



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

37. Jahrg.

Februar 2012

Heft 2

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Einheitlicher Mietvertrag für Wohnung und Garage
- LG Hagen:** Bindung an gewählte Art der Nacherfüllung
- BGH:** Amtsträgereigenschaft eines niedergelassenen Vertragsarztes
- OVG Bremen:** Durchsuchung von Räumen eines religiösen Vereins
- BGH:** Anscheinsbeweis bei Auffahrunfall nach Spurwechsel
- BGH:** Zuständigkeitsrüge auch nach Verfahrensabsprache
- VGH Mannheim:** Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreis: vierteljährlich 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Die Insolvenzrechtsnovelle.....	1
---------------------------------	---

Brandaktuell

BGH: Heizkostenabrechnung nach dem Leistungsprinzip (Absage an das Abflussprinzip).....	3
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Kündigung einer Garage (Maßstäbe für einheitlichen Mietvertrag mit Wohnung).....	4
LG Hagen: Wahlrecht des Käufers bei Nacherfüllung (Wechsel der gewählten Art der Nacherfüllung).....	7

Strafrecht

BGH: Vorliegen einer kriminellen Vereinigung (geografische Zuordnung).....	10
BGH: Amtsträgereigenschaft (niedergelassener Vertragsarzt).....	13

öffentl. Recht

OVG Bremen: Durchsuchung von Räumen eines religiösen Vereins (konkrete Anhaltspunkte für Vereinsverbot).....	18
VGH Mannheim: Auflagen zur Versammlung (Rechtmäßigkeitsanforderungen).....	21

Kurzauslese I

BGH: Außen-GbR (Zugang einer Kündigungserklärung).....	25
BGH: mietrechtliche Verjährung (Beginn der Verjährungsfrist bei verweigerter Schlüsselrücknahme).....	25
BGH: Betriebskostenpauschale (Auskunftsanspruch des Mieters).....	25
BGH: Auskunftsanspruch (Verjährung).....	26
BGH: Heimtücke (Tötung eines zweiten Opfers).....	27
BGH: Waffenbegriff (Wasserpistole ist keine Waffe).....	27
BGH: Sicherungserpressung (Betrug mit anschließender Nötigung).....	27
LG Lüneburg: unbefugte personenbezogene Datenerhebung (verdeckte Verwendung eines GPS-Senders).....	28
RhPfVerfGH: Stimmenauszählung im automatisierten Verfahren (verfassungsgemäß).....	29

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH: Hinweispflicht des Gerichts (Unmissverständlichkeit und Nachholungsmöglichkeit).....	30
BGH: Anscheinsbeweis bei Auffahrunfall (nicht bei vorhergehendem Spurwechsel auf Autobahn).....	32

Strafrecht

BGH:	Zuständigkeitsrüge (Zulässigkeit nach Verfahrensabsprache).....	36
------	--	----

öffentl. Recht

OVG Magdeburg:	Zwangsgeldfestsetzung bei Ge- oder Verbot (Versuch oder Absicht nicht ausreichend).....	38
VGH Mannheim:	Anordnung der sofortigen Vollziehung (keine Nachholung der Begründung).....	41

Kurzauslese II

OLG Jena:	Anhörungsrüge (inhaltliche Anforderungen).....	44
BGH:	verspätetes Vorbringen (neues Angriffs- und Verteidigungsmittel).....	44
LAG Rh-Pf:	Zwangsgeld (Durchsetzung durch Ersatzzwangshaft).....	45
OLG Oldenburg:	Wiedereinsetzung (nach falscher richterlicher Auskunft).....	45
KG:	nicht vollzogener Haftbefehl (Grundlage für Haftverschonungsauflagen).....	45
BVerfG:	Akteneinsichtsrecht (willkürliche Verweigerung der Aktenübersendung an Strafverteidiger).....	46
OLG Hamm:	Verwertungsverbot (für Angaben eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen).....	46
BGH:	Urteilsgründe (unzulässige Verweisung auf CD-Rom).....	46
OLG Celle:	Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts (vorangegangene Verständigung).....	47
OLG Oldenburg:	Revision (Fortführung einer Berufung als Revision).....	47
BVerwG:	Abgabenachricht (unselbstständige Verfahrenshandlung).....	48
BayVGH:	Verwirkung des Klagerechts (nicht allein durch Zeitablauf).....	48
BVerwG:	vereinfachtes Berufungsverfahren (zulässiger Verzicht auf erneute Beweisaufnahme).....	48

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BAG:	Überstundenpauschalabgeltungsklausel (AGB-Kontrolle).....	49
VGH Kassel:	Kostenfestsetzungsverfahren (Vertretungszwang).....	49
OVG Hamburg:	Streitwert (unzulässige Klageerweiterung).....	51
OLG München:	Prozess-/Verfahrenskostenhilfe (Anspruch des beigeordneten Rechtsanwalts auf fiktive Reisekosten).....	51
BGH:	Terminsgebühr (mündl. Verhandlung auf Antrag einer Partei).....	51
OLG Düsseldorf:	Streitwertfestsetzung (erst nach Entstehung von Gerichtsgebühren).....	52
OLG Düsseldorf:	Streitwertfestsetzung (Stufenklage).....	52

Aus der Praxis

BGH:	Anwaltszulassung (zulässiger Widerruf bei Beamtenernennung).....	53
BGH:	zertifizierter Testamentsvollstrecker (praktische Erfahrung).....	56
AG Brühl:	Beratungshilfe (unzulässige Beschränkung auf „Beratung“).....	56
OLG Hamm:	Scheidungsverbund (Wahrung der Zwei-Wochen-Frist durch Verfahrenskostenhilfeantrag).....	56
OLG Brandenburg:	Scheidungsverbund (missbräuchliche Verfahrensverzögerung durch Anhängigmachen von Folgesachen).....	57
BGH:	Fristverlängerungsantrag (Erkundigungspflicht des Rechtsanwalts).....	57

Steuern

BVerwG:	Gewerbesteuermessbetrag (kein Schadensersatzanspruch der Gemeinde bei fehlerhafter Festsetzung).....	58
BFH:	Private Nutzung eines Dienstwagens (Anwendbarkeit der 1 %-Regelung).....	59
BFH:	Werbungskostenabzug (Aufwendungen für häusliches Arbeitszimmer eines Richters).....	59

Weitere Schrifttumsnachweise..... 61

Mandantenbrief..... 65

Aus der Gesetzgebung

Die Insolvenzrechtsnovelle

Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 07.12.2011, In-Kraft-Treten der Art. 4, 5, 7 und 8 am 01.01.2013, i. Ü. am 01.03.2012 (BGBl I, S. 2582)

I. Das Ziel der gesetzlichen Neuregelung

Mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) werden **mehrere Reformvorhaben** zum Insolvenzrecht **umgesetzt**.

Insbesondere soll der Gesetzentwurf der **Erleichterung der Sanierung von Unternehmen** durch einen stärkeren Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters, durch **Ausbau und Straffung des Insolvenzplanverfahrens**, durch die **Vereinfachung des Zugangs zur Eigenverwaltung** und durch eine größere **Konzentration der Zuständigkeit der Insolvenzgerichte** dienen. Außerdem soll die Position von sog. „Clearinghäusern“ gestärkt werden, die bei Finanztransaktionen mit dem Ziel einer effizienten Abwicklung und Risikominimierung als zentraler Vertragspartner zwischen Käufern und Verkäufern geschaltet werden. Insgesamt soll so die Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen erleichtert und damit der Erhalt von Arbeitsplätzen ermöglicht werden. Gleichzeitig wird aber daran festgehalten, dass die **Befriedigung der Gläubiger weiterhin** das **zentrale Anliegen** des Insolvenzverfahrens bleibt. Zukünftig soll das Insolvenzverfahren für alle Beteiligten effektiver und planbarer ausgestaltet werden.

II. Die Neuregelungen im Überblick

1. Die Stärkung der Gläubigerautonomie

Die Gläubigerautonomie soll durch die Möglichkeit gestärkt werden, **bereits im Eröffnungsverfahren** einen **vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen**, der bei bestimmten Unternehmen ein wichtiges Mitspracherecht bei der Auswahl des Insolvenzverwalters und der Anordnung der Eigenverwaltung hat.

Auch bei der Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, die gemeinhin als Schicksalsfrage des Verfahrens bezeichnet wird, soll dieser vorläufige Gläubigerausschuss eingebunden werden. Die Beteiligung der Gläubiger wird aber nicht nur zeitlich vorverlagert; vielmehr sollen Vorgaben des Ausschusses zur Person des Verwalters – seine Eignung und Unabhängigkeit vorausgesetzt – für den Richter unter bestimmten Umständen bindend sein. Künftig soll das Gericht in Insolvenzverfahren über Unternehmen, deren Betrieb noch nicht eingestellt ist und die eine bestimmte Unternehmensgröße und damit eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung haben, verpflichtet sein, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzuberufen. Besteht ein solcher vorläufiger Gläubigerausschuss und einigen sich alle Mitglieder auf einen Verwalter, ist das Gericht hieran gebunden.

2. Das „Schutzschirmverfahren“ für Schuldner

Künftig wird ein Schuldner bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung die Möglichkeit erhalten, **innerhalb von drei Monaten** in einer Art „Schutzschirmverfahren“ **unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters** und frei von Vollstreckungsmaßnahmen **in Eigenverwaltung** einen **Sanierungsplan auszuarbeiten**, der anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden kann. Dabei soll das Gericht aber nicht nur regelmäßig den vom Schuldner vorgeschlagenen als vorläufigen Sachwalter einsetzen, auf Antrag ist das **Gericht** vielmehr auch **dazu verpflichtet, Zwangsvollstreckungen gegen den Schuldner zu untersagen** oder **einstweilen einzustellen**. Zudem darf es im Schutzschirmverfahren weder einen vorläufigen Insolvenzverwal-

ter bestellen noch dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entziehen.

3. Der Ausbau des Planverfahrens

Darüber hinaus soll das **Instrument des Planverfahrens ausgebaut** werden: Im Rahmen des Planverfahrens sollen künftig als Sanierungsinstrument auch **Forderungen von Gläubigern in Gesellschaftsanteile umgewandelt** werden können („debt-equity-swap“). Die Einbindung dieses gesellschaftsrechtlichen Instruments in die Insolvenzordnung soll die **Sanierungschancen verbessern**, da so Widerstände von Altgesellschaftern überwunden werden können.

Um zu vermeiden, dass Forderungen, die im Insolvenzverfahren nicht angemeldet wurden und erst nach Abschluss des Planverfahrens geltend gemacht werden, die Finanzplanung nachträglich stören, hat der Schuldner künftig die Möglichkeit, bei Vollstreckungsversuchen nach der Verfahrensaufhebung Vollstreckungsschutz durch das Insolvenzgericht zu erhalten, wenn die geltend gemachte Forderung die Durchführung des Insolvenzplans gefährden würde.

Zudem werden die **Verjährungsfristen für verspätete Forderungen verkürzt**: Ansprüche, die nicht bis zum Abstimmungstermin angemeldet worden sind und mit denen deshalb nicht zu rechnen war, verjähren künftig in einem Jahr.

4. Die Stärkung sog. „Clearinghäuser“

Darüber hinaus soll mit dem Gesetzesvorschlag außerdem die Position sog. „Clearinghäuser“ gestärkt werden, indem im Interesse der Stabilität der Märkte sichergestellt wird, dass Finanztransaktionen auch bei Insolvenz eines Teilnehmers geordnet zu Ende gebracht werden können.

5. Die Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeiten

Die Reform sieht weiterhin eine zwingende Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeiten für Insolvenzen auf **maximal ein Insolvenzgericht pro Landgerichtsbezirk** vor; dies gilt zukünftig sowohl für Unternehmens- als auch für Verbraucherinsolvenz- und sonstige Kleinverfahren.

6. Die Neuordnung des Rechts der Insolvenzstatistik

Schließlich wird das Recht der Insolvenzstatistik neu geordnet, damit in Zukunft **belastbare Angaben über die finanziellen Ergebnisse und den Ausgang von Insolvenzverfahren** vorliegen.

Brandaktuell

BGB
§ 556

Heizkostenabrechnung nach dem Leistungsprinzip Absage an das Abflussprinzip

BGB

(BGH Pressemitteilung Nr. 018/2012; Urteil vom 01.02.2012 – VIII ZR 156/11)

Vermieter dürfen **Heizkosten nur nach dem Leistungsprinzip**, das heißt nach dem tatsächlichen Verbrauch abrechnen, nicht aber die von ihnen erbrachten Vorauszahlungen an den Energieversorger auf die Mieter umlegen.

Fall: Die Klägerin verlangt von den beklagten Mietern eine Heizkostennachzahlung für die Jahre 2007 und 2008. In den dieser Forderung zugrundeliegenden Heizkostenabrechnungen wurden nach dem sogenannten Abflussprinzip lediglich die im Abrechnungszeitraum geleisteten Vorauszahlungen der Vermieter an das Energieversorgungsunternehmen als entstandene Kosten berücksichtigt. Die Parteien stritten unter anderem um die Frage, ob die Abrechnung den Anforderungen der Heizkostenverordnung entspricht. Das Berufungsgericht verneinte dies und nahm an, die Beklagten seien deshalb berechtigt, den auf sie entfallenden Heizkostenanteil gemäß § 12 der Heizkostenverordnung (HeizkostenV) um 15 Prozent zu kürzen. Beide Parteien legten Revision ein.

In der Sache geht es darum, ob der Vermieter die Heizkostenabrechnung nach dem sog. Abflussprinzip erstellen kann.

Bei der Anwendung des **Abflussprinzips** stellt der Vermieter alle Kosten, mit denen er selbst im Abrechnungszeitraum belastet wird, in die Abrechnung ein. Dies sind dann meist die Vorauszahlungen, die er selbst zu leisten hat. Diese **Vorauszahlungen** werden aber nach dem Verbrauch des Vorjahres festgelegt und spiegeln daher nicht ohne weiteres den tatsächlichen Verbrauch des Mieters wieder.

Höchstrichterlich war bislang **nur für Betriebskosten im Allgemeinen** entschieden, dass eine Abrechnung auch dann dem Maßstab der Abrechnung nach Verbrauch gerecht wird (BGH NJW 2008, 1300 [1301]), wenn der Vermieter alle Kosten, mit denen er selbst im Abrechnungszeitraum belastet wird, in die Abrechnung einstellt (sog. Abflussprinzip). Ob in besonders gelagerten Fällen nach Treu und Glauben anderes gelten müsse, hatte der BGH offen gelassen.

Nach der **herrschender Meinung in der Literatur und der Instanzgerichte** sollte diese Rechtsprechung aber lediglich für die dort behandelten „kalten“ Betriebskosten gelten, nicht für die Abrechnung von Heizkosten. Über sie sei ausschließlich nach dem Leistungsprinzip (Verbrauchsprinzip, Zeitabgrenzungsprinzip) abzurechnen, weil nach § 7 II 1 HeizKV die Kosten der „verbrauchten“ Brennstoffe zu verteilen sind (vgl. LG Heidelberg, Urteil vom 25.02.2011 - 5 S 77/10, BeckRS 2011, 05561).

Dem hat sich der BGH nunmehr angeschlossen:

*„Eine Heizkostenabrechnung nach dem Abflussprinzip entspreche nicht den Vorgaben der Heizkostenverordnung. § 7 II HeizkostenV sei zu entnehmen, dass nur die Kosten des im Abrechnungszeitraum tatsächlich verbrauchten Brennstoffs abgerechnet werden könnten (sogenanntes **Leistungsprinzip**). Dem werde eine Abrechnung nach dem Abflussprinzip nicht gerecht.“*

*Nach Auffassung des BGH kann dieser Abrechnungsmangel aber nicht durch eine **Kürzung der Heizkostenforderung** nach § 12 HeizkostenV ausgeglichen werden. Denn diese Vorschrift betreffe nur den Fall, dass über die Kosten des im Abrechnungszeitraum verbrauchten Brennstoffs nicht verbrauchsabhängig abgerechnet werde. Um einen derartigen Abrechnungsfehler sei es im Streitfall jedoch nicht gegangen. Der BGH weist darauf hin, dass die Klägerin in dem erneuten Verfahren vor dem Berufungsgericht nun eine Abrechnung nach dem Leistungsprinzip nachholen kann.“* (BGH aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 580a

Kündigung einer Garage Maßstäbe für einheitlichen Mietvertrag mit Wohnung (BGH NJW 2012, 224; Urteil vom 12. 10. 2011 – VIII ZR 251/10)

BGB

1. Sind Wohnung und Garage Bestandteile eines **einheitlichen Mietverhältnisses**, so ist eine **Teilkündigung** des Mietverhältnisses über die Garage **unzulässig**.
2. Bei einem schriftlichen Wohnungsmietvertrag und einem separat abgeschlossenen Mietvertrag über eine Garage spricht eine tatsächliche **Vermutung** für die **rechtliche Selbstständigkeit** der beiden Vereinbarungen.
3. Es bedarf dann der **Widerlegung dieser Vermutung** durch besondere Umstände, welche die Annahme rechtfertigen, dass die Mietverhältnisse über die Wohnung und die Garage nach dem Willen der Beteiligten eine rechtliche Einheit bilden sollen.
4. Das ist im Regelfall dann anzunehmen, wenn **Wohnung und Garage auf demselben Grundstück** liegen.

Fall: Die Bekl. ist Mieterin einer Wohnung im Haus D.-Straße 2 in D.-H., die der verstorbene Ehemann der Bekl. gemäß Mietvertrag vom 31.03.1958 seit 16.07.1955 zu einer Miete von damals 131,95 DM angemietet hatte. Die S-AG vermietete an ihn mündlich auch eine Garage, die in das Erdgeschoss des 150 Meter entfernt gelegenen Wohnhauses D.-Straße 7 integriert ist. Von einer Garage ist in dem Wohnungsmietvertrag 1958 keine Rede. Eigentümer beider Grundstücke war ursprünglich die S-AG. Danach wurde die Streithelferin Eigentümerin beider Grundstücke und auch Rechtsnachfolgerin der S-AG als Vermieterin sowohl der Wohnung als auch der Garage. Später ging die Vermieterstellung auf die D-GmbH und danach auf die G-AG über. 2009 verkaufte die Streithelferin das Grundstück D.-Straße 7 an die Kl. Die Kl. erklärten nach Eigentumsübergang die fristgerechte Kündigung des Mietverhältnisses hinsichtlich der auf ihrem Grundstück gelegenen Garage und forderten die Bekl. nach Ablauf der Kündigungsfrist zur Räumung auf, die auf ihrer Auffassung beharrt, dass das Mietverhältnis über die Garage im Haus D.-Straße 7 nicht unabhängig vom Mietverhältnis über die Wohnung im Haus D.-Straße 2 gekündigt werden könne. Die Kl. machen einen Räumung und Herausgabe der Garage geltend. Zu Recht?

Die Berechtigung des Räumungsverlangens hängt davon ab, ob eine wirksame Kündigung erfolgt ist. Bei dem **Mietverhältnis über eine Garage** handelt es sich grundsätzlich über ein solches über sonstige Sachen i.S.d. § 578 II BGB, das – da die Garagenmiete monatlich geschuldet war – nach § 580a I Nr. 2 BGB spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats **zum Ablauf des übernächsten Monats** kündbar ist.

Ist der Garagenmietvertrag als **unabhängiges Rechtsverhältnis** anzusehen, ist die Kündigung nach Vorstehendem wirksam erfolgt und der geltend gemachte Anspruch besteht. Sind Wohnung und Garage dagegen Bestandteile eines einheitlichen Mietverhältnisses, so ist das gesamte Mietverhältnis nur nach den Kündigungsvorschriften für Wohnraum kündbar; eine Teilkündigung des Mietverhältnisses über die Garage ist bei einem **einheitlichen Mietverhältnis** unzulässig.

Es kommt daher für das Bestehen des klägerischen Anspruchs darauf an, ob ein solches einheitliches Mietverhältnis im Hinblick auf Wohnung und Garage anzunehmen ist.

I. einheitlicher Mietvertrag

Wohnung und Garage gehören jedenfalls dann zu einem einheitlichen Mietverhältnis, wenn über sie nur ein Mietvertrag mit Vereinbarung einer einheitlichen Mietzahlung abgeschlossen wurde. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

*„Gegenstand des schriftlichen Mietvertrags vom 31.03.1958 ist nur die Wohnung im Haus D.-Straße 2 mit den im Einzelnen aufgeführten Räumen und Nebenräumen. Von einer Garage ist nicht die Rede. Diese ist vielmehr Gegenstand eines **separaten, mündlich abgeschlossenen Mietvertrags**. Bei getrennt abgeschlossenen Verträgen spricht eine tatsächliche Vermutung für die rechtliche Selbstständigkeit der jeweiligen Vereinbarungen (st. Rspr.; vgl. BGHZ 78, 346 [349] = NJW 1981, 274).“* (BGH aaO)

II. Durchbrechung der Vermutung bei Lage auf demselben Grundstück

Die Vermutung, dass es sich bei getrennten Verträgen über Wohnraum und Garage auch um rechtlich selbständige Rechtsverhältnisse handelt, kann aber durch die besonderen Umstände des Einzelfalles widerlegt werden.

„Das OLG Karlsruhe hat einen **engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang** zwischen Wohnung und Garage, der es auch bei einer nachträglich angemieteten Garage im Regelfall rechtfertigt, eine Einbeziehung der Garage in den Wohnraummietvertrag anzunehmen, nur für den Fall bejaht, dass die **Garage zu demselben Anwesen gehört**, auf dem sich auch die Wohnung befindet (OLG Karlsruhe, NJW 1983, 1499). Dem hat sich das BayObLG in seiner Rechtsentscheid vom 12.12.1990 angeschlossen (BayObLGZ 1990, 329 = NJW-RR 1991, 651). Aus der Formel des Rechtsentscheids des OLG Karlsruhe (NJW 1983, 1499) ergibt sich hierzu, dass der im Gesetz nicht näher bestimmte Begriff „Anwesen“ **gleichzusetzen ist mit dem Hausgrundstück**, auf dem die Wohnung und die Garage sich befinden (BayObLGZ 1990, 329 [333] = NJW-RR 1991, 651). Dementsprechend hat auch die Rechtsprechung der Mietgerichte wiederholt ein **einheitliches Mietverhältnis** über Wohnung und Garage dann bejaht, wenn sich **beide Mietgegenstände auf demselben Grundstück** befunden haben, aber dann verneint, wenn beide auf verschiedenen Grundstücken gelegen sind (BayObLGZ 1990, 329 = NJW-RR 1991, 651 m. w. Nachw.). Diesen rechtlichen Ansatz hält auch der Senat für zutreffend.“ (BGH aaO)

Es kommt also darauf an, ob man davon ausgehen kann, dass hier Wohnung und Garage auf demselben Grundstück liegen. Sachenrechtlich handelt es sich jedenfalls um zwei verschiedene Grundstücke (Hausnummer 2 und Hausnummer 7), die etwa 150 m voneinander entfernt sind. Die sachenrechtliche Zuordnung ist jedoch nicht allein entscheidend, vielmehr kommt es auf das äußere Erscheinungsbild an.

„Angesichts der räumlichen Entfernung zwischen den Häusern, in denen sich die Wohnung einer- und die Garage andererseits befinden, und des Umstands, dass die **Garage baulich in das Erdgeschoss des Wohnhauses D.-Straße 7 integriert** ist, besteht auch nach dem äußeren Erscheinungsbild kein Zweifel daran, dass die Garage mit dem Hausgrundstück D.-Straße 7 und nicht mit dem – auf der gegenüber liegenden Straßenseite gelegenen – Hausgrundstück D.-Straße 2 eine rechtliche und wirtschaftliche Einheit bildet.

Daran ändert auch nichts, dass sich beide Gebäude, wie das BerGer. festgestellt hat, „aus der Satellitensicht“ in einem weitläufigen Parkgelände befinden. Soweit das BerGer. daraus herleiten will, dass dieser Park die Verbindung zwischen beiden Gebäuden herstelle und deshalb „ein einheitliches Ensemble“ zu bejahen sei, verkennt es den Begriff des Anwesens oder Hausgrundstücks, der für die rechtliche Zuordnung maßgeblich ist.“ (BGH aaO)

III. Durchbrechung der Vermutung wegen einheitlicher Behandlung der Verhältnisse

Es könnten aber sonstige, besondere Umstände vorliegen, die den Schluss auf ein einheitliches Mietverhältnis zulassen.

1. einheitliche Geltendmachung der Miete

„Das BerGer. meint, in der Vergangenheit seien die Wohnungs- und Garagenmiete einheitlich geltend gemacht worden. Dem steht bereits entgegen, dass das Verhalten von Rechtsnachfolgern des ursprünglichen Vermieters 20 bzw. mehr als 30 Jahre nach Abschluss des Wohnungsmietvertrags nicht ohne Weiteres einen Rückschluss auf den Willen der ursprünglichen Vertragsparteien erlaubt. Ein solcher Rückschluss ist jedenfalls dann unzulässig, wenn – wie hier – keine Umstände aufgezeigt werden, aus denen sich ergäbe, dass die für die Streithelferin und die D-GmbH Handelnden Kenntnis von einem entsprechenden Willen der ursprünglichen Vertragsparteien gehabt hätten.

Davon abgesehen hat die Streithelferin im Verfahren vor dem AG Duisburg die **Miete für Wohnung und Garage gerade nicht einheitlich geltend gemacht**, sondern getrennte Mietbeträge für die Wohnung und die Garage angesetzt. Aus dem späteren Schreiben der D-GmbH vom 21.06.1991 ergibt sich nichts anderes. In diesem Schreiben ist lediglich ein Gesamtbetrag von 762 DM für „Grundmiete einschließl. Wassergeldpauschale und Garagennutzung“ ausgewiesen. Auch dieses Schreiben erlaubt keinen Rückschluss auf den Willen der ursprünglichen Vertragsparteien, zumal die Streithelferin als Rechtsvorgängerin die Wohnungs- und Garagenmiete, wie ausgeführt, nicht zusammengefasst, sondern getrennt hat.“ (BGH aaO)

2. spätere Zusammenziehung

„Schließlich ist nichts dafür ersichtlich, dass etwa erst durch die späteren Vertragsparteien – die D-GmbH oder deren Rechtsnachfolgerin auf der einen Seite und den Ehemann der Bekl. oder diese selbst auf der anderen Seite – im Wege einer Vertragsänderung eine Einheitlichkeit der Mietverhältnisse über die Wohnung und die Garage begründet worden wäre.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Die Vermutung, dass bei separaten Verträgen auch nicht von einem einheitlichen Mietverhältnis ausgegangen werden kann, ist nicht durch die besonderen Umstände des vorliegenden Falls widerlegt.

„Dies geht zu Lasten der Bekl., der die Darlegungs- und Beweislast für ihre Behauptung obliegt, dass der mündlich geschlossene Mietvertrag über die Garage in der D.-Straße 7 nach dem Willen der ursprünglichen oder späteren Vertragsparteien mit dem schriftlichen, auf die Wohnung in der D.-Straße 2 beschränkten Mietvertrag eine rechtliche Einheit bilden sollte.“ (BGH aaO)

Die Kündigung der Garage konnte daher ohne Kündigungsgrund unabhängig von dem Wohnraummietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist des § 580a I Nr. 3 BGB erfolgen und ist damit wirksam. Die Kl. haben einen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Garage nach § 546 I BGB.

**Wahlrecht des Käufers bei Nacherfüllung
Wechsel der gewählten Art der Nacherfüllung**

(LG Hagen in NJW-RR 2012, 117; Urteil vom 29.07.2011 – 2 O 50/10)

1. Der Käufer ist an eine getroffene **Wahl** der Art der Nacherfüllung **nicht mehr gebunden**, wenn die gewählte oder vereinbarte Art der Nacherfüllung **misslingt**.
2. Der Verkäufer eines Kraftfahrzeugs kann sich bei **gravierenden Mängeln**, wie überhöhtem Ölverbrauch des Fahrzeugs, grundsätzlich **nicht auf die Einrede gem. § 439 III BGB** berufen, dass die Neulieferung unverhältnismäßige Kosten verursache.

Fall: Am 11.08.2009 kaufte der Kl. von der Bekl. einen neuen Pkw A zum Kaufpreis von 37.030 Euro. Das Fahrzeug wurde am 26.10.2009 übergeben. Der Kl. verwendete das Fahrzeug teilweise privat und teilweise für seine Pizzeria. Nach Inbetriebnahme stellte sich heraus, dass das Fahrzeug einen überhöhten Ölverbrauch hatte. Bereits am 30.10.2009 hatte es nach 160 gefahrenen Kilometern 300 ml Öl verbraucht, am 02.11.2009 erneut 300 ml. Anfang Dezember 2009 waren nach 850 gefahrenen Kilometern weitere 700 ml verbraucht, auf weiteren gefahrenen 1000 Kilometern 1,75 Liter Öl. Im Verlauf des Dezember 2009 nahm der Ölverbrauch immer mehr zu. Spätestens am 23.11.2009 beanstandete der Kl. den hohen Ölverbrauch in der Werkstatt der Bekl.. Am 12.02.2010 nahm die Bekl. einen Reparaturversuch durch Austausch des Zylinderkopfs vor, der den erhöhten Ölverbrauch jedoch nicht senken konnte. Daraufhin hat der Kl. die Neulieferung eines Fahrzeugs verlangt und hierfür eine Frist bis zum 31.03.2010 eingeräumt. Dies hat der Bekl. unter Hinweis auf die Möglichkeit des Austausches eines Motors abgelehnt. Daraufhin hat der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und begehrt Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Pkw. Hat der hierauf einen Anspruch?

Der Anspruch besteht, wenn der Kl. nach §§ 433 I, 434 I, 437 Nr. 2, 323 I BGB wirksam vom geschlossenen Kaufvertrag zurückgetreten ist.

I. Sachmangel bei Gefahrübergang

„Das von dem Kl. bei der Bekl. mit Kaufvertrag vom 11.08.2009 gekaufte und am 26.10.2009 gelieferte Fahrzeug weist einen Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB auf. Wie der Sachverständige C festgestellt hat, ergibt sich bei dem Wagen ein rechnerischer Ölverbrauch von 1,78 Litern auf 1000 Kilometer, obwohl der Betriebsanleitung des Fahrzeugs zu entnehmen ist, dass es auf 1000 Kilometer einen Ölverbrauch von lediglich 400 Gramm haben darf. Damit ist der Ölverbrauch als deutlich zu hoch anzusehen. Des Weiteren haben die Bekl. und die Streitverkündete unstreitig gestellt, dass die Ursache für den erhöhten Ölverbrauch in einem bereits zum Zeitpunkt der Übergabe des Fahrzeugs an den Kl. vorhandenen Motorschaden zu suchen ist.“ (LG Hagen aaO)

IV. Fristsetzung zur Nacherfüllung

Der Bekl. wurde nach § 323 I BGB unter Fristsetzung vergeblich zur Neulieferung aufgefordert. Hiermit hat der Kl. sein Wahlrecht nach § 439 BGB ausgeübt. Durch das Zulassen des Austausches des Zylinderkopfes könnte dieses Wahlrecht jedoch bereits ausgeübt und ein Wechsel ausgeschlossen oder aber die Neulieferung dem Bekl. unzumutbar sein.

1. Nacherfüllung durch Neulieferung, §§ 433 I, 434 I, 437 Nr. 1, 439 I BGB

*„Das **Wahlrecht**, ob die Nacherfüllung im Wege der Beseitigung des Mangels oder der Neulieferung einer mangelfreien Sache erfolgt, steht gem. § 439 I BGB **dem Käufer** zu. Der Kl. hat das ihm zustehende Wahlrecht spätestens mit Anwaltsschreiben vom 19.01.2010 sowie durch Erhebung der vorliegenden Klage ausgeübt.“* (LG Hagen aaO)

Durch die Zustimmung zum Austausch des Zylinderkopfs könnte der Kl. sein Wahlrecht verloren haben.

*„In Rechtsprechung und Literatur ist **umstritten**, ob ein Käufer **überhaupt** an eine einmal getroffene Wahl über die Art der Nacherfüllung **gebunden** ist (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl., Rdnr. 337). Nach einer **differenzierten Auffassung**, die den beiderseitigen Interessen der Kaufvertragsparteien am besten Rechnung trägt und der sich das Gericht daher anschließt, kann der Käufer seine **Wahl grundsätzlich jederzeit ändern**, grundsätzlich allerdings nur so lange, wie der Verkäufer mit der Durchführung der **gewählten Art der Nacherfüllung noch nicht begonnen** hat. Auch an eine zwischen Käufer und Verkäufer getroffene Vereinbarung über die Art der Nacherfüllung ist der Käufer grundsätzlich gebunden (Reinking/Eggert, Rn. 337, 340).*

*Etwas **anderes** gilt aber dann, wenn die gewählte oder vereinbarte **Art der Nacherfüllung misslingt**. In einem solchen Fall kann der Käufer wieder auf die andere Art der Nacherfüllung übergehen (Reinking/Eggert, Rn 337, 340). Dies ist hier der Fall. Wie durch das Gutachten des Sachverständigen C vom 08.12.2010 bewiesen und sodann auch unstreitig geworden ist, liegt der Mangel des erhöhten Ölverbrauchs bei dem Fahrzeug nach wie vor vor. Der Reparaturversuch vom 12.02.2010 hat damit keinen Erfolg gehabt. Daher kann dem Kl. als Käufer **nicht mehr** angesonnen werden, sich an der von der Bekl. behaupteten, ursprünglich gewählten bzw. vereinbarten Art der Nacherfüllung durch Nachbesserung **festhalten zu lassen**. Der Kl. ist in seiner **Wahl wieder frei** und kann nunmehr die Nachlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs verlangen.“* (LG Hagen aaO)

2. Verweigerungsrecht der Bekl. wegen unverhältnismäßiger Kosten

„Die Bekl. hat **keinerlei substantiierte Tatsachen** vorgetragen, die den für die Feststellung einer Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten i. S. von § 439 III BGB erforderlichen **Kostenvergleich** ermöglichen könnten. Das Vorbringen erschöpft sich in dem pauschalen Hinweis, die Kosten für die vom Kl. gewünschte Art der Nacherfüllung lägen bei über 10 Prozent (Bekl.) der Kosten, die durch eine Beseitigung des Mangels anfallen würden. Diese Angaben genügen nicht, um den erforderlichen Kostenvergleich anstellen zu können. Die Bekl. teilt **keinerlei Einzelheiten** zu den durch die jeweilige Art der Nacherfüllung **anfallenden Kosten** mit, auf denen die von ihnen angegebenen Prozentzahlen beruhen sollen. Es fehlt daher jegliche tatsächliche Grundlage sowohl für die so genannte „**absolute Unverhältnismäßigkeitskontrolle**“ als auch für eine „**relative Verhältnismäßigkeitskontrolle**“. (LG Hagen aaO)

a) absolute Unverhältnismäßigkeitskontrolle

„[Sie] besteht in dem **Vergleich des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand und der Bedeutung des Mangels mit den durch die Nacherfüllung entstehenden Kosten**. Während sich der Wert der Sache im mangelfreien Zustand noch auf Grund des zwischen den Parteien vereinbarten Kaufpreises erschließen lässt, fehlt es hinsichtlich der durch die Nacherfüllung entstehenden Kosten an jeglichen konkreten Angaben der Bekl. Welche Kostenpositionen hierzu konkret vorzutragen sind, lässt sich beispielsweise dem Urteil des LG Ellwangen vom 13.12.2002 (NJW 2003, 517 [518]) entnehmen. So bedarf es etwa Angaben zu dem **Listenpreis** eines neuen Fahrzeugs der gleichen Baureihe, zu **Aufpreisen** für Extras, zu dem in Abzug zu bringenden **Händlerrabatt** und zum **Wertverlust** des gekauften Fahrzeugs. Insbesondere auch die letzte Angabe ist erforderlich, da bei den Kosten der Neubeschaffung auch die Vorteile gegen gerechnet werden müssen, die dem Verkäufer durch den Rückerhalt des verkauften Fahrzeugs und dessen dann möglichen Weiterverkauf entstehen.“ (LG Hagen aaO)

Diese Kontrolle kann mangels Vortrags der Bekl. nicht vorgenommen werden.

b) relative Unverhältnismäßigkeitskontrolle

„Insoweit sind die durch die vom Kl. gewünschte **Neulieferung** eines Fahrzeugs entstehenden Kosten den Kosten gegenüber zu stellen, die durch eine **Nachbesserung** in Form der Reparatur entstehen würden. Nach den hierzu in Rechtsprechung und Literatur vertretenen, in Einzelheiten differierenden Auffassungen stellen die Kosten einer Neulieferung nur dann einen unverhältnismäßigen Aufwand dar, wenn sie im Rahmen eines anzustellenden „**internen Vergleichs**“ die Kosten der Nachbesserung um **10 Prozent bis 30 Prozent übersteigen** (Reinking/Eggert, Rdnm. 445, 446; LG Ellwangen, NJW 2003, 517 [518]). Zur Durchführung dieses internen Vergleichs sind neben den bereits aufgeführten Kosten der Neulieferung auch die durch eine Nachbesserung anfallenden Kosten mitzuteilen. Zu den durch den von der Streitverkündeten angebotenen Einbau eines neuen Motors in das gekaufte Fahrzeug anfallenden Kosten tragen die Bekl. und die Streitverkündete nicht einmal ansatzweise irgendetwas vor.“ (LG Hagen aaO)

3. Ausschluss der Berufung auf § 439 III BGB

Die Neulieferung könnte dem Bekl. aber nach § 439 III BGB unzumutbar sein.

„Neben dem Kostenvergleich spielt somit auch das **Interesse des Käufers an der Neulieferung** eines mangelfreien Fahrzeugs eine Rolle. Besteht ein berechtigtes Interesse des Käufers daran, dass die von ihm verlangte Variante der Nacherfüllung verwirklicht wird, ist dies dem Verkäufer **auch dann zuzumuten, wenn sie höhere Kosten** als die andere Art der Nacherfüllung **verursacht** (Reinking/Eggert, Rn 426).

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass es sich bei einem erheblich überhöhten Ölverbrauch eines Motors um einen **wesentlichen Mangel** handelt. Er hat zur Folge, dass der Kl. permanent auf den Ölverbrauch des Motors achten musste. Angesichts der Tatsache, dass es sich bei dem gekauften Auto um ein **Neufahrzeug** handelt, ist es als **nicht hinnehmbar** zu erachten, dass sich der Kl. bei einem derartigen Mangel mit einem **Austausch des Motors** zufrieden geben muss (ebenso OLG Celle, NJW-RR 2007, 353 [354]). Hierbei kann zu Gunsten der Bekl. unterstellt werden, dass der **Einbau eines werksneuen Motors**, wie ihn die Streitverkündete dem Kl. angeboten hat, dazu führt, dass das Neufahrzeug **technisch keinen Wertverlust** erleidet, weil ein Fahrzeug mit einem nachträglich eingebauten werksneuen Motor gleichwertig ist mit einem Fahrzeug mit dem ursprünglichen Motor.

Denn selbst wenn ein Fahrzeug mit dem ersten Motor und ein Fahrzeug mit einem nachträglich eingebauten neuen Motor, anders als etwa im Falle eines Austauschmotors, technisch als gleichwertig anzusehen sind, bleibt nach Auffassung des Gerichts dennoch ein **merkantiler Minderwert**, der daraus resultiert, dass im Verkehr eine Sache, die einmal einen **gravierenden Mangel aufgewiesen** hat und dann **repariert** worden ist, in ihrer Wertschätzung geringer bewertet wird als eine von Anfang an mangelfreie Sache. Bei einem etwaigen späteren Weiterverkauf des Fahrzeugs könnte sich dies in dem zu erzielenden Verkaufserlös niederschlagen.“ (LG Hagen aaO)

4. Ergebnis

Da der Anspruch auf Neulieferung des Pkw nicht innerhalb der gesetzten Frist erfüllt wurde, kann der Kl. nach wirksam erklärtem Rücktritt die Rückerstattung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen die Rückgabe des Fahrzeugs nach § 346 BGB verlangen..

StGB
§§ 129, 129b**Vorliegen einer kriminellen Vereinigung
geografische Zuordnung**

StGB

(BGH in NJW 2012, 325; Beschluss vom 13.09.2011 – 3 StR 231/11)

1. Die **geographische Zuordnung** einer kriminellen Vereinigung ist **anhand** einer an den konkreten Einzelfallumständen orientierten **Gesamtbetrachtung** zu bestimmen. Hierbei sind vor allem folgende Kriterien heranzuziehen:

Zunächst ist der **Schwerpunkt der Organisationsstruktur** maßgeblich. Ferner kommt es auch darauf an, **wo** nach den Strukturen der Vereinigung deren **Gruppenwille gebildet wird**. Zu berücksichtigen ist zudem der **Ort, an dem die Vereinigung gegründet** wurde. Demgegenüber sollen die **Staatsangehörigkeit der Mitglieder** der Vereinigung **und deren Wohnsitz** regelmäßig **nicht von entscheidender Bedeutung** sein.

2. Weist eine Vereinigung **keine ausreichende Verankerung im Inland** auf, weil z.B. sich weder der Schwerpunkt der Organisationsstruktur im Inland befindet, noch das Aktionsfeld der Vereinigung auf Deutschland beschränkt ist, ist das **Vorliegen einer kriminellen Vereinigung i. S. des §§ 129, 129a StGB zu verneinen**.

Fall: Der Angekl. war Statthalter einer kriminellen Vereinigung, die in Deutschland Diebstähle ausführte und die Beute an Hehler verkaufte. Die Vereinigung hatte ihren Ursprung in Russland. Dort wurden auch die Gebiete aufgeteilt und die regionalen Oberhäupter der Vereinigung, die „Diebe im Gesetz“, bestimmt. Verbindlich festgelegte Zielsetzung der Organisation ist, bestimmte Straftaten zu begehen und einen Teil der hieraus gewonnenen Erlöse in die Gemeinschaftskasse („Abschtschjak“) zu zahlen. Diese dient der Bereicherung der höherrangigen Mitglieder sowie allgemein der Unterstützung der Mitglieder in besonderen Situationen, etwa im Falle einer Inhaftierung. Spätestens im Juni 2005 begründeten die „Diebe im Gesetz“ K und L eine europaweit tätige Gruppierung aus georgischstämmigen Mitgliedern, die Diebstähle organisierte und die Beute an Hehler weiterverkaufte. Diebesbeute waren hochwertige Gegenstände des täglichen Gebrauchs wie etwa Zigaretten, Drogerieartikel, Designerkleidung und elektronische Geräte. Die Mitglieder hatten in der Regel monatlich 50 € in den „Abschtschjak“ zu zahlen. Die Vereinigung, die „Diebesregeln“ und der „Abschtschjak“ waren oberste Maximen des Handelns des Einzelnen. In verschiedenen deutschen Städten waren regionale Kassenhalter eingesetzt. Die an die Gemeinschaftskasse abgeführten Gelder und die darüber geführten Einzahlungslisten wurden letztlich zu K nach Spanien gebracht. Die Vereinigung in Deutschland war grds. autonom, bei Konflikten oder bei groben Regelverstößen griffen allerdings die Brüder S ein. Der Angekl. war innerhalb der Organisation Statthalter für D. Er hatte Kontakt zur Führungsebene und konnte K bei Bedarf telefonisch erreichen. Er schloss sich mit weiteren Mitgliedern zusammen, um Diebesgut von Mitgliedern aus M. bei Hehlern gewinnbringend abzusetzen. So organisierte er den Transport von Diebesgut und den Verkauf an einen dortigen Hehler. Überdies transferierte er in neun Fällen Einnahmen in Höhe von insgesamt 1.700 €, die andere Mitglieder der Organisation durch Diebstähle oder den Verkauf von Diebesgut erzielt hatten, in Kenntnis ihrer Herkunft nach Georgien.

Zu prüfen ist, ob sich der Angekl. wegen **mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung** nach § 129 StGB strafbar gemacht hat.

Voraussetzung für eine Vereinigung i. S. der §§ 129 ff. StGB ist ein **auf eine gewisse Dauer angelegter, freiwilliger organisatorischer Zusammenschluss von mindestens drei Personen**, die bei **Unterordnung des Willens des Einzelnen** unter den Willen der Gesamtheit **gemeinsame Zwecke verfolgen** und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als **einheitlicher Verband** fühlen (st. Rspr.; vgl. zuletzt etwa BGHSt 56, 28 = NJW 2011, 542 = NSTz-RR 2011, 174 m. w. Nachw.; BGHSt 54, 216 = NJW 2010, 1979).

- I. Die erforderliche **Unterordnung der Mitglieder** unter den Gesamtwillen der Vereinigung ist gegeben.

„Insoweit ist für eine Vereinigung wesentlich die subjektive Einbindung der Beteiligten in die kriminellen Ziele der Organisation und in deren entsprechende Willensbildung unter Zurückstellung individueller Einzelmeinungen; denn nur ein derartiger Gruppenwille schafft die spezifischen Gefahren einer für die Vereinigung typischen, vom Willen des Einzelnen losgelösten Eigendynamik zur Begehung von Straftaten. Innerhalb der Vereinigung müssen deshalb bestimmte, von ihren Mitgliedern anerkannte Entscheidungsstrukturen bestehen; dieser organisierten Willensbildung müssen sich die Mitglieder als für alle verbindlich unterwerfen. Die Art und Weise der Willensbildung ist allerdings gleichgültig; die für alle Mitglieder verbindlichen Regeln können etwa dem Demokratieprinzip entsprechen oder auf dem Prinzip von Befehl und Gehorsam aufgebaut sein (st. Rspr.; vgl. im Einzelnen BGHSt 54, 216 = NJW 2010, 1979 m. w. Nachw.).“

Diese Voraussetzungen sind in den Urteilsgründen dargetan: Die Mitglieder der Gruppierung verband nicht allein der Wille, gemeinsam Straftaten zu begehen; sie unterwarfen sich auch nicht lediglich je für sich der autoritären

Führung der Brüder S. Vielmehr bestanden verbindliche Regeln, nach denen die Mitglieder der Organisation ihr Handeln ausrichteten, und solche, die der Konfliktbewältigung innerhalb der Organisation dienten. Diese Regeln wurden von den Mitgliedern übereinstimmend anerkannt; diese stellten insoweit ihre Einzelmeinungen zurück und ordneten sich dem entsprechenden Gruppenwillen unter.“ (BGH aaO)

- II. Die **Organisation** war auch **darauf ausgerichtet, Straftaten**, vor allem Eigentums- und Vermögensdelikte, **zu begehen**, mit denen eine **erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit** verbunden war (BGHSt 41, 47 = NJW 1995, 2117 = NStZ 1995, 340; BGH NJW 1995, 3395 = NStZ 1996, 30).

Für diese Beurteilung ist nicht lediglich auf die einzelne Straftat oder die jeweilige Strafan drohung abzustellen; vielmehr ist eine **Gesamtwürdigung der begangenen und/oder geplanten Straftaten** unter Einbeziehung aller Umstände vorzunehmen, die für das Maß der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit von Bedeutung sein können. Hierzu gehören insbes. auch die Auswirkungen der Straftaten (BGHSt 41, 47 = NJW 1995, 2117 = NStZ 1995, 340).

„Ins Gewicht fällt deshalb neben der Höhe der Erlöse, die etwa allein der Angekl. mit seinen Straftaten erzielte, insbes. die organisierte, planmäßige und überregionale Vorgehensweise der Vereinigungsmitglieder. Diese Umstände belegen ohne Weiteres eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit.“ (BGH aaO)

- III. Da die Brüder S als „Diebe im Gesetz“ in der Organisation an oberster Stufe standen und der Wille der Organisation demzufolge unabhängig von den übrigen „Dieben im Gesetz“ gebildet wurde, stellte die ihnen **untergeordnete Gruppierung** eine **eigenständige Vereinigung** dar.

„Es bedarf daher keiner näheren Betrachtung, wie die Versammlung der verschiedenen „Diebe im Gesetz“ zu bewerten ist und ob diese etwa als eine übergeordnete Dach-Vereinigung anzusehen sein könnte (vgl. dazu BGHSt 46, 349 [= NJW 2001, 1734 = NStZ 2002, 328; Krauß, LK-StGB, 12. Aufl., § 129 Rn 23).“ (BGH aaO)

- IV. **Fraglich** ist jedoch, **ob** es sich bei der von den Brüdern S geführten Organisation um eine **Vereinigung im Inland i. S. des § 129 I StGB** handelte.

1. Die **Kriterien**, an denen die Einordnung einer Organisation als in- oder ausländische Vereinigung – im letzten Fall zudem als Vereinigung innerhalb oder außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union – auszurichten ist, sind **gesetzlich nicht bestimmt** und in der Gesetzesbegründung bei Einführung des § 129 b StGB nicht näher erörtert worden (vgl. etwa BT-Dr 14/7025, S. 1, 6).

In der Rspr. (BGH NJW 2010, 3042) und dem Schrifttum (vgl. etwa Stein GA 2005, 433; Zöller, Terrorismusstrafrecht, 2009, S. 523; Nehring, Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland, 2007, S. 177 ff.; Krauß, LK-StGB, § 129 Rn 36 ff.) sind sie verschiedentlich angedeutet bzw. erörtert worden, indessen noch nicht abschließend geklärt.

2. Hierzu gilt nach Ansicht des **BGH aaO** Folgendes:

Vereinigungen, die den §§ 129 ff. StGB unterfallen, können in einer kaum überschaubaren **Vielzahl von tatsächlichen Organisationsformen** auftreten. So werden etwa Gruppierungen mit wirtschaftlichen Zielsetzungen ebenso erfasst wie solche, die politische, ideologische oder religiöse Zwecke verfolgen. Bzgl. der Größe der Vereinigung ist lediglich die **Mindestzahl von drei Mitgliedern** bestimmt, es kommen deshalb sowohl Vereinigungen mit relativ wenigen als auch solche mit außerordentlich zahlreichen Mitgliedern in Betracht. Weder die Organisationsform noch die Art der Willensbildung ist im Einzelnen festgelegt. Nicht zuletzt sind die Gruppierungen etwa im Bereich der organisierten Kriminalität, aber auch des Terrorismus zunehmend **länderübergreifend organisiert**; ihre Aktionsfelder betreffen häufig die Gebiete mehrerer Staaten.

Vor diesem Hintergrund erscheint nach BGH aaO eine **abstrakte Umschreibung** der maßgeblichen Gesichtspunkte, die für die Einordnung derartiger Vereinigungen als in- oder ausländisch – und im letztgenannten Fall als solche innerhalb oder außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union – den Anspruch der Verbindlichkeit für alle denkbaren Einzelfälle erheben könnte, **weder möglich noch sachgerecht**. Mit Blick auf die Unterschiedlichkeit und Komplexität der in Betracht zu ziehenden Fallgestaltungen liege es vielmehr näher, die **geografische Zuordnung** einer Vereinigung **von einer an den konkreten Einzelfallumständen orientierten Gesamtbetrachtung abhängig** zu

machen. Dabei sind nach BGH aaO regelmäßig namentlich die **folgenden Kriterien von Bedeutung**:

- Als wesentliches Zuordnungskriterium ist der **Schwerpunkt der Organisationsstruktur** anzusehen (vgl. BGH NJW 2010, 3042). Dieser Schwerpunkt der organisatorischen Strukturen ist seinerseits anhand verschiedener Merkmale zu ermitteln (vgl. Zöller, S. 523). Er kann sich insbesondere aus dem Ort ergeben, an dem gleichsam „die Verwaltung geführt wird“ (s. Nehring, S. 178). Anhaltspunkt dafür kann die Konzentration personeller und/oder sachlicher Ressourcen sein, beispielsweise für Organisationszwecke genutzte Gebäude, Ausbildungsstätten oder Material, wie Tatwerkzeuge, Unterlagen oder auch Datenverarbeitungsanlagen.
- Ferner ist zu berücksichtigen, **wo** nach den Strukturen der Vereinigung deren **Gruppenwille gebildet wird**, d. h. wo der durch die entscheidungsbefugten Organe der Vereinigung gebildete Verbandswille zu Stande kommt und erstmals durch konkrete Umsetzungsakte nach außen in Erscheinung tritt (Zöller, S. 523; Nehring, S. 178). Auch kann zu berücksichtigen sein, **an welchem Ort** sich die **Vereinigung gegründet** hat. Demgegenüber sind die Staatsangehörigkeit der Mitglieder und deren bloßer Wohnsitz regelmäßig nicht von entscheidendem Belang (BGHSt 30, 328 = NJW 1982, 530 = NSTz 1982, 198).
- Daneben kann das eigentliche **Aktionsfeld** Bedeutung erlangen, mithin der Ort, an dem die Straftaten, auf deren Begehung die Zwecke oder Tätigkeit der Vereinigung gerichtet sind, begangen werden sollen bzw. begangen werden (vgl. BGH NJW 2010, 3042; vgl. hierzu Stein GA 2005, 433).

Dabei sind ggf. sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort in die Bewertung einzustellen. Allerdings genügt es für die Einordnung einer Gruppierung als inländische oder EU-Vereinigung nicht, dass sie auf dem jeweiligen Gebiet lediglich Straftaten begeht oder begehen will. Erforderlich ist vielmehr zumindest, dass in Deutschland bzw. dem Bereich der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch Organisationsstrukturen bestehen und die Vereinigungsmitglieder nicht nur zur Vorbereitung und Begehung der Straftaten, auf die die Vereinigung gerichtet ist, in die betreffende Region einreisen und sich dort aufhalten.

3. Nach diesen Maßstäben wies die Organisation der Gebrüder S keine ausreichende räumlich-organisatorische Inlandsverankerung auf.

*„Weder befand sich der **Schwerpunkt der Organisationsstrukturen** im Inland, noch war das Aktionsfeld der Vereinigung auf Deutschland beschränkt. Der „Dieb im Gesetz“ K, der im Konfliktfall die maßgebliche Autorität und mithin für die Bildung des Gruppenwillens von entscheidender Bedeutung war, lebte nicht in Deutschland. Die Weiterleitung der für die Organisation gesammelten Gelder und der darüber geführten Listen an ihn nach Spanien ist ein Indiz dafür, dass dort **wesentliche Aufgaben betreffend die Organisation bzw. „Verwaltung“ der Vereinigung** vorgenommen wurden. Da die Vereinigung – etwa durch Stadt- und Kassenhalter – **regional organisiert** war, liegt es nahe, dass neben der „Verwaltung“ in Spanien auch in weiteren Staaten außerhalb Deutschlands Organisationsstrukturen bestanden. Die Vereinigungsmitglieder wurden **europaweit tätig**. Der Umstand, dass die Strukturen und Aktivitäten der Vereinigung teilweise in die Bundesrepublik Deutschland hinein reichten, genügt nicht, um die Gruppierung als inländische anzusehen. Schließlich wurde die Vereinigung nicht in Deutschland, sondern in Moskau gegründet.“* (BGH aaO)

- IV. Die in Deutschland agierende Gruppierung ist auch nicht als **eigenständige inländische Vereinigung** i. S. einer Teilorganisation zu werten.

*„Eine solche eigenständige Vereinigung setzt nach der neueren Rspr. des Senats, an der festzuhalten ist, voraus, dass die Gruppierung für sich genommen alle für eine Vereinigung notwendigen personellen, organisatorischen, zeitlichen und voluntativen Voraussetzungen erfüllt. Dazu muss sie ein **ausreichendes Maß an organisatorischer Selbstständigkeit** aufweisen und insbesondere einen **eigenen, von der ausländischen (Haupt-) Organisation unabhängigen Willensbildungsprozess** vollziehen (BGHSt 56, 28 = NJW 2011, 542 = NSTz-RR 2011, 174).*

Daran fehlt es hier: Im Konfliktfall oder bei groben Verstößen gegen die Regeln der Vereinigung schalteten sich die Gebrüder S in ihrer Eigenschaft als „Anführer“ der Vereinigung ein. Angesichts der gerade bei Fragen von besonderer Bedeutung von diesen „Dieben im Gesetz“ abhängigen Willensbildung vollzog sich der Willensbildungsprozess somit nicht vollständig im Inland. Die in die Gemeinschaftskasse eingezahlten Gelder wurden nach Spanien weitergeleitet, über ihre Verwendung wurde somit ebenfalls nicht vollständig im Inland entschieden. Die Gruppierung war deshalb in Deutschland nur in begrenztem, für die Annahme einer eigenständigen Vereinigung nicht ausreichendem Umfang autonom.“ (BGH aaO)

(BGH in NSTZ 2012, 35; Beschluss vom 05.05.2011 – 3 StR 458/10)

1. Ein **niedergelassener Vertragsarzt** wird bei der **Erfüllung seiner Verpflichtung zur vertragsärztlichen Versorgung der Patienten** als **Amtsträger** tätig.
2. Ein Vertragsarzt handelt bei Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben als **Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen**; die freiberufliche Tätigkeit des Arztes steht dem nicht entgegen.

Fall: Die Verfallsbeteiligte handelte mit sog. TENS-Geräten. Dies sind kompakte, batteriegetriebene Geräte, die etwa bei der Schmerzbehandlung, der Muskelstimulation sowie der Behandlung von Harninkontinenz zum Einsatz kommen; sie werden den Patienten zur häuslichen Eigenanwendung zur Verfügung gestellt. Es handelt sich um Hilfsmittel im Sinne der sozialrechtlichen Bestimmungen über die gesetzliche Krankenversicherung.

Die Verfallsbeteiligte schloss am 01.11.2000 mit der Allgemeinen Ortskrankenkasse Niedersachsen (im Folgenden: AOKN) eine Vereinbarung nach § 127 SGB V über die Versorgung der Versicherten mit TENS-Geräten, in welche die Verfallsbeteiligte eintrat. In dem Vertrag war u.a. bestimmt, dass die Verfallsbeteiligte das freie Wahlrecht der Versicherten unter den zugelassenen Leistungserbringern zu beachten hatte und Verordnungen nur unmittelbar vom Versicherten oder einer von diesem beauftragten Person entgegennehmen sollte. Die Geräte standen im Eigentum der AOKN; sie wurden von der Verfallsbeteiligte verwahrt und den Versicherten leihweise überlassen. Hierfür erhielt die Verfallsbeteiligte von der AOKN ein festgelegtes Entgelt. Außerdem war bestimmt, dass die Verfallsbeteiligte vor der Leistungserbringung die Genehmigung der AOKN oder der von dieser benannten Stelle einholen musste. In § 11 der Vereinbarung hieß es: *„Versicherte dürfen nicht motiviert oder beeinflusst werden, bestimmte Verordnungen von Vertragsärzten zu fordern. Gleichfalls darf der Leistungserbringer von sich aus den Vertragsarzt in seiner Verordnungsweise nicht beeinflussen.“*

Zum 01.04.2007 wurde diese Vereinbarung durch einen neuen Vertrag ersetzt. Danach wurde das Eigentum an den Geräten der AOKN lediglich sicherungshalber übertragen. Die Vergütung der Verfallsbeteiligten für die Überlassung der Geräte an die Versicherten richtete sich nach Versorgungspauschalen. Auch in diesem Vertrag war bestimmt, dass die Verfallsbeteiligte vor der Abgabe eines Geräts an einen Versicherten die Bewilligung der AOKN einzuholen hatte. Schließlich lautete § 18 I der Vereinbarung: *„Der Leistungserbringer darf nicht Ärzte oder Versicherte zur Stellung von Anträgen auf Bewilligung von Hilfsmitteln oder Versorgungspauschalen motivieren oder beeinflussen oder in einer anderen personenbezogenen Weise werben. Zahlungen des Leistungserbringers für die vorgenannten Zwecke an verordnende Ärzte sind unzulässig.“*

Die Verfallsbeteiligte bediente sich für den Vertrieb ihres Warensortiments diverser Handelsvertreter, die als Vergütung für von ihnen vermittelte Geschäfte eine Provision erhielten. Der Geschäftsführer der Verfallsbeteiligten gab den Handelsvertretern ein Geschäftsmodell vor, das vorsah, dass einem niedergelassenen Arzt, der ein hochwertiges medizinisches Gerät für seine Praxis von der Verfallsbeteiligten mietete oder leaste, das hierfür zu zahlende Entgelt anteilig erstattet oder vollständig erlassen wurde, wenn er im Gegenzug Verordnungen für den Bezug eines TENS-Gerätes ausstellte und der Verfallsbeteiligten zukommen ließ. Die Ärzte erhielten spezielle Briefkuverts, mit denen die in der Arztpraxis ausgestellten und dort gesammelten Verordnungen an die Verfallsbeteiligte übersandt werden konnten. Abhängig von der Art des dem Arzt überlassenen Gerätes mussten für dessen kostenfreie Nutzung monatlich 15 bis 30 Verordnungen über ein TENS-Gerät ausgestellt werden; einer Verordnung wurde der Gegenwert von 10 € beigemessen. Im Zeitraum vom 01.09.2004 bis zum 26.11.2008 gingen der Verfallsbeteiligten insgesamt 70045 verrechnungsfähige Verordnungen von niedergelassenen Ärzten aus dem gesamten Bundesgebiet zu. Belegbare Anhaltspunkte dafür, dass von den Ärzten auch in solchen Fällen Verordnungen ausgestellt wurden, in denen hierfür keine medizinische Indikation bestand, ergaben sich nicht.

I. Der Geschäftsführer der Verfallsbeteiligten könnte durch das von ihm über die Handelsvertreter betriebene Geschäftsmodell zumindest den Tatbestand der **Vorteilsgewährung nach § 333 I StGB** rechtswidrig verwirklicht haben.

1. Dies setzt zunächst voraus, dass **Vertragsärzte** bei Erfüllung ihrer Verpflichtung zur **vertragsärztlichen Versorgung der Patienten** (hier: Verordnung von Hilfsmitteln, § 73 II 1 Nr. 7 SGB V) als **Amtsträger** i.S.d. §§ 333 I, 11 I Nr. 2c StGB tätig werden.

a) Die **gesetzlichen Krankenkassen** sind **sonstige Stellen nach § 11 I Nr. 2c StGB**.

Unter einer sonstigen Stelle ist eine **behördenähnliche Institution** zu verstehen, die selbst zwar keine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinn, aber **rechtlich befugt** ist, **bei der Ausführung von Gesetzen** und **bei der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben mitzuwirken**. Zu den öffentlichen Aufgaben gehören dabei nicht

nur solche der Eingriffs- und Leistungsverwaltung, sondern auch diejenigen der **staatlichen Daseinsvorsorge**.

BGHSt 49, 214; BGHSt 52, 290; BGHSt 54, 39; BGH NJW 2007, 2932; BGHSt 38, 199; BGHSt 54, 202

„Dafür, dass die gesetzlichen Krankenkassen als derartige behördenähnliche Institutionen anzusehen sind, spricht bereits ihre **Organisationsform**: Sie sind **rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung** (§ 4 I SGB V). Dieser öffentlich-rechtlichen Organisationsform kommt im Rahmen des § 11 I Nr. 2c StGB zwar keine allein ausschlaggebende Aussagekraft zu; sie hat allerdings eine **erhebliche indizielle Bedeutung** (BGHSt 54, 39; BGHSt 54, 202).

Darüber hinaus wirken die Krankenkassen in der Sache bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Bereich der **staatlichen Daseinsvorsorge** mit. Nach § 1 S. 1 SGB V kommt der gesetzlichen Krankenversicherung die Aufgabe zu, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu verbessern. Um diese Ziele zu erreichen, stellen die Krankenkassen nach § 2 I 1 SGB V den Versicherten – unter im SGB V näher bestimmten Voraussetzungen – bestimmte Leistungen zur Verfügung. Sie nehmen damit in dem gegliederten **System der sozialen Sicherung** in Deutschland im Rahmen der Gesundheitsfürsorge eine wesentliche Aufgabe wahr (zur Amtsträgereigenschaft eines Vorstands einer betrieblichen Krankenkasse vgl. BGH NStZ 2005, 214).

Es kann dahinstehen, ob die Krankenkassen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben derart einer staatlichen Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbetrachtung der sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen; denn für ihre Eigenschaft als sonstige Stelle i.S.d. § 11 I Nr. 2c StGB kommt es darauf nicht entscheidend an. Dieses Abgrenzungskriterium hat der BGH in st. Rspr. für den Bereich der Tätigkeit privatrechtlich organisierter Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand entwickelt, weil es in diesem Zusammenhang eines aussagekräftigen Unterscheidungsmerkmals von staatlichem und privatem Handeln bedarf. Auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Organisationsformen des öffentlichen Rechts ist es deshalb nicht übertragbar (BGHSt 54, 202).“ (BGH aaO)

- b) Die für die Begründung einer Amtsträgereigenschaft weiter erforderliche Bestellung der Vertragsärzte zur **Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung** ist ebenfalls zu bejahen.

Die **Bestellung** i.S.d. § 11 I Nr. 2c StGB **setzt** nach ihrem Wortsinn **keinen förmlichen Akt voraus**, vielmehr **ergibt sich diese aus der Art der übertragenen Tätigkeiten** und ist in der Heranziehung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu sehen, wenn diese mit einer **auf eine gewisse Dauer angelegten Eingliederung** verbunden ist. Das Tatbestandsmerkmal der Bestellung ist deshalb nicht durch besondere formelle Voraussetzungen, sondern durch die hierdurch bewirkte Einbeziehung in die Organisation der öffentlichen Verwaltung bestimmt. Es beschreibt die Beauftragung einer Person mit der Erledigung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung (BGHSt 43, 96; BGHSt 52, 290; BGHSt 54, 39).

Nach diesem Maßstab erfüllt die Zulassung der Ärzte zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung nach § 95 SGB V die Voraussetzungen einer Bestellung nach § 11 I Nr. 2c StGB.

„Die Amtsträgereigenschaft eines Vertragsarztes wird nach alldem auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass dieser seine Tätigkeit freiberuflich und bzgl. der Behandlungs- und Verordnungstätigkeit weisungsunabhängig ausübt (a.A. Geis wistra 2007, 361; Taschke StV 2005, 406); denn die freiberufliche Ausübung der übertragenen Aufgaben steht der Amtsträgereigenschaft jedenfalls dann nicht entgegen, wenn i. Ü. die Voraussetzungen des § 11 I Nr. 2c StGB erfüllt sind (vgl. BGH NJW 1998, 2373: freiberuflich tätiger Bauingenieur). Maßgebend ist deshalb auch insoweit, dass die Vertragsärzte durch ihre Zulassung in relevanter Weise **in die öffentlich-rechtlichen Strukturen der kassenärztlichen Versorgung der Versicherten eingebunden** werden.“ (BGH aaO)

2. Auch die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen des § 333 I StGB sind erfüllt.

- a) Den Vertragsärzten wurden im Rahmen des praktizierten Geschäftsmodells mit den vereinbarten Zuwendungen **Vorteile für deren Dienstausbübung** gewährt.

„Die Zuwendungen [wurden] zwar nicht dafür geleistet, dass die Vertragsärzte die Verordnungen über die TENS-Geräte ausstellten (§ 73 II 1 Nr. 7 SGB V), sondern dafür, dass sie diese anschließend der Verfallsbeteiligten zukommen ließen. Sie bildeten deshalb **keine unmittelbare Gegenleistung** für eine Tätigkeit, die den Vertragsärzten im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung der Versicherten übertragen ist, sondern für eine solche, die hiermit **in einem engen Zusammenhang** steht. Dies reicht indes aus.

Zur **Dienstausübung** sind zunächst jedenfalls **Handlungen** zu zählen, die der **Amtsträger in Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben wahrnimmt**, d.h. Handlungen, die zu den dienstlichen Obliegenheiten gehören und in amtlicher Eigenschaft vorgenommen werden (BGHSt 31, 264). Darüber hinaus fallen unter das Tatbestandsmerkmal der Dienstausübung aber auch solche **Tätigkeiten, die ihrer Natur nach zu dem Amt oder dem Dienst des Amtsträgers in einer inneren Beziehung stehen und nicht völlig außerhalb seines Aufgabenbereiches liegen** (BGHSt 3, 143; BGHSt 11, 125; BGHSt 14, 123; vgl. auch BGH NSTZ 2000, 596).

Nach diesem Maßstab wird auch das Sammeln der Verordnungen und Weiterleiten an die Verfallsbeteiligte erfasst. Diese Tätigkeit stellt zwar keine unmittelbare Amtshandlung dar; sie stand jedoch mit der Verordnung der Hilfsmittel in einem engen Zusammenhang. Sie war die Voraussetzung dafür, dass die Vertragsärzte im Anschluss die Verordnungen der Verfallsbeteiligten zukommen ließen; sie wurde ihnen somit gerade durch ihre amtliche Stellung ermöglicht und stellt keine außerhalb des Aufgabenbereiches des Amtsträgers liegende Privathandlung dar.“ (BGH aaO)

- b) Eine **Unrechtsvereinbarung** liegt ebenfalls vor, denn den Vertragsärzten wurden die Vorteile vereinbarungsgemäß gerade als Gegenleistung für die beschriebene Dienstausübung gewährt.
3. **Ergebnis:** Der Geschäftsführer der Verfallsbeteiligten hat sich wegen Vorteilsgewährung nach § 333 I StGB strafbar gemacht.
- II. Außerdem könnte sich der Geschäftsführer der Verfallsbeteiligten durch das von ihm praktizierte Geschäftsmodellwegen **Bestechung im geschäftlichen Verkehr** nach § 299 II StGB strafbar gemacht haben.
1. Selbst wenn **Vertragsärzte** bei der Verordnung von Hilfsmitteln nicht als Amtsträger handeln sollten, so werden sie insoweit jedenfalls als **Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen** i.S.d. § 299 StGB tätig.

- a) Beauftragter nach dieser Vorschrift ist nach gefestigter, st. Rspr. und allg. Auffassung in der Lit. wer - ohne Geschäftsinhaber oder Angestellter zu sein - **für einen Geschäftsbetrieb befugtermaßen tätig wird** und dabei auf Grund seiner Stellung **berechtigt und verpflichtet ist, auf Entscheidungen des Betriebes**, die den Waren- oder Leistungsaustausch betreffen, **Einfluss zu nehmen** (BGHSt 2, 396; LK-StGB-Tiedemann, 12. Aufl., § 299 Rn 16 m. w. Nachw.).
- b) Die **Beauftragteneigenschaft des niedergelassenen Vertragsarztes** im Verhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen bei der Verordnung von Hilfsmitteln ergibt sich maßgebend aus einer sachgerechten Bewertung der Bedeutung, die einer solchen Verordnung nach dem sozialrechtlichen Regelungsgefüge zukommt.

„Wie bereits dargelegt hat der Vertragsarzt **bei der Verordnung eines Arznei- oder Hilfsmittels eine zentrale Stellung inne**. Seine **Verordnung ist für die Begründung des Sachleistungsanspruchs des Versicherten „conditio sine qua non“** und damit sowohl für diesen als auch für die betreffende Krankenkasse **von essentieller Bedeutung**. Bereits diese **Schlüsselstellung** rechtfertigt den Schluss, dass der Vertragsarzt mit dem Ausstellen einer Verordnung über ein Arznei- oder Hilfsmittel auf die Entscheidung der Krankenkasse, dem Versicherten eine derartige Sachleistung zu gewähren, kraft der ihm **durch das Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen** in ganz wesentlicher Weise Einfluss nimmt und somit die Voraussetzungen einer Beauftragtenstellung erfüllt.“ (BGH aaO)

- c) Die Einordnung des Vertragsarztes als Beauftragter bei der Verordnung von Hilfsmitteln scheidet auch nicht deswegen aus, weil der die Verordnung ausstellende Arzt regelmäßig nicht letztverbindlich **über die Gewährung einer bestimmten Sachleistung entscheidet**.

„Der StrK ist zwar dahin zuzustimmen, dass nach dem SGB V die Frage, ob eine Sachleistung der vorherigen Beantragung bei und Bewilligung durch die zuständige Krankenkasse bedarf, in der Weise geregelt ist, dass die vorherige Beantragung und Bewilligung der Leistung die Regel und das Absehen hiervon die Ausnahme ist. Falls nichts anderes bestimmt oder etwa durch einen Vertrag zwischen dem Leistungserbringer und der gesetzlichen Krankenkasse nach § 127 SGB V vereinbart ist, muss der Versicherte deshalb die Verordnung bei der Krankenkasse einreichen und diese darüber entscheiden, ob sie das verordnete Hilfsmittel bewilligt. Bis zu dieser Bewilligung ist der Versicherte nicht berechtigt, die Verordnung bei einem Leistungserbringer einzureichen (vgl. LSG Bad-Württ. Urteil v. 08.12.2009 – L 11 KR 5031/09 ER-B, Rn 31f., juris).

Eine derartige **Letztentscheidungszuständigkeit ist indes nach der allgemeinen, in st. Rspr. verwendeten Umschreibung nicht Voraussetzung für die Beauftragtenstellung nach § 299 StGB**; vielmehr genügt es, dass der Beauftragte auf die Entscheidung des Betriebes über den Warenaus-

tausch Einfluss hat. Es besteht kein Anlass, im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung hiervon abzugehen. Dies würde zu einer in der Sache **nicht gerechtfertigten Privilegierung der Vertragsärzte** führen, die zudem **Sinn und Zweck der Norm widersprüche**. Bereits in der Rspr. zu § 12 UWG, der Vorgängervorschrift des § 299 StGB, war es allgemein anerkannt, dass der Beauftragtenbegriff weit auszulegen ist, weil ihm innerhalb des Tatbestandes eine Auffangfunktion zukommen soll (BGHSt 2, 396; LK-Tiedemann aaO). Mit der Verlagerung der Strafbestimmung in das Strafgesetzbuch war eine Einschränkung nicht verbunden. Der Gesetzgeber wollte vielmehr das Bewusstsein in der Bevölkerung schärfen, dass es sich auch bei Korruption im geschäftlichen Bereich um eine Kriminalitätsform handelt, die nicht nur die Wirtschaft selbst betrifft, sondern Ausdruck eines allgemeinen sozialethisch zu missbilligenden Verhaltens ist (BR-Dr 553/96, S. 32). Mit diesen Grundsätzen wäre die von der Strafkammer vertretene Restriktion nicht vereinbar.“ (BGH aaO)

- d) Auch das Argument, der niedergelassene Arzt übe eine **freiberufliche Tätigkeit** aus (vgl. etwa Bernsmann/Schoß GesR 2005, 193; Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis wistra 2010, 418; Klötzer NSTZ 2008, 12; Reese PharmR 2006, 92; Sobotta GesR 2010, 471; Taschke StV 2005, 406), führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn ein selbstständiges, gewerbliches oder freiberufliches Tätigwerden **steht der Einordnung des Betreffenden als Beauftragter ebenso wenig entgegen** wie seiner Qualifizierung als Amtsträger.

„Für einen Beauftragten nach § 299 StGB ist es vielmehr **geradezu typisch, dass er** – im Gegensatz zum Angestellten – **nicht in den geschäftlichen Betrieb eingegliedert ist, sondern mit der Wahrnehmung des Auftrags zugleich eine eigene geschäftliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt** (LK-Tiedemann aaO; Lindemann/Ratzel, Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 99, 104; Schmidt NSTZ 2010, 393). Während sich die Angestellteneigenschaft regelmäßig aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis ergibt, liegt der Beauftragung i.S.d. § 299 StGB typischerweise ein Geschäftsbesorgungs- oder Werkvertrag zugrunde. Als Beauftragte gelten deshalb z.B. selbstständige Handelsvertreter (BGH NJW 1968, 1572) oder ein freiberuflich tätiger Prüf- und Planungsingenieur (BGHSt 43, 96). Auch freiberuflich tätige Architekten oder Unternehmensberater kommen als Beauftragte in Betracht (MüKo-StGB/Diemer/Krick, § 299 Rn 5; Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 299 Rn 2). In diesem Zusammenhang würde es somit ebenfalls eine in der Sache **nicht gerechtfertigte Privilegierung** darstellen, wollte man den Vertragsarzt aus dem Anwendungsbereich des § 299 StGB herausnehmen, weil er seine Tätigkeit freiberuflich ausübt.“ (BGH aaO)

- e) Die **Anwendung des § 299 StGB scheidet auch nicht deshalb aus, weil** der Vertragsarzt regelmäßig **Inhaber der eigenen ärztlichen Praxis** und damit eines Betriebes i. S. der genannten Vorschrift ist (a.A. Bernsmann/Schoß GesR 2005, 193).

„Denn der Betriebsinhaber kann sich wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr strafbar machen, wenn er zugleich für einen anderen geschäftlichen Betrieb tätig wird und für den Einfluss auf dessen Entscheidungen unberechtigte oder sachfremde Vorteile erhält (NK-StGB-Dannecker § 299 Rn 23b); von der Strafbarkeit ausgenommen ist lediglich die Vorteilsannahme eines Betriebsinhabers bezüglich seines eigenen Betriebes (Fischer aaO § 299 Rn 10c).“ (BGH aaO)

- f) Gegen die Einordnung des Vertragsarztes als Beauftragter i.S.d. § 299 StGB spricht schließlich auch nicht, dass seine **Befugnis, auf die Entscheidung des Betriebes Einfluss zu nehmen, nicht auf einem Rechtsgeschäft beruht**.

„Insbes. der **Wortlaut der Norm erfordert eine solche restriktive Interpretation des Tatbestandsmerkmals „Beauftragter“ nicht** (a. A. Sahan ZIS 2007, 69; vgl. auch Reese PharmR 2006, 92). Dies ergibt sich schon mit Blick auf § 266 StGB, der ausdrücklich von einem „behördlichen“ Auftrag spricht (so zu Recht LK-Tiedemann aaO, Rn 17). Eine Auslegung, die nicht nur die rechtsgeschäftliche Beauftragung erfasst, hält sich deshalb in den **Grenzen des natürlichen Wortsinns** und verstößt nicht gegen das Analogieverbot des Art. 103 II GG.

Mit Blick vor allem auf das von § 299 StGB geschützte Rechtsgut sowie Sinn und Zweck der Norm ist die rechtliche Grundlage, auf der die Berechtigung beruht, nicht maßgebend (a.A. Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis wistra 2010, 418; Reese PharmR 2006, 92). § 299 StGB ist als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet (Schönke/Schröder-Heine, 28. Aufl., § 299 Rn 2 m. w. Nachw.) und schützt – zumindest vorrangig – den freien Wettbewerb (LK-Tiedemann aaO, Rn 1 m. w. Nachw.). Dieser ist immer dann in Gefahr, wenn Personen die Befugnis haben, den Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im geschäftlichen Verkehr zu beeinflussen, dessen wirtschaftliche Folgen nicht sie selbst treffen, sondern die ein anderer zu tragen hat. Demgegenüber ist es **nicht von Bedeutung, auf welcher rechtlichen Grundlage** die betreffenden Personen **tätig werden**. **Entscheidend ist vielmehr, dass der Beauftragte die tatsächliche Möglichkeit hat, die betrieblichen Entscheidungen über den Erwerb von Waren oder Leistungen unmittelbar oder mittelbar zu beeinflussen und es ihm im Interesse des Betriebes verwehrt ist, Leistungen der anderen Vertragsseite anzunehmen** (Böse/Mölders MedR 2008, 585). Auch außenstehende Personen können somit Beauftragte sein, wenn sie in der Lage sind, Entscheidungen für den Betrieb zu beeinflussen (vgl. Schmidt NSTZ 2010, 393). Es kommt allein auf das **unlautere Tätigwerden des Beauftragten für den Geschäftsherrn** an, oh-

ne dass dieses Verhalten dem Geschäftsherrn zugerechnet werden muss (NK-StGB-Dannecker § 299 Rn 23a). Deshalb kommt neben der Beauftragung durch ein Rechtsgeschäft auch in Betracht, dass sich die Beauftragtenstellung – wie etwa bei einem Insolvenzverwalter (Fischer aaO, § 299 Rn 10a) – aus einer gerichtlichen Bestellung, einer gesetzlichen Regelung oder einem Verwaltungsakt ergibt. Somit genügt es, dass die Befugnis des Vertragsarztes im Verhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen auf der Zulassung durch den nach § 96 SGB V gebildeten Ausschuss gründet, dessen Mitglieder von den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Krankenkassen bestellt werden.“ (BGH aaO)

- g) Die Einordnung des Vertragsarztes als Beauftragter wird auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil dieser bei der Auswahl des Arznei- oder Hilfsmittels nicht nur die wirtschaftlichen Interessen der gesetzlichen Krankenkassen zu wahren, sondern sich vor allem **am Wohl seines Patienten zu orientieren** hat (a.A. Geis wistra 2005, 369; Sahan ZIS 2007, 69; Schneider StV 2010, 366).

„Zwar hat er diesen **sachkundig zu beraten** und dadurch in die Lage zu versetzen, sein **Selbstbestimmungsrecht** hinsichtlich der Behandlung auszuüben. Jedoch ändert diese Verpflichtung des Vertragsarztes nichts daran, dass er mit der Verordnung von Arznei- oder Hilfsmitteln – jedenfalls auch – Einfluss auf die Leistungsgewährung durch die gesetzliche Krankenversicherung nimmt und deshalb – insoweit vergleichbar einem als Insolvenzverwalter tätigen Rechtsanwalt – als deren Beauftragter handelt (NK-StGB-Dannecker, § 299 Rn 23c; ders. GesR 2010, 281).“ (BGH aaO)

2. Aus den zuvor dargelegten Gründen **erfordert** der **Tatbestand des § 299 StGB** es **nicht**, dass der Beauftragte ein ihm von dem Geschäftsherrn entgegen gebrachtes **Vertrauen missbraucht** (zutr. Schmidt NSTz 2010, 393; a.A. Geis GesR 2006, 345; ders. wistra 2005, 369; Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis wistra 2010, 418).

„Der Wortlaut des § 299 StGB gibt für eine derartige Einschränkung nichts her. Es **widerspräche dem Wesen der Vorschrift als Straftat gegen den freien Wettbewerb**, wollte man die Beauftragtenstellung nur bei einem derart engen persönlichen Verhältnis zwischen dem Beauftragten und dem Betriebsinhaber bejahen.“ (BGH aaO)

VereinsG
§§ 3, 4**Durchsuchung von Räumen eines religiösen Vereins**
konkrete Anhaltspunkte für Vereinsverbot

VereinsG

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2012, 64; Beschluss vom 12.10.2011 – 1 S 11/11)

1. Eine im Rahmen eines vereinsrechtlichen Ermittlungsverfahrens erfolgende Durchsuchung hat zur Voraussetzung, dass **konkrete Anhaltspunkte** dafür gegeben sind, dass ein Vereinsverbot in Betracht kommt.
2. Das Verbot eines religiösen Vereins ist nur gerechtfertigt, wenn dessen Aktivitäten sich **aggressiv-kämpferisch gegen die verfassungsmäßige Ordnung** richten.
3. Die Durchsuchung darf nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Verdachts erforderlich sind; denn sie setzt **einen Verdacht bereits voraus**.
4. Der Verdacht einer aggressiv-kämpferischen, gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichteten Wirkung ist bei einer religiösen Vereinigung erst dann gegeben, wenn im konkreten Fall belastbare Tatsachen darauf hinweisen, dass die **Anwendung von Gewalt ernsthaft in Betracht gezogen** wird.

Fall: Der Ag. ist ein unter dem Namen „Islamisches Kulturzentrum B. e. V.“ eingetragener Verein (IKZ-Verein B.). Vereinszweck ist nach der Satzung die Förderung der Zusammenführung von Personen muslimischen Glaubens, die Bekanntmachung des Islams als Religion, die Zurverfügungstellung von Gebetsräumen für muslimische Gläubige, die Durchführung von Arabischunterricht für Kinder von Personen muslimischen Glaubens sowie die Vermittlung der arabischen Sprache und Kultur an interessierte Personen. Am 30.11.2010 leitete das Bundesministerium des Inneren gegen den Ag. sowie den Verein „Einladung zum Paradies e. V.“ in B. (EVP-Verein B.) nach § 4 VereinsG ein vereinsrechtliches Ermittlungsverfahren ein. Es bestehe der konkrete Verdacht, dass sich die Tätigkeit beider Vereine gegen die verfassungsmäßige Ordnung richte, indem sie diese als bundesweit agierendes salafistisches Netzwerk zu Gunsten der Errichtung eines islamischen Gottesstaates beseitigen wollten. Zur Begründung wurde dazu insbesondere auf das Wirken sowie Äußerungen des 1. Vorsitzenden des EVP-Vereins B., M (Sheikh Abu A) Bezug genommen. Eng in die Vereinsstruktur des EVP-Vereins eingebunden sei der salafistische Prediger Pierre V. In der Einleitungsverfügung wurde weiter ausgeführt, dass sich nach den vorhandenen Erkenntnissen die Schlussfolgerung aufdränge, dass zwischen dem EVP-Verein B. und dem IKZ-Verein B. enge Verbindungen bestünden. Auf Grund eines Vollzugsersuchens des Bundesministeriums des Inneren beantragte das B. für den Senator für Inneres und Sport der Freien Hansestadt B. am 03.12.2010 beim VG einen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss für die Vereinsräume des Ag. Das VG erließ am 10.12.2010 einen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss. Lagen die Voraussetzungen hierfür vor?

I. Zuständigkeit

Zuständig für die Durchführung eines vereinsrechtlichen Ermittlungsverfahrens ist gem. § 4 I VereinsG die jeweilige Verbotsbehörde. Das **Bundesministerium des Inneren** ist gem. § 3 II Nr. 2 VereinsG Verbotsbehörde, wenn die Organisation oder Tätigkeit eines Vereins sich **über das Gebiet eines Landes hinaus** erstreckt.

*„Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Auslöser für das vereinsrechtliche Ermittlungsverfahren war u. a. die Tätigkeit des EVP-Vereins B. In der Einleitungsverfügung des Bundesministeriums des Inneren vom 30.11.2010 wird im Einzelnen und unter Nennung konkreter Sachverhalte dargelegt, dass dieser Verein seit einiger Zeit **seine Aktivitäten auf B. ausgeweitet** hatte:*

*So hatte der IKZ-Verein B. dem EVP-Verein **in räumlicher und organisatorischer Hinsicht** über längere Zeit – zumindest – ein **Forum für seine Aktivitäten geboten**. Der 1. Vorsitzende des EVP-Vereins, M, sowie Pierre V., der in enger Verbindung zum dem Verein steht, haben zwischen 2008 und 2010 in den Räumen des IKZ-Vereins B. eine nicht nur gelegentliche Unterrichts- und Vortragstätigkeit entfaltet. In dem Einleitungsschreiben des Bundesministeriums des Inneren werden insoweit jeweils konkrete Termine sowie Themen genannt. Anhaltspunkte, die durchgreifende Zweifel an der Richtigkeit der Auflistung begründen könnten, sind nicht ersichtlich.*

*Die **miteinander verknüpften Internet-Auftritte** sowie der **Vertrieb von EVP-Materialien** sind darüber hinaus Anhaltspunkte für eine noch weitergehende, auch inhaltliche Zusammenarbeit. Auch hierfür werden in der Einleitungsverfügung konkrete Sachverhalte benannt.“ (OVG Bremen aaO)*

Unter diesen Umständen ist nach § 3 II Nr. 2 VereinsG die Zuständigkeit des Bundesministeriums des Inneren begründet. Gegenstand des gegen den IKZ-Verein B. gerichteten Ermittlungsverfahrens war gerade die Frage des Einflusses, den der EVP-Verein B. auf Grund seiner fraglos bestehenden, ersichtlich nicht nur peripheren Kontakte auf den IKZ-Verein hatte. Zum Zeitpunkt der Einleitung des Ermittlungsverfahrens lagen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass insoweit ein erheblicher Einfluss gegeben war.

Das Bundesministerium des Inneren war daher für das Führen des Vereinsverbotsverfahrens und damit für die Veranlassung der Beantragung des Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses zuständig.

II. Vorliegen der Voraussetzungen für eine Durchsuchungsanordnung

Fraglich ist jedoch, ob die Durchsuchung der Vereinsräume der Ag. Vom VG zu Recht angeordnet wurde.

1. Voraussetzungen für Durchsuchungsanordnung bei religiösen Vereinigungen

Diese Anordnung kann nach § 4 IV 2 VereinsG erfolgen, wenn **hinreichende Anhaltspunkte** dafür bestehen, dass diese Maßnahme zur Auffindung von Gegenständen führt, die als **Beweismittel im vereinsrechtlichen Verbotsverfahren** von Bedeutung sein können.

Die Einleitung eines vereinsrechtlichen Verbotsverfahrens hat ihrerseits zur Voraussetzung, dass der **Verdacht für das Vorliegen von vereinsrechtlichen Verbotsgründen** besteht. Solche Verbotsgünde sind nach § 3 I 1 VereinsG/Art. 9 II GG gegeben, wenn der Zweck des Vereins oder dessen Tätigkeit den **Strafgesetzen zuwider läuft** oder die Vereinigung sich **gegen die verfassungsmäßige Ordnung** oder gegen den **Gedanken der Völkerverständigung** richtet.

„Die Schranke des Art. 9 II GG gilt auch für religiöse Gemeinschaften, die sich vereinsmäßig zusammengeschlossen haben und religiöse Ziele propagieren. Allerdings ist zu beachten, dass die religiöse Vereinigungsfreiheit in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes besonderes Gewicht besitzt, und zwar unabhängig davon, ob diese Gemeinschaften dem Staat und seiner Verfassungs- und Rechtsordnung kritisch gegenüber stehen (BVerfGK 2, 22 = NJW 2004, 47 f. = NVwZ 2004, 472 L).“ (OVG Bremen aaO)

Dieses besondere Gewicht der religiösen Vereinigungsfreiheit führt dazu, dass der schwerwiegende Eingriff des Verbots einer religiösen Vereinigung nur gerechtfertigt ist, wenn er bei der Abwägung mit den Verfassungsgütern, die mit dem Verbot geschützt werden sollen, **nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unerlässlich** ist.

*„Dies ist in der Regel der Fall, wenn sich die religiöse Vereinigung **aggressiv-kämpferisch gegen die in Art. 79 III GG genannten Verfassungsgrundsätze**, d. h. die verfassungsmäßige Ordnung i. S. von Art. 9 II GG richtet (BVerwG, NVwZ 2003, 986 [989]). In diesem Fall verletzt das Verbot auch nicht die in Art. 4 I GG garantierte Religionsfreiheit (BVerfGK 2, 22 = NJW 2004, 47 f. = NVwZ 2004, 472 L; BVerwG, NVwZ 2006, 694 f.). Denn diese ist zwar vorbehaltlos, aber nicht schrankenlos gewährleistet. Sie kann ihre Grenze in den kollidierenden Grundrechten anderer Grundrechtsträger, aber auch in anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtsgütern finden.“ (OVG Bremen aaO)*

Die Einleitung eines vereinsrechtlichen Ermittlungsverfahrens setzt demnach voraus, dass konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer aggressiv-kämpferischen, gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichteten Wirkens des Vereins gegeben sind.

*„Das gilt jedenfalls dann, wenn im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Vereinsräume oder Wohnungen durchsucht werden sollen, es also zu Eingriffen in den Schutzbereich von Art. 13 I GG kommt. **Durchsuchungen sind nur zulässig, wenn Verdachtsgründe vorhanden sind, die über bloße Vermutungen und vage Anhaltspunkte hinausgehen.** Gegen diese Anforderung wird verstoßen, wenn sich sachlich zureichende plausible Gründe für die Maßnahme nicht mehr finden lassen (BVerfG, NJW 2011, 2275 – Durchsuchung von Kanzleiräumen). Die Durchsuchung darf **nicht der Ermittlung von Tatsachen** dienen, die zur **Begründung eines Verdachts** erforderlich sind; denn sie setzt einen Verdacht bereits voraus (BVerfG NJW 2011, 291 = MMR 2011, 333).*

*Der Verdacht einer aggressiv-kämpferischen, gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichteten Wirkung ist bei einer religiösen Vereinigung erst dann gegeben, wenn **im konkreten Fall belastbare Tatsachen** darauf hinweisen, dass die **Anwendung von Gewalt ernsthaft in Betracht gezogen wird.**“ (OVG Bremen aaO)*

2. Vorliegen der Voraussetzung im konkreten Fall

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt waren.

a) Verweis auf Salafismus

Sofern in der Einleitungsverfügung darauf hingewiesen wird, dass es sich bei dem EZP Verein B um ein salafistisches Zentrum handelt und der Salafismus dadurch gekennzeichnet sei, dass Lebensform und Glaubensvorstellung sich streng an das Vorbild der muslimischen Gründerväter hielten. Die **parlamentarische Demokratie**

sowie die **rechtsstaatliche Ordnung des Grundgesetzes** würden **abgelehnt**, reicht dies zur Begründung eines aggressiv-kämpferischen Standpunkts gegen die Verfassung nicht aus.

„Allein aus der Zugehörigkeit zur salafistischen Richtung des Islam kann noch nicht auf ein aggressiv-kämpferisches Wirken gegen die verfassungsmäßige Ordnung geschlossen werden. Dies gilt umso mehr, als die religiöse Vereinigungsfreiheit, wie dargelegt, auch religiöse Gruppen schützt, die sich gegenüber dem Staat sowie seiner Verfassungs- und Rechtsordnung kritisch verhalten und etwa der Überzeugung sind, die Gebote Gottes gingen den staatlichen Gesetzen vor (vgl. dazu: BVerfGK 2, 22 = NJW 2004, 47 f. = NVwZ 2004, 472 L).“ (OVG Bremen aaO)

b) konkrete Anhaltspunkte

Es muss daher **belastbare Tatsachen** geben, die darauf hinweisen, dass die **Anwendung von Gewalt ernsthaft in Betracht gezogen** wird.

So erfolgten nachweisbar Äußerungen des 1. Vorsitzenden des EZP-Vereins B. in den Räumen des IKZ-Vereins, in denen er **bei Apostasie für die Verhängung der Todesstrafe** warb, zu deren Form er noch im Einzelnen Stellung nahm. In einem im Internet veröffentlichten Vortrag nahm er dazu Stellung, **unter welchen Bedingungen ein muslimischer Staat Ungläubige töten dürfte**. In einem weiteren Beitrag stellt er klar, dass **Frauen nur eingeschränkte gesellschaftliche Rechte** besäßen. Dies betreffe bereits das Verlassen des Hauses. Unter Umständen sei zur Durchsetzung ihrer Pflichten auch die **Anwendung von Gewalt zulässig**. Pierre V., der in die Vereinsstruktur des EZP-Vereins eingebunden ist und der nach vorhandenen Erkenntnissen allein im Jahr 2010 vier Mal in den Räumen des IKZ-Vereins als Referent aufgetreten ist, hat sich in einem Fernsehbeitrag dahin geäußert, dass der Koran die **Steinigung von Ehebrechern als göttliches Gebot** vorsehe. In einem in das Internet unter dem Titel „The New Muslim Army“ eingestellten Video wird von ihm unverhüllt mit der **Anwendung von Gewalt und einem „Aufräumen“** gedroht.

*„Die genannten Äußerungen weisen auf die **Befürwortung religiös motivierter Gewalt** hin. Für den Fall des Abweichens von den religiösen Normen bzw. gegenüber Nichtgläubigen werden das **Töten und die Gewaltanwendung gedanklich durchgespielt und damit enttabuisiert**. Die Äußerungen können – auch in ihrer sprachlichen Aggressivität – nicht als unbedeutende Einzelstimmen abgetan werden, sondern sie stammen von **Personen**, die eine **hervorgehobene Stellung** besitzen. C war zum Zeitpunkt der Einleitung des Ermittlungsverfahrens 1. Vorsitzender des EZP-Vereins B. Seine wiederholte Vortragstätigkeit im IKZ-Verein B., die Verknüpfung der Internet-Auftritte sowie die Verteilung von Material seines Vereins weisen daraufhin, dass ihm auch in B. ein besonderer Rang beigegeben worden ist. Für Pierre V. gilt dasselbe.“ (OVG Bremen aaO)*

In der Einleitungsverfügung des Bundesministeriums des Inneren vom 30. 11. 2010 werden insgesamt konkrete Tatsachen genannt, um den Verdacht eines aggressiv-kämpferischen Wirkens gegen die verfassungsmäßige Ordnung zu rechtfertigen. Damit sind die Voraussetzungen für eine Durchsuchungsanordnung erfüllt.

„Für den EZP-Verein B. hat das OVG Lüneburg dies im Rahmen der dort erfolgten Durchsuchung mit Beschluss vom 13. 12. 2010 (11 OB 533/108) bestätigt. Der erkennende Senat kommt zu dem Ergebnis, dass im Zeitpunkt des Erlasses des Durchsuchungsbeschlusses – auf diesen Zeitpunkt kommt es maßgeblich an – auch in Bezug auf den IKZ-Verein B. ein solcher Verdacht bestanden hat. Dass die Beschlagnahmeanordnung unter Rechtsfehlern leiden könnte, ist nicht erkennbar.“ (OVG Bremen aaO)

Ergebnis: Die Voraussetzungen für den Erlass des Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses lagen daher vor. Die Durchsuchung ist zu Recht erfolgt.

VersG
§ 15 I**Auflagen zur Versammlung
Rechtmäßigkeitsanforderungen**

VersG

(VGH Mannheim, VBIBW 2012,61; Urteil vom 30.06.2011 – 1 S 2901/10)

Eine Pflicht des Leiters einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder eines Aufzugs, die **Personalien der eingesetzten Ordner in einer Liste zu erfassen**, die auf Anforderung der Polizei oder der Versammlungsbehörde vorzulegen ist, **kann** grds. unter den engen Voraussetzungen des § 15 I VersG **durch eine beschränkende Verfügung (Auflage) begründet werden** (hier verneint).

Fall Der Kläger begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit versammlungsrechtlicher Auflagen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Ordnern.

Mit Schreiben vom 19.01.2009 meldete der Kläger „im Auftrag und Namen des Anti-NATO-Bündnisses Baden-Baden“ über die Stadt Baden-Baden beim Regierungspräsidium Karlsruhe - Zentrale Versammlungsbehörde - eine Kundgebung mit etwa 200 bis 300 Teilnehmern für den 02.04.2009 in der Zeit von 16.00 Uhr bis 22.00 Uhr vor dem Festspielhaus in Baden-Baden an. Anlass war der in Baden-Baden und Straßburg am 03. und 04.04.2009 stattfindende NATO-Gipfel. Mit Verfügung vom 19.03.2009 erteilte das Regierungspräsidium dem Kläger als Versammlungsleiter u.a. die Auflagen, je 50 Teilnehmer einen Ordner einzusetzen, mindestens jedoch 6 sowie deren Personalien (Name, Vorname und Wohnort) in einer Liste zu erfassen, die ebenfalls auf Anforderung der Polizei oder der Versammlungsbehörde vorzulegen ist.

Die Versammlung fand am 02.04.2009 ohne Zwischenfälle statt. Die Namensliste der Ordner wurde nicht angefordert. Der Kläger hat am 20.04.2009 Klage beim Verwaltungsgericht Karlsruhe erhoben mit dem Antrag, festzustellen, dass die Anordnung der Pflicht zur Vorlage einer Namensliste der Ordner rechtswidrig war.

Zur Begründung hat er geltend gemacht, er beabsichtige zukünftig ähnliche Versammlungen zur Politik der NATO und den zu erwartenden Kriegen unter NATO-Beteiligung insbesondere in Afghanistan, durchzuführen. Es sei nicht sichergestellt, dass er in Zukunft bei Anordnung der streitgegenständlichen Auflage in der Lage sei, die geforderte Anzahl von Ordnern zu stellen. Jeder Ordner müsse mit der Erfassung seiner persönlichen Daten und deren Speicherung rechnen, die allein an die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit und damit an das Gebrauchmachen von einem für die demokratische Meinungsbildung elementaren Grundrecht anknüpfen. Wird die Klage Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Klage**1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO**

Hier wird um eine versammlungsrechtliche Auflage gestritten. Das **Versammlungsrecht** ist ein klassischer Bereich des **öffentlichen Rechts**. Da hier auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. statthafte Klageart.

Da die Durchführung einer Versammlung nach dem VersG nicht von einer Genehmigung abhängt, zu der dann nach § 36 VwVfG Auflagen als Nebenbestimmungen ergehen könnten, handelt es sich bei der gemachten Auflage um einen **selbständige, belastenden Verwaltungsakt**, gegen den mit der Anfechtungsklage vorgegangen werden könnte. Allerdings hat sich die Auflage **mit der Durchführung der Versammlung erledigt**, so dass von ihr keine Rechtswirkungen mehr ausgehen.

„Erledigt sich der Verwaltungsakt - wie hier - bereits vor Klageerhebung, findet § 113 I 4 VwGO entsprechende Anwendung (st. Rspr., vgl. BVerwG, Urt. v. 24.11.2010 - 6 C 16.09 -, NVwZ-RR 2011, 279 f.). Diese sogenannte nachgezogene Fortsetzungsfeststellungsklage ist nicht an die Klagefristen der §§ 74 I, 58 II VwGO gebunden und in zeitlicher Hinsicht nur durch eine Verwirkung - wofür hier nichts spricht - begrenzt (BVerwG, Urt. v. 14.07.1999 - 6 C 7.98 -, BVerwGE 109, 203, 208 f.)“ (VGH Mannheim aaO)

3. besondere Feststellungsinteresse

Die Fortsetzungsfeststellungsklage nach Erledigung eines belastenden Verwaltungsaktes ist jedoch nur zulässig, wenn hierfür ein besonderes Feststellungsinteresse vorliegt.

„Bei der Beurteilung des Vorliegens eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses sind die Besonderheiten der Versammlungsfreiheit zu berücksichtigen. Indessen begründet nicht jeder Eingriff in die Versammlungsfreiheit ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Ein solches Interesse besteht allerdings dann, wenn die angegriffene Maßnahme die Versammlungsfreiheit schwer beeinträchtigt, wenn die Gefahr einer

Wiederholung besteht oder wenn aus Gründen der **Rehabilitierung** ein rechtlich anerkanntes Interesse an der Klärung der Rechtmäßigkeit angenommen werden kann (BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004 – 1 BvR 461/03 -, NJW 2004, 2510 f.).“ (VGH Mannheim aaO)

a) schwerwiegender Grundrechtseingriff

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt des schwerwiegenden Grundrechtseingriffs ist zu bejahen, wenn die Grundrechtsausübung durch ein Versammlungsverbot oder eine Auflösung der Versammlung tatsächlich unterbunden wurde. Dies ist hier nicht der Fall.

„Wurde die Versammlung unter versammlungsrechtlichen Auflagen gemäß § 15 I VersammlG durchgeführt, ist ein solches Interesse dann gegeben, wenn die Auflagen den **spezifischen Charakter der Versammlung verändert**, insbesondere die Verwirklichung ihres kommunikativen Anliegens **wesentlich erschwert haben**. Ein tiefgreifender Grundrechtseingriff ist hingegen nicht gegeben, wenn die Abweichungen nur **bloße Modalitäten der Versammlungsdurchführung** betroffen haben (vgl. BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004 - 1 BvR 461/03 -, NJW 2004, 2510). Letzteres ist hier der Fall.“ (VGH Mannheim aaO)

Durch die Auflage, Ordnerlisten auf Anforderung an die Polizei herauszugeben und die Polizei über Verstöße einzelner Teilnehmer gegen versammlungsrechtliche oder strafrechtliche Bestimmungen, die vom Versammlungsleiter oder den Ordnern nicht unterbunden werden können, zu informieren, wurde weder der spezifische Charakter der Veranstaltung verändert, noch die Verwirklichung des kommunikativen Anliegens wesentlich erschwert.“

b) Rehabilitationsinteresse

„Auch ein Rehabilitationsinteresse kann nicht bejaht werden, da die begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit der Auflagen vorliegend nicht als Genugtuung oder zur Rehabilitierung erforderlich ist. Voraussetzung hierfür wäre, dass der Verwaltungsakt diskriminierenden Charakter hatte und das Persönlichkeitsrecht des Klägers beeinträchtigte. Die angegriffenen Anordnungen haben jedoch keine persönlichkeitsbeeinträchtigende Wirkung. Die Versammlung des Klägers konnte wie geplant und auch von ihm nach außen kommuniziert stattfinden, ohne dass er öffentlich mit zu befürchtenden Ausschreitungen in Zusammenhang gebracht wurde.“ (VGH Mannheim aaO)

c) Wiederholungsgefahr

aa) Anforderungen an Wiederholungsgefahr

„Das Erfordernis der Wiederholungsgefahr setzt zum einen die **Möglichkeit einer erneuten Durchführung** einer vergleichbaren Versammlung durch den Kläger voraus, zum anderen, dass die **Behörde voraussichtlich auch zukünftig an ihrer Rechtsauffassung festhalten** wird (BVerfG, Beschl. v. 08.02.2011 - 1 BvR 1946/06 -, zitiert nach juris RdNr. 22; BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004, a.a.O.). Dabei reicht es aus, dass der **Wille des Betroffenen erkennbar** ist, in Zukunft Versammlungen abzuhalten, die ihrer Art nach zu den gleichen Rechtsproblemen und damit der gleichen Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit führen können. Angesichts des verfassungsrechtlich geschützten Rechts des Veranstalters, über das Ziel sowie die Art und Weise der Durchführung einer Versammlung selbst zu bestimmen, darf für die Bejahung des Feststellungsinteresses **nicht verlangt** werden, dass die möglichen weiteren Versammlungen **unter gleichen Umständen, mit einem identischen Motto und am selben Ort** durchgeführt werden. Jedoch sind Anhaltspunkte dafür zu fordern, dass die Behörde das Verbot solcher weiterer Versammlungen oder die Beschränkung ihrer Durchführung voraussichtlich wieder mit den gleichen Gründen rechtfertigen wird (BVerfG, Beschl. v. 08.02.2011 -1 BvR 1946/06 -, juris RdNr. 23).“ (VGH Mannheim aaO)

bb) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Darlegungen des Klägers zur Wiederholungsgefahr die Annahme eines besonderen Feststellungsinteresses rechtfertigen.

„Die stationäre Kundgebung erfolgte als Reaktion auf die Politik der NATO und auf Kriege unter NATO-Beteiligung. Zwar stand die Kundgebung auch maßgeblich im Zusammenhang mit einem aktuellen Ereignis, dem in Baden-Baden und Straßburg stattfindenden NATO-Gipfel. Es ist jedoch nicht der Nachweis erforderlich, dass einem **zukünftigen behördlichen Vorgehen in allen Einzelheiten die gleichen Umstände zugrunde liegen** werden; denn entscheidend ist die Klärung der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen zukünftigen Verwaltungshandelns unter Anwendung der dafür maßgeblichen Rechtsvorschriften (Posser/Wolff, in: Beck'scher Online-Kommentar VwGO, Edition 17, Stand: 01.04.2011, § 113 Rn. 87.2). Ausreichend für die Annahme einer Wiederholungsgefahr ist daher, dass der **Kläger in Zukunft ähnliche** Versammlungen zur Information über die NATO-Politik durchführen möchte. Dies hat der Kläger, insbesondere in Bezug auf die NATO-Beteiligung in Afghanistan, in ausreichendem Maße dargelegt.

Die Behörde hat durch das **Festhalten an ihrer Rechtsauffassung** und durch ihren Hinweis darauf, dass derartige Auflagen eine „**versammlungsrechtlich ständig geübte Praxis**“ seien (vgl. AS. 99 der Behördenakten) den Eindruck vermittelt, auch in Zukunft bei gleichartigen Versammlungen entsprechend ihrer Rechtsauffassung vorzugehen (vgl. hierzu Sächs. OVG, Urt. v. 04.06.2009 - 3 B 59/06 -, juris, RdNr. 24). Es ist daher **davon auszugehen**, dass dem Kläger **bei künftigen Versammlungen ähnliche Auflagen** erteilt werden.“ (VGH Mannheim aaO)

Da sich versammlungsrechtliche Verwaltungsakte typischerweise schnell erledigen und im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Rechtmäßigkeit versammlungsbeschränkender „Auflagen“ oft nicht abschließend geklärt werden kann, ergibt sich ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse mithin aus der bestehenden Wiederholungsgefahr.

II. Begründetheit der Klage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, die versammlungsrechtlichen Auflagen, rechtswidrig waren.

1. Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage

Eine spezielle Ermächtigungsgrundlage für die Anordnungen ist gesetzlich nicht vorgesehen, eine gesetzliche Grundlage jedoch aufgrund des verfassungsrechtlichen Schutzes des Versammlungsrechts erforderlich.

„Das Freiheitsrecht des Art. 8 I GG, das nicht unter einem Erlaubnisvorbehalt steht, darf für Versammlungen unter freiem Himmel gemäß Art. 8 II GG nur **durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes** beschränkt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedürfen lediglich behördliche Maßnahmen, die nicht eine Abwehr konkret bevorstehender unmittelbarer Gefahren bezwecken, sondern sich in Hinweisen auf die allgemeine Rechtslage erschöpfen oder im Sinne **vorsorgender Maßnahmen** lediglich den **reibungslosen Ablauf einer Versammlung** gewährleisten sollen, keiner besonderen gesetzlichen Grundlage, **soweit** solche Maßnahmen **keine Grundrechtseingriffe** darstellen (BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007 - 1 BvR 2793/04 -, juris RdNr. 19). Bei der Anordnung handelt es sich jedoch um eine die Rechte des Versammlungsleiters beschränkende Verfügung, die einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Für eine Beurteilung als vorsorgende Maßnahme lässt sich zwar anführen, dass die Erstellung der Namensliste der Ordner nur der Vereinfachung einer später eventuell durchzuführenden Datenerhebung dient. Jedoch stellt mit Blick auf die grundlegende Bedeutung der Versammlungsfreiheit, zu der auch das **Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters** gehört, **Ordner auszuwählen**, die Anordnung einen Eingriff in das Versammlungsrecht dar. Denn der Versammlungsleiter wird hierdurch verpflichtet, **persönliche Daten der Ordner an die Behörde weiterzuleiten**, was mit einer Erschwernis verbunden sein kann, für die anstehende Versammlung Ordner zu gewinnen, und damit auch mit einem gewissen **Abschreckungseffekt** einhergehen kann. Die listenmäßige Erfassung der Ordner bedarf danach einer Ermächtigungsgrundlage.“ (VGH Mannheim aaO)

2. Bestimmung der Ermächtigungsgrundlage

„§ 18 II 1 VersG VersammIG scheidet als Ermächtigungsgrundlage aus. Für eine anlassunabhängige Überprüfung der Ordner bietet § 18 II VersammIG allein ... keine Rechtsgrundlage. Auch auf § 14 II VersammIG lässt sich die angegriffene Anordnung nicht stützen.“

[Eine] erweiternde Erstreckung der Vorschrift auf Ordner widerspricht jedoch der in Art. 8 GG garantierten Versammlungsfreiheit, zu der auch das Selbstbestimmungsrecht eines Veranstalters gehört, überhaupt Ordner einzusetzen und diese auszuwählen.“ (VGH Mannheim aaO)

In Betracht kommt daher nur § 15 I VersG als taugliche Ermächtigungsgrundlage.

a) Voraussetzungen des § 15 I VersG

Nach § 15 I VersG kann die zuständige Behörde die Versammlung von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die **öffentliche Sicherheit oder Ordnung** bei Durchführung der Versammlung **unmittelbar gefährdet** ist. Die öffentliche Sicherheit im Sinne dieser Bestimmung umfasst den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen, wobei in der Regel eine **Gefährdung der öffentlichen Sicherheit** angenommen wird, wenn eine **strafbare Verletzung dieser Rechtsgüter droht** (vgl. BVerfGE 69, 315 f.; BVerfGE 131, 216).

„Für den - hier nicht angegriffenen - **Einsatz von Ordnern** ist nach der ganz überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass unter den Voraussetzungen des § 15 I VersG eine entsprechende Anordnung ergehen kann, um eine **möglichst störungsfreie Durchführung** der

Versammlung einigermaßen zu gewährleisten. Die Systematik der Regelungen des Versammlungsgesetzes sowie der Normzweck, Kommunikation zu ermöglichen, stehen dem nicht entgegen (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 10.02.2010 - 7 A 11095/09.OVG-, juris; BayVGH, Beschl. v. 23.10.2008 - 10 ZB 07.2665 - juris; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 09.02.2001 - 5 B 180/01 -, NJW 2001, 1441 f.; VG Freiburg, Urt. v. 17.05.2010 - 3 K 464/09 -, juris; Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 16. Aufl. 2011, § 15 Rn. , 36 ff., 48, § 18 RdNr. 24; Ott/Wächtler/Heinhold, Gesetz über Aufzüge und Versammlungen, 7. Auflage 2010, § 18 Rn. 5).“ (VGH Mannheim aaO)

Nach § 7 I VersG muss jede öffentliche Versammlung einen Leiter haben, der den Ablauf der Versammlung bestimmt und für Ordnung zu sorgen hat. (§ 8 S. 1, 2 VersG). Hierbei kann er sich nach § 9 I 1 VersG der Hilfe einer angemessenen Zahl ehrenamtlicher Ordner bedienen. Diese Regelungen sind gem. § 18 I VersG für öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel entsprechend anzuwenden.

„Das Versammlungsgesetz räumt demnach dem Leiter einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder eines Aufzugs das **Recht ein, Ordner einzusetzen**, bestimmt indes hierzu **keine gesetzliche Verpflichtung**. Die Bestimmungen über die Verwendung von Ordnern sind jedoch nicht als eine abschließende Regelung zu verstehen, die einen Rückgriff auf die allgemeine Befugnisnorm des § 15 I VersG ausschließt. [wird ausgeführt] Weder der Umstand, dass das Versammlungsgesetz eine gesetzliche Pflicht hierzu nicht bestimmt, noch die detaillierte Regelung über die personellen Anforderungen an die Ordner (vgl. § 18 I i.V.m. § 9 I VersG: Waffenlosigkeit, Volljährigkeit, Ehrenamtlichkeit und neutrale Kennzeichnung) rechtfertigen die Annahme einer solchen Sperrwirkung der Regelung über die Verwendung von Ordnern (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 10.02.2010, aaO). Nichts anderes gilt für die hier angegriffene Verpflichtung, die Personalien der einzusetzenden Ordner in einer Liste zu erfassen, die auf Anforderung der Polizei vorzulegen ist [wird ausgeführt]

Ist gemäß § 15 I VersG zur Abwehr drohender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und zur Aufrechterhaltung der Ordnung der Versammlung der **Einsatz von Ordnern in einer** auf die zu erwartende Teilnehmerzahl **abgestimmten Anzahl notwendig**, so setzt eine effektive Gefahrenabwehr voraus, dass keine Zweifel an der **Geeignetheit und Zuverlässigkeit der einzusetzenden Ordner** bestehen (vgl. Beschluss des BVerfG vom 01.05.2001 - 1 BvQ 21/01 -, juris, RdNr. 14; auch Hoffmann-Riem, NVwZ 2002, 257 ff, 263). Bestehen daher **hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte** für die unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bei Durchführung der Versammlung auch mit Blick auf die Zuverlässigkeit und Geeignetheit der einzusetzenden Ordner, so kann es, wenn der Veranstalter entsprechende Bedenken nicht ausräumen kann, **im Einzelfall und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** zulässig sein, die **Personalien der einzusetzenden Ordner** in einer Liste zu erfassen, um eine zügige Überprüfung zu ermöglichen.“ (VGH Mannheim aaO)

b) Vorliegen der Voraussetzungen

Der Begriff der unmittelbaren Gefahr in § 15 I VersammlG stellt besondere Anforderungen an die zeitliche Nähe des Schadenseintritts und damit auch strengere Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad. Eine unmittelbare Gefährdung setzt eine Sachlage voraus, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden Interessen führt.

„Unter Berücksichtigung der Bedeutung der Versammlungsfreiheit darf die Behörde bei dem Erlass von vorbeugenden Verfügungen **keine zu geringen Anforderungen an die Gefahrenprognose** stellen. Daher müssen zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung erkennbare Umstände vorliegen, aus denen sich die unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ergibt. Als Grundlage der Gefahrenprognose sind konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte erforderlich; **bloße Vermutungen reichen nicht** aus (vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007 - 1 BvR 2793/04 -, juris; BVerfG, Kammerbeschluss v. 12.05.2010 - 1 BvR 2636/04 -, juris m.w.N.).

Alle erkennbaren Umstände sprachen für einen friedlichen Verlauf. Die Kundgebung, bei der mit ca. 300 Teilnehmern gerechnet wurde, war lediglich stationär geplant. Der Beklagte hat noch weniger hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür dargelegt, dass von den vom Kläger eingesetzten Ordnern eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung drohte. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist die ebenfalls unter Ziff. 4 getroffene und vom Kläger nicht beanstandete Anordnung, dass die **Ordner einen gültigen Personalausweis mit sich führen sollen, ausreichend und angemessen**. Die angegriffene Verpflichtung, die Personalien der einzusetzenden Ordner in einer Liste zu erfassen, die auf Anforderung der Polizei oder der Versammlungsbehörde vorzulegen ist, findet hingegen in § 15 I VersammlG keine Stütze.“ (VGH Mannheim aaO)

Ergebnis: Die Auflage war rechtswidrig, die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet.

Kurzauslese I

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

BGB
§ 164 III

Außen-GbR Zugang einer Kündigungserklärung (BGH in DB 2012, 109; Urteil vom 23.11.2011 – XII ZR 210/09)

BGB

Für die Kündigung eines mit einer Außen-GbR abgeschlossenen Mietvertrages genügt es, wenn sich aus der Kündigungserklärung entnehmen lässt, dass das Mietverhältnis mit der Gesellschaft gekündigt werden soll und die Kündigung einem vertretungsberechtigten Gesellschafter zugeht.

„Lässt sich aus der Kündigungserklärung entnehmen, dass das Mietverhältnis mit der GbR gekündigt werden soll, genügt es, wenn die Kündigung einem vertretungsberechtigten Gesellschafter zugeht (§ 164 III BGB; vgl. Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 10. Aufl. § 542 BGB Rn 27; Emmerich/Sonnenschein, Miete, 10. Aufl. § 542 BGB Rn 11; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 542 Rn 26; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummieta, 2. Aufl., Kap. 15 Rn 70; Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl., § 542 BGB Rn 24; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., § 542 Rn 18). Das gilt auch dann, wenn den Gesellschaftern gem. §§ 709 I, 714 BGB die Vertretungsbefugnis gemeinschaftlich zusteht (Staudinger/Habermeier, § 714 BGB Rn 11; Prütting/Wegen/Weinreich/von Dittfurth, BGB, 6. Aufl., § 714 Rn 4; Palandt/Sprau, BGB, 70. Aufl., § 714 Rn 4; Staudinger/Rolfs, § 542 BGB Rn 38; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 542 Rn 15). Aus den § 125 II 3 HGB, § 78 II 2 AktG, § 35 II 3 GmbHG, § 25 I 3 GenG und §§ 26 II, 1629 I 2 BGB wird zu Recht der allgemeine Rechtsgrundsatz abgeleitet, dass einer Personenmehrheit eine Willenserklärung durch Abgabe gegenüber einem der Gesamtvertreter zugeht (BGH ZIP 2001, 2227 m. w. Nachw.; MüKo-BGB/Schramm, 5. Aufl., § 164 BGB Rn 87; Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 167 Rn 14).“ (BGH aaO)

BGB
§§ 548 I 2, 242

mietrechtliche Verjährung Beginn der Verjährungsfrist bei verweigerter Schlüsselrücknahme (BGH in NJW 2012, 144; Urteil vom 12.10.2011 – VIII ZR 8/11)

BGB

- I. Nach § 548 I 1, 2 BGB beginnt die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in dem Zeitpunkt, in dem er die Sache zurückerhält.

Nach der Rspr. des BGH setzt die Rückgabe i. S. dieser Vorschrift grds. eine Änderung der Besitzverhältnisse zu Gunsten des Vermieters voraus, weil er erst durch die unmittelbare Sachherrschaft in die Lage versetzt wird, sich ungestört ein umfassendes Bild von etwaigen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache zu machen (BGHZ 98, 59 = NJW 1986, 2103; BGH NJW 1991, 2416; st. Rspr.). Die Beendigung des Mietverhältnisses ist hingegen nicht Voraussetzung für den Beginn der kurzen Verjährung (BGHZ 98, 59 = NJW 1986, 2103; BGH NJW 2006, 1588 = NZM 2006, 503).

- II. Eine Wohnung ist nicht schon dadurch i. S. des § 548 I BGB ordnungsgemäß zurückgegeben, dass der Mieter versucht hat, die Wohnungsschlüssel dem Vermieter vor Beendigung des Mietverhältnisses zu übergeben. Denn jedenfalls ist der Vermieter nicht verpflichtet, die Mietsache jederzeit – sozusagen „auf Zuruf“ – zurückzunehmen.

BGB
§§ 556 II, 560 III, 242

Betriebskostenpauschale Auskunftsanspruch des Mieters (BGH in NJW 2012, 303; Urteil vom 16.11.2011 – VIII ZR 105/11)

BGB

- I. Ein Auskunftsanspruch des Mieters gegen den Vermieter zur tatsächlichen Höhe der bei der Wohnraummieta von einer Pauschale abgedeckten Betriebskosten gem. § 242 BGB kommt nur dann in Betracht, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine nachträgliche Ermäßigung der Betriebskosten bestehen. Nicht relevant sind Ermäßigungen einzelner Betriebskosten, wenn sie durch Erhöhungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden.

„[Die Kl.] haben im Rahmen ihrer Vertragsautonomie die Höhe der Betriebskostenpauschale vereinbart. An dieser Vereinbarung müssen sie sich festhalten lassen. Der Vermieter ist grds. nicht verpflichtet, seine anfängliche Kalkulation einer Betriebskostenpauschale offenzulegen (Eisenschmid/Wall/Rips, Betriebskostenkomm., 3. Aufl., Rn 2402; Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 556 Rn 24).

Ein Anspruch auf Offenlegung der anfänglichen Kalkulation der Betriebskosten kann auch nicht aus § 560 III BGB hergeleitet werden: Hiernach ist der Vermieter bei einer Ermäßigung der Betriebskosten verpflichtet, die Betriebskostenpauschale entsprechend herabzusetzen. Die Vorschrift gilt aber nicht für von vornherein zu hoch angesetzte Pauschalen (MüKo-BGB/Schmid, 5. Aufl., § 560 Rn 23).

Danach kann ein Auskunftsanspruch des Mieters zur tatsächlichen Höhe der von einer Pauschale abgedeckten Betriebskosten gem. § 242 BGB nur in Betracht kommen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine nachträgliche Ermäßigung der Betriebs-

kosten bestehen. Denn ohne einen solchen Auskunftsanspruch wäre dem Mieter keine Kontrolle möglich, ob der Vermieter seiner Pflicht aus § 560 III BGB nachgekommen ist, die Betriebskostenpauschale bei einer Ermäßigung der Betriebskosten entsprechend herabzusetzen. Dabei sind **Ermäßigungen einzelner Betriebskosten nicht relevant, wenn sie durch Erhöhungen in anderen Bereichen ausgeglichen** werden (Schmidt-Futterer, § 560 Rn 40).“ (BGH aa)

- II. Allerdings wird im **mietrechtlichen Schrifttum** teilweise angenommen, dass dem Mieter ein solcher **Auskunftsanspruch nach Ablauf eines jeden Jahres** zustehe, ohne dass es der Darlegung besonderer Anhaltspunkte für eine Ermäßigung der von der Pauschale erfassten Betriebskosten bedürfe, da sich erfahrungsgemäß die Höhe der Gesamtbelastung von Jahr zu Jahr ändere.

MüKo-BGB/Schmid, § 560 Rn 26; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 560 Rn 18; Sternel, MietR aktuell, 4. Aufl., Rn IV 430; Eisenschmid/Wall/Rips, Rn 2414a

Dem kann nach BGH aaO in dieser Weite nicht gefolgt werden.

„Nach zutreffender Auffassung besteht der Auskunftsanspruch nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die von der Pauschale erfassten Betriebskosten insgesamt ermäßigt haben (Schmidt-Futterer, § 560 Rn 124; Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2011, § 560 Rn 44; Kinne/Schach/Bieber, Miet- u. MietprozessR, 6. Aufl., § 560 Rn 64). Denn **nach dem Sinn und Zweck der vereinbarten Pauschale ist der Vermieter grds. nicht zur Abrechnung verpflichtet.**

Die gem. §§ 556 II, 560 BGB – vorbehaltlich anderweitiger Vorschriften – zulässige Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale **erspart dem Vermieter die genaue Abrechnung der Betriebskosten und entlastet ihn damit von dem ansonsten jährlich anfallenden Arbeitsaufwand. Stünde dem Mieter demgegenüber – jährlich – ohne Weiteres ein Auskunftsanspruch über die tatsächliche Höhe der anfallenden Betriebskosten zu, würde diese Arbeitserleichterung für den Vermieter entfallen, während der Mieter den mit der Pauschale verbundenen Vorteil behielte, zumindest vorerst von einem auch zukünftig gleichbleibenden, festen Betrag der Betriebskosten ausgehen zu können** (Schmidt-Futterer, § 556 Rn 24). Eine solche Unausgewogenheit **widerspräche dem Sinn und Zweck der vereinbarten, im beiderseitigen Interesse liegenden Pauschale.** Deshalb kann dem Mieter ein Auskunftsanspruch über die tatsächliche Höhe der von einer Pauschale abgedeckten Nebenkosten nur dann zustehen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine – nachträgliche – Ermäßigung der Betriebskosten ohne Kompensation in anderen Bereichen bestehen.“ (BGH aaO)

BGB
§ 666 Alt. 2

Auskunftsanspruch Verjährung

BGB

(BGH in NZG 2012, 75; Urteil vom 01.12.2011 – III 71/11)

Der **Auskunftsanspruch gem. § 666 Alt. 2 BGB begründet** eine aus dem Auftragsverhältnis folgende **unselbstständige Nebenpflicht** und **verjährt grundsätzlich nicht vor dessen Beendigung.**

- I. Der Auskunftsanspruch gem. § 666 Alt. 2 BGB setzt ein **Verlangen des Geschäftsherrn** voraus. Es handelt sich damit um einen sog. **verhaltenen Anspruch.** Diese Forderungen sind dadurch gekennzeichnet, dass der **Schuldner die Leistung nicht von sich aus erbringen muss bzw. nicht leisten darf, bevor sie der Gläubiger verlangt.**

MüKo-BGB/Krüger, 5. Aufl., § 271 Rn 4; Palandt/Heinrichs, BGB, 70. Aufl., § 271 Rn 1; Staudinger/Bittner, BGB, 2009, § 271 Rn 27; Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 271 Rn 2; vgl. auch BGHZ 175, 161 = NJW 2008, 1729

- II. In der **Kommentarlit.** herrscht die fast einhellige Auffassung, dass nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes die dreijährige Verjährungsfrist des § 199 I BGB für diese Ansprüche entsprechend § 604 V, § 695 S. 2, § 696 S. 3 BGB erst mit ihrer Geltendmachung durch den Gläubiger beginnt.

Mansel/Stürmer, AnwKomm-BGB, 2005, § 199 Rn 23; Erman, BGB, 13. Aufl., § 199 Rn 4a; Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 199 Rn 10; dies., BeckOK-BGB, § 199 Rn 10; Dörner, Hdkomm-BGB, 7. Aufl., § 199 Rn 3; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 3. Aufl., § 199 Rn 5; MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 199 Rn 7; Palandt, BGB, 70. Aufl., § 199 Rn 8; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, 2009, § 199 Rn 12; a. A.: MüKo-BGB/Krüger, § 271 Rn 4; Staudinger/Bittner, § 271 Rn 27

Der **XI. Zivilsenat des BGH** hat bereits (NJW 2008, 1729 und BeckRS 2008, 06886) ausgeführt, verhaltene Ansprüche begannen erst mit ihrer Geltendmachung zu verjähren.

- III. Der in dieser Sache erkennende **Senat hat** die Frage, ob § 604 V, § 695 S. 2, § 696 S. 3 BGB auf sonstige verhaltene Ansprüche entsprechend anwendbar sind, zunächst offen gelassen (NJW 2010, 1956), sich aber mittlerweile **der Auffassung der Kommentarlit.** hinsichtlich von einem Geschäftsbesorger periodisch zu erfüllender Ansprüche auf Rechenschaftslegung (§ 666 Alt. 3 BGB) **angeschlossen** (BeckRS 2011, 26786).

„Der Anspruch gem. § 666 Alt. 2 BGB begründet eine **aus dem Auftragsverhältnis folgende unselbstständige Nebenpflicht** (Staudinger/Martinek, BGB, 2006, § 666 Rn 2, 4). Der Beauftragte unterliegt den **weitreichenden Informationspflichten des § 666 BGB, weil er fremdnützig im Rechtskreis des Auftraggebers tätig wird und deshalb dessen Interessen wahrzunehmen** sowie gem. § 665 BGB grds. **dessen Weisungen zu befolgen hat** (vgl. BGH BeckRS 2011, 26786; BGH NJW 2007, 1528 = WM 2007, 1423, jew. zu § 666 Alt. 3 BGB). Die Informationspflichten des Geschäftsbesorgers dienen dazu, dem Auftraggeber als Geschäftsherrn zur Sicherstellung seiner von dem Beauftragten wahrzunehmenden Interessen eine **Intervention in die Ausführung der Weisungen zu ermöglichen, Steuerungsmaßnahmen und anderweitige Dispositionen vorzubereiten** oder vorzunehmen, **sich auf den erreichten Stand der Geschäftsbesorgung einzustellen und die Wahrung seiner Rechte** bei etwaiger mangelhafter Geschäftsführung durch den Beauftragten zu erleichtern (Staudinger/Martinek, § 666 Rn 9; s. auch BGHZ 41, 318 = NJW 1964, 1469). Diesem Zweck entsprechend schuldet der Beauftragte dem Auftraggeber **jederzeit Auskunft zumindest während der gesamten Dauer des Auftragsverhältnisses** (vgl. Staudinger/Martinek, § 666 Rn 8f., der überdies die Fortdauer der Auskunftspflicht nach Rechenschaftslegung gem. § 666 Alt. 3 BGB und damit nach Beendigung des Auftragsverhältnisses für möglich hält). Der Auskunftsanspruch bezieht sich auf den jeweiligen Stand der Geschäfte. Dabei kann sich je nach den Umständen des Einzelfalls zur Erfüllung des Zwecks der Auskunft auch die Notwendigkeit ergeben, dass dem Auftraggeber Informationen über Vorgänge zu geben sind, die länger als die nach der Ultimo-Regel des § 199 I BGB zu

berechnende Dreijahresfrist zurückliegen. Ist die Auskunftspflichtung somit als Dauernebenpflicht ausgestaltet, die zur Sicherung des Anspruchs auf ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags fortlaufend bis zur Beendigung des Auftragsverhältnisses besteht, würde diese Konzeption konterkariert, wenn der Anspruch vor Beendigung des Dauerschuldverhältnisses bezogen auf bestimmte Zeiträume wegen Verjährung nicht mehr durchsetzbar wäre (vgl. BGH WM 2009, 542 zu § 6 II 4 VerbrKrG, jetzt § 494 V BGB). Daher **beginnt die Verjährung des Auskunftsanspruchs nach § 666 Alt. 2 BGB nicht vor Beendigung des Auftragsverhältnisses** (vgl. Staudinger/Peters/Jacoby, § 195 Rn 26 u. Anh. zu § 217 Rn 1; so auch BGH WM 2009, 542, für den dort erörterten Anspruch). Wie weit die zu erteilenden Auskünfte zurückreichen müssen, ist damit keine Frage der Verjährung der Forderung, sondern eine solche ihres Inhalts oder ihrer Verwirkung.

Eine **abweichende Beurteilung würde überdies zu Widersprüchen mit § 666 Alt. 3 BGB führen**. Danach hat der Auftragnehmer nach Ausführung des Auftrags auf Verlangen Rechenschaft abzulegen. Diese umfasst die gesamte Dauer der Geschäftsführung. Die im Rahmen der Rechenschaftslegung, die unter anderem zur Vorlage von Belegen verpflichtet (BGH BeckRS 2011, 26786), zu erteilenden Informationen werden oftmals, wie auch im vorliegenden Rechtsstreit, deckungsgleich mit den Auskünften sein, die nach § 666 Alt. 2 BGB geschuldet werden. Könnte sich der Auftragnehmer in einem solchen Fall gegenüber einem Auskunftsverlangen nach § 666 Alt. 2 BGB auf die Verjährung berufen, während das Geschäftsbesorgungsverhältnis noch andauert, wäre der Auftraggeber nach Beendigung des Auftrags gleichwohl in der Lage, über den Rechenschaftsanspruch des § 666 Alt. 3 BGB die ihm zunächst vorenthaltenen Informationen zu erlangen. Ein solch asynchrones Ergebnis wäre sinnwidrig.“ (BGH aaO)

StGB
§ 211

Heimtücke
Tötung eines zweiten Opfers

StGB

(BGH in NStZ 2012, 35; Urteil vom 15.09.2011 – 3 StR 223/11)

Ein Täter handelt **nicht heimtückisch** i. S. des § 211 StGB, wenn er den **Entschluss, das (zweite) Opfer zu töten, erst spontan zu einem Zeitpunkt fasst, als dieses auf Grund der Beobachtung des vorangegangenen Geschehens, der Tötung des ersten Opfers, die Gefahr erkannte und somit nicht mehr arglos war.**

„Nach st. Rspr., von der abzuweichen kein Anlass besteht, **kommt es beim heimtückisch begangenen Mord hinsichtlich der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers auf den Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs an** (vgl. etwa BGHSt 32, 382). Allerdings kann das Opfer auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegen tritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen (BGH NStZ 1999, 506; BGH NStZ-RR 2005, 201; BGH NStZ-RR 2005, 309; BGH NStZ-RR 2006, 10). Hierbei handelt es sich allerdings nur um eine in gewisser Weise erweiternde Auslegung des Begriffs „Angriff“. Er liegt nicht erst dann vor, wenn der Stich, Schlag oder Schuss selbst geführt oder gelöst wird, sondern umfasst die unmittelbar davor liegende Phase. Dies ändert jedoch nichts daran, dass **Heimtücke nur zu bejahen ist, wenn der Täter bei Beginn des ersten Angriffs mit Tötungsvorsatz handelt** (BGH BGHR StGB § 211 II Heimtücke 16).

Nach diesen Maßstäben handelte der Angekl. nicht heimtückisch; denn er fasste den Entschluss, S zu erschießen, erst spontan zu einem Zeitpunkt, als dieser aufgrund der Beobachtung des vorangegangenen Geschehens die Gefahr erkannt hatte und somit nicht mehr arglos war. Bei dieser Fallkonstellation **fehlt es an der den Heimtückemord kennzeichnenden besonderen Gefährlichkeit der Tatbegehung**, die darin liegt, dass der Täter in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tötung ausnutzt, indem er es **in hilfloser Lage überrascht** und dadurch hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu entgehen oder ihn doch wenigstens zu erschweren (BGHSt 11, 139; BGH BGHR StGB § 211 II Heimtücke 15). Allein der **enge zeitliche und räumliche Zusammenhang mit der vorangegangenen heimtückischen Tötung des L genügt hierfür nicht.**“ (BGH aaO)

StGB
§ 250 I Nr. 1b

Waffenbegriff
Wasserpistole ist keine Waffe

StGB

(BGH in NStZ 2011, 703; Beschluss vom 11.05.2011 – 2 StR 618/10)

Eine **Wasserpistole ist keine Waffe oder gefährliches Werkzeug** i. S. des § 250 I Nr. 1b StGB, um den Widerstand einer anderen Person durch Drohung mit Gewalt zu verhindern.

„Nach der st. Rspr. des BGH scheiden als tatbestandsqualifizierende Drohungsmittel solche Gegenstände aus, bei denen die **Drohungswirkung nicht auf dem objektiven Erscheinungsbild des Gegenstands selbst, sondern auf täuschenden Erklärungen des Täters beruht** (vgl. BGHSt 38, 116; BGH NStZ 1997, 184; BGH NStZ 2007, 332; BGH NStZ 2011, 278; weitere Nachw. bei Fischer, 58. Aufl., § 250 Rn 10a). Danach haftet einem zur Drohung eingesetzten vorgeblich gefährlichen Gegenstand **keine objektive Scheinwirkung an, wenn seine objektive Ungefährlichkeit schon nach dem äußeren Erscheinungsbild offenkundig auf der Hand liegt**. Für diese Beurteilung kommt es allein auf die Sicht eines objektiven Betrachters und nicht darauf an, ob im konkreten Einzelfall das Tatopfer eine solche Beobachtung tatsächlich machen konnte oder ob der Täter dies durch sein täuschendes Vorgehen gerade vereitelte (vgl. BGH aaO).

Ein solcher Fall lag hier vor. Wie auch das LG im Ausgangspunkt noch zutreffend erkannt hat, war die **Wasserpistole nach ihrem äußeren Erscheinungsbild „nicht geeignet, den Anschein einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs zu erwecken, da sie nach Form und Farbe deutlich als Spielzeug zu klassifizieren gewesen wäre.“**“ (BGH aaO)

StGB
§ 253

Sicherungserpressung
Betrug mit anschließender Nötigung

StGB

(BGH in StV 2011, 677; Beschluss vom 26.05.2011 – 3 StR 318/10)

Eine **Sicherungserpressung** ist bei **Begehung eines Betruges** (§ 263 I StGB) mit anschließender - nach Entdeckung begangener - **Nötigung** (§ 240 StGB) **zum Zwecke der Sicherung des betrügerisch erlangten Vermögensvorteils** gegeben.

„Der Erpressung macht sich schuldig, wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern (§ 253 I StGB). Der Vermögensnachteil muss Ergebnis einer das Opfer nötigenden Gewaltausübung oder Drohung durch den Täter sein. Daran fehlt es hier.

Zwar hat der Geschädigte einen **Vermögensnachteil** erlitten, indes **beruhte dieser nicht erst auf der körperlichen Einwirkung** durch die Angekl. Er war vielmehr schon in dem Augenblick eingetreten, als der Geschädigte irrtumsbedingt den Kaufvertrag abschloss und das Lenkgetriebe übereignete. Erst als er den fehlenden Zahlungswillen entdeckt hatte und die Wegfahrt der Angekl. zu verhindern suchte, wendeten diese Gewalt an, um ihn zum Verzicht auf seine Forderung zu bewegen.

Es liegt deshalb eine sog. Sicherungserpressung vor, d.h. ein Betrug (§ 263 I StGB) mit anschließender - **nach Entdeckung begangener - Nötigung** (§ 240 StGB) zum Zwecke der Sicherung des betrügerisch erlangten Vermögensvorteils.“ (BGH aaO)

BDSG
§§ 43, 44

unbefugte personenbezogene Datenerhebung verdeckte Verwendung eines GPS-Senders

BDSG

(LG Lüneburg in NSZ 2012, 55; Beschluss vom 28.03.2011 – 26 Qs 45/11)

Die **verdeckte Anbringung eines GPS-Senders** an einem fremden Kfz (hier: durch eine Detektei) **zur Erstellung eines Bewegungsprofils** kann eine **Straftat nach §§ 44 I, 43 II Nr. 1 BDSG** darstellen.

I. Sog. **GPS-Daten** sind **personenbezogene Daten i.S. des § 3 I BDSG**.

„Durch Auswertung der von GPS-Satelliten abgestrahlten und von entsprechenden Empfangsgeräten aufgezeichneten Daten ist jederzeit feststellbar, zu welchem Zeitpunkt sich das Empfangsgerät an welchem Ort befunden hat. So ist es möglich, ein vollständiges **Bewegungsprofil des Empfangsgeräts** zu erstellen. Zwar hat dieses zunächst einen **nur mittelbaren Personenbezug**. Dieser wird jedoch vollständig dadurch hergestellt, dass das Empfangsgerät an das Fahrzeug einer konkreten „Zielperson“ angebracht wird, dieser Person somit zumindest zugeordnet werden kann. Die vollständige Überwachung der Fahrzeugbewegungen und somit auch des Fahrzeugführers sind auch das erklärte Ziel des Besch. Dieser wirbt in seinem Flyer mit folgenden Angaben:

„Das System ermöglicht eine diskrete Beobachtung/Observierung von Fahrzeugen....Ein Fahrzeug kann auch bei dichtem Straßenverkehr u. vor allem in der Nacht unbemerkt verfolgt werden. ... Am Ende steht eine lückenlose Dokumentation mit Ausdruck der Fahrtroute ...“ (LG Lüneburg aaO)

II. Auch am **Personenbezug** bestehen keine Zweifel.

„So soll das Verfahren u. a. der Feststellung von Arbeitgebern in Unterhaltssachen sowie beim Verdacht auf Missbrauch einer Krankschreibung zum Einsatz kommen. Die **Ermittlung der Aufenthaltsorte des Fahrzeugs dient somit zweifelsfrei der Überwachung konkreter, einzelner Personen**. Auch vorliegend [wurde] die Überwachung mit dem Ziel einer nachvollziehbaren Aufenthaltsbestimmung des Betroffenen geführt.“ (LG Lüneburg aaO)

III. Es erfolgt auch eine **Verarbeitung der Daten** i.S. des § 43 II Nr. 1 BDSG.

„Gem. § 3 IV BDSG fällt unter den Begriff des „Verarbeitens“ insbes. das **Speichern personenbezogener Daten**. Der Besch. wirbt in seinem Flyer insbes. damit, dass das System über eine sog. **Blackbox** verfüge, mit deren Hilfe die Daten gespeichert, ausgewertet und abgerufen werden können. Dass dies auch im konkreten Fall so gehandhabt wurde, folgt aus den sichergestellten Daten, die mehrere sog. **Bewegungsprofile des Betroffenen** enthalten.“ (LG Lüneburg aaO)

IV. Darüber hinaus sind die **Daten „unbefugt“** i.S. des § 43 II Nr. 1 BDSG **verarbeitet** worden.

„Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat, § 4 I BDSG.

Dass bei dieser Fallkonstellation eine Einwilligung des Betroffenen als Rechtfertigungsgrundlage fern liegend ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Eine mögliche Zulässigkeit der Datenspeicherung gem. § 32 I 2 BDSG kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil weder zwischen Besch. und Betroffenen noch zwischen dem Auftraggeber des Besch. und dem Betroffenen aktuell ein Arbeitsverhältnis besteht.

Eine weitere **mögliche gesetzliche Rechtfertigung** könnte sich zwar aus **§ 29 I BDSG** ergeben, der die **geschäftsmäßige Datenspeicherung zum Zwecke der Übermittlung unter bestimmten Voraussetzungen zulässt**. Eine datenschutzrechtliche Rechtfertigung aus dieser Vorschrift heraus scheidet jedoch bereits daran, dass Grund zur Annahme besteht, dass der **Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Speicherung** hat. Das schutzwürdige Interesse ergibt sich vorliegend bereits aus dem verfassungsrechtlich garantierten **Persönlichkeitsrecht** des Betroffenen in Gestalt des **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** (vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419). Es gewährt dem Betroffenen **weitgehende Rechte über die Verwendung seiner persönlichen Daten**, insbes. im sog. **Kernbereich privater Lebensführung** selbst über das Schicksal personenbezogener Daten zu entscheiden und so „Herr“ dieser Daten zu bleiben. Hierzu gehört auch die Frage, ob und mit welchem Ziel ein Fahrzeugführer sein Kraftfahrzeug bewegt. Zu dieser Frage hat das BVerfG zuletzt in seiner Entscheidung zur automatisierten Erfassung von Kfz-Kennzeichen eindeutig Stellung dahingehend bezogen, dass **auch staatlichen Stellen ein (verdachtsunabhängiger) Eingriff in diesen Kernbereich privater Lebensführung untersagt** ist (vgl. BVerfGE 120, 378 = NJW 2008, 1505). Das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** ist jedoch nicht nur als klassisches Abwehrrecht des Bürgers gegenüber staatlichen Stellen zu verstehen, sondern **entfaltet auch Wirkung zwischen Privaten**, soweit in wesentliche Teile der Lebensgestaltung eines Betroffenen oder seine Persönlichkeit – so wie vorliegend – eingegriffen wird (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 10. Aufl., § 1 Rn 13 m. w. Nachw.).

Zwar ist auch das berechnete Interesse der verantwortlichen Stelle in die Abwägung einzubeziehen (vgl. Gola/Schomerus, § 29 Rn 10). Dieses **Interesse** in Gestalt der **Gewinnerzielungsabsicht** des Besch. durch das geschäftsmäßige Speichern und Auswerten persönlicher Daten Dritter zum Zwecke der Übermittlung an den jeweiligen Auftraggeber **muss nach Auffassung der Kammer jedoch gegenüber dem Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung im Kernbereich privater Lebensführung zurückstehen**.

Die Datenspeicherung [erfolgte] daher mangels Rechtfertigung „unbefugt“ i.S. des § 43 II Nr. 1 BDSG.“ (LG Lüneburg aaO)

Die **Bestimmungen** des rheinland-pfälzischen Kommunalwahlgesetzes und der Kommunalwahlordnung **über die Stimmenausählung im automatisierten Verfahren entsprechen** sowohl dem **Parlamentsvorbehalt** als auch den Vorgaben des **Art. 110 I 2 RhPfVerf**.

- I. Nach der **Verordnungsermächtigung** des § 76 I 1 und II Nr. 13 RhPfKommWahlG wird das fachlich zuständige **Ministerium** dazu **ermächtigt**, die zur **Ausführung des Kommunalwahlgesetzes erforderlichen Vorschriften** durch **Rechtsverordnung** zu erlassen und u. a. die **Feststellung des Wahlergebnisses** zu regeln.

1. Die **Übertragung der Regelungskompetenz verstößt nicht gegen den Parlamentsvorbehalt**.

„Der parlamentarische Gesetzgeber hat die grundlegende Entscheidung für den Einsatz von Computern bei der Stimmenausählung im Kommunalwahlgesetz selbst getroffen. Zwar spricht § 76 I 2 Nr. 13 RhPfKommWahlG nur allgemein von der „Feststellung des Wahlergebnisses“. Der Zusammenhang mit den Vorschriften der §§ 32 IV und 76 I 2 Nr. 12 RhPfKommWahlG lässt jedoch hinreichend deutlich erkennen, dass der Gesetzgeber den **Einsatz von Computern bei der Stimmenausählung zulassen** wollte, worauf die Fachgerichte bereits zutreffend hingewiesen haben. Nach § 32 IV 1 RhPfKommWahlG können zur Abgabe und Zählung der Stimmen Wahlgeräte an Stelle von Stimmzetteln und Wahlurnen eingesetzt werden, soweit für diese Geräte eine Bauartzulassung erteilt sowie ihre Verwendung angezeigt und nicht eingeschränkt oder untersagt worden ist. Die Bauartzulassung und die weiteren Voraussetzungen der Verwendung eines Wahlgerätes sind gem. § 76 I 2 Nr. 12 RhPfKommWahlG durch Rechtsverordnung zu regeln. Wenn der Gesetzgeber in den genannten Bestimmungen sogar „echte“ Wahlgeräte zur Abgabe und Zählung der Stimmen an Stelle von Stimmzetteln und Wahlurnen zulässt, hat er erst recht den Einsatz von Computern allein zur Zählung der Stimmen bei der Verwendung von Stimmzetteln und Wahlurnen gebilligt.“ (RhPfVerfGH aaO)

2. Die **Verordnungsermächtigung** in § 76 I 2 Nr. 13 RhPfKommWahlG ist **nach Inhalt, Zweck und Ausmaß** auch **hinreichend bestimmt** i. S. des Art. 110 I 2 RhPfVerf.

„Die in Ausführung dieser Ermächtigungsnorm zu erlassenden Vorschriften haben offensichtlich dem **Ziel einer zutreffenden Feststellung des Wahlergebnisses** zu dienen. Diese **Zielstellung begrenzt zugleich das Ausmaß der Ermächtigung**. Dies **gilt auch für Verordnungsbestimmungen über den Einsatz von Computern bei der Auszählung der Stimmen**. Dass der Ordnungsgeber im Rahmen des § 76 I 2 Nr. 13 RhPfKommWahlG den Grundsätzen einer demokratischen Wahl einschließlich des **Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl** verpflichtet ist, bedurfte keiner ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. Diese Anforderungen ergeben sich unmittelbar aus der Landesverfassung, nämlich aus den in Art. 50 I 1 i. V. mit Art. 76 I RhPfVerf. festgelegten **Wahlrechtsgrundsätzen** und aus dem **Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip** (vgl. Art. 74 I und II, 77 RhPfVerf.; vgl. auch BVerfGE 123, 39 = NVwZ 2009, 708).

Zu weiteren Vorgaben für den Einsatz von Computern zur Auszählung der Stimmen bei der Verwendung von Stimmzetteln und Wahlurnen war der Gesetzgeber nicht verpflichtet. Angesichts der **Vielgestaltigkeit und Dynamik von Entwicklungsprozessen in diesem Sachbereich** kann dem Ordnungsgeber diesbzgl. ein **Spielraum eingeräumt** werden. Darüber hinaus sind die weiter gehenden Anforderungen an die parlamentarische Entscheidung über die grundlegenden Voraussetzungen für den Einsatz von „echten“ Wahlgeräten auf Fälle der vorliegenden Art nicht übertragbar. Bei „echten“ rechnergesteuerten Wahlgeräten folgen Abgabe und Zählung der Stimmen ohne Stimmzettel und Wahlurnen, die Stimmen der Wähler werden elektronisch erfasst und das Wahlergebnis elektronisch ermittelt. Solche Wahlgeräte sind nach der Rspr. des BVerfG vor allem im Hinblick auf ihre Manipulierbarkeit und Fehleranfälligkeit nur unter engen Voraussetzungen verfassungsrechtlich zulässig (vgl. BVerfGE 123, 39 = NVwZ 2009, 708). Regelungen über ihre Verwendung sind wegen der damit verbundenen Besonderheiten insoweit der parlamentarischen Entscheidung vorbehalten, als es um die Zulässigkeit des Einsatzes und die wesentlichen Voraussetzungen für den Einsatz derartiger Geräte geht (vgl. BVerfGE 123, 39 = NVwZ 2009, 708). Manipulierbarkeit und Fehleranfälligkeit bestehen bei dem Einsatz von Computern allein zur Zählung der Stimmen bei der Verwendung von Stimmzetteln und Wahlurnen zur Abgabe der Stimme nicht in gleichem Maße wie bei „echten“ Wahlgeräten. Dem eingesetzten Computer und dem Stimmzettelerfassungsprogramm kommt hierbei vielmehr i. W. nur die **Bedeutung eines Taschenrechners** zu, der lediglich über die Sonderfunktion verfügt, entsprechend den gesetzlichen Vorgaben (vgl. §§ 32 I Nr. 3, 37 II RhPfKommWahlG) nicht mehr als drei einem Bewerber gegebene Stimmen eines Wählers zu berücksichtigen. Die Verwendung von Stimmzetteln und Wahlurnen bietet gegenüber „echten“ Wahlgeräten einen deutlich höheren Schutz gegen Manipulationen und Fehlern des Computerprogramms, da die Zählung der Stimmen durch den Rechner sowohl durch Stichproben als auch beim Auftreten von Zweifeln durch eine manuelle Nachzählung aller Stimmen kontrolliert werden kann. Es bedurfte daher keiner weiter gehenden gesetzlichen Regelung der Voraussetzungen für den Einsatz eines Computerprogramms zur Zählung der mittels Stimmzettel und Wahlurne abgegebenen Stimmen.“ (RhPfVerfGH aaO)

- II. Die in Ausführung des § 76 I 2 Nr. 13 RhPfKommWahlG erlassene Regelung des § 53 X RhPfKommWahlO bei Verhältniswahlen, auf die § 55 XII RhPfKommWahlO bei Mehrheitswahlen verweist, bewegt sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung. Danach kann die Zählung der Stimmen auch im automatisierten Verfahren erfolgen. Die dazu **erforderlichen Programme werden vom Landeswahlleiter freigegeben**. Die Freigabe kann mit Auflagen verbunden werden.

„Diese **Bestimmungen dienen der zutreffenden Feststellung des Wahlergebnisses** i. S. des § 76 I 2 Nr. 13 RhPfKommWahlG. Zu einer weiter gehenden Regelung des Einsatzes von Computerprogrammen zur Zählung der Stimmen bei der Verwendung von Stimmzetteln und Wahlurnen war der Ordnungsgeber nicht verpflichtet. Gerade der vorliegende Fall, in dem der Landeswahlleiter Auflagen zur Erfassung der Stimmzettel und zur stichprobenartigen Überprüfung der rechnergestützten Stimmzählung erlassen hat, zeigt, dass es keiner detaillierten Vorgaben für den Landeswahlleiter bedurfte, um den Erlass geeigneter Auflagen zu gewährleisten, die die Gefahr von Fehlern und Manipulationen weiter verringern und damit die Richtigkeit der festgestellten Wahlergebnisse sichern.“ (RhPfVerfGH aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 139

Hinweispflicht des Gerichts Unmissverständlichkeit und Nachholungsmöglichkeit (BGH in ZfBR 2012, 24; Beschluss vom 28. Juli 2011 - VII ZR 141/08)

ZPO

Zur **Erfüllung der Hinweispflicht nach § 139 ZPO** ist es erforderlich, dass ein **Gericht die Parteien auf die** nach seiner Auffassung **ergänzungsbedürftigen Punkte unmissverständlich hinweist** und ihnen **Gelegenheit gibt, dies nachzuholen**.

Fall: Die Kl. verlangt von der Bekl. Schadensersatz wegen Beschädigung ihrer Asphaltfräsmaschine, die nach Ausführung von Fräsarbeiten aufgrund des Einsturzes einer Straßenstützmauer den Abhang hinuntergestürzt war und sich überschlagen hatte.

Die Kl. beauftragte ihre Tochtergesellschaft mit der Bergung. Sie macht unter anderem die von dieser hierfür in Rechnung gestellten und bezahlten, im Einzelnen dargelegten Beträge als Schadensersatz geltend. Außerdem macht sie Mietkosten für eine Ersatzfräse in Höhe von 7.400 EUR geltend. Das LG hat unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens der Kl. von 50 % diese Schadenspositionen für begründet erachtet und der Kl. die entsprechenden Beträge zugesprochen. Auf die Berufung der Bekl. hat das BerGer die Klage wegen dieser Schadenspositionen abgewiesen.

Das BerGer hat hierzu ausgeführt, dass nach § 249 II BGB nur der zur Wiederherstellung einer Sache erforderliche Geldbetrag verlangt werden könne. Hierzu gehöre auch die Angemessenheit der Kosten. Es sei nicht ausgeschlossen, dass ein anderes Unternehmen die von der Kl. gewählte Bergungsvariante kostengünstiger ausgeführt hätte. Vergleichsangebote seien insoweit nicht eingeholt worden. Die Kl. habe bis heute nicht unter Beweis durch ein Sachverständigengutachten gestellt, dass die eingeklagten Kosten erforderlich und angemessen seien, obwohl der Senat hierauf in der mündlichen Verhandlung hingewiesen und ihr eine Schriftsatzfrist bewilligt habe. Weiterer Hinweise an die Kl. habe es nicht bedurft, da diese durch einen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht vertreten sei. Eine Schätzung der Kosten nach § 287 ZPO sei nicht möglich, da die Kl. keine ausreichenden Schätzungsgrundlagen vorgetragen habe. Es hat die Revision nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Kl., die mit ihrer Nichtzulassungsbeschwerde die Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt. Wird das Gericht die Revision zulassen?

Lässt das zweitinstanzliche Gericht die Revision gegen sein Urteil nicht zu, so kann die Zulassung der Revision mit der Nichtzulassungsbeschwerde erstritten werden, wenn ein Grund für ihre Zulassung vorliegt. Die Revision ist nach § 543 II ZPO zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Das Vorliegen eines Verfahrensmangels, auf dem die Entscheidung beruht, ist – anders als z.B. nach VwGO (§ 132 II Nr. 3 VwGO) – nicht als Revisionszulassungsgrund in der ZPO vorgesehen.

Auch bei Verfahrensmängeln ist der Zugang zur Revisionsinstanz daher nur dann eröffnet, wenn die Zulassungsvoraussetzungen nach § 543 II Nr. 1 oder 2 ZPO erfüllt sind.

Ein **Verstoß gegen das einfache Verfahrensrecht** rechtfertigt die Zulassung der Revision danach nur

- bei **Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr** oder
- wenn zugleich dargelegt wird, dass die Voraussetzungen einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde wegen **Verletzung eines Verfahrensgrundrechts** erfüllt sind.

Nach der Rspr. des BGH ist die Revision dagegen ohne weiteres zuzulassen, wenn ein absoluter Revisionsgrund nach § 547 Nr. 1–4 ZPO geltend gemacht wird und vorliegt. Dies kommt hier jedoch nicht in Betracht. Allerdings könnte die Zulassung wegen der Verletzung eines Verfahrensgrundrechts erfolgen. Die Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs wegen der Verletzung der sich aus § 139 ZPO ergebenden richterlichen Hinweispflicht kann auf das Verfahrensgrundrecht des Art. 103 I GG gestützt werden.

I. **Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch Verstoß gegen die richterliche Hinweispflicht aus § 139 ZPO**

Dadurch, dass das Berufungsgericht lediglich in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen hat, dass die Erforderlichkeit und Angemessenheit der eingeklagten Kosten bislang nicht unter Beweis durch ein Sachverständigengutachten gestellt sei und insofern eine

Schriftsatzfrist eingeräumt hat, dann aber unter Hinweis auf die Fachanwaltskenntnisse des Prozessvertreters des Klägers eine nähere Konkretisierung für entbehrlich hielt, könnte das Gericht gegen die richterliche Hinweispflicht verstoßen haben.

1. Relevanz eines Verstoßes gegen die richterliche Hinweispflicht

Die Kl. hätte grundsätzlich ohne weiteres die Möglichkeit gehabt, zum fraglichen Punkt vorzutragen und Beweis anzubieten. Es ist also keinesfalls so, dass das Gericht Vortrag bei seiner Entscheidung ignoriert hat, dieser ist vielmehr nicht erfolgt. Ist dies – was noch zu prüfen ist – auf einen Verstoß gegen die richterliche Hinweispflicht zurückzuführen stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen hierin überhaupt eine Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruchs auf rechtliches Gehör zu sehen ist.

„[Es] stellt nicht jeder Verstoß gegen § 139 ZPO eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Die Vorschrift geht über das verfassungsrechtlich gebotene Minimum hinaus (BVerfG, NJW-RR 2005, 936, 937). Es bedarf vielmehr im Einzelfall der Prüfung, ob dadurch zugleich das unabdingbare Maß verfassungsrechtlich verbürgten rechtlichen Gehörs verletzt worden ist (BVerfGE 60, 305).“ (BGH aaO)

2. Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Verletzung des § 139 ZPO

Es ist daher zu prüfen, ob überhaupt ein Verstoß gegen die richterliche Hinweispflicht vorliegt und ob dieser Verstoß ein Gewicht aufweist, dass zugleich von einer Verletzung des Verfahrensgrundrechts aus Art. 103 I GG auszugehen ist.

Das Landgericht hatte die fraglichen Kosten aufgrund der vorgelegten Unterlagen für berücksichtigungsfähig gehalten.

„Soweit das BerGer hiervon abweichend einen weiteren Beweisantritt für erforderlich hielt, hätte es die Kl. hierauf hinweisen müssen, bevor es wegen des fehlenden Beweisantritts die Klage insoweit abwies. Das ist nicht erfolgt. Der gegebene Hinweis war unzureichend. Das BerGer hat die Kl. hierzu darauf hingewiesen, dass bezüglich dieser Position die angekündigte Klageerhöhung nicht erfolgt sei. Dieser Hinweis war irreführend.“

Wenn das BerGer im Gegensatz zu dieser Beurteilung einen weiteren Beweisantritt für notwendig erachtete, musste es die Kl. darauf hinweisen, um nicht eine gegen Art. 103 I GG verstoßende Überraschungsentscheidung zu treffen (vgl. auch BGH, Urteil vom 16.05.2002 – VII ZR 197/01, BauR 2002, 1432 = ZfBR 2002, 678). Das ist nicht geschehen. Der vom BerGer gegebene Hinweis, die Position „konzerninterne Kosten“ sei nicht gerechtfertigt, reicht hierfür nicht aus. Denn es ist zur Erfüllung der Hinweispflicht erforderlich, dass ein Gericht die Parteien auf die nach seiner Auffassung ergänzungsbedürftigen Punkte unmissverständlich hinweist und ihnen Gelegenheit gibt, diese nachzuholen. Dies gilt auch in Prozessen, in denen eine Partei durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten ist.“

Damit hat das BerGer, wie die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht rügt, gegen seine Hinweispflicht nach § 139 I ZPO verstoßen.“ (BGH aaO)

Auch damit hat das BerGer unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG gegen seine Hinweispflicht aus § 139 Abs. 1, 2 ZPO verstoßen und eine Überraschungsentscheidung getroffen. Die Verletzung hat daher auch eine Relevanz, die dazu führt, dass zugleich das Verfahrensgrundrecht aus Art. 103 I GG verletzt ist.

II. Entscheidungserheblichkeit

Diese Verletzung müsste auch entscheidungserheblich sein.

„Nach dem Vortrag der Nichtzulassungsbeschwerde hätte die Kl. auf einen entsprechenden Hinweis ergänzend dargelegt, dass in der konzerninternen Rechnung auch Fremdleistungen in Höhe von 6.453,66 EUR netto enthalten und durch die vorgelegten Fremdrechnungen der Anlagen K 22–33 in erster Instanz belegt worden seien. Diese sowie die abgerechneten Arbeitskosten seien angemessen und erforderlich gewesen (Beweis: Zeugnis M., Einholung eines Sachverständigengutachtens). Die Kl. hätte zudem nach dem gebotenen zutreffenden und klaren Hinweis für die Notwendigkeit der Anmietung der Ersatzfräse Zeugenbeweis angetreten. Es ist nicht auszuschließen, dass das BerGer aufgrund dieses Vortrags in eine sachliche Prüfung und Beweisaufnahme der geltend gemachten Positionen eingetreten wäre und diese für begründet erachtet hätte.“ (BGH aaO)

Der Verstoß ist daher entscheidungserheblich.

Ergebnis: Das Gericht wird nicht die Revision zur Durchführung des Revisionsverfahrens zulassen, sondern nach § 544 VII ZPO das angefochtene Urteil aufheben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverweisen.

**Anscheinsbeweis bei Auffahrunfall
nicht bei vorhergehendem Spurwechsel auf Autobahn**

(BGH in jurisAnwaltsLetter 2012, Nr. 2; Urteil vom 13.12.2011 – VI ZR 177/10)

Bei Auffahrunfällen auf der Autobahn ist ein **Anscheinsbeweis regelmäßig nicht anwendbar**, wenn zwar feststeht, dass vor dem Unfall ein Spurwechsel des vorausfahrenden Fahrzeugs stattgefunden hat, der Sachverhalt aber im Übrigen nicht aufklärbar ist.

Fall: Der Kläger ist Eigentümer eines PKW Daimler-Benz. Der Beklagte zu 1 war zum Unfallzeitpunkt Halter und Fahrer eines PKW Porsche 911 Carrera Cabrio, der bei der Beklagten zu 2. haftpflichtversichert ist.

Am 25.05.2007 fuhr der PKW Porsche auf der BAB 6 auf der linken Spur auf den PKW Daimler-Benz auf, der einen LKW überholen wollte. Der Kläger hat vorgetragen, dass sich der PKW Porsche mit überhöhter Geschwindigkeit genähert habe und der mit einer Geschwindigkeit von 100 bis 110 km/h fahrende PKW Daimler-Benz sich bereits 100 bis 150 m vor Erreichen des LKWs vollständig auf der linken Spur eingeordnet habe. Die Kollision habe stattgefunden, als sich der PKW Daimler-Benz auf gleicher Höhe mit dem LKW befunden habe. Nach der Darstellung der Beklagten hat der PKW Daimler-Benz, als der LKW noch mindestens 500 m von diesem entfernt gewesen sei, kurz bevor der PKW Porsche den PKW Daimler-Benz habe passieren können, völlig unerwartet und ohne den Fahrtrichtungsanzeiger zu setzen auf die linke Spur gezogen.

Das Landgericht ist von einem Haftungsanteil der beiden Unfallbeteiligten von jeweils 50 % ausgegangen und hat den jeweils geltend gemachten Schaden insoweit in einer in den Rechtsmittelverfahren nicht mehr angegriffenen Schadenshöhe für erstattbar gehalten. Auf die nur vom Kläger eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht dem Kläger Schadensersatz zu 100 % zugesprochen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision beantragen die Beklagten, die Berufung des Klägers zurückzuweisen. Hat der Kläger Anspruch auf den geltend gemachten Schadensersatz?

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch gem. §§ 7, 17, 18 StVG haben, für den dann die Bekl. zu 2) nach §§ 115 VVG i.V.m. § 1 PflichtVG einzustehen hat.

I. Haftung dem Grunde nach

Der Bekl. zu 1) ist Halter des Fahrzeugs nach §§ 1 II, 8 StVG. Es ist auch eines der **in § 7 StVG genannten Rechtsgüter**, nämlich der Pkw der des Klägers, beschädigt worden. Dies geschah beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs. Ein Ausschluss der Haftung nach §§ 7, 8 15 StVG kommt nicht in Betracht. Auch liegt für keinen der beteiligten Fahrer ein unabwendbares Ereignis nach § 17 III StVG vor.

II. Haftungsverteilung nach § 17 I, II StVG

Für die Haftungsverteilung bei mehreren Kraftfahrzeugen gilt § 17 I, II StVG. Eine Alleinhaftung des Beklagten könnte sich daraus ergeben, dass er dem Fahrzeug des Klägers von hinten aufgefahren ist.

1. tatsächlicher Unfallverlauf

*„Das Berufungsgericht hat gemäß den Feststellungen des Landgerichts den **Unfallverlauf als nicht im Einzelnen aufklärbar** angesehen. Das Gericht habe sich weder davon überzeugen können, dass der Unfall durch einen der beiden Fahrer verschuldet noch für eine der beiden Seiten ein unabwendbares Ereignis gewesen sei. Aus den Angaben des Sachverständigen ergebe sich nur, dass der Porsche nahezu geradlinig mit paralleler Längsachse auf das Heck des Daimler-Benz aufgeprallt und der Ausschervorgang mindestens beim Kollisionsphasenbeginn vollständig abgeschlossen gewesen sei. Die Kollisionsgeschwindigkeitsdifferenz habe zwischen 20 bis 30 km/h gelegen. Mangels objektiver Spuren ließen sich weder die Ausgangsgeschwindigkeiten der Fahrzeuge rekonstruieren noch die zeitliche Abfolge zwischen Ausscheren und Auffahren.“ (BGH aaO)*

2. Anscheinsbeweis

Kann der tatsächliche Unfallverlauf nicht mehr geklärt werden, könnte zugunsten des Klägers ein Anscheinsbeweis herangezogen werden („Wer auffährt, ist schuld!“). Dies gilt jedoch nur, wenn im vorliegenden Fall von einer Typizität der Auffahrsituation ausgegangen werden kann, bei der von einer typischen Verursachung bei einem typischen Geschehensverlauf ausgegangen werden kann. Dies hatte das Berufungsgericht angenommen.

a) Voraussetzungen für die Annahme eines Anscheinsbeweises bei Verkehrsunfällen

„Die Anwendung des Anscheinsbeweises setzt auch bei Verkehrsunfällen **Geschehensabläufe** voraus, bei denen sich nach der **allgemeinen Lebenserfahrung** der Schluss aufdrängt, dass ein Verkehrsteilnehmer seine Pflicht zur Beachtung der **im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verletzt** hat; es muss sich um Tatbestände handeln, für die nach der Lebenserfahrung eine **schuldhafte Verursachung typisch** ist (vgl. Senatsurteile vom 24. März 1959 - VI ZR 82/58, VersR 1959, 518, 519; vom 19. November 1985 - VI ZR 176/84, VersR 1986, 343, 344; vom 19. März 1996 - VI ZR 380/94, VersR 1996, 772; vom 16. Januar 2007 - VI ZR 248/05, VersR 2007, 557 Rn. 5; vom 30. November 2010 - VI ZR 15/10, VersR 2011, 234 Rn. 7). Demnach kann bei Unfällen durch Auffahren, auch wenn sie sich auf Autobahnen ereignen, **grundsätzlich der erste Anschein für ein Verschulden des Auffahrenden** sprechen (vgl. Senatsurteil vom 30. November 2010 - VI ZR 15/10, aaO m.w.N.).

Es reicht allerdings allein das "Kerngeschehen" - hier: Auffahrunfall - als solches dann als Grundlage eines Anscheinsbeweises nicht aus, wenn weitere **Umstände** des Unfallereignisses bekannt sind, die als Besonderheiten **gegen** die bei derartigen Fallgestaltungen gegebene **Typizität sprechen**. Denn es muss das gesamte feststehende Unfallgeschehen nach der Lebenserfahrung typisch dafür sein, dass derjenige Verkehrsteilnehmer, zu dessen Lasten im Rahmen des Unfallereignisses der Anscheinsbeweis Anwendung finden soll, schuldhaft gehandelt hat. Ob der Sachverhalt in diesem Sinne im Einzelfall wirklich typisch ist, kann nur aufgrund einer **umfassenden Betrachtung aller tatsächlichen Elemente des Gesamtgeschehens** beurteilt werden, die sich aus dem unstreitigen Parteivortrag und den getroffenen Feststellungen ergeben (vgl. Senatsurteile vom 19. November 1985 - VI ZR 176/84, aaO; vom 19. März 1996 - VI ZR 380/94, aaO).“ (BGH aaO)

b) Typizität bei Auffahrunfällen nach Spurwechsel auf der Autobahn

Bei Auffahren auf der linken Spur einer Autobahn in einem gewissen zeitlichen Zusammenhang mit einem Fahrspurwechsel des Vorausfahrenden ist **umstritten**, ob es sich um eine typische Auffahrsituation mit der Folge eines Anscheinsbeweises zu Lasten des Auffahrenden handelt oder nicht.

aa) Erschütterung des Anscheinsbeweises nur bei Nachweis eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Fahrspurwechsel und Auffahren

„Das **Berufungsgericht** und ein **Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung** vertreten die Auffassung, dass nur die seitens des Auffahrenden bewiesene ernsthafte Möglichkeit, dass das vorausfahrende Fahrzeug in **engem zeitlichem Zusammenhang** mit dem Auffahrunfall in die **Fahrbahn** des Auffahrenden **gewechselt** sei, den grundsätzlich gegebenen Anscheinsbeweis erschüttern könne (vgl. etwa OLG Köln, r+s 2005, 127; OLG Saarbrücken, OLGR Saarbrücken 2005, 813, 814 und 2009, 636, 638; OLG Zweibrücken, SP 2009, 175 f.; KG, NJW-RR 2011, 28). Zeige das Unfallgeschehen das **typische Gepräge eines Auffahrunfalls**, so könne sich der Unfallgegner nicht mit der bloßen Behauptung der lediglich **theoretischen Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs** entlasten mit der Folge, dass es Sache des Vorausfahrenden sei, den theoretisch in Betracht kommenden Unfallverlauf im Sinne einer beweisrechtlichen "Vorleistung" auszuschließen (vgl. OLG Saarbrücken, OLGR Saarbrücken 2005, 813, 814; KG, NZV 2009, 458, 459). Vielmehr müssten sich aus den unstreitigen oder bewiesenen Umständen zumindest konkrete Anhaltspunkte und Indizien für den **unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen dem behaupteten Fahrspurwechsel und dem Auffahrunfall ergeben**, um den gegen den Auffahrenden sprechenden Anscheinsbeweis zu erschüttern (vgl. OLG Köln, aaO).

Auch nach der **im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung** greift der Anscheinsbeweis bei Auffahrunfällen nur dann nicht zu Lasten des Auffahrenden ein, wenn aufgrund erwiesener Tatsachen feststeht oder unstreitig ist, dass der **Fahrstreifenwechsel des Vorausfahrenden erst wenige Augenblicke vor dem Auffahrunfall** erfolgt ist (vgl. Burmann in Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 21. Aufl., § 4 StVO Rn. 24; Buschbell/Buschbell, Münchener Anwaltshandbuch Straßenverkehrsrecht, 3. Aufl., § 23 Rn. 284; König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 41. Aufl., § 4 StVO Rn. 35 f.; Geigel/Zieres, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., Kap. 27 Rn. 149).“ (BGH aaO)

bb) kein Anscheinsbeweis für Auffahrunfälle auf Autobahnen

„Ein **anderer Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung** verneint bei Auffahrunfällen auf der Autobahn bereits einen Anscheinsbeweis für das Verschulden des Auffahrenden und nimmt - in der Regel - eine **hälftige Schadensteilung** an, wenn vor dem Auffahren ein Fahrspurwechsel stattgefunden hat, aber streitig und **nicht aufklärbar** ist, ob die Fahrspur **unmittelbar vor dem Anstoß gewechselt** worden ist und sich dies unfallursächlich ausgewirkt hat. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass der Zusammenstoß mit einem vorausfahrenden Fahrzeug nur dann das typische Gepräge eines Auffahrunfalls trage, der **nach der Lebenserfahrung** den Schluss auf **zu schnelles Fahren, mangelnde Aufmerksamkeit** und/oder einen **unzureichenden Sicherheitsabstand** des Hintermannes zulasse, wenn feststehe, dass beide Fahrzeuge so **lange in einer Spur hintereinander hergefahren** sind, dass sich beide Fahrzeugführer auf die

vorangegangenen Fahrbewegungen hätten einstellen können und es dem Auffahrenden möglich gewesen sei, einen ausreichenden Sicherheitsabstand aufzubauen bzw. einzuhalten (vgl. etwa OLG Schleswig, NZV 1993, 152, 153; OLG Naumburg, NJW-RR 2003, 809, 810; OLG Hamm, OLGR Hamm 2004, 82, 83; KG, DAR 2005, 157; KG, NZV 2006, 374, 375; KG, NZV 2008, 198, 199; OLG München, Urteil vom 4. September 2009 - 10 U 3291/09, juris, Rn. 21; OLG Düsseldorf, VersR 2010, 1236, 1237; OLG Stuttgart, Urteil vom 14. April 2010 - 3 U 3/10, juris Rn 14; AG Hamburg, Urteil vom 30. Oktober 2006 - 644 C 249/06, juris Rn. 30 ff.).“ (BGH aaO)

cc) Auffassung des BGH

Der BGH bezieht in diesem Streit Stellung und schlägt einen Mittelweg ein.

„Bei der Anwendung des **Anscheinsbeweises** ist nach Auffassung des erkennenden Senats grundsätzlich **Zurückhaltung geboten**, weil er es erlaubt, bei typischen Geschehensabläufen aufgrund allgemeiner Erfahrungssätze auf einen ursächlichen Zusammenhang oder ein schuldhaftes Verhalten zu schließen, ohne dass im konkreten Fall die Ursache bzw. das Verschulden festgestellt ist (vgl. Lepa, NZV 1992, 129, 130; Saenger/Saenger, ZPO, 4. Aufl., § 286 Rn. 39; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., vor § 284 Rn. 29).

Deswegen kann er nach den oben dargelegten Grundsätzen **nur Anwendung** finden, wenn das **gesamte feststehende Unfallgeschehen nach der Lebenserfahrung typisch** dafür ist, dass derjenige Verkehrsteilnehmer, zu dessen Lasten der Anscheinsbeweis angewendet wird, schuldhaft gehandelt hat (vgl. Senatsurteile vom 19.11.1985 - VI ZR 176/84, aaO; vom 19.03.1996 - VI ZR 380/94, aaO). Eine solche Typizität liegt bei dem hier zu beurteilenden Geschehensablauf **regelmäßig nicht** vor, wenn zwar feststeht, dass **vor dem Auffahrunfall ein Spurwechsel des vorausfahrenden Fahrzeugs** stattgefunden hat, der Sachverhalt aber im Übrigen nicht aufklärbar ist und - wie hier - nach den Feststellungen des Sachverständigen sowohl die Möglichkeit besteht, dass der Führer des vorausfahrenden Fahrzeugs unter Verstoß gegen § 7 V StVO den Fahrstreifenwechsel durchgeführt hat, als auch die Möglichkeit, dass der Auffahrunfall auf eine verspätete Reaktion des auffahrenden Fahrers zurückzuführen ist. **Beide Varianten kommen wegen der bekannten Fahrweise auf den Autobahnen als mögliche Geschehensabläufe in Betracht**, zumal es nach der Lebenserfahrung nicht fernliegend ist, dass es auf Autobahnen zu gefährlichen Spurwechseln kommt, bei denen die Geschwindigkeit des folgenden Fahrzeugs unterschätzt wird. Infolgedessen kann regelmäßig keine der beiden Varianten alleine als der typische Geschehensablauf angesehen werden, der zur Anwendung des Anscheinsbeweises zu Lasten eines der Beteiligten führt.“ (BGH aaO)

Nach Auffassung des BGH gibt es daher im Zusammenhang mit Fahrspurwechseln auf der Autobahn keinen Anscheinsbeweis zu Lasten des Auffahrenden, wenn nicht weitere Umstände hinzutreten. Auf einen **engen** zeitlichen Zusammenhang kommt es hingegen nicht an.

c) Anscheinsbeweis wegen besonderer Umstände

Im vorliegenden Fall würde daher nur dann ein Anscheinsbeweis zugunsten des Klägers gelten, wenn besondere Umstände vorliegen, welche die Anwendung des Anscheinsbeweises zu Lasten des Auffahrenden rechtfertigen.

„Der Sachverständige hat die verschiedenen Möglichkeiten berücksichtigt und ist insbesondere auch bei Zugrundelegung dessen, dass der Porsche nahezu geradlinig mit paralleler Längsachse auf das vorausfahrende Fahrzeug aufprallte, bei Zugrundelegung der **Kollisionsgeschwindigkeitsdifferenz von mindestens 20 km/h bis maximal 30 km/h** beim Kollisionsphasenbeginn sowie der unterschiedlichen Darlegungen der Parteien zum Geschehensablauf zu dem Ergebnis gekommen, dass sich der Sachverhalt nicht weiter aufklären lässt und beide Möglichkeiten des Geschehensablaufs in Betracht kommen. Unter diesen Umständen hat das Landgericht anders als das Berufungsgericht zu Recht einen Anscheinsbeweis sowohl zu Lasten des Klägers als auch der Beklagten verneint. In solchen Fällen ist nicht von dem Erfahrungssatz auszugehen, dass der Auffahrende den Unfall infolge zu hoher Geschwindigkeit, Unaufmerksamkeit und/oder unzureichendem Sicherheitsabstand verschuldet hat. Ebenso nahe liegt der Schluss, dass der auf die linke Spur gewechselte Fahrzeugführer gegen die hohen Sorgfaltsanforderungen des § 7 V StVO verstoßen hat und sich der auffahrende Fahrzeugführer nicht mehr auf die vorangegangene Fahrbewegung hat einstellen und den Sicherheitsabstand einhalten können.“ (BGH aaO)

3. Haftungsverteilung bei Unaufklärbarkeit

Kann weder der Nachweis über die Verschuldensanteile geführt werden und greift auch kein Anscheinsbeweis zugunsten eines der Beteiligten ein, so ist im Rahmen der Haftungsverteilung zwischen Pkw von einer hälftigen Haftungsquote auszugehen.

„Auf der Grundlage der **Nichterweislichkeit des genauen Unfallhergangs** ist aus revisionsrechtlicher Sicht auch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht eine **hälftige Schadensteilung** vorgenommen hat. Das Berufungsurteil ist mithin aufzuheben und die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen, weil die Sache endentscheidungsreif ist (§ 563 III ZPO).“ (BGH aaO)

StPO
§§ 338, 257c

Zuständigkeitsrüge
Zulässigkeit nach Verfahrensabsprache
(BGH in NJW 2012, 468; Beschluss vom 13.09.2011 – 3 StR 196/11)

StPO

Die **Revisionsrüge**, das Gericht habe seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen (§ 338 Nr. 4 StPO), **bleibt dem Angekl. auch dann uneingeschränkt erhalten, wenn dem Urteil eine Verständigung nach § 257 c StPO vorausgegangen ist.**

Fall: Die StA hat mit der Anklage dem Angekl. B ein Betäubungsmitteldelikt in Tateinheit mit Bildung einer kriminellen Vereinigung, dem Angekl. M mehrere Betäubungsmittelstraftaten sowie drei Fälle der versuchten und einen Fall der vollendeten räuberischen Erpressung, jeweils in Tateinheit mit Bildung einer kriminellen Vereinigung, zur Last gelegt. In der Hauptverhandlung vor der Staatsschutzkammer hat der Verteidiger des Angekl. M vor Vernehmung der Angekl. zur Sache die Zuständigkeit des Tatgerichts mit der Begründung gerügt, dem Angekl. würden neben der Bildung der kriminellen Vereinigung insbes. Taten nach dem Betäubungsmittelgesetz vorgeworfen. Der Verteidiger des Angekl. B hat sich der Beanstandung angeschlossen. Die Strafkammer hat die Zuständigkeitsrüge zurückgewiesen und ihren Beschluss im Wesentlichen damit begründet, dass die dem Angekl. M zur Last gelegten Erpressungsdelikte gegenüber den Betäubungsmitteltaten „nicht als von mindermem Gewicht“ eingestuft werden könnten. Beide Angekl. haben schließlich den ihnen vorgeworfenen Sachverhalt nach einer Verständigung eingeräumt.

Die **Zuständigkeitsrüge** der Verteidiger ist jeweils **in zulässiger Weise erhoben**. Dem steht insbes. nicht entgegen, dass die Angekl. die Tatvorwürfe auf Grund einer Verständigung nach § 257 c StPO eingestanden haben. Denn auch in diesem Fall **bleibt dem Angekl. die Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels und zur Erhebung von Verfahrensrügen** – hier: Beanstandung nach § 338 Nr. 4 StPO – **uneingeschränkt erhalten**.

- I. Das **Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren** vom 29.07.2009 (BGBl I, 2353), mit dem § 257 c StPO und weitere, die Verständigung in Strafsachen betreffende Bestimmungen in die StPO eingefügt worden sind, **sieht nach einer derartigen Beendigung des erstinstanzlichen Verfahrens keine Beschränkungen hinsichtlich der Rechtsmittelbefugnis vor**.

vgl. BGH StV 2009, 680; BGH NSTz 2010, 289; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 257 c Rn 32 a; Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010, S. 155 f., 160 f.

Soweit im **Gesetzgebungsverfahren** eine Einschränkung der Revisionsmöglichkeit für den Fall einer Absprache in Betracht gezogen worden war (vgl. etwa GE des BR, BT-Dr 16/4197, S. 6, 11), betrafen die dort vorgesehenen Begrenzungen ausdrücklich nicht die in § 338 StPO genannten absoluten Revisionsgründe.

„Der – der Gesetzesänderung zu Grunde liegende – Entwurf der Bundesregierung verzichtete schließlich bewusst auf jegliche Beschränkung der Rügemöglichkeiten in der Revision mit der ausdrücklichen Begründung, gerade im Bereich der Verständigung sei „eine Lockerung der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht sachgerecht“. Eine vollumfängliche Kontrolle durch das RevGer. könne einen unterstützenden Beitrag dazu leisten, dass Verständigungen in erster Instanz wirklich so ablaufen, wie es den Vorgaben des Gesetzgebers entspreche; sie diene außerdem der Gleichmäßigkeit der Anwendung und Fortentwicklung des Rechts (BT-Dr 16/12310, S. 9).

Dieser – nach alldem eindeutige – Wille des Gesetzgebers kommt auch in § 302 I 2 StPO zum Ausdruck, der bestimmt, dass der Verzicht auf ein Rechtsmittel ausgeschlossen ist, wenn dem Urteil eine Verständigung nach § 257 c StPO vorausgegangen ist. Hieraus ergibt sich zwanglos, dass gerade im Fall einer Verständigung ein Rechtsmittel möglich sein soll, das sich auf die Rüge aller denkbaren Gesetzesverletzungen i. S. der §§ 337, 338 StPO stützen kann.“ (BGH aaO)

- II. Die **Zustimmung der Angekl. zu der Verständigung** kann **nicht als konkludente Rücknahme des Zuständigkeitseinwands gewertet** werden, denn sie haben die Zuständigkeit der Staatsschutzkammer ausdrücklich beanstandet.

„Ihre gleichwohl nach Zurückweisung der Rüge durch das LG erteilte Zustimmung zu einem Verfahren nach § 257 c StPO kann auf verschiedenen Gründen beruhen: So ist es etwa denkbar, dass sie sich auch deshalb auf eine Verständigung mit der von ihnen für unzuständig gehaltenen Staatsschutzkammer einließen, weil sie sich nicht sicher waren, ob sie mit ihrer Zuständigkeitsrüge in der Revisionsinstanz Erfolg haben werden und deshalb nicht Gefahr laufen wollten, dass die ohne eine Verständigung zu erwartenden höheren Strafen durch Verwerfung der Revision rechtskräftig werden, während sie andererseits durch ihre Zustimmung zu einer Verständigung die Zusage von Strafen aus einem niedrigeren Rahmen erreichen konnten (§ 257 c III 2 StPO), selbst wenn sie diesen immer noch für überhöht hielten. Ihrem Verhalten kann deshalb nicht ohne Weiteres ein Erklärungswert

dahin beigemessen werden, sie wollten ihre Auffassung, die Staatschutzkammer sei zur Durchführung des Hauptverfahrens nicht zuständig, nicht mehr aufrechterhalten.

Dem steht die Entscheidung des BGH NStZ-RR 2010, 180 = StV 2010, 470 nicht entgegen. Dort hatte der Angekl. zunächst die Auswechslung seines Pflichtverteidigers begehrt, dann aber unter ausschließlicher Mitwirkung dieses Pflichtverteidigers eine Verständigung nach § 257 II StPO getroffen. Dies hat der 5. Strafsenat des BGH als wirksame konkludente Rücknahme des Antrags auf Auswechslung des Pflichtverteidigers mit der Folge der Unzulässigkeit der auf die Nichtbescheidung des ursprünglichen Antrags gestützten Revisionsrüge gewertet. Die jeweils maßgebenden Sachverhalte weisen somit entscheidungserhebliche Unterschiede auf.“ (BGH aaO)

III. Die Einlegung der Revision und Erhebung der entsprechenden Verfahrensrüge stellt auch **kein widersprüchliches oder missbräuchliches Verhalten** dar, das zum Verlust der Rügемöglichkeit in der Revisionsinstanz führen könnte.

1. Bereits der **Gr. Senat für Strafsachen** hatte die Frage aufgeworfen, ob und ggf. in welchem Maße im Revisionsverfahren nach einer Verfahrensabsprache etwa unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens bestimmte Verfahrensrügen, namentlich Aufklärungsrügen, ausgeschlossen sein können, sich hierzu indes nicht näher verhalten (BGHSt 50, 40 = NJW 2005, 1440 = NStZ 2005, 389).
2. In der Folgezeit haben mehrere **Strafsenate des BGH** diesen Gedanken aufgegriffen:
 - Der **1. Strafsenat des BGH** hat die Rüge der fehlerhaften Zurückweisung eines Befangenheitsantrags wegen missbräuchlichen Prozessverhaltens für unzulässig erachtet, wenn der Angeklagte nach Ablehnung des Befangenheitsgesuchs an einer Urteilsabsprache mitwirkt und im Hinblick auf die vom Tatgericht zugesagte Strafobergrenze ein Geständnis ablegt (BGH NJW 2009, 690 = NStZ 2009, 159).
 - Der **5. Strafsenat des BGH** hat ausgeführt, es liege nahe, dass Revisionsrügen nach § 338 Nr. 1 und 4 StPO nach einer Vereinbarung mit den nach dem Beschwerdevorbringen unzuständigen Richtern als unstatthaft zu bewerten seien (BGH BGHR StPO § 338 Revisibilität 1 = BeckRS 2008, 21296).
3. Der **3. Strafsenat** ist mit Blick auf die seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren geänderte Rechtslage an die diesen – teilweise zudem abweichende Sachverhalte betreffenden – Entscheidungen zu Grunde liegende Rechtsauffassung nicht gebunden. **BGH aaO** vermag sich daher der dort vertretenen Ansicht – jedenfalls vor dem Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung – nicht anzuschließen und **hält an seiner Auffassung fest, dass dem Angekl. die Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels und zur Erhebung von Verfahrensrügen uneingeschränkt erhalten bleibt**, auch wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist (BGH StV 2009, 680; BGH NStZ 2010, 289; vgl. auch BGH NStZ-RR 2010, 383; BGH NJW 2011, 2377).

„Die Zustimmung des Angekl. zu einer Verständigung nach § 257 c StPO führt als solche nach der dargelegten, auf dem **ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers** beruhenden **Konzeption des die Verständigung betreffenden Regelungsgefüges der StPO** nicht zum Verlust einzelner prozessualer Rechte. Dieses Regelungsgefüge und damit auch der Wille des Gesetzgebers würden umgangen, wollte man die Erhebung einer Rüge nach § 338 Nr. 4 StPO in der Revisionsinstanz als rechtsmissbräuchlich oder widersprüchlich bewerten.“ (BGH aaO)

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2011, 942; Beschluss vom 04.08.2011 – 2 L 50/10)

1. Die **Festsetzung eines Zwangsgelds** nach § 56 I SOG-SA **setzt ein Zuwiderhandeln gegen ein Ge- oder Verbot voraus.**
2. **Weder der Versuch** des Zuwiderhandelns **noch die bloße Absicht** dazu **reichen aus.**

Fall: Die Kl. wandte sich gegen einen Zwangsgeldfestsetzungs- und einen Kostenfestsetzungsbescheid des Bekl. Sie ist Eigentümerin des Grundstücks in der R.-Straße X. in W.-Stadt, das mit einem ehemaligen Büro- und Verwaltungsgebäude des Schwelwerks G. bebaut ist. Im März 2007 stellte der ehemalige Landkreis K. fest, dass das Gebäude genutzt wird, obwohl keine Baugenehmigung zur Umnutzung erteilt worden war. So waren in dem Erdgeschoss des Gebäudes ein Aufenthalts- und Barraum eingerichtet mit Sofas und Spiegelwand. Im Obergeschoss des Gebäudes waren Doppelbetten und Schränke aufgestellt worden. Der Verein F. führte dort regelmäßig Tanzstunden durch.

Mit Bescheid vom 12.04.2007 untersagte der Landkreis K. der Kl., das Gebäude für „Wohn- und Freizeitwecke“ zu nutzen sowie diese Nutzungen durch Dritte zuzulassen. Zudem ordnete er die sofortige Vollziehung dieser Verfügung im öffentlichen Interesse an. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Nutzungsuntersagung drohte er der Kl. die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 1 000 Euro an. Gegen diesen Bescheid betrieb die Kl. im Wesentlichen erfolglos das Widerspruchsverfahren. Ein Klageverfahren gegen diesen Bescheid betrieb der Kl. nicht.

Trotz der bestandskräftigen Nutzungsuntersagung warb der F. e. V. auf seiner Internetseite weiterhin mit der Durchführung von Tanzlehrgängen. Der Bekl. nahm am 04.07.2008 die Ankündigung eines offenen Tanztrainings in dem Gebäude der Kl. zum Anlass für eine Vor-Ort-Kontrolle. Im Rahmen der Kontrolle stellte er aber keine Nutzung für eine Tanzveranstaltung fest. Während dieser Kontrolle wies der Geschäftsführer der Kl. darauf hin, dass in der Zeit vom 3. bis zum 24.08.2008 ein internationales Workcamp in Zusammenarbeit mit dem SCI (Service Civil International) in dem Gebäude stattfinden werde. Das internationale Workcamp war als trilaterales Camp mit Jugendlichen aus Spanien, Frankreich und Deutschland konzipiert. Ausländische und deutsche Jugendliche sollten im Rahmen von gemeinsam auszuführenden Sanierungsarbeiten am Gebäude der Kl. Gelegenheit zu einem interkulturellen Austausch erhalten. Mit Bescheid vom 21.07.2008 setzt der Bekl. das Zwangsgeld fest. Mit (Kosten-)Bescheid vom 22.07.2008 erhob der Bekl. für den Erlass des Bescheides vom 21.07.2008 Kosten in Höhe von 83,45 Euro (Gebühr in Höhe von 80 Euro für die Festsetzung des Zwangsgeldes, sowie Auslagen in Höhe von 3,45 Euro). Gegen diese Bescheide erhob die Kl. Widerspruch. Das Landesverwaltungsamt des Landes Sachsen-Anhalt wies den Widerspruch zurück. Hiergegen hat die Kl. Klage bei dem VG erhoben. Ist die Klage begründet?

Die Klage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die Zwangsgeldfestsetzung und der Kostenbescheid rechtswidrig sind und die Kl. in ihren Rechten verletzt.

I. Rechtswidrigkeit der Zwangsgeldfestsetzung

Die Zwangsgeldfestsetzung ist rechtswidrig, wenn es an einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage fehlt oder die formellen oder materiellen Voraussetzungen für ihren Erlass fehlen.

1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für einen Zwangsgeldfestsetzungsbescheid sind die §§ 53 ff. SOG-LSA.

2. Vorliegen eines vollstreckbaren Grund-VA

Nach § 53 I SOG-LSA kann ein Verwaltungsakt, der auf eine Unterlassung gerichtet ist, mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn der Verwaltungsakt unanfechtbar ist oder ein Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hat.

a) Vollstreckbarkeit

In der Sache geht es um die Durchsetzung der Nutzungsuntersagung vom 12.04.2007. Gegen die Nutzungsuntersagung wurde nach Erfolglosigkeit des Widerspruchsverfahrens kein Klageverfahren durchgeführt, so dass die Nutzungsuntersagung vom 12.04.2007 Mitte 2008 bereits unanfechtbar war. Die Nutzungsuntersagung ist daher vollstreckbar.

b) vollstreckungsfähiger Inhalt

Nach §§ 53 ff. LSA sind nur solche Verwaltungsakte vollstreckungsfähig, die auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind. Die Nutzungsuntersagung ist auf das

Unterlassen einer Nutzung gerichtet und hat insofern einen vollstreckungsfähigen Inhalt.

3. Ordnungsgemäße Androhung

Das Zwangsgeld muss nach § 59 SOG-LSA ordnungsgemäß angedroht worden sein. Die Androhung ist mangels Klageerhebung zwischenzeitlich bestandskräftig geworden, so dass von einer ordnungsgemäßen Androhung ausgegangen werden kann.

4. Vorliegen der Voraussetzungen für die Zwangsgeldfestsetzung

Ein Zwangsgeld ist nach §§ 56 I, 53 I SOG-LSA festzusetzen.

a) Zuwiderhandlung als Voraussetzung für die Festsetzung

Fraglich ist, ob die Festsetzung eines Zwangsmittels erst erfolgen darf, wenn der Verfügung zuwider gehandelt wurde.

aa) Bundesrechtliche Regelung

§ 11 II VwVG-Bund sieht ausdrücklich vor, dass eine Festsetzung erst erfolgen darf, wenn gegen den Handlungsbefehl der Verfügung, bezüglich dessen ein Zwangsmittel angedroht wurde, verstoßen wurde.

bb) Landesrechtliche Regelung

Das SOG-LSA sieht eine solche Voraussetzung nicht vor. Allerdings könnte der Verstoß gegen die Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen, eine ungeschriebene landesrechtliche Voraussetzung sein.

(1) Funktion des Zwangsgeldes

„Das **Zwangsgeld** ist nach der Rechtsprechung des Senats dabei ein **Beugemittel**. Die Beugefunktion beinhaltet, dass das Zwangsmittel motivierend auf den Betr. einwirken und ihn so zur Befolgung der aufgegebenen Verfügung veranlassen kann (OVG Magdeburg, Urt. v. 13.05.1996 – 2 L 60/95, in: BRS 58. Nr. 221). Bei **Unterlassungspflichten** erfüllt zunächst einmal die Androhung die **Beugefunktion**. Ihr Zweck ist es, den Ordnungspflichtigen in einen psychischen Zustand zu versetzen, der ihn veranlasst, der Ordnungsverfügung nachzukommen. Im Stadium der Androhung des Zwangsmittels kann und soll der Wille des Ordnungspflichtigen im Sinne der Erfüllung der Ordnungsverfügung gebeugt werden (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1990, 17 = BRS 49 Nr. 233). Dementsprechend **setzt** die **Androhung** eines Zwangsgeldes **nicht voraus**, dass gegen die Unterlassungspflicht **bereits** nach dem Erlass des Grundverwaltungsakts **verstoßen** wurde. Dies folgt aus § 167 VwGO i. V.m. § 890 II ZPO, wonach die Androhung in der Regel bereits in den Vollstreckungstitel aufgenommen wird. (vgl. auch: VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 444 = VBIBW 1996, 213; für die Anwendbarkeit der §§ 888 ff. ZPO auf die Verwaltungsvollstreckung: App, in: App/Wettläufer, Praxishdb. der Verwaltungsvollstreckung, 5. Aufl., § 37 Rn 27).“ (OVG Magdeburg aaO)

(2) Bedeutung der Festsetzung

„Die **Festsetzung eines Zwangsgeldes** hat nach ihrem Regelungszweck zwar auch ausschließlich eine **präventive Beugewirkung zur Vermeidung künftiger objektiver Rechtsverletzungen** (vgl. BVerwGE 117, 332 = NVwZ 2003, 1271). Auch wird durch die nachfolgende Festsetzung eines Zwangsgeldes der Androhung des Zwangsmittels Nachdruck verliehen (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1990, 17). Gleichwohl kann die **Festsetzung** eines Zwangsgeldes **nicht schon vor einer Zuwiderhandlung**, ohne die Wirkung der Zwangsgeldandrohung abzuwarten oder etwa gar beim Erlass der Grundverfügung erfolgen (so auch: OVG Bautzen, SächsVBl 1996, 67). Die Festsetzung eines Zwangsgeldes ist nämlich zum einen die Anordnung der Vollstreckungsbehörde, dass das Zwangsmittel nunmehr angewendet werden soll, zum anderen aber auch die **verbindliche Erklärung**, dass die **Androhung des Zwangsmittels erfolglos geblieben** ist (vgl. Gusy, Polizeir, 5. Aufl., Rn 363, m. w.N.). Auch aus § 167 VwGO i. V. mit § 890 I ZPO folgt, dass das im Zivilrecht mit dem Zwangsgeld insoweit vergleichbare Ordnungsgeld nur verhängt werden kann, wenn der Schuldner der Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen, zuwider gehandelt hat. Im Zivilrecht gilt nämlich, dass bei Unterlassungen die Notwendigkeit einer gegenläufigen Vollstreckungsmaßnahme erst bei pflichtwidriger Aktivität des Schuldners in Betracht kommt (vgl.: Schilken, ZPO-Münch.-Komm., Bd. 3, 1992, § 890 Rn 1).“ (OVG Magdeburg aaO)

(3) Schlussfolgerung

„Nach dem Urteil des erkennenden Senats vom 13.05.1996 (2 L 60/95, in: BRS 58, Nr. 221) ist für die Zwangsgeldfestsetzung entscheidend, dass ein **Verstoß** gegen den Grundverwaltungsakt **nach der Androhung** und während der Zeit, in der die vollziehbare Ordnungsverfügung noch galt, erfolgt ist.“ (OVG Magdeburg aaO)

b) Vorliegen einer Zuwiderhandlung

Die Zwangsgeldfestsetzung ist daher im vorliegenden Fall nur rechtmäßig, wenn bei Erlass des Festsetzungsbescheides am 21.07.2008 gegen das Nutzungsverbot vom 12.04.2007 verstoßen worden war.

„Auch das VG ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Bekl. die **Festsetzung** des Zwangsgeldes allein mit der **Durchführung des internationalen Workcamps** in den von der Nutzungsuntersagung betr. Räumlichkeiten begründet hat und dass der Bekl. das Zwangsgeld festgesetzt hatte, **noch bevor** die Kl. ihr Gebäude im Rahmen des internationalen Workcamps für Wohn- und Freizeit Zwecke **tatsächlich genutzt** hatte.“ (OVG Magdeburg aaO)

c) Erweiterung der Anwendung auf Zuwiderhandlungsabsicht

Möglicher Weise kann die Festsetzung eines Zwangsmittels aber auch dann erfolgen, wenn zwar die Zuwiderhandlung noch nicht erfolgt, aber angekündigt ist, um den Adressaten der Unterlassungsverpflichtung durch die Festsetzung des Zwangsgeldes doch noch zum Befolgen der Verfügung zu veranlassen.

aa) Absicht der Zuwiderhandlung

Hier kann von einer Zuwiderhandlungsabsicht ausgegangen werden.

„Dem VG ist zwar zuzustimmen, dass die Kl. am 21.07.2008 möglicherweise die **Absicht hatte**, das trilaterale Workcamp in den von dem Nutzungsverbot umfassten Räumlichkeiten in der Zeit vom 3. bis 24. 8. 2008 **durchzuführen**. Zutreffend ist auch, dass die Kl. im Internet und in der M.-Zeitung für diese Veranstaltung **geworben** und zu Sach- und Geldspenden aufgerufen hatte. Diese Aktivitäten sind nach Auffassung des Senats jedoch allenfalls als **Versuch, gegen das Nutzungsverbot zu verstoßen**, zu bewerten. Die bloße subjektive Absicht, die strittigen Räume entgegen dem Nutzungsverbot zu nutzen, reicht für ein objektives Zuwiderhandeln gegen das Nutzungsverbot ohnehin nicht aus. Tatsächlich ist das internationale Workcamp ja auch ohne einen Verstoß gegen das Nutzungsverbot vom 12.04.2007 durchgeführt worden.“ (OVG Magdeburg aaO)

bb) Wahrscheinlichkeit der Zuwiderhandlung nicht ausreichend

„**Unzutreffend** ist das VG jedoch davon ausgegangen, dass für die Festsetzung eines Zwangsgeldes bereits eine **gewisse Wahrscheinlichkeit** dafür **ausreicht**, dass die Kl. im Zeitpunkt der Festsetzung bereits beabsichtigte, gegen die zu vollstreckende Nutzungsuntersagung zu verstoßen. Dies folgt zum einen aus den § 167 VwGO i. V. mit § 890 ZPO. Für die Verhängung eines Ordnungsgelds nach § 890 ZPO ist ein Zuwiderhandeln gegen das Unterlassensgebot erforderlich. Zuwiderhandlung bedeutet dabei ein Verhalten im Widerspruch zu dem Unterlassensgebot. Der **bloße Versuch** einer Zuwiderhandlung **genügt nicht für die Festsetzung** eines Ordnungsmittels, sofern nicht ausnahmsweise schon nach materiellem Recht ein dahingehender Unterlassungsanspruch besteht (vgl. Schilken, § 890 Rn 11; Olzen, ZPO, § 890 Rn 11).

Der Bekl. war im Zeitpunkt der Festsetzung des Zwangsgeldes auch **nicht gezwungen**, einen **Rechtsverstoß** durch die Kl. **alternativlos hinzunehmen**. Befürchtete er nach dem Ortstermin, dass das früher angedrohte Zwangsgeld die Kl. nicht von einem Verstoß gegen das Nutzungsverbot wird abhalten können, hätte für ihn die Möglichkeit bestanden, ein deutlich **höheres Zwangsgeld** anzudrohen. Für den Fall, dass die Kl. am 03.08.2008 trotz des behördlichen Verbots die Campeteilnehmer in den strittigen Räumlichkeiten untergebracht hätte, hätte der Bekl. im Übrigen dieses Unterfangen bei **Gefahr im Verzug** durch die Anwendung von **unmittelbarem Zwang unterbinden** können.“ (OVG Magdeburg aaO)

Die Voraussetzungen für die Zwangsgeldfestsetzung lagen daher nicht vor, so dass der betreffende Bescheid rechtswidrig ist und die Klägerin in ihren Rechten verletzt, so dass die Anfechtungsklage begründet ist.

II. Rechtswidrigkeit des Kostenbescheides

„Aus der Rechtswidrigkeit des Zwangsgeldbescheids folgt auch die Rechtswidrigkeit des Kostenfestsetzungsbescheids vom 22.07.2008.“ (OVG Magdeburg aaO)

Auch diesbezüglich ist die Klage damit nach § 113 I 1 VwGO begründet.

**Anordnung der sofortigen Vollziehung
keine Nachholung der Begründung**

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2012, 54; Beschluss vom 27.09.2011 - 1 S 2554/11)

Durch eine nachträgliche schriftliche Bestätigung der mündlichen Anordnung und nachträgliche Begründung der sofortigen Vollziehung kann der Mangel nicht geheilt werden

Fall: Die Beschlagnahme der Fahrzeuge der Antragsteller wurde nach Maßgabe des § 33 I Nr. 1 BWPoIG durch die Antragsgegnerin als der zuständigen Ortschaftspolizeibehörde (§ 60 I -BWPoIG) am 12.08.2011 mündlich angeordnet. Zur Begründung erklärte die Antragsgegnerin, die Beschlagnahme sei erforderlich, um weitere Besetzungen von Grundstücken zu verhindern. Zugleich wurde von ihr mündlich die sofortige Vollziehung der Maßnahme erklärt. Die Beschlagnahme wurde durch den Polizeivollzugsdienst sofort vollstreckt. Den Antragstellern wurde vor Ort gemäß § 33 II, 1, 2 BWPoIG Bescheinigungen über den Vollzug der Beschlagnahme ausgestellt, in denen als Grund für die Beschlagnahme „Verhinderung weiterer Besetzungen von Grundstücken“ genannt worden ist; die Bescheinigungen weisen die Antragsgegnerin als anordnende Behörde aus.

Nach Vollzug der Maßnahme ist am 15.08.2011 eine schriftliche Bestätigung der Verfügung ergangen, die unter Ziff. 7 auch eine schriftliche Begründung der sofortigen Vollziehung enthält.

Der Antragsteller beantragt nach fristgerechter Einlegung von Widerspruch beim zuständigen VG, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs wiederherzustellen. Wird er hiermit Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Antrags**1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO**

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art. Hier wird um eine polizeiliche Anordnung gestritten, so dass der Verwaltungsrechtsweg ohne weiteres eröffnet ist.

2. Statthafte Antragsart

In Abgrenzung zum Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO ist nach § 123 V VwGO vorab stets zu prüfen, ob nicht der Eilrechtsschutz über § 80 V oder § 80 a VwGO zu suchen ist.

Das Verfahren nach § 80 V VwGO ist immer dann statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und der Suspensiveffekt des Hauptsacherechtsbehelfs entfallen ist.

Die polizeiliche Anordnung ist ein den Adressaten belastender Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG, so dass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist. Der Suspensiveffekt ist aufgrund der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 I 1 Nr. 4 VwGO entfallen.

Das Verfahren nach § 80 V VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist daher die richtige Antragsart.

3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

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

4. Rechtsschutzbedürfnis

Dem Rechtsschutzbedürfnis steht auch nicht nach § 80 VI VwGO entgegen, dass der Antragsteller bei dem Streit um öffentliche Gebühren eigentlich zuvor **bei der Behörde die Aussetzung der Vollziehung** hätte **beantragen** müssen, da kein Fall des § 80 I 1 Nr. 1 VwGO vorliegt. Zudem ist der den Suspensiveffekt auslösende Rechtsbehelf in der Hauptsache, nämlich der Widerspruch, schon eingelegt, so dass keine durchgreifenden Bedenken gegen das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses bestehen.

5. Zwischenergebnis

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig.

II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Beseitigungsverfügung ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtswidrig ist. **Rechtsgrundlage** für eine Anordnung der sofortigen Vollziehung (AOsV) ist § 80 II 1 Nr. 4 VwGO. **Zuständig** für die AOsV ist nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Hier hat die Erlassbehörde also als zuständige Behörde gehandelt. Die AOsV ist nach § 80 III 1 VwGO **schriftlich zu begründen**. Fraglich ist, ob dieses Erfordernis hier eingehalten wurde.

1. Anforderungen an ordnungsgemäße Begründung einer AOsV

*„Die Vorschrift des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO bestimmt, dass die sofortige Vollziehung „besonders angeordnet wird“. Notwendig ist eine entsprechende **behördliche Willensentschließung**, die dem Betroffenen **kundgetan** wird. Dafür reicht weder die tatsächliche Vollziehung oder Einleitung der Vollstreckung eines Verwaltungsakts noch die Annahme einer konkludenten Anordnung. Die **Entscheidung** über die sofortige Vollziehbarkeit **muss ausdrücklich erfolgen**. Das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts muss gemäß § 80 III 1 VwGO **schriftlich begründet** werden. Auch die **Offensichtlichkeit** der Gründe, die einen Sofortvollzug gebieten, rechtfertigt in aller Regel **keine Ausnahme vom Begründungszwang**, wie die ausdrückliche Regelung in § 80 AIII 2 VwGO zeigt (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschlüsse v. 25.8.1976, a. a. O. und v. 17.07.1990, aaO., m.w.N.).*

*Von dem besonderen **Begründungserfordernis** darf nur unter den Voraussetzungen des § 80 III 2 VwGO, also bei sog. **Notstandsmaßnahmen**, abgesehen werden. Diese Bestimmungen weichen deutlich vom Begründungsgebot bei Verwaltungsakten und den dortigen Ausnahmen (§ 39 VwVfG) ab. Eine dem **§ 45 I Nr. 2 VwVfG vergleichbare Vorschrift fehlt in § 80 III VwGO**. Angesichts dieser Rechtslage handelt es sich bei § 80 III VwGO um eine abschließende Spezialregelung. Das - danach zwingende - Begründungserfordernis in § 80 III 1 VwGO verfolgt **drei Funktionen**. Die Behörde selbst wird angehalten, sich des Ausnahmecharakters der Vollziehungsanordnung bewusst zu sein. Diese **Warnfunktion** soll zu einer sorgfältigen Prüfung des Interesses an der sofortigen Vollziehung veranlassen. Der Betroffene wird über die Gründe, die für die behördliche Entscheidung maßgebend gewesen sind, unterrichtet. Er kann danach die **Erfolgsaussichten eines Aussetzungsantrags** gemäß § 80 IV VwGO abschätzen. Dem Gericht erlaubt die Kenntnis der verwaltungsbehördlichen Erwägungen für die sofortige Vollziehbarkeit eine **ordnungsgemäße Rechtskontrolle**.“ (VGH Mannheim aaO)*

2. Erfüllung der Anforderungen durch die schriftliche Bestätigung vom 15.08.2011

*„Die Beschlagnahme der Fahrzeuge der Antragsteller wurde nach Maßgabe des § 33 I Nr. 1 PolG durch die Antragsgegnerin als der zuständigen Ortspolizeibehörde (§ 60 Abs. 1 PolG) am 12.08.2011 mündlich angeordnet. Zur **Begründung** erklärte die Antragsgegnerin, die **Beschlagnahme sei erforderlich**, um **weitere Besetzungen von Grundstücken zu verhindern**. Zugleich wurde von ihr mündlich die sofortige Vollziehung der Maßnahme erklärt. Die Beschlagnahme wurde durch den Polizeivollzugsdienst **sofort vollstreckt**. Den Antragstellern wurde vor Ort gemäß § 33 II 1, 2 BW PolG Bescheinigungen über den Vollzug der Beschlagnahme ausgestellt, in denen als Grund für die Beschlagnahme „Verhinderung weiterer Besetzungen von Grundstücken“ genannt worden ist; die Bescheinigungen weisen die Antragsgegnerin als anordnende Behörde aus.“ (VGH Mannheim aaO)*

Fraglich ist, ob hierdurch dem Begründungserfordernis des § 80 III 1 VwGO hinreichend entsprochen wurde.

„[Die Bescheinigung] dient ... der Beweissicherung für den Betroffenen und soll es ihm ermöglichen, einen (eventuellen) späteren Anspruch auf Rückgabe der beschlagnahmten Sache mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen. Sie muss daher die beschlagnahmten Sachen hinreichend genau bezeichnen und die Polizeibehörde erkennen lassen, die die Beschlagnahme angeordnet hat (Belz/Mußmann, Polizeirecht für Baden-Württemberg, 7. Auflage, § 33 RdNr. 12). Die Bescheinigung ersetzt die erforderliche Begründung nicht.“ (VGH Mannheim aaO)

3. Entbehrlichkeit einer Begründung nach § 80 III 2 VwGO

Eine Begründung könnte aber nach § 80 III VwGO entbehrlich gewesen sein. Danach bedarf es einer besonderen Begründung nicht, wenn die Behörde bei Gefahr im Verzug, insbesondere bei drohenden Nachteilen für Leben, Gesundheit oder Eigentum vorsorglich eine als solche bezeichnete Notstandsmaßnahme im öffentlichen Interesse trifft.

*„Dies war hier indes nicht der Fall. Auch wenn die Maßnahme aus der Sicht der Antragsgegnerin eilbedürftig war, handelte es sich **weder um eine Notstandsmaßnahme, noch wurde sie als solche bezeichnet**.“ (VGH Mannheim aaO)*

4. Entbehrlichkeit einer Begründung wegen Eilbedürftigkeit

Fraglich ist, ob nicht über den Begründungsmangel deshalb hinweggesehen werden kann, weil es sich um eine Maßnahme gehandelt hat, die sofort vollstreckt werden sollte (vgl. § 80 II 1 Nr. 2 VwGO)

*„Der gesetzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung bei **unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten** (§ 80 II 1 Nr. 2 VwGO) erfasst ausdrücklich nur Verwaltungsakte des Polizeivollzugsdienstes im institutionellen Sinne, die sich nach Landesrecht bestimmen. Dieses Privileg ist einem Bedürfnis der Praxis geschuldet (vgl. Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 2010, § 80 Rn. 122), erstreckt sich aber **nicht auf - unaufschiebbare - Anordnungen und Maßnahmen der sog. Verwaltungspolizei** (Ordnungs- bzw. Sicherheitsbehörden). Auch mit Blick darauf, dass für Maßnahmen nach § 33 PolG neben den Polizeibehörden (§ 60 I BWPoIG) auch der Polizeivollzugsdienst (§ 60 III BWPoIG) zuständig ist, ergibt sich nichts anderes. Da nach § 60 III BW PolG für die meisten der sog. polizeilichen Standardmaßnahmen neben der Zuständigkeit der Polizeibehörde eine eigene Zuständigkeit des Polizeivollzugsdienstes besteht, werden diese auch bei unaufschiebbaren Maßnahmen im Regelfall tätig werden, sodass ihnen das Privileg des § 80 II 2 VwGO zugutekommt und damit auch aus diesem Grunde eine Ausnahme vom Begründungserfordernis für die Ortspolizeibehörde nicht gerechtfertigt erscheint.“* (VGH Mannheim aaO)

5. Heilung des Begründungsmangels durch die schriftliche Bestätigung nebst Begründung der AOsV vom 15.08.2011

Allerdings könnte der Begründungsmangel dadurch geheilt worden sein, dass die Beschlagnahmeanordnung durch schriftliche Verfügung vom 15.08.2011 bestätigt wurde und hierbei auch das öffentliche Interesse an der AOsV schriftlich begründet wurde.

*„Nach der Rechtsprechung des erkennenden Gerichtshofs (Beschluss v. 25.08.1976, aaO und Beschluss v. 17.07.1990, aaO) und auch nach der überwiegend in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung (vgl. Eyermann, VwGO, 11. Auflage, § 80 Rn. 44, Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a. a. O. § 80, Rn. 179, jeweils m.w.N.; BayVGh, Beschluss v. 24.02.1988, BayVBl. 1989, 117) kann eine **fehlende oder unzureichende Begründung gemäß § 80 III 1 VwGO nicht mit heilender Wirkung nachgeholt werden.***

*Der **Gegenauffassung** (OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 01.03.1995, NVwZ-RR 1995, 572; HessVGh Beschluss v. 17.05.1984, DÖV 1985, 75; OVG NRW, Beschluss v. 26.06.1985, NJW 1986, 1894), die dem **Gründe der Prozessökonomie** entgegenhält und ein Nachholen der Begründung jedenfalls bis zur Stellung eines Eilantrags nach § 80 V VwGO erlaubt, ist mit Blick darauf, dass es sich bei § 80 III VwGO um eine abschließende Sonderregelung handelt, nicht zu folgen. Mit der **Warn- und Appellfunktion des Schriftlichkeitserfordernisses** wäre es nicht vereinbar, wenn eine fehlende Begründung mit heilender Wirkung nachgeholt werden könnte (vgl. Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a. a. O., § 80 Rn. 174 ff. m. w. Nachw.; VGh Baden-Württemberg, Beschluss v. 17.07.1990, a. a. O.; Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, 2. Auflage, § 80 Rn. 48, m.w.N.).“* (VGH Mannheim aaO)

6. Verfügung vom 15.08.2011 als neue AOsV

Die schriftliche Verfügung vom 15.08.2011 könnte aber als neue AOsV mit diesmal gesetzeskonformer Begründung gesehen werden.

„Eine solche Annahme scheitert - ungeachtet der Frage, ob vor Aufhebung des Sofortvollzugs dieser überhaupt neu angeordnet werden kann - bereits daran, dass sich dies dem Inhalt der Verfügung nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit (vgl. § 37 I LVwVfG) entnehmen lässt.

*Sowohl der Eingang des Entscheidungssatzes („zu der am 12.08.2011 auf mündliche Anordnung der Polizeibehörde erfolgten Beschlagnahme Ihres Fahrzeugs ergeht folgende Verfügung“) als auch der erste Satz der Begründung („Die am 12.08.2011 auf Anordnung der Polizeibehörde erfolgte Beschlagnahme Ihres Fahrzeugs ... wird wie folgt begründet:“) weisen vielmehr darauf hin, dass es sich wohl um eine **nachträgliche Bestätigung der Beschlagnahme**, die rechtlich zulässig ist, sowie um eine allerdings in rechtlicher Hinsicht - **nicht zulässige** (a. A. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 01.03.1995 - 11 B 10640/95 -) - **nachträgliche Bestätigung und Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung** handeln soll, ungeachtet der ebenfalls beigefügten Rechtsbehelfsbelehrung. Insoweit bestehende Unklarheiten gehen zu Lasten der Antragsgegnerin.“* (VGH Mannheim aaO)

Ergebnis: Die AOsV verstößt gegen § 80 III 1 VwGO, ist daher formunwirksam und aufzuheben. Mit dem Wegfall der Anordnung der sofortigen Vollziehung kommt dem Widerspruch der Antragsteller gemäß § 80 I VwGO wieder die aufschiebende Wirkung zu. Für eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 VwGO ist daher kein Raum. Es bedarf vielmehr ggfs. einer erneuten, formgemäßen Anordnung.

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 321a

Anhörungsrüge inhaltliche Anforderungen

ZPO

(OLG Jena in NJOZ 2012, 13; Beschluss vom 14.03.2011 – 4 U 523/09)

§ 321a ZPO ist als sog. **Anhörungsrüge** ein **Sonderfall einer Verfahrensrüge** und unterliegt daher denselben **Anforderungen, wie sie an eine Revisionsbegründung oder Wiedereinsetzungs begründung gestellt werden.**

„Wie aus § 321a II 5, Halbs. 2 i. V. mit I 1 Nr. 2 ZPO folgt, muss die Rüge das Vorliegen eines Falls der entscheidungserheblichen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die angegriffene Entscheidung darlegen. Hierbei handelt es sich um den **Sonderfall einer Verfahrensrüge**. Es gelten daher dieselben Grundsätze wie bei der Zulässigkeitsprüfung einer Revisionsbegründung nach § 551 III Nr. 2b ZPO oder einer Wiedereinsetzungs begründung nach § 236 II ZPO (Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 321a Rn 13). Zusätzlich hat sich die Gehörsrüge nach § 321a ZPO stets auch auf die Beruhensfrage zu erstrecken; insoweit gehen die gesetzlichen Prüfungskriterien sogar noch über die strengen Anforderungen an die strafprozessuale (revisionsrechtliche) Verfahrensrüge des § 337 StPO hinaus (OLG Bamberg BeckRS 2010, 8209).

Der sich hieraus ergebende **besondere (strenge) Prüfungsmaßstab verlangt eine substanziierte Darstellung des (angeblichen) Gehörsverstoßes und seiner Entscheidungserheblichkeit**. In der Rügebegründung sind die einzelnen Umstände (Tatsachen, Verfahrenssituation u. a.) darzulegen, aus denen sich die (behauptete) Gehörsverletzung ergibt, ferner, warum die Entscheidung ohne die Gehörsverletzung möglicherweise anders ausgefallen wäre (Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 321a Rn 13; Musielak, ZPO, 6. Aufl., § 321a Rn 9; MüKo-ZPO/Musielak, 3. Aufl., § 321a Rn 5).

Im Ergebnis bedeutet das, dass **die den behaupteten Verstoß enthaltenden Tatsachen – einschließlich der den Bezugsrahmen der Bewertung bildenden Verfahrenssituation (Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 321a Rn 13) – so detailliert und genau dargestellt werden müssen, dass das Vorliegen (oder auch Fehlen) des in Rede stehenden Verfahrensmangels allein auf Grundlage der Rügeschrift beurteilt werden kann**. Das angegangene Gericht – wie ggf. später auch das BVerfG – muss bei seiner Prüfung und Entscheidung ohne Weiteres an die Rügebegründung anknüpfen können. Dabei schließt der (strenge) Darlegungsmaßstab auch ein, dass der Rügeföhrer auch die ihm nachteiligen Tatsachen nicht verschweigen darf; das gilt selbst für Fakten, die seiner Rüge (möglicherweise) den Boden entziehen könnten (OLG Bamberg BeckRS 2010, 8209).“ (OLG Jena aaO)

ZPO
§ 531 II

verspätetes Vorbringen neues Angriffs- und Verteidigungsmittel

ZPO

(BGH in NJW-RR 2012, 110; Beschluss vom 17.05.2011 – X ZR 77/10)

Nachlässigkeit i. S. von § 531 II 1 Nr. 3 ZPO ist **grds. zu verneinen, wenn ein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung entstanden ist**.

Allerdings spricht viel dafür, von diesem Grundsatz eine **Ausnahme zu machen, wenn ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel auf einen abgeschlossenen Lebenssachverhalt gestützt wird** und die **Möglichkeit, es mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen, nur noch davon abhängt, dass** die Partei ein ihr zustehendes **materielles Gestaltungsrecht ausübt** (vgl. dazu BAG, NZA 1985, 130 [131]; BAGE 44, 242, sowie Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 296 Rdnr. 44).

„Wenn der **Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge nur noch vom Willen des Schuldners abhängt**, erschiene es **verfehlt, die Rechtzeitigkeit** eines auf den Eintritt dieser Rechtsfolge gestützten Angriffs- oder Verteidigungsmittels **anhand des Zeitpunktes zu bestimmen, zu dem die Partei von dem ihr zustehenden Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht hat**. Aus demselben Grund ist es einem Schuldner, der nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen die Aufrechnung erklärt hat, **verfehrt, ein rechtskräftiges Urteil mit der Vollstreckungsgegenklage anzugreifen, wenn schon vor dem genannten Zeitpunkt eine Aufrechnungslage bestanden hat** (BGHZ 163, 339 = NJW 2005, 2926 m. w. Nachw.). Entsprechendes gilt für eine Anfechtung (BGH NJW 2004, 1252; BGHZ 157, 47 m. w. Nachw.) und für eine Kündigungserklärung (BGH NJW-RR 2006, 229). Etwas **anderes gilt nur dann, wenn es gerade zum Zweck des Gestaltungsrechts gehört, dem Berechtigten die Entscheidung zu überlassen, zu welchem Zeitpunkt er von seinem Recht Gebrauch macht**. Der Bekl. ist deshalb nicht gehalten, vorzeitig von einem ihm für einen bestimmten Zeitraum eingeräumten Optionsrecht Gebrauch zu machen (BGHZ 94, 29 = NJW 1985, 2481) oder ein Leistungsverweigerungsrecht aufzugeben, um eine Aufrechnungslage herbeizuföhren (BGHZ 163, 339 = NJW 2005, 2926).

Ob bei Gestaltungsrechten auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung abzustellen ist, kann im vorliegenden Zusammenhang jedoch dahingestellt bleiben (ebenfalls offen gelassen in BGH r + s 2010, 420; obiter bejaht in BGH MDR 2011, 754): Im Streitfall hing die Möglichkeit zur Geltendmachung des Einwandes nicht allein vom Willen der Bekl. ab. Zur Abtretung der geltend gemachten Rechte am Gegenstand des Klagepatents bedurfte es vielmehr der Mitwirkung des Ehemannes der Bekl. zu 2). In derartigen Konstellationen erschiene es **verfehrt, Nachlässigkeit schon deshalb zu bejahen, weil sich eine Partei nicht rechtzeitig um den Erwerb einer bestimmten Rechtsposition im Wege der Abtretung bemüht hat** (vgl. dazu Stein/Jonas/Leipold, § 296 Rn 45). Der Umstand, dass die prozessrechtlichen Präklusionsvorschriften nicht den Zweck verfolgen, auf eine beschleunigte Schaffung der materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen hinzuwirken (BGH NJW-RR 2005, 1687; ebenso Musielak/Ball, § 531 ZPO Rn 19; Zöller/Heßler, § 531 Rn 30), mag zwar nicht ausschließen, die Ausübung eines der Partei bereits zustehenden materiellrechtlichen Gestaltungsrechts im Rechtsstreit der **Pflicht zur Prozessförderung** zu unterwerfen. Eine darüber hinausgehende **Pflicht zur beschleunigten Schaffung materiellrechtlicher Voraussetzungen kann den prozessrechtlichen Präklusionsvorschriften jedoch nicht entnommen werden**. Folgerichtig hat der BGH die Präklusion eines Verteidigungsmittels abgelehnt, das der Bekl. erst auf Grund eines von ihm während des Rechtsstreits erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses geltend machen konnte (BGH MDR 2011, 754). Für

einen Rechtserwerb im Wege der Abtretung kann nichts anderes gelten. Angesichts dessen kann es grds. nicht als nachlässig i. S. von § 531 II 1 Nr. 3 ZPO angesehen werden, wenn eine Partei von der Möglichkeit, eine zur erfolgsversprechenden Geltendmachung eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels erforderliche Rechtsposition durch Abtretung zu erwerben, nicht unverzüglich Gebrauch gemacht hat.“ (BGH aaO)

ZPO **ZPO**
§ 888 I **Zwangsgeld**
Durchsetzung durch Ersatzzwangshaft
(LAG Rh-Pf in DB 2012, 240; Beschluss vom 03.08.2011 – 9 Ta 128/11)

Die **Dauer der Ersatzzwangshaft** muss in bestimmter Dauer im **Verhältnis zur Höhe des Zwangsgeldes festgesetzt** werden.

„Die Festsetzung der Zwangshaft als Ersatzhaft im Falle der Nichtbeitreibbarkeit des Zwangsgeldes muss die Dauer der Ersatzhaft im Verhältnis zur Höhe des festgesetzten Zwangsgeldes angeben (vgl. etwa Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 888 Rn 9, z. B. pro 100,- EUR Zwangsgeld ein Tag Zwangshaft), da es sich **ansonsten nicht mehr um die Festsetzung einer Ersatzzwangshaft, sondern um die Festsetzung von Zwangshaft (potentiell) unbegrenzter Dauer handelt**, die aber nur zulässig ist, wenn als Zwangsmittel nicht ein Zwangsgeld, sondern die Zwangshaft (§ 888 I 1 Alt. 2 ZPO) festgesetzt wird.“ (LAG Rh-Pf aaO)

StPO **StPO**
§§ 45 II 3, 345 **Wiedereinsetzung**
nach falscher richterlicher Auskunft
(OLG Oldenburg in NSTZ 2012, 51; Beschluss vom 31.01.2011 – 1 Ss 7/11)

Wenn ein Angekl. **aufgrund einer falschen richterlichen Auskunft Form und Frist der Revisionsbegründung nicht eingehalten** hat, so ist ihm zur Sicherung eines **fairen Verfahrens** auch dann **Wiedereinsetzung zu gewähren**, wenn er die **versäumte Handlung noch nicht nachgeholt** hat.

„Zwar setzt eine derartige Wiedereinsetzung i. d. R. voraus, dass die versäumte Handlung nachgeholt worden ist, was hier nicht der Fall ist. Zu berücksichtigen ist aber, dass das **Versäumnis einer form- und fristgerechten Revisionsbegründung auf die unzutreffende Auskunft des Vorsitzenden Richters am LG zurückzuführen ist**, der den Angekl. ausdrücklich an die Rechtsantragsstelle des AG verwiesen hatte. Bei einer zutreffenden Auskunft wäre eine formgemäße Beurkundung bei der Geschäftsstelle des LG Oldenburg noch möglich gewesen, denn die Revisionsbegründungsfrist lief erst [später] ab. Es würde gegen den **Grundsatz des fairen Verfahrens** verstoßen, dem Angekl. Wiedereinsetzung zu verwehren, weil es an einer formwirksamen Revisionsbegründung fehle. Der Angekl. durfte nach der falschen Auskunft des Berufungsrichters, der das angefochtene Urteil erlassen hatte, darauf vertrauen, alles Erforderliche zur wirksamen Begründung seines Rechtsmittels getan zu haben. Der Grundsatz des fairen Verfahrens gebietet es daher, dem Angekl. Wiedereinsetzung zu gewähren und ihn darauf hinzuweisen, dass die Revisionsbegründung ausschließlich zu Protokoll der Geschäftsstelle des LG oder schriftlich durch einen Rechtsanwalt binnen eines Monats ab Zustellung des Wiedereinsetzungsbeschlusses erfolgen kann (vgl. OLG Köln NZV 2006, 47).“ (OLG Oldenburg aaO)

StPO **StPO**
§ 116 I **nicht vollzogener Haftbefehl**
Grundlage für Haftverschonungsauflagen
(KG in StV 2011, 740; Beschluss vom 17.06.2011 – 2 Ws 219/11)

Der **nicht vollzogene Haftbefehl** wird mit dem **Eintritt der Rechtskraft des Urteils nicht gegenstandslos**; er **bildet** nach wie vor die **Grundlage für die die Vollstreckung sichernden Haftverschonungsauflagen**.

I. Da **Maßnahmen nach § 116 I StPO als Ersatz** (lediglich) **für den Vollzug des Haftbefehls angeordnet** werden, setzen sie schon denklogisch voraus, dass der Haftbefehl als solcher in seinem Bestand nicht berührt wird (vgl. OLG Düsseldorf NSTz 1999, 585; OLG Stuttgart Justiz 1984, 213; Schweckendieck NSTz 2011, 10; Linke JR 2001, 358).

„Die **Abhängigkeit der Haftverschonungsmaßnahmen von dem zugrunde liegenden Haftbefehl** kommt auch darin zum Ausdruck, dass derartige Maßnahmen nicht angeordnet werden dürfen, wenn kein Haftbefehl mehr zulässig ist (vgl. OLG Düsseldorf NSTz 1999, 585; Graf, KK-StPO, § 116 StPO Rn 7; Löwe/Rosenberg, stopp, 26. Aufl., § 116 Rn 7) und dass **bei jeder Entscheidung über eine Haftverschonung inzident auch über den Fortbestand des Haftbefehls entschieden** wird (vgl. BGHSt 39, 233 Löwe/Rosenberg, § 116 StPO Rn 6; Schweckendieck NSTz 2011, 10). Dass auch der **Fortbestand isolierter Maßnahmen nach § 116 I StPO bei nachträglichem Entfallen des Haftbefehls gesetzlich nicht vorgesehen** ist, ergibt sich aus § 123 I Nr. 1, II StPO, wonach derartige **Maßnahmen bei Aufhebung des Haftbefehls ebenfalls zwingend aufzuheben** sind und eine noch nicht verfallene Sicherheit frei wird (vgl. OLG Frankfurt am Main NJW 1979, 665; Meyer-Goßner, § 123 StPO Rn 2; Schweckendieck NSTz 2011, 10).

I. **Ü. wären isolierte Maßnahmen nach § 116 I StPO ein wenig effektives Sicherungsmittel**, da das Gericht bei groben Pflichtverstößen oder Fluchtvorbereitungen des Verurteilten nicht die Möglichkeit hätte, den Haftbefehl wieder in Vollzug zu setzen (§ 116 IV StPO). Als Reaktionsmöglichkeiten kämen im Wesentlichen nur - unter den dort normierten engeren Voraussetzungen - der Verfall einer geleisteten Sicherheit nach § 124 I StPO oder der Erlass eines Vollstreckungshaftbefehls nach § 457 StPO in Betracht (vgl. - mit anderer Wertung - OLG Karlsruhe MDR 1980, 598).“ (KG aaO)

II. Die teilweise vertretene Auffassung, im Falle einer Haftverschonung werde der Haftbefehl mit Eintritt der Rechtskraft gegenstandslos, während die Auflagen isoliert bestehen blieben (vgl. OLG Frankfurt am Main NSTz-RR 2003, 143; OLG Karlsruhe MDR 1980, 598; HansOLG Hamburg MDR 1977, 949; Schultheis, KK-StPO, 6. Aufl., § 123 Rn 3; Löwe/Rosenberg, § 123 StPO Rn 6 f.; ebenso OLG Düsseldorf Rpfleger 1984, 73 für den Fall einer Sicherheitsleistung), vermag daher nach Ansicht des KG aaO nicht zu überzeugen.

- III. Den dargelegten Bedenken ist allerdings nicht dadurch Rechnung zu tragen, dass neben dem Haftbefehl auch die Maßnahmen nach § 116 I StPO mit Eintritt der Rechtskraft für gegenstandslos erklärt werden.

„Vielmehr folgt aus den oben dargelegten Erwägungen, dass **weder die Haftverschonungsmaßnahmen noch der Haftbefehl mit Eintritt der Rechtskraft gegenstandslos** werden (vgl. OLG Stuttgart Justiz 1984, 213; OLG Frankfurt am Main NJW 1979, 665; Schweckendieck NSTZ 2011, 10; Linke JR 2001, 358) oder allein wegen des Eintritts der Rechtskraft aufzuheben sind. Beide bleiben vielmehr - ihrem Zweck, die **Strafvollstreckung zu sichern**, entsprechend - bis zum Beginn des Strafvollzuges (vgl. § 123 I Nr. 2, II StPO) bestehen (vgl. OLG Frankfurt am Main NJW 1979, 665; Schweckendieck NSTZ 2011, 10; Meyer-Goßner, § 123 StPO Rn 4; hinsichtlich der Haftverschonungsmaßnahmen übereinstimmend OLG Frankfurt am Main NSTZ-RR 2003, 143; OLG Karlsruhe MDR 1980, 598; OLG Hamburg MDR 1977, 949), sofern nicht ihre Voraussetzungen aus anderen Gründen entfallen, insbes. weil der Strafantritt gesichert erscheint oder weil der Haftbefehl nur auf Verdunkelungsgefahr gestützt war (vgl. Meyer-Goßner, § 120 StPO Rn 2; Linke JR 2001, 358).“ (KG aaO)

StPO	Akteneinsichtsrecht	StPO
§ 147 IV 1	willkürliche Verweigerung der Aktenübersendung an Strafverteidiger (BVerfG in NJW 2012, 141; Beschluss vom 14.09.2011 – 2 BvR 449/11)	

Ein **Verteidiger hat einen Anspruch darauf, dass über seinen Antrag auf Gewährung von Akteneinsicht und über deren Durchführung willkürfrei entschieden wird**. Dagegen wird **verstoßen, wenn die Ablehnung der Aktenübersendung** und die Beschränkung auf Einsichtnahme in der Geschäftsstelle nur den **Zweck haben, Zweifel an der Bevollmächtigung auszüräumen oder den Mangel einer fehlenden Bevollmächtigung zu beheben**.

„Die angegriffenen Verfügungen des AG sind bereits in sich widersprüchlich. Bei berechtigten und nicht widerlegten Zweifeln an der Bevollmächtigung des Bf. hätte diesem die Akteneinsicht vollständig versagt werden müssen. **Beschränkungen hinsichtlich der Art und Weise der Akteneinsicht sind nicht geeignet, Zweifel an der Bevollmächtigung auszüräumen** oder den Mangel einer fehlenden Bevollmächtigung zu beheben. Die Nichtabhilfeentscheidungen und die dienstliche Stellungnahme zum Ablehnungsgesuch verdeutlichen zusätzlich, dass die Beschränkung auf Einsichtnahme in der Geschäftsstelle allein der Sanktionierung der Nichtvorlage von Vollmachten diene. Das AG hat sich somit in nicht mehr vertretbarer Weise von einer Anwendung der maßgeblichen Vorschrift des § 147 IV 1 StPO gelöst und von sachfremden Erwägungen leiten lassen.“ (BVerfG aaO)

StPO	Verwertungsverbot	StPO
§ 252	für Angaben eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen (OLG Hamm in NSTZ 2012, 53; Beschluss vom 24.05.2011 – 2 RVs 20/11)	

Angaben eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen, der in der Hauptverhandlung die Aussage verweigert, **bleiben verwertbar, wenn es sich um Angaben im Rahmen eines polizeilichen Notrufs oder um Angaben unmittelbar nach Eintreffen der polizeilichen Einsatzbeamten handelt**.

„Die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes durch die Zeugin A führt nicht zur Unverwertbarkeit ihrer Angaben, die sie im Rahmen ihres polizeilichen Notrufs gemacht hat und bei denen von **mehrfachen Schlägen des Angekl. in das Gesicht der Zeugin die Rede war**. Nach **st. höchstrichterlicher und obergerichtlicher Rspr.** handelt es sich bei einem **Notruf um keine Vernehmung i. S. v. § 252 StPO, sondern um eine spontane Bekundung aus freien Stücken und ein Verlangen nach behördlichem Einschreiten** (BGH NJW 1998, 2229; BGH StV 1988, 46; BGH NSTZ 1986, 232; OLG München StRR 2009, 388; OLG Hamm StV 2002, 592).

Auch vorliegend handelte es sich bei dem im angefochtenen Urteil wörtlich mitgeteilten Gespräch anlässlich des abgesetzten Notrufs um keine Vernehmung i.S.v. § 252 StPO. Dem den Notruf entgegen nehmenden Polizeibeamten kam es, wie Inhalt und Verlauf des Gesprächs deutlich machen, bei seinen kurzen Fragen an die Zeugin **ausschließlich darauf an, abzuklären, ob ein Notfall vorlag, eine behördliche Hilfeleistung erforderlich war und wo sich Opfer und mutmaßlicher Täter zum Zeitpunkt des Anrufs aufhielten**. Einzelheiten zum Tatgeschehen wurden gerade nicht abgefragt.

Zu Recht hat das LG auch die **im Hausflur der ehelichen Wohnung getätigten Äußerungen** der Zeugin A **direkt nach Eintreffen der polizeilichen Einsatzbeamten** verwertet. Auch insoweit lag **keine Vernehmung** der Geschädigten i. S. v. § 252 StPO vor, sondern es handelte sich um verwertbare, **aus freien Stücken getätigte Spontanäußerungen** der Zeugin A vor Beginn der später im Wohnzimmer durchgeführten Vernehmung (vgl. BGH StV 1998; 360; BGH NJW 1980, 2142; OLG München StRR 2009, 203; OLG Saarbrücken NJW 2008, 1396; OLG Hamm NSTZ-RR 2002, 370). Ausweislich der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen in dem angefochtenen Urteil hatten die polizeilichen Einsatzbeamten zunächst keine Fragen an die Zeugin A gestellt. Diese hatte vielmehr spontan in einem „nicht zu bremsenden Redeschwall“ den Einsatzbeamten unmittelbar nach deren Eintreffen und sofort nach Öffnen der Wohnungstür davon berichtet, dass sie von ihrem Mann geschlagen und mit einem Gürtel bis zur Bewusstlosigkeit gewürgt worden sei. In diesem Zusammenhang hatten die Einsatzbeamten lediglich kurz nach dem genauen Aufenthaltsort des Angekl. in der Wohnung fragen können, ohne allerdings die Zeugin über das Tatgeschehen zu befragen.“ (OLG Hamm aaO)

StPO	Urteilsgründe	StPO
§ 267 I 3	unzulässige Verweisung auf CD-Rom (BGH in NJW 2012, 244; Urteil vom 11.05.2011 – 2 StR 618/10)	

In der **Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium liegt keine wirksame Bezugnahme** i. S. von § 267 I 3 StPO.

„Nach [267 I 3 StPO] darf wegen der Einzelheiten auf (nur) „Abbildungen“ verwiesen werden, die sich bei den Akten befinden.

Abbildungen sind Wiedergaben der Außenwelt, die unmittelbar durch den **Gesichts- oder Tastsinn** wahrgenommen werden können (Meyer-Goßner, § 267 Rn 9; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 11 Rn 37). In seiner Sprachbedeutung als „**bildliches Darstellen**“ erfasst der Begriff vor allem **statische bildliche Wiedergaben wie Fotografien, gemalte Bilder, Zeichnungen, Skizzen, Landkarten, technische**

Diagramme, grafische Darstellungen und Statistiken. Ob sich der **Wortsinn** auch auf Filme oder Filmsequenzen erstreckt, die in einer kontinuierlichen Abfolge einer Vielzahl von visuellen Eindrücken den Ablauf eines Geschehens dokumentieren, mag bereits zweifelhaft erscheinen. Dagegen könnte auch sprechen, dass der Gesetzgeber § 11 III StGB, der bereits den Begriff der „Abbildungen“ enthielt, durch Art. 4 Nr. 1 LuKDg um den Begriff des „Datenspeichers“ erweitert hat, der auch CD-ROMs erfassen soll (vgl. BT-Dr 13/7385, S. 36). Selbst wenn man von dem Begriff – etwa im Kontext von § 184 StGB – grds. auch Filme umfasst sieht (Fischer, § 11 Rn 37), setzt eine Bezugnahme nach § 267 I 3 StPO aber voraus, dass diese selbst Aktenbestandteil geworden sind. Dies ist jedenfalls bei auf elektronischen Medien gespeicherten Bilddateien nicht der Fall. Bei diesen wird nicht der Film als solcher und damit das durch das menschliche Auge unmittelbar wahrnehmbare Geschehen Bestandteil der Akten, sondern es bedarf für die Wahrnehmung der Vermittlung durch das Speichermedium sowie weiterer technischer Hilfsmittel, die das Abspielen ermöglichen.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber mit § 267 I 3 StPO eine Öffnung für Bezugnahmen in den Urteilsgründen nur in „einer vorsichtigen, die Verständlichkeit des schriftlichen Urteils nicht beeinträchtigenden Form“ (BT-Dr 8/976, S. 55) ermöglichen wollte. **Bei Bezugnahmen auf Speichermedien mit – unter Umständen mehrstündigen – Videoaufnahmen wären die Urteilsgründe dagegen nicht mehr aus sich heraus verständlich.**“ (BGH aaO)

StPO
§§ 302 I 2, 257c, 273 Ia

**Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts
vorangegangene Verständigung**

StPO

(OLG Celle in NStZ-RR 2012, 20; Beschluss vom 27.09.2011 – 1 Ws 381/11)

Inwieweit die Regelung des § 302 I 2 StPO auf Verständigungen „praeter legem“ Anwendung findet, ist umstritten und derzeit obergerichtlich nicht entschieden (ausdrücklich offen gelassen in BGH NStZ 2011, 473).

- I. Der **BGH** hat die Rücknahme einer Revision, die am Tage der Verkündung gegen ein auf einer Verständigung beruhendes Urteil eingelegt wurde, binnen einer Stunde nach deren Einlegung für zulässig erachtet (BGHSt 55, 82 = NJW 2010, 2294 = NStZ 2010, 409). In den Entscheidungsgründen wird allerdings ausdrücklich betont, dass dies keine Umgehung der gesetzlichen Vorschriften sei, weil für den Angekl. bei Einlegung und anschließender Rücknahme eines Rechtsmittels eine andere Entscheidungssituation gegeben sei als bei einer in der Hauptverhandlung u.U. vorschnell abgegebenen Verzichtserklärung.
- II. **Vereinzelt wird vertreten**, dass die Regelung des § 302 I 2 StPO nur auf die Fälle einer Verständigung i.S. des § 257c StPO bzw. solche Verständigungen, die zumindest die „Essentialia“ der Verständigungsordnung wahren, beschränkt sei, um die Rechtsunsicherheit nicht unnötig zu beeinträchtigen. So seien schon zuvor Verständigungen, die nicht gesetzlichen bzw. höchstrichterlichen Anforderungen genügten, für insgesamt unbeachtlich gehalten worden (Bittmann wistra 2009, 414; ders. NStZ-RR 2011, 102).

*„Diese **Rechtsauffassung ist jedoch nur schwer mit der Entstehungsgeschichte der Norm des § 302 I 2 StPO in Einklang zu bringen**: Noch vor der gesetzlichen Regelung hatte der Gr. Senat für Strafsachen beim BGH (BGHSt 50, 40 = NJW 2005, 1440 = NStZ 2005, 389) entschieden, dass ein Rechtsmittelverzicht nach unzulässigen Urteilsabsprachen, die eben einen solchen Rechtsmittelverzicht zum Gegenstand haben, unwirksam ist, wenn der Angekl. zuvor nicht qualifiziert belehrt wurde. Nachdem im Gesetzgebungsverfahren diese qualifizierte Belehrung nach der Vorgabe des BGH als ausreichend erachtet wurde (Regierungsentwurf, BT-Dr. 16/12310; Bundesratsentwurf, BT-Dr. 16/4197), entschied sich der Gesetzgeber letztlich auf Empfehlung des Rechtsausschusses (BT-Dr. 16/13095) für die gänzliche Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts in der Form des § 302 I 2 StPO. Zweck dieser Regelung war eine Ausdehnung der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts auf alle Urteile, denen eine Verständigung vorausging, nicht hingegen eine Einschränkung gegenüber der früheren Rspr.“*

*Deswegen wird mit guter Begründung vertreten, dass die **Regelung des § 302 I 2 StPO erst recht auf solche Absprachen bzw. Verständigungen Anwendung finden muss, die den gesetzlichen Vorgaben des § 257c StPO nicht entsprechen und die es in dieser Form eigentlich gar nicht geben dürfte (so Kudlich, Gutachten zum 68. DJT, S. C 55f; Jahn/Müller NJW 2009, 2625 m. w. Nachw.)**.“ (OLG Celle aaO)*

StPO
§ 335

**Revision
Fortführung einer Berufung als Revision**

StPO

(OLG Oldenburg in NStZ 2012, 54; Beschluss vom 25.07.2011 – 1 Ss 122/11)

Nach Verwerfung einer der Annahme bedürftigen Berufung kann das ausdrücklich als Berufung bezeichnete Rechtsmittel auch dann nicht mehr als Revision fortgeführt werden, wenn der Übergang noch innerhalb der Revisionsbegründungsfrist erklärt wird.

*„Das LG hatte zu dem Zeitpunkt des Rechtsmittelwechsels bereits die Berufung des Angekl. nicht angenommen und sie als unzulässig verworfen. Diese **Entscheidung ist gem. § 322a S. 1 StPO unanfechtbar**. Ihre **Bindungswirkung** entfällt auch nicht deshalb, weil das BerGer. vor Ablauf der Revisionsbegründungsfrist, innerhalb derer der Angekl. einen Übergang von der Berufung zur Revision hätte erklären können, entschieden hat.“*

Zeitlich nach der mithin rechtsfehlerfrei erfolgten Nichtannahme und Verwerfung der Berufung war ein Wechsel zur Sprungrevision nicht mehr zulässig. Gem. § 335 StPO ist die Revision nur anstatt der Berufung, nicht aber zusätzlich zu dieser statthaft. Ein Urteil kann vom Angekl. nicht zugleich mit 2 verschiedenen Rechtsmitteln angefochten werden. Über das hier – allein – eingelegte Rechtsmittel der Berufung hat das LG abschließend entschieden. Damit ist das **Wahlrecht des Angekl. erloschen** (vgl. BayObLG StV 1994, 364; Tolksdorf, FS Salger, S. 405).

Der abweichenden Ansicht (vgl. SK-Frisch, § 335 Rn 28; Roxin/Schünemann, StrafverfahrensR, § 55 Rn 4 a.E.) vermag der Senat nicht zu folgen. Sie findet in dem zur Frage des für die Rechtsmitteleinlegung zuständigen Gerichts ergangenen Beschluss des BGH (BGHSt 40, 395) keine Stütze. Sie kann sich auch nicht darauf berufen, die Verwerfung der Berufung besage nur etwas über deren Unzulässigkeit, nehme dem Bf. aber nicht das Recht, das Rechtsmittel als Revision weiterbehandeln zu lassen (so aber SK-Frisch aaO). Denn ein „weiterzubehandelndes“ Rechtsmittel existiert nach dessen Verwerfung nicht mehr, weil nur ein Rechtsmittel eingelegt werden konnte.“ (OLG Oldenburg aaO)

Abgabenachricht
unselbstständige Verfahrenshandlung
 (BVerwG in DÖV 2012, 122; Urteil vom 23.08.2011 – 9 C 2.11)

Die in § 72 VwGO nicht vorgeschriebene **Abgabenachricht**, mit der die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, dem Widerspruchsführer mitteilt, dass sie seinem Widerspruch nicht abhilft, stellt eine **unselbstständige Verfahrenshandlung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens** und **keine Regelung i. S. des Verwaltungsaktsbegriffs** dar.

*„Ausdrücklich geregelt ist in § 72 VwGO nur die Abhilfeentscheidung. Mit ihr ändert die Ausgangsbehörde den angefochtenen Verwaltungsakt ganz oder teilweise ab und gestaltet damit das Verwaltungsrechtsverhältnis. Der Abhilfebescheid ist selbst Verwaltungsakt (vgl. statt vieler Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 72 Rn 14). Hält die Ausgangsbehörde den Widerspruch dagegen für nicht zulässig oder nicht begründet, so ist sie zur Vorlage des Widerspruchs an die Widerspruchsbehörde verpflichtet. Der Senat hat bereits ausgeführt, dass die in § 72 VwGO nicht vorgeschriebene Abgabenachricht eine **unselbstständige Verfahrenshandlung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens** und **keine Regelung i. S. des Verwaltungsaktsbegriffs** (des Bundesrechts) darstellt. Daran hält er fest. Dafür, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, ist ausschlaggebend, ob die Behörde nach dem **objektiven Sinngehalt ihrer Entscheidung**, d.h. wie sie der Empfänger bei objektiver Würdigung aller Umstände verstehen konnte, **Rechte des Betr. i. S. des Verwaltungsaktsbegriffs** „regelt“, d.h. begründet, ändert, aufhebt oder verbindlich feststellt oder die Begründung, Änderung, Aufhebung oder verbindliche Feststellung solcher Rechte verbindlich ablehnt (BVerwGE 80, 355). Die **Abgabenachricht enthält keine solche verbindliche Ablehnung**. Sie **erschöpft sich vielmehr in der Mitteilung der Ausgangsbehörde**, auch unter Berücksichtigung des Widerspruchsvorbringens **an ihrer Beurteilung der Recht- und Zweckmäßigkeit des Ausgangsbescheids festzuhalten** und den Widerspruch deshalb der Widerspruchsbehörde zur abschließenden Entscheidung weiterleiten zu wollen.*

Die an den Kl. gerichtete Nichtabhilfemitteilung hat keinen darüber hinausreichenden rechtlichen Gehalt. Der äußere Aufbau des Schreibens weist zwar mit seiner Unterscheidung in einen „Tenor“ und eine Begründung Ähnlichkeiten mit einem Verwaltungsakt auf. Es fehlt aber an einer Einzelfallregelung. Der „Tenor“ zu I beschränkt sich im Gegensatz zu dem „Tenor“ zu II, mit dem der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80 IV 1 VwGO ausdrücklich abgelehnt wird, auf die ausdrücklich als solche bezeichnete Mitteilung, dass dem Widerspruch nach eingehender Prüfung nicht abgeholfen werden könne.“ (BVerwG aaO)

Verwirkung des Klagerechts
nicht allein durch Zeitablauf
 (BayVGh in DÖV 2012, 123; Beschluss vom 02.09.2011 – 7 ZB 11.1033)

Allein der Zeitablauf führt nicht zur Verwirkung des Klagerechts. Wenn jedoch der Berechtigte sich verspätet auf das Recht beruft (Zeitmoment) und unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen zu werden pflegt (Umstandsmoment), kann dies zum **Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses** und damit zum **Verlust prozessualer Befugnisse** führen.

*„Selbst wenn das Umstandsmoment in den Hintergrund tritt, aber der Betreffende eine derart lange Zeit abgewartet hat, dass mit einem Tätigwerden der Behörde schlechthin nicht mehr zu rechnen war, kann von der **Verwirkung des Rechtsschutzinteresses** ausgegangen werden. Das BVerfG und das BVerwG betonen in diesem Zusammenhang, dass nicht nur ein schutzwürdiges Vertrauen der Gegenpartei auf das Untätigbleiben des Berechtigten, sondern auch das **öffentliche Interesse an der Wahrung des Rechtsfriedens** es rechtfertigen können, die Anrufung eines Gerichts nach langer Zeit als unzulässig anzusehen.“ (BayVGh aaO)*

vereinfachtes Berufungsverfahren
zulässiger Verzicht auf erneute Beweisaufnahme
 (BVerwG in DÖV 2012, 123; Beschluss vom 07.09.2011 – 9 B 61.11)

Ein **Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme** (§ 96 VwGO) **liegt nicht vor, wenn das Berufungsgericht im vereinfachten Berufungsverfahren** gem. § 130a VwGO **ohne erneute Beweiserhebung** auf der Grundlage der Zeugenaussagen der erstinstanzlichen Beweisaufnahme die **Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz lediglich in rechtlicher Hinsicht anders beurteilt** und deswegen im Ergebnis abweichend von der Vorinstanz entscheidet.

*„Eine in der Vorinstanz durchgeführte **Beweisaufnahme braucht vom Rechtsmittelgericht grds. nicht wiederholt zu werden**. Namentlich für den Zeugenbeweis folgt aus § 98 VwGO i.V.m. § 398 I ZPO, wonach die **erneute Zeugenvernehmung im Ermessen des Gerichts** steht, dass ein bereits in der ersten Instanz gehörter Zeuge nicht stets in der Berufungsinstanz erneut zu vernehmen ist. Das Berufungsgericht darf seine Entscheidung vielmehr grds. ohne erneute Vernehmung auf das Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme stützen (vgl. Eyer mann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 96 Rn 8). **Zur erneuten Beweisaufnahme verpflichtet** ist das Berufungsgericht dagegen, **wenn es an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen der Vorinstanz zweifelt**, insbes. wenn es die **Glaubwürdigkeit eines Zeugen abweichend vom Erstrichter beurteilen will** (vgl. BVerfG NJW 2005, 1487).*

*Das ist hier nicht der Fall: Der Verwaltungsgerichtshof hat weder die Richtigkeit noch die Vollständigkeit der Feststellungen des Verwaltungsgerichts noch die Glaubwürdigkeit der Zeugen angezweifelt, sondern ist von der im erstinstanzlichen Urteil niedergelegten Tatsachengrundlage ausgegangen, namentlich von den vom Verwaltungsgericht im Ortstermin protokollierten Feststellungen und Bekundungen sowie von den Aussagen der in der mündlichen Verhandlung vernommenen (sachverständigen) Zeugen. Der Verwaltungsgerichtshof hat aber dahin erkannt, dass diese Tatsachenfeststellungen nicht die vom Verwaltungsgericht gezogene rechtliche Schlussfolgerung tragen. Er hat **bei gleicher Tatsachengrundlage diese lediglich rechtlich anders beurteilt**.“ (BVerwG aaO)*

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BGB
§§ 307 I 2, 612 I

Überstundenpauschalabgeltungsklausel AGB-Kontrolle

BGB

(BAG in BRAK-Mitt. 2012, 42; Urteil vom 17.08.2011 – 5 AZR 406/10)

Fall: Die Parteien streiten über die Vergütung von Überstunden. Der Kl. war seit dem 16.10.2006 bei der Bekl. als Rechtsanwalt beschäftigt. Im Arbeitsvertrag heißt es u. a.:

„§ 1. Tätigkeit. (1) Der Mitarbeiter wird als Rechtsanwalt eingestellt. Sein Arbeitsgebiet umfasst alle damit verbundenen Tätigkeiten.

(2) Der Mitarbeiter verpflichtet sich, die Tätigkeit gewissenhaft und nach bestem Vermögen zu erfüllen, die Interessen des Arbeitgebers zu wahren und seine ganze Arbeitskraft ausschließlich der vereinbarten Tätigkeit zu widmen. Nebenbeschäftigungen, gleich welcher Art, bedürfen der Genehmigung seitens des Arbeitgebers. (...)

§ 3. Vergütung. (1) Der Mitarbeiter erhält für die vertragliche Tätigkeit ein monatliches Bruttogehalt in Höhe von 5833,33 Euro. Die Vergütung ist jeweils am Letzten eines Monats fällig und wird auf ein von dem Mitarbeiter noch zu benennendes Bankkonto überwiesen. (...)

(3) Durch die zu zahlende Bruttovergütung ist eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten.

§ 4. Arbeitszeit. (1) Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt 40 Stunden wöchentlich.

(2) Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen richten sich nach den Bürozeiten, die derzeit von 8.30 bis 19 Uhr sind.“

Mit Schreiben vom 03.08.2006 hatte die Bekl. dem Kl. auf dessen Anfrage Folgendes bestätigt:

„Anlässlich unserer gemeinsamen Besprechungen hatten wir uns darauf verständigt, dass die Partner jeweils nach Ablauf eines Geschäftsjahres prüfen werden, ob sie Ihnen neben der vereinbarten Vergütung einen Bonus gewähren wollen. Ein solcher Bonus steht allerdings dem Grunde und der Höhe nach im alleinigen freien Ermessen der Partner. Ein Anspruch hierauf besteht daher grundsätzlich nicht.

Ferner ist es unser gemeinsames Verständnis, dass die Partner nach etwa einem bis anderthalb Jahren mit Ihnen Gespräche darüber aufnehmen werden, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt Ihnen eine Partnerschaft in Aussicht gestellt werden kann.“

Ab März 2007 erhielt der Kl. ein Jahresgehalt in Höhe von 80.000 € brutto. Ende März 2008 gewährte ihm die Bekl. für das Jahr 2007 einen Bonus in Höhe von 8.000 € brutto. In einem Personalgespräch am 30.09.2008 teilte die Bekl. dem Kl. mit, eine Aufnahme als Partner komme nicht in Betracht und kündigte sodann das Arbeitsverhältnis.

Mit einer im Kündigungsschutzprozess eingereichten Klageerweiterung hat der Kl. zuletzt noch eine Überstundenvergütung in Höhe von 40.000,00 € brutto gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, § 3 III des Arbeitsvertrags sei jedenfalls nach § 307 BGB unwirksam.

I. Ein Anspruch des Kl. auf Vergütung der unstrittig von ihm geleisteten Überstunden ist nicht durch **§ 3 III des Arbeitsvertrags** ausgeschlossen, denn diese Klausel ist **nach Maßgabe des § 307 I 2 BGB unwirksam**.

1. Bei § 3 III des Arbeitsvertrags handelt es sich um eine **Allgemeine Geschäftsbedingung** (§ 305 I 1 und 2 BGB). Dafür begründet auch das **äußere Erscheinungsbild** eine **tatsächliche Vermutung** (vgl. BAGE 117, 155 = NZA 2006, 746; BAGE 128, 73 = NZA 2009, 154).

2. Die in § 3 III des Arbeitsvertrags geregelte Pauschalabgeltung von Überstunden ist **mangels hinreichender Transparenz** unwirksam.

a) Unbeschadet der Frage, ob eine Regelung wie die streitbefangene die Hauptleistungspflichten der Parteien betrifft, unterliegt sie jedenfalls gem. § 307 III 2 BGB der **Transparenzkontrolle** nach § 307 I 2 BGB.

Danach kann sich die zur Unwirksamkeit einer AGB führende unangemessene Benachteiligung aus der **mangelnden Klarheit und Verständlichkeit der Bedingung** ergeben. Dieses Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein. Es müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Der Vertragspartner des Klauselverwenders soll ohne fremde Hilfe Gewissheit über den Inhalt der vertraglichen Rechte und Pflichten erlangen können und nicht von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten werden. Eine Klausel muss im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich umschreiben. Sie **verletzt das Bestimmtheitsgebot**, wenn sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält (BAGE 115, 372 = NZA 2006, 324; BGHZ 165, 12 = NJW 2006, 996).

b) Eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbrin-

gen muss (BAG NZA 2011, 575 = NJW 2011, 1837; BAG NZA 2011, 917 = DB 2011, 1639, jew. m. w. Nachw.; vgl. auch ErfK/Preis, 11. Aufl., §§ 305–310 BGB Rn 91; HWK/Gotthardt, 4. Aufl., Anh. §§ 305–310 BGB Rn 39).

3. **§ 3 III des Arbeitsvertrags ist nicht klar und verständlich.**

„Diese Klausel soll etwaig notwendig werdende Arbeitsstunden erfassen, die die vereinbarten 40 Wochenstunden überschreiten. Deren Umfang ist im Arbeitsvertrag ebenso wenig bestimmt wie die Voraussetzungen, unter denen Überstunden „etwaig notwendig“ sein sollen. Insbes. lässt sich weder der Klausel selbst noch den arbeitsvertraglichen Bestimmungen i. Ü. eine Begrenzung auf die nach § 3 ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit (zu einer solchen Auslegungsmöglichkeit BAGE 116, 66 = NJW 2006, 795 = NZA 2006, 149) entnehmen.

Aus dem **Wortlaut** des § 3 III ergibt sich eine derartige Beschränkung jedenfalls nicht. Die Verwendung des Begriffs „Mehrarbeit“ deutet im Gegenteil darauf hin, dass auch eine **Überschreitung der gesetzlichen Arbeitszeit von der Klausel erfasst** sein soll (zum Verständnis der im Arbeitszeitgesetz nicht verwendeten Begriffe Über- und Mehrarbeit s. ErfK/Preis, § 611 BGB Rn 486; HWK/Thüsing, § 611 BGB Rn 134). Zudem haben die Parteien die Klausel übereinstimmend nicht mit einer Beschränkung auf die nach § 3 ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit verstanden.

Selbst wenn man der Auffassung der Bekl. folgte, § 3 III des Arbeitsvertrags könne dahingehend ausgelegt werden, mit der vereinbarten Vergütung sollten (nur) bis zu acht Überstunden wöchentlich abgegolten sein, bliebe die Klausel intransparent: Sie enthielte vermeidbare Unklarheiten und Spielräume. Die **Auslegungsbedürftigkeit einer AGB führt zwar nicht gleichsam automatisch zu deren Intransparenz** (vgl. ErfK/Preis §§ 305–310 BGB Rn 44; Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im ArbeitsR, 3. Aufl., § 307 BGB Rn 157, jew. m. w. Nachw.). Lässt sich aber eine Klausel unschwer so formulieren, dass das Gewollte klar zu erkennen ist, führt eine Formulierung, bei der das Gewollte allenfalls durch eine umfassende Auslegung ermittelbar ist, zu **vermeidbaren Unklarheiten**. Wäre eine Einschränkung des Umfangs der Abgeltungsklausel auf bis zu acht Stunden wöchentlich gewollt gewesen, so hätte die Bekl. das unschwer im Klauseltext durch die Aufnahme dieser Zahl oder zumindest mit einem ausdrücklichen Hinweis auf das Arbeitszeitgesetz und eine danach zulässige wöchentliche Höchstarbeitszeit formulieren können.“ (BAG aaO)

II. Anspruchsgrundlage für die Zahlung der geforderten Überstundenvergütung könnte **§ 612 I BGB** sein.

1. Nach § 612 I BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die **Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten** ist.

„Jedenfalls [fehlt es] an der weiteren Voraussetzung des § 612 I BGB, dass die Leistung der streitgegenständlichen Überstunden den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.

Die nach § 612 I BGB erforderliche – **objektive – Vergütungserwartung** wird zwar in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein. Einen **allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es jedoch gerade bei Diensten höherer Art nicht** (ErfK/Preis, § 612 BGB Rn 18; HWK/Thüsing, § 612 BGB Rn 23, jew. m. w. Nachw.; vgl. auch – zu leitenden Angestellten – BAGE 19, 126 = NJW 1967, 413 und – zu Chefärzten – BAGE 38, 194 = NJW 1982, 2139). Die Vergütungserwartung ist deshalb stets anhand eines objektiven Maßstabs unter **Berücksichtigung der Verkehrssitte**, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme (BAGE 96, 45 = NZA 2001, 458). Sie kann sich insbes. daraus ergeben, dass im betreffenden Wirtschaftsbereich Tarifverträge gelten, die für vergleichbare Arbeiten eine Vergütung von Überstunden vorsehen. Darlegungs- und beweispflichtig für das Bestehen einer Vergütungserwartung ist nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der eine Vergütung begehrt.

Aus dem Sachvortrag des Kl. lässt sich das Bestehen einer Vergütungserwartung nicht begründen (wird ausgeführt).“ (BAG aaO)

2. Eine Vergütungspflicht der Bekl. für die vom Kl. geleisteten Überstunden ergibt sich auch nicht aus einer **entsprechenden Anwendung des § 612 I BGB** nach den Grundsätzen der von der Rspr. entwickelten **Rechtsfigur der fehlgeschlagenen – subjektiven – Vergütungserwartung**.

Danach wird ein (nachträglicher) Vergütungsanspruch bejaht, wenn die dem durch die Dienstleistungen Begünstigten erkennbare Erwartung des die Dienste Leistenden bestand, durch eine in Zukunft erfolgende Übertragung eines Vermögens oder Vermögensbestandteils würden die in der Vergangenheit geleisteten Dienste abgegolten werden, sofern für die geleisteten Dienste entweder keine oder doch nur eine deutlich unterwertige Bezahlung erfolgte und ein **unmittelbarer Zusammenhang zwischen der unterwertigen oder fehlenden Zahlung und der Erwartung** bestand (BAG NJW 1966, 2426; vgl. auch ErfK/Preis, § 612 BGB Rn 21 ff.; Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, Fachanwaltskomm. ArbeitsR, 4. Aufl., § 612 BGB Rn 16 ff. jew. m. w. Nachw.).

„Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor: Wenn der Kl. in der Hoffnung, seine Aufnahme in die Partnerschaft zu befördern, Überstunden leistete, handelte er gleichsam auf eigenes Risiko. Die Bekl. hat zwar mit der Klausel des § 3 III des Arbeitsvertrags ihre Erwartung zum Ausdruck gebracht, der Kl. werde bei Bedarf „kostenlos“ Überstunden leisten. Sie **hat dafür aber nicht die Aufnahme in die Partnerschaft als sicher oder auch nur wahrscheinlich hingestellt**. In ihrem Schreiben vom 03.08.2006 ist nur von der Aufnahme von Gesprächen der Parteien darüber die Rede, ob und ggf. wann dem Kl. eine Partnerschaft in Aussicht gestellt werden könnte. Dass die Bekl. davon unabhängig zumindest die Aufnahme in die Partnerschaft mit der Leistung von Überstunden verknüpft hätte, etwa indem sie solche vom Kl. unter Hinweis auf die von ihm angestrebte Partnerschaft verlangte oder eine Aufnahme in die Partnerschaft bei der Nichtleistung von Überstunden als gefährdet darstellte, kann dem Sachvortrag des Kl. nicht entnommen werden.“ (BAG aaO)

„Der Hess. VGH hatte bereits (NVwZ-RR 2009, 902) vor der Änderung des § 11 VI durch das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 30.07.2009 (BGBl. I S. 2449) dahingehend erkannt, dass aufgrund der (damaligen) gesetzlichen Fassung Anträge und Erklärungen im Festsetzungsverfahren und in einem eventuell nachfolgenden Erinnerungs- bzw. Beschwerdeverfahren gem. § 11 VI 1 RVG zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben oder schriftlich ohne Mitwirkung eines Rechtsanwalts eingereicht werden konnten. Durch die **Neufassung des § 11 VI RVG** wird mit Wirkung zum 05.08.2009 nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass in Streitwert- und Kostenbeschwerden bzw. entsprechenden Erinnerungen auch dann kein Anwalts- und Vertretungszwang besteht, wenn dies im zugrunde liegenden Hauptsachverfahren der Fall war (vgl. Hess. VGH NVwZ 2009, 1445).“ (VGH Kassel aaO)

RVG
§ 32 II 1

Streitwert
unzulässige Klageerweiterung
(OVG Hamburg in NVwZ-RR 2012, 46; Beschluss vom 05.10.2011 – 4 So 79/11)

RVG

Bei der Streitwertbemessung bleibt ein Streitgegenstand, der durch eine unzulässige Klageerweiterung in das Verfahren eingeführt worden ist, außer Betracht.

„In diesem Fall trifft das Gericht **keine Entscheidung über den zusätzlich eingeführten Streitgegenstand**, sondern es befindet lediglich über die (Un-) Zulässigkeit der diesbzgl. Klageänderung. Dementsprechend **entfällt die Rechtshängigkeit des im Wege der Klageänderung neu in den Rechtsstreit eingeführten Streitgegenstandes rückwirkend** mit der gerichtlichen Entscheidung über die Unzulässigkeit der Klageänderung (Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn 16; Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 92 Rn 39) und er **kann anderweitig rechtshängig gemacht werden** (vgl. § 90 I VwGO, § 261 III Nr. 1 ZPO). Ist der im Wege der Klageerweiterung in den Rechtsstreit eingeführte weitere Streitgegenstand danach nicht Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung und darf sich das Gericht demnach mit diesem Streitgegenstand – von der Beurteilung der (Un-) Zulässigkeit der Klageänderung abgesehen – auch gar nicht befassen, **nimmt er nicht an dem von dem Gericht zu entscheidenden „Streit“ teil**, nach dessen „Wert“ sich die Gerichts- (§ 3 I GKG) und Rechtsanwaltsgebühren (§ 32 I RVG) richten.

Dafür, dass sich bei einer unzulässigen Klageerweiterung der erweiternde Gegenstand nicht streitwerterhöhend auswirkt, spricht auch der **rechtsvergleichende Blick auf die gerichtskostenrechtliche Behandlung von Haupt- und Hilfsanträgen**. Gem. § 45 I 2 GKG wird ein hilfsweise geltend gemachter Anspruch mit dem Hauptanspruch nur zusammengerechnet, soweit eine Entscheidung über ihn ergeht. Ein Hilfsantrag, über den das Gericht nicht entscheidet, weil die (innerprozessuale) Bedingung der Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Hauptantrages nicht eintritt, und dessen Rechtshängigkeit wie im Fall der unzulässigen Klageänderung rückwirkend mit der Stattgabe der Klage/des Antrags entfällt (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 44 Rn 1), wirkt sich danach nicht streitwerterhöhend aus. Wertungsmäßig nicht anders ist der vorliegende Fall einer unzulässigen Klageänderung zu beurteilen, bei der die (gesetzliche) „Bedingung“ dafür, dass das Gericht über den geänderten Gegenstand befinden darf, nicht erfüllt wird, weil die übrigen Bet. in die nachträglich geänderte Klage nicht einwilligen und die Klageänderung auch nicht sachdienlich ist (§ 91 I VwGO).“ (OVG Hamburg aaO)

VV RVG
Vorbem. 3 III Alt. 3

Prozess-/Verfahrenskostenhilfe
Anspruch des beigeordneten Rechtsanwalts auf fiktive Reisekosten
(OLG München in NJOZ 2012, 211; Beschluss vom 23.05.2011 – 11 WF 911/11)

RVG

Ein **auswärtiger Rechtsanwalt**, der im Rahmen der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe „zu den Bedingungen eines in dem Bezirk des Verfahrensgerichts niedergelassenen Rechtsanwalts“ beigeordnet wird, **hat Anspruch auf Erstattung der fiktiven Reisekosten** zwischen dem Prozessgericht und dem am weitesten entfernten Ort des Gerichtsbezirks.

„Einigkeit [besteht] darüber, dass notwendige Reisekosten des Rechtsanwalts aus dem Gerichtsbezirk in jedem Fall zu erstatten sind (Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, § 46 Rn 26 b).

Die Auffassung der Staatskasse, dass bei einer einschränkenden Beordnung keinerlei Anspruch auf Reisekosten des beigeordneten Rechtsanwalts bestehe, ist so nicht zutreffend und kann nicht auf die Senatsentscheidung vom 25.09.2000 (11 WF 1174/00 = BeckRS 2000 30471090) gestützt werden, da diese Entscheidung zu der vor Inkrafttreten des RVG gültigen Fassung von § 121 III ZPO ergangen ist. Die **aktuelle Fassung** ist mit der Formulierung „im Bezirk zugelassen“ **weitergehend als die frühere** „am Gericht zugelassene“. Reisekosten zur Wahrnehmung eines gerichtlichen Termins sind immer notwendige Kosten der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung. Im Falle der Beauftragung eines Rechtsanwalts am Wohnort der Partei ist deshalb bei beschränkt angeordneter Verfahrenskostenhilfe trotzdem zumindest ein Anspruch auf Erstattung der fiktiven Reisekosten zwischen Prozessgericht und dem am weitesten entfernten Ort des Gerichtsbezirks anzuerkennen (so auch Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, § 46 Rn 26 a, und OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2009, 26048).“ (OLG München aaO)

VV RVG
Vorbem. 3 III Alt. 3

Terminsgebühr
mündl. Verhandlung auf Antrag einer Partei
(BGH in FamRZ 2012, 110; Beschluss vom 02.11.2011 – XII ZB 458/10)

RVG

Die in Vorbem. 3 III Alt. 3 VV RVG vorgesehene **Terminsgebühr** kann auch in solchen Verfahren anfallen, in denen eine **mündliche Verhandlung für den Fall vorgeschrieben ist, dass eine Partei sie beantragt**.

„**Anders als im Beschlussverfahren** nach § 522 II ZPO (Zurückweisung der Berufung) und anders als im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde **hätten die Parteien im vorliegenden Verfahren eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung verhindern können** (vgl. dazu BGH NJW 2007, 2644). Das Verfahren ist insoweit **vergleichbar mit dem Mahnverfahren bzw. dem vereinfachten Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger**, für die der Gesetzgeber die **Terminsgebühr ausdrücklich vorgesehen hat**. Denn die Parteien haben es über den Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens (§ 696 I ZPO bzw. § 255 I FamFG) auch dort in der Hand, eine mündliche Verhandlung zu erzwingen.“ (BGH aaO)

GKG
§ 63 II

**Streitwertfestsetzung
erst nach Entstehung von Gerichtsgebühren**

GKG

(OLG Düsseldorf in NJOZ 2012, 262; Beschluss vom 27.09.2011 – 24 W 56/11)

Eine **Streitwertfestsetzung** ist **grds. erst nach der Entstehung von Gerichtsgebühren** geboten, also nicht bereits im Prozesskostenhilfe-Verfahren.

*„Denn gem. § 63 II GKG setzt das Prozessgericht den Wert „für die zu erhebenden Gebühren“ durch Beschluss fest, sobald eine Entscheidung über den gesamten Streitgegenstand ergeht oder sich das Verfahren anderweitig erledigt. In Verfahren, in denen – wie im Verfahren zur Bewilligung von Prozesskostenhilfe – Gerichtsgebühren nicht zu erheben sind, wird der Streitwert nicht festgesetzt (vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2010, 2098; Schneider/Herget, Streitwertkomm., 13. Aufl., Rn 98). Der bloße **Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe leitet kein mit Gerichtsgebühren belastetes Verfahren ein**. In einem Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren **fallen keine Gerichtsgebühren an** (Schneider/Herget, Rn 4492). In diesen Fällen kann der Rechtsanwalt die **Wertfestsetzung gem. § 33 I RVG aus eigenem Recht beantragen** (OLG Brandenburg FamRZ 2010, 2098).“* (OLG Düsseldorf aaO)

GKG
§§ 44, 68 I 1

**Streitwertfestsetzung
Stufenklage**

GKG

(OLG Düsseldorf in NJOZ 2012, 263; Beschluss vom 20.09.2011 – 24 W 83/11)

Im Rahmen einer **Stufenklage** ist der **Wert des Leistungsanspruchs als des höchsten Einzelanspruchs** auch dann **maßgebend**, wenn der Leistungsantrag nicht mehr beziffert wird.

*„Nach § 44 GKG **bemisst sich der Gesamtstreitwert bei einer Stufenklage nach dem höchsten Wert der verbundenen Ansprüche**. Dies ist im Streitfall der noch nicht bezifferte Leistungsanspruch.*

*Allerdings vertritt der Bekl. die Ansicht, auf Grund der Erledigung des Verfahrens durch die Erledigungserklärungen der Parteien nach Erlass des Teil-Anerkenntnisurteils, mit dem der Bekl. zur Erteilung von Auskunft verurteilt wurde, sei für die Streitwertberechnung allein auf den Auskunftsanspruch abzustellen. Dem folgt der Senat jedoch nicht. Vielmehr geht der Senat mit der h. M. davon aus, dass der Wert des Leistungsanspruchs als des höchsten Einzelanspruchs i. S. des § 44 GKG auch dann maßgeblich ist, wenn der Leistungsantrag nicht mehr beziffert wird (vgl. OLG Saarbrücken AGS 2011, 91 m. w. Nachw. zum Meinungsstand; OLG Karlsruhe ZEV 2009, 40; OLG Brandenburg AGS 2009, 134; KG FamRZ 2007, 69; Schneider/Herget, Streitwertkomm., 13. Aufl., Rn 5055; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 3 Rn 16 „Stufenklage“). **Denn mit der Erhebung der Stufenklage wird die sofortige Rechtshängigkeit auch des Hauptanspruchs begründet** (BGH NJW-RR 1995, 513). Folgerichtig beeinflusst er bereits von Beginn des Verfahrens an den Wert des Begehrens der klagenden Partei (vgl. KG FamRZ 2007, 69). Es ist jedoch nicht erkennbar, auf welcher prozess- oder kostenrechtlichen Grundlage der rechtshängig gewordene Zahlungsantrag seine Bedeutung für den Streitwert verlieren sollte. Das Ergebnis der Auskunft vermag das nach allgemeinen Grundsätzen für den Zeitpunkt der Klageeinreichung zu ermittelnde Interesse des Kl. nicht mit Rückwirkung zu beseitigen oder zu verringern (OLG Saarbrücken AGS 2011, 91).“* (OLG Düsseldorf aaO)

Aus der Praxis

BRAO
§ 14 II Nr. 5

Anwaltszulassung
zulässiger Widerruf bei Beamtenernennung
(BGH in AnwBI 2012, 195; Beschluss vom 10.10.2011 – AnwZ (B) 10/10)

RA/Nt

Die Regelung des **§ 14 II Nr. 5 BRAO**, nach der die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu widerrufen ist, wenn ein Rechtsanwalt zum Beamten auf Lebenszeit (hier: Fachhochschullehrer) berufen wird und auf die Rechte aus dieser Zulassung nicht verzichtet, **verstößt weder gegen höherrangiges deutsches Recht noch gegen primäres oder sekundäres Recht der EU**.

- I. Wie der BGH - vom Bundesverfassungsgericht bestätigt - vielfach ausgeführt hat, verletzt der in § 14 II Nr. 5 BRAO vorgesehene Widerruf der Anwaltszulassung bei Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit nicht die in **Art. 12 I GG** verfassungsrechtlich geschützte Freiheit der Berufungswahl (st. Rspr.; vgl. etwa BGHZ 92, 1; BGH NJW 1995, 125; BGH BRAK-Mitt. 1995, 214; BGH NJW-RR 2001, 1642).

Zwar ist ein **Eingriff in dieses Grundrecht**, das auch das Recht umfasst, mehrere Berufe zu wählen und nebeneinander auszuüben (BVerfGE 87, 287), **nur zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts und nur unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig** (BVerfGE 97, 12; BVerfG NJW 2007, 2317). Jedoch lässt Art. 12 I GG dem Gesetzgeber Spielraum, Berufsbilder durch generalisierende Inkompatibilitätsvorschriften zu normieren (BVerfG JZ 1984, 1042; BVerfG NJW 1988, 2525; BVerfGE 75, 246). Der Gesetzgeber überschreitet danach die verfassungsrechtlichen Grenzen nicht, wenn er den beamteten Professor im **Interesse des Gemeinwohls auf die unparteiische Wahrnehmung der Aufgaben in Forschung und Lehre** verpflichtet, während er den Beruf des Rechtsanwalts als einen vom Staat grds. unabhängigen, freien Beruf ausgestaltet.

1. **§ 14 II Nr. 5 BRAO ist Teil eines gesetzlichen Normensystems, das die Vereinbarkeit zweiberuflicher Tätigkeiten mit dem Anwaltsberuf regelt.**

Dabei betreffen die Vorschriften der § 14 II Nr. 5 und Nr. 8 BRAO den Zulassungswiderruf bei der Begründung eines beamtenrechtlichen oder diesem vergleichbaren Dienstverhältnisses (Nr. 5) und bei der Aufnahme eines sonstigen Zweitberufs, der mit dem Berufsbild des Anwalts, insbesondere dessen Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege, unvereinbar ist (Nr. 8). Ergänzt werden diese Vorschriften durch die mit ihnen korrespondierenden Zulassungsversagungsgründe in § 7 Nr. 8 und Nr. 10 BRAO sowie durch die Vorschrift des § 47 BRAO, die bei einer nur vorübergehenden Tätigkeit des Rechtsanwalts im öffentlichen Dienst keinen Zulassungswiderruf vorschreibt, sondern ein Berufsausübungsverbot mit der Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung genügen lässt.

Diese Vorschriften zielen im **Interesse einer funktionierenden Rechtspflege** darauf ab, das Erscheinungsbild einer **von staatlichen Einflüssen freien Advokatur** (vgl. §§ 1, 3 I, § 43a I BRAO) zu schützen, indem die **beruflichen Sphären der Anwaltschaft und des öffentlichen Dienstes deutlich voneinander getrennt** werden (BVerfG NJW 2009, 3710).

„Zur Erreichung dieses legitimen gesetzgeberischen Ziels sind die Mittel der Standesaufsicht nicht gleichermaßen geeignet, weil sie Abhängigkeitsverhältnisse nicht zuverlässig ausschließen können oder jedenfalls in den Augen der Öffentlichkeit nicht gleich wirksam sind (BVerfGE 87, 287; BGHZ 175, 316). Da die Beschränkung der Berufswahlfreiheit dem Betroffenen jedoch nur zumutbar ist, wenn der Grundsatz von Unvereinbarkeit von öffentlichem Dienst und Anwaltsberuf nicht starr gehandhabt wird, ist eine differenzierte Bewertung erforderlich, die der Vielgestaltigkeit des breit gefächerten öffentlichen Dienstes gerecht wird (BGH NJW-RR 2008, 793).“ (BGH aaO)

2. Von diesen Grundsätzen geht auch der Gesetzgeber aus, denn er hat unterschiedliche Regelungen für Beamte (§ 14 II Nr. 5, § 7 Nr. 10) und sonstige Angehörige des öffentlichen Dienstes (§ 14 II Nr. 8, § 7 Nr. 8) getroffen und zudem an eine vorübergehende Beschäftigung im öffentlichen Dienst (§ 47 BRAO) andere Rechtsfolgen als an eine dauerhafte Tätigkeit für einen öffentlichen Dienstherrn geknüpft. Durch dieses **abgestufte Regelungskonzept** hat er anerkannt, dass nicht jede Tätigkeit im öffentlichen Dienst mit dem Anwaltsberuf unvereinbar ist.

Dass er dabei dem Umstand besonderes Gewicht beigemessen hat, dass der **Beamtenstatus mit besonderen Dienstpflichten verbunden** ist, die für andere Beschäftigte im öffentlichen Dienst, etwa für Angestellte, nicht in gleicher Weise und nicht im gleichen Umfang gelten (vgl. etwa BGH BRAK-Mitt. 1991, 165), hält sich innerhalb der vom **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** gezogenen Grenzen.

„Denn anders als bei der Tätigkeit eines Angestellten im öffentlichen Dienst, bei der die Vereinbarkeit mit dem Anwaltsberuf maßgeblich vom Inhalt des jeweiligen Anstellungsverhältnisses abhängt, ist eine Beamten-tätigkeit schon allein im Hinblick auf das zu seinem Dienstherrn bestehende öffentliche Dienst- und Treueverhältnis, das ihm besondere Pflichten auferlegt, mit dem Berufsbild des Anwalts nicht in Einklang zu bringen (BGH NJW-RR 1995, 888). Der Anwaltsberuf wird durch die innere und äußere Unabhängigkeit des Rechtsanwalts geprägt; das Beamtenverhältnis ist dagegen durch die enge Bindung zwischen Beamten und Staat gekennzeichnet, die in zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen zum Ausdruck kommt (vgl. BGH NJW-RR 2009, 1576 m. w. Nachw.; vgl. auch EGMR NJW 2007, 3049). Zu den wesentlichen Merkmalen eines Beamtenverhältnisses gehören in aller Regel auch Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit. Angesichts der Besonderheiten des Status eines auf Lebenszeit ernannten Staatsbeamten ist es zur Sicherung des wichtigen Gemeinwohlbelangs einer funktionierenden, von staatlicher Kontrolle und Bevormundung geschützter Rechtspflege gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber in den Fällen des § 14 II Nr. 5 BRAO allein diesen Status zum Anlass für einen zwingenden Widerruf der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft genommen hat (vgl. BVerfG NJW 2007, 2317).“ (BGH aaO)

3. Auch der Umstand, dass beamtete Hochschullehrer nicht von dem Widerruf nach § 14 II Nr. 5 BRAO oder der Zulassungsversagung nach § 7 Nr. 10 BRAO ausgenommen sind, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Art. 12 I GG gebietet es nicht, das Berufsbild des **unabhängigen und freien Anwalts** zugunsten beamteter Hochschullehrer generell zu durchbrechen (BVerfG JZ 1984, 1042; BVerfG NJW 1988, 2535).

*„Soweit hiergegen teilweise eingewandt wird, Hochschullehrer könnten schon wegen der in Art. 5 III GG **garantierten Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre** nicht mit den für andere Beamten geltenden Maßstäben gemessen werden, trifft dies nicht das Anliegen des Widerrufsgrunds nach § 14 II Nr. 5 BRAO. Auch wenn Hochschullehrer in ihrem Aufgabenbereich weitgehend von Weisungen und von der Einhaltung von Dienststunden freigestellt sind, ändert das nichts daran, dass ihnen allein aufgrund ihrer Stellung als **Lebenszeitbeamte** sowohl allgemeine als auch **besondere Dienstpflichten** obliegen, die sich nicht wesentlich von den Dienstpflichten sonstiger im aktiven Dienst stehender Beamter auf Lebenszeit unterscheiden. Von ihren Dienstpflichten (etwa Verpflichtung zur Lehre und Forschung, Abnahme von Prüfungen, Mitwirkung an der Hochschulverwaltung) können sich beamtete Hochschullehrer nicht unter Berufung auf Art. 5 III GG lösen. Dieses **Grundrecht kommt nicht ihnen persönlich, sondern nur der Hochschule selbst zu**. Dass gerade die durch besondere Dienstpflichten begründete enge Verbindung zwischen Staat und Beamten - und nicht die **Weisungsgebundenheit und Abhängigkeit** als solche - den entscheidenden Grund für den Widerrufstatbestand des § 14 II Nr. 5 BRAO bildet, zeigt sich u. a. daran, dass dieser Widerrufsgrund auch für Berufsgruppen gilt, die trotz **besonderer Treuepflichten gegenüber dem Staat** ihre berufliche Tätigkeit frei von Abhängigkeiten und Weisungen ausüben, wie dies etwa bei Richtern (Art. 97 I GG) oder bei Mitgliedern der Rechnungshöfe der Fall ist.*

Den Besonderheiten der rechtlichen Stellung von Hochschullehrern wird vom Gesetzgeber ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass ihnen in verschiedenen Verfahrensordnungen das Recht eingeräumt worden ist, auch ohne Anwaltszulassung als Prozessbevollmächtigte oder Verteidiger aufzutreten (vgl. BGH BGHR 2004, 71).“ (BGH aaO)

- II. Die Widerrufsregelung in § 14 II Nr. 5 BRAO steht auch mit dem **Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I GG** in Einklang.

1. Dass § 14 II Nr. 5 BRAO bei Hochschullehrern, die zu Beamten auf Lebenszeit berufen worden sind, zwingend den Widerruf der Anwaltszulassung vorschreibt, während bei angestellten Hochschullehrern gem. § 1 II Nr. 8 BRAO ein Widerruf nur erfolgt, wenn im konkreten Einzelfall die Ausübung der Lehrtätigkeit mit dem Anwaltsberuf unvereinbar ist, stellt **keine sachlich ungerechtfertigte Gleichbehandlung** dar.

*„Denn der **beamtenrechtliche Status begründet eine enge Bindung an den Staat**, die im **direkten Widerspruch zum Berufsbild eines freien und unabhängigen Rechtsanwalts** steht (st. Rspr.). Ebenso wenig ist die unterschiedliche Behandlung von Rechtsanwälten gegenüber Steuerberatern (§ 57 III Nr. 4 StBerG) und Wirtschaftsprüfern (§ 43a IV Nr. 2 WiPro) zu beanstanden, bei denen die Ernennung zum Professor unter Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit nicht zu einem Widerruf der Zulassung oder zu einer Tätigkeitsbeschränkung führt. Dieser Unterschied findet seinen sachlichen Grund darin, dass nur Rechtsanwälte umfassend zur Rechtsberatung befugt sind und diese Tätigkeit im Interesse der Rechtsuchenden als staatsfreie unabhängige Organe der Rechtspflege zu erbringen haben.“ (BGH aaO)*

2. Art. 3 I GG ist auch nicht deswegen berührt, weil in manchen Mitgliedstaaten der EU **größzügigere Zugangschancen für beamtete Professoren zum Anwaltsberuf** bestehen als in der BRD.

„Es trifft zwar zu, dass nach dem Unionsrecht ein inländischer Rechtsanwalt nicht schlechter behandelt werden darf als ein zugewandter Rechtsanwalt, der im Inland unter seiner im Herkunftsland erworbenen Berufsbezeichnung tätig ist. Dies folgt aus Art. 8 der Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 16.02.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedsstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde (ABl. EG Nr. L 77 S. 36; im folgenden Niederlassungsrichtlinie). Die genannte Regelung soll nicht nur eine Gleichstellung zugewandter Rechtsanwälten, die im Aufnahmestaat unter der Berufsbezeichnung ihres Herkunftslands praktizieren, mit inländischen Rechtsanwälten gewährleisten, sondern auch sicherstellen, dass letztere keine umgekehrte Diskriminierung erleiden, zu der es kommen könnte, wenn die für sie geltenden Regeln nicht auch für Rechtsanwälte gälten, die im Aufnahmestaat unter einer in einem anderen Mitgliedstaats erworbenen Berufsbezeichnung tätig werden (EuGH NJW 2011, 1199). Daher müssen nationale Regelungen, die abhängig beschäftigten Rechtsanwälten Beschränkungen hinsichtlich der gleichzeitigen Ausübung des Anwaltsberufs und dieser Beschäftigung auferlegen, für alle in diesem Mitgliedstaat eingetragenen Rechtsanwälte gelten.

*Es kann offen bleiben, ob diese Vorgaben des europäischen Unionsrechts unmittelbar bei einer verfassungsrechtlichen Prüfung am Maßstab des Art. 3 I GG zu berücksichtigen sind oder ob sie nur für die Frage der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit europäischem Recht von Bedeutung sind. Denn eine vom Ast. befürchtete **Inländerdiskriminierung liegt nicht vor**. Die Vorschrift des § 14 II Nr. 5 BRAO gilt nicht nur für deutsche Rechtsanwälte, sondern erstreckt sich auch auf Anwälte aus anderen Mitgliedstaaten der EU, die in der BRD unter ihrer im Herkunftsland erworbenen Berufsbezeichnung auftreten. Das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG; BGBl. I S. 2449), das die Niederlassungsrichtlinie in nationales Recht umsetzt, sieht in § 4 vor, dass für den Widerruf der Aufnahme in die Rechtsanwaltskammer - diese tritt bei europäischen Anwälten an die Stelle der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft (§§ 11 ff. EuRAG) - die Regelungen des § 14 BRAO sinngemäß gelten. Das Berufsbild eines in Deutschland praktizierenden europäischen Rechtsanwalts unterscheidet sich nicht von der eines inländischen Rechtsanwalts. Für ihn gelten gem. § 2 I EuRAG ebenfalls die Bestimmungen der §§ 1 bis 3 BRAO; auch unterliegt er nach § 6 I EuRAG bei der Ausübung seiner Tätigkeit im Wesentlichen denselben Berufsregeln wie der nach der Bundesrechtsanwaltsordnung zugelassene Anwalt. Auch europäischen Rechtsanwälten, die in die Rechtsanwaltskammer aufgenommen worden sind, ist es somit untersagt, ihren in Deutschland ausgeübten Anwaltsberuf mit einer Tätigkeit als beamteter Hochschullehrer zu verbinden. Damit ist eine umgekehrte **Diskriminierung deutscher Rechtsanwälte ausgeschlossen**.“ (BGH aaO)*

- III. Die Vorschrift des § 14 II Nr. 5 BRAO steht mit dem **europäischen Unionsrecht** in Einklang.

1. § 14 II Nr. 5 BRAO widerspricht nicht der in Art. 49 AEUV (früher Art. 43 EGV) verankerten und für Rechtsanwälte durch die Niederlassungsrichtlinie konkretisierten **Niederlassungsfreiheit**.

*„Die Niederlassungsrichtlinie gewährt zwar jedem Rechtsanwalt das Recht, die in Art. 5 genannten Anwaltstätigkeiten auf Dauer in jedem anderen Mitgliedstaat unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung auszuüben (Art. 2). Sie lässt aber die **nationalen Regelungen über den Zugang zum Rechtsanwaltsberuf und für die Ausübung dieses Berufes** unter*

der Berufsbezeichnung des Aufnahmestaates **unberührt**. Die Berufs- und Standesregeln der einzelnen Mitgliedstaaten sind nicht Gegenstand einer Harmonisierung und können daher erheblich von den im Herkunftsmitgliedstaat geltenden abweichen (EuGH NJW 2011, 1517). Die Nichteinhaltung dieser Regeln kann, wie Art. 7 I der Niederlassungsrichtlinie bestätigt, zur Streichung der Eintragung im Aufnahmemitgliedstaat führen.“ (BGH aaO)

- Die nationalen Berufsregeln sind gem. **Art. 8 der Niederlassungsrichtlinie** auch maßgebend für die Frage, ob ein unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung eingetragener Rechtsanwalt als abhängig Beschäftigter eines öffentlichen Unternehmens tätig sein kann.

„Wie bereits ausgeführt soll diese Regelung nicht nur eine **Gleichstellung zugewanderter Rechtsanwälte**, die im Aufnahmestaat unter der Berufsbezeichnung ihres Herkunftslands praktizieren, mit inländischen Rechtsanwälten **gewährleisten**, sondern auch **sicherstellen, dass letztere keine umgekehrte Diskriminierung erleiden**, zu der es kommen könnte, wenn die für sie geltenden Regeln nicht auch für Rechtsanwälte gälten, die im Aufnahmestaat unter einer in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufsbezeichnung tätig werden. In sachlicher Hinsicht bezieht sich Art. 8 der Niederlassungsrichtlinie nach der Rspr. des Gerichtshofs der EU auf sämtliche Regeln, die der Aufnahmestaat eingeführt hat, um **Interessenskonflikte zu verhindern**, die sich daraus ergeben können, dass der Rechtsanwalt einerseits in das Verzeichnis der Anwaltskammer eingetragen ist und andererseits von einem anderen Rechtsanwalt, einem Zusammenschluss von Anwälten, einer Anwaltssozietät oder einem öffentlichen oder privaten Unternehmen beschäftigt wird. Seine Vorgaben gelten daher auch für nationale Bestimmungen, die die gleichzeitige Ausübung des Anwaltsberufs und einer Beschäftigung im öffentlichen Dienst verhindern sollen.

Aus diesem Verständnis des Art. 8 der Niederlassungsrichtlinie hat der Gerichtshof der EU abgeleitet, dass es dem jeweiligen Mitgliedstaat grds. freisteht, den dort eingetragenen und - in Vollzeit oder in Teilzeit - von einem anderen Rechtsanwalt, einem Zusammenschluss von Anwälten, einer Anwaltssozietät oder einem öffentlichen oder privaten Unternehmen beschäftigten Rechtsanwälten Beschränkungen hinsichtlich der gleichzeitigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs und solchen Beschäftigungen aufzuerlegen. Er hat aber weiter ausgeführt, dass entsprechende Beschränkungen für alle in diesem Mitgliedstaat eingetragenen Rechtsanwälte zu gelten haben und nicht über das zur Erreichung des Ziels der Verhinderung von Interessenkonflikten Erforderliche hinausgehen dürfen. Damit ist auch aus europarechtlicher Sicht die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gefordert.

Diesen Anforderungen wird § 14 II Nr. 5 BRAO gerecht. Er gilt gleichermaßen für Rechtsanwälte, die ihre Zulassung im Inland erworben haben, und für zugewanderte Rechtsanwälte, die den Anwaltsberuf unter ihrer im Herkunftsland erworbenen Berufsbezeichnung ausüben.“ (BGH aaO)

- Die Widerrufsregelung des § 14 II Nr. 5 BRAO genügt auch dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**.

„Das **Verhältnismäßigkeitsgebot [ist] nicht deswegen verletzt, weil § 14 II Nr. 5 BRAO bei Erlangung des beamtenrechtlichen Status zwingend einen Widerruf der Anwaltszulassung vorsieht**. Der Gerichtshof der EU hat eine Regelung, die den in Italien eingetragenen Rechtsanwälten eine Tätigkeit bei einer öffentlichen Einrichtung unabhängig von der konkreten Art der Beschäftigung und selbst dann verbietet, wenn es sich hierbei um eine Teilzeitbeschäftigung handelt, als solche nicht beanstandet. Dabei hat er betont, dass die Vermeidung von Interessenkonflikten für die Ausübung des Anwaltsberufs unerlässlich ist, was insbes. bedeutet, dass sich Rechtsanwälte in einer Position der **Unabhängigkeit gegenüber staatlichen Stellen, anderen Wirtschaftsteilnehmern und Dritten** befinden müssen, von denen sie sich nicht beeinflussen lassen dürfen. Der Gerichtshof hat damit die innere und äußere Unabhängigkeit des Rechtsanwalts als wichtigen Gemeinwohlbelang anerkannt.

Der zwingende Widerruf der Anwaltszulassung in den Fällen, in denen der Anwalt in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit berufen wird, geht nicht über das hinaus, was zur Vermeidung von Interessenkonflikten erforderlich ist. Wie bereits im Zusammenhang mit Art. 12 I GG ausgeführt, sind die **Mittel der Standesaufsicht nicht gleichermaßen geeignet**, solche **Konfliktfälle zu verhindern**. Während diese Abhängigkeitsverhältnisse nicht zuverlässig ausschließen können oder jedenfalls in den Augen der Öffentlichkeit nicht gleich wirksam sind (vgl. BVerfG NJW 2009, 3710; BVerfGE 87, 287), lässt sich durch einen Widerruf oder eine Versagung der Anwaltszulassung schon das Entstehen von Interessenkollisionen wirksam verhindern.

Dem Umstand, dass solche strengen Maßnahmen nicht in allen Fällen einer gleichzeitigen Ausübung von Anwaltsberuf und Tätigkeit im öffentlichen Dienst zur Vermeidung eines Interessenwiderstreits erforderlich sind, hat der deutsche Gesetzgeber mit den Regelungen in § 14 II Nr. 8, § 7 Nr. 8 BRAO (im Einzelfall festzustellende Unvereinbarkeit der beiden Tätigkeiten) und § 47 BRAO (vorübergehende Tätigkeit im öffentlichen Dienst) Rechnung getragen. Dass § 14 II Nr. 5 BRAO eine generalisierende Regelung trifft und damit, anders als § 14 II Nr. 8 BRAO bei sonstigen öffentlichen Dienstverhältnissen, keinen Raum für eine Einzelfallprüfung lässt, beruht auf der mit besonderen Dienstpflichten verbundenen Rechtsstellung eines Lebenszeitbeamten. Allein schon dieser Status und die damit verbundenen hoheitlichen Befugnisse verleihen einem Lebenszeitbeamten eine besondere „Staatsnähe“, während dies bei sonstigen Tätigkeiten im öffentlichen Dienst nicht stets der Fall ist. Diese „Staatsnähe“ wohnt jeder Beamten-tätigkeit unabhängig von ihrer jeweiligen Ausprägung inne. Dies gilt auch für einen beamteten Hochschullehrer.

Da das deutsche Recht somit - anders als die vom Gerichtshof der EU als streng empfundene italienische Regelung - eine Differenzierung nach Art und Dauer der Beschäftigung im öffentlichen Dienst vornimmt und § 14 II Nr. 5 BRAO den Besonderheiten einer Beamtenstellung Rechnung trägt, ist ein Verstoß gegen das Übermaßverbot nicht ersichtlich. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die mit dem Zulassungswiderruf verbundenen Einschnitte in die berufliche Betätigung bei beamteten Hochschullehrern dadurch abgemildert werden, dass sie in bestimmten Verfahren auch ohne Anwaltszulassung als Prozessbevollmächtigte oder Verteidiger auftreten dürfen.“ (BGH aaO)

- Die Vorschrift des § 14 II Nr. 5 BRAO beschränkt auch nicht die in Art. 56 AUEV (früher Art. 49 EGV) verankerte und durch die Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22.03.1977 zur **Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte** (ABl. EG Nr. 78 S. 17) sowie durch die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. EG Nr. L 376 S. 36) konkretisierte **Dienstleistungsfreiheit**.

„Der Widerruf der Anwaltszulassung betrifft ausschließlich die **Niederlassungsfreiheit eines Rechtsanwalts** und nicht die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs. Folglich wird hierdurch die speziell für Anwälte geltende Richtlinie 77/249/EWG nicht berührt.

Gleiches gilt für die Richtlinie 2006/123/EG, die nach ihrem Art. 3 I ohnehin gegenüber der spezielleren Richtlinie 77/249/EWG nachrangig ist. Zudem regelt der vom Antragsteller zitierte Art. 14 Nr. 1 der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG nur das **Verbot, die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nicht von diskriminierenden Anforderungen abhängig zu machen**, die direkt oder indirekt auf der Staatsangehörigkeit oder dem Unternehmenssitz beruhen. Eine solche Diskriminierung nimmt die Regelung des § 14 II Nr. 5 BRAO, die für inländische und zugewanderte Rechtsanwälte gleichermaßen gilt, gerade nicht vor.“ (BGH aaO)

5. Auch die den **freien Wettbewerb** schützenden Bestimmungen in Art. 3 I g EG, Art. 4, 10, 81, 98 EG stellen die Wirksamkeit des § 14 II Nr. 5 BRAO nicht in Frage.

„Denn sie stehen nach der Rspr. des Gerichtshofs der EU einer nationalen Regelung nicht entgegen, die Beamte auch dann daran hindert, den Beruf eines Rechtsanwalts auszuüben, wenn sie über eine entsprechende Zulassung verfügen.“ (BGH aaO)

6. Ein **Verstoß gegen Art. 15 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (CEU)** ist ebenfalls **nicht zu erkennen**.

„Art. 15 I CEU gewährt jeder Person das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben. Art. 15 II CEU garantiert allen Unionsbürgerinnen und -bürgern die Freiheit, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen. Diese Grundrechte werden durch § 14 II Nr. 5 BRAO nicht berührt. Denn diese Bestimmung beschränkt nicht die Freiheit des Einzelnen, sich für den Anwaltsberuf zu entscheiden und diesen auch auszuüben. Sie **beschneidet nur das Recht, gleichzeitig in einem Zweiterberuf als Beamter auf Lebenszeit tätig zu sein**.“ (BGH aaO)

BRAO
§ 43b

**zertifizierter Testamentsvollstrecker
praktische Erfahrung**

BRAO

(BGH in NJW 2012, 235; Urteil vom 09.06.2011 – I ZR 113/10)

Der **Rechtsverkehr erwartet** von einem Rechtsanwalt, der sich als „zertifizierter Testamentsvollstrecker“ bezeichnet, **nicht nur**, dass er über **besondere Kenntnisse, sondern auch über praktische Erfahrungen** auf dem Gebiet der Testamentsvollstreckung verfügt.

„Der mit der angegriffenen Bezeichnung konfrontierte Leser wird zunächst annehmen, dass die „Zertifizierung“ von der „AGT“ erteilt wurde. Wer sich hinter dieser Abkürzung verbirgt, wird der Durchschnittsverbraucher dagegen nicht erkennen. Er wird auch nicht wissen, dass das Zertifikat allein auf Grund von theoretischen Kenntnissen auf dem Gebiet der Testamentsvollstreckung vergeben wird. Vielmehr wird er annehmen, dass ein „zertifizierter Testamentsvollstrecker“, auch wenn er Rechtsanwalt ist, entsprechend der für viele andere Berufsgruppen erforderlichen Voraussetzungen über **praktische Erfahrungen auf dem Gebiet verfügt, auf das sich die Zertifizierung bezieht**.

Diese Erwartung des Verkehrs erfüllt der Bekl. nicht: Der Bekl. ist bisher erst zweimal als Testamentsvollstrecker tätig geworden. Es ist nicht ersichtlich, dass sich diese Testamentsvollstreckungen nach Art oder Umfang in der Weise von einer üblichen Testamentsvollstreckung unterschieden hätten, dass bereits diese Tätigkeit ausnahmsweise als ausreichend angesehen werden könnte. Von einer regelmäßigen Ausübung der Testamentsvollstrecker Tätigkeit kann daher nicht ausgegangen werden.“ (BGH aaO)

BerHG
§§ 2 I, 6 I

**Beratungshilfe
unzulässige Beschränkung auf „Beratung“**

BerHG

(AG Brühl in NJW 2012, 243; Beschluss vom 04.05.2011 – 6 WF 35/11)

Die **Erteilung eines auf „Beratung“ beschränkten Berechtigungsscheins ist unzulässig**.

„Gem. § 2 I BerHG besteht die Beratungshilfe in Beratung und, soweit erforderlich, in Vertretung. Eine Vertretung wird von der Beratungshilfe also nur umfasst, soweit diese erforderlich ist, was im Einzelfall zu entscheiden ist. Dabei kann über die **Erforderlichkeit der Vertretung nicht schon bei der Erteilung des Berechtigungsscheins** gem. § 6 I BerHG **entschieden** werden, weil zu diesem Zeitpunkt mangels Beratung noch nicht klar ist, ob eine Vertretung erforderlich wird. Einen auf „Beratung“ beschränkten Berechtigungsschein gibt es daher nicht (Schoreit/Groß, Beratungshilfe, 10. Aufl., 2010, § 2 BerHG Rn 11). **Gepprüft wird die Erforderlichkeit daher erst im Gebührenfestsetzungsverfahren** (Schoreit/Groß, § 6 BerHG Rn 2). Sie ist vom Anwalt darzulegen, wobei ihm ein überprüfbarer Ermessensspielraum zusteht.“ (AG Brühl aaO)

FamFG
§ 137 II

**Scheidungsverbund
Wahrung der Zwei-Wochen-Frist durch Verfahrenskostenhilfeantrag**

FamFG

(OLG Hamm in NJW 2012, 240; Beschluss vom 17.10.2011 – 6 UF 144/11)

Bereits **mit der Einreichung eines Verfahrenskostenhilfeantrags in einer Folgesache wird die Frist des § 137 II FamFG gewahrt** und entsteht der Scheidungsverbund.

- I. Ob es für die Einhaltung der Frist des § 137 II FamFG ausreichend ist, dass ein Verfahrenskostenhilfeantrag für eine beabsichtigte Folgesache eingereicht wird, wird **in Rspr. und Lit. nicht einheitlich beurteilt**.

- Während eine Meinung die Einreichung eines Verfahrenskostenhilfeantrags ausreichen lassen will (OLG Bamberg FamRZ 2011, 1416),
- geht die Gegenmeinung davon aus, dass eine Anhängigkeit i. S. des § 137 II FamFG die Einreichung einer Antragschrift voraussetzt (Keidel/Weber, FamFG, 17. Aufl., § 137 RN 16).

- Eine vermittelnde Ansicht verneint zwar bei Einreichung eines reinen Verfahrenskostenhilfeantrags die Anhängigkeit, will das erkennende Gericht aber verpflichtet sehen, den Scheidungstermin zu vertagen (MüKo-ZPO/Heiter, 3. Aufl., § 137 FamFG Rn 35).

Ein ähnlich gelagerter Streitstand bestand bereits zur alten Rechtslage bei § 623 ZPO a. F. Dort ist die wohl überwiegende Meinung der obergerichtl. Rspr. davon ausgegangen, dass bereits die Stellung eines Verfahrenskostenhilfeantrags in einer Folgesache ausreicht, um den Scheidungsverbund entstehen zu lassen (OLG Koblenz NJW 2008, 632 m. w. Nachw. zum Streitstand).

- II. **OLG Hamm aaO** hält es für geboten, eine **Anhängigkeit einer Folgesache** nach § 142 II FamFG **bereits dann** anzunehmen, **wenn** in der Folgesache ein **Verfahrenskostenhilfeantrag eingereicht wird**. Gegen diese Auslegung spricht weder der Wortlaut des § 142 II FamFG noch der vom Gesetzgeber mit der Einführung des § 137 II FamFG beabsichtigte Konzentrations- und Beschleunigungseffekt.

„Vielmehr spricht die Gleichbehandlung von auf die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe angewiesenen Beteiligten mit begüterten Beteiligten eindeutig dafür, bereits die Einreichung eines Verfahrenskostenhilfeantrags ausreichen zu lassen. Während der begüterte Beteiligte den Folgesachenantrag unter Einzahlung des Kostenvorschusses noch gerade im Rahmen der Zwei-Wochen-Frist einreichen könnte, müsste der auf Verfahrenskostenhilfebewilligung angewiesene Beteiligte seinen Verfahrenskostenhilfeantrag wesentlich früher stellen, um nach Entscheidung des Gerichts über diesen den Sachantrag anhängig machen zu können. Das würde aber dem Gebot einer weitgehenden Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes zuwiderlaufen, zumal der Verfahrenskostenhilfeantrag stellende Beteiligte keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über seinen Antrag hat (so auch OLG Bamberg FamRZ 2011, 1416).“ (OLG Hamm aaO)

FamFG **Scheidungsverbund** FamFG
§§ 137 II, 142 I **missbräuchliche Verfahrensverzögerung durch Anhängigmachen von Folgesachen**
(OLG Brandenburg in NJW 2012, 241; Beschluss vom 18.10.2011 – 10 UF 143/11)

Die **Zwei-Wochen-Frist des § 137 II 1 FamFG** dient dem **Zweck**, eine **missbräuchliche Verzögerung des Scheidungsverfahrens** durch verspätetes Anhängigmachen von Folgesachen **zu verhindern**.

„§ 137 II 1 FamFG [ist] wegen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des rechtlichen Gehörs und des fairen Verfahrens einschränkend auszulegen und die Einbeziehung von Folgesachen in den Verbund [scheitert] jedenfalls dann nicht wegen Nichteinhaltung der Zwei-Wochen-Frist, wenn der zwischen Zustellung der Terminladung und dem Termin liegende Zeitraum keine zwei Wochen lang ist und deshalb für die beabsichtigte Folgesache – bezogen auf die Kenntnisnahme vom Terminstag – die Zwei-Wochen-Frist des § 137 II 1 FamFG nicht eingehalten werden kann.“

Hauptanliegen des Gesetzgebers für die Zwei-Wochen-Frist des § 137 II 1 FamFG war, **missbräuchlichem Verhalten im Hinblick auf eine verspätete Anhängigmachung von Folgesachen vorzubeugen**. Grundlegendes Ziel des Verbundverfahrens ist nach wie vor der **Schutz des schwächeren Ehepartners** und das Ziel, **übereilten Scheidungsentschlüssen vorzubeugen** (OLG Oldenburg FPR 2011, 53 = FamRZ 2010, 2015, unter Bezugnahme auf BT-Dr 16/6308, S. 229). Dieses Ziel lässt sich nur erreichen, wenn den Ehegatten ausreichend rechtliches Gehör gewährt wird.

Vorliegend ist besonders zu beachten, dass die Terminladung bereits zusammen mit der Zustellung des Scheidungsantrags erfolgt ist. In diesem Fall ist die Einlassungsfrist von zwei Wochen gem. § 113 I 2 FamFG i. V. mit § 274 III ZPO zu beachten. Diese Einlassungsfrist hindert den Gegner des Scheidungsantrags an der rechtzeitigen Geltendmachung einer Folgesache. Wenn ihm mindestens zwei Wochen zur Einlassung auf den Scheidungsantrag bleiben müssen, er diese Frist also voll ausnutzen darf, eine Folgesache aber als Teil der Einlassung spätestens zwei Wochen vor dem Termin anhängig zu machen ist, muss die Einlassungsfrist mindestens vier Wochen betragen (vgl. Hoppertz FPR 2011, 23). Hier lagen zwischen der Zustellung der Terminladung und dem Termin selbst hingegen nur 22 Tage. Eine ausreichende Frist für die Ag., sich darüber klar zu werden, ob und ggf. welche Folgesachen sie anhängig machen möchte, war somit nicht gegeben.“ (OLG Brandenburg aaO)

ZPO **Fristverlängerungsantrag** ZPO
§§ 233, 234 I 2 **Erkundigungspflicht des Rechtsanwalts**
(BGH in NJW 2012, 159; Beschluss vom 13.10.2011 – VII ZR 29/11)

Ein Rechtsanwalt hat **durch geeignete Organisationsmaßnahmen sicherzustellen**, dass nach Stellung eines Antrags auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist und ausbleibender Reaktion des Gerichts hierauf **noch vor Ablauf der beantragten verlängerten Frist dort Nachfrage** gehalten wird, **ob und in welchem Umfang dem Antrag stattgegeben wurde** (BGH NJW 2011, 1971; BGH NJW-RR 1999, 1663). Kommt er dem nicht nach, wird spätestens zu dem Zeitpunkt, zu dem er eine klärende Antwort auf die Nachfrage erhalten hätte, die Monatsfrist des § 234 I 2 ZPO in Gang gesetzt.

„Denn die Wiedereinsetzungsfrist beginnt, sobald die Partei oder ihr Prozessbevollmächtigter erkannt hat oder bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können, dass die Berufungsbegründungsfrist versäumt worden ist (vgl. BGH JurBüro 2009, 448; BGH VersR 2006, 1141; BGH NJW-RR 2005, 76; BGH NJW 2000, 592; BGH FamRZ 1996, 934; BGH VersR 1995, 69; BGH NJW 1992, 2098; BGH NJW-RR 1990, 379; BGH VersR 1985, 283).“ (BGH aaO)

Steuerrecht

AO 1977

Gewerbsteuerermessbetrag

SteuerR

§§ 85, 182, 184

kein Schadensersatzanspruch der Gemeinde bei fehlerhafter Festsetzung

(BVerwG in DÖV 2012, 118; Urteil vom 15.06.2011 – 9 C 4/10)

Eine **Gemeinde kann weder im Wege des Folgenbeseitigungsanspruchs noch nach den Grundsätzen** über die sinnngemäße Anwendung **des vertraglichen Schuldrechts** auf öffentlich-rechtliche Sonderbeziehungen vom Land als Träger der Finanzverwaltung **Ersatz des Gewerbesteuerausfalls verlangen**, der ihr durch Fehler der zuständigen Landesfinanzbehörde bei der Festsetzung des Gewerbesteuerermessbetrages (§ 14 GewStG) entstanden ist.

I. Ein **Folgenbeseitigungsanspruch** entsteht, wenn durch einen hoheitlichen Eingriff in ein subjektives Recht ein noch andauernder rechtswidriger Zustand geschaffen worden ist; er ist auf die Wiederherstellung des ursprünglichen rechtmäßigen Zustandes gerichtet (BVerwGE 82, 76 = NJW 1989, 2272 = NVwZ 1989, 873, BVerwGE 94, 100 = NVwZ 1994, 275 = NJW 1994, 1170).

1. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass einer Gemeinde durch ein fehlerhaftes Handeln des Finanzamtes die Möglichkeit genommen wurde, auf der Grundlage entsprechender Steuermessbescheide die ihr tatsächlich zustehende (höhere) Gewerbesteuer festzusetzen, läge darin nur dann ein **Eingriff in eine Rechtsposition der Gemeinde**, wenn diese einen Anspruch auf Erlass richtiger Gewerbesteuerermessbescheide hätte. Dies ist indes nicht der Fall.

*„Nach Art. 108 IV 2 GG steht die Verwaltung der Realsteuern, zu denen auch die Gewerbesteuer gehört, grds. den Landesfinanzbehörden zu; sie kann durch die Länder ganz oder teilweise den Gemeinden übertragen werden. Aus dieser Kompetenzaufteilung folgt zugleich, dass die **Gemeinden nicht mehr Rechte haben können, als ihnen durch Landesgesetz übertragen** wurde (vgl. BFHE 118, 285). Das Land Baden-Württemberg hat den Gemeinden gem. § 9 II 1 BadWürttKAG die Festsetzung und die Erhebung der Gewerbesteuer übertragen. Die Landesfinanzbehörden sind hingegen für die Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen und für die Festsetzung des Steuermessbetrags (§ 14 GewStG) zuständig. Bei dieser landesrechtlichen Aufteilung der Verwaltung der Gewerbesteuer kommt den Gemeinden **kein Recht auf Erlass bestimmter Steuermessbescheide** zu. Sie sind vielmehr gem. § 184 I 4 i. V. mit § 182 I 1 AO 1977 bei der Festsetzung der Gewerbesteuer an den vorausgehenden Steuermessbescheid des Finanzamtes gebunden.*

*Darüber hinaus **schließt § 40 III FGO ein Klagerecht der Gemeinden gegen Steuermessbescheide der Finanzämter grds. aus** (vgl. BFHE 118, 285). Die Gemeinden können folglich Einnahmen aus der Gewerbesteuer nur nach Maßgabe der vom Finanzamt erlassenen Steuermessbescheide erzielen. Es fehlt daher an einem auf ein ordnungsgemäßes Steuermessbetragsverfahren gerichteten Herstellungsanspruch der Gemeinden, als dessen Surrogat etwa nach Eintritt der Festsetzungsverjährung ein gegen das Land gerichteter „Folgenrechtsanspruch“ auf Ersatz ausgefallener Steuererträge zum Tragen kommen könnte. Mangels gesetzlicher Vorschriften kann der Folgenbeseitigungsanspruch auch keine vom Herstellungsanspruch losgelöste Haftung für Schäden begründen, die durch rechtswidriges Verwaltungshandeln entstanden sind (vgl. BVerwG NVwZ 1985, 265 = NJW 1985, 990).“ (BVerwG aaO)*

2. Etwas Anderes könnte gelten, wenn eine unwirksame oder zu niedrige Festsetzung der Steuermessbeträge und der damit verbundene Steuerausfall zur Folge hat, dass die nach Art. 28 II 3 GG garantierte **Finanzhoheit** der betroffenen Gemeinde **verletzt** wird.

*„Ob in solchen Fällen ein Anspruch der Gemeinde auf Festsetzung bestimmter Steuermessbescheide oder auf Ausgleich des Steuerausfalls verfassungsrechtlich geboten ist, kann hier indes dahinstehen. Denn die Kl. wurde **durch** den vorliegend eingetretenen **Ausfall von Gewerbesteuer nicht in ihrer Finanzhoheit verletzt**.*

***Art. 28 II 3 GG** gewährleistet den Gemeinden das Recht zur eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens. Der **Schutzbereich** dieser Gewährleistung **umfasst nicht einzelne Vermögenspositionen**; eine Gemeinde kann sich daher nicht unmittelbar unter Berufung auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Finanzhoheit dagegen wenden, dass ihr einzelne Einnahmen entzogen oder verwehrt werden. Zu den Grundlagen der verfassungsrechtlich garantierten finanziellen Eigenverantwortung gehört jedoch eine **aufgabenadäquate Finanzausstattung der Gemeinden**. Diese setzt voraus, dass die gemeindlichen Finanzmittel ausreichen, um den Gemeinden die Erfüllung aller zugewiesenen und im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung auch die Erfüllung selbst gewählter Aufgaben zu ermöglichen. Ausgehend davon kann sich eine Gemeinde dann gegen finanzielle Belastungen durch staatliches Handeln wenden, wenn sie eine nachhaltige, von ihr nicht mehr zu bewältigende und hinzunehmende Einengung ihrer Finanzspielräume darlegt und nachweist (vgl. BVerfG NVwZ 1999, 520 = NJW 1999, 1952 m. w. Nachw.; BVerwGE 106, 280 = NVwZ 1999, 883; BVerwGE 112, 253 = NVwZ 2001, 564). Vorliegend verweist die Kl. nur darauf, dass der Gewerbesteuerausfall einen wesentlichen Teil ihres gesamten Gewerbesteueraufkommens darstellt. Sie macht jedoch nicht geltend, dass sie deshalb nachhaltig an einer ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben gehindert ist.*

Der o. g. Maßstab für eine Verletzung der gemeindlichen Finanzhoheit gilt entgegen der Auffassung der Kl. nicht nur gegenüber normativen Regelungen, sondern auch bei Einzelmaßnahmen der Verwaltung. Nach Art. 28 II 3 GG kommt es entscheidend darauf an, ob die „Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung“ einer Gemeinde (aufgabenadäquate Finanzausstattung) noch gewahrt sind. Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Intensität und Nachhaltigkeit der finanziellen Belastungen der Gemeinde ab und nicht davon, ob diese Belastungen auf normativen Vorgaben oder auf Einzelakten der Verwaltung beruhen. Aus der von der Kl. in Bezug genommenen Entscheidung des BVerwG zur Verletzung der Planungshoheit einer Gemeinde in Folge eines Einzelakts der Verwaltung (BVerwG NVwZ 1992, 878) folgt nichts Gegenteiliges. Davon abgesehen, dass es sich bei der Planungs- und der Finanzhoheit der Gemeinden um verschiedene Ausprägungen der gemeindlichen Selbstverwaltung mit unterschiedlichen Schutzbereichen handelt, geht es in der angeführten Entscheidung um die Verletzung einer Regelung, die der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit dient (§ 36 I BauGB). Vorliegend ist jedoch nicht erkennbar, dass eine spezifisch auf den Schutz der gemeindlichen Finanzhoheit ausgerichtete Norm verletzt sein könnte.“ (BVerwG aaO)

3. Die Kl. kann sich für den von ihr geltend gemachten Anspruch auf Ausgleich des Gewerbesteuerausfalls auch nicht auf die den Gemeinden nach **Art. 106 VI GG** garantierte **Ertragshoheit** berufen, wonach ihnen das Aufkommen der Gewerbesteuer zusteht (S. 1) und ihnen das Recht einzuräumen ist, die Hebesätze der Gewerbesteuer im Rahmen der Gesetze festzusetzen (S. 2).

„Zu Recht hat der VGH darauf abgestellt, dass damit den Gemeinden weder eine bestimmte Höhe des Steueraufkommens noch die Gewerbesteuer als solche von Verfassungen wegen garantiert ist (BVerfGE 125, 141 = NVwZ 2010, 895). Art. 106 VI GG schützt daher nicht etwaige Steueransprüche der Gemeinden, sondern garantiert ihnen lediglich die Zuweisung des tatsächlich angefallenen Ertrags. Demzufolge kann aus Art. 106 VI GG auch kein Recht der Gemeinden auf Erlass bestimmter Steuermessbescheide (BFHE 118, 285 = BeckRS 1976, 22011930) oder auf Ausgleich des durch Fehler im Steuermessbetragsverfahren verursachten Steuerausfalls hergeleitet werden.“ (BVerwG aaO)

- II. Auch ein **Schadensersatzanspruch** der Gemeinde nach den Grundsätzen über die sinngemäße Anwendung des vertraglichen Schuldrechts auf öffentlich-rechtliche Sonderbeziehungen ist zu verneinen.

„Zwar kommt grds. die sinngemäße Anwendung des vertraglichen Schuldrechts als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken auch auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse in Betracht, wenn eine besonders enge, mit einem privatrechtlichen Schuldverhältnis vergleichbare Beziehung begründet worden ist und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ein Bedürfnis für eine angemessene Verteilung der Verantwortung innerhalb des öffentlichen Rechts vorliegt (BGH NJW-RR 2007, 457 m. w. Nachw.). Das ist bisher anerkannt worden etwa für die öffentlich-rechtliche Verwahrung (BGHZ 1, 369 = NJW 1951, 800), für die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag (BVerwG NJW 1986, 2524 = NVwZ 1986, 913) oder für das Verhältnis zwischen den Trägern der Baulast sich kreuzender Straßen und Eisenbahnen (BGH NJW-RR 2007, 457).

Eine solche vertragsähnliche Sonderverbindung besteht zwischen einer ertragsteuerberechtigten Gemeinde und den staatlichen Finanzbehörden nicht: Das Verhältnis zwischen beiden wird nicht durch Abreden, sondern ausschließlich durch gesetzliche Kompetenzzuweisung bestimmt (vgl. dazu schon BVerwGE 12, 253). Beide haben die ihnen zugewiesenen Aufgaben jeweils eigenständig zu erfüllen, wobei die Gemeinden an die Vorgaben der Finanzämter im Gewerbesteuermessbescheid gebunden sind. Die Finanzämter haben gegenüber den Gemeinden wie gegenüber allen anderen Steuerberechtigten in gleicher Weise die Verpflichtung, Recht und Gesetz zu beachten (vgl. § 85 AO 1977) und deshalb die in ihre Zuständigkeit fallende Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen und der Festsetzung des Steuermessbetrags nach Maßgabe der Gesetze durchzuführen. Im Rahmen dieser Bindung an Recht und Gesetz haben die Landesfinanzbehörden auch die finanziellen Interessen der Gemeinden zu wahren, wie der VGH zutreffend angenommen hat. Es gibt jedoch kein über die Gesetzesbindung hinausreichendes Geflecht wechselseitiger Pflichten, die eine schuldrechtliche Sonderbeziehung zwischen Landesfinanzbehörden und Gemeinden bei der Verwaltung der Gewerbesteuer begründen könnten (vgl. BGH NJW-RR 2007, 457).“ (BVerwG aaO)

ESTG
§ 8 II 1

Private Nutzung eines Dienstwagens Anwendbarkeit der 1 %-Regelung

SteuerR

(BFH in DB 2012, 28 = DStR 2012, 29; Urteil vom 06.10.2011 – VI R 56/10)

Die **Anwendung der 1 %-Regelung** setzt voraus, dass der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer tatsächlich einen **Dienstwagen zur privaten Nutzung überlassen** hat (Anschluss an BFHE 229, 228 = DStR 2010, 1568). Allein die Gestattung der **Nutzung eines betrieblichen Fahrzeugs für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte begründet** jedoch noch **keine Überlassung zur privaten Nutzung** i. S. des § 8 II 2 EStG.

- I. Nach der **neueren Rspr. des Senats** streitet der Anscheinsbeweis lediglich dafür, dass ein vom Arbeitgeber zur privaten Nutzung überlassener Dienstwagen auch tatsächlich privat genutzt wird.

Der **Anscheinsbeweis streitet** aber **weder dafür, dass dem Arbeitnehmer überhaupt ein Dienstwagen** aus dem vom Arbeitgeber vorgehaltenen Fuhrpark **privat zur Verfügung steht, noch dafür, dass er einen solchen auch privat nutzen darf.**

*„Denn nach der **allgemeinen Lebenserfahrung** ist zwar typischerweise davon auszugehen, dass ein dem Arbeitnehmer auch zur privaten Nutzung überlassener Dienstwagen von ihm tatsächlich auch privat genutzt wird. Weiter reicht dieser allgemeine Erfahrungssatz aber nicht (BFHE 229, 228 = DStR 2010, 1568).“ (BFH aaO)*

- II. Allein die **Nutzung eines betrieblichen Fahrzeugs für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte begründet** indessen noch **keine Überlassung zur privaten Nutzung** i. S. des § 8 II 2 EStG, die zur Anwendung der 1 %-Regelung führt.

*„Der Gesetzgeber hat diese **Fahrten** in § 9 I 3 Nr. 4 EStG und § 4 V 1 Nr. 6 EStG vielmehr **der Erwerbssphäre zugeordnet** (BFHE 231, 127 = DStR 2010, 2623) und den multikausalen und den multifinalen Wirkungszusammenhängen, die nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rspr. auch für diesen Lebenssachverhalt im Schnittbereich zwischen beruflicher und privater Sphäre kennzeichnend sind (vgl. BVerfG DStR 2008, 2460; BVerfG DStR 2008, 2460; BVerfG DStR 2008, 2460; BVerfGE 122, 210 = DStR 2008, 2460), einfachgesetzlich durch einen **beschränkten Werbungskostenabzug** Rechnung getragen.“ (BFH aaO)*

ESTG
§§ 9 V, 4 V 1 Nr. 6b

Werbungskostenabzug Aufwendungen für häusliches Arbeitszimmer eines Richters

(BFH in DB 2012, 209; Urteil vom 08.12.2011 – VI R 13/11)

SteuerR

Die **Kosten für das häusliche Arbeitszimmer eines Richters** sind nicht als **Werbungskosten** bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit zu berücksichtigen.

- I. Gem. **§ 9 V i.V.m. § 4 V 1 Nr. 6b S. 1 EStG** kann ein Steuerpflichtiger **Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer nicht als Werbungskosten abziehen**.

Dies **gilt nicht**, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit **kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht** (§ 4 V 1 Nr. 6b S. 2 EStG). In diesem Fall wird die Höhe der abziehbaren Aufwendungen auf 1.250 € begrenzt; diese Beschränkung der Höhe nach gilt nicht, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Betätigung bildet (§ 4 V 1 Nr. 6b S. 3 EStG).

- II. Ein **Werbungskostenabzug für das häusliche Arbeitszimmer eines Richters kommt nicht in Betracht**, denn der **Mittelpunkt der beruflichen Betätigung liegt nicht in dem häuslichen Arbeitszimmer**.

1. Der **Begriff „Mittelpunkt der gesamten ... Betätigung“** ist **gesetzlich nicht näher definiert**. Auch die Gesetzesmaterialien geben keinen Aufschluss über die Bedeutung dieses Merkmals (BFHE 201, 93 m. w. Nachw.).

Nach der zu § 4 V 1 Nr. 6b S. 3 EStG i.d.F. des JStG 1996 ergangenen **Rspr. des BFH** bestimmt sich bei einem Steuerpflichtigen, der lediglich eine einzige berufliche Tätigkeit – teilweise zu Hause und teilweise auswärts – ausübt, der Mittelpunkt danach, ob er **im Arbeitszimmer diejenigen Handlungen vornimmt und Leistungen erbringt, die für den ausgeübten Beruf wesentlich und prägend sind** (st. Rspr.; s. etwa BFHE 214, 158; BFHE 211, 505).

Die für den Beruf wesentlichen und prägenden Leistungen werden auch mit dem Begriff des **inhaltlichen (qualitativen) Schwerpunkts der betrieblichen und beruflichen Betätigung** des Steuerpflichtigen umschrieben (BFHE 216, 110; BFHE 214, 158; BFHE 210, 493; BFHE 202, 529).

2. **Maßgebend ist** danach, **ob** – unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung – das qualitativ für eine bestimmte steuerbare Tätigkeit **Typische im häuslichen Arbeitszimmer ausgeübt** wird (Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rn Lb 191).

So ist bei einem **Lehrer** das häusliche Arbeitszimmer nicht der Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit, weil ein Lehrer die für seinen Beruf wesentlichen und prägenden Leistungen regelmäßig nicht zu Hause, sondern in der Schule erbringt (BFHE 211, 505).

Auch bei einem **Hochschullehrer** liegt der Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit grds. nicht im häuslichen Arbeitszimmer. Denn das Wesensmäßige der Hochschullehrertätigkeit, nämlich die Lehre, muss in der Universität stattfinden (BFH BFH/NV 2010, 2253; BFH BFH/NV 2010, 2053; BFH BFH/NV 2010, 1810).

Entsprechendes gilt nach BFH aaO für den Richter, weil die **eigentliche richterliche Tätigkeit im Gericht ausgeübt** wird und sich **in Sitzungen und mündlichen Verhandlungen manifestiert** (Schmidt/Heinicke, EStG, 30. Aufl., § 4 Rn 595; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rn Lb 193; s. zur Bedeutung des jeweiligen Gepräges auch BFHE 210, 493: Tankstellenbetreiber; BFHE 202, 529: Architekt).

„Denn bei einem Richter liegt der prägende Tätigkeitsschwerpunkt zumindest immer dann außerhalb des häuslichen Arbeitszimmers, wenn er in einem Richter Verhältnis (im Dienst eines Landes oder des Bundes) steht und in Ausübung dieses öffentlichen Amtes Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt wahrnimmt.

Denn die Ausübung der dem Richter in Art. 92 GG anvertrauten rechtsprechenden Gewalt, das verbindliche Entscheiden in Rechtsfragen, die von den Beteiligten nicht oder nicht einvernehmlich aus einer Vorschrift beantwortet werden können (Kirchhof NJW 1986, 2275), ist prägendes Element der richterlichen Tätigkeit. Dieses hoheitliche Tun ist nach der allgemeinen Verkehrsanschauung im Gericht(sgebäude) und nicht im häuslichen Arbeitszimmer zu verorten.“ (BFH aaO)

3. In den Fällen, in denen die das Berufsbild prägende Tätigkeit außerhalb des häuslichen Arbeitszimmers stattfindet, kann auch eine **zeitlich weit überwiegende Nutzung des häuslichen Arbeitszimmers keine Verlagerung des Mittelpunkts bewirken**.

Aufgrund der **berufstypischen bzw. typisierenden Betrachtung** erübrigen sich Feststellungen zum jeweiligen zeitlichen Umfang der beruflichen oder betrieblichen Nutzung eines häuslichen Arbeitszimmers, denn nur auf diese Weise kann nach Auffassung des BFH aaO dem Prinzip eines gleichmäßigen Gesetzesvollzugs Rechnung getragen werden.

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Skusa:** Rechtsfolgen, Gestaltungsmöglichkeiten und prozessuales Vorgehen bei Mietflächenabweichungen (NJW 2012, 184)

Problemstellung: Stellt sich nach Abschluss des Mietvertrags heraus, dass die tatsächliche Fläche von dem abweicht, was vereinbart wurde, ist eine rechtliche Auseinandersetzung vorprogrammiert; nach der **BGH-Rspr.** sind die **vertraglich geschuldeten Leistungen anzupassen bzw. Gewährleistungsrechte begründet**, wenn die tatsächliche Fläche um mehr als 10% von der vereinbarten Fläche abweicht; geringere Differenzen werden als unwesentlich erachtet, eine „Maßtoleranz“ nach oben wird verneint. – Häufig erweist sich die **Ermittlung der in rechtlicher Hinsicht maßgeblichen Fläche als problematisch**; oftmals besteht hinsichtlich der Berechnungsmethode Unsicherheit, vor allem zu welchem Bruchteil untergeordnete Wohnungsbestandteile bei der Flächenberechnung anzusetzen sind; insbes. gilt dies für Balkone, Loggien, Terrassen, Kellerräume sowie Dachschrägen. – Sollen spätere Streitigkeiten über die Fläche vermieden werden, empfiehlt es sich, **im Mietvertrag festzulegen, dass die Räumlichkeiten unabhängig von ihrer Fläche – als Bestand – vermietet werden**; die Fläche als solche ist im Mietvertrag lediglich als **Referenzwert für die Betriebskostenaufteilung** mit aufzunehmen. – Wurde eine solche Vereinbarung nicht getroffen und stellt sich bei Heranziehung der maßgeblichen Berechnungsmethode heraus, dass die tatsächliche Fläche eines Mietobjekts von der vertraglich vereinbarten Fläche abweicht, ist ein gerichtliches Vorgehen nur dann erfolgversprechend, wenn die **Flächendifferenz mehr als 10%** beträgt. – Liegen die Voraussetzungen der **Wesentlichkeitsrechtsprechung** vor, können Vermieter eine **Anpassung der Betriebskostenbeteiligung sowie eine Mieterhöhung gem. § 558 BGB nach der tatsächlichen Fläche** verlangen; prozessual ist die **Erhebung einer Feststellungsklage geboten**, da diese eine rechtskräftige Klärung der Problematik der Anspruchshöhe herbeiführt. – Für Mieter bietet sich die **Möglichkeit einer Mietminderung, einer geringeren Betriebskostenbeteiligung, einer außerordentlichen Kündigung und Schadensersatz**; zudem können Mieter bei wesentlichen Flächenabweichungen einer Mieterhöhung widersprechen; prozessual empfiehlt sich – neben der Leistungsklage auf Rückzahlung zuviel gezahlter Miete – die **Erhebung einer negativen Feststellungsklage**.

2. **Horst:** Nächtliche Lärmbelästigung – Praxisrelevante Einzelfälle im Mietrecht (MDR 2012, 70)
3. **Schramm/Kuhnke:** Neue Grundsätze des BAG zur Überstundenvergütung (NZA 2012, 127)

Bespr. der Entsch. **BAG NZA 2011, 575**, wonach **pauschale Abgeltungsklauseln in Arbeitsverträgen mangels hinreichender Transparenz generell unwirksam** sind; dies **gilt unabhängig von der Stellung des Mitarbeiters**. – Eine Überstundenvergütung wird sich indes i. d. R. aus § 612 I BGB ergeben, da nach Ansicht des BAG in weiten Teilen des Arbeitslebens eine entsprechende Vergütungserwartung besteht; zur Wahrung des Transparenzgebots ist eine Abgeltungsklausel daher so zu gestalten, dass deutlich wird, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst sein sollen; unerlässlich ist es daher, die Anzahl der abgegoltenen Überstunden in der Klausel ausdrücklich anzugeben. – Es kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass sämtliche Überstunden bis zur **Grenze der nach § 3 ArbZG zulässigen Arbeitszeit** abgegolten werden können, denn eine entsprechende – nicht vergütete – Erhöhung der Arbeitszeit kann dazu führen, dass das **Verhältnis zwischen Arbeitsleistung und Vergütung um mehr als 25% verschoben** und der **Arbeitnehmer hierdurch unangemessen beeinträchtigt** wird. – **Angemessen** dürfte es sein, **Überstunden von bis zu 10% der regelmäßigen Arbeitszeit pauschal abzugelten**. – Darüber hinaus müssen auch die **Voraussetzungen bestimmt** sein, **unter denen Überstunden angeordnet werden können**; in der Klausel zur Anordnungsbezugnis sollte daher klargestellt werden, dass Überstunden z.B. nur bei entsprechender Anordnung oder dringenden betrieblichen Gründen zu leisten sind; ergänzt werden sollte eine solche Abgeltungsklausel vorsorglich durch eine – wirksame – Ausschlussklausel, um von vornherein zu vermeiden, dass Überstunden über einen längeren Zeitraum hinweg angesammelt werden können.

II. Strafrecht

1. **Stegbauer:** Rechtsprechungsübersicht zu den Propaganda- und Äußerungsdelikten (NSTZ 2012, 79)
2. **Sowada:** Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht (NSTZ 2012, 1)

Nach Ansicht des Autors ist die **Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht abzulehnen**; maßgeblich ist hierfür insb. das **Unterlaufen des Grundsatzes der Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung**. – Weil die nachträgliche Befragung des Patienten seiner Möglichkeit zur Entscheidung vor der Vornahme des Eingriffs qualitativ nicht gleichsteht, bewirkt die hypothetische Einwilligung – zumal in Anbetracht des im Strafrecht geltenden Grundsatzes „in dubio pro reo“ – eine **erhebliche Schwächung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten**, die auch **nicht über eine Versuchsstrafbarkeit effektiv aufgefangen** werden kann. –

Die der hypothetischen Einwilligung immanente rückwirkende Ausrichtung führt zu **Friktionen mit der grds. Unbeachtlichkeit der Genehmigung im Strafrecht**; hierin liegt zugleich die Legitimation für die Abweichung von den zivilrechtlichen Vorgaben. - In dogmatischer Hinsicht erscheint die hypothetische Einwilligung nur auf den ersten Blick als konsequente Übertragung der tatbestandlichen Zurechnungskategorie des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auf die Rechtswidrigkeitsebene; bei näherem Hinsehen zeigen sich jedoch beachtliche Unterschiede: So müsste vor allem – neben der Ersetzung des pflichtwidrigen durch ein pflichtgemäßes Verhalten des Arztes (ordnungsgemäße Aufklärung) – zusätzlich ein konkretes Opferverhalten (Erteilung der Einwilligung) hinzugedacht werden. - Mit der Ablehnung der hypothetischen Einwilligung entfallen zugleich **zahlreiche weitere Probleme bzgl. der Reichweite dieses Rechtsinstituts und hinsichtlich der Harmonisierung mit weiteren Grundsätzen der Rechtfertigungslehre**.

3. **Lam/Meyer-Mews**: Die gestörte Verteidigung – Möglichkeiten und Grenzen des Widerrufs der Pflichtverteidigerbestellung (NJW 2012, 177)

III. öffentliches Recht

1. **Greve/v. Lucius**: Überwachung entlassener gefährlicher Straftäter durch die Polizei (DÖV 2012, 97)

Problemstellung: Das **Recht der Sicherungsverwahrung** befindet sich im **Umbruch**; aktuell ist der Gesetzgeber damit befasst, den durch die Sicherungsverwahrung bezweckten Schutz der Allgemeinheit vor Personen, die wegen ihres „Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden“ (§ 66 I 1 Nr. 4 StGB) neu auszugestalten, denn das BVerfG hat jüngst eine grundlegende Neugestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung bis zum 31.05.2013 angeordnet. - Nachdem der EGMR nicht nur die nachträgliche Verlängerung primärer Anordnung, sondern auch die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung insgesamt für konventionswidrig und das BVerfG die entsprechenden Vorschriften für verfassungswidrig erklärt haben, kann es zu weiteren Entlassungen von Strafgefangenen bzw. bereits Sicherungsverwahrten aus Rechtsgründen trotz der Einschätzung der beauftragten forensisch-psychiatrischen Gutachter, sie seien hoch gefährlich, kommen. - Zwar sind die vom BVerfG verworfenen **Vorschriften noch übergangsweise bis zum 31.05.2013 anwendbar**, doch hat das BVerfG für diese Übergangszeit sowohl für die nachträgliche Verlängerung nach § 67d III StGB als auch für die nachträgliche Anordnung nach § 66b II JGG und § 7 II JGG erhöhte Anforderungen gestellt; sind diese Anforderungen im Einzelfall nicht erfüllt – was vollstreckungsgerichtlich zu überprüfen ist –, sind die **Betroffenen bis zum 31.12.2011 zu entlassen**. - Auf solche Entlassungen von Strafgefangenen bzw. bereits Sicherungsverwahrten haben nun vermehrt Landespolizeien damit reagiert, die Betroffenen dauerhaft zu observieren; das **Polizeirecht wird hier dazu benutzt, Fälle aufzufangen, die im Zuge der Umwälzungen des rechtlichen Umgangs mit gefährlichen Straftätern der strafvollzugsrechtlichen Behandlung entzogen wurden**. - Die **bisherigen polizeirechtlichen Regelungen sind nur bedingt geeignet, als ausreichende Eingriffsgrundlagen eine dauerhafte Observation** von als gefährlich erachteten Straftätern **zu rechtfertigen**; aufgrund der **Grundrechtsintensität der Maßnahme** ist eine hinreichende **rechtsstaatliche Ermächtigung erforderlich**, die ausgehend vom Übermaßverbot insbes. prozedurale Schutzvorkehrungen vorsieht, um die Angemessenheit des Eingriffs noch zu wahren; **polizeiliche Generalklauseln genügen hierfür bereits mangels Bestimmtheit grds. nicht**; vielmehr ist hier angesichts der Grundrechtsintensität der Maßnahme und der keineswegs unbekanntem Gefahrenlage eine **hinreichende bereichsspezifische Regelung erforderlich**, die insbes. auch prozedurale und institutionelle Schutzvorkehrungen inkorporiert, **um eine rechtsstaatliche Kontrolle dieser präventionsorientierten Eingriffsmaßnahme zu ermöglichen**. - Das **Polizeirecht ist** daher wohl auch die **falsche Rechtsmaterie**, dem Problem in Freiheit befindlicher hochgefährlicher Personen zu begegnen; dauerhafte Maßnahmen zum Umgang mit den Betroffenen sollten weiterhin im Straf- und Maßregelvollzug und insbes. im Rahmen der Führungsaufsicht gesucht werden, wo inzwischen ein differenziertes Instrumentarium zur individuellen Befassung mit Rückfallgefährdeten zur Verfügung steht.

2. **Pahlke**: Gibt es einen „ungeschriebenen verfassungsmittelbaren Informationsanspruch“ eines jeden Gemeinderatsmitglieds gegenüber dem Bürgermeister? (BayVBl. 2011, 694)

Die Herleitung eines „**ungeschriebenen verfassungsmittelbaren Informationsanspruchs eines jeden Ratsmitglieds gegenüber seinem Bürgermeister**“ durch das NdsOVG und das OVG Sachsen-Anhalt **beruht auf einer pauschalen Gleichsetzung der Rechtsstellung des Parlamentsabgeordneten mit der eines Gemeinderatsmitglieds**. - Die **geltende bayerische Gesetzeslage**, wonach weder ein einzelnes Gemeinderatsmitglied noch ein bestimmtes Minderheitenquorum der Ratsmitglieder ein Recht auf Auskunft oder Akteneinsicht gegenüber dem Bürgermeister haben, **ist im bundesdeutschen Ländervergleich sehr restriktiv**: Zur sachgerechten Wahrnehmung seiner Aufgaben bedarf jedes einzelne Mitglied eines – notfalls auch gegen den Willen der Mehrheit – durchsetzbaren subjektiven Rechts auf diejenigen Informationen, die zu Vorbereitung auf anstehende Tagesordnungspunkte notwendig sind; dadurch könnte sich das Gemeinderatsmitglied in einer Weise auf die Sitzungen des Gemeinderats vorbereiten, die seiner verantwortlichen Stellung und den damit einhergehenden Haftungsrisiken gerecht werden würde; de lege ferenda wäre es deshalb wünschenswert, die Rechtsstellung der Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften in Bayern durch die **Einfügung eines begrenzten Informationsrechts** zum Zwecke der Vorbereitung auf anstehende Beschlussfassungen zu stärken.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Fölsch:** Kombination von Regelgebühr und Toleranzbereich (NJW 2012, 267)

Die Vergütung für die außergerichtliche Vertretung findet sich in den Nr. 2300 - 2302 VV RVG; der Gebührenrahmen für die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG beträgt 0,5 - 2,5. - Die **Bestimmung der Gebühr im Einzelfall erfolgt nach § 14 I RVG**, diese regelt vor allem, wie der Anwalt die Rahmengebühr im Einzelfall zu bestimmen hat, nämlich unter Berücksichtigung der in § 14 I 1-3 RVG genannten Kriterien nach **billigem Ermessen**; bei den Kriterien handelt es sich um den **Umfang der anwaltlichen Tätigkeit**, die **Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit**, die **Bedeutung der Angelegenheit**, die **Einkommensverhältnisse des Auftraggebers**, die **Vermögensverhältnisse des Auftraggebers**, das **besondere Haftungsrisiko des Rechtsanwalts**; die in § 14 I RVG aufgeführten Kriterien sind jedoch nicht abschließend, sodass auch **sonstige Umstände** zur Bestimmung einer Gebühr berücksichtigt werden können; der Anwalt hat bei der Abwägung **zunächst von der Mittelgebühr auszugehen und dann zu prüfen, inwieweit nach den maßgeblichen Kriterien eine Gebühr oberhalb oder unterhalb der Mittelgebühr gerechtfertigt ist**. - Die Bestimmung der Gebühr wird gem. § 14 I 1 RVG durch den Anwalt ausgeübt, der **an sein einmal ausgeübtes Ermessen gebunden** ist; die **Ermessensausübung erfordert keine Begründung**. - Die **Gebührenbestimmung ist gegenüber dem Auftraggeber verbindlich**, wenn sie der Billigkeit entspricht; ist die Gebühr von einem Dritten zu ersetzen, ist die Gebührenbestimmung gem. § 14 I 4 RVG nicht verbindlich, wenn sie unbillig ist; bei der Gebührenbestimmung steht dem Anwalt ein gewisser **Ermessensspielraum** (Toleranzbereich; Toleranzgrenze) zu; innerhalb dieses Rahmens ist die **Bestimmung des Anwalts auch gerichtlich nicht überprüfbar**; auch der BGH bejaht eine solche **Toleranzgrenze**; der Toleranzbereich wird mit **20%** angenommen. - Bei der Geschäftsgebühr des Nr. 2300 VV RVG beträgt die Mittelgebühr rechnerisch 1,5; von ihr ist im Grundsatz auszugehen; allerdings bestimmt die Anmerkung zu Nr. 2300 VV RVG, dass ein Anwalt eine Gebühr von mehr als 1,3 nur dann fordern darf, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig war. - Die Anhaltspunkte der 1,3-Regelgebühr nach Nr. 2300 VV RVG und der Toleranzgrenze sind nicht in der Weise miteinander zu kombinieren, dass in jedem Durchschnittsfall eine Überschreitung der 1,3-Regelgebühr bis zu 20% automatisch im Rahmen der Billigkeit bleibt; eine über einem Gebührensatz der Regelgebühr bestimmte Gebühr ist vielmehr nur dann billig, wenn hierfür die in § 14 I RVG genannten Ermessenskriterien vorliegen; solche Kriterien müssen im Zivilprozess von derjenigen Partei, die sich auf einen höheren Gebührensatz beruft, vorgetragen werden oder sonst für das Gericht ersichtlich sein.

2. **Nickel:** Aktuelle Rspr. zur PKH (MDR 2011, 1334)

3. **Fest:** Einstweilige Anordnung in Unterhaltssachen

Verfahren in Unterhaltssachen sind – mit Ausnahme der in § 231 II FamFG geregelten Verfahren – **Familienstreitsachen**, § 112 Nr. 1 FamFG, **für die nicht der Amtsermittlungsgrundsatz** (§ 26 FamFG), sondern der **Beibringungsgrundsatz der ZPO gilt**, § 113 I FamFG; den sich daraus ergebenden Schwierigkeiten kann der Ast. im Hauptsacheverfahren mit materiell-rechtlichen Auskunftsansprüchen im Stufenverfahren begegnen; im einstweiligen Anordnungsverfahren erlangt die verfahrensrechtliche Auskunftspflicht nach § 235 FamFG besondere Bedeutung. - Eine wesentliche Schwierigkeit für die Ast. in Verfahren in Unterhaltssachen (§ 231 I FamFG) besteht regelmäßig darin, dass sie keine detaillierte Kenntnis von den gegenwärtigen Einkommensverhältnissen der Ag. haben, auf deren Grundlage sie die Unterhaltshöhe berechnen können; gleichwohl müssen sie in der Antragschrift grds. einen bestimmten Antrag (§ 113 I 2 FamFG i. V. mit § 253 II Nr. 2 ZPO) stellen; ein **unbezifferter Antrag ist** auch unter Geltung der §§ 235, 236 FamFG **nicht vorgesehen**; zusätzlich ist die **Antragstellung dadurch erschwert, dass die Unterhaltsgläubiger auf Grund des Beibringungsgrundsatzes die der Anspruchsbegründung dienenden Tatsachen wahrheitsgemäß und vollständig vorzutragen haben**, § 138 I ZPO i. V. mit § 113 I 2 FamFG; dies erfordert nicht nur Darlegungen zu dem unterhaltsrechtlichen Grundverhältnis (Verwandtschaft in gerader Linie, geschiedene Ehe, Getrenntleben), sondern auch zu den Tatsachen, aus denen sich der Bedarf des Ast. ergibt, insbes. der Einkünfte des Ag. und solcher Aufwendungen, die geeignet sind, das unterhaltsrechtlich bedeutsame Einkommen zu verringern; **Angaben hierzu sind den Ast.**, obgleich an die Substanziierung des Vortrags keine erhöhten Anforderungen gestellt werden, **häufig nicht oder nur unsubstanziert möglich**. - Gelingt es den Ast. nicht, bereits vor der Einleitung des gerichtlichen Verfahrens bestimmte Kenntnisse zu erlangen – sei es, dass eine gemeinsame Einkommensteuererklärung der Ehegatten vorhanden ist oder der Ast. einer außergerichtlichen Auskunftsaufforderung zumindest teilweise freiwillig nachkommt –, besteht in der Hauptsache die **Möglichkeit, einen zunächst unbezifferten Leistungsantrag und einen materiell-rechtlichen Auskunftsanspruch** (§§ 1580, 1605, 1361m IV 4, 1615 III 1 BGB) mittels eines Stufenantrags (§ 254 ZPO i. V. mit § 113 I 2 FamFG) **miteinander zu verbinden**.

Überreicht durch:

Mandantenbrief

- neueste Informationen –

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

Februar 2012

Hinweis der Redaktion:

Auf vielfachen Wunsch unserer Leser steht der „Mandantenbrief“ ab sofort zum kostenlosen Download auf unserer Homepage www.juridicus.de bereit, sodass zukünftig von einem Abdruck in der Printausgabe des „Praktikerreports“ abgesehen wird.

A. Aus der Gesetzgebung

Die Insolvenzrechtsnovelle

Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 07.12.2011, In-Kraft-Treten der Art. 4, 5, 7 und 8 am 01.01.2013, i. Ü. am 01.03.2012 (BGBl I, S. 2582)

I. Das Ziel der gesetzlichen Neuregelung

Mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) werden **mehrere Reformvorhaben** zum Insolvenzrecht **umgesetzt**.

Insbesondere soll der Gesetzentwurf der **Erleichterung der Sanierung von Unternehmen** durch einen stärkeren Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters, durch **Ausbau und Straffung des Insolvenzplanverfahrens**, durch die **Vereinfachung des Zugangs zur Eigenverwaltung** und durch eine größere **Konzentration der Zuständigkeit der Insolvenzgerichte** dienen. Außerdem soll die Position von sog. „Clearinghäusern“ gestärkt werden, die bei Finanztransaktionen mit dem Ziel einer effizienten Abwicklung und Risikominimierung als zentraler Vertragspartner zwischen Käufern und Verkäufern geschaltet werden. Insgesamt soll so die Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen erleichtert und damit der Erhalt von Arbeitsplätzen ermöglicht werden. Gleichzeitig wird aber daran festgehalten, dass die **Befriedigung der Gläubiger weiterhin** das **zentrale Anliegen** des Insolvenzverfahrens bleibt. Zukünftig soll das Insolvenzverfahren für alle Beteiligten effektiver und planbarer ausgestaltet werden.

II. Die Neuregelungen im Überblick

1. Die Stärkung der Gläubigerautonomie

Die Gläubigerautonomie soll durch die Möglichkeit gestärkt werden, **bereits im Eröffnungsverfahren** einen **vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen**, der bei bestimmten Unternehmen ein wichtiges Mitspracherecht bei der Auswahl des Insolvenzverwalters und der Anordnung der Eigenverwaltung hat.

Auch bei der Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, die gemeinhin als Schicksalsfrage des Verfahrens bezeichnet wird, soll dieser vorläufige Gläubigerausschuss eingebunden werden. Die Beteiligung der Gläubiger wird aber nicht nur zeitlich vorverlagert; vielmehr sollen Vorgaben des Ausschusses zur Person des Verwalters – seine Eignung und Unabhängigkeit vorausgesetzt – für den Richter unter bestimmten Umständen bindend sein. Künftig soll das Gericht in Insolvenzverfahren über Unternehmen, deren Betrieb noch nicht eingestellt ist und die eine bestimmte Unternehmensgröße und damit eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung haben, verpflichtet sein, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzuberufen. Besteht ein solcher vorläufiger Gläubigerausschuss und einigen sich alle Mitglieder auf einen Verwalter, ist das Gericht hieran gebunden.

2. Das „Schutzschirmverfahren“ für Schuldner

Künftig wird ein Schuldner bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung die Möglichkeit erhalten, **innerhalb von drei Monaten** in einer Art

„Schutzschirmverfahren“ **unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters** und frei von Vollstreckungsmaßnahmen **in Eigenverwaltung** einen **Sanierungsplan auszuarbeiten**, der anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden kann. Dabei soll das Gericht aber nicht nur regelmäßig den vom Schuldner vorgeschlagenen als vorläufigen Sachwalter einsetzen, auf Antrag ist das **Gericht** vielmehr auch **dazu verpflichtet, Zwangsvollstreckungen gegen den Schuldner zu untersagen oder einstweilen einzustellen**. Zudem darf es im Schutzschirmverfahren weder einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen noch dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entziehen.

3. Der Ausbau des Planverfahrens

Darüber hinaus soll das **Instrument des Planverfahrens ausgebaut** werden: Im Rahmen des Planverfahrens sollen künftig als Sanierungsinstrument auch **Forderungen von Gläubigern in Gesellschaftsanteile umgewandelt** werden können („debt-equity-swap“). Die Einbindung dieses gesellschaftsrechtlichen Instruments in die Insolvenzordnung soll die **Sanierungschancen verbessern**, da so Widerstände von Altgesellschaftern überwunden werden können.

Um zu vermeiden, dass Forderungen, die im Insolvenzverfahren nicht angemeldet wurden und erst nach Abschluss des Planverfahrens geltend gemacht werden, die Finanzplanung nachträglich stören, hat der Schuldner künftig die Möglichkeit, bei Vollstreckungsversuchen nach der Verfahrensaufhebung Vollstreckungsschutz durch das Insolvenzgericht zu erhalten, wenn die geltend gemachte Forderung die Durchführung des Insolvenzplans gefährden würde.

Zudem werden die **Verjährungsfristen für verspätete Forderungen verkürzt**: Ansprüche, die nicht bis zum Abstimmungstermin angemeldet worden sind und mit denen deshalb nicht zu rechnen war, verjähren künftig in einem Jahr.

4. Die Stärkung sog. „Clearinghäuser“

Darüber hinaus soll mit dem Gesetzesvorschlag außerdem die Position sog. „Clearinghäuser“ gestärkt werden, indem im Interesse der Stabilität der Märkte sichergestellt wird, dass Finanztransaktionen auch bei Insolvenz eines Teilnehmers geordnet zu Ende gebracht werden können.

5. Die Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeiten

Die Reform sieht weiterhin eine zwingende Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeiten für Insolvenzen auf **maximal ein Insolvenzgericht pro Landgerichtsbezirk** vor; dies gilt zukünftig sowohl für Unternehmens- als auch für Verbraucherinsolvenz- und sonstige Kleinverfahren.

6. Die Neuordnung des Rechts der Insolvenzstatistik

Schließlich wird das Recht der Insolvenzstatistik neu geordnet, damit in Zukunft **belastbare Angaben über die finanziellen Ergebnisse und den Ausgang von Insolvenzverfahren** vorliegen.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB
§§ 556 II, 560 III, 242

Betriebskostenpauschale Auskunftsanspruch des Mieters

BGB

(BGH in NJW 2012, 303; Urteil vom 16.11.2011 – VIII ZR 105/11)

- I. Ein **Auskunftsanspruch des Mieters** gegen den Vermieter **zur tatsächlichen Höhe der** bei der Wohnraummiete **von einer Pauschale abgedeckten Betriebskosten** gem. § 242 BGB kommt **nur dann** in Betracht, **wenn konkrete Anhaltspunkte für eine nachträgliche Ermäßigung der Betriebskosten bestehen**. Nicht relevant sind Ermäßigungen einzelner Betriebskosten, wenn sie durch Erhöhungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden.

*„[Die Kl.] haben im Rahmen ihrer **Vertragsautonomie** die Höhe der Betriebskostenpauschale vereinbart. An dieser Vereinbarung müssen sie sich festhalten lassen. Der Vermieter ist grds. **nicht verpflichtet, seine anfängliche Kalkulation einer Betriebskostenpauschale offenzulegen** (Eisenschmid/Wall/Rips, Betriebskostenkomm., 3. Aufl., Rn 2402; Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 556 Rn 24).*

*Ein Anspruch auf Offenlegung der anfänglichen Kalkulation der Betriebskosten kann auch nicht aus **§ 560 III BGB** hergeleitet werden: Hiernach ist der Vermieter bei einer Ermäßigung der Betriebskosten verpflichtet, die Betriebskostenpauschale entsprechend herabzusetzen. Die Vorschrift **gilt aber nicht für von vornherein zu hoch angesetzte Pauschalen** (MüKo-BGB/Schmid, 5. Aufl., § 560 Rn 23).*

Danach kann ein Auskunftsanspruch des Mieters zur tatsächlichen Höhe der von einer Pauschale abgedeckten Betriebskosten gem. § 242 BGB nur in Betracht kommen, wenn **konkrete Anhaltspunkte für eine nachträgliche Ermäßigung der Betriebskosten** bestehen. Denn ohne einen solchen Auskunftsanspruch wäre dem Mieter keine Kontrolle möglich, ob der Vermieter seiner Pflicht aus § 560 III BGB nachgekommen ist, die Betriebskostenpauschale bei einer Ermäßigung der Betriebskosten entsprechend herabzusetzen. Dabei sind **Ermäßigungen einzelner Betriebskosten nicht relevant, wenn sie durch Erhöhungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden** (Schmidt-Futterer, § 560 Rn 40).“ (BGH aa)

- II. Allerdings wird im **mietrechtlichen Schrifttum** teilweise angenommen, dass dem Mieter ein solcher **Auskunftsanspruch nach Ablauf eines jeden Jahres** zustehe, ohne dass es der Darlegung besonderer Anhaltspunkte für eine Ermäßigung der von der Pauschale erfassten Betriebskosten bedürfe, da sich erfahrungsgemäß die Höhe der Gesamtbelastung von Jahr zu Jahr ändere.

MüKo-BGB/Schmid, § 560 Rn 26; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 560 Rn 18; Sternel, MietR aktuell, 4. Aufl., Rn IV 430; Eisenschmid/Wall/Rips, Rn 2414a

Dem kann nach BGH aaO in dieser Weite nicht gefolgt werden.

„Nach zutreffender Auffassung besteht der Auskunftsanspruch nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die von der Pauschale erfassten Betriebskosten insgesamt ermäßigt haben (Schmidt-Futterer, § 560 Rn 124; Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2011, § 560 Rn 44; Kinne/Schach/Bieber, Miet- u. MietprozessR, 6. Aufl., § 560 Rn 64). Denn **nach dem Sinn und Zweck der vereinbarten Pauschale ist der Vermieter grds. nicht zur Abrechnung verpflichtet.**

Die gem. §§ 556 II, 560 BGB – vorbehaltlich anderweitiger Vorschriften – zulässige Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale **erspart dem Vermieter die genaue Abrechnung der Betriebskosten und entlastet ihn** damit von dem ansonsten jährlich anfallenden **Arbeitsaufwand**. **Stünde dem Mieter demgegenüber – jährlich – ohne Weiteres ein Auskunftsanspruch über die tatsächliche Höhe der anfallenden Betriebskosten zu, würde diese Arbeitserleichterung für den Vermieter entfallen**, während der Mieter den mit der Pauschale verbundenen Vorteil behielte, zumindest vorerst von einem auch zukünftig gleichbleibenden, festen Betrag der Betriebskosten ausgehen zu können (Schmidt-Futterer, § 556 Rn 24). Eine solche Unausgewogenheit **widerspricht dem Sinn und Zweck der vereinbarten, im beiderseitigen Interesse liegenden Pauschale**. Deshalb kann dem Mieter ein Auskunftsanspruch über die tatsächliche Höhe der von einer Pauschale abgedeckten Nebenkosten nur dann zustehen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine – nachträgliche – Ermäßigung der Betriebskosten ohne Kompensation in anderen Bereichen bestehen.“ (BGH aaO)

BDSG
§§ 43, 44

unbefugte personenbezogene Datenerhebung verdeckte Verwendung eines GPS-Senders

BDSG

(LG Lüneburg in NSTZ 2012, 55; Beschluss vom 28.03.2011 – 26 Qs 45/11)

Die **verdeckte Anbringung eines GPS-Senders** an einem fremden Kfz (hier: durch eine Detektei) **zur Erstellung eines Bewegungsprofils** kann eine **Straftat nach §§ 44 I, 43 II Nr. 1 BDSG** darstellen.

- I. Sog. **GPS-Daten sind personenbezogene Daten i.S. des § 3 I BDSG**.

„Durch Auswertung der von GPS-Satelliten abgestrahlten und von entsprechenden Empfangsgeräten aufgezeichneten Daten ist jederzeit feststellbar, zu welchem Zeitpunkt sich das Empfangsgerät an welchem Ort befunden hat. So ist es möglich, ein vollständiges **Bewegungsprofil des Empfangsgeräts** zu erstellen. Zwar hat dieses zunächst einen **nur mittelbaren Personenbezug**. Dieser wird jedoch vollständig dadurch hergestellt, dass das Empfangsgerät an das Fahrzeug einer konkreten „Zielperson“ angebracht wird, dieser Person somit zumindest zugeordnet werden kann. Die vollständige Überwachung der Fahrzeugbewegungen und somit auch des Fahrzeugführers sind auch das erklärte Ziel des Besch. Dieser wirbt in seinem Flyer mit folgenden Angaben:

„Das System ermöglicht eine diskrete Beobachtung/Observierung von Fahrzeugen...Ein Fahrzeug kann auch bei dichtem Straßenverkehr u. vor allem in der Nacht unbemerkt verfolgt werden. ... Am Ende steht eine lückenlose Dokumentation mit Ausdruck der Fahrtroute ...“ (LG Lüneburg aaO)

- II. Auch am **Personenbezug** bestehen keine Zweifel.

„So soll das Verfahren u. a. der Feststellung von Arbeitgebern in Unterhaltssachen sowie beim Verdacht auf Missbrauch einer Krankenschreibung zum Einsatz kommen. Die **Ermittlung der Aufenthaltsorte des Fahrzeugs dient** somit zweifelsfrei der **Überwachung konkreter, einzelner Personen**. Auch vorliegend [wurde] die Überwachung mit dem Ziel einer nachvollziehbaren Aufenthaltsbestimmung des Betroffenen geführt.“ (LG Lüneburg aaO)

- III. Es erfolgt auch eine **Verarbeitung der Daten** i.S. des § 43 II Nr. 1 BDSG.

„Gem. § 3 IV BDSG fällt unter den Begriff des „Verarbeitens“ insbes. das **Speichern personenbezogener Daten**. Der Besch. wirbt in seinem Flyer insbes. damit, dass das System über eine sog. **Blackbox** verfüge, mit deren Hilfe die Daten gespeichert, ausgewertet und abgerufen werden können. Dass dies auch im konkreten Fall so gehandhabt wurde, folgt aus den sichergestellten Daten, die mehrere sog. **Bewegungsprofile des Betroffenen** enthalten.“ (LG Lüneburg aaO)

- IV. Darüber hinaus sind die **Daten „unbefugt“** i.S. des § 43 II Nr. 1 BDSG **verarbeitet** worden.

„Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat, § 4 I BDSG.

Dass bei dieser Fallkonstellation eine Einwilligung des Betroffenen als Rechtfertigungsgrundlage fern liegend ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Eine mögliche Zulässigkeit der Datenspeicherung gem. § 32 I 2 BDSG kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil weder zwischen Besch. und Betroffenen noch zwischen dem Auftraggeber des Besch. und dem Betroffenen aktuell ein Arbeitsverhältnis besteht.

Eine weitere mögliche gesetzliche Rechtfertigung könnte sich zwar aus § 29 I BDSG ergeben, der die **geschäftsmäßige Datenspeicherung zum Zwecke der Übermittlung unter bestimmten Voraussetzungen zulässt**. Eine datenschutzrechtliche Rechtfertigung aus dieser Vorschrift heraus scheidet jedoch bereits daran, dass Grund zur Annahme besteht, dass der **Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Speicherung** hat. Das schutzwürdige Interesse ergibt sich

vorliegend bereits aus dem verfassungsrechtlich garantierten **Persönlichkeitsrecht** des Betroffenen in Gestalt des **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** (vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419). Es gewährt dem Betroffenen **weitgehende Rechte über die Verwendung seiner persönlichen Daten**, insbes. im sog. **Kernbereich privater Lebensführung** selbst über das Schicksal personenbezogener Daten zu entscheiden und so „Herr“ dieser Daten zu bleiben. Hierzu gehört auch die Frage, ob und mit welchem Ziel ein Fahrzeugführer sein Kraftfahrzeug bewegt. Zu dieser Frage hat das BVerfG zuletzt in seiner Entscheidung zur automatisierten Erfassung von Kfz-Kennzeichen eindeutig Stellung dahingehend bezogen, dass **auch staatlichen Stellen ein (verdachtsunabhängiger) Eingriff in diesen Kernbereich privater Lebensführung untersagt** ist (vgl. BVerfGE 120, 378 = NJW 2008, 1505). Das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** ist jedoch nicht nur als klassisches Abwehrrecht des Bürgers gegenüber staatlichen Stellen zu verstehen, sondern **entfaltet auch Wirkung zwischen Privaten**, soweit in wesentliche Teile der Lebensgestaltung eines Betroffenen oder seine Persönlichkeit – so wie vorliegend – eingegriffen wird (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 10. Aufl., § 1 Rn 13 m. w. Nachw.).

Zwar ist auch das berechnete Interesse der verantwortlichen Stelle in die Abwägung einzubeziehen (vgl. Gola/Schomerus, § 29 Rn 10). Dieses **Interesse** in Gestalt der **Gewinnerzielungsabsicht** des Besch. durch das geschäftsmäßige Speichern und Auswerten persönlicher Daten Dritter zum Zwecke der Übermittlung an den jeweiligen Auftraggeber **muss** nach Auffassung der Kammer jedoch **gegenüber dem Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung im Kernbereich privater Lebensführung zurückstehen**.

Die Datenspeicherung [erfolgte] daher mangels Rechtfertigung „unbefugt“ i.S. des § 43 II Nr. 1 BDSG.“ (LG Lüneburg aaO)

ESTG
§ 8 II 1

Private Nutzung eines Dienstwagens Anwendbarkeit der 1 %-Regelung

SteuerR

(BFH in DB 2012, 28 = DStR 2012, 29; Urteil vom 06.10.2011 – VI R 56/10)

Die **Anwendung der 1 %-Regelung** setzt voraus, dass der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer tatsächlich einen **Dienstwagen zur privaten Nutzung überlassen** hat (Anschluss an BFHE 229, 228 = DStR 2010, 1568). Allein die Gestattung der **Nutzung eines betrieblichen Fahrzeugs für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte begründet** jedoch noch **keine Überlassung zur privaten Nutzung** i. S. des § 8 II 2 EStG.

I. Nach der **neueren Rspr. des Senats** streitet der Anscheinsbeweis lediglich dafür, dass ein vom Arbeitgeber zur privaten Nutzung überlassener Dienstwagen auch tatsächlich privat genutzt wird.

Der **Anscheinsbeweis streitet** aber **weder dafür**, dass dem Arbeitnehmer **überhaupt ein Dienstwagen** aus dem vom Arbeitgeber vorgehaltenen Fuhrpark **privat zur Verfügung steht**, noch dafür, dass er einen solchen **auch privat nutzen darf**.

„Denn nach der **allgemeinen Lebenserfahrung** ist zwar typischerweise davon auszugehen, dass ein dem Arbeitnehmer auch zur privaten Nutzung überlassener Dienstwagen von ihm tatsächlich auch privat genutzt wird. Weiter reicht dieser allgemeine Erfahrungssatz aber nicht (BFHE 229, 228 = DStR 2010, 1568).“ (BFH aaO)

II. Allein die **Nutzung eines betrieblichen Fahrzeugs für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte begründet** indessen noch **keine Überlassung zur privaten Nutzung** i. S. des § 8 II 2 EStG, die zur Anwendung der 1 %-Regelung führt.

„Der Gesetzgeber hat diese **Fahrten** in § 9 I 3 Nr. 4 EStG und § 4 V 1 Nr. 6 EStG vielmehr **der Erwerbssphäre zugeordnet** (BFHE 231, 127 = DStR 2010, 2623) und den multikausalen und den multifinalen Wirkungszusammenhängen, die nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rspr. auch für diesen Lebenssachverhalt im Schnittbereich zwischen beruflicher und privater Sphäre kennzeichnend sind (vgl. BVerfG DStR 2008, 2460; BVerfG DStR 2008, 2460; BVerfG DStR 2008, 2460; BVerfGE 122, 210 = DStR 2008, 2460), einfachgesetzlich durch einen **beschränkten Werbungskostenabzug** Rechnung getragen.“ (BFH aaO)

BGB
§§ 241 II, 626 I

Arbeitszeitbetrug fristlose Kündigung

BGB

(BAG in DB 2012, 240; Beschluss vom 09.06.2011 – 2 AZR 381/11)

Der **vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers** gegen seine Verpflichtung, die **abgeleistete Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren**, ist an sich **geeignet**, einen **wichtigen Grund i. S. von § 626 I BGB darzustellen**, denn der Arbeitnehmer verletzt damit in erheblicher Weise seine ihm gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 II BGB).

„Dabei kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung an, sondern auf **den mit der Pflichtverletzung verbundenen schweren Vertrauensbruch** (BAG NZA 2006, 484 = NJW 2006, 1545; BAG NZA 2000, 27). Der Arbeitgeber muss auf eine korrekte Dokumentation der Arbeitszeit der am Gleitzeitmodell teilnehmenden Arbeitnehmer vertrauen können. Überträgt er den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst und füllt ein Arbeitnehmer die dafür zur Verfügung gestellten Formulare wissentlich und vorsätzlich falsch aus, so stellt dies in aller Regel einen schweren Vertrauensmissbrauch dar (BAG NZA 2005, 991). Nicht anders zu bewerten ist es, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet ist, die geleistete Arbeitszeit mit Hilfe des Arbeitsplatzrechners in einer elektronischen Zeiterfassung zu dokumentieren, und er hierbei vorsätzlich falsche Angaben macht. Der **Arbeitnehmer verletzt damit** in erheblicher Weise seine ihm **gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Pflicht zur Rücksichtnahme** (§ 241 II BGB).“ (BAG aaO)

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

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

Was kostet das ?

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

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

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

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!

