Gesamtdauer drei Monate unterschreitet.*

*Deshalb ist **nach rechtsstaatlichen Grundsätzen** auch bei auf Grund notwendiger Verteidigung nach § 140 I Nr. 4 StPO erfolgter Verteidigerbestellung in gleicher Weise wie nach § 140 III 1 StPO i.V.m. § 140 I Nr. 5 StPO eine **Prüfung**, ob eine **Aufhebung der Verteidigerbestellung erfolgen** kann oder wegen fortwirkender Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten **davon abzusehen** ist, angebracht.“ (OLG Hamburg aaO.)*

Die **Zwecke gerichtlicher Verteidigerbestellung** auf Grund notwendiger Verteidigung und der bei Schaffung der Regelungen des § 140 I Nr. 4 StPO sowie des § 140 III S. 2 StPO in den Gesetzmaterialien zum Ausdruck gekommene **gesetzgeberische Wille** sprechen für einen Gleichklang mit der Verteidigerbestellungen auf Grund notwendiger Verteidigung nach § 140 I Nr. 5 StPO betreffenden Regelung des § 140 III S. 1 StPO.

## II. Ergebnis

Die mit Beschl. des AG v. 05.09.2014 erfolgte Bestellung von RAin R. zur Verteidigerin des Angekl. wirkte und wirkt wegen Unwirksamkeit der damit ausgesprochenen Beschränkung auf die Dauer der U-Haft und mangelnden Erlasses eines Aufhebungsbeschlusses nach Entlassung des Angekl. aus der U-Haft fort.

(OLG Köln in BeckRS 2015, 14326; Beschluss vom 26.06.2015 – 1 RBs 177/15)

1. Verwertet der Tatrichter im Urteil entgegen § 261 StPO Unterlagen, die nicht in die Hauptverhandlung eingeführt wurden, liegt hierin zugleich eine **Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör**.
2. Betrifft der Gehörsverstoß die Urteilsgrundlage selbst und war dem Betroffenen jede Äußerungsmöglichkeit zu den verwerteten Unterlagen genommen, braucht er zur **Begründung der Rechtsbeschwerde** nicht vorzutragen, wie er sich im Falle einer prozessordnungsgemäßen Einführung der Unterlagen zu diesen verhalten hätte.

**Fall:** Mit Bußgeldbescheid vom 12.02.2014, dem Verteidiger des Betroffenen am 14.02.2014 zugestellt, hat der Oberbürgermeister der Stadt L gegen den Betroffenen, einen Taxifahrer, nach dessen Anhörung am 13.11.2013 wegen einer am 19.08.2013 begangenen Geschwindigkeitsüberschreitung außerhalb geschlossener Ortschaften um 30 km/h gemäß §§ 41 I i.V.m. Anlage 2, 49 StVO, § 24 StVG, 11.3.5 BKatV eine Geldbuße in Höhe von 140,00 € festgesetzt.

Hiergegen hat der Betroffene mit Telefaxeschreiben seines Verteidigers vom 28.02.2014, eingegangen bei der Bußgeldbehörde am selben Tag, Einspruch eingelegt. Nach Eingang des Vorgangs beim Amtsgericht Köln am 15.04.2014 und Anberaumung der Hauptverhandlung mit Verfügung vom 24.07.2014 hat das Amtsgericht Köln mit Urteil vom 30.10.2014 gegen den Betroffenen wegen fahrlässiger Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit gemäß §§ 41 I i.V.m. Anlage 2, VZ 274, 49 III Nr. 4 StVO, 24 StVG, Nr. 11.3.5 BKatV eine Geldbuße in Höhe von 80,00 € verhängt.

Gegen dieses in Anwesenheit des Betroffenen verkündete Urteil hat dieser mit Telefax seines Verteidigers vom 03.11.2014, eingegangen beim Amtsgericht Köln am 04.11.2014, die Zulassung der Rechtsbeschwerde beantragt. Nach Zustellung des Urteils an den Verteidiger am 11.12.2014 hat dieser mit anwaltlichem Schriftsatz vom 19.01.2015, eingegangen beim Amtsgericht Köln am selben Tag, beantragt, dem Betroffenen wegen Versäumung der Frist zur Begründung des Antrages auf Zulassung der Rechtsbeschwerde Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen und diesen Antrag im Wesentlichen damit begründet, dass ihm erst am 14.01.2015 Akteneinsicht gewährt worden sei. Ohne vorherige Akteneinsicht habe er den Zulassungsantrag nicht begründen können. Der Betroffene habe diese Umstände nicht zu verantworten. Ferner hat er beantragt, nach Zulassung der Rechtsbeschwerde das Urteil des Amtsgerichts Köln vom 30.10.2014 aufzuheben und diesen Antrag mit der Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs sowie der allgemeinen Sachrüge begründet.

Im Wesentlichen hat der Betroffene ausgeführt, dass in die Hauptverhandlung Fotos und Urkunden, auf die sich das Urteil stütze, nicht eingeführt worden seien. Überdies seien in der Hauptverhandlung zwei Beweisanträge gestellt worden, aus dem Protokoll der Hauptverhandlung ergebe sich indes nur die Stellung und Ablehnung eines Beweisantrages. Insoweit hat der Betroffene einen Antrag auf Protokollberichtigung gestellt und das Protokoll als „verfälscht“ gerügt. Wird die Rechtsbeschwerde Erfolg haben?

## I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde

### 1. Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde

Gegen ein Urteil im Ordnungswidrigkeitenverfahren ist nach § 79 I OWiG die Rechtsbeschwerde nur in bestimmten Fällen zulässig, insbesondere von ein Bußgeld von mehr als 250,00 € verhängt wurde, was hier nicht der Fall ist. Allerdings sieht § 80 OWiG vor, dass das Beschwerdegericht die Rechtsbeschwerde zulassen kann, u.a. nach § 80 I Nr. 2 OWiG wegen Versagung des rechtlichen Gehörs.

#### a) Anforderungen an Verfahrensrüge

*„Das Gebot des rechtlichen Gehörs soll als **Prozessgrundrecht** sicherstellen, dass die erlassene Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in **unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien** haben (BVerfGE 60 S. 250, BVerfGE 65 S. 305 = NJW 1984, NJW Jahr 1984 Seite 1026; BVerfG, NJW 1992 S. 2811). Es gibt namentlich den an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten ein Recht darauf, im gerichtlichen Verfahren zu Wort zu kommen, nämlich sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt und zu Rechtsfragen zu äußern, Anträge zu stellen und Ausführungen zu machen. Der **Anspruch auf rechtliches Gehör ist verletzt**, wenn dem Betroffenen keine Möglichkeit eingeräumt wird, **sich zu allen entscheidungserheblichen und ihm nachteiligen Sachen und Beweisergebnissen zu äußern** (vgl. allgemein Göhler, OWiG, 16. Auflage, § 80 Rn. 16 ff.).*

*Die Versagung rechtlichen Gehörs ist **mit der Verfahrensrüge geltend zu machen**. Dabei müssen die diesen Mangel enthaltenden Tatsachen so genau und so vollständig angegeben werden (§ 80 III 3 OWiG, § 344 II 2 StPO), dass das Rechtsbeschwerdegericht schon anhand der Rechtsmittelschrift und*

ohne Rückgriff auf die Akten prüfen und - da die Zulassung der Rechtsbeschwerde die Verletzung des rechtlichen Gehörs voraussetzt - im Freibeweisverfahren abschließend feststellen kann, dass der behauptete Fehler tatsächlich vorliegt. Es müssen **konkret die Tatsachen dargelegt** werden, aus denen sich die Gehörsverletzung und das mögliche Beruhen der angefochtenen Entscheidung auf diesem Verstoß ergibt (st. Senatsrechtsprechung, s. nur SenE v. 28.03.2011 - III-1 RBs 66/11 -).“ (OLG Köln aaO.)

## b) Ordnungsgemäße Geltendmachung der Verfahrensrüge

Aus dem Vortrag des Betroffenen sowie den Urteilsgründen ergibt sich, dass der Tatrichter Unterlagen (Eichschein, Messprotokoll, Beweisfoto mit Dateneinblendungen, Dienstanweisung für die Messstelle, Schulungsbescheinigungen) nicht in die Hauptverhandlung eingeführt hat, welchen er dennoch im Urteil Beweisbedeutung zulasten des Betroffenen beigemessen hat. Allerdings hat der Betroffene nichts dazu vorgetragen, wie er sich im Falle der Einführung dieser Unterlagen zu diesen geäußert hätte. Fraglich ist, ob dies im Rahmen der Verfahrensrüge erforderlich war.

„Grundsätzlich erfordert die ordnungsgemäße Erhebung der Rüge zwar Vorbringen dazu, was **im Falle der Gewährung rechtlichen Gehörs geltend gemacht** worden wäre (vgl. allgemein KK-OWiG-Senge, 4. Auflage, § 80 Rn. 40c). Dieses Erfordernis diene in den bislang in der Rechtsprechung entschiedenen Fällen entweder der Feststellung des Gehörsverstoßes selbst. So bedarf es in den Fällen der behaupteten unberechtigten Einspruchsverwerfung des Vortrags dazu, was der Betroffene im Falle seiner Anhörung vorgebracht hätte, um eine Aussage darüber treffen zu können, ob und bejahendenfalls **welcher Sachvortrag infolge der Einspruchsverwerfung unberücksichtigt geblieben** ist (vgl. Senat VRS 94, 123 [125]; SenE v. 13.05.2004 - Ss 181/04 Z -; KG NZV 2003, 586 = VRS 104, 139; OLG Rostock VRS 108, 374 [375]; KK-OWiG-Senge, aaO., § 80 Rn. 41b) Oder es dient in Fallkonstellationen, in welchen der Betroffene eine **anderweitige prozessordnungsgemäße Äußerungsmöglichkeit** hatte, der Prüfung der Beruhensfrage, weil in solchen Sachgestaltungen nicht selten ausgeschlossen werden kann, dass das Urteil auf der Gehörsverletzung beruht. Das trifft etwa zu auf die Fälle des unterbliebenen Hinweises (vgl. nur SenE v. 16.08.2006 - 81 Ss OWi 66/06) oder der Verweigerung des letzten Worts bzw. des Schlussvortrags (SenE v. 28.03.2011 - III-1 RBs 66/11; SenE v. 25.05.2012 - III-1 RBs 122/12; SenE v. 19.03.2013 - III-1 RBs 80/13). Hierher zählt auch die Fallkonstellation der Einführung neuer Beweismittel bei erlaubter Abwesenheit jedenfalls dann, wenn der Betroffene einen Verteidiger hat, der das rechtliche Gehör für ihn wahrnimmt (Senat VRS 98, 150; OLG Düsseldorf DAR 1998, 22 = NZV 1998, 254; s. weiter BayOLG VRS 96, 60 [Ablehnung einer kommissarischen Vernehmung nach Ankündigung, sich nicht zur Sache einlassen zu wollen]; BayOLG NZV 1998, 518 = NStZ-RR 1998, 344 = VRS 95, 265 = DAR 1998, 399 = NStZ 1999, 345 [K] [fehlende Anhörung zur dienstlichen Äußerung im Ablehnungsverfahren]; OLG Düsseldorf VRS 97, 57 = DAR 1999, 275 [Rüge, dem Betroffenen sei ein Gutachten nicht vor der Hauptverhandlung zur Verfügung gestellt worden]). So liegt der Fall hier indessen nicht, **keiner der beiden benannten Gesichtspunkte rechtfertigt es daher**, für eine zulässige Verfahrensrüge von dem Betroffenen Vortrag dazu zu verlangen, was - und ob überhaupt etwas - er im Falle der prozessordnungsgemäßen Einführung der genannten Unterlagen hierzu geäußert hätte.“ (OLG Köln aaO.)

## c) Zulassung wegen Versagung rechtlichen Gehörs

„Das Gebot des rechtlichen Gehörs soll als **Prozessgrundrecht** sicherstellen, dass die erlassene Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben (BVerfGE 60 S. 250, BVerfGE 65 S. 305 = NJW 1984, NJW Jahr 1984 Seite 1026; BVerfG, NJW 1992 S. 2811). Es gibt namentlich den an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten ein Recht darauf, im gerichtlichen Verfahren zu Wort zu kommen, nämlich sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt und zu Rechtsfragen zu äußern, Anträge zu stellen und Ausführungen zu machen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist verletzt, wenn dem Betroffenen keine Möglichkeit eingeräumt wird, sich zu allen entscheidungserheblichen und ihm nachteiligen Sachen und Beweisergebnissen zu äußern (vgl. allgemein Göhler, OWiG, 16. Auflage, § 80 Rn. 16 ff.).

Indem der Tatrichter die genannten Unterlagen nicht in die Hauptverhandlung eingeführt, sie aber gleichwohl im Urteil verwertet hat, hat er nicht nur gegen § 261 StPO verstoßen, in dieser Verfahrensweise liegt zugleich eine **Verletzung des Anspruchs des Betroffenen auf Gewährung rechtlichen Gehörs** (vgl. BGH StV 1994, 527 und KK-OWiG-Senge aaO., § 71 Rn. 80; s.a. BGH NStZ 1995, 246). Der Verfassungsverstoß steht damit fest.“ (OLG Köln aaO.)

Die Rechtsbeschwerde ist daher zuzulassen.

## 2. Einhaltung der Fristen

§ 79 III OWiG verweist im Weiteren auf die Vorschriften über die Revision in der StPO. Somit muss die Rechtsbeschwerde nach § 79 III OWiG i.V.m. § 241 I StPO binnen einer Frist von einer Woche beim iudex a quo eingelegt werden. Diese Frist wurde

eingehalten. Allerdings sieht § 79 III OWiG i.V.m. § 345 I StPO vor, dass die Beschwerde-begründung spätestens binnen eines Monats nach Ablauf der Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde ebenfalls bei dem Gericht, dessen Urteil angefochten wird, eingereicht werden muss. Das Urteil wurde am 30.10.2014 verkündet, so dass die Einlegungsfrist am 06.11.2014 ablief, so dass die Begründung bis zum 06.12.2014 beim Gericht hätte eingehen müssen. Die Begründung ist jedoch erst am 19.01.2015 erfolgt. Fraglich ist, ob dem Betroffenen Wiedereinsetzung nach § 44 StPO zu gewähren ist.

„Nach § 44 S. 1 StPO ist demjenigen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, der **ohne eigenes Verschulden verhindert war, eine Frist einzuhalten**. Die Tatsachen zur Begründung des fehlenden Verschuldens sind nach § 45 II 1 StPO glaubhaft zu machen. Insoweit ist ein Sachverhalt vorzutragen und zu belegen, der ein mitwirkendes Verschulden an der Versäumung der Frist ausschließen würde (ständige Senatsrechtsprechung, zu vgl. nur SenE vom 28.02.2012, - 2 Ws 158/12 - m.w.N. und vom 08.04.2013 - 2 Ws 203/13). Dabei kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob sich der Verteidiger des Betroffenen in zulässiger Weise darauf berufen kann, an der Abfassung der Begründung des Zulassungsantrags infolge der angeblich erst am 14.01.2015 in das Hauptverhandlungsprotokoll und in die Akte gewährten Einsicht - also infolge eines den Justizbehörden zuzurechnenden Verschuldens - gehindert gewesen zu sein. Denn **weder ein mittelbares Verschulden der Justizbehörden an der nicht fristgemäßen Antragsbegründung, noch ein Verschulden des Verteidigers wäre dem Betroffenen zuzurechnen** (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 57. Auflage, § 44 Rn. 17 und 18). Die weiteren Vorschriften des § 45 StPO hat der Betroffene beachtet und insbesondere innerhalb der Wochenfrist des § 45 II 2 StPO i.V.m. § 46 I OWiG die versäumte Handlung nachgeholt.“ (OLG Köln aaO.)

Dem Betroffenen ist daher Wiedereinsetzung zu gewähren.

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.

## II. Begründetheit der Rechtsbeschwerde

Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör wurde bereits festgestellt. Das Urteil müsste aber auch auf dem Gehörsverstoß beruhen

„Das Urteil beruht auf dem Gehörsverstoß, wenn **nicht ausgeschlossen** werden kann, dass es **ohne diesen anders ausgefallen wäre** (st. Rspr. des BVerfG - s. zuletzt B. v. 06.05.2015 - 1 BvR 2724/14 - bei Juris Tz. 11; SenE v. 27.02.2015 - III-1 RBs 56/15 - Juris; SenE v. 19.03.2013 - III-1 RBs 80/13). In der vorliegenden Fallkonstellation, in welcher die Urteilsgrundlagen selbst betroffen sind und **dem Betroffenen hierzu jede Äußerungsmöglichkeit genommen** worden ist, liegt auch erkennbar ein Ausschluss des Beruhens nicht nahe, so dass auch nicht aus diesem Grund gefordert werden müsste, dass der Betroffene vorträgt, ob und wie er sich im Falle der prozessordnungsgemäßen Einführung der genannten Unterlagen zu diesen verhalten hätte.

Es sind keine Umstände ersichtlich, die es - ausnahmsweise - ausschließen, dass das Urteil bei prozessordnungsgemäßer Einführung der genannten Unterlagen anders ausgefallen wäre. Die Erwägung der Generalstaatsanwaltschaft, dass der Verteidiger Unterlagen angefordert und Akteneinsicht gehabt habe, lässt außer Acht, dass **im Bußgeldverfahren das rechtliche Gehör grundsätzlich in bestimmter Form** - nämlich in der dem Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz verpflichteten Hauptverhandlung - gewährt wird.

Da sonach das angefochtene Urteil bereits wegen der im Verstoß gegen § 261 StPO zu erblickenden Gehörsverletzung der Aufhebung unterliegt, kommt es auf die weiteren Rügen nicht mehr an.“ (OLG Köln aaO.)

(VGH Kassel in DÖV 2015, 760; Urteil vom 06.05.2015 – 6 A 1514/14)

1. **Bestreitet eine Behörde, einen Verwaltungsakt erlassen zu haben**, kann der Betroffene im Wege einer Feststellungsklage die Feststellung begehren, dass ein solcher ihn begünstigender Verwaltungsakt vorliegt.
2. Die Auslegung einer öffentlich-rechtlichen Erklärung erfolgt nach dem **objektiven Erklärungswert** unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Erklärung; wenn der Empfänger der Erklärung annehmen kann und durfte, es handele sich um eine verbindliche, der **Rechtsbeständigkeit fähige Regelung kraft hoheitlicher Gewalt**, kann ein Verwaltungsakt bejaht werden.

**Fall:** Die Klägerin, eine Kapitalgesellschaft englischen Rechts, wendet sich gegen Aufsichtsmaßnahmen der Beklagten, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

Die Klägerin vergibt sogenannte Mikro-Darlehen an Privatpersonen. Hierfür verfügt sie über eine Lizenz des Office of Fair Trading, London. Die Kunden wirbt die Klägerin über das Internet, wobei sie sich auch an Interessierte mit Wohnsitz in Deutschland wendet. Die Vergabe der Kredite selbst erfolgte über die XY GmbH mit Sitz in Berlin. Die Beklagte erlangte von dieser Tätigkeit der Klägerin Kenntnis und informierte sie anschließend mit Schreiben vom 09.08.2011 darüber, die Geschäfte mit Kunden in Deutschland seien ihrer Ansicht nach als Kreditgeschäft im Sinne des § 1 I 2 Nr. 2 KWG zu werten. Die Klägerin bedürfe dafür einer Erlaubnis der deutschen Aufsichtsbehörde, die aber nicht vorliege. Daraufhin änderte die Klägerin ihre Verträge mit den Kunden dahingehend ab, dass sie nunmehr Nachrangdarlehen mit qualifizierter Nachrangabrede ausgab. Hierauf bestätigte die Beklagte auf deren Anfrage hin mit Schreiben vom 23.09.2011, das die Nachrangvereinbarung geeignet sei, das Kreditgeschäft auszuschließen. Soweit die Klägerin ausschließlich Darlehen auf Basis der vorgelegten Darlehensverträge mit der entsprechenden Nachrangabrede begeben, benötige sie keine Erlaubnis nach § 32 I KWG. Daraufhin erklärte die Klägerin, sie gestalte ihre Verträge ausschließlich in der zuvor mitgeteilten Form. Die Beklagte antwortete mit Schriftsatz vom 27.10.2011, sie schließe den Vorgang ab, da die Klägerin keine erlaubnisbedürftige Tätigkeit ausübe.

Nach erneuter interner Prüfung des Vorgangs gelangte die Beklagte kurze Zeit später zu der Einschätzung, es lägen Anzeichen dafür vor, dass die Klägerin ein erlaubnispflichtiges Kreditgeschäft betreibe. Diese neue Bewertung der Rechtsgeschäfte teilte sie der Klägerin am 29.05.2012 mit. In der weiteren Korrespondenz widersprach die Klägerin der geänderten Auffassung der Beklagten und verwies auf die frühere Einschätzung der Behörde, die im Schreiben vom 23.09.2011 zum Ausdruck gekommen sei. Da die Beklagte jedoch bei ihrer nunmehrigen Rechtsauffassung blieb, das Geschäft sei erlaubnispflichtig, teilte sie der Klägerin am 09.11.2012 mit, es habe sich bei dem Schreiben vom 23.09.2011 nicht um eine Entscheidung nach § 4 KWG gehandelt und es handele sich auch nicht um einen Verwaltungsakt. Eine förmliche Entscheidung nach § 4 KWG mit Feststellungscharakter ergehe in der Regel nur auf Antrag des jeweiligen Unternehmens. Einen solchen Antrag habe die Klägerin aber nicht gestellt. Die Klägerin fordert die Beklagte mit Schreiben vom 07.12.2012 auf, schriftlich zu bestätigen, dass sie weiterhin an die Entscheidung gemäß § 4 KWG gebunden sei. Dieser Aufforderung kam die Beklagte nicht nach. Am 28.03.2013 hat die Klägerin Klage erhoben, sich auf die Erklärungen der Beklagten aus dem Jahr 2011 bezogen und des Weiteren vorgetragen, sie betreibe kein Geschäft, das eine Erlaubnispflicht nach deutschem Recht auslöse. Sie beantragt festzustellen, dass die Beklagte einen wirksamen Verwaltungsakt mit dem Inhalt erlassen habe, dass die Geschäftstätigkeit nicht erlaubnispflichtig sei. Wird die Klage Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit der Klage

### 1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet in allen **öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten** nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Dies ist bei dem **Kreditwesengesetz**, welches die **Aufsicht des Staates über das Kreditwesen** regelt, der Fall, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

### 2. Statthafte Klageart

Die Klägerin hat beantragt festzustellen, dass ein Verwaltungsakt mit einem bestimmten Inhalt erlassen worden ist. Hierfür könnte die **Feststellungsklage nach § 43 I VwGO** die statthafte Klageart sein.

Die Feststellungsklage ist statthaft, wenn um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gestritten wird, was der Fall ist, wenn die Anwendung einer Norm auf einen konkreten Sachverhalt in Frage steht.

*„Die Behauptung der Klägerin, ihr stehe aufgrund der von der Beklagten erteilten, nunmehr aber bestrittenen Bescheinigung die aus § 4 KWG folgende Rechtsposition zu, für das konkret angezeigte Geschäft nicht der Überwachung durch die Aufsichtsbehörde zu unterliegen oder eine Erlaubnis für die getätigten Geschäfte zu benötigen, macht die Feststellungsklage nicht unzulässig, sondern ist im Gegenteil die notwendige Behauptung, dass ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht.*

*Das Gericht hat keine Zweifel an der Richtigkeit der von den Beteiligten übereinstimmend vertretenen Auffassung, eine Bescheinigung nach § 4 KWG, es läge kein der Aufsicht unterworfenen Bankgeschäft vor, könne Verwaltungsaktqualität im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG haben und sei damit im Regelfall im Wege einer Verpflichtungsklage geltend zu machen. Im Fall, dass eines der Schreiben der Beklagten als ein solcher Verwaltungsakt zu qualifizieren wäre, kann sich daraus folglich eine für die Klägerin günstige Rechtsposition ergeben. Wird diese Rechtsposition von der Behörde nachträglich in Zweifel gezogen, so ist sie als Rechtsverhältnis im Sinne von § 43 I VwGO einer besonderen Feststellung durch das Verwaltungsgericht zugänglich (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.08.1986 - 7 C 5/85 -, Rn. 17, juris).“ (VGH Kassel aaO.)*

### 3. Subsidiarität der Feststellungsklage

Eine Feststellungsklage ist jedoch nach § 43 II VwGO nur dann statthaft, wenn das Begehren nicht mit einer anderen Klageart geltend gemacht werden kann oder konnte. Hier kommt die Erhebung einer Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Genehmigung oder der Feststellung der Genehmigungsfreiheit in Betracht.

*„Im vorliegenden Fall betrifft das Feststellungsbegehren der Klägerin nämlich nicht eine bloße Vorfrage im Rahmen eines gegenüber der Aufsichtsbehörde geltend zu machenden Rechtsanspruchs auf Erteilung eines Bescheides nach § 4 KWG, sondern eine ihrer Ansicht nach bereits durch Verwaltungsakt der Beklagten vermittelte Rechtsposition, die als solche ein Rechtsverhältnis begründet oder begründen kann. Hinzu tritt, dass die Beklagte ausdrücklich das Vorliegen eines Verwaltungsakts bestreitet.“ (VGH Kassel aaO.)*

### 4. Feststellungsinteresse

Die Feststellungsklage setzt weiterhin nach § 43 I VwGO voraus, dass die Klägerin ein schützenswertes Interesse an der begehrten Feststellung hat. Dies kann jedes Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art sein. Hier hat die Klägerin ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung, dass Sie keiner Erlaubnis nach dem KWG bedarf.

### 5. Sonstige Sachentscheidungs Voraussetzungen

*„Am Vorliegen der weiteren Sachentscheidungs Voraussetzungen bestehen keine Bedenken, insbesondere ist ein Vorverfahren bei der Feststellungsklage nicht erforderlich.“ (VGH Kassel aaO.)*

Die Klage ist somit zulässig.

## II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn das Schreiben der Beklagten vom 27.10.2011 als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist, nach § 4 KWG wirksam feststellt, dass die Klägerin keiner Genehmigung bedarf und auch noch fortbesteht. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage zur Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses ist der Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts (vgl. Bay. VGH, Beschluss vom 27.10.2014 - 14 ZB 12.732 -, juris; OVG LSA, Urteil vom 17.02.2010 - 3 L 6/08 -, juris, Rn. 32).

### 1. Vorliegen eines Verwaltungsaktes nach § 4 KWG

Fraglich ist, ob das betreffende Schreiben die Anforderungen des § 35 S.1 VwVfG an das Vorliegen eines Verwaltungsaktes erfüllt.

#### a) Vorgaben für die Auslegung öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen

*„Öffentlich-rechtliche Willenserklärungen (Verwaltungsakte, Verwaltungserklärungen) sind auslegungsfähig und ggf. auslegungsbedürftig. Es handelt sich in der Regel um empfangsbedürftige Willenserklärungen, die individualisiert sind, wenn von Allgemeinverfügungen abgesehen wird. Hierbei kommt dem Horizont des Erklärungsempfängers eine größere Bedeutung zu als im Fall abstrakt-genereller Regelungen. Deshalb sind Verwaltungsakte und Verwaltungserklärungen in entsprechender Anwendung des § 133 BGB auszulegen (vgl. BVerwG, Urteil vom 07.06.1991 - 7 C 43.90 -*

BVerwGE 88, 286, 292). Eine Auslegung erfolgt mithin nach dem **objektiven Erklärungswert** unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Erklärung (BVerwG, Beschluss vom 31.01.2008 - 7 B 48.07 -, juris, Rn. 6). Abzustellen ist auf den erklärten Willen, wie ihn der Adressat von seinem Standpunkt aus bei **verständiger Würdigung** verstehen konnte (vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 71).

Die Auslegung einer Willenserklärung ist ebenso wie die eines Verwaltungsakts **kein ausschließlicher Akt der Tatsachenfeststellung**, sondern ein Ineinander von tatsächlichen Feststellungen und Rechtsanwendungen; deshalb ist eine Willenserklärung unter Berücksichtigung der Begleitumstände auszulegen, unter denen sie abgegeben worden ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 31.05.2012 - 3 C 12.11 -, NVwZ-RR 2012, 628). Bei allen öffentlich-rechtlichen Willenserklärungen von Hoheitsträgern wird man dabei **widerleglich vermuten können**, dass der jeweilige Amtswalter mit Blick auf Art. 20 II GG eine **rechtskonforme Erklärung** abgeben wollte, und wird daher rechtswidrige Auslegungsvarianten im Zweifel als nicht gewollt auszuscheiden haben.“ (VGH Kassel aaO.)

## b) Anforderungen des § 35 S. 1 VwVfG

§ 35 S. 1 VwVfG sieht vor, dass ein Verwaltungsakt dann anzunehmen ist, wenn bestimmte Merkmale vorliegen unabhängig von seiner Bezeichnung.

„Wenn der Empfänger annehmen kann und durfte, es handele sich um eine **verbindliche, der Rechtsbeständigkeit fähige Regelung kraft hoheitlicher Gewalt**, kann ein Verwaltungsakt bejaht werden (vgl. Kopp/Ramsauer, aaO., Rn. 53 m.w.N.). Ebenso **wenig** ist, wie die Beklagte meint, für die Bestimmung, ob ein einfaches Schreiben oder ein Verwaltungsakt vorliegt, **entscheidend**, ob eine **Rechtsmittel- oder Rechtsbehelfsbelehrung** beigefügt war. Dies wird von § 37 VI VwVfG zwar gefordert, doch ist die Beifügung der Belehrung **kein entscheidender Bestandteil einer Regelung** im Sinne von § 35 I VwVfG, wie sich aus § 58 II VwGO ergibt. Im vorliegenden Fall tritt hinzu, dass vor der Einführung des § 37 VI VwVfG zum 07.06.2013 eine entsprechende Pflicht sich nur aus § 59 VwGO a.F. ergab.

Für die Prüfung, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, ist auch **nicht von ausschlaggebender Bedeutung**, ob die Behörde auf **einen Antrag hin** tätig geworden ist. Wie sich aus § 45 I Nr. 1 VwVfG ergibt, kann sogar ein formell rechtswidriger Verwaltungsakt, der nicht **nichtig** ist, „geheilt“ werden, wenn der für den Erlass des Verwaltungsakts eigentlich erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird.

Im Übrigen kann bezüglich des Antrags bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass **außer bei besonders geregelten inhaltlichen Bestimmungen** im allgemeinen Verwaltungsverfahren ein **Antrag nicht formgebunden** ist. Ein möglicherweise als Antrag zu verstehendes Begehren ist entsprechend § 133 BGB so auszulegen, wie dies dem erkennbaren Zweck und Ziel am besten dienlich ist (vgl. Kopp/Ramsauer, aaO., § 22 Rn. 58 ff.). Und deshalb ist zu beachten, dass der Bevollmächtigte der Klägerin in seinem Schriftsatz vom 06.09.2011 verschiedene Vorgehensweisen der Klägerin dargelegt hat und am Ende formuliert: „Insoweit bitten wir um **schriftliche Bestätigung**, dass unsere Mandantin mit der Begebung von Nachrangdarlehen in der Bundesrepublik Deutschland **kein erlaubnispflichtiges Kreditgeschäft gemäß § 1 I 2 Nr. 2 KWG betreiben** würde. Sofern Sie gegenteiliger Auffassung sein sollten, bitten wir um kurzen Hinweis.“ Auch wenn insoweit nicht ausdrücklich auf eine Entscheidung nach § 4 KWG abgestellt oder gedungen wird, ergibt sich aus dem Text ohne weiteres, dass eine verbindliche Bestätigung der Aufsichtsbehörde über den vorher diskutierten Sachstand begehrt wird, mithin ein Antrag zu bejahen ist.“ (VGH Kassel aaO.)

Nach diesen Kriterien ist ein feststellender Verwaltungsakt der Beklagten allerdings nicht im Schreiben der Beklagten vom 23.09.2011 zu sehen, aber im Schreiben vom 27.10.2011.

„Damit erfolgte die zuvor von der Klägerin begehrte Festlegung der Beklagten, nachdem die Klägerin mit Schreiben des Bevollmächtigten vom 13.10.2011 bestätigt hatte, zukünftig in der Bundesrepublik Deutschland ausschließlich Nachrangdarlehen nach dem übersandten Muster der Vertragsgestaltung zu vergeben. Die Beklagte erklärte daraufhin im Schriftsatz vom 27.10.2011 unter Bezugnahme auf das anwaltliche Schreiben vom 13.10.2011: „Soweit Ihre Mandantin ausschließlich Darlehen auf Grundlage des übersandten Mustervertrages ausreicht sowie keine weiteren Bankgeschäfte im Sinne des § 1 I 2 KWG betreibt bzw. Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 Ia 2 KWG erbringt, **bedarf sie keiner Erlaubnis nach § 32 I 1 KWG**. Ich schließe den Vorgang A. Ltd. daher bei mir ab.“

**Aus Sicht eines verständigen objektiven Dritten** kann diese Formulierung nur in dem Sinne verstanden werden, dass die Aufsichtsbehörde den Vorgang abschließend ermittelt, das Vorliegen von Tatbestandsmerkmalen der einschlägigen Vorschriften geprüft und daraufhin eine Entscheidung getroffen hat. Es ist dabei nach dem Wortlaut von der Beklagten festgestellt worden, dass die von der Klägerin angezeigte konkrete Art der Kreditvergabe an Kunden in Deutschland keine Erlaubnispflicht auslöst. Es handelt sich damit ebenfalls nicht um eine Zusicherung gemäß § 38 I 1 VwVfG, einen bestimmten Verwaltungsakt zu erlassen, sondern um die Regelung selbst.“ (VGH Kassel aaO.)

Es kann festgestellt werden, dass die Beklagte der Klägerin zunächst rechtswirksam die Freistellung der konkreten Geschäfte von der Erlaubnispflicht zuerkannt hat.

## 2. Fortbestehen dieser Entscheidung

Die Wirksamkeit der Entscheidung „Feststellung der Erlaubnisfreiheit“ trat im Zeitpunkt der Bekanntgabe an die Klägerin ein (§ 43 I VwVfG). Da Gründe für die Annahme einer Nichtigkeit nicht vorliegen, bleibt dieser Verwaltungsakt nach § 43 II VwVfG auch **wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben** oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist.

In dem Schreiben der Beklagten vom 09.11.2012 könnte eine Rücknahme des Verwaltungsakts vom 27.10.2011 zu sehen sein, durch welche dieser seine Wirksamkeit verloren haben könnte.

„Das Gericht **legt** auch dieses **Schreiben** unter den zuvor genannten Kriterien **dahingehend aus**, dass die Beklagte damit eine **Regelung** bezüglich der erneut streitig gewordenen Rechtslage **treffen wollte**. Zwar hat die Beklagte im vorliegenden Fall das Wort **Rücknahme weder gebraucht noch** den Vorgang bzw. den rechtlichen Rahmen näher **umschrieben**. Allerdings kann eine Erklärung der Rücknahme auch konkludent erfolgen, etwa durch den Erlass eines das Rechtsverhältnis ändernden neuen Bescheides (vgl. BVerwG, Urteil vom 25.06.1982 - 8 C 122/81 -, BVerwGE 66, 61; Bay. VGH, Urteil vom 05.11.2013 - 19 B 09.1559 -, RdL 2014, 339; vgl. auch Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 48 Rn. 245, sowie Stelkens, ebenda, § 35 Rn. 78). Bei **Auslegung des Wortlauts** des Schreibens vom 09.11.2012 ist festzustellen, dass die Beklagte geltend macht, sie sehe in jedem Fall und unabhängig von den neueren Entwicklungen die **von ihr selbst zunächst vertretene Auffassung zur Erlaubnispflicht nicht mehr als zutreffend an**, sondern werte die Geschäfte der Klägerin in Deutschland als erlaubnispflichtig. Darin ist eine konkludente Rücknahme zu erblicken. Auch wenn die Beklagte im Schreiben vom 09.11.2012 bestreitet, einen die Klägerin begünstigenden Verwaltungsakt überhaupt erlassen zu haben, **macht sie doch in der Sache deutlich**, dass die **frühere Mitteilung** aus dem Jahr 2011 nach ihrer nunmehr vertretenen Ansicht **nicht zutreffend** gewesen sei und die Rechtslage derzeit anderes gesehen werde. Zudem macht die Beklagte **Ausführungen zur Frage des Vertrauensschutzes** der Klägerin und räumt dieser ein, sie habe in der vergangenen Zeit gutgläubig ihre Geschäfte getätigt und es sei auch nicht erforderlich, die eingegangenen Verträge abzuwickeln. Damit entspricht das Schreiben - ebenfalls - ohne besondere Nennung der einschlägigen Vorschriften der **Rücknahme eines im Nachhinein als rechtswidrig erkannten begünstigenden Verwaltungsakts nach § 48 I 2 VwVfG**. Ein Widerruf nach § 49 VwVfG kommt hingegen nicht in Betracht. Die Beklagte macht keine Änderung der Sach- oder Rechtslage geltend, sondern lediglich eine Änderung ihrer Rechtsansichten gegenüber den früheren Erklärungen.“ (VGH Kassel aaO.)

Das als Rücknahme zu qualifizierende Schreiben vom 09.11.2012 ist auch bestandskräftig geworden. Die Klägerin hat nämlich binnen der gemäß § 58 II 1 VwGO geltenden Jahresfrist weder einen Widerspruch eingelegt noch Klage erhoben. Der Rücknahmebescheid ist auch nicht wegen eines besonders schwerwiegenden und offensichtlichen Fehlers nach § 44 I VwVfG nichtig.

„Die formelle Rechtmäßigkeit ist zu bejahen. Die **Zuständigkeit** der Beklagten ist unproblematisch gegeben und die Beklagte hat die Klägerin durch das Schreiben vom 29.05.2012 zu der beabsichtigten Maßnahme auch entsprechend § 28 I VwVfG **angehört**.

Ebenso wenig leidet der Verwaltungsakt deshalb an einem besonders schweren Fehler, weil etwa die **Ausschlussfrist nach § 48 VI VwVfG**, der die Rücknahmefrist von einem Jahr festsetzt, nicht gewahrt sei. Der Beginn der in § 48 IV 1 VwVfG festgesetzten **Jahresfrist** für die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes ist seit dem Beschluss des Großen Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.12.1984 (- Gr.Sen. 1.84 und 2.84 -, BVerwGE 70, 356) dahingehend geklärt, dass die 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**. Es kommt daher nicht darauf an, dass die die Rücknahme rechtfertigenden Umstände bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des begünstigenden Bescheides bekannt gewesen sind. Auch wenn der Erlass des begünstigenden Verwaltungsakts darauf beruhte, dass die Behörde den ihr **vollständig bekannten Sachverhalt rechtsfehlerhaft gewürdigt oder das anzuwendende Recht verkannt** hatte, beginnt die Jahresfrist erst mit der Kenntnis des Rechtsfehlers zu laufen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 28.01.2013 - 2 B 62.12 -, juris; Urteil vom 28.06.2012 - 2 C 13.11 -, NVwZ-RR 2012, 933 Rn. 28). Die Frist wird daher nur dann überschritten, wenn die Behörde für ihre Entscheidung trotz Kenntnis der Rechtswidrigkeit und aller für die Rücknahmeverfügung erforderlichen Umstände mehr als ein Jahr benötigt. Die Rücknahme des Bescheides vom 27.10.2011 durch das Schreiben vom 09.11.2012 scheidet deshalb nicht an § 48 IV VwVfG, weil die Beklagte den ihrer Ansicht nach nicht der Rechtslage entsprechenden Zustand frühestens im April 2012 bemerkte. Aus den Behördenakten ergibt sich, dass der Beklagten im April 2012 aufgrund von Maßnahmen gegen einen anderen Unternehmer, der ein ähnliches Geschäftsmodell wie die Klägerin betreibt, auffiel, dass die Klägerin ihre Kunden nicht mehr über die XY GmbH, sondern über die XY AG bediente. In diesem Zusammenhang werden in einem Vermerk vom 09.05.2012 über ein am 25.04.2012 erfolgtes Telefongespräch mit dem Bevollmächtigten der Klägerin auch die Prüfung des Sachverhalts der Kreditvergabe mit Nachrangssicherung und die interne Abstimmung der Ressorts dokumentiert.“ (VGH Kassel aaO.)

Die Klage ist unbegründet und wird daher keinen Erfolg haben.

VwGO  
§ 130a

## Absehen von mündlicher Verhandlung

### Erstinstanzliche mündliche Verhandlung vor befangenem Richter

(BVerwG in NVwZ 2015, 1299; Beschluss vom 20.05.2015 – 2 B 4/15)

VerwProzR

1. Das Berufungsgericht darf von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht gem. § 130 a VwGO absehen, wenn bereits der **Verhandlungstermin vor dem Verwaltungsgericht fehlerbehaftet** und deshalb nicht geeignet war, dem Anspruch der Beteiligten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG, Art. 6 I EMRK) zu genügen.
2. Ein solcher Fall liegt vor, wenn die erstinstanzliche mündliche Verhandlung vor einem Einzelrichter stattgefunden hat, der **nachträglich erfolgreich wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt** worden ist.
3. **Zweifel an der Glaubwürdigkeit** eines Beteiligten/Zeugen oder an der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen setzen regelmäßig voraus, dass sich das Gericht einen unmittelbaren **persönlichen Eindruck von der aussagenden Person** verschafft.

**Fall:** Der Kl. begehrt Schadensersatz wegen verspäteter Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe. Er war 2010 unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf zum Justizvollzugsoberssekretärsanwärter ernannt worden. Im Rahmen der nachfolgenden Sicherheitsüberprüfung stellte sich heraus, dass der Kl. bei seiner Bewerbung ein nach § 153 a StPO eingestelltes Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der versuchten gefährlichen Körperverletzung, der Bedrohung und des Verstoßes gegen das Waffengesetz verschwiegen hatte. Der Bekl. teilte ihm daraufhin mit, dass wegen der wahrheitswidrigen Angaben und der dem Ermittlungsverfahren zu Grunde liegenden Straftat eine Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe nicht erfolgen werde. Nachdem der Kl. die Laufbahnprüfung für den allgemeinen Vollzugsdienst bestanden hatte, erhob er eine auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe gerichtete Klage.

Das VG hat die Klage durch Einzelrichterentscheidung (§ 6 I VwGO) abgewiesen. Nach Zustellung des Urteils ist der Einzelrichter auf Antrag des Kl. für befangen erklärt worden, weil er einen in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag auf Beiziehung der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakte abgelehnt und dabei nicht offengelegt hatte, dass die Akte dem Gericht tatsächlich vorgelegen hatte. Der Kl. ist anschließend unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zum Justizvollzugsoberssekretär ernannt worden und hat im Berufungsverfahren Schadensersatz wegen verspäteter Beförderung beansprucht. Das OVG hat die Berufung durch Beschluss nach § 130 a VwGO ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen. War dies verfahrensrechtlich zulässig?

Nach § 130a VwGO kann das Oberverwaltungsgericht über die Berufung durch Beschluss entscheiden, wenn es sie einstimmig für begründet oder einstimmig für unbegründet hält und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält. Fehlen diese Voraussetzungen und findet gleichwohl eine mündliche Verhandlung nicht statt, so verstößt die Berufungsentscheidung damit gegen das Gebot, über die Berufung auf Grund mündlicher Verhandlung zu entscheiden (§ 125 I 1 i.V.m. § 101 I VwGO) und verletzt zugleich den Anspruch des Kl. auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 I GG und § 108 II VwGO (BVerwGE 138, 289 = NVwZ 2011, 629 Rn. 24 m.w.N.). Fraglich ist hier jedoch, ob die Voraussetzungen des § 130a VwGO vorlagen.

#### I. Anwendungsbereich des § 130a VwGO

*„Der Anwendungsbereich des § 130 a VwGO ist auf einfach gelagerte Streitsachen beschränkt, die einer erneuten mündlichen Erörterung nicht bedürfen (BVerwG, Beschl. v. 03.12.2012 – 2 B 32/12, BeckRS 2013, 46051 Rn. 5). Auch wenn § 130 a VwGO keine ausdrücklichen Einschränkungen enthält, hat das BerGer. bei seiner Ermessensausübung zu berücksichtigen, dass sich die **Entscheidung auf Grund mündlicher Verhandlung** im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nach der Ausgestaltung des Prozessrechts als **gesetzlicher Regelfall und Kernstück auch des Berufungsverfahrens** erweist (§ 125 I i.V.m. § 101 I VwGO). Diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis liegt die Vorstellung zu Grunde, dass die gerichtliche Entscheidung grundsätzlich das **Ergebnis eines diskursiven Prozesses zwischen Gericht und Beteiligten** im Rahmen der mündlichen Verhandlung sein soll. Davon geht auch § 104 I VwGO aus, der dem Vorsitzenden des Gerichts die Pflicht auferlegt, in der mündlichen Verhandlung die Streitsache mit den Beteiligten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu erörtern. Das Rechtsgespräch erfüllt zudem den Zweck, die Ergebnisrichtigkeit der gerichtlichen Entscheidung zu fördern (BVerwGE 138, 289 = NVwZ 2011, 629 Rn. 23). Dies gilt umso mehr, je größer die tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten der Streitsache sind. **Mit dem Grad der Schwierigkeiten** wächst das Gewicht der Gründe, die **gegen eine Anwendung des § 130 a VwGO** sprechen (BVerwGE 121, 211 = NVwZ 2004, 1377 = NJW 2004, 3792 Ls.; BVerwG, IÖD 2012, 20 = BeckRS 2011, 56043 Rn. 6, und BVerwG, Beschl. v. 3.12.2012 – 2 B 32/12, BeckRS 2013, 46051 Rn. 5).“* (BVerwG aaO.)

Das ergibt sich nicht zuletzt aus der **Rechtsprechung des EGMR** zu Art. 6 I EMRK, der aus dieser Verfahrensgarantie im Einzelfall die Notwendigkeit herleitet, auch in der zweiten Instanz mündlich zu verhandeln.

„Der Gerichtshof stellt bei Verfahrensordnungen, in denen im Berufungsrechtszug auch Tatfragen zu entscheiden sind, darauf ab, ob im konkreten Fall zentrale strittige Tatfragen zur Entscheidung anstehen und ob für die tatsächliche Feststellung die **Entscheidungsfindung allein auf Grund der Aktenlage sachgerecht** möglich ist (vgl. etwa EGMR, 22/1990/213/275, NJW 1992, 1813 [1814] = NVwZ 1992, 871 Ls. m.w.N. – Helmers). Diese Anforderungen sind bei **konventionskonformer Anwendung** im Rahmen der Ermessensausübung nach § 130 a VwGO vom BerGer. zu berücksichtigen und gestatten es in diesen Fällen nicht, von einer mündlichen Verhandlung abzusehen (BVerwG, Buchholz 310 § 130 a VwGO Nr. 35, S. 6 ff. = NVwZ 1999, 763 = NJW 1999, 3573 Ls., und BVerwG, Beschl. v. 03.12.2012 – 2 B 32/12, BeckRS 2013, 46051 Rn. 5). Das gilt auch in der vorliegenden Streitigkeit aus dem Beamtenverhältnis. **Die Gewährleistungen aus Art. 6 I 1 EMRK gelten auch für Beamte**, sofern ihnen nach innerstaatlichem Recht die Möglichkeit eingeräumt ist, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen (EGMR, Urt. v. 19.04.2007 – 63235/00 Rn. 62 – Eskelinen; hierzu auch bereits BVerwG, Beschl. v. 03.12.2012 – 2 B 32/12, BeckRS 2013, 46051 Rn. 6, und BVerwG, DokBer 2015, 15 Rn. 5 zu § 47 V 1 VwGO = BeckRS 2014, 54393).“ (BVerwG aaO.)

## II. Ausschluss der Anwendbarkeit bei fehlerhafter erstinstanzlicher Verhandlung

Ein Absehen von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach § 130 a VwGO könnte jedenfalls schon immer dann ausgeschlossen sein, wenn bereits der Verhandlungstermin vor dem VG fehlerbehaftet und deshalb nicht geeignet war, dem Anspruch der Bet. auf Gewährung rechtlichen Gehörs Genüge zu tun.

„Hat das VG in verfahrensfehlerhafter Weise **von einer mündlichen Verhandlung ganz abgesehen** (BVerwG, Buchholz 312 EntlG Nr. 40, S. 29 = BeckRS 1984, 31255374) oder einen Termin **ohne Beteiligung des nicht ordnungsgemäß geladenen Kl.** durchgeführt (BVerwG, Buchholz 340 § 15 VwZG Nr. 4, S. 4 f. = NJW 1998, 2377 = NVwZ 1998, 952 Ls.), ist der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs in wenigstens einer mündlichen Verhandlung noch nicht erfüllt. Für eine Entscheidung im Beschlusswege nach § 130 a VwGO ist daher kein Raum. Entsprechendes gilt, wenn – wie hier – zwar eine **mündliche Verhandlung** unter Beteiligung des Kl. stattgefunden hat, diese jedoch den **Anforderungen an den gesetzlichen Richter nicht entsprach**. Auch in dieser Konstellation ist dem Kl. noch keine Möglichkeit eingeräumt worden, seine Sicht der Dinge vor dem für die Entscheidung seines Rechtsstreits zuständigen Spruchkörper vorzutragen und damit Einfluss auf die Gerichtsentscheidung zu nehmen.“ (BVerwG aaO.)

Eine Verhandlung vor einem ausgeschlossenen Richter erfüllt die Anforderungen an das rechtliche Gehör daher nicht. Fraglich ist jedoch, ob dies auch dann gilt, wenn die Befangenheit des Richters im Termin zur mündlichen Verhandlung noch nicht festgestellt war, sondern der entsprechende Beschluss erst später erfolgt ist.

„Zwar ist der Beschluss über die Befangenheit des Einzelrichters hier **erst nach Durchführung der mündlichen Verhandlung** ergangen, so dass der Termin selbst formal noch nicht von einem unzuständigen Gericht abgehalten worden ist. Angesichts des Umstands, dass der **Grund für die angenommene Befangenheit** des Einzelrichters aber (maßgeblich) in seinem **Verhalten im Termin zur mündlichen Verhandlung** gesehen wurde und liegt, kann diese Verhandlung vor einem tatsächlich schon im Verhandlungstermin als befangen zu betrachtenden Richter den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs nicht sicherstellen. Das OVG hätte dem Kl. daher – wie von ihm mehrfach, ausdrücklich und unter Hinweis auf sein noch nicht erfülltes rechtliches Gehör beantragt – **jedenfalls im Berufungsverfahren** Gelegenheit geben müssen, **seine Erwägungen in einer mündlichen Verhandlung** vor dem zur Entscheidung berufenen Spruchkörper darzutun.

Anlass zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung hätte hier überdies deshalb bestanden, weil das OVG in seinen Hilfserwägungen zur Unbegründetheit des Schadensersatzbegehrens das Vorbringen des Kl. als unglaubhaft bewertet hat. Zweifel an der Glaubwürdigkeit eines Beteiligten/Zeugen oder an der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen setzen aber regelmäßig voraus, dass sich das Gericht einen unmittelbaren persönlichen Eindruck verschafft (vgl. etwa BVerwG, NVwZ-RR 2013, 557 Rn. 11 m.w.N.).“ (BVerwG aaO.)

## III. Ergebnis

Die Anwendung des § 130a VwGO war unzulässig. Das Berufungsurteil ist verfahrensfehlerhaft ergangen.

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 794 I Nr. 1

**Vollstreckungstitel**  
**Vergleich in Gewaltschutzsache**

ZwangsvollstrR

(OLG Karlsruhe in FamRZ 2015, 1405; Beschluss vom 16.04.2015 – 20 WF 33/15)

1. Ein in Verfahren nach dem Gewaltschutzgesetz zwischen den Beteiligten **geschlossener und ordnungsgemäß protokollierter gerichtlicher Vergleich**, mit dem sich die Beteiligten zur Unterlassung bestimmter Handlungen verpflichten, stellt einen Vollstreckungstitel nach § 95 I FamFG, § 794 I Nr. 1 ZPO dar.
2. Der Vollstreckungsschuldner wird **im Vollstreckungsverfahren** gem. § 95 I Nr. 4 FamFG, § 890 ZPO **nicht mit dem Einwand** gehört, dass es an einer nach § 1 I 2 GewSchG **gebotenen Befristung** fehle.

**Fall:** Die Antragstellerin hatte gegen den Antragsgegner einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 1 GewSchG gestellt. In dem vom Familiengericht anberaumten Termin schlossen die Beteiligten eine ordnungsgemäß protokollierte Vereinbarung, in der sie sich u.a. wechselseitig verpflichteten, sich gegenseitig nicht anzurufen. Mit Beschluss vom 02.04.2014 verlaubliche und wiederholte das Familiengericht nochmals den Wortlaut der Vereinbarung. Sodann erging ein weiterer Beschluss des Familiengerichts vom 02.04.2014, der u.a. lautet:

„Das Amtsgericht - Familiengericht - Pforzheim macht sich die Vereinbarung vom 02.04.2014 zu Eigen.“

Außerdem wurde in diesem Beschluss die sofortige Wirksamkeit angeordnet und für den Fall der Zuwiderhandlung „gegen die zwischen den Beteiligten vereinbarten Ge-/Verbote, die das Gericht in Ziff. 1 dieses Beschlusses gebilligt hat“ Ordnungsgeld und ersatzweise Ordnungshaft jeweils in bestimmter Höhe angedroht.

Das Terminsprotokoll und die Beschlüsse wurden den Beteiligten zugestellt. Beschwerde wurde nicht eingelegt.

Am 23.11.2014 wurde die Antragstellerin auf ihrem Handy vom Antragsgegner angerufen; der Antragsgegner äußerte in dem Telefonat mehrfach auf Russisch „ich zerfetze deine Fotze“.

Die Antragstellerin hat die Verhängung eines Ordnungsgeldes gegen den Antragsgegner beantragt. Das Familiengericht hat hierzu in einem Verhandlungstermin den Antragsgegner angehört und sodann durch Beschluss ein Ordnungsgeld von 1.000 €, ersatzweise für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, für je 250 € einen Tag Ordnungshaft, verhängt.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Antragsgegners, der beanstandet, dass die Vereinbarung und die Anordnungen des Familiengerichts gemäß § 1 I 2 GewSchG zwingend zu befristen gewesen seien. Infolge dieses Mangels fehle eine Rechtsgrundlage für die Verhängung eines Ordnungsgeldes. Ist die Beschwerde begründet?

„Ein wirksamer Vollstreckungstitel, kraft dessen der Antragsgegner es zu unterlassen hatte, die Antragstellerin anzurufen, liegt vor. Insoweit bildet schon die **im Termin vom 02.04.2014** zwischen den Beteiligten geschlossene und ordnungsgemäß zu Protokoll genommene Vereinbarung einen Vollstreckungstitel gemäß §§ 86 I Nr. 3 FamFG, 794 Nr. 1 ZPO. Da es sich bei Gewaltschutzsachen um Antragsverfahren handelt, ist ein **Vergleich grundsätzlich möglich**; die getroffenen Regelungen unterlagen auch der Dispositionsbefugnis der Beteiligten (vgl. hierzu Keidel/Giers, FamFG, 18. Aufl. § 86 Rn. 12). Ergänzend beruht die Vollstreckbarkeit auf dem Beschluss des Amtsgerichts vom 02.04.2014, in welchem sich das Gericht die **Vereinbarung nochmals „zu Eigen“ gemacht hat**.

Selbst wenn, was hier nicht im Einzelnen zu prüfen ist, eine Befristung nach der **Sollvorschrift des § 1 I 2 GewSchG** geboten gewesen sein sollte, würde dies nicht zur Nichtigkeit und Unwirksamkeit dieser Vollstreckungstitel führen.

Darauf, ob es rechtlich geboten war, die Vereinbarung und den Beschluss des Familiengerichts zu befristen, kommt es sodann im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens nicht an. Die Vollstreckung setzt lediglich einen wirksamen Vollstreckungstitel voraus (vgl. § 86 FamFG). Die **materiell-rechtliche Richtigkeit des Vollstreckungstitels** wird dagegen im Vollstreckungsverfahren **nicht erneut geprüft** (vgl. BGH FamRZ 2012, 533, Rn. 22). Der Antragsgegner hätte seine Einwände gegen den Beschluss des Amtsgerichts Pforzheim vom 02.04.2014 im Rahmen einer Beschwerde gegen den Beschluss vom 02.04.2014 geltend machen können und müssen. Zudem bleibt es ihm unbenommen, mit den statthafter Rechtsbehelfen gegen den Vollstreckungstitel selbst vorzugehen. Da die Beteiligten mit dem Vergleich vom 02.04.2014 wohl **nicht nur eine vorläufige, sondern eine endgültige Regelung getroffen haben**, dürfte hier ein Vollstreckungsgegenantrag gemäß §§ 95 FamFG, 767 ZPO (hierzu Keidel/Giers, § 95 Rn. 19; LG Essen, FamRZ 2009, 1695) in Betracht kommen mit der Begründung, die Anordnungsvoraussetzungen seien nunmehr entfallen. In diesem Rahmen kann dann auch die Einstellung der Vollstreckung gem. §§ 95 FamFG, 767, 769 ZPO beantragt werden. Vorher können etwa neu hinzutretende Umstände der Vollstreckung nicht entgegengesetzt werden (vgl. BGH FamRZ 2012, 533, Rn. 23).

Im Übrigen sind gegen die Vollstreckung durch Festsetzung eines Ordnungsgeldes Einwände weder vorgebracht noch Bedenken ersichtlich. Grundlage dieser Vollstreckungsmaßnahmen sind §§ 95 I Nr. 4, 96 I 3 FamFG, 890 ZPO. Die nach § 890 II ZPO gebotene Androhung ist im Rahmen des Beschlusses vom 02.04.2014 bereits erfolgt gewesen. Dass der Antragsgegner gegen seine Unterlassungsverpflichtung verstoßen hat, wird im Beschwerdeverfahren nicht mehr in Abrede gestellt. Der Antragsgegner wurde vom Amtsgericht gemäß § 891 ZPO gehört. Gegen die Bemessung des festgesetzten Ordnungsgeldes bestehen angesichts der Schwere der Zuwiderhandlung - der Telefonanruf des Antragsgegners enthielt eine sowohl obszöne als auch erheblich bedrohliche Bedrohung - keine Bedenken.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

(BGH in MDR 2015, 851; Urteil vom 21.04.2015 – II ZR 255/13)

**Nach Einräumung einer Schriftsatzfrist (§ 283 S. 1 ZPO) darf das Urteil nicht vor Ablauf der gesetzten Frist gefällt werden. Scheidet ein an der mündlichen Verhandlung beteiligter Richter vor Fristablauf aus, muss die mündliche Verhandlung wieder eröffnet werden.**

**Fall:** Das Berufungsurteil ist auf die mündliche Verhandlung v. 26.04.2013 ergangen, an der der Vorsitzende Richter am OLG S. sowie die Richter am OLG Dr. U. und B. teilgenommen haben. Ausweislich des Protokolls erhielt der Klägervertreter eine Schriftsatzfrist von drei Wochen zur Stellungnahme auf den Schriftsatz der Gegenseite v. 18.04.2013, soweit darin neues Vorbringen enthalten ist, und es wurde Termin zur Verkündung einer Entscheidung bestimmt. Nach Beendigung der Sitzung und einer Beratung der Sache wurde Richter am OLG B. mit Überreichung der Ernennungsurkunde zum stellvertretenden Direktor des AG D. ernannt und schied damit aus dem OLG Düsseldorf aus. Am letzten Tag der bis zum 21.05.2013 verlängerten Schriftsatzfrist reichte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin einen Schriftsatz ein, in dem er Ausführungen zur Sach- und Rechtslage machte und die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragte. Am 10. und 13.06.2013 folgten weitere Schriftsätze des Klägervertreters. In dem am 21.06.2013 verkündeten Berufungsurteil ist die dritte Unterschrift durch den Vermerk des Vorsitzenden ersetzt, Richter am OLG B. sei nach Beratung aus dem Gericht ausgeschieden und könne daher nicht mehr unterschreiben. In dem Urteil wird festgehalten, dass der Inhalt der drei Schriftsätze der Klägerin v. 21.05., 10.06. und 13.06.2013 bei Abfassung der Entscheidung berücksichtigt worden sei.

In einer gemeinsamen dienstlichen Erklärung v. 24.07.2013 haben Vorsitzender Richter am OLG S. und Richter am OLG Dr. U. ausgeführt, Richter am OLG B. habe an dem Berufungsurteil in der Weise mitgewirkt, dass er außer an Vor- und Teilberatungen auch an der abschließenden Beratung und Abstimmung über die Entscheidung nach dem Ende der Sitzung am 26.04.2013 teilgenommen habe, in der der gesamte Inhalt der an diesem Tag durchgeführten mündlichen Verhandlung einschließlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme berücksichtigt worden sei. Diese Endberatung habe am 26.04.2013 stattgefunden, bevor Richter am OLG B. die Ernennungsurkunde erhalten habe.

Aus diesem Ablauf erschließt sich, dass das Berufungsgericht nicht ordnungsgemäß besetzt war, weil Richter am OLG B. an der Fällung des Urteils nicht mehr mitgewirkt hat.

„Gemäß § 309 ZPO kann das **Urteil nur von denjenigen Richtern gefällt werden, die an der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung teilgenommen haben. Scheidet einer der beteiligten Richter vor der Fällung des Urteils aus, ist gem. § 156 II Nr. 3 ZPO zwingend die Wiedereröffnung der Verhandlung anzuordnen** (BGH, Urt. v. 01.03.2012 – III ZR 84/11 – Rn. 9, MDR 2012, 538 = NJW-RR 2012, 508 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### I. Zeitpunkt der Urteilsfällung

„Gefällt ist ein Urteil i.S.v. § 309 ZPO, wenn über das Urteil abschließend beraten und abgestimmt wurde (BGH v. 01.03.2012, aaO. – Rn. 9). Die **endgültige Beratung und Abstimmung (Urteilsfällung)** darf – wie sich auch aus § 309 ZPO erschließt – **nicht vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung stattfinden** (Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 309 Rn. 15). Durch die Einräumung einer Schriftsatzfrist nach § 283 ZPO wird für die betroffene Partei der **Schluss der mündlichen Verhandlung hinsichtlich des zulässigen Erwidervorbringens bis zum Ablauf der Frist verlängert** (Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 283 Rn. 1; ...). Folglich darf nach Gewährung eines Schriftsatznachlasses das Urteil nicht vor Ablauf der gesetzten Frist gefällt werden (BGH, Versäumnisurteil v. 19.10.2004 – X ZR 98/03 – Rn. 9, juris). Scheidet ein an der mündlichen Verhandlung beteiligter Richter vor Fristablauf aus, muss die mündliche Verhandlung wieder eröffnet werden (vgl. OLG Oldenburg v. 22.09.1999 – 2 U 132/99, juris; ...).“ (BGH aaO.)

### II. Anwendung auf den Fall

Das Berufungsurteil ist erst nach dem Ausscheiden des Richters am OLG B. gefällt worden.

**Am 26.04.2013**, dem Zeitpunkt, an dem Richter am OLG B. letztmals an einer Beratung des Berufungsgerichts teilnehmen konnte und teilgenommen hat, **durfte das Berufungsurteil noch nicht gefällt werden**. Vor diesem rechtlichen Hintergrund scheidet die Annahme einer – verfahrensrechtlich unzulässigen – Urteilsfällung am 26.04.2013 aus.

„Allerdings wird eine abschließende Beratung und Abstimmung (Urteilsfällung) nicht durch die bloße Möglichkeit gehindert, dass zwischen dem Schluss der mündlichen Verhandlung und der Verkündung des Urteils Schriftsätze nachgereicht werden, und dass es **aufgrund späterer Erkenntnisse zu einer Nachberatung** und einer inhaltlichen Änderung eines bereits beschlossenen aber noch nicht verkündeten und daher noch nicht bindenden Urteils kommen kann, zu der diejenigen Richter befugt sind, die an der letzten mündlichen Verhandlung teilgenommen haben (... BGH, Urt. v. 25.04.2014 – LwZR 2/13 – Rn. 11, BzAR 2014, 320). Denn abschließend und damit als Urteilsfällung zu werten ist die Beratung und Abstimmung dann, wenn sie **aufgrund der prozessualen Situation** und mangels eines zu diesem Zeitpunkt absehbaren weiteren Beratungsbedarfs von den beteiligten Richtern **als endgültige Entscheidungsfindung verstanden** werden kann und verstanden wird.“

Diese Voraussetzungen für die Annahme einer abschließenden Beratung und Abstimmung sind hingegen nicht erfüllt, wenn die **Urteilsfällung nach dem Stand des Verfahrens offensichtlich verfrüht** wäre, weil jedenfalls eine der Parteien noch Vortrag halten kann, der nach der Prozessordnung zu berücksichtigen und möglicherweise geeignet ist, das Urteil inhaltlich zu beeinflussen. Eine in diesem Verfahrensstadium durchgeführte Beratung ist eine bloße – stets mögliche und zulässige – **Zwischenberatung**. Eine Zwischenberatung kann nicht im Nachhinein in eine abschließende Beratung (Urteilsfällung) umgedeutet werden, weil der weitere Verfahrensablauf keine für die Entscheidungsfindung wesentlichen Erkenntnisse mehr ergeben hat. ...

Danach könnte im vorliegenden Fall die Beratung nach der Beendigung des Verhandlungstermins am 26.04.2013, an der Richter am OLG B. noch mitgewirkt hat, allenfalls dann als abschließende Beratung gewertet werden, wenn die beteiligten Richter – unter Verletzung elementarer Verfahrensregeln – zugleich beschlossen hätten, den **Inhalt des nachgelassenen Schriftsatzes nicht mehr berücksichtigen zu wollen**. Davon kann aber nicht ausgegangen werden. Die in der dienstlichen Erklärung mitgeteilte Einschätzung, die Sache sei noch am 26.04.2013 abschließend beraten und entschieden worden, beruht ersichtlich auf der erst aus dem nachgelassenen Schriftsatz nachträglich gewonnenen Erkenntnis, dass es bei dem Beratungsergebnis v. 26.04.2013 bleiben konnte. Erst die Verständigung hierüber, an der Richter am OLG B. nicht mehr teilnehmen konnte, aber hätte teilnehmen müssen, stellte die Fällung des Urteils gem. § 309 ZPO dar.“ (BGH aaO.)

(BGH in NZI 2015, 661; Beschluss vom 23.04.2015 – VII-ZB 65/12)

**Der Pfändungsschutz für sonstige Einkünfte umfasst auch Einkünfte aus einer Untervermietung.**

**Fall:** Der Schuldner begehrt Vollstreckungsschutz gegen einen von der Gläubigerin erwirkten Beschluss, mit dem seine Ansprüche gegen den Drittschuldner auf Zahlung von Untermiete gepfändet und zur Einziehung überwiesen worden sind. Der Schuldner ist nicht erwerbstätig und erhält zur Sicherung seines Lebensunterhalts Leistungen nach dem SGB II i.H.v. monatlich 374 € zuzüglich 360 € für die Kosten von Unterkunft und Heizung. Er bewohnt seit 1994 eine von ihm angemietete Vier-Zimmer-Wohnung, in der zunächst auch seine Schwester mit ihrem Ehemann wohnte. Nach deren Auszug überließ der Schuldner ein Zimmer zur Nutzung an den Drittschuldner, der ihm hierfür monatlich 150 € Miete zahlt.

Der Antrag des Schuldners, ihm seine Einkünfte aus der Untervermietung i.H.v. monatlich 150 € zu belassen, kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, sie unterfielen nicht § 850 i I ZPO.

„Wie der BGH nach Erlass des angefochtenen Beschlusses entschieden hat, erfasst der **Pfändungsschutz** für sonstige Einkünfte nach § 850 i I ZPO F (BGH, NZI 2014, 772 = NJW-RR 2014, 1197 = Rpfleger 2014, 687). Hierfür sprechen der Wortlaut der Regelung sowie eine **systematische Auslegung** in Verbindung mit dem **Willen des Gesetzgebers** (im Einzelnen BGH, NZI 2014, 772 = NJW-RR 2014, 1197 = Rpfleger 2014, 687 Rn. 9 bis 14). Dies gilt auch, wenn es sich um Mieteinkünfte handelt (BGH, NZI 2014, 772 = NJW-RR 2014, 1197 = Rpfleger 2014, 687 Rn. 16). Dem schließt sich der Senat an.

Es besteht keine Veranlassung, danach zu unterscheiden, wofür der Schuldner die Untermieteinkünfte konkret benötigt oder verwendet oder ob im Einzelfall durch einen Pfändungsschutz eine Entlastung der Sozialhilfeträger eintritt oder nicht. Der Schuldner soll allgemein motiviert werden, Einkünfte selber zu erzielen und dadurch die eigene Leistungsfähigkeit zu erhöhen (BGH, NZI 2014, 772 = NJW-RR 2014, 1197 = Rpfleger 2014, 687 Rn. 12). Eine solche Differenzierung würde außerdem der Klarheit der Regelung entgegenstehen.“ (BGH aaO.)

(BGH in NJW 2015, 2064; Urteil vom 29.01.2015 – 2 AZR 698/12)

1. Einer Kündigungsschutzklage kann **nur stattgegeben** werden, wenn bis zu dem mit der Kündigung angestrebten Auflösungsstermin **zwischen den Parteien noch ein Arbeitsverhältnis bestanden** hat.
2. Steht rechtskräftig fest, dass das Arbeitsverhältnis **bereits zu einem früheren Zeitpunkt beendet** wurde, kann die Klage gegen eine Kündigung, die erst zu einem späteren Zeitpunkt wirken soll, keinen Erfolg haben. Selbst die „Ausklammerung“ der vorgreiflichen Frage, ob ein früher wirkender Beendigungstatbestand vorliegt, aus dem Verfahren über den später wirkenden Tatbestand kommt dann nicht mehr in Betracht.
3. Die **Rechtskraft** gem. § 322 ZPO schließt im Verhältnis der Parteien zueinander eine abweichende gerichtliche Feststellung in einem späteren Verfahren aus.

**Fall:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. Der Kl. war bei der Bekl. seit April 1977 als Chemielaborant beschäftigt. Die Parteien stritten in mehreren Verfahren unter anderem über die Wirksamkeit von Kündigungen und einen Auflösungsantrag der Bekl. Durch ein mittlerweile rechtskräftig gewordenes Urteil des LAG Hessen vom 16.09.2013 wurde das Arbeitsverhältnis der Parteien auf Antrag der Bekl. gegen Zahlung einer Abfindung zum 31.03.2007 aufgelöst. Mit der vorliegenden Klage hat sich der Kl. gegen die Wirksamkeit einer „zum nächstmöglichen Termin“ erklärten Kündigung der Bekl. in einem Schriftsatz vom 15.12.2006 gewandt. Er hat gerügt, die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. Überdies sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden. Der Kl. hat gemeint, die Kündigung sei ihm erst am 18.05.2009 im Rechtssinne zugegangen. Er hat beantragt, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Bekl. vom 15.12.2006 nicht aufgelöst worden ist. Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung gelte gem. § 7 KSchG als von Anfang an wirksam. Der Kl. habe sie nicht fristgerecht angegriffen.

Selbst wenn die Wahrung der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG zu Gunsten des Kl. unterstellt wird, kann die Klage keinen Erfolg haben. Zu dem Zeitpunkt, zu dem die Kündigung vom 15.12.2006 es hätte auflösen sollen, bestand zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis mehr.

„Wegen ihres „erweiterten“ Gegenstands kann einer **Kündigungsschutzklage nur stattgegeben** werden, wenn das **Arbeitsverhältnis nicht bereits** vor dem mit der Kündigung angestrebten Auflösungsstermin **geendet** hat (vgl. BAG, NZA 2015, 635 Rn. 22; BAGE 81, 111 = NZA 1996, 651 [zu II 1]). Zum vorgesehenen Auflösungszeitpunkt muss zwischen den Parteien noch ein Arbeitsverhältnis bestanden haben (BAG, NZA 2015, 635; BAGE 81, 111 = NZA 1996, 651). Steht rechtskräftig fest, dass das Arbeitsverhältnis **bereits zu einem früheren Zeitpunkt beendet** wurde, kann die Klage gegen eine Kündigung, die erst zu einem späteren Zeitpunkt wirken soll, keinen Erfolg haben (für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits vor Zugang der Kündigung vgl. BAG, NZA 2011, 804 Rn. 14). Selbst die „Ausklammerung“ der vorgreiflichen Frage, ob ein früher wirkender Beendigungstatbestand vorliegt, aus dem Verfahren über den später wirkenden Tatbestand kommt dann nicht mehr in Betracht. Die Rechtskraft gem. § 322 ZPO schließt im Verhältnis der Parteien zueinander eine abweichende gerichtliche Feststellung in einem späteren Verfahren aus (vgl. BAG, NZA 2011, 804 Rn. 13; NZA 2006, 491 [zu B I 1 b aa] = NJW 2006, 3661 Ls.). Dabei kann dahinstehen, ob die Klage in diesem Fall bereits mangels Feststellungsinteresses des Arbeitnehmers unzulässig (i.d.S. BAG, Urt. v. 11.02.1981 – 7 AZR 12/79, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 8 [zu B II 1]) oder ob sie unbegründet ist.

Danach steht einer der vorliegenden Klage **stattgebenden Entscheidung die Rechtskraft des Urteils des LAG vom 16.09.2013 entgegen**. Mit diesem wurde das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zum 31.03.2007 aufgelöst. Die Kündigung vom 15.12.2006 sollte das Arbeitsverhältnis erst zu einem späteren Zeitpunkt beenden. Die Bekl. hatte sie „zum nächstmöglichen Termin“ erklärt. Dies war **frühestens der 30.06.2007**. Die Formulierung, das Arbeitsverhältnis werde „zum nächstmöglichen Termin“ gekündigt, lässt – ohne dass es Anhaltspunkte dafür gäbe, der Arbeitgeber wolle sich auf einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 I BGB berufen – nicht erkennen, dass die Kündigung etwa als außerordentliche (fristlos) erklärt werde. Die betreffende Wendung spricht dafür, dass die Kündigung zu einem erst in der Zukunft liegenden, sich aus der zutreffenden Kündigungsfrist ergebenden Zeitpunkt wirken soll (für

eine Kündigung „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ vgl. BAG, NJW 2014, 3533 = NZA 2015, 162 Rn. 20). Eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund müsste für den Erklärungsempfänger zweifelsfrei die Absicht des Erklärenden erkennen lassen, von der sich aus § 626 I BGB ergebenden besonderen Kündigungsbefugnis Gebrauch zu machen (BAG, NJW 2014, 3533 = NZA 2015, 162; BAGE 37, 267 = NJW 1983, 303 [zu II 1]).

Daran fehlt es hier. Die Bekl. hatte sich zur Begründung der Kündigung erneut auf einen Mangel an Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für einen technischen Mitarbeiter, das heißt auf betriebliche Umstände berufen. Diese stellen typischerweise keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche, fristlose Kündigung dar. Die ordentliche Kündigungsfrist betrug nach dem Vorbringen der Bekl., dem der Kl. nicht entgegengetreten ist, zumindest sechs Monate zum Quartalsende.“ (BAG aaO.)

StPO  
§ 250

### Unmittelbarkeitsgrundsatz Verlesung ärztlicher Bescheinigungen

StrafverfR

(BGH in NStZ 2015, 476; Beschluss vom 22.01.2015 – 3 StR 528/14)

**Fall:** Dem Angekl. wird vorgeworfen, er habe zwischen Februar 2003 und Mai 2012 die Nebenklägerin und deren Halbschwester wiederholt sexuell missbraucht, indem er diese u. a. dazu veranlasst habe, an seinem Penis teils bis zur Erektion, teils auch bis zum Samenerguss zu manipulieren. Der Angekl. hat die Vorwürfe bestritten und sich u. a. dahin eingelassen, wohl aufgrund beruflicher Überbeanspruchung und einer Diabetes-Erkrankung leide er seit 2003 unter erektiler Dysfunktion und habe seit 2004 nie mehr eine Erektion gehabt. Die Einnahme verschiedener ihm von seinem Hausarzt verschriebener Potenzmittel habe nichts bewirkt.

Zur Untermauerung seiner Einlassung hat der Angekl. eine unter dem 30.08.2013 ausgestellte Bescheinigung eines Arztes für Allgemeinmedizin folgenden Wortlauts vorgelegt:

„... klagt seit 2004 über eine völlige erektiler Dysfunktion durch völlige Erschöpfung bei der Schichtarbeit. In meiner Praxis erfolgten mehrfach therapeutische Gespräche. Die durchgeführten Maßnahmen blieben jedoch ohne wesentlichen Effekt.“

Diese Bescheinigung wurde in der Hauptverhandlung verlesen, ohne dass dem ein entsprechender Beschluss der StrK vorausging. Im Urteil führt das LG hierzu aus, der Bescheinigung seien, was eine beim Angekl. vorliegende erektiler Dysfunktion betreffe, „keine objektivierbaren Umstände zu entnehmen“, welche die nach dem Ergebnis sachverständiger Exploration glaubhaften und erlebnisbezogenen Angaben der Geschädigten in Frage stellen.

Durfte die Bescheinigung ohne Vernehmung des Arztes verlesen werden?

„Damit hat das LG gegen § 250 S. 2 StPO verstoßen, denn es hat von einer Vernehmung des die Bescheinigung ausstellenden Arztes abgesehen, seiner **Würdigung der Beweise allein dessen schriftliche Erklärung** zu Grunde gelegt und deren Inhalt sodann einen wesentlichen Beweiswert zu Gunsten des Angekl. abgesprochen. Auch in Anbetracht der vom LG inhaltlich eingehend gewürdigten und danach – für sich gesehen rechtsfehlerfrei – als detailreich, erlebnisfundiert und somit als glaubhaft gewerteten Aussagen der Geschädigten kann der Senat nicht ausschließen, dass das Urteil auf diesem Verfahrensfehler beruht.“

Der Auffassung des GBA, es sei daraus, dass der Angekl. die **Bescheinigung selbst eingereicht** und ausweislich des Protokolls der **Verlesung nicht widersprochen** habe, auf dessen Einverständnis mit einer vernehmungszersetzenden Verlesung im Sinne von § 251 I Nr. 1 StPO zu schließen, folgt der Senat nicht, denn es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass das LG zu erkennen gegeben hätte, nach dieser Vorschrift verfahren zu wollen (vgl. BGH Beschl. v. 12.07.1983 – 1 StR 174/83, NJW 1984, 65, 66; v. 19.11.2009 – 4 StR 276/09, juris Rn 8). Darauf, dass der Verlesung auch kein Beschluss der StrK zu Grunde lag (§ 251 IV 1 StPO), kommt es deshalb nicht mehr an.“ (BGH aaO.)

StPO  
§§ 256 I Nr. 5

### Verlesung polizeilicher Observationsberichte Vernehmung des Ermittlungsbeamten

StrafverfR

(LG Berlin in StV 2015, 544; Beschluss vom 19.02.2014 – 254 Js 33/13)

**Polizeiliche Observationsberichte** können grundsätzlich gemäß § 256 I Nr. 5 StPO verlesen werden. Die Aufklärungspflicht kann aber – ggf. **zusätzlich** – eine **Vernehmung** des Ermittlungsbeamten gebieten.

#### I. Zulässigkeit der Verlesung von Observationsberichten

Fraglich ist, ob Observationsberichte unter § 256 StPO Fallen. dies wird **vereinzelt in der Lit. explizit** abgelehnt. (SK-StPO/Velten, 4. Aufl. 2012, § 256 Rn. 33; Lickleder/Sturm, HRRS 2012, 74 [77]; KK-StPO/Diemer, (hier zitiert: 7. Aufl. 2013), § 256 Rn. 2). Unabhängig davon ist jedoch fraglich, ob § 256 I Nr. 5 StPO nicht ohnehin nur Routinehandlungen betrifft.

„Aus dem Wortlaut der Vorschrift folgt eine solche Beschränkung nicht. Der Begriff „**Ermittlungshandlungen**“ wird nicht von einer eingrenzenden Wendung – etwa dem Wort „**routinemäßig**“ oder einem sinnverwandten Attribut – begleitet.“

Nach den Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 15/1508 S. 26) sollte die Einfügung der Vorschrift „zu einer **Entlastung der Strafverfolgungsbehörden** und der Hauptverhandlung beitragen“. Soweit es dann weiter heißt: „Die Strafverfolgungsbehörden erstellen im Rahmen der Ermittlungen Protokolle und Vermerke über Routinevorgänge“, drückt dies aus Sicht der Kammer zwar Motiv und hauptsächliche Zielrichtung des Gesetzgebers aus, **nicht aber eine inhaltliche Eingrenzung**.

Im Übrigen ist nicht zu erkennen, weshalb der Gesetzgeber einem **etwaigen Willen, die Vorschrift auf Routinevorgänge zu beschränken**, nicht klar hätte Ausdruck verleihen sollen, etwa durch ein Attribut wie soeben unter a) genannt oder durch eine zusätzliche Klausel in § 256 I Nr. 5 (am Ende) StPO. Gerade diese letztgenannte Ausnahme belegt, dass der Gesetzgeber die von ihm gewünschten Einschränkungen der Vorschrift auch so formuliert hat.

Soweit die genannte **Beschränkung aus einer teleologischen Reduktion** gefolgert werden soll (SK-StPO/Velten, 4. Aufl. 2012, § 256 Rn. 33), greift dies zu kurz. Gestützt wird diese Forderung auf die **Erwägung in den Gesetzesmaterialien**, dass bei den meist routinemäßig erstellten Protokollen „der Polizeibeamte oder sonstige Angehörige einer Strafverfolgungsbehörde

in der Hauptverhandlung **ohnehin in der Regel kaum mehr bekunden** [kann] als das, was in dem Protokoll bereits schriftlich festgelegt ist“ (BT-Drs. 15/1508 S. 26).

Diese Analyse trifft aber – wie das Wort „meist“ in der amtlichen Begründung bestätigt – **keineswegs ausschließlich auf Routinevorgänge** zu. Gerade wenn es auf exakte Daten wie Zeitangaben usw. ankommt, wird selbst bei noch so individuellen und speziellen Maßnahmen die im Protokoll oder Vermerk verschriftete Angabe auch für den Ermittlungsbeamten die wesentliche Grundlage für eigene Bekundungen sein.

Überdies dient § 256 I Nr. 5 StPO noch weiteren Zwecken, nämlich der **Beschleunigung und der Wahrheitsfindung**; denn kleinste Details – etwa die vorgenannten genauen Zeitangaben oder sonstige Maße und Gewichte – werden in der zeitnahen Verschriftung oft zuverlässiger bekundet als nach oft langer Zeit in der Hauptverhandlung aus dem Gedächtnis (KK-StPO/Diemer, 7. Aufl. 2013, § 256 Rn. 9a m.w.N.). Darin unterscheiden sich routinemäßige und außergewöhnliche Ermittlungshandlungen ebenfalls nicht. Auch unter diesem Gesichtspunkt besteht also kein Bedarf, den Anwendungsbereich der Vorschrift allein wegen des Normzwecks zu verengen.“ (LG Berlin aaO.)

## II. Verzicht auf Vernehmung

Von vorstehenden Erwägungen zu trennen ist die Frage, ob eine alleinige Verlesung nach § 256 I Nr. 5 StPO der Aufklärungspflicht nach § 244 II StPO genügt.

„Es bedarf keiner Vertiefung, dass diese Pflicht durch die Verlesungsmöglichkeit nicht beschränkt wird und deshalb eine **Vernehmung des betreffenden Ermittlungsbeamten gebieten** kann. Dies mag bei außergewöhnlichen Ermittlungshandlungen oft näher liegen als bei routinemäßigen Maßnahmen, etwa wenn es um **bestimmte Begleitumstände des Einsatzes** geht. Vor diesem Hintergrund ist auch aus Sicht der Kammer ein wohlbedachter Umgang mit § 256 I Nr. 5 StPO geboten (vgl. LR-Stuckenberg, StPO, 26. Aufl. 2013, § 256 Rn. 57a.E.: zurückhaltende Anwendung). Eine grundsätzliche Beschränkung seines Anwendungsbereichs aber lässt sich daraus nicht ableiten.

Im Übrigen dürfte nach Ansicht der Kammer selbst in Fällen, in denen die Aufklärungspflicht eine **Vernehmung des Ermittlungsbeamten gebietet**, eine **Verlesung nach § 256 I Nr. 5 StPO nicht etwa verboten** sein, wie KK-StPO/Diemer, 7. Aufl. 2013, § 256 Rn. 9a andeutet. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine Beweiserhebung unzulässig sein soll, nur weil sie letztlich unzureichend zur Aufklärung beiträgt. Überzeugender erscheint es, eine derartige Beweiserhebung als möglich – wenn auch nicht zwingend – zu erachten und das Unterlassen einer unter Aufklärungsgesichtspunkten gebotenen (mindestens zusätzlichen) Beweiserhebung, bei § 256 I Nr. 5 StPO also insbes. die Vernehmung des Ermittlungsbeamten, auf eine Aufklärungsrüge hin zu prüfen (in diesem Sinne auch OLG Celle StV 2013, 742 [743]).“ (LG Berlin aaO.)

JVollzGB I  
§ 25 I

### Elektrische Zigarette Keine Zulassung im Haftraum

StrafVollzR

(OLG Stuttgart in NSTz 2015, 481; Beschluss vom 27.01.2015 – 4 Ws 472/14 (V))

1. Die Regelung des § 25 I JVollzGB I erlaubt den Gefangenen **nicht, in ihren Hafträumen** elektrische Zigaretten zu nutzen.
2. Macht ein Gefangener substantiiert ein besonderes Bedürfnis an dem Besitz eines Gegenstands zu seiner **Freizeitbeschäftigung** geltend, hat die Justizvollzugsanstalt anhand der **konkreten Umstände des Einzelfalls** zu prüfen, ob die Untersagung des Besitzes gemäß § 58 II Nr. 2 JVollzGB III wegen der Gefährdung der Sicherheit oder Ordnung der Justizvollzugsanstalt erforderlich ist.
3. Will ein Gefangener in seinem Haftraum eine elektrische Zigarette nutzen, kann er sich derzeit nicht mit Gewicht **allgemein auf gesundheitliche Belange** berufen, weil Risiken und Nutzen elektrischer Zigaretten noch nicht hinreichend geklärt sind.

StPO  
§ 140 II

### Notwendige Verteidigung Berufung der Staatsanwaltschaft

StrafverfR

(OLG Dresden in StV 2015, 541; Beschluss vom 09.02.2015 – 3 Ws 9/15)

Dem Angeklagten ist i.d.R. ein Verteidiger beizuordnen, wenn die Staatsanwaltschaft gegen ein freisprechendes Urteil Berufung eingelegt hat und eine Verurteilung aufgrund abweichender Beweiswürdigung oder sonst unterschiedlicher Beurteilung der Sach- oder Rechtslage erstrebt. Ist ein früherer Mitangeklagter, der den Angeklagten zur Tat angestiftet haben soll, mittlerweile rechtskräftig verurteilt, so dass er nunmehr in der Berufungshauptverhandlung als Zeuge auszusagen hat, sind im Hinblick auf die neu vorzunehmende Beweiswürdigung die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung gegeben.

GVG  
§ 17a II 1

### Öffentlich-Rechtliche Verwahrung Rechtsweg und Verweisung innerhalb des Rechtswegs

VerwaltProzR

(KG in NJW 215, 2437; Beschluss vom 06.01.2015 – 4 VAs 51/14)

1. Vermögensrechtliche Ansprüche aus einem **öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnis** fallen in den Zuständigkeitsbereich der ordentlichen Gerichte.
2. Im **Antragsverfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG** hat bei der Unzulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs in entsprechender Anwendung des § 17a II 1 GVG eine Verweisung auch innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit an das zuständige Zivilgericht zu erfolgen.

**Fall:** Die StA Berlin hat gegen den Betroffenen ein Strafverfahren geführt. In der Obhut der StA befinden sich noch mehrere Unterlagen des Betroffenen (diverse Hängeordner, Heftungen, Bücher und Zeitschriften), die er nach seiner Haftentlassung nicht mitgenommen hat. Mit ihrer Verfügung vom 12.11.2014 hat die StA ihn aufgefordert, die vorbezeichneten Sachen bis zum 31.01.2015 von der Geschäftsstelle der zuständigen Vollstreckungsabteilung abzuholen oder durch eine schriftlich bevollmächtigte erwachsene Person abholen zu lassen. Andernfalls kündigte sie ihm die Verwertung der Sachen an. Hiergegen wandte sich der Betroffene, der sich nicht in der Lage sieht, die fraglichen Unterlagen persönlich abzuholen, mit seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Er widersprach der Vernichtung seiner Sachen und verlangte ihre Übersendung per Post, da er keine Bekannten habe, die sie abholen könnten und er auch nicht über die finanziellen Mittel verfüge, um ein Unternehmen zu beauftragen. Der Senat hat den Rechtsweg nach den §§ 23 ff. EGGVG für unzulässig erklärt und den Antrag des Betroffenen an die Zivilabteilung des AG Berlin-Schöneberg verwiesen. Zu Recht?

**I. Eröffnung des Zivilrechtswegs**

„Der Senat ist für die Entscheidung über den Antrag des Betroffenen nicht zuständig, da der **Rechtsweg nach den §§ 23 ff. EGGVG nicht eröffnet** ist. Dieser tritt gem. § 23 III EGGVG zurück, da der Betroffene Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnis geltend macht.

Die **Inbesitznahme der Sachen** des Betroffenen durch die StA hat ein **öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis** begründet, auf das im Wesentlichen die §§ 688 ff. BGB anwendbar sind (vgl. MüKo-BGB/Henssler, 6. Aufl., § 688 Rn. 60, 63 m.w.N.). Entscheidend für die Begründung des Verwahrungsverhältnisses war hierbei die **tatsächliche Inbesitznahme durch die StA**. Der Umstand, ob die behördliche Inbesitznahme im Rahmen der Durchführung eines verwaltungsrechtlichen Vorgangs, der Durchsetzung eines Verwaltungsaktes oder eines bloßen Realakts erfolgte, ist für die Entstehung des öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnisses bedeutungslos (vgl. Soergel/Schur, BGB, 13. Aufl., vor §§ 688 ff. Rn. 12 m.w.N.).

Der von dem Betroffenen aus dem öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnis geltend gemachte vermögensrechtliche Anspruch fällt nach der Vorschrift des **§ 40 II 1 VwGO** in den **Zuständigkeitsbereich der ordentlichen Gerichte**. Diese Bestimmung erfasst nach der zutreffenden herrschenden Meinung (vgl. etwa Eyermann/Rennert, VwGO, 14. Aufl., § 40 Rn. 123; Redeker/v. Oertzen, VwGO, 16. Aufl., § 40 Rn. 44; Kopp/Schenke, VwGO, 20. Aufl., § 40 Rn. 64, jew. m.w.N.), der sich der Senat angeschlossen hat (vgl. KG, Beschl. v. 28.08.2006 – 4 VAs 2/05 und Beschl. v. 30.11.2005 – 4 VAs 45/04, jew. m.w.N.), neben Schadens- und Aufwendungsersatzansprüchen **auch Ansprüche auf Rückgabe der Sache**. Hierfür sprechen der Sinn und Zweck des § 40 II VwGO, der aus prozessökonomischen Gründen eine Verdoppelung des Rechtswegs ausschließen will, die sich sonst aus der Konkurrenz von Verwahrungs- und Amtshaftungsansprüchen ergeben würde (vgl. Senat, Beschl. v. 28.08.2006 – 4 VAs 2/05 und Beschl. v. 30.11.2005 – 4 VAs 45/04).“ (KG aaO.)

**II. Zulässigkeit der Verweisung an anderes Gericht desselben Rechtswegs**

„Der Senat verweist die Sache nach der Anhörung des Betroffenen mit dessen Zustimmung **in entsprechender Anwendung des § 17 a II 1 GVG** an das nach § 23 Nr. 1 GVG sachlich und gem. § 18 ZPO i.V.m. § 1 S. 1 der Anordnung über die Vertretung des Landes Berlin im Geschäftsbereich der Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz vom 22.10.2012 (BlnABl. 2012, 1979 [1980]) örtlich zuständige AG Schöneberg. Hierzu ist der Senat nach seiner ständigen Rechtsprechung bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung des § 25 I EGGVG befugt (vgl. Senat, Beschl. v. 28.08.2006 – 4 VAs 2/05; StV 1996, 326 [327]; GA 1985, 271; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 25 EGGVG Rn. 2 m.w.N.).

Die §§ 17–17 b GVG betreffen zwar den Rechtsweg, also das **Verhältnis der verschiedenen Zweige der Gerichtsbarkeit** zueinander. Die Verweisung einer Sache **innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit** in entsprechender Anwendung des § 17 a II 1 GVG trägt jedoch dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes Rechnung. Nach der Rechtsprechung des BVerfG (vgl. BVerfGE 57, 9 [22] = NJW 1981, 1154) ist es im Hinblick auf Art. 19 IV GG grundsätzlich verfassungsrechtlich geboten, dem Antragsteller in allen Verfahrensordnungen die Möglichkeit zu eröffnen, hilfsweise die Verweisung an das zuständige Gericht zu beantragen, um seine Rechtsposition zu wahren. **Dem Rechtsuchenden** soll angesichts der Vielfalt der Gerichtsbarkeiten und deren prinzipieller Gleichwertigkeit **möglichst kein Nachteil erwachsen**, wenn er den falschen Rechtsweg beschriften hat. Für den Fall, dass er sich an das unzuständige Gericht innerhalb eines Rechtswegs gewandt hat, besteht für ihn dieselbe Interessenlage (vgl. Senat, GA 1985, 271 [272 f.]). Aus den genannten Gründen befürworten es auch der BGH (vgl. Beschl. v. 23.03.2005 – 2 ARs 16/05, BeckRS 2005, 04643) und weitere Oberlandesgerichte (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 2013, 3738 [3739] und MDR 1995, 88 = BeckRS 1994, 09562; OLG Saarbrücken, NJW 1994, 1423 [1424 f.]; OLG Hamm, NJW 1992, 2643 [2644]), **Kompetenzkonflikte zwischen Teilen der ordentlichen Gerichtsbarkeit in entsprechender Anwendung der §§ 17–17 b GVG zu lösen** (zustimmend Meyer-Goßner/Schmitt, §§ 17–17 b GVG Rn. 2 m.w.N.).

Soweit mehrere Oberlandesgerichte eine entsprechende Anwendung des § 17 a II 1 GVG ablehnen, weil nach der gesetzlichen Regelung eine Verweisung innerhalb eines Rechtswegs nicht vorgesehen sei (vgl. OLG Nürnberg, NSTZ 2006, 654 [655]; OLG Frankfurt a. M., NSTZ-RR 1997, 246 und NJW 1996, 1484; OLG Hamburg, NSTZ 1995, 252), überzeugt dies bereits im Hinblick auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nicht. Wenn nach § 17 a II GVG schon die Verweisung bei der Unzulässigkeit des gewählten Rechtswegs von Amts wegen zu erfolgen hat, muss sie erst recht bei der Wahl des unständigen Gerichts innerhalb einer Gerichtsbarkeit möglich sein (vgl. Senat, StV 1996, 326 [327]). Hinzu kommt, dass die **Zusammenfassung der Straf- und Zivilgerichtsbarkeit unter dem Oberbegriff der ordentlichen Gerichtsbarkeit** auf die geschichtliche Entwicklung der Gerichtszweige zurückgeht. Auf Grund der zwischen ihnen bestehenden strukturellen Unterschiede handelt es sich **zwar formal um einen, in der Sache aber um unterschiedliche Rechtswege** (vgl. OLG Saarbrücken, NJW 1994, 1423 [1424 f.]).

Der weiter gegen eine Verweisung an das zuständige Zivilgericht in entsprechender Anwendung des § 17 a II 1 GVG vorgebrachte Grund, dass hierdurch die **Form- und sonstigen Zulässigkeitsvorschriften für eine Zivilklage umgangen** würden (vgl. OLG Hamburg, NSTZ 1995, 252; OLG Stuttgart, NSTZ-RR 2002, 111), greift nicht durch. Das verweisende Gericht hat – abgesehen von der Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit – nicht zu prüfen, ob die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Klageverfahren vor dem zuständigen Gericht gegeben sind. Diese Fragen sind ausschließlich von dem Gericht zu klären, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist (vgl. OLG Saarbrücken, NJW 1994, 1423 [1424 f.] m.w.N.).“ (KG aaO.)

VwGO  
§ 80 V

**Mahnung des Abgabenschuldners  
Keine Vollstreckungsvorbereitungshandlung**

VerwaltProzR

(VG Cottbus in LKV 2015, 332; Beschluss vom 26.03.2015 – 6 L 60/15)

Eine **qualifizierte Mahnung** gem. § 19 II Nr. 4 BgVwVG, mit der der Abgabenschuldner formularmäßig auf die zwangsweise Einziehung der Forderung bei Nichtzahlung hingewiesen wird, stellt noch **keine Vollstreckungsvorbereitungshandlung** dar, da die Vollstreckung nur allgemein angekündigt wird.

**Fall:** Der Ast. erhielt eine qualifizierte Mahnung nach § 19 II Nr. 4 BbgVwVG mit Hinweis auf die zwangsweise Einziehung der Abgabenschuld im Fall der Nichtzahlung binnen einer Woche. Er stellte bezüglich des Abgabenscheides einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung beim zuständigen Verwaltungsgericht, ohne zuvor die Vollziehungsaussetzung bei der Behörde zu beantragen mit der Begründung, dass eine Vollstreckungshandlung konkret gedroht hätte.

Ein Antrag nach § 80 V VwGO setzt, sofern es – wie hier – um öffentliche Abgaben und Kosten geht, nach § 80 VI VwGO voraus, dass die Behörde zuvor einen Aussetzungsantrag abgelehnt hat.

„Für Abgabensachen ist damit ein **vorangeschaltetes behördliches Aussetzungsverfahren vorgeschrieben**. Die erfolgreiche Durchführung des behördlichen Aussetzungsverfahrens nach § 80 VI 1 VwGO stellt ein Zugangserfordernis dar, das im Zeitpunkt der Stellung des Eilantrages bei Gericht erfüllt sein muss, und **nicht eine nachholbare Sachentscheidungsvoraussetzung** für das gerichtliche Verfahren nach § 80 V 1 1. Alt. i.V.m. § 80 II Nr. 1 VwGO. Der mit § 80 VI 1 VwGO verfolgte Zweck des Vorrangs der verwaltungsinternen Kontrolle und die damit einhergehende Entlastung der Verwaltungsgerichte würden nicht verwirklicht, wenn man das Erfordernis eines erfolglosen behördlichen Aussetzungsverfahrens als eine im Laufe des gerichtlichen Verfahrens nachholbare Sachentscheidungsvoraussetzung interpretieren würde (vgl. nur OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 02.05.2006 – 9 S 5.06, OVG Frankfurt (Oder), Beschlüsse v. 17.03.2004 – 2 B 49/04, v. 14.02.2005 – 2 B 294/04, und v. 31.03.1995 – 2 B 3/95).“ (VG Cottbus aaO.)

Einen solchen Aussetzungsantrag hatte der Ast. nicht gestellt. Er könnte aber nach § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO entbehrlich (gewesen) sein, falls dem Ast. die Vollstreckung hinreichend konkret gedroht hätte. Fraglich ist, ob dies angesichts der qualifizierten Mahnung der Fall ist.

### I. Mahnung noch keine Vollstreckungsmaßnahme

„Auch der vom Ast. mit Schriftsatz vom 19.03.2015 überreichte „Letzte Zahlungshinweis vor Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen“ vom 15.01.2015, mit dem der Ast. „zur Vermeidung einer zwangsweisen Einziehung“ zur Zahlung der Winterdienstgebühren sowie – soweit hier von Interesse – von Mahngebühren und Säumniszuschlägen innerhalb einer Woche aufgefordert wird, rechtfertigt nicht die Annahme, dass dem Ast. i.S.d. § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO die Vollstreckung (hinreichend konkret) drohe. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob es sich bei diesem Schreiben um eine Mahnung i.S.d. § 19 II Nr. 4 BbgVwVG handelt. Selbst wenn dies der Fall wäre, folgt daraus nicht ohne Weiteres, dass die Vollstreckung i.S.d. § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO schon droht. Die **Mahnung** ist selber nämlich **noch nicht Teil der Vollstreckung**, wie sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift („Ein Leistungsbescheid kann vollstreckt werden, wenn...“) ergibt, sondern ein **dem Vollstreckungsverfahren vorgeschalteter Teil des Erhebungsverfahrens** (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.08.2006 – 9 S. 4/06, S. 3 des EA zu § 259 AO) und verfolgt das Ziel, den Schuldner unter Hinweis auf die nachteiligen Folgen einer Vollstreckung noch einmal **zur freiwilligen Zahlung zu veranlassen, also eine Vollstreckung gerade zu erübrigen**. Was nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist konkret geschieht und mit welchen zeitlichen Vorgaben und Maßnahmen die Vollstreckung der Mahnung folgt, ist insoweit eine im Wesentlichen noch offene Frage (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, aaO.), auch wenn die Beitreibung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen gemäß § 17 II BbgVwVG Sache der Vollstreckungsbehörde ist.

Eine Vollstreckung i.S.d. § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO droht – wie bereits ausgeführt – daher erst dann, wenn die Behörde **konkrete Vorbereitungen für die Durchführung der Vollstreckung getroffen hat und aus der Sicht eines objektiven Betrachters die Vollstreckung zeitlich so unmittelbar bevorsteht**, dass es dem Ast. nicht zuzumuten ist, zunächst bei der Behörde statt unmittelbar bei Gericht die Aussetzung der Vollziehung zu beantragen. Allein auf der Grundlage der Ankündigung, dass bei Nichtzahlung die Vollstreckung notwendig werde, droht demgegenüber die Vollstreckung noch nicht, sondern es ist erforderlich, dass der Beginn von – regelmäßig im Einzelnen näher bezeichneten – Vollstreckungsmaßnahmen von der Behörde für einen unmittelbar bevorstehenden Termin angekündigt ist oder konkrete Vorbereitungen der Behörde für eine alsbaldige Vollstreckung vorliegen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.08.2006 aaO. S. 4 des EA; Beschl. v. 02.05.2006 – 9 S 5.06, S. 3 ff. des EA; OVG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 17.03.2004 – 2 B 49/04, juris; OVG Saarland, Beschl. v. 22. 06. 1992 – 1 W 29/92, NVwZ 1993, 490, 491; Kammer, Beschl. v. 14.01.2008 – 6 L 396/07, zit. nach juris).“ (VG Cottbus aaO.)

### II. Unmittelbare Drohen der Vollstreckung wegen Mahnung

„Das Drohen einer Vollstreckung ist hiernach **auf jeden Fall zu verneinen für die sog. einfache Mahnung**, mit der der Abgabenschuldner – in der Regel formularmäßig – allein auf die fällige und noch nicht beglichene Forderung der abgabenerhebenden Behörde hingewiesen und gebeten wird, die Zahlung nunmehr innerhalb einer bestimmten Frist zu bewirken.

**Gleiches gilt** aber grundsätzlich auch **für die – hier erlassene – sog. qualifizierte Mahnung**, mit der der Abgabenschuldner – ebenfalls formularmäßig – zusätzlich zur Fristsetzung zugleich auf die zwangsweise Einziehung der Forderung bei Nichtzahlung hingewiesen wird. Auch diese Ankündigung stellt nach Auffassung der Kammer **grundsätzlich noch keine Vollstreckungsvorbereitungshandlung** dar, da die Vollstreckung nur allgemein angekündigt wird, ohne dass konkrete Maßnahmen und vor allem die zeitliche Dimension ersichtlich sind (ebenso OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.08.2006 aaO.; Kammer, Beschl. v. 14.01.2008, aaO.; VG Potsdam, Beschl. v. 21.02.2002 – 8 L 737/01, zit. nach juris; VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 10.01.2005 – 5 L 569/04. zit. nach juris). Entscheidend ist nämlich, ob dem Schuldner gemessen an konkreten Vollstreckungsvorbereitungen zu einem bestimmten Termin bei der Vollstreckungsankündigung **noch ausreichend Zeit verbleibt, bei der Behörde einen Aussetzungsantrag zu stellen** (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 03.08.2006 aaO.).“ (VG Cottbus aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

Eine solche Sachlage ist hier nicht gegeben. Da der Ag. im Schreiben ausgeführt hat, er erwarte den Zahlungseingang „binnen einer Woche“ und sei ansonsten zur „zwangsweisen Einziehung“ gezwungen, blieb dem Ast. bis zur Konkretisierung von Vollstreckungsmaßnahmen noch ausreichend Zeit für einen Aussetzungsantrag beim Ag. bzw. ein Abwarten auf seine Bescheidung, bevor es zu Vollstreckungsmaßnahmen kommen könnte.

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Harsch:** Die Rechtsprechungsänderung zu Formulklauseln bei Schönheitsreparaturen und ihre praktischen Folgen (in: MDR 2015, 801)

Mit seinen aktuellen Urteilen zur Unwirksamkeit formularvertraglicher Renovierungsklauseln bei Übernahme einer zu Vertragsbeginn unrenovierten oder renovierungsbedürftiger Wohnung bei fehlendem Ausgleich (BGH v. 18.03.2015 – VIII ZR 185/14, MDR 2015, 578 = MietRB 2005, 161) sowie zur Unwirksamkeit von Kostenabgeltungsklauseln (BGH v. 18.03.2015 – VIII ZR 2142/13, MDR 2015 636 f.) hat der BGH seine zum Teil grundlegend geändert. Der folgende Beitrag befasst sich mit den neuen Fragen, die sich der Beratungspraxis trotz der verbesserten Rechtssicherheit stellen.

2. **Harke:** Zur Rücknahme von Gestaltungserklärungen im Mietrecht (in: ZMR 2015, 595)

Kann ein Mieter oder Vermieter die von ihm wirksam ausgesprochene Kündigung durch einseitige Erklärung wieder zurücknehmen? Und falls nein: Welche Bedeutung hat eine solche Erklärung, und wie mündet sie in den Abschluss eines Vertrags über die Fortsetzung des Mietgebrauchs? Schließlich: Begründet eine solche Vereinbarung ein neues Mietverhältnis oder wird das alte verlängert? Diese Fragen, denen in der mietrechtlichen Literatur kein allzu großer Raum geschenkt wird, erlangen eine gewisse Aktualität durch die Praxis der Sozialleistungsträger, die für einen bedürftigen Mieter gegenüber dem Vermieter die Verpflichtung zur Zahlung der rückständigen Miete übernehmen. Diese Verpflichtung führt, wenn sie innerhalb von zwei Monaten ab Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs erfolgt, nach § 569 III Nr. 2 Satz 1 BGB zur Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung wegen Zahlungsrückzugs. Um zu verhindern, dass das Mietverhältnis dennoch beendet wird, weil der Zahlungsrückstand des Mieters zugleich den Tatbestand der ordentlichen Kündigung gemäß § 573 III Nr. 1 BGB verwirklicht, machen die Sozialleistungsträger ihre Verpflichtung von der Erklärung des Vermieters abhängig, dass er seine ordentliche Kündigung zurücknehme. Diese Erklärung, die zuweilen als „Einverständnis“ betitelt ist, steht ihrerseits unter der Bedingung, dass der Sozialleistungsträger die Verpflichtung zur Zahlung der rückständigen Miete übernimmt. Die Fragen, die eine Kündigungsrücknahme aufwirft, sind in diesem Fall um das Problem angereichert, dass mit dem Sozialleistungsträger ein Erklärungsadressat auftritt, der nicht Partei des Mietverhältnisses ist. Entfaltet die Erklärung gleichwohl Bindungswirkung? Muss der Mieter selbst zustimmen, um dem weiteren Mietgebrauch eine rechtliche Basis zu geben? Und was ist das Resultat: ein neues oder die Fortsetzung des alten Mietverhältnisses? Mit diesen Fragen befasst sich der vorliegende Beitrag.

3. **Born:** „Zeitbombe“ Schwiegermutter – Aktuelle Entwicklungen zum Elternunterhalt – Verteidigungsstrategien des pflichtigen Kindes – (in: MDR 2015, 613)

Der Beitrag knüpft an den Beitrag des Verfassers in MDR 2015, 554 zu den Besonderheiten beim Elternunterhalt an und behandelt im Schwerpunkt die Möglichkeiten einer Verteidigung des pflichtigen Kindes gegen die Inanspruchnahme auf Elternunterhalt.

4. **Billing/Milsch:** Der Ratenkauf im Internet (in: NJW 2015, 2369)

Der Ratenkauf bzw. das Teilzahlungsgeschäft i.S.v. § 507 BGB gewinnt als weitere Zahlungsmöglichkeit im Onlinehandel zunehmend an Bedeutung. Das und die recht komplexe Gesetzessystematik geben Anlass, die rechtlichen Rahmenbedingungen für Online-Ratenkäufe näher zu betrachten. Neben dem Begriff des Teilzahlungsgeschäfts konzentriert sich der Beitrag auf die mit einem Ratenkauf verbundenen Pflichten des Onlinehändlers, auf die Formerleichterung aus § 507 I 2 BGB, die Rechtsfolgen von Formmängeln sowie Fragen der vorzeitigen Beendigung eines Teilzahlungsgeschäfts.

5. **Conrad:** Ablehnung des Richters – Verfahren und ausgewählte Fallgruppen zur „Besorgnis der Befangenheit“ (in: MDR 2015, 1048)

Im zivilprozessualen Alltag stellen hämische Richter, die während der Verhandlung schlafen, spotten oder Kurznachrichten versenden, Fratzen schneiden, während der Verhandlung „den Vogel zeigen“ oder mit dem Rechtsanwalt der Gegenseite verheiratet sind, glücklicherweise die Ausnahme und nicht die Regel dar. Dennoch hat der Parteivertreter die Pflicht, auf diese Verhaltensweisen und Umstände angemessen zu reagieren. Der Beitrag macht mit den gesetzlichen Grundlagen der Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit vertraut und geht auf ausgewählte – praxisrelevante – Fallgruppen ein.

**6. Abramenko:** Ungeregelte Folgen der Regelungen zur Mietpreisbremse (in: MDR 2015, 921)

Die neuen Vorschriften zur Mietpreisbremse in §§ 556d-556g BGB normieren neue Grenzen der Miethöhe bei Neuvermietungen, aber auch neue Rechte und Pflichten der Mietvertragsparteien, insbesondere Auskunftspflichten nach § 556g III BGB. Die Regelungen sind aber (bewusst) unvollständig. So beschränkt sich § 556g I 1 BGB darauf, von §§ 556d–556g BGB zu Lasten des Mieters abweichende Vereinbarungen für unwirksam zu erklären. Dies umfasst insbesondere eine §§ 556d I, 556e BGB übersteigende Miete, die nach Bereicherungsrecht zurückzufordern ist. Die neuen Vorschriften enthalten insoweit nur Modifikationen, etwa zum zusätzlichen Erfordernis einer Rüge nach § 556g II BGB und zum Ausschluss der §§ 814, 817 S. 2 BGB. Bereits die Möglichkeit, dass ein Mieter die überhöhte Miete von vorneherein gar nicht leistet, blieb ungeregelt. Gleiches gilt für Schadensersatzansprüche gegen den Vermieter. Auch die Folgen einer Verletzung der Auskunftspflichten aus § 556g III BGB fand keine gesetzliche Regelung.

Der Beitrag geht auf die fehlenden Regelungen der neuen Gesetzgebung und deren Folgen für die Praxis ein.

**II. Strafrecht****1. Niemöller:** Beruhensprüfung bei Verfahrensfehlern (in: NStZ 2015, 489)

Die Revision kann – so sagt es § 337 I StPO – nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Wann ist das der Fall? Rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des materiellen Strafrechts, so lässt sich die Frage schon anhand des angefochtenen Urteils, des Entscheidungsausspruchs (Tenors) und der Urteilsgründe beantworten. Mehr braucht es dazu nicht. Anders verhält es sich hingegen bei einem Verstoß gegen prozessrechtliche Vorschriften, den das Revisionsgericht nach einer entsprechenden Verfahrensrüge für gegeben hält. Hier ist der Fehler nicht unmittelbar im Urteil enthalten und aus ihm zu ersehen. Zwischen beiden besteht eine Distanz, regelmäßig schiebt sich ein anderes, auf den Verfahrensfehler folgendes Prozessgeschehen dazwischen. Das Gesetz unterscheidet jedoch nicht nach der Art der Gesetzesverletzung, es gilt auch für Verfahrensverstöße. Wann aber beruht das Urteil auf dem Verfahrensfehler? Das setzt einen Zusammenhang zwischen beiden voraus. Diesen Zusammenhang haben Rechtsprechung und herrschende Meinung seit jeher als mögliche Kausalität bestimmt und bezeichnet; danach beruht das Urteil auf dem Verfahrensfehler, wenn nicht auszuschließen ist, dass sich dieser auf jenes ausgewirkt hat.

Nach diesem Maßstab judizieren die Revisionsgerichte seit Langem. Das gilt namentlich für den BGH. Mit der Beruhensfrage hat er häufig zu tun; sie zu beantworten, gehört zu seinem Alltagsgeschäft. Unübersehbar ist, um ein Beispiel zu nennen, die Zahl der (unveröffentlichten) Entscheidungen, in denen er der begründeten Rüge einer Verletzung der Hinweispflicht aus § 265 StPO den Erfolg deshalb versagt hat, weil – so die stereotype Begründung – der Angekl. sich auch bei Erteilung des gebotenen Hinweises nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

**2. Leitmeier:** Die fragwürdige Strafschärfung wegen verjährter Taten (in: StV 2015, 585)

In der Rechtspraxis spielt das Bundeszentralregister eine große Rolle bei der Strafzumessung, können Vorstrafen doch eine hohe Strafe erwarten lassen, sodass ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist. Dass Vorverurteilungen die Strafe verschärfen, ist Grundlage jeder Strafverhandlung. Darüber hinaus ist es aber in Rspr. und Literatur anerkannt, dass die Strafe für eine nachgewiesene Tat auch dann schärfer ausfallen kann, wenn der Angeklagte Straftaten begangen hat, die nie geahndet wurden, weil sie verjährt sind. Rechtlich ist das sehr problematisch und letztlich nicht begründbar.

**3. Kulhanek:** Anklagen mit Zustellungsbevollmächtigtem (in: NStZ 2015, 495)

In der staatsanwaltschaftlichen Praxis kommen gehäuft Fälle vor, in denen der Beschuldigte (jedenfalls im Geltungsbereich der StPO) keinen festen Wohnsitz oder Aufenthalt hat. Für den Staatsanwalt sind hier zwei verschiedene Situationen zu unterscheiden. Zum einen der Fall, in welchem der Beschuldigte auf frischer Tat gefasst wird, und zum anderen derjenige, wenn von der Polizei die ausermittelte Akte vorgelegt wird. In beiden Konstellationen wird vielfach über die Figur des Zustellungsbevollmächtigten agiert, um auf diese Weise möglichst schnell, effektiv und ressourcenschonend die Strafverfolgung voranzutreiben. Da aber selbst im Bereich der Bagatelldelinquenz nicht mehr alles mit Strafbefehlen und Geldstrafen abgegolten, sondern vermehrt nur noch mit (kurzen) Freiheitsstrafen reagiert werden kann<sup>1</sup>, kommt es auch zur Zustellung von Anklagen über einen Zustellungsbevollmächtigten. Jedenfalls gegen den Erlass eines Haftbefehls nach § 230 II StPO bei ausgebliebenem Angekl. bzw. bereits vorgelagert gegen die Zustellung der Anklage über einen Zustellungsbevollmächtigten überhaupt werden nun in der richterlichen Praxis vermehrt gewichtige Bedenken rechtsstaatlicher Natur vorgebracht. Der vorliegende Beitrag versucht, diese Bedenken und das

Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden zu hinterfragen und zu einer tragfähigen Lösung zu gelangen.

### III. Öffentliches Recht

1. **Gusy:** Neutralität staatlicher Öffentlichkeitsarbeit – Voraussetzungen und Grenzen (in: NVwZ 2015, 700)

Neue Entscheidungen des BVerfG und des RhPfVerfGH zu öffentlichen Äußerungen höchster Amtsträger in Wahlkampfzeiten sind die weithin sichtbare Spitze einer Vielzahl von Verfahren zum Thema „Neutralität“ staatlicher Öffentlichkeitsarbeit. Sie stellen die grundsätzlichen Fragen: Welche Neutralitätsgebote enthält das geltende Recht für Äußerungen im Amt? Und was sind ihre Voraussetzungen und Grenzen? Mit diesen Fragen beschäftigt sich der vorliegende Beitrag.

2. **Schwarz:** Neues vom Wochenmarkt (in: GewA 2015, 289)

Der Beitrag beleuchtet aktuelle Rechtsfragen und Entwicklungen im Zusammenhang mit festgesetzten Wochenmärkten. In seinem Fokus stehen Auswahlentscheidungen zwischen einem privaten Veranstalter und der Kommune sowie innerhalb der Gruppe der Marktbesucher. Darüber hinaus werden die Marktprivilegien einer kritischen Revision unterzogen.

3. **Hyckel:** Grundlagen der Verwaltungsvollstreckung im Polizei- und Ordnungsrecht – Teil 2 (in: LKV 2015, 342)

Während sich der erste Teil dieser zweiteiligen Abhandlung (1. Teil: LKV 2015, 300) zum Verwaltungsvollstreckungsrecht mit dessen begrifflichen Grundannahmen und dem Vollstreckungstitel beschäftigte, sowie die Vollstreckungsmittel Ersatzvornahme, Zwangsgeld und unmittelbarer Zwang überblickartig vorgestellt hat, vertieft der zweite Teil die Vollstreckungsbefugnisse und stellt das Vollstreckungsverfahren sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten dar.

4. **Barczak:** Die parteipolitische Äußerungsbefugnis von Amtsträgern (in: NVwZ 2015, 1014)

Die Äußerungen hoher Amtsträger können leicht zu einem Politikum werden. Werden sie, zumal in Wahlkampfzeiten, in Bezug auf den politischen Gegner abgegeben, stellen sie auch ein verfassungsrechtliches Problem dar. Nach zwei Diktaturen auf deutschem Boden ist zudem die Versuchung groß, die Mahnung an das historische Bewusstsein mit einer Warnung vor einzelnen Parteien, ihren Zielsetzungen und Aktivitäten zu verbinden oder gar die Bürger zu öffentlichem Protest aufzurufen. In einer Vielzahl von Entscheidungen haben die Verfassungs- und Verwaltungsgerichte jüngst die Reichweite der Äußerungsbefugnis von Kommunalpolitikern, Regierungsmitgliedern sowie des Bundespräsidenten abgesteckt und hierdurch die Dogmatik zur staatlichen Informationstätigkeit („Glykol“, „Osho“) um ein weiteres Anwendungsgebiet fortgeschrieben. Der Beitrag wagt den Versuch einer systematisch-kritischen Einordnung.

5. **Wirtz/Brink:** Die verfassungsrechtliche Verankerung der Informationszugangsfreiheit (in: NVwZ 2015, 1166)

Anträge auf Zugang zu amtlichen Informationen sind in den letzten Jahren zu einem etablierten Recherchemittel für Informationssuchende geworden. Untersucht man jedoch die verfassungsrechtliche Verankerung der Informationszugangsfreiheit, so stellen sich nach wie vor offene Fragen. Gibt es in Deutschland bereits ein Grundrecht auf Informationsfreiheit? Welche Maßgaben lassen sich hierfür aus der Verfassung, dem Europa- und Völkerrecht entnehmen? Was bedeutet dies für die Zukunft der Informationsfreiheit in Deutschland? Soviel vorweg: Auch wenn der Wortlaut des Grundgesetzes kein Recht auf Informationszugang kennt, steht der Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen in weiten Teilen Deutschlands grundgesetzlich auf sicheren Füßen.

6. **Bohnert:** Die Ersetzungsbefugnis bei verweigertem gemeindlichen Einvernehmen – Aktuelle Rechtslage zu Amtshaftungsansprüchen und Neufassung (in: VBIBW 2015, 369)

Der Beitrag befasst sich mit der aktuellen Rechtslage zur Ersetzungsbefugnis, die der Baurechtsbehörde im Hinblick auf eine Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach §§ 36 II 3 BauGB, 54 IV LBO zusteht. Die neue, seit 01.03.2015 geltende Fassung von § 54 IV 1 LBO stellt klar, dass bei der Entscheidung über die Ersetzung eines rechtswidrig verweigerten gemeindlichen Einvernehmens kein Ermessensspielraum besteht. Diese Konsequenz hat der Gesetzgeber aus zwei Urteilen gezogen, die der Bundesgerichtshof in den Jahren 2010 und 2012 im Hinblick auf die Ersetzungsbefugnis und damit einhergehende amtshaftungsrechtliche Ansprüche gefällt hat. Der Beitrag beleuchtet sowohl die aktuelle Rechtslage skizziert als auch die maßgebliche Entwicklung der Rechtsprechung kritisch.

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

1. **Dann:** Durchsuchung und Beschlagnahme in der Anwaltskanzlei (in: NJW 2015, 2609)

Desaströs, peinlich und rufschädigend. Diese Adjektive beschreiben, was Viele mit einer publik gewordenen Durchsuchung einer Anwaltskanzlei assoziieren dürften. Wie die Vergangenheit gezeigt hat, sind selbst renommierte Großkanzleien nicht vor unangekündigten „Hausbesuchen“ geschützt. Dieser Beitrag reißt ausgewählte strafprozessuale Zwangsmaßnahmen in Kanzleiräumen an und gibt Verhaltensempfehlungen für den Ernstfall.

2. **Langel/Betzinger:** Steuerstrafrechtliche Beurteilung und Behandlung zu Unrecht zu hoch festgestellter steuerlicher Verluste (in: DB 2015, 1925)

Eine unberechtigt zu hohe Feststellung eines steuerlichen Verlusts verwirklicht nach der Rechtsprechung des BGH eine Steuerhinterziehung in der Totalalternative des Erlangens eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils. Auf eine konkrete Bezifferung des Steuergefährdungspotenzials wird in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden unter Berufung den BGH verzichtet. Der Beitrag tritt dieser Praxis entgegen und zeigt, dass das Steuergefährdungspotenzial im Einzelfall nachzuweisen und zu quantifizieren ist, um einer Überdehnung des Tatbestands der Steuerhinterziehung vorzubeugen.

3. **Merkt/Müller:** Das Syndikusanwaltsrecht vor der Neuordnung (in: ZRP 2015, 173)

Die Urteile des BSG (NJW 2014, 2743) zur Rentenversicherungspflicht der Syndikusanwälte haben eine wesentliche Neuordnung des anwaltlichen Berufsrechts eingeläutet. Auf massiven Druck der Syndikusanwaltschaft wurde ein Gesetzgebungsverfahren in Gang gesetzt, das über die Problematik der Altersversorgung hinaus eine längst überfällige gesetzliche Regelung des Instituts des Syndikusanwalts in das anwaltliche Berufsrecht einfügt. Mittlerweile liegt ein Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vor, der auch bereits in erster Lesung beraten wurde. Syndizi sollen danach zukünftig auch wegen ihrer Tätigkeit für einen nichtanwaltlichen Arbeitgeber zur Anwaltschaft zugelassen werden. Allerdings sieht der Gesetzentwurf vor, dass Postulationsrechte und Anwaltsprivilegien nur stark eingeschränkt gelten.

4. **Brosch/Sandkühler:** Das besondere elektronische Anwaltspostfach – Nutzungsobliegenheiten, Funktionen und Sicherheit (in: NJW 2015, 2760)

Nachdem sich der elektronische Rechtsverkehr bisher nur zögerlich und uneinheitlich entwickelt hat, darf auf Grund des Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten nun davon ausgegangen werden, dass er in absehbarer Zeit seinen Durchbruch erleben wird. Einen wesentlichen Beitrag dazu leistet die Einrichtung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA) zum 1.1.2016. Der Beitrag erläutert zentrale Fragen der Einrichtung, Nutzung und Sicherheit des beA.

5. **Klotz:** Anforderungen an Übermittlung fristgebundener Schriftsätze per Fax (in: MDR 2015, 988)

Die Übermittlung fristgebundener Schriftsätze durch den Anwalt an das Gericht mittels Telefax ist heute ein allgemein als zulässig anerkannter Weg, der jedoch mit großer Regelmäßigkeit zu Problemen führt, wenn die Übermittlung fehlschlägt bzw. erst nach Fristablauf erfolgt und sodann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt wird.

Doch nicht immer spitzen sich diese Fälle dergestalt zu, dass dem Prozessbevollmächtigten sprichwörtlich die Zeit davon läuft und er die Faxübermittlung erst (zu) spät beginnt, sodass eine rechtzeitige vollständige Übermittlung bei Gericht nicht in ausreichendem Maße gewährleistet ist. Vielmehr gibt es auch Fälle, in denen von anwaltlicher Seite zum Abschluss des Arbeitstages der fristgebundene Schriftsatz z.B. um 17 oder 19 Uhr an das Gericht gefaxt werden soll, der Anschluss aber über längere Zeit belegt ist.

In welchen Fällen und wie lange der Anwalt dann – sofern er sich nicht insgesamt für einen ihm ggf. zur Verfügung stehenden anderen Weg der Übermittlung entscheidet – weiterhin versuchen muss, das Fax noch erfolgreich auf den Weg zu bringen, wird im Beitrag näher betrachtet.

# Übersicht

## Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten

### 1. Fall: § 932 I BGB i.V.m. § 929 S. 1 BGB

- **Einigung** über den Übergang des Eigentums i.S.d. § 929 S. 1 BGB,
- **Veräußerer tritt als Eigentümer auf,**
- **Veräußerer ist nicht Eigentümer,**
- **Veräußerer übergibt die Sache dem Erwerber,** auf beiden Seiten kann ein Besitzdiener, ein Besitzmittler oder eine Geheißperson eingesetzt werden,
- **Erwerber ist gutgläubig,** d.h. er kennt bis zum Abschluss der Erwerbshandlungen die Nichtberechtigung des Veräußerers nicht und die Unkenntnis beruht nicht auf grober Fahrlässigkeit, **§ 932 II BGB.**
- Kein Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs nach **§ 935 BGB,** Tatbestandsvoraussetzungen :
- **Abhandenkommen** i.S.d. § 935 I 1 BGB ist unfreiwilliger Verlust des unmittelbaren Besitzes.  
Man unterscheidet 2 Fallvarianten:
  - die Sache kommt dem Eigentümer abhanden, § 935 I 1 BGB, **oder**
  - die Sache kommt dem Besitzmittler des Eigentümers abhanden, § 935 I 2 BGB

### 2. Fall: § 932 I 2 BGB i.V.m. § 929 S. 2 BGB

- **Einigung** i.S.d. § 929 S. 1 BGB,
- **Veräußerer tritt als Eigentümer auf,**
- **Veräußerer ist nicht Eigentümer,**
- **Erwerber ist bereits im Besitz der Sache,**
- **Erwerber hat den Besitz zuvor vom Veräußerer erlangt,**
- Erwerber ist **gutgläubig.**
- Kein Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs gemäß **§ 935 BGB**

### 3. Fall: § 933 BGB i.V.m. § 930 BGB

- **Einigung** i.S.d. § 929 S. 1 BGB,
- **Veräußerer tritt als Eigentümer auf,**
- **Veräußerer ist nicht Eigentümer,**
- **Veräußerer bleibt zunächst noch im Besitz der Sache,**
- Veräußerer und Erwerber vereinbaren ein **Besitzkonstitut** i.S.d. § 930 BGB,
- **Veräußerer übergibt später dem Erwerber die Sache,**
- Erwerber ist zum Zeitpunkt der Übergabe noch **gutgläubig.**

### 4. Fall: § 934 BGB i.V.m. § 931 BGB

- **Erste Fallvariante**
  - **Einigung** i.S.d. § 929 S. 1 BGB,
  - **Veräußerer tritt als Eigentümer auf,**
  - **Veräußerer ist nicht Eigentümer,**
  - Ein **Dritter** ist im **Besitz** der Sache,
  - **Veräußerer ist mittelbarer Besitzer,**
  - **Veräußerer tritt dem Erwerber den Anspruch gegen den Dritten auf Herausgabe der Sache ab,**
  - Erwerber ist zur Zeit der Abtretung noch **gutgläubig.**
- **Zweite Fallvariante**
  - **Einigung** i.S.d. § 929 S. 1 BGB,
  - **Veräußerer tritt als Eigentümer auf,**
  - **Veräußerer ist nicht Eigentümer,**
  - Ein **Dritter** ist im **Besitz** der Sache,
  - **Veräußerer ist nicht mittelbarer Besitzer,**
  - **Erwerber erlangt den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz von dem Dritten,**
  - **Erwerber ist zur Zeit des Besitzerwerbs noch in gutem Glauben.**

**AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG**  
**REFERENDARPRÜFUNG**  
**ÖFFENTLICHES RECHT**

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

<b>Land:</b> <b>Hessen</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>RA L.</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>16.06.2015</b>
-------------------------------	--	---

**Zur Person:**

Im Vorgespräch war RA L. sehr nett und freundlich. Er interessierte sich sehr für jeden Prüfling und nahm sich sehr viel Zeit für die Besprechung. Man merkte, dass ihm die Prüflinge nicht egal waren.

Während der Prüfung wirkte RA L. eher distanziert. Die Prüfung war sehr schnell. Eine Frage reihte sich an die nächste an. Man musste die ganze Prüfung über zu 100% dabei sein. Wenn jemand nicht genau wusste was er antworten sollte, gab RA L. gelegentlich auch Hilfe. Teilweise wusste man jedoch nicht, welche Antwort er sich auf eine Frage erhoffte.

**Zur Prüfung:**

RA L. teilte einen Sachverhalt aus. Der Bürger einer Stadt erhielt einen Bescheid. Es wurde eine Zahlung angeordnet.

Anhand des Sachverhalts wurden allgemeine Dinge des Verwaltungsrechts abgefragt. Der Sachverhalt wurde nicht gutachterlich durchgeführt. Es ging viel mehr um allgemeines Wissen aus dem Verwaltungsrecht.

Zunächst ging es um den Begriff des Bescheids. Daran folgten eine genauere Darstellung der einzelnen Merkmale des Verwaltungsaktes sowie die Abgrenzung zu einer Allgemeinverfügung. Weiterhin sollten andere Mögliche Aussagen einer Behörde genannt werden. Einzelne Aussagen sollten dann näher erläutert werden.

Man sollte erklären wie Beteiligte Akteneinsicht nehmen können. Es stellte sich die Frage was geschieht, wenn jemand nicht deutsch spricht und was die Amtssprache im Verwaltungsrecht darstellt.

Zudem sollte der Sinn und Zweck der Anhörung erläutert werden und warum eine solche nur im Fall von belastenden Verwaltungsakten nötig ist.

Es ging weiter mit der Funktion der Rechtsbehelfsbelehrung. Was dessen Inhalt ist und wie dessen Frist ist.

Daran schlossen sich allgemeine Fragen zum Widerspruchsverfahren an. Wie dieses abläuft und welche Fristen zu beachten sind. Was der genaue Sinn und Zweck eines solchen Verfahrens darstellt.

Es folgten weiterhin Fragen zum Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz. Warum eine aufschiebende Wirkung wiederhergestellt werden muss oder hergestellt werden muss. Welche Nr. welche Wirkungen entfalten. Was genau der Unterschied zwischen § 80 VwGO und §123 VwGO ist.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## ASSESSORPRÜFUNG

### STRAFRECHT

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

<b>Land:</b> Saarland	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> RiAG Dr. L.	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 26.06.2015
--------------------------	---	--

#### Zur Person:

Richter L. ist ein sehr netter Prüfer. Er lächelt gerne und wird nicht ungeduldig. Er lobt auch mal einen Prüfling, wenn er eine gute Antwort gegeben hat. Seine Notenvergabe war korrekt. Wenn ein Prüfling auf eine Frage gerade keine Antwort hatte, dann macht er bei diesem Prüfling mit einer anderen Frage weiter und gibt später die noch offen gelassene Frage an einen anderen Prüfling weiter. Insgesamt kann man sehr froh sein ihn als Prüfer zu haben. Während der anderen Prüfungen hat er immer interessiert zugehört und auch mal gelächelt.

#### Zur Prüfung:

Richter L. begann mit einer kleinen Diskussionsrunde, bei der alle Gedanken willkommen waren und man recht freie Hand hatte. Der Aufhänger für die Diskussion war folgender aktueller Anlass:

Die Justizminister in Stuttgart haben sich dafür ausgesprochen strafrechtliche Verfahren für den Rundfunk und das TV öffentlich zu machen. In einem Seminar an der Uni wird dieses Thema besprochen. Wir als Seminarteilnehmer sollten dazu Stellung nehmen.

Es wurden folgende Prinzipien genannt und erläutert: Öffentlichkeitsgrundsatz, Fair Trial, Unschuldsvermutung. Daneben wurde auf das Allgemeines Persönlichkeitsrecht abgestellt und auf den NSU Prozess eingegangen

Dann diktierte Richter L. uns einen Fall:

B wird beim Spaziergang von der Polizei angesprochen. Er hat einen Stecker mit dem er herumspaziert auf dem eine Abkürzung drauf steht für "fuck the cops". Zwei Polizeibeamten sehen das und ermahnen den B den Stecker nicht mehr zu tragen. B trägt ihn dennoch weiter. Als die Polizeibeamten ihn wieder mit dem Anstecker sehen, erheben sie gegen B Strafanzeige. Strafbarkeit des B.

Er könnte sich wegen Beleidigung nach § 185 BGB strafbar gemacht haben. In diesem Rahmen mussten die einzelnen Tatbestandsmerkmale definiert werden, wobei wichtig war die Abgrenzung Werturteil und Tatsachenbehauptung, Beleidigungsfähigkeit von Kollektiven, Auslegung der Äußerung->wer muss sich beleidigt fühlen? und es musste auf Art. 5 GG abgestellt werden.

Es folgte ein weiterer Fall, der aus den Protokollen bekannt war:

B wurde von Ehefrau E getrennt. Seine Freundin F hat bei der Autovermietung einen PKW angemietet vom 27.2.-3.3. Als B sich auch noch mit seiner F streitet, überlässt F dem B den PKW als Schlafstätte vom 1.3.-9.4. B bewegt den PKW in dieser Zeit nicht. Als F und B sich wieder versöhnen fährt B den PKW wieder zur Autovermietung, die sauer ist, weil die Mietzeit deutlich überschritten wurde und stellt einen Strafantrag.

- 1) § 242: P: Gewahrsam
- 2) § 246: Manifestation des Zueignungswillens
- 3) § 248b: P: Einverständnis

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

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

## Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

### Prüfungsstoff im Mündlichen



