

Herausgeber:

JuCon - Personalberatung,
RA Dr. Kues, Dr. Schweinberger, RA Soltner
GbR

ZARA

Ausgabe Juli/09
2. Jahrgang

Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsanalyse

Redaktion Zivilrecht:
RA Soltner

Redaktion Öffentliches Recht:
RA Dr. Kues

**Redaktion Strafrecht, Arbeitsrecht,
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht:**
Assessor Dr. Schweinberger

Inhaltsverzeichnis:

Zivilrecht

OLG Frankfurt, Urt. v. 14.01.2009 – 17 U 223/08 – Leasing: Rückabwicklung folgt dem Rücktrittsrecht
BGH, Urt. v. 16.01.2009 – V ZR 133/08 – Vertragsverletzung durch unbegründeten Rücktritt

S. 3
S. 4

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 10.02.2009 – 3 StR 542/08 – Durchsetzung einer Geldforderung ist keine Erpressung
OLG Oldenburg, Urt. v. 8.12.2008 – Ss 389/08 – Keine Urkundenfälschung bei Übersendung manipulierten Faxes
BGH, Beschl. v. 24.02.2009 – 5 StR 39/09 – Der Finalzusammenhang beim Raub
BGH, Urt. v. 12.02.2009 – 4 StR 488/08 – Beihilfe durch Unterlassen
BGH, Beschl. v. 31.03.2009 – 1 StR 76/09 – Beschlagnahme von E-Mails beim Provider
BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08 – Verwertungsverbot bei einem Belehrungsverstoß
OLG Bamberg, Beschl. v. 19.03.2009 – 2 Ss 15/09 – Beweisverwertung bei Verstoß gegen § 81a StPO - 1
OLG Köln, Beschl. v. 26.09.2008 – 83 Ss 69/08 – Beweisverwertung bei Verstoß gegen § 81a StPO - 2
BGH, Beschl. v. 11.03.2009 – 2 StR 596/08 – Teilfreispruch bei anderer Konkurrenzbewertung?

S. 7
S. 8
S. 11
S. 12
S. 12
S. 13
S. 15
S. 16
S. 16

Öffentliches Recht

BVerfG, Beschl. v. 17.02.2009 – 1 BvR 2492/08 – Einstw. Außerkraftsetzung von Teilen des BayVersG
VGH München, Urt. v. 22.04.2008 – 19 ZB 08.489 – Hinreichende Bestimmtheit eines VAs

S. 17
S. 24

Arbeitsrecht

BAG, Urt. v. 15.07.2009 – 5 AZR 486/08 – Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz: Lohnerhöhungen

S. 27

Unsere Werbepartner in dieser Ausgabe:

- Die Hansa Capital GmbH & Co. KG bietet Ihnen eine umfassende Versicherungs- und Finanzberatung (Anzeige auf S. 10).

JuCon Personalberatung

Dr. Dirk Kues, Dr. Dirk Schweinberger, Oliver Soltner GbR

In eigener Sache

Liebe (ehmalige) Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Jura Intensiv,

wie sich schon aus dem Inhaltsverzeichnis auf dem Deckblatt ergibt, hat die vorliegende Ausgabe der ZARA einen Schwerpunkt im Bereich des Strafrechts. Im Bereich des öffentlichen Rechts ist auf den Beschluss des BVerfG zur einstweiligen Außerkraftsetzung von Teilen des Versammlungsgesetzes Bayern hinzuweisen. Auch wenn es hierbei um ein bayerisches Gesetz geht, so sind die allgemeinen Ausführungen des BVerfG dennoch von grundsätzlicher Bedeutung.

Sollten Sie selbst an der Platzierung einer Anzeige in der ZARA interessiert sein, finden Sie im Impressum die notwendigen Kontaktdaten unter denen Sie von uns weitere Informationen erhalten.

Über die ZARA hinaus will die JuCon GbR Arbeitgeber und Bewerber zusammenführen. Sprechen Sie uns an, wenn Sie an unseren Diensten interessiert sind.

Wir wünschen Ihnen viel Lernerfolg bei der Lektüre der aktuellen ZARA.

Herzlich

Dr. Dirk Schweinberger

Dr. Dirk Kues

Oliver Soltner

ZARA – Zeitschrift für aktuelle Rechtsprechungsauswertung

Redaktion: RA Dr. Dirk Kues (Öffentliches Recht), Assessor Dr. Dirk Schweinberger (Strafrecht, Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht), RA Oliver Soltner (Zivilrecht)

Anzeigen: JuCon Personalberatung; E-Mail: info@JuCon-online.net

Herausgegeben von der JuCon Personalberatung, Dr. Kues, Dr. Schweinberger, Soltner GbR, Am Kreuzberg 9, 63776 Mömbris; Raiffeisenbank Aschaffenburg eG, Kto.-Nr. 32 59 420, BLZ 795 625 14

Erscheinungsweise: Monatlich.

Examensnoten

Liebe Ehemalige,

wir würden uns sehr freuen, wenn wir von Ihnen eine Mitteilung erhielten, mit welchem Ergebnis Sie die Examensprüfung abgeschlossen haben.

1. Prüfung: Halbjährliche Prämierung und Verlosung im Februar und im August

J u r a Pro Jahr: Gutscheine im Wert



Intensiv

von 1.980,- € für Assex-Kurs

Wenn Sie uns das Ergebnis Ihrer 1. Prüfung mitteilen, haben Sie automatisch die Chance, einen der jährlich 18 Gutscheine für den Assessor-Kurs von Jura Intensiv (SSK) zu erhalten.

Teilnahmeberechtigt sind alle ehemaligen Teilnehmerinnen und Teilnehmer an einem Examenskurs von Jura Intensiv (SSK) [Frankfurt/M., Mainz, Gießen, Marburg, Heidelberg und Mannheim], die ihr **Examen im Jahr 2007 oder danach** bestanden haben.

3 Gutscheine à 230,- € für die 3 Besten

Alle 6 Monate gewinnen diejenigen mit den jeweils 3 besten Ergebnissen jeweils einen der 3 ausgelobten **230-€-Gutscheine**.

Maßgebend ist alleine die Note aus der staatlichen Pflichtfachprüfung.

6 Gutscheine à 50,- € werden verlost

Alle 6 Monate werden weitere 6 Gutscheine à 50,- € unter allen Einsendern verlost.

Um an der Verlosung teilnehmen zu können, müssen Sie uns die folgenden Angaben machen:

1. Endnote der „1. Prüfung“ in Punkten sowie separate Angabe der Teilnote der staatlichen Pflichtfachprüfung.
2. Prüfungsort sowie Zeitpunkt des Klausurtermins und des Termins der mündlichen Prüfung der Pflichtfachprüfung.

Sobald die entsprechenden Angaben bei uns eingegangen sind, nehmen Sie automatisch an der nächsten Verlosung der 9 Gutscheine für den Assessor-Kurs von Jura Intensiv (SSK) teil. Die Verlosungen finden jeweils im Februar und im August statt. Die Gewinner werden dann jeweils in der Februar-Ausgabe bzw. der August-Ausgabe der ZARA bekannt

gemacht. Darüber hinaus wird den Siegern der Gutscheine per Post übersandt.

Der Gutschein kann nur an den Standorten Frankfurt/M., Mainz, Gießen und Heidelberg eingelöst werden. Der Gutschein ist an die Person des Gewinners gebunden und kann nicht übertragen werden. Der Gutschein kann nur eingelöst werden in den Assessorkursen Zivilrecht, Strafrecht und Öffentliches Recht.

Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass uns alle Gewinner die gemachten Angaben durch eine Kopie des Examenszeugnisses belegen müssen.

2. Examen: Halbjährliche Prämierung und Verlosung im Februar und im August

Champagner für das 2. Examen!

Sie sind **ehemalige Teilnehmerin oder ehemaliger Teilnehmer des Assessorurses von Jura Intensiv (SSK)** und haben erfolgreich das 2. Examen absolviert?

Herzlichen Glückwunsch

Wir freuen uns mit Ihnen und gratulieren Ihnen ganz herzlich zum erfolgreichen Abschluss Ihrer juristischen Ausbildung. Das ist uns jedes Jahr **ein dutzend Champagner-Flaschen wert!**

Zweimal im Jahr (Februar und August) spendieren wir Ihnen jeweils 6 Flaschen Champagner.

3 mal Champagner für die besten Noten!

Von allen mitgeteilten Examensergebnissen erhalten die 3 Besten von uns jeweils eine Flasche Champagner zugeschickt.

Verlosung: 3 mal Champagner

Alle anderen, die uns das Ergebnis Ihres 2. Examens mitteilen, nehmen automatisch an der nächsten Verlosung von 3 Flaschen Champagner teil.

Schicken Sie uns einfach eine E-Mail mit Ihrem Namen, Ihrer Examensnote, dem Bundesland, in


welchem Sie die Prüfung abgelegt haben und das Datum Ihrer mündlichen Prüfung.

Sobald die entsprechenden Angaben bei uns eingegangen sind, nehmen Sie automatisch an der nächsten „Champagner-Runde“ teil. Die Prämierungen der Besten und die Verlosungen finden jeweils im Februar und im August statt. Die Gewinner werden dann jeweils in der Februar- bzw. der August-Ausgabe der ZARA bekannt gemacht.

Teilnahmeberechtigt sind alle ehemaligen Assessorkursteilnehmer, die Ihr Examen **im Jahr 2007 oder danach** bestanden haben.

Zivilrecht

Gericht: OLG Frankfurt	Leasing: Rückabwicklung folgt dem Rücktrittsrecht	BGB
Aktenzeichen: 17 U 223/08		§ 313, 346 ff.
Datum: 14.01.2009		

	Die Rückabwicklung von Leasingverträgen richtet sich seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nicht mehr nach Bereicherungsrecht, sondern nach Rücktrittsrecht.
---	--


Anspruchsgrundlage: § 313 Abs. 3 BGB i. V. m. § 346 Abs. 1 BGB.

Die Rückabwicklung des Vertrages erfolgt nach der seit 2002 maßgeblichen Rechtslage nicht mehr nach Bereicherungsrecht (so noch die Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, vgl. BGHZ 109, 139 (144)), sondern nach der rücktrittsrechtlichen Lösung gemäß § 346 Abs. 1 BGB (vgl. Palandt/Grüneberg, Rdnr. 42 zu § 313; BGH NJW 2002, 1876). Schon die Anwendung des Bereicherungsrechts auf die Rückabwicklung von Leasingverträgen geschah im Hinblick auf das den Leasingvertrag beherrschende Äquivalenzprinzip nicht ohne Modifikationen (BGHZ 109, 139 (145)). Inzwischen ergibt sich die Maßgeblichkeit des Rücktrittsrechts aus der eindeutigen Regelung des § 313 Abs. 3 S. 1 BGB, wonach der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten kann, wenn bei einem Fehlen der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist. Danach haben die Parteien die von ihnen empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren (§ 346 Abs. 1 BGB).


Dem steht nicht entgegen, dass nach § 313 Abs. 3 S. 2 BGB bei Dauerschuldverhältnissen an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung tritt. Zwar ist es richtig, dass eine Kündigung grundsätzlich nur ex nunc wirkt, so dass bei wörtlicher Anwendung des § 313 Abs. 3 S. 2 BGB im Falle von Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung ex tunc auch dann ausgeschlossen wäre, wenn die Geschäftsgrundlage nicht erst während der Vertragslaufzeit weggefallen ist, sondern wie im Falle der Wandlung des Kaufvertrages wegen einer zur Zeit der Übergabe an den Leasingnehmer mangelhaften Leasingsache von Anfang an gefehlt hat (so Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, Rdnr. 1851). Doch zwingt § 313 Abs. 3 S. 2 BGB nicht zu der Annahme, dass bei Dauerschuldverhältnissen ausnahmslos ein Kündigungsrecht an die Stelle des Rücktrittsrechts tritt. Ein Rücktrittsrecht kommt nach der Rechtsprechung zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen vielmehr auch dann in Betracht, wenn ein berechtigtes Interesse der Partner besteht, bereits erbrachte Leistungen rückgängig zu machen oder wenn eine vollständige Rückabwicklung unschwer möglich und nach der Interessenlage sachgerecht ist (BGH NJW 2002, 1870; Palandt/Grüneberg, a. a. O., § 314 Rdnr. 12). An der bisherigen Rechtsprechung sollte die Neufassung des § 313 Abs. 3 BGB ebenso wie die des § 314 BGB ausweislich der Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz insofern aber gerade nichts ändern (BT-Drucks. 14/6040, S. 176 f. Vgl. auch Wolf/Eckert/Ball, a. a. O., Rdnr. 1851 m. w. N.).

Die Interessenlage, bei der hiernach ein Rücktritt durch das Kündigungsrecht gemäß § 313 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht ausgeschlossen wird, besteht gerade dann, wenn die überlassene Sache so wie im vorliegenden Fall von vornherein mangelhaft ist. Dadurch, dass der Leasingnehmer aufgrund der ihm abgetretenen Rechte des Leasinggebers dem Verkäufer gegenüber wirksam vom Vertrag gemäß § 437 Nr. 2 BGB zurücktrat, fehlte dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 Abs. 2 BGB von Anfang an (vgl. BGHZ 109, 139 (142 f); Palandt/Weidenkaff, BGB, § 535 Rdnr. 58).

Anzeige _____

	<h3 style="margin: 0;">Crash-Kurs im August 2009</h3> <p style="margin: 5px 0 0 0;">Öff. Recht / Zivilrecht / Strafrecht. An drei Wochenenden (Samstag und Sonntag).</p> <p style="margin: 5px 0 0 0;">Jeweils 9.30 – 12.30 Uhr und 13.30 – 16.30 Uhr</p> <p style="margin: 5px 0 0 0;">Goetheplatz 5, Frankfurt (Nähe Hauptwache)</p>
---	---

Gericht: BGH	Vertragsverletzung durch unbegründeten Rücktritt	BGB
Aktenzeichen: V ZR 133/08		§§ 280 I,
Datum: 16.01.2009		241 II

	<p>1. Eine Vertragspartei, die von der anderen Vertragspartei unberechtigt etwas verlangt oder ein Gestaltungsrecht ausübt, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 II BGB und handelt i.S.d. § 280 I 1 BGB pflichtwidrig.</p> <p>2. Im Sinne von § 280 I 2 BGB zu vertreten hat die Vertragspartei diese Pflichtwidrigkeit aber nicht schon dann, wenn sie nicht erkennt, dass ihre Rechtsposition in der Sache nicht berechtigt ist, sondern erst, wenn sie diese Rechtsposition auch nicht als plausibel ansehen durfte.</p>
---	---

A. Grundlagenwissen: Nebenpflichten nach § 241 II BGB

Bei jedem Schuldverhältnis gibt es nach § 241 II BGB Neben- und Schutzpflichten.

I. Verletzung von Schutzpflichten

Es besteht die Pflicht, sich bei Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass Person, Eigentum und andere Rechtsgüter des anderen Teils nicht verletzt werden (z.B. Kellner verschüttet Rotwein auf das Hemd eines Gastes)

II. Verletzung von Aufklärungs- und Auskunftspflichten

Grundsätzlich muss sich zwar jede Partei bei Vertragsschluss selbst informieren. Etwas anderes ergibt sich jedoch, wenn der eine Teil ohne Verschulden bestimmte Umstände nicht kennt, der andere aber diese erkennbare Unkenntnis beseitigen kann (z.B. Wartungshinweise in Bedienungsanleitung fehlen).

III. Verletzung der Leistungstreuepflicht

Es besteht die Pflicht, den Vertragszweck und Leistungserfolg weder zu gefährden noch zu beeinträchtigen (z.B. rechtswidrige Eigenbedarfskündigung).

IV. Verletzung von Mitwirkungspflichten

Es besteht die Pflicht, im Zusammenwirken mit dem anderen Teil die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrages zu schaffen und Erfolgshindernisse zu beseitigen.

V. Verletzung von sonstigen Nebenpflichten

B. Ersatz von Rechtsverteidigungskosten bei unbegründetem Rücktritt (BGH in NJW 2009, 1262)

Sachverhalt: B kaufte mit notariellem Kaufvertrag vom 08.09.2005 von K ein mit einem abzurechnenden Gebäude bebauten Grundstück für 351.000 Euro. Das Grundstück sollte parzelliert und nach Bebauung mit sechs Einfamilienhäusern weiterverkauft werden. B sollte nach Vertragsschluss eine Bauvoranfrage einreichen. Weiter heißt es in dem Vertrag:

„Sobald die Baugenehmigung zur Errichtung der Häuser nebst der Genehmigung zur Teilung des Grundbesitzes insgesamt in die entsprechende Zahl Baugrundstücke erteilt sind, ist der Kaufvertrag wirksam und die Vertragsbeteiligten zur Erbringung der ihnen obliegenden Leistung verpflichtet.“

Der Vollzug des Vertrags stockte, weil ein Nachbar gegen den der B erteilten Bauvorbescheid Widerspruch einlegte. Außerdem machte, was K zunächst unbekannt blieb, die zuständige Behörde mit einem Schreiben vom 13.02. 2006 die Erteilung der für die vorgesehene Teilung des Grundstücks erforderlichen Genehmigung von dem vorherigen Abbruch der vorhandenen Bebauung auf dem Grundstück abhängig. Mit Rücksicht auf den Nachbarwiderspruch vereinbarten die Parteien am 20.02.2006 in einem notariell beurkundeten Ergänzungsvertrag eine Stundung des Kaufpreises bis zur Erteilung der Baugenehmigung und weiter „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht seitens des Käufers“, dass „der aus abzuschließenden Weiterverkäufen zu zahlende Kaufpreis in voller Höhe vorzeitig an den Verkäufer zu zahlen ist“. Zu diesem Zeitpunkt war die Baugenehmigung noch nicht beantragt.

Nach einem Schriftwechsel der Parteien wegen der Zahlung des Kaufpreises ließ K die B mit anwaltlichen Schreiben vom 21.07.2006 und vom 03.08.2006 auffordern, den Kaufpreis bis zum 16.08.2006 zu zahlen. Dem leistete B mit der Begründung nicht Folge, die Baugenehmigung sei wegen des schwebenden Widerspruchsverfahrens und der fehlenden Teilungsgenehmigung noch nicht erteilt worden. Die Erteilung der Teilungsgenehmigung setze den vorherigen Abriss der Gebäude voraus. Mit Schreiben vom 23.08.2006 teilte die Bauaufsichtsbehörde K auf dessen Anfrage hin mit, dass ein Bauantrag noch nicht gestellt worden sei. B ließ ihm mit einem Schreiben vom 05.09.2006 mitteilen, die Bauanträge seien selbstverständlich eingereicht. Daraufhin erklärte K mit Schreiben vom 12.09.2006 unter Hinweis auf treuwidriges Verhalten der B den Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag. B verlangt nunmehr Ersatz von 3.301,20 Euro als Rechtsverteidigungskosten gegen das Zahlungsverlangen des Kund 1.660,60 Euro als Rechtsverteidigungskosten gegen den Rücktritt des K.

Hat B einen Anspruch auf Ersatz der Rechtsverteidigungskosten?

Lösung:

Hat jemand einen Anspruch auf Schadensersatz, so bestimmt sich Berechnung des Schadensersatzes nach §§ 249 ff. BGB. Auch die außerprozessualen Rechtsanwaltskosten sind nicht Nebenkosten, sondern gehören zum Hauptanspruch auf Schadensersatz nach § 249 BGB.

Voraussetzung für die Ersatzfähigkeit von Anwaltskosten ist, dass der Geschädigte die Beauftragung eines Anwalts für erforderlich halten durfte (vgl. BGH NJW 1995, 446; BGH NJW 2004, 444, 446; BGH NJW 2005, 1112, 1113; BGH NJW 2006, 1065).

Ein solcher Anspruch könnte sich hier aus §§ 280 I, 241 II BGB ergeben. Dann müssen die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.

I. Schuldverhältnis

Zwischen den Parteien besteht durch den abgeschlossenen Kaufvertrag ohne weiteres ein Schuldverhältnis

II. Leistungspflicht

Aus diesem Kaufvertrag ergeben sich nach § 433 BGB Hauptpflichten für K als Käufer (§ 433 I BGB) und B als Verkäufer (§ 433 II BGB). Um diese Pflichten wird hier jedoch nicht gestritten.

Bei jedem Schuldverhältnis bestehen jedoch Nebenpflichten nach § 241 II BGB. Die Geltendmachung unberechtigter Ansprüche und nicht bestehender Rechte kann zwar unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten zu einem Ersatzanspruch führen (dazu BGH NJW 2007, 1458). Liegt sie aber - wie hier - darin, dass der eine Partner eines (gegenseitigen) Vertrags aus diesem Vertrag Ansprüche gegen den anderen Partner und Gestaltungsrechte ableitet, die ihm nach dem Vertrag nicht zustehen, kommt allein ein Anspruch aus der Verletzung vertraglicher Pflichten in Betracht.

III. Pflichtverletzung

Diese Pflicht müsste K verletzt haben. Fraglich ist also, ob K den Zahlungsanspruch am 21.07.2005 und 03.08.2005 zu Unrecht geltend gemacht und am 12.09.2006 zu Unrecht den Rücktritt erklärt hat.

1. Zahlungsaufforderung

K konnte weder am 21.07.2005 noch am 03.08.2005 die Zahlung von B verlangen, da diese noch nicht fällig war. Der Kaufpreis war nicht fällig, weil die Baugenehmigung noch nicht erteilt und ihre Erteilung von B nicht treuwidrig hintertrieben worden war. Das wird von den Parteien nicht angegriffen.

2. Rücktrittserklärung

K war nach § 323 I BGB nicht wegen Zahlungsverzuges zum Rücktritt berechtigt, da der Zahlungsanspruch noch nicht fällig war. Auch kommt ein Rücktritt nach § 323 I BGB nicht vor dem Hintergrund in Betracht, dass B seiner Pflicht zur Einreichung einer Bauvoranfrage und des Antrags auf Erteilung der Baugenehmigung nicht nachgekommen ist (s.o.). Auch eine zu zögerliche Erfüllung dieser Pflicht, die eine Nebenpflichtverletzung nach § 241 II BGB darstellen könnte und zu einem Rücktrittsrecht nach § 324 BGB führen würde, kommt nicht in Betracht. Es liegt daher auch eine unberechtigte Rücktrittserklärung durch K vor.

3. Ausschluss der Pflichtverletzung

Fraglich ist jedoch, ob in jedem Fall der unberechtigten Geltendmachung vertraglicher Ansprüche eine Nebenpflichtverletzung nach §§ 280 I, 241 II BGB angenommen werden kann.

In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass allein in der Erhebung einer Klage oder in der sonstigen Inanspruchnahme eines staatlichen, gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahrens zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine unerlaubte Handlung i.S. der §§ 823ff. BGB (BGH, NJW 2008, 1147 [1148]) noch eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung gesehen werden kann (BGH, NJW 2008, 1147; Kaiser, NJW 2008, 1709 [1710]).

Für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage haftet der ein solches Verfahren Betreibende außerhalb der im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen grundsätzlich nicht, weil der Schutz des Prozessgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe der gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet wird (BGH, NJW 2008, 1147 [1148]). Ein dadurch nicht abgedeckter Schaden ist damit auch materiell-rechtlich nicht ersatzfähig (BGH, NJW 1992, 2014). Diese Rechtsprechung wird wesentlich von der Überlegung bestimmt, dass anderenfalls der freie Zugang zu staatlichen Rechtspflegeverfahren, an dem auch ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise eingeschränkt würde.

Diese Auffassung könnte auf die außergerichtliche Geltendmachung einer unberechtigten Forderung übertragbar sein. Dies wird teilweise angenommen.

vgl. BGH NJW 2004, 3322 [3323]; BGH, BeckRS 2005,10894, i.E. bestätigt durch BGH, BeckRS 2007, 00791; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 746

a) kein Unterschied zur gerichtlichen Geltendmachung

Dieses Argument hat der Große Senat für Zivilsachen des BGH in seinem Beschluss vom 15. 7. 2005 (BGH NJW 2005, 3141) aus Anlass der Infragestellen der ständige Rechtsprechung des BGH zur unberechtigten Schutzrechtsverwarnung zurückgewiesen.

Nach dieser Rechtsprechung kann eine unberechtigte außergerichtliche Schutzrechtsverwarnung einen rechtswidrigen Eingriff in eine nach § 823 I BGB geschützte Rechtsposition sowohl des Verwarnten als auch desjenigen Gewerbetreibenden darstellen, dessen Kundenbeziehungen durch die unberechtigte Geltendmachung eines Ausschließlichkeitsrechts gegenüber dem verwarnten Abnehmer schwerwiegend beeinträchtigt werden (BGH NJW 1951, 712; BGH NJW 1974, 315; BGH NJW 2005, 3141; RGZ 58, 24 [30f.]).

Erfolgt der Eingriff unmittelbar durch Anrufung der Gerichte, entfällt - wie auch sonst - die Haftung (BGHZ 164, 1 [6] = NJW 2005, 3141). Diese Privilegierung findet ihrer Rechtfertigung zum einen in einer förmlichen Beteiligung des zu Unrecht in Anspruch Genommenen an dem gerichtlichen Verfahren und zum anderen in der verschuldensunabhängigen Haftung des KI. nach §§ 717 II, 945 ZPO für den Fall einer Vollstreckung aus einem später geänderten vorläufig vollstreckbaren Urteil (BGH, NJW 2005, 3141).

An beidem fehlt es, wenn eine unberechtigte Verwarnung außergerichtlich erfolgt. Bei der unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen liegt es nicht anders.

b) Relevanz subjektiver Redlichkeit

Das teilweise angenommene sog. "Recht auf Irrtum" bei der unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen und Rechten erkennt der BGH bei bestehenden Schuldverhältnissen nicht an. Er geht im Gegenteil davon aus, dass sie gerade hier im Grundsatz pflichtwidrig ist.

Vielmehr kommt eine Haftung auf Schadensersatz nach § 280 I 1 BGB auch dann in Betracht, wenn eine Vertragspartei, ohne eigene Leistungspflichten zu verletzen, unberechtigte Ansprüche an die andere Vertragspartei stellt (BGH, NJW 2007, 1458). Dies hat der BGH bei einem unberechtigten Mängelbeseitigungsverlangen angenommen (NJW 2008, 1147 [1148]). Für ein unberechtigtes Zahlungsverlangen gilt nichts anderes.

Eine Vertragspartei, die von der anderen Vertragspartei etwas verlangt, das ihr nach dem Vertrag nicht geschuldet ist, oder ein Gestaltungsrecht ausübt, das nicht besteht, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 II BGB (BGH, NJW 2008, 1147). Danach hat jede Vertragspartei auf die Rechte und Interessen der anderen Partei Rücksicht zu nehmen. Zu diesen Rechten und Interessen gehört auch das Interesse des Schuldners, nicht in weitergehendem Umfang in Anspruch genommen zu werden als in dem Vertrag vereinbart.

Nach diesen Maßstäben waren sowohl die Aufforderung des KI. an die Bekl. zur Zahlung des Kaufpreises als auch sein Rücktritt vom Vertrag nicht nur sachlich unbegründet, sondern auch i.S.d. § 280 I 1 BGB pflichtwidrig.

IV. Verantwortlichkeit

Die Verantwortlichkeit der K für diese Pflichtverletzung wird nach § 280 I 2 BGB vermutet. Fraglich ist, ob K nachweisen kann, dass sie für die Pflichtverletzung nicht im Sinne des § 276 BGB verantwortlich ist. Dazu müsste K nachweisen, bei der unberechtigten Geltendmachung der Ansprüche/Rechte nicht fahrlässig gehandelt zu haben.

Fahrlässig handelt der Gläubiger nämlich nicht schon dann, wenn er nicht erkennt, dass seine Forderung in der Sache nicht berechtigt ist. Die Berechtigung seiner Forderung kann sicher nur in einem Rechtsstreit geklärt werden. Dessen Ergebnis vorauszusehen, kann von dem Gläubiger im Vorfeld oder außerhalb eines Rechtsstreits nicht verlangt werden. Das würde ihn in diesem Stadium der Auseinandersetzung überfordern und ihm die Durchsetzung seiner Rechte unzumutbar erschweren.

Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 II BGB) entspricht der Gläubiger nach der Rechtsprechung des BGH vielmehr schon dann, wenn er prüft, ob die Vertragsstörung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die dem eigenen Verantwortungsbereich zuzuordnen, der eigene Rechtsstandpunkt mithin plausibel ist (vgl. BGH, NJW 2008, 1147 [1148]). Bleibt dabei ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei vorliegt, darf der Gläubiger die sich aus einer Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt (BGH, NJW 2008, 1147).


Gemessen an diesen Anforderungen hat K weder sein unberechtigtes Zahlungsverlangen noch seinen unberechtigten Rücktritt zu vertreten, weil er weder im einen noch im anderen Fall fahrlässig gehandelt hat.

Nach den Feststellungen des BerGer. hatte K Grund zu der Annahme, die Bekl. führe die Erteilung der Baugenehmigung als Voraussetzung der Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs treuwidrig nicht herbei. Durch eine Mitteilung der zuständigen Behörde vom 23.08.2006 sei er nämlich darüber unterrichtet worden, dass der Antrag bis dahin in Wirklichkeit nicht gestellt worden war. Das genügt der gebotenen Plausibilitätskontrolle. Auf das Erfordernis seiner Zustimmung zum Abbruch der vorhandenen Bebauung sei er erst im Anschluss an seine Zahlungsaufforderungen hingewiesen worden, obwohl dies schon seit Monaten bekannt gewesen sei.

K kann daher die Vermutung des § 280 I 2 BGB ausräumen, so dass keine Verantwortlichkeit gegeben ist und eine Haftung daher ausscheidet. B hat gegen K keinen Anspruch auf Ersatz der Rechtsverteidigungskosten gem. § 280 I, 241 II BGB.

Strafrecht

Gericht: BGH	Durchsetzung einer Geldforderung ist keine Erpressung	StGB
Aktenzeichen: 3 StR 542/08		§ 253
Datum: 10.2.2009		

	Der Täter, der gegen das Opfer eine Geldforderung hat, handelt nicht in der von § 253 I StGB vorausgesetzten Absicht, sich zu Unrecht zu bereichern, wenn er das Opfer nötigt, in der Höhe der Forderung Wechsel auszustellen, um den Geschädigten zur Begleichung seiner Schuld zu bewegen.
---	---

Sachverhalt: Das LG hat den Angekl. wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zur Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 6 Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Die Revision des Angekl. hatte auf die allgemeine Sachrüge einen Teilerfolg.


Lösung:

Nach den Feststellungen hat der Angekl. den Geschädigten, gegen den er eine Forderung i.H.v. 40000 EUR hatte, durch Schläge mit einem Metallrohr gezwungen, 8 (formunwirksame) Wechsel über jeweils 5000 EUR zu unterschreiben. Mit diesen „wollte er für den Fall, dass der Geschädigte nicht bereit oder in der Lage sei, den gesamten Betrag kurzfristig zurückzuzahlen, gegenüber dem bestehenden Schuldanerkenntnis einen weiteren, für ihn aber im Vergleich dazu leichter durchsetzbaren Schuldgrund schaffen, wobei er allerdings sein Geld insgesamt nur einmal erhalten wollte, entweder aufgrund der bestehenden Schuld oder aufgrund der Wechsel. Er wollte insgesamt nicht mehr Geld vereinnahmen, als ihm seiner Ansicht nach als berechnigte Forderung gegen Y zustand.“

Danach handelte der Angekl. nicht in der Absicht, sich zu Unrecht zu bereichern i.S.v. § 253 I StGB. Eine Bereicherungsabsicht hätte nur dann vorgelegen, wenn es dem Angekl. darum gegangen wäre, durch die Ausstellung der Wechsel unabhängig von dem bestehenden Anspruch eine zweite selbständige Verbindlichkeit seines Schuldners zu begründen. Dies war indes nicht der Fall. Der Angekl. hatte vielmehr das Ziel, den Geschädigten zur Begleichung seiner Schuld zu bewegen; die Wechsel sollten dabei nur die Durchsetzung der Forderung in der bestehenden Höhe erleichtern. Damit fehlte es an der Bereicherungsabsicht des Angekl. (vgl. BGH StV 2000, 78 mwN).

Die festgestellten Handlungen des Angekl. erfüllen indes die Tatbestände der Nötigung (§ 240 StGB) und - wie das LG insoweit rechtsfehlerfrei angenommen hat - der gefährlichen Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB). Da weitergehende Feststellungen zu den Handlungszielen des Angekl. nicht zu erwarten sind, hat der Senat den Schuldspruch entsprechend geändert. § 265 StPO steht dem nicht entgegen.

Gericht: OLG Oldenburg	Keine Urkundenfälschung bei Übersendung manipulierten Faxes	StGB
Aktenzeichen: Ss 389/08		§ 267
Datum: 10.2.2009		

	Ein ausgedrucktes Telefax, das vom Absender anhand einer manipulierten Vorlage gesendet worden war, ist auch dann keine Urkunde i.S.v. § 267 StGB, wenn das Fax eine Kopfzeile mit einem Absendervermerk trägt.
---	--

Sachverhalt: Die Firma L-GmbH & Co. KG, E., erhielt im Februar 2006 vom V-Werk in E. den Auftrag, mehrere Deckenfelder in Halle 7 zu schließen. Als Nachunternehmer erhielt der Angekl. den Auftrag, die Stahlbauarbeiten durchzuführen. Voraussetzung hierfür war, im Besitz der Herstellerqualifikation Klasse D nach DIN 18800 zu sein. Zum damaligen Zeitpunkt verfügte der Angekl. jedoch nicht über eine solche Qualifikation. Er wurde mehrfach von der Firma L aufgefordert, diesen erforderlichen Nachweis zu erbringen. Am 6. 3. 2006 rief der Angekl. bei dem Zeugen S an, der über die Herstellerqualifikation der Klasse E verfügte, und bat diesen, ihm diese Bescheinigung zu übersenden. Am 9. 3. 2006 faxte der Zeuge S ihm seine Qualifikation zu. Am 24. 3. 2006 wiederum übersandte der Angekl. an die Firma L eine gefälschte Bescheinigung über die Herstellerqualifikation zum Schweißen von Stahlbauten nach DIN 18800 Klasse E, ausgestellt von der X, die auf seinen Namen am 12. 9. 2005 durch den Zeugen Dr.-Ing. K ausgestellt worden war. Der Zeuge F von der Firma L leitete dieses Fax als Qualifikationsnachweis an den Auftraggeber V-Werk in E. weiter.

Die gefaxte Bescheinigung war falsch, da für den Angekl. am 12. 9. 2005 durch die X keine Herstellerqualifikation zum Schweißen von Stahlbauten nach DIN 18800 ausgestellt worden war. Mit diesem Telefaxschreiben wollte der Angekl. gegenüber seinen Auftraggebern den Nachweis erbringen, dass er über eine solche Qualifikation verfügte.

Nach rechtzeitiger Einspruchseinlegung hat das AG Emden den Angekl. mit Urteil vom 8. 7. 2005 freigesprochen.

Nach den Feststellungen des AG hat sich das Tatgeschehen so abgespielt wie es auch Gegenstand des Strafbefehls ist. Weiter hat das AG ausgeführt, der Angekl. habe die von der Firma S per Telefax übermittelte Herstellerqualifikation in der Folgezeit auf nicht mehr feststellbare Weise manipuliert. Entweder habe er Teile des ursprünglichen Telefaxes vom 9. 3. 2006 (beispielsweise die Kopfzeile mit dem Logo X) für eine neue Faxvorlage verwendet, oder aber er habe den nunmehr auf den Namen „G. S.-A-GmbH“ lautenden Hauptteil der Bescheinigung in das ursprüngliche Telefax eingefügt. Das Telefax des Zeugen S habe sodann als Manipulationsvorlage für das Telefax gedient, welches der Angekl. am 24. 3. 2006 an die Firma L übersandt habe. Dieses Telefax trägt in der Kopfzeile folgenden Absendervermerk: „24. 3. 2006; 09.40 Uhr; Telefonnummer ...; G.

S.; Seite 01/02“. Dieses Telefax bildet eine Bescheinigung über die Herstellerqualifikation zum Schweißen von Stahlbauten nach DIN 18800-7 der Klasse E ab, welches für das Unternehmen „G. S.- und A-GmbH“ durch die X ausgestellt ist und das Prüfdatum vom 12. 9. 2005 sowie die Namensunterschrift des Prüfers Dr.-Ing. K enthält. Dass dieser per Telefax an die Firma L übermittelten „Bescheinigung“ kein Originaldokument zu Grunde lag, hat das AG anhand verschiedener Abweichungen festgestellt.

Lösung:

Der Ansicht der Revisionsführerin, der StA, das AG sei unzutreffend von einer strafrechtlichen Gleichbehandlung von Fotokopie und Telefax ausgegangen, ein Telefax sei als Urkunde anzusehen, denn bei ihm handele es sich um diejenige verkörperte Gedankenerklärung des Ausstellers, die mit seinem Willen den Adressaten übermittelt werde, es sei das für den Empfänger bestimmte technisch hergestellte Original, kann nicht gefolgt werden.

Soweit die StA darauf hinweist, dass bei einer Fotokopie eine Urkunde vorliege, wenn eine im Wege der Fotokopie hergestellte Reproduktion nach außen als Original erscheinen soll und der Täter diese als eine von dem angeblichen Aussteller herrührende Urschrift ausgeben will, kommt dem hier schon deshalb keine Bedeutung zu, weil für alle Beteiligten erkennbar nicht ein Original des Qualifikationsnachweises übermittelt werden sollte und übermittelt wurde. Wie die normale Fotokopie stellt auch die Fernkopie (Telekopie = Telefax) im vorliegenden Fall keine Urkunde dar. Es besteht keine Veranlassung, nur deshalb eine unterschiedliche rechtliche Bewertung vorzunehmen, weil beim Telefax der Ausdruck bei dem Empfänger erfolgt. Das AG hat richtig gesehen, dass das Telefax vom 24. 3. 2006 **keine Urkunde im strafrechtlichen Sinne darstellt, denn es enthält allenfalls eine bloße Abbildung einer Herstellerqualifikation und war erkennbar nicht geeignet und dazu bestimmt im Rechtsverkehr den Eindruck zu vermitteln, es handele sich um ein Originaldokument.**

Soweit in der Literatur vertreten wird, bei einem Telefax spreche zumindest der Anschein für eine Informationsherrschaft des Erklärenden und es liege deshalb eine Urkunde vor (vgl. SK-Hoyer 7. Aufl., § 267 Rn 19ff.), bzw. das Telefax enthalte anders als die Fotokopie eine Kurzbezeichnung des Absenders und die Angabe der Faxnummer und damit eine Garantieerklärung für die originalgetreue Wiedergabe des gefaxten Schriftstücks, das Telefax sei einer beglaubigten Kopie gleichzusetzen (vgl. S/S-Cramer-Heine, § 267 Rn 43 mwN), kann dem jedenfalls für den hier vorliegenden Fall, dass Absender und Aussteller des Schriftstücks offensichtlich nicht identisch sind, nicht gefolgt werden (vgl. Beckemper JuS 2000, 123ff.). **Urkundencharakter hat im Übrigen bei der beglaubigten Kopie auch nur der Beglaubigungsvermerk, der Inhalt der Kopie wird davon nicht erfasst.** Erst recht ist die Ansicht, mit der Anerkennung des Faxes als urkundliche Verkörperung des Erklärungsinhalts habe die herrschende Lehre auf die Erkennbarkeit der Autorisierung des Originals verzichtet, das Telefax habe im Rechtsverkehr die Funktion des früheren Schriftstückes/Briefes übernommen (Joecks in Studienkommentar, StGB, 6. Aufl., § 267 Rn 45 mwN), abzulehnen. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 11. 5. 1971 (BGHSt 24, 140) zutreffend darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass im Rechts- und Geschäftsverkehr der Gebrauch von Fotokopien zunehmend Bedeutung erlangt, zwar eine erhöhte Schutzbedürftigkeit bedingen mag, eine allgemeine Einbeziehung der Fotokopie in den Strafschutz des jetzt geltenden § 267 StGB aber dem Begriff der Urkunde das wesentliche Kriterium der Erkennbarkeit des Ausstellers entziehen und damit zu einer nicht zulässigen Rechtsfortbildung führen würde. Es sei Sache des Gesetzgebers der Entwicklung durch eine Änderung der gesetzlichen Bestimmungen Rechnung zu tragen. Für die Ablehnung von Telefaxen als Urkunden gelten die gleichen Argumente.

Damit sieht fest, dass das AG zutreffend davon ausgegangen ist, dass das Telefax der Firma S keine Urkunde darstellte, die Manipulation des Angekl. nicht zur Herstellung einer Urkunde führte und das 2. Telefax, da es auch nicht den Anschein eines Originals erweckte, ebenfalls keine Urkundenqualität hatte. Somit hat der Angekl. weder eine (falsche) Urkunde hergestellt, noch von einer solchen Gebrauch gemacht.

Da mithin die Tatbestandsvoraussetzungen einer Urkundenfälschung nicht vorliegen, ist der Angekl. zu Recht freigesprochen worden, so dass die Revision der StA als unbegründet zu verwerfen war.

Hansa Capital GmbH & Co. KG

Ihr überregionaler Finanz- und Versicherungsmakler



Mit über 10 Jahren Finanzdienstleistungserfahrung sind wir mit den Details juristischer Karrieren vertraut wie kaum ein anderer. Im Zentrum unserer Aktivitäten steht die Lebens begleitende Beratung und Betreuung. Angefangen mit zielgerichteten Informationen zum Studium, zum Berufseinstieg und zur Karriere, bieten wir Ihnen ein ganzheitliches Vorsorge- und Vermögensmanagement.

Als Makler vergleichen wir für Sie Preise und Leistungen und bringen Transparenz in den unübersichtlichen Markt aus Anbietern, Produkten, Tarifen und Bedingungen.

Zu unserem Leistungsspektrum zählen u.a. die Sparten:
Berufshaftpflichtversicherung, private Krankenversicherung,
Berufsunfähigkeitsversicherung, Altersvorsorge, Sachversicherungen,
Geldanlage, Immobilien- und Existenzgründungsfinanzierungen.

Die Hansa Capital GmbH & Co. KG ist umgezogen und ist nun direkt im Rhein-Main-Gebiet ansässig.

Damit stehen Ihnen unsere Dienstleistungen noch direkter zur Verfügung und wir können sie noch persönlicher betreuen.


Wenden Sie sich vertrauensvoll an uns.

Dipl.-Kfm. Jens Ohlrogge
Bankkaufmann
Geschäftsführer

Hansa Capital GmbH & Co. KG
Hagenauer Strasse 42 Trias Forum
65203 Wiesbaden

Telefon: 0611/2386034
ohlrogge@hansa-capital.de
www.hansa-capital.de

Gericht: BGH	Der Finalzusammenhang beim Raub	StGB
Aktenzeichen: 5 StR 39/09		§ 249
Datum: 24.2.2009		

	Die Verurteilung wegen Raubes setzt die finale Verknüpfung zwischen einer Nötigungshandlung und der Wegnahme voraus. Allein der Umstand, dass die Wirkungen der ohne Wegnahmeabsicht ausgeübten Gewalt noch andauern und der Täter dies ausnutzt, genügt für die Annahme eines Raubes nicht.
---	--


Sachverhalt: „Danach näherte er sich noch einmal dem Zeugen C und gab diesem voller Wut 2 Ohrfeigen. Als der Zeuge versuchte, sich mit der linken Hand zu schützen, sprang dessen Jacke auf und der Angekl. konnte in der linken Hemdtasche sein Portemonnaie erkennen. Unter Ausnutzung der gerade ausgeübten Gewalt entnahm er dem Portemonnaie des Zeugen das darin befindliche Geld i.H.v. 60 EUR.“

Lösung:

Diesen Ausführungen kann nicht ausreichend deutlich entnommen werden, dass der Angekl. die ausgeübte Gewalt oder eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben als Mittel eingesetzt hat, um die Wegnahme zu ermöglichen. Damit fehlt es an der erforderlichen finalen Verknüpfung zwischen einer Nötigungshandlung und der Wegnahme (vgl. BGHSt 32, 88, 92; 41, 123, 124; BGH NStZ 2003, 431; Fischer 56. Aufl., § 249 Rn 10ff.mwN). Der Angekl. fasste den Entschluss zur Wegnahme erst, nachdem infolge der Schutzbewegung des Zeugen dessen Jacke aufgesprungen und die Geldbörse sichtbar geworden war. Eine Äußerung oder sonstige Handlung des Angekl. vor oder bei der Wegnahme, die eine (auch schlüssige) Drohung mit weiteren Misshandlungen enthält, ist auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht zu entnehmen. Allein der Umstand, dass die Wirkungen der ohne Wegnahmeabsicht ausgeübten Gewalt noch andauern und der Täter dies ausnutzt, genügt für die Annahme eines Raubes aber nicht

Anm.: Dies ist anders, wenn der Täter sein Opfer zunächst - wenn auch aus anderem Grunde - gefesselt hat und diese Zwangslage im engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zur Wegnahme von dessen Sachen ausnutzt. In diesem Fall ist der Täter wegen Raub durch Unterlassen (Gewalt durch Unterlassen!) zu bestrafen. Vgl. hierzu BGH, 2 StR 283/03, NStZ 2004, 152 = NJW 2004, 528 und Urteilsanmerkung Walter, NStZ 2005, 240 ff.

Gericht: BGH	Beihilfe durch Unterlassen	StGB
Aktenzeichen: 4 StR 488/08		§§ 13, 27
Datum: 12.2.2009		

	Zu den Anforderungen einer Verurteilung wegen Beihilfe durch Unterlassen zur Tat eines aktiv Handelnden auf Grund einer Garantenstellung aus vorangegangenem Tun (Ingerenz).
---	--

Sachverhalt: Zwei Gefangene quälten und erniedrigten einen weiteren Gefangenen über Wochen hinweg. In dem vorliegenden Fall ging es um eine Misshandlung, die lediglich einer der Angekl. durchführte, während der andere zusah.

Lösung:

Zur Garantenstellung aus Ingerenz:


In einem Zeitraum von nur 2 Wochen hat der Angekl. gemeinsam mit D. F nicht nur die abgeurteilten 3 Straftaten begangen, sondern P auch darüber hinaus in vielfältiger Weise gedemütigt und ihn auf seine Bitte, dies zu unterlassen, ebenso wie D. F mit Fußtritten zu weiterem „Gehorsam“ gezwungen. Damit hat er D. F zu verstehen gegeben, dass dieser sich bei weiteren Demütigungen und Misshandlungen vergleichbarer Art keine Hemmungen aufzuerlegen brauche, und die Gefahr weiterer Straftaten - zumal angesichts der Zellsituation - für das Opfer deutlich erhöht. Daher traf den Angekl. grundsätzlich die Pflicht, weitere Straftaten des D. F zum Nachteil des P zu verhindern.

Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme durch Unterlassen:

Nach der Rechtsprechung des BGH ist für die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe durch Unterlassen zur Tat eines aktiv Handelnden die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat bzw. dessen Tatherrschaft maßgebend. War seine auf Grund einer wertenden Betrachtung festzustellende innere Haltung - insbesondere wegen des Interesses am Taterfolg - als Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen, so liegt die Annahme von Mittäterschaft nahe. War sie dagegen davon geprägt, dass er sich dem Handelnden - etwa weil er dessen bestimmenden Einfluss unterlag - im Willen unterordnete und ließ er das Geschehen ohne innere Beteiligung und ohne Interesse am drohenden Erfolg lediglich ablaufen, spricht dies für eine bloße Beteiligung als Gehilfe (BGH NStZ 1992, 32 mwN; weitere Nachw. bei Fischer 56. Aufl., § 13 Rn 51a und LK-Weigend, § 13 Rn 83, 93). Zum anderen kommt Mittäterschaft des Unterlassenden in Betracht, wenn dieser - neben dem aktiv Handelnden - „Herr des Geschehens“ war, er also die Tatherrschaft hatte (vgl. BGHSt 11, 268, 272; 37, 289, 293; ähnlich LK-Weigend aaO, Rn 94f.; Hoffmann-Holland ZStW 2006, 620, 623f., 629ff.mwN).

Auf dieser Grundlage und nach den von der StrK getroffenen Feststellungen wirkte der Angekl. an den von D. F begangenen Taten nicht als Mittäter mit. Zwar konnte der Angekl. im ersten Fall durch sein Eingreifen zu Gunsten des Opfers die weitere Tatbegehung durch D. F und damit ein Tötungsdelikt, mit dem er ersichtlich nicht einverstanden war, ohne weiteres beenden. Maßgeblich gesteuert wurde das Nötigungsgeschehen indes auch in diesem Fall von D. F, der die Tatbestandsverwirklichung in Händen hielt, während der Angekl. diese bis zu seinem Eingreifen lediglich ablaufen ließ. Auch unter Berücksichtigung der vorangegangenen Misshandlungen und der von ihm mitgeschaffenen „Atmosphäre der Gewalt“ war der Angekl. vielmehr nur Randfigur dieses Geschehen, zumal die StrK ein besonderes Tatinteresse oder einen Täterwillen beim Angekl. nicht festgestellt hat.

Gericht: BGH	Beschlagnahme von E-Mails beim Provider	StPO §§ 99, 95 II
Aktenzeichen: 1 StR 76/09		
Datum: 31.3.2009		

	Die Sicherstellung von E-Mails beim E-Mail-Provider ist entsprechend den Voraussetzungen des § 99 StPO mit der Herausgabepflicht nach § 95 II StPO anzuordnen.
---	---

Sachverhalt: Das LG hatte den Angekl. wegen Vergewaltigung verurteilt. Dabei hatte es E-Mails des Angekl. verwertet, die im Ermittlungsverfahren nach §§ 94, 98 StPO beschlagnahmt worden waren. Die hiergegen gerichtete Revision, mit der u.a. die Unverwertbarkeit der E-Mails gerügt wurde, hatte keinen Erfolg.

Lösung:

Die Verwertung von E-Mails des Angekl., welche im Ermittlungsverfahren beschlagnahmt wurden, wobei alle in dem jeweiligen E-Mail-Postfach des Angekl. abgespeicherten - gelesenen und noch nicht gelesenen - E-Mails betroffen waren und erfasst wurden, begegnet letztlich keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zwar hat der Ermittlungsrichter des AG die Beschlagnahmeanordnung allein auf §§ 94, 98 StPO gestützt, was zumindest bezüglich bislang ungelesener E-Mails rechtlich umstritten ist (vgl. hierzu BVerfG - 3. Kammer Beschl. v. 29. 6. 2006 - 2 BvR 902/06, MMR 2007, 169; mehrfach verlängert, zuletzt durch Beschl. v. 13. 11. 2008). Jedoch bedurfte es für die im Postfach beim E-Mail-Provider abgespeicherten E-Mails, ob bereits gelesen oder noch ungelesen, auch nicht der Voraussetzungen des § 100a StPO, denn während der möglicherweise auch nur Sekundenbruchteile andauernden Speicherung in der Datenbank des Mail-Providers ist kein Telekommunikationsvorgang (mehr) gegeben (vgl. hierzu näher KK-Nack § 100a Rn 22f.; BeckOK-StPO-Graf § 100a Rn 28ff.; KMR-Bär § 100a Rn 29; a.A. LG Hanau NJW 1999, 3647; LG Hamburg wistra 2008, 116; dem zust. Gaede StV 2009, 96, 97, allerdings bereits mit aus technischer Sicht fragwürdiger Begründung; bislang zu einer Gesamtbetrachtung neigend Meyer-Goßner, § 100a Rn 6).


Vielmehr ist die Beschlagnahme von E-Mails bei einem E-Mail-Provider, welche dort bis zu einem ersten oder weiteren Aufruf abgespeichert sind, auch unter Berücksichtigung des heutigen Kommunikationsverhaltens in jeder Hinsicht vergleichbar mit der Beschlagnahme anderer Mitteilungen, welche sich zumindest vorübergehend bei einem Post- oder Telekommunikationsdienstleister befinden, bspw. von Telegrammen, welche gleichfalls auf dem

Telekommunikationsweg dorthin übermittelt wurden. Daher können beim Provider gespeicherte, eingegangene oder zwischengespeicherte, E-Mails - auch ohne spezifische gesetzliche Regelung - jedenfalls unter den Voraussetzungen des § 99 StPO beschlagnahmt werden (vgl. hierzu BeckOK-StPO-Graf aaO, mwN). Der einer E-Mail-Sendung, selbst wenn diese aus technischen Gründen und insbesondere auch während des Transports leichter „lesbar“ ist als beispielsweise verschlossene Briefsendungen auf dem Postweg, zukommende grundrechtssichernde Schutz wird bei einer Anordnung nach § 99 StPO durch das Erfordernis einer richterlichen Anordnung bzw. Bestätigung bei (eher seltenen) Eilfällen nach § 100 StPO gewahrt, zumal bei der konkreten Beschlagnahme einer E-Mail erneut eine richterliche Prüfung stattzufinden hat.

Für eine Anwendung des § 99 StPO spricht auch die Neufassung des § 101 IV 1 Nr. 2 StPO durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21. 12. 2007 (BGBl I, 3198), wonach - anders als noch bei der früheren Rechtslage - nun auch für diese Maßnahmen ausdrücklich eine Benachrichtigungspflicht festgelegt ist. Zudem können die Betroffenen nachträglichen Rechtsschutz begehren (§ 101 VII StPO).

Dass in §§ 99, 100 StPO selbst keine zwangsweise Durchsetzung des Herausgabeanspruchs geregelt ist, ändert an der hier dargestellten Rechtslage nichts, sondern beruht allein darauf, dass ursprünglich allein die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattete Deutsche Bundespost Verpflichteter einer solchen Maßnahme sein konnte, bei welcher eine Weigerung nicht zu erwarten war. Nach der Öffnung der Märkte in diesem Bereich muss aber gewährleistet sein, dass eine Maßnahme nach § 99 StPO auch durchsetzbar ist. Deshalb gilt auch hier der in § 95 I und II StPO seine Ausprägung gefundene allgemeine Grundsatz, dass richterlichen Herausgabeanordnungen allgemein Folge zu leisten ist und deshalb zu deren Durchsetzung die in § 70 StPO bestimmten Ordnungs- und Zwangsmittel festgesetzt werden können, soweit Verpflichtete nicht zur Zeugnisverweigerung berechtigt sind ...

Gericht: BGH	Verwertungsverbot bei einem Belehrungsverstoß	StPO
Aktenzeichen: 4 StR 455/08		§ 136
Datum: 18.12.2008		

	<p>1. Wird ein Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht als Zeuge vernommen, so ist er wegen des Belehrungsverstoßes (§ 136 I 2 StPO) bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldigter auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen („qualifizierte“ Belehrung).</p> <p>2. Unterbleibt die „qualifizierte“ Belehrung, sind trotz rechtzeitigen Widerspruchs die nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall verwertbar.</p> <p>3. Neben dem in die Abwägung einzubeziehenden Gewicht des Verfahrensverstößes und des Sachaufklärungsinteresses ist maßgeblich darauf abzustellen, ob der Betreffende nach erfolgter Beschuldigterbelehrung davon ausgegangen ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abrücken zu können.</p>
---	---

Sachverhalt: Das LG hat die Angeklagten, Beteiligte an einem Raubüberfall auf einen Kiosk, dessen Betreiber durch mehrere Messerstiche schwer verletzt wurde, des versuchten Raubs und der gefährlichen Körperverletzung schuldig gesprochen. Die Revisionen der StA, mit denen sie beanstandet, dass die Angeklagten nicht auch wegen eines versuchten Tötungsdelikts schuldig gesprochen wurden, hatten mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

Lösung:

Die Bf`in hat schon mit ihren Verfahrensbeschwerden Erfolg. Mit diesen beanstandet sie, dass das LG entgegen den Anträgen der StA die Kriminalbeamten Sch und B sowie den Richter am AG J nicht als Zeugen zu den Angaben der Angeklagten C und A bei ihren Vernehmungen am 21. 6. 2007 vernommen und diese Angaben auch nicht verwertet hat. Daraus hätte sich ergeben, dass unter den Angeklagten S, T und C von vornherein abgesprochen worden war, das mitgeführte Tatmesser gegen den Geschädigten einzusetzen, und der Angekl. A hiervon auch wusste.

Das LG hat insoweit ein Beweiserhebungsverbot angenommen, weil die Polizeibeamten die Angeklagten C und A trotz gegen sie bereits bestehenden Tatverdachts als Zeugen vernommen und deshalb nicht ordnungsgemäß nach § 136 I 2 StPO belehrt hätten. Auch habe der Kriminalbeamte Sch den Angeklagten C im späteren Verlauf der Vernehmung ebenso wie der Ermittlungsrichter die beiden Angeklagten zwar als Beschuldigte belehrt; die

Vernehmungspersonen hätten dabei aber den Hinweis auf die Unverwertbarkeit der bei den Vernehmungen als Zeugen gemachten Angaben unterlassen („**qualifizierte“ Belehrung**; vgl. Meyer-Goßner, § 136 Rn 9 mwN).

Die deshalb unterbliebene Beweiserhebung zu den Angaben der Angeklagten C und A im Ermittlungsverfahren rügt die Bf in im Ergebnis zu Recht.

Allerdings ist die StrK zutreffend davon ausgegangen, dass der Angekl. C bereits auf Grund der Auswertung des von ihm noch in der Tatnacht mit dem Mitangekl. T geführten SMS-Verkehrs der Tatbeteiligung verdächtig war und er deshalb bereits zu Beginn seiner polizeilichen Vernehmung als Beschuldigter hätte belehrt werden müssen, auch wenn gegen ihn noch kein Ermittlungsverfahren eingeleitet war und er nicht die Stellung eines formell Beschuldigten hatte.

a) Zwar begründet nicht jeder Tatverdacht bereits die **Beschuldigteneigenschaft** mit der Folge einer entsprechenden Belehrungspflicht; vielmehr kommt es auf die Stärke des Tatverdachts an. Es obliegt der Strafverfolgungsbehörde, nach pflichtgemäßer Beurteilung darüber zu befinden, ob ein Tatverdacht sich bereits so verdichtet hat, dass die vernommene Person ernstlich als Täter oder Beteiligter der untersuchten Straftat in Betracht kommt (st. Rspr.; BGHSt 37, 48, 51f.; 51, 367, 371). **Falls der Tatverdacht aber so stark ist, dass die Strafverfolgungsbehörde anderenfalls willkürlich die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde, ist es verfahrensfehlerhaft, wenn der Betreffende dennoch als Zeuge und nicht als Beschuldigter vernommen wird.**

So verhält es sich hier hinsichtlich des Angekl. C. Denn aus der Auswertung der SMS-Nachrichten und der Erklärung des C anlässlich der Durchsuchung am frühen Morgen noch vor Beginn seiner Zeugenvernehmung, er habe die fraglichen SMS-Nachrichten an den Mitangekl. T versandt, ergab sich bereits zweifelsfrei, dass außer T auch der Angekl. C am Tatort gewesen war und sie dort gemeinsam hatten Beute machen wollen. Zu Recht hat deshalb das LG - nach Widerspruch - ein Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot jedenfalls hinsichtlich der Angaben des Angekl. C angenommen, die dieser bei seiner Vernehmung durch den Kriminalbeamten Sch vor der Beschuldigtenbelehrung als Zeuge gemacht hat (st. Rspr.; BGHSt 38, 214, 224f.; 47, 172, 173 a.E.). Denn der Verstoß gegen die Belehrungspflicht wurde nicht dadurch geheilt, dass der Angekl. C anschließend nach § 136 I 2 StPO belehrt wurde und danach erneut aussagte (BGHSt 51, 367, 376 m. Anm. Roxin JR 2008, 16ff.).

b) **Daraus folgt jedoch noch nicht ohne Weiteres**, dass auch die Angaben, die der Angekl. C im Ermittlungsverfahren nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung gemacht hat, einem Beweiserhebungs- und **Verwertungsverbot** unterlagen.

aa) Allerdings hätte der Angekl. C - was nicht erfolgt ist - bei Beginn der Beschuldigtenvernehmung zusammen mit der Belehrung nach § 136 I 2 StPO darauf hingewiesen werden müssen, dass wegen der bisher unterbliebenen Belehrung als Beschuldigter die vorangehende Zeugenaussage unverwertbar sei (vgl. BGH Ur. v. 3. 7. 2007 - 1 StR 3/07, StV 2007, 450, 452 = insoweit in BGHSt 51, 367 nicht abgedr.; KK-Diemer 6. Aufl., § 136 Rn 27 mwN; LR-Gleiß, § 136 Rn 106; KMR-Lesch § 136 Rn 28; Roxin aaO, 17; wohl auch Meyer-Goßner aaO).

Das Recht zu schweigen und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen („**nemo tenetur“-Grundsatz**), gehören zum „Kernstück des von Art. 6 I EMRK garantierten fairen Verfahrens“ (EGMR NJW 2002, 499, 501; JR 2005, 423 m. Anm. Gaede; dazu weiter BGHSt - GS 42, 139, 151ff.). Gerade deshalb muss die rechtsstaatliche Ordnung Vorkehrungen in Form einer „**qualifizierten“ Belehrung** treffen, die verhindert, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht zustande gekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können (Roxin aaO). Zwar ergibt sich ein gewisser Widerspruch insofern, als die Rechtsprechung bislang bei den - schwerer wiegenden - Verstößen nach § 136a StPO eine solche „qualifizierte“ Belehrung nicht verlangt (vgl. Meyer-Goßner aaO, § 136a Rn 30 mwN); ob daran festzuhalten ist, hat der Senat hier jedoch nicht zu entscheiden.

bb) **Der Verstoß gegen die Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung hat allerdings nicht dasselbe Gewicht wie der Verstoß gegen die Belehrung nach § 136 I 2 StPO.** Deshalb ist in einem solchen Fall die Verwertbarkeit der weiteren Aussagen nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung nach neuerer Rechtsprechung des BGH durch **Abwägung im Einzelfall** zu ermitteln (Ur. v. 3. 7. 2007, aaO; krit. dazu Roxin aaO, 17; Meyer-Goßner aaO, § 136 Rn 9 a.E.).


Bei einer solchen Abwägung ist zum einen auf das **Gewicht des Verfahrensverstößes** abzustellen und dabei insbesondere zu berücksichtigen, ob die Vernehmung als Zeuge - wofür hier nichts spricht - in **bewusster Umgehung der Belehrungspflichten** erfolgt ist; weiter muss das **Interesse an der Sachaufklärung** Beachtung finden (vgl. BGH Urt. v. 3. 7. 2007, aaO; BGHSt 42, 139, 157 [Hörfalle]; 47, 172, 179f.; BGH NJW 2007, 3138, 3142). Darüber hinaus ist maßgeblich darauf abzustellen, ob sich aus den Umständen des Falles ergibt, dass der **Vernommene davon ausgegangen ist, von seinen vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben als Zeuge bei seiner weiteren Vernehmung als Beschuldigter nicht mehr abrücken zu können**. Dies wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn sich die Beschuldigtenvernehmung inhaltlich als bloße Wiederholung oder Fortsetzung der in der Zeugenvernehmung gemachten Angaben darstellt. So verhält es sich hier jedoch nicht. Denn der Angekl. C hat nach seiner Belehrung als Beschuldigter gerade nicht seine früheren Angaben lediglich im Wesentlichen wiederholt. Er hat auch nicht nur weiterhin - nunmehr allerdings detailliert - die Mitangeklagten S und T belastet. Vielmehr hat er erstmals auch sich selbst massiv belastende Angaben gemacht, denen zufolge S das Opfer „auf jeden Fall abstechen“ sollte und ihm, C, „absolut klar (war), dass der Mann dabei sterben kann“. Angesichts dessen liegt die Annahme eher fern, dass sich der Angekl. C seiner Entscheidungsfreiheit nach ordnungsgemäßer Beschuldigtenbelehrung nicht bewusst war und dass deshalb der ursprüngliche Belehrungsverstoß fortwirkte. Jedenfalls spricht danach die - vom LG unterlassene - Abwägung hier gegen das von der JugK angenommene Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot hinsichtlich der nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben des Angekl. C; das Gericht hätte deshalb den entsprechenden Anträgen der StA auf Vernehmung des Kriminalbeamten Sch und des Ermittlungsrichters stattgeben müssen.

Gericht: OLG Bamberg	Beweisverwertung bei Verstoß gegen § 81a StPO - 1	StPO
Aktenzeichen: 2 Ss 15/09		§ 81a
Datum: 19.3.2009		


	Zur Frage, wann die StA eine Eilkompetenz zur Anordnung der Blutentnahme nach § 81a StPO vorliegt.
---	--

1. Die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs i.S. des § 81a II StPO erfordert unter anderem eine auf den Einzelfall bezogene und in den Ermittlungsakten zu dokumentierende Prognoseentscheidung der mit der Sache befassten Ermittlungspersonen zur mutmaßlichen zeitlichen Verzögerung.
2. In diese Prognoseentscheidung sind neben der wahrscheinlichen Dauer bis zum Eintreffen eines Arztes auf der Dienststelle bzw. bis zum Erreichen eines Krankenhauses und damit bis zur tatsächlichen Möglichkeit zur Entnahme der Blutprobe beim Beschuldigten sowohl die eintretende zeitliche Verzögerung mit oder ohne Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung als auch die bisher festgestellten konkreten Tatumstände am Ort der Kontrolle sowie das Verhalten des Beschuldigten einzubeziehen.
3. Eine unberechtigte Inanspruchnahme der Eilanordnungscompetenz des § 81a II StPO führt nur dann zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn nach den Umständen des Einzelfalls die Voraussetzungen von Gefahr in Verzug willkürlich angenommen, der Richtervorbehalt bewusst und gezielt umgangen bzw. ignoriert wird oder wenn die den Richtervorbehalt begründende Rechtslage in gleichgewichtiger Weise gröblich verkannt bzw. fehlerhaft beurteilt wird.

Anzeige

 <p>J u r a Intensiv</p>	<h2>Assessorkurse von <i>Jura Intensiv</i></h2> <p><u>Am 7. September 2009 beginnen in Frankfurt und Gießen die neuen Assessorkurse. Kursbeginn in Mainz und Heidelberg ist im Oktober 2009. Alle Infos auf unserer Homepage.</u></p>
---	---

Gericht: OLG Köln	Beweisverwertung bei Verstoß gegen § 81a StPO - 2	StPO § 81a
Aktenzeichen: 83 Ss 69/08		
Datum: 26.9.2008		

	Zur Frage der Annahme eines Beweisverwertungsverbots hinsichtlich des Ergebnisses einer ohne richterliche Anordnung erlangten Blutprobe bei Verdacht einer Trunkenheitsfahrt.
---	--

Dass die Einholung einer richterlichen Anordnung der Blutentnahme bei Verdacht der Trunkenheitsfahrt wegen der Gefährdung des Untersuchungszwecks regelmäßig entbehrlich sein soll, begegnet Bedenken. Vieles spricht stattdessen für eine Einzelfallbetrachtung.

Selbst wenn ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt vorläge, führte dies jedoch nicht automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot.

Welche Folgen ein Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot hat, bestimmt sich stets nach den Umständen des Einzelfalles. Ein Verwertungsverbot kommt dann in Betracht, wenn willkürlich von Gefahr im Verzug ausgegangen wurde oder der Verstoß besonders schwer wiegt.

Kann sich der die Blutentnahme anordnende Polizeibeamte auf eine verbreitete Rechtsmeinung stützen, liegt eine bewusste, willkürliche Verletzung des Richtervorbehalts fern.


Dies gilt jedenfalls, wenn der zeitliche Ablauf derart straff ist, dass der Beamte davon ausgehen konnte, so schnell keine richterliche Anordnung erhalten zu können.

Liegen die Anordnungsvoraussetzungen unzweifelhaft vor, spricht dies ebenfalls für die Verwertbarkeit, solange die Beweiserhebung nicht willkürlich oder grob fehlerhaft war.

Schließlich überwiegt das erhebliche öffentliche Interesse an der Sicherheit des Straßenverkehrs die relative Geringfügigkeit des mit der Blutentnahme verbundenen körperlichen Eingriffs.

Vor allem für Referendare:

Gericht: BGH	Teilfreispruch bei anderer Konkurrenzbewertung?	StPO § 260
Aktenzeichen: 2 StR 596/08		
Datum: 11.3.2009		


	Ist der gesamte angeklagte Sachverhalt erwiesen, ist für einen Teilfreispruch kein Raum, selbst wenn das Gericht die Taten konkurrenzrechtlich abweichend von der Anklageschrift bewertet und statt dreier tatmehrheitlicher Taten eine einzige Tat annimmt.
---	---

Das LG hat den Angekl. wegen Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl in 9 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr und 6 Monaten verurteilt und ihn im Übrigen freigesprochen. Hiergegen wendet sich der Angekl. erfolglos mit der Sachrüge. Allerdings entfällt der Teilfreispruch.

Das LG hat den Angekl. vom Vorwurf der Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl in 3 weiteren Fällen aus rechtlichen Gründen freigesprochen, da sich seine Beihilfehandlung zu den Taten Fall 4/5/6 und 9/10 rechtlich als eine Beihilfehandlung und nicht, wie angeklagt, als 3 bzw. 2 selbstständige Beihilfehandlungen darstelle. In einem solchen Fall, in dem der gesamte angeklagte Sachverhalt erwiesen ist und nur eine andere konkurrenzrechtliche Bewertung erfährt, kommt ein Teilfreispruch nicht in Betracht (BGHR StPO § 260 I Teilfreispruch 14; BGH NSTZ-RR 2008, 316).

Öffentliches Recht

Gericht: BVerfG	Einstw. Außerkraftsetzung von Teilen des BayVersG	GG
Aktenzeichen: 1 BvR 2492/08		Art. 8 I,
Datum: 17.02.2009		19 III

	<ol style="list-style-type: none"> 1. Auch Personenvereinigungen, die keine juristischen Personen sind, sind hinsichtlich der in Art. 8 GG gewährleisteten Versammlungsfreiheit beschwerdefähig, sofern sie eine festgefügte Struktur haben und auf gewisse Dauer angelegt sind. 2. Die Gesetzesverfassungsbeschwerde ist ohne vorherige fachgerichtliche Kontrolle zulässig, wenn ohne Vollzugakt bereits ein Eingriff in den Rechtskreis vorliegt oder die Heimlichkeit der Maßnahmen eine gerichtliche Kontrolle ausschließt. 3. § 32 BVerfGG setzt bei offenem Ausgang der Verfassungsbeschwerde eine umfangreiche Folgenabwägung voraus. Geht es hierbei um die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes sind besonders strenge Maßstäbe anzulegen. Das BVerfG darf hiervon nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen. 4. Verbindet sich die Wahrnehmung des Versammlungsrechts mit einem schwer kalkulierbaren Risiko persönlicher Sanktionen, so kommt es zu Einschüchterungseffekte, welche das Gemeinwohl beeinträchtigen. 5. Übersichtsaufzeichnungen sind nach dem heutigen Stand der Technik für die Aufgezeichneten immer ein Grundrechtseingriff, da auch in Übersichtsaufzeichnungen nach dem Stand der heutigen Technik die Einzelpersonen in der Regel individualisierbar mit erfasst sind.
---	---

Sachverhalt: Die Bf. begehrten mit ihrem Eilantrag, das Bayerische Versammlungsgesetz (BayVersG) vom 22.07.2008 als Ganzes, mit Ausnahme von Art. 15 II Nrn. 1a und 2 sowie - bezogen hierauf - Abs. 3 BayVersG, bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde einstweilen außer Kraft zu setzen. Im Zuge der Föderalismusreform ging die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht vom Bund auf die Länder über (vgl. das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.08.2006, BGBl I, 2034). Mit dem am 01.10.2008 in Kraft getretenen Bayerischen Versammlungsgesetz hat der Freistaat Bayern von dieser Kompetenz als erstes Bundesland Gebrauch gemacht.

Die Bf. sind Landesverbände von Gewerkschaften, Parteien und anderen nichtstaatlichen Organisationen, die regelmäßig Versammlungen veranstalten. Sie rügen eine Verletzung der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG sowie - bezogen auf Art. 9, 10 und 13 V und VI BayVersG - des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Die maßgeblichen Vorschriften lauten:

Art. 9 Datenerhebung, Bild- und Tonaufzeichnungen, Übersichtsaufnahmen und -aufzeichnungen

(1) Die Polizei darf bei oder im Zusammenhang mit Versammlungen personenbezogene Daten von Teilnehmern erheben und Bild- und Tonaufzeichnungen anfertigen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Die Maßnahmen dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

(2) Die Polizei darf Übersichtsaufnahmen von der Versammlung und ihrem Umfeld zur Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes anfertigen. Sofern es zur Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens erforderlich ist, darf die Polizei auch Übersichtsaufzeichnungen anfertigen. Diese dürfen auch zu Zwecken der polizeilichen Aus- und Fortbildung genutzt werden. Die Identifizierung einer auf den Aufnahmen oder Aufzeichnungen abgebildeten Person ist nur zulässig, soweit die Voraussetzungen nach Abs. 1 vorliegen.

(3) Für Maßnahmen nach Abs. 1 und 2 gilt Art. 30 Abs. 3 des Polizeiaufgabengesetzes (PAG) entsprechend.

(4) Die nach Abs. 1 oder 2 erhobenen Daten und Bild-, Ton- und Übersichtsaufzeichnungen sind nach Beendigung der Versammlung oder zeitlich und sachlich damit unmittelbar im Zusammenhang stehender Ereignisse unverzüglich zu löschen oder zu vernichten, soweit sie nicht benötigt werden

1. zur Verfolgung von Straftaten oder

2. Im Einzelfall zur Gefahrenabwehr, weil die betroffene Person verdächtig ist, Straftaten bei oder im Zusammenhang mit der Versammlung vorbereitet oder begangen zu haben, und deshalb zu besorgen ist, dass von dieser Person erhebliche Gefahren für künftige Versammlungen ausgehen.

Nach Abs. 2 Satz 2 angefertigte Übersichtsaufzeichnungen dürfen darüber hinaus aufbewahrt werden, soweit sie zur Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens benötigt werden. Erhobene Daten sowie Bild-, Ton- und Übersichtsaufzeichnungen, die aus den in Satz 1 Nr. 2 oder in Satz 2 genannten Gründen nicht gelöscht oder vernichtet wurden, sind spätestens nach Ablauf von einem Jahr seit ihrer Entstehung zu löschen oder zu vernichten, es sei denn, sie werden inzwischen zur Verfolgung von Straftaten benötigt. Eine Pflicht zur Löschung oder Vernichtung besteht nicht für nach Abs. 2 Satz 2 gefertigte Übersichtsaufzeichnungen, soweit diese zu Zwecken der polizeilichen Aus- und Fortbildung verwendet werden; die Identifizierung einer auf diesen Übersichtsaufzeichnungen abgebildeten Person ist nach Ablauf von einem Jahr seit Entstehung der Aufzeichnungen abweichend von Abs. 2 Satz 4 nicht mehr zulässig.

(5) Die Befugnisse zur Erhebung personenbezogener Daten nach Maßgabe der Strafprozessordnung und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten bleiben unberührt.

Art. 21 Bußgeldvorschriften

Mit Geldbuße bis zu dreitausend Euro kann belegt werden, wer

1. entgegen Art. 3 Abs. 3 Ort, Zeit, Thema oder den Namen des Veranstalters einer Versammlung nicht angibt,
2. entgegen Art. 4 Abs. 3 Satz 1 oder 3 keine geeigneten Maßnahmen ergreift oder die Versammlung nicht oder nicht rechtzeitig für beendet erklärt,
7. entgegen Art. 7 Abs. 2 an einer Versammlung teilnimmt,
13. entgegen Art. 13 Abs. 1 Satz 1 eine Anzeige nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,
14. entgegen Art. 13 Abs. 2 Satz 3 eine Mitteilung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig macht,

Wegen der weiteren Vorschriften wird auf den Text des BayVersG verwiesen.

Wie wird das Bundesverfassungsgericht entscheiden?

Lösung:

A. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Das BVerfG kann nach § 32 I BVerfGG im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die Verfassungsbeschwerde erweise sich von vornherein als insgesamt unzulässig oder offensichtlich unbegründet (vgl. BVerfGE 112, 284 [291] = NJW 2005, 1179).

I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Nr. 4a GG, 13 Nr. 8a GG grundsätzlich statthaft, da die Beschwerdeführer sich als Bürger gegen ein Gesetz als staatliche Maßnahme wendet, welches nach §§ 90 I, 95 I BVerfGG ein tauglicher Beschwerdegegenstand ist. Auch von der Einhaltung der Jahresfrist des § 93 BVerfGG für eine Gesetzesverfassungsbeschwerde ist auszugehen. Fraglich ist allerdings, ob die Beschwerdebefugnis gegeben ist.

Der Beschwerdeführer muss behaupten, in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein.

1. Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern.

Dazu müssen die beschwerdeführenden Vereinigungen aber überhaupt Träger von Grundrechten sein können.

Nach Art. 19 III GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Allerdings handelt es sich bei den Beschwerdeführern allesamt um nicht rechtsfähige Personenvereinigungen.

"Die Bf. können sich als Personenvereinigungen gern. Art. 19 III GG auf Art. 8 I GG berufen. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Grundrecht seinem Wesen nach auf Personenvereinigungen anwendbar ist, ist in erster Linie darauf abzustellen, ob es nur Individuell oder auch korporativ betätigt werden kann (vgl. BVerfGE 42, 212 (219) = NJW 1976, 1735).

Kennzeichnend für die in Art. 8 GG gewährleistete Versammlungsfreiheit ist das kollektive Element der Grundrechtsausübung, da sie Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung ist (vgl. BVerfGE 69, 315 (342f.) = NJW 1985, 2395). Daher treten häufig Personenvereinigungen als Veranstalter von Versammlungen auf und sind insoweit hinsichtlich des Art. 8 I GG beschwerdefähig. Das gilt auch für Personenvereinigungen, die keine juristischen Personen sind, sofern sie eine festgefügte Struktur haben und auf gewisse Dauer angelegt sind (vgl. VGH München, NJW 1984, 2116 = NVwZ 1984, 659). Bei den Bf. ist dies der Fall.

Die Bf. haben auch sachlich eine mögliche Grundrechtsverletzung hinreichend substantiiert geltend gemacht.

Sie legen eingehend dar, durch Art. 3 III i.V.m. Art. 21 Nr. 1, Art. 4 III i.V.m. Art. 21 Nr. 2, Art. 7 II i.V.m. Art. 21 Nr. 7, Art. 13 I und 11 (hierüber mittelbar auch durch Art. 2 I und Art. 10 III) i.V.m. Art. 21 Nrn. 13 und 14 BayVersG sowie Art. 9 II bis IV BayVersG in ihrer Versammlungsfreiheit verletzt zu sein.

2. Unmittelbare Betroffenheit

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sind.

a) Selbstbetroffenheit

Sie ist immer dann ohne nähere Darlegung anzunehmen, wenn die Norm, die gerichtliche Entscheidung oder der Einzelakt sich an den Beschwerdeführer selbst richtet.

Dies ist bei den veranstalterbezogenen Vorschriften ohne weiteres der Fall. Fraglich ist aber, ob die Beschwerdeführer auch auf die leiter- und teilnehmerbezogenen Vorschriften selbst grundrechtsbetroffen sind. Hier ist im Hinblick auf die Frage der Selbstbetroffenheit grundsätzlich zwischen den Rechten einer Vereinigung und den Rechten ihrer Mitglieder zu trennen.

"Die Rechte ihrer Mitglieder wachsen einer Vereinigung in der Regel nicht auch als eigene zu. Für das Versammlungsrecht sind hier indes Besonderheiten anzuerkennen.

Die Rechte von Veranstalter, Leiter und Teilnehmern einer Versammlung sind in spezifischer Weise miteinander verschränkt. So ist einerseits die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit seitens der einzelnen Bürger von vornherein nur mit anderen zusammen möglich und dabei regelmäßig auf eine Koordination angewiesen. Hierbei kommt dem Veranstalter der Versammlung eine hervorgehobene Bedeutung zu (wird ausgeführt). Umgekehrt sind die Rechte des Veranstalters durch die Rechte und Pflichten des Versammlungsleiters und der Teilnehmer bestimmt. Wechselseitige Einflüsse bestehen auch zwischen den Rechten und Pflichten von Veranstalter und Teilnehmern (wird ausgeführt). Von daher ist den Bf. als Veranstaltern nicht versagt, sich auch gegen die an den Leiter und die Versammlungsteilnehmer gerichteten Vorschriften zu wenden (vgl. ebenso Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 8 Rn 10). Durch die in Frage stehenden Vorschriften des Art. 4 III, 7 II, 9 II bis IV und 16 BayVersG sind die Bf. damit selbst in ihrer Versammlungsfreiheit betroffen.

b) unmittelbare Betroffenheit

„Grundsätzlich muss ein Beschwerdeführer, der sich gegen Rechtsvorschriften wendet, welche rechtsnotwendig oder auch nur der tatsächlichen Verwaltungspraxis nach einen besonderen Vollzugsakt voraussetzen, zunächst diesen Akt angreifen und den hiergegen eröffneten Rechtsweg erschöpfen, bevor er Verfassungsbeschwerde erheben kann.

Nicht verlangt werden kann das jedoch dann, wenn die angegriffenen Rechtsvorschriften den Beschwerdeführer unmittelbar betreffen, d.h., wenn sie ohne das Dazwischentreten eines weiteren Vollzugsakts bereits in den Rechtskreis des Beschwerdeführers einwirken und es ihm nicht möglich oder zuzumuten ist, hiergegen zunächst Rechtsschutz vor den Fachgerichten zu suchen. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Beschwerdeführer von der Maßnahme keine Kenntnis erlangt, weil sie heimlich erfolgt, oder wenn Vorschriften eine Verpflichtung begründen, die unmittelbar als solche mit einer Geldbuße oder Strafe bewehrt ist.

Soweit sich die Rügen gegen die der Strafbewehrung in Art. 21 BayVersG zugrunde liegenden Vorschriften Art. 3 III, 4 II, 7 II und 13 I und II (hierüber mittelbar auch Art. 2 I, Art. 10 III) BayVersG richten, begründen diese Vorschriften unmittelbare Rechtspflichten, die ohne das Erfordernis eines dazwischen tretenden Verwaltungsakts nach Art. 21 Nm. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG bußgeldbewehrt sind. Nach § 30 OWiG können dabei auch Personenvereinigungen mit einer Geldbuße belegt werden. Eines Umsetzungsaktes bedarf es daher nicht.

„Auch die Rüge bezüglich des Art. 9 I bis IV BayVersG ist nicht wegen fehlender Unmittelbarkeit der Grundrechtsbetroffenheit unzulässig. Die dort geregelten Maßnahmen können gem. Art. 9 III BayVersG i.V. mit Art. 30 III 2 BayPAG unter Umständen heimlich erfolgen, so dass fachgerichtlicher Rechtsschutz nicht in allen Fällen gewährleistet ist.“

c) Gegenwärtigkeit

Der Beschwerdeführer muss aktuell noch betroffen sein, eine in der Zukunft liegende Betroffenheit reicht hingegen nicht aus.

Aus den vorstehenden Gründen ist bei dem BayVersG schon von einer gegenwärtigen Betroffenheit auszugehen.

Wegen der vorstehenden Vorschriften ist die Verfassungsbeschwerde daher zulässig. Hinsichtlich der übrigen Vorschriften ist die Verfassungsbeschwerde dem gegenüber unzulässig. Zwar erstreckt sich der Antrag der Bf. auf grundsätzlich das gesamte Bayerische Versammlungsgesetz, jedoch fehlt es hinsichtlich weiterer Vorschriften an einem substantiierten Vorbringen. Nicht Gegenstand des einstweiligen Anordnungsverfahrens sind weiterhin Art. 15 II Nrn. 1 a und 2 sowie - hierauf bezogen Art. 15 III BayVersG, die die Bf. in ihrem Antrag ausdrücklich von ihren Angriffen ausnehmen.

II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht offensichtlich unbegründet. Die angegriffenen Vorschriften werfen Rechtsfragen auf, die sich aus der bisherigen Rechtsprechung nicht ohne weiteres beantworten lassen.

Das Bayerische Versammlungsgesetz versteht sich als Verwirklichung eines eigenständigen rechts- und ordnungspolitischen Konzepts, das gezielt dem Versammlungsrecht eigene Akzente verleihen will. Es knüpft zwar vielfach an bestehende Regelungen an, sucht hierbei aber mit den im vorliegenden Verfahren angegriffenen Normen bewusst, diese weiterbildend zu konkretisieren und bisher offene Streitfragen zu klären. Dabei stellt es in verschiedenen Regelungen erhöhte Anforderungen an die Veranstaltung von Versammlungen. So sind die Bekanntmachungs- und Anzeigepflichten ausführlicher und formalisierter gestaltet als nach bisher geltendem Recht, die Anforderungen an die Versammlungsleitung erhöht, ein allgemeines Militanzverbot eingeführt, der Katalog für polizeiliche Beobachtungs- und Dokumentationsmaßnahmen erweitert sowie daran anknüpfend zahlreiche neue Ordnungswidrigkeitstatbestände unmittelbar für Verstöße gegen gesetzliche Ge- und Verbote in das Versammlungsrecht aufgenommen worden. All diese Regelungen betreffen unmittelbar die Ausübung des durch Art. 8 I GG gewährleisteten Versammlungsrechts und werfen verfassungsrechtliche Fragen auf, die noch nicht abschließend geklärt sind.

III. Folgenabwägung

Kann, wie hier, nicht festgestellt werden, dass die Verfassungsbeschwerde insgesamt von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist und muss der Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens folglich als offen angesehen werden, sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde später aber Erfolg hätte, gegen die Nachteile abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben (vgl. BVerfGE 117, 126 [135] = NVwZ 2007,324).

„Wird die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes begehrt, ist bei der Folgenabwägung ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Das BVerfG darf von seiner Befugnis, das Inkrafttreten eines Gesetzes zu verzögern oder ein in Kraft getretenes Gesetz wieder außer Kraft zu setzen, nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen. da der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist. Ein Gesetz darf deshalb nur dann vorläufig außer Kraft gesetzt werden, wenn die Nachteile, die mit seiner Geltung nach späterer Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit verbunden wären, ganz besonderes Gewicht haben und in Ausmaß und Schwere deutlich die Nachteile überwiegen, die im Falle der vorläufigen Außerkraftsetzung eines sich als verfassungsgemäß erweisenden Gesetzes einträten. Bei dieser Folgenabwägung sind die Auswirkungen auf alle von dem Gesetz Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur Folgen, die sich für die Bf ergeben.“

Nach diesen Maßstäben ist dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung teilweise stattzugeben.

1. Aussetzung der Anwendung der Art. 21 Nrn. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG

a) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Anwendung

Von besonderem Gewicht sind die Nachteile, die sich aus einer vorläufigen Anwendung der Bußgeldvorschriften des Art. 21 Nm. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG ergeben. Sie sind so erheblich, dass sie auch die strengen Voraussetzungen für eine vorläufige Außerkraftsetzung eines Gesetzes erfüllen.

„Die genannten Vorschriften erheben den Verstoß gegen weit reichende versammlungsrechtliche Mitwirkungspflichten und Verbote zu einer Ordnungswidrigkeit. ... Durch die Sanktionierung ihrer Verletzung als Ordnungswidrigkeiten werden diese Pflichten zu einer unmittelbar aus sich heraus bewehrten Rechtspflicht. Unabhängig von der Bedeutung des jeweiligen Verstoßes für die Durchführung der konkreten Versammlung kann jeder Verstoß gegen diese Pflichten staatliche Sanktionen auslösen. Zwar setzt die Ahndung einer Ordnungswidrigkeit gem. § 10 OWiG grundsätzlich Vorsatz voraus. Dies lässt jedoch unberührt, dass die sanktionsbewehrten Rechtspflichten nach strafrechtlichen Grundsätzen als solche grundsätzlich von jedermann erkannt werden müssen und ein Verbotsirrtum in der Regel als vermeidbar und damit unbeachtlich gilt.

Damit liegt die Verantwortung für die vollständige Kenntnis dieser Pflichten, die Erfassung ihrer Bedeutung im Einzelfall und die Ableitung der sich aus ihnen ergebenden Folgen ohne jeden Vorbehalt bei dem Bürger. Fehlentscheidungen werden ohne weitere Mahnung oder Warnung unmittelbar sanktioniert. Mit der Veranstaltung, Leitung oder Teilnahme an einer Versammlung verbindet sich so das Risiko, wegen Fehler und Fehleinschätzungen ex post mit einer Geldbuße belegt zu werden.

Die Verhängung einer Geldbuße bedeutet dabei die Verhängung einer repressiven Sanktion, verbunden mit dem staatlichen Tadel rechtswidrigen vorwerfbaren Fehlverhaltens (vgl. § 1 I OWiG). Dabei kann eine Geldbuße in Höhe von bis zu 3000 Euro gem. Art. 21 BayVersG eine empfindliche Belastung darstellen. Überdies wird die Belegung mit einer Geldbuße für ein Verhalten bei einer früheren Versammlung in der Praxis zur Stützung verwaltungsrechtlicher Gefahrenprognosen herangezogen, so dass sich hieraus auch für die künftige Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit weit reichende Folgen ergeben können."

Die Wirkung der Bußgeldbewehrung unterscheidet sich damit grundlegend von der Statuierung allein verwaltungsrechtlicher Pflichten und Verbote.

Diese werden gegenüber dem Bürger grundsätzlich auf der Grundlage eines Verwaltungsakts durchgesetzt. Was in der jeweiligen Situation für den Einzelnen verbindlich ist, wird damit zunächst einzelfallbezogen festgestellt und dem Bürger, Rechtsklarheit schaffend und mit Rechtsmitteln überprüfbar, vor Augen gehalten. Die jeweiligen Rechtspflichten werden so durch die Verwaltung für den Einzelnen konkretisiert, ohne dass ein Schuldvorwurf erhoben wird. Das Risiko der Unkenntnis oder der Fehleinschätzung von Rechtspflichten angesichts der jeweiligen Umstände wird dem Bürger damit weitgehend genommen. Diese rechtsstaatliche Funktion des Verwaltungsakts ist gerade in Bezug auf die hier in Rede stehenden Pflichten - unbeschadet der erst im Hauptsacheverfahren zu entscheidenden Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit - von Bedeutung. Denn diese sind vom Gesetzgeber teils detailgenau ausdifferenziert, teils konkretisierungsbedürftig offen ausgestaltet und setzen damit fachliche Kenntnisse oder adäquate Situationseinschätzungen voraus. Dass sich darüber Unsicherheiten und Fehleinschätzungen hinsichtlich der im Einzelfall geltenden Anforderungen auch für Bürger ergeben können, die sich rechtstreu verhalten wollen, liegt nicht fern.

Die Anwendbarkeit von Bußgeldvorschriften, die den Verstoß gegen diese Pflichten zur Ordnungswidrigkeit erheben, wäre ein Nachteil von ganz besonderem Gewicht.

Verbindet sich die Wahrnehmung des Versammlungsrechts in dieser Weise mit einem schwer kalkulierbaren Risiko persönlicher Sanktionen, drohte dies der Inanspruchnahme eines elementaren demokratischen Kommunikationsgrundrechts die Unbefangenheit zu nehmen. Damit verbundene Einschüchterungseffekte wiegen auch für die Zeit bis zur Hauptsacheentscheidung schwer.

b) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Außerkraftsetzung

Demgegenüber sind die Nachteile einer vorläufigen Außerkraftsetzung der fraglichen Bußgeldbestimmungen nicht von vergleichbarem Gewicht.

Zwar entfällt mit ihrer Nichtanwendbarkeit für die Übergangszeit ihre abschreckende Funktion. Die versammlungsrechtlichen Pflichten selbst bleiben durch die Außerkraftsetzung allein der Bußgeldbewehrung

jedoch unberührt. Ebenso wenig wie nach alter Rechtslage drohen diese deshalb in faktischer Hinsicht leer zu laufen. Falls erforderlich sind sie vielmehr weiterhin nach Maßgabe des Verwaltungsvollstreckungsrechts durchsetzbar. Im Übrigen kann ihre Verletzung vor allem Bedeutung im Rahmen von Entscheidungen nach Art. 15 I BayVersG, gegebenenfalls in Verbindung auch mit Art. 14 I und II BayVersG gewinnen. Die versammlungsrechtliche Grundkonzeption des Gesetzgebers zur Gewährleistung eines den Sicherheitsanforderungen genügenden Versammlungsrechts wird durch eine Außerkraftsetzung allein der Bußgeldnormen nicht berührt.

2. keine Aussetzung der Anwendung der den Bußgeldvorschriften zu Grunde liegenden verwaltungsrechtlichen Ge- und Verbote

a) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Anwendung

Allerdings sind die Nachteile, die eine vorläufige Anwendbarkeit zur Folge hat, auch insoweit noch erheblich: So wird den Veranstaltern die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit durch die Erweiterung und Formalisierung der Bekanntmachungs- und Anzeigepflichten, die nicht nach Größe und Gefahrenpotenzial der Versammlung unterscheiden, erheblich erschwert. Das gilt insbesondere für den Katalog des Art. 131 und II BayVersG. Den Bürger trifft danach nicht nur eine Anzeigepflicht hinsichtlich der äußeren Kerninformationen der Versammlung, sondern auch eine Pflicht zur Mitteilung ihres genauen Ablaufs und möglicherweise auch ihres Inhalts. Der Veranstalter kann damit auch inhaltlich hinsichtlich seiner Freiheitswahrnehmung detailliert erklärungs-pflichtig werden. Weiterhin steht er in der Pflicht, sich zum Zwecke einer behördlichen Geeignetheitsprüfung bereits frühzeitig auf den genauen Ablauf und den organisatorischen Rahmen festzulegen und hierbei zahlreiche personenbezogene Daten der Ordner und des Versammlungsleiters mitzuteilen. Auch sind an die von situationsbezogenen Einschätzungen abhängigen Pflichten nach Art. 4 III BayVersG, der für den Leiter nicht nur Obliegenheiten, sondern eine echte Ordnungsverantwortung begründet, und nach Art. 7 II BayVersG Nachteile geknüpft, die auch unabhängig von der Bußgeldbewehrung erheblich sind. Sollten sich diese Pflichten ganz oder zum Teil als verfassungswidrig erweisen, wäre deren vorläufige Anwendung ein Nachteil, der die persönliche Wahrnehmung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit erheblich behinderte und auch eine Beeinträchtigung der demokratischen Funktion des Versammlungsrechts zur Folge hätte.

b) Relevanz der Nachteile bei einer vorläufigen Nichtanwendung

Diese Nachteile haben jedoch nicht ein solches Gewicht, dass sie gegenüber den Nachteilen, die mit einer Außerkraftsetzung dieser Vorschriften verbunden wären, überwiegen.

Denn mit einer Außerkraftsetzung dieser Normen wäre nicht nur ein vorläufiger Verlust an routinemäßiger Vereinfachung und Effizienzsteigerung durch frühzeitige wie vollständige Vorabinformation der Verwaltungsbehörden verbunden, sondern würden zentrale Grundlagen zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit sowie der Friedlichkeit von Versammlungen betroffen. Da das Versammlungsgesetz des Bundes durch eine vorläufige Aussetzung nicht wieder aufleben würde, fehlte es dem Bayerischen Versammlungsrecht bis zur Entscheidung über die Hauptsache an zentralen Vorschriften, wie etwa schon generell an einer Anzeigepflicht. Damit wäre eine sichere Wahrnehmung des Versammlungsrechts zumindest erheblich gefährdet. Das BVerfG müsste wenigstens einige der angegriffenen Vorschriften durch eine gerichtliche Anordnung ersetzen. Das aber kann allenfalls in Sonderkonstellationen gerechtfertigt sein, die hier nicht gegeben sind. Durch die vorläufige Außerkraftsetzung der Bußgeldbewehrung sind die Nachteile der angegriffenen Vorschriften vielmehr so weit aufgefangen, dass in Respekt vor der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eine weitergehende einstweilige Anordnung in Bezug auf Art. 3 III, 4 III, 7 II und 13 I und II BayVersG nicht geboten ist.

3. Teilweise Aussetzung des Art. 9 II und IV BayVersG

Eine Folgenabwägung ergibt hier, dass die Nachteile einer vorläufigen Anwendbarkeit die Nachteile einer - sachlich beschränkten - vorläufigen Außerkraftsetzung überwiegen.

a) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Anwendung

Die Nachteile der uneingeschränkten vorläufigen Anwendbarkeit von Art. 9 II und IV BayVersG sind gravierend:

Bei jeder Versammlung muss jeder Teilnehmer damit rechnen, dass das gesamte Geschehen an eine Leitstelle übermittelt und zugleich aufgezeichnet wird. Art. 9 II 1 BayVersG erlaubt zunächst Übersichtsaufnahmen (Kamera-Monitor-Übertragungen) von jeder Versammlung unabhängig von deren Größe und Gefahrenpotenzial,

auch in geschlossenen Räumen. soweit dies nur dem Ziel der „Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes“ dient. Dass aus dieser Zielsetzung irgendeine tatbestandliche Begrenzung folgt oder folgen soll. ist nicht ersichtlich. Auch die Anfertigung von Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 9 II 2 BayVersG ist der Polizei praktisch immer erlaubt. Die gesetzliche Maßgabe, nach der die Übersichtsaufzeichnung zur „Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens“ erforderlich sein muss, begrenzt diese Befugnis nicht, da eine Auswertung des Polizeieinsatzes als solche rechtlich immer zulässig und auf eine Fixierung der Aufnahmen notwendigerweise auch angewiesen ist. Der Sache nach ermächtigt Art. 9 II 2 BayVersG zu einer anlasslosen Bildaufzeichnung des gesamten Versammlungsgeschehens.

Dabei ist die Anfertigung solcher Übersichtsaufzeichnungen nach dem heutigen Stand der Technik für die Aufgezeichneten immer ein Grundrechtseingriff. da auch in Übersichtsaufzeichnungen die Einzelpersonen in der Regel Individualisierbar mit erfasst sind. Sie können, ohne dass technisch weitere Bearbeitungsschritte erforderlich sind, durch schlichte Fokussierung erkennbar gemacht werden, so dass einzelne Personen identifizierbar sind. Ein prinzipieller Unterschied zwischen Übersichtsaufzeichnungen und personenbezogenen Aufzeichnungen besteht diesbezüglich. jedenfalls nach dem Stand der heutigen Technik, nicht.

Eine so weite Befugnis zur Erstellung von Übersichtsaufzeichnungen führt zu gewichtigen Nachteilen.

Sie begründet für Teilnehmer an einer Versammlung das Bewusstsein, dass ihre Teilnahme und die Form ihrer Beiträge unabhängig von einem zu verantwortenden Anlass festgehalten werden können und die so gewonnenen Daten über die konkrete Versammlung hinaus verfügbar bleiben. Dabei handelt es sich überdies um sensible Daten. In Frage stehen Aufzeichnungen, die die gesamte - möglicherweise emotionsbehaftete - Interaktion der Teilnehmer optisch fixieren und geeignet sind. Aufschluss über politische Auffassungen sowie weltanschauliche Haltungen zu geben. Das Bewusstsein, dass die Teilnahme an einer Versammlung in dieser Weise festgehalten wird. kann Einschüchterungswirkungen haben, die zugleich auf die Grundlagen der demokratischen Auseinandersetzung zurückwirken. Denn wer damit rechnet, dass die Teilnahme an einer Versammlung behördlich registriert wird und dass ihm dadurch persönliche Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf die Ausübung seines Grundrechts verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl. weil die kollektive öffentliche Meinungskundgabe eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten demokratischen und freiheitlichen Gemeinwesens ist (vgl. BVerfGE 65, 1 (43) = NJW 1984,419 = NVwZ 1984, 167 L).

Die Schwere des Grundrechtseingriffs einer anlasslosen Datenerhebung nimmt dabei mit der Möglichkeit der Nutzung der Daten für Folgeeingriffe in Grundrechte der Betroffenen zu (vgl. BVerfGE 120, 378 (403) = NJW 2008, 1505) ... Zwar ist eine Identifikation einzelner Personen nur zulässig. wenn die strengeren Voraussetzungen des Art. 9 I BayVersG vorliegen (Art. 9 II 4 BayVersG). ... Die maßgebliche Belastung der Übersichtsaufzeichnungen liegt jedoch darin, dass die gesamten Versammlungsdaten gem. Art. 9 IV BayVersG auch über die konkrete Versammlung hinaus verfügbar gehalten werden, unter Umständen sogar zeitlich unbegrenzt. Die Übersichtsaufzeichnungen werden damit zu einem Datenvorratsspeicher. auf den über die Aufarbeitung des aufgezeichneten Versammlungsgeschehens hinaus allgemein zur Verfolgung von Straftaten und zur Gefahrenabwehr bei künftigen Versammlungen zurückgegriffen werden kann.

Auch nachträglich kann damit eine zunächst unauffällige Teilnahme an einer Versammlung aufgegriffen. neu interpretiert und zum Anknüpfungspunkt weiterer Maßnahmen gemacht werden. ohne dass dieses gesetzlich klar und sachhaltig begrenzt würde.

Die Identifizierung einer abgebildeten Person ist insoweit zwar auf ein Jahr beschränkt. Eine solche allein auf die Datennutzung bezogene Befristung hebt die durch die unbefristete Speicherung begründete Beeinträchtigung des Betroffenen jedoch nicht auf. Denn technisch bleiben die Daten verfügbar. und trotz der hindernisfreien Identifizierbarkeit von Einzelpersonen in Übersichtsaufzeichnungen sieht das Gesetz hiergegen eine nachvollziehbare und strukturelle Sicherung nicht vor. Angesichts der Streubreite der erhobenen Daten trägt dies dazu bei. dass sich hierdurch das Risiko des Missbrauchs und ein Gefühl des Überwachtwerdens verfestigen kann.

b) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Nichtanwendung

Die vorläufige Hinnahme hierdurch begründeter Einschüchterungseffekte hat im Rahmen der Folgenabwägung auch bei Anlegung besonders strenger Maßstäbe höheres Gewicht als die Nachteile einer einstweiligen Außerkraftsetzung dieser Vorschriften. So sind die Nachteile eines teilweisen Verzichts auf

Übersichtsaufzeichnungen für die Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens jedenfalls dann von geringerem Gewicht, wenn von einer Versammlung keine erheblichen Gefahren ausgegangen sind. Auch der vorläufige Verlust der Nutzungsmöglichkeit der Aufzeichnungen für die polizeiliche Aus- und Fortbildung, für die auch auf viele andere Mittel zurückgegriffen werden kann, wiegt die Nachteile der anlasslosen Datenbevorratung nicht auf. Dasselbe gilt aber auch für den - vom Gesetzgeber selbst nicht als Ziel, sondern nur als Anschlussnutzungseffekt vorgesehenen - Rückgriff auf die Übersichtsaufzeichnungen für die Strafverfolgung und die Abwehr künftiger versammlungsspezifischer Gefahren.


c) Umfang der Nichtanwendung

Angesichts der besonders strengen Anforderungen an die vorläufige Außerkraftsetzung von Gesetzen ist allerdings nicht eine vollständige Außerkraftsetzung des Art. 9 II und IV BayVersG geboten.

„Für eine vorläufige Regelung reicht es - in Anknüpfung an die herrschende Auffassung zu § 12a VersG aus, die Anfertigung von Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 9 II 2 BayVersG unter die Bedingungen des Art. 9 I BayVersG zu stellen.

Übersichtsaufzeichnungen sind danach nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von der Versammlung erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Im Ergebnis können bei Versammlungen, von denen nach diesen Maßstäben eine Gefahr ausgeht, mittels Übersichtsaufzeichnungen auch die Bilddaten von rechtstreuen Versammlungsteilnehmern erhoben werden. Dies bleibt ein gewichtiger Nachteil, ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes jedoch im Respekt vor dem Gesetzgeber hinzunehmen. Durch die einstweilige Anordnung ist jedoch sicherzustellen, dass Teilnehmer nicht fürchten müssen, ihre Teilnahme werde über die konkrete Versammlung hinaus anlasslos festgehalten, und dass die Daten nicht für Zwecke genutzt werden, die mit der Versammlung in keinem Zusammenhang stehen. Es ist deshalb anzuordnen, dass eine Auswertung der Daten unverzüglich zu erfolgen hat. Soweit die Daten nach dieser Auswertung nicht in Bezug auf einzelne Personen zur Verfolgung von Straftaten im Zusammenhang mit der aufgezeichneten Versammlung oder zur Abwehr künftiger versammlungsspezifischer Gefahren nach Maßgabe des Art. 9 IV 1 Nr. 2 BayVersG benötigt werden, müssen sie spätestens innerhalb von zwei Monaten gelöscht oder zumindest irreversibel anonymisiert werden.“

Gericht: VGH München	Hinreichende Bestimmtheit eines VAs	VwVfG
Aktenzeichen: 19 ZB 08.489		§§ 37 I, 49a
Datum: 22.04.2008		

	<p>1. Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit des Verwaltungsakts konkretisiert die Forderung nach der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und hat daher vor allem der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu dienen</p> <p>2. Ein Rückforderungsbescheid muss den Betrag der rechtsgrundlosen Leistung und die zu erstattende Summe enthalten; er darf keinerlei Zweifel daran aufkommen lassen, in welcher Höhe und zu welchem Fälligkeitszeitpunkt der geforderte Betrag zu entrichten ist.</p> <p>3. Die Verwaltungsbehörde kann es deshalb ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht der Hausbank des Schuldners überlassen, den geforderten Erstattungsbetrag zu berechnen; sie muss das Festsetzungsverfahren unter ihrer Kontrolle halten und darf es nicht aus der Hand geben.</p>
---	--

A. Rückforderung von Subventionen, §§ 49 111, 49a VwVfG

Die Rückforderung von Subventionen nach § 49a VwVfG Bund setzt voraus, dass ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen wurde. Die Rückforderung kann dann durch Leistungsbescheid geltend gemacht werden.

vgl. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG **BW**, § 49a VwVfG **Hess.**, § 1 I VwVfG **RhLPf.** i.V.m. § 49a VwVfG Bund

Eine Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit ist nur nach § 48 I, 11 4 VwVfG Bund möglich. Ein Widerruf mit Wirkung für die Vergangenheit kann nur unter den Voraussetzungen des § 49 111 VwVfG Bund erfolgen.

Wurde ein Verwaltungsakt wirksam mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben, so liegen die Voraussetzungen für eine Rückforderung nach § 49a VwVfG Bund vor. An diesen Verwaltungsakt sind jedoch die üblichen Rechtmäßigkeitserfordernisse zu stellen, insbesondere muss er nach § 37 I VwVfG Bund hinreichend bestimmt sein.

B. Bestimmtheit eines Rückforderungsbescheides (VGH München, OÖV 2009, 299)

Sachverhalt: Die Bel. streiten um die Kürzung einer im Rahmen des Agrarinvestitionsförderprogramms gewährten Zinsverbilligung für Kapitalmarktdarlehen. Auf Antrag des KI. vom 13.10.1995 gewährte der Bekl. mit Zuwendungsbescheid vom 14.10.1997 nach den Richtlinien des Staatsministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten verschiedene Zuwendungen für landwirtschaftliche Investitionsmaßnahmen. Im Jahre 2002 erhielt das zuständige Landwirtschaftsamt W. des Bekl. Kenntnis davon, dass der Förderfall des KI. durch die staatliche Rechnungsprüfung untersucht und in mehreren Punkten beanstandet worden war. Unter anderem habe der KI. während der Bauphase Umsatzsteuererstattungen erhalten, die die Förderung minderten. Nach vorangegangener Anhörung kürzte der Bekl. mit Bescheid vom 28.12.2005 das mit Zuwendungsbescheid vom 14.10.1997 bewilligte zinsverbilligte Kapitalmarktdarlehen in Höhe von 248.487,85 Euro rückwirkend ab Bewilligung um 45.377,15 Euro auf den Betrag von 203.110,70 Euro (Nr. 1). In Nr. 2 des Bescheides wurde verfügt, dass der KI. den Rückzahlungsbetrag, der von der Hausbank noch zu berechnen sei, spätestens zum 13.02.2006 zurückzuzahlen habe.

Gegen diesen Bescheid erhob der KI. Widerspruch. Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 26.6.2006 ließ der KI. Untätigkeitsklage erheben. Nach Durchführung eines ersten Verhandlungstermins erließ der Bekl. unter dem 03.07.2007 einen Änderungsbescheid, mit dem die Nr. 1 des Bescheides vom 28. 12. 2005 folgende Fassung erhielt:

Es wird festgestellt, dass sich das mit Zuwendungsbescheid vom 14.10.1997 bewilligte zinsverbindliche Kapitalmarktdarlehen in Höhe von 248.487,85 Euro rückwirkend ab Bewilligung um 38.317,85 Euro auf den Betrag von 210.170,00 Euro vermindert. Nach weiterer mündlicher Verhandlung am 10.10.2007 beantragte der KI., den Bescheid des Bekl. vom 28.12.2005 unter Einbeziehung des Änderungsbescheides vom 03.07.2007 aufzuheben. Der Bekl. trat dem entgegen und beantragte Klageabweisung. Das VG hob den Bescheid des Bekl. vom 28.12.2005 i.d.F. des Änderungsbescheides vom 03.07.2007 auf.

Zu Recht?

Lösung:

I. Ermächtigungsergrundlage

Rechtsgrundlage für die Festsetzung des Erstattungsanspruchs ist Art. 49a I BayVwVfG.

vgl. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG **BW**, § 49a VwVfG **Hess.**, § 1 I VwVfG **Rhlpf.** i.V.m. § 49a VwVfG Bund

Danach sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen worden oder infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist. Die zu erstattende Leistung ist durch schriftlichen Verwaltungsakt festzusetzen (Art. 49a I 2 BayVwVfG).

II. formelle Rechtmäßigkeit

Zuständig für die Rückforderung ist grundsätzlich die Erlassbehörde. Allerdings muss ein solcher Verwaltungsakt nach Art. 37 I BayVwVfG inhaltlich hinreichend bestimmt sein.

vgl. § 37 I VwVfG Bund, § 37 I VwVfG **BW**, § 37 I VwVfG **Hess.**, § 1 I VwVfG **Rhlpf.** i.V.m. § 37 I VwVfG Bund

Das bedeutet zum einen, dass der Adressat in die Lage versetzt werden muss, zu erkennen, was von ihm gefordert wird. Zum anderen muss der Verwaltungsakt geeignete Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung sein können.

Im Einzelnen richten sich die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit eines solchen Verwaltungsakts nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden materiellen Rechts (vgl. BVerwGE 84, 335 [338] = NVwZ 1990, 663; BVerwGE 104,301 [317] = NVwZ 1999, 178).

Aus der getroffenen Verfügung, d.h. dem Entscheidungssatz im Zusammenhang mit den Gründen und sonstigen bekannten oder ohne Weiteres erkennbaren Umständen muss für die Beteiligten, vor allem für den Adressaten, die Regelung, die den Zweck, Sinn und Inhalt des Verwaltungsakts ausmacht, so vollständig, klar und unzweideutig erkennbar sein, dass diese ihr Verhalten danach ausrichten können (vgl. OVG Münster, NVwZ 1993, 1000).

Der Verwaltungsakt muss, da er zugleich Titel und damit Grundlage der Vollstreckung ist, aus sich heraus verständlich sein (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 37 Rn 12 m.w.N.). Von dem Betr. kann deshalb grundsätzlich nicht verlangt werden, dass er unter Hinzuziehung eines Dritten erforscht, was von ihm im Einzelnen verlangt wird (vgl. OVG Münster, NVwZ 1993, 1000).

Zulässig sind allenfalls Bezugnahmen auf gegenüber den Bet. früher ergangene Verwaltungsakte oder ihnen bekannte und ihnen vorliegende oder jederzeit zugängliche Unterlagen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 37 Rn 7 m.w.N.). So kann bspw. zur Erläuterung einer Rückforderungssumme auf ein dem Bescheid beigefügtes Berechnungsblatt verwiesen werden; es muss jedoch für den Bescheidadressaten klar erkennbar sein, was von ihm gefordert wird.

Ob ein Verwaltungsakt diesen Anforderungen genügt, ist durch Auslegung seines verfügenden Teils im Zusammenhang mit den Gründen und sonstigen den Betr. bekannten oder für sie ohne Weiteres erkennbaren Umständen festzustellen (vgl. BVerwGE 104,301 [318] = NVwZ 1999, 178 m.w.N.).

Die Annahme einer Nichtigkeit wegen Unbestimmtheit scheidet aus, wenn die (vorrangige) Auslegung des Bescheids etwaige Zweifel an der Bestimmtheit beseitigt; dabei kommt es nicht darauf an, wie ein außenstehender Dritter, sondern wie der Betr. selbst nach den ihm bekannten Umständen den materiellen Gehalt des angefochtenen Bescheides unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstehen musste (vgl. BVerwGE 104, 301 [318] = NVwZ 1999, 178 m.w.N.).

Unter Anlegung dieser Maßstäbe erweist sich die Nr. 2 des angefochtenen Bescheides vom 28.12.2005 i.d.F. des Änderungsbescheides vom 03.07.2007 (zumindest) als rechtswidrig, wenn nicht gar als nichtig.

Der angefochtene Bescheid verweist in Nr. 2 hinsichtlich des Erstattungsbetrages lediglich auf eine noch zu erstellende Berechnung. Eine Summe wird nicht genannt. Ebenso wenig ist eine Berechnung und Bezifferung des geschuldeten Betrages im Weg der Auslegung der Bescheidgründe möglich. Für den KI. als Adressat des Verwaltungsakts ist deshalb nicht erkennbar, in welchem Umfang er zur Rückerstattung verpflichtet ist. Vielmehr wird von ihm verlangt, unter Hinzuziehung eines Dritten - seiner Hausbank - zu ermitteln, was von ihm im Einzelnen gefordert wird. Dies ist unzulässig (vgl. OVG Münster, NVwZ 1993, 1000f.).

Der Rückforderungsbescheid muss den Betrag der rechtsgrundlosen Leistung und die zu erstattende Summe enthalten; er darf keinerlei Zweifel daran aufkommen lassen, in welcher Höhe und zu welchem Fälligkeitszeitpunkt der geforderte Betrag zu entrichten ist (vgl. BVerwG, NJW 1993, 1667f.; NVwZ-RR 1997, 248 = DVBI 1996, 1061f.).

Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit des Verwaltungsakts (Art. 37 I BayVwVfG) konkretisiert die Forderung nach der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und hat daher vor allem der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit zu dienen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 37 Rn 2).

Nach Art. 49a I 2 BayVwVfG ist die zu erstattende Leistung durch schriftlichen Verwaltungsakt festzusetzen.

Diese Aufgabe ist ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage, die hier nicht vorliegt, einer materiellen Privatisierung nicht zugänglich (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, Einf. Rn 105 m. w.N.). Der Bekl. kann es deshalb

nicht der Hausbank des KI. überlassen, den geforderten Erstattungsbetrag zu berechnen; er muss das Festsetzungsverfahren nach Art. 49a I 2 BayVwVfG unter seiner Kontrolle halten und darf es nicht aus der Hand geben. Letzteres ist jedoch der Fall, wenn der Bekl. die Berechnung durch die Hausbank durchführen lässt, statt diese nach entsprechender Überprüfung zum Bestandteil seines Bescheides zu machen.


Die Befugnis, eine Geldforderung durch Verwaltungsakt (Leistungsbescheid) festsetzen zu dürfen, ist ein von Gesetzes wegen eingeräumtes Privileg (Art. 49a I 2 BayVwVfG), das die Verwaltungsbehörden von der ansonsten bestehenden Verpflichtung zur klageweisen Durchsetzung ihrer Forderungen entbindet.

Eine entsprechende Leistungsklage müsste die bestimmte Angabe des Klagegegenstandes und des Klagegrundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten - bezifferten - (Klage)Antrag enthalten (§ 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 253 Nr. 2 ZPO). Auf Grund des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 III GG) können bei einer Geltendmachung durch Leistungsbescheid unter dem Gesichtspunkt hinreichender Bestimmtheit (Art. 37 I BayVwVfG) keine geringeren Anforderungen gelten.

Ergebnis: Der Rückforderungsbescheid ist daher mangels hinreichender Bestimmtheit rechtswidrig.

Arbeitsrecht

Gericht: BAG	Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz: Lohnerhöhungen	BGB
Aktenzeichen: 5 AZR 486/08		Allg. Grund-
Datum: 15.07.2009		satz

	Aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sind Arbeitgeber verpflichtet, ihre Arbeitnehmer bei Anwendung einer selbst gesetzten Regelung gleich zu behandeln. Deshalb dürfen sie im Fall einer freiwillig gewährten allgemeinen Lohnerhöhung Unterschiede nur aus sachlichen Gründen machen.
---	--

Sachverhalt: Der beklagte Arbeitgeber beschäftigt etwa 300 Arbeitnehmer. Er hatte ihre Vergütung ab dem 1.1.2007 um 2,5 Prozent erhöht. Hiervon ausgenommen waren allerdings der Kläger und weitere 13 Mitarbeiter. Grund dafür war die Tatsache, dass diese Mitarbeiter sich 2003/2004 nicht auf eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen eingelassen hatten. Dabei ging es u.a. um eine Reduzierung ihres Urlaubsanspruchs von 30 auf 25 Tage und einem Wegfall des zusätzlichen Urlaubsgeldes um 50 Prozent.

Der Arbeitgeber bot dem Kläger die Lohnerhöhung von 2,5 Prozent daraufhin nur unter der Voraussetzung an, dass dieser die Vertragsverschlechterung ebenfalls annehme. Das lehnte der Kläger ab.

Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos.

Lösung:

Der Kläger hat gegen seinen Arbeitgeber keinen Anspruch auf Zahlung der Lohnerhöhung.

Zwar war der Arbeitgeber aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes verpflichtet, seine Arbeitnehmer bei Anwendung einer selbst gesetzten Regelung gleich zu behandeln. Deshalb durfte er auch im Fall einer freiwillig gewährten allgemeinen Lohnerhöhung Unterschiede nur aus sachlichen Gründen machen. Denn der Arbeitgeber muss die Anspruchsvoraussetzungen so abgrenzen, dass nicht ein Teil der Arbeitnehmer sachwidrig oder willkürlich von der Vergünstigung ausgeschlossen wird.

Dadurch, dass der Arbeitgeber im vorliegenden Fall den Einkommensverlust der Arbeitnehmer von 2003/2004 mit einer Lohnerhöhung teilweise ausglich, handelte er allerdings weder sachwidrig oder willkürlich. Denn auf diese Zwecksetzung hatte er ausdrücklich hingewiesen.

Da der Kläger keinen Einkommensverlust erlitten hatte, konnte er später nicht verlangen, an dem Ausgleich teilzunehmen.