



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

**38. Jahrg.**

**Dezember 2013**

**Heft 12**

---

**Aus dem Inhalt:**

- BGH:** Nichtehele. Lebensgem. kein gesetzl. Besitzmittlungsverhältnis
- BGH:** Kündigungsbeschränkung im Mietvertrag bei Veräußerung
- BGH:** Täterkreis bei Vorteilsnahme
- VGH München:** Erweiterte Gewerbeuntersagung bei GmbH & Co. KG
- LG Köln/KG:** Räumungsverfügung gegen Dritte
- BGH:** Selbstbelastung durch Spontanäußerung
- OVG Münster:** Verwaltungsakt mit Drittwirkung und faktische Vollziehung



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

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

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

Änderungen im Steuerrecht.....	1
--------------------------------	---

### Brandaktuell

BVerfG: Mitgliedervotum der SPD über Große Koalition (Eilantrag unzulässig).....	3
---	---

### Zivilrecht

BGH: Nichteheleiche Lebensgemeinschaft (kein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis).....	4
BGH: Kündigungsbeschränkungen im Mietvertrag (Reichweite bei Veräußerung ).....	7

### Strafrecht

BGH: Vorteilsannahme (Täterkreis).....	10
LG Hamburg: Geheimnisverrat (Verbotene Mitteilung über Gerichtsverhandlung).....	15

### öffentl. Recht

VGH München: Erweiterte Gewerbeuntersagung (GmbH & Co. KG).....	17
OVG Koblenz: Erhöhung der Hundesteuer (Überprüfung im Normenkontrollverfahren).....	21

### Kurzauslese I

OLG Schleswig: Schwarzgeldabrede (Kein Zahlungs- und/oder Wertersatzanspruch).....	25
BAG: Arbeitsverhältnis / Werkvertrag (Abgrenzung).....	25
BGH: Teilungsversteigerung (GbR-Grundstück).....	25
ArbG Köln: Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsanspruch (Weihnachtsgeschenk).....	26
BGH: Sexueller Missbrauch von Kindern (Gemeinschaftliche Tatbegehung).....	26
BGH: Körperverletzung (Gesundheitsbeschädigung durch Einwirken auf die Psyche).....	26
BGH: Erpressung (Abgenötigter Geschlechtsverkehr mit einer Prostituierten).....	27
BGH: Computerbetrug (Unmittelbarkeitserfordernis).....	28
OVG Münster: Fraktionsstatus (Voraussetzung für das Bestehen einer Fraktion).....	28
OVG Koblenz: Verdeckter Zugriff auf Emails (Rechtsgrundlage).....	29
VGH München: Rücktritt von der Prüfung (Missbrauchsgefahr).....	29

## Zivilrecht

LG Köln/KG:	Räumungsverfügung gegen Dritte (neues Recht in der Zwischenmiete).....	32
BGH:	Zustellung eines Mahnbescheids (Verjährungshemmung trotz fehlender Substanziierung).....	35

## Strafrecht

BGH:	Selbstbelastungsfreiheit (Spontanäußerungen).....	38
------	--	----

## öffentl. Recht

OVG Bautzen:	Statthaftigkeit der Feststellungsklage (Regelungsgehalt eines Verwaltungsaktes).....	41
OVG Münster:	Verwaltungsakt mit Drittwirkung (Interessenabwägung bei faktischer Vollziehung).....	44

## Kurzauslese II

BGH:	Richterliche Hinweispflicht (Anforderungen).....	47
BGH:	Anerkenntnis (Vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist).....	47
OLG Zweibrücken:	Ablehnung eines Sachverständigen (Verbale Entgleisung).....	47
BGH:	Verletzung des rechtlichen Gehörs (Präklusion).....	48
OLG Frankfurt a.M.:	Gegenvorstellung (Frist).....	48
BGH:	Verbindung von Strafsachen (Wirksamkeit).....	48
OLG Schleswig:	Beschlagnahmeanordnung (Aufzeichnungen des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft).....	48
BGH:	Revision (Beschränkung auf Anfechtung der Gesamtstrafe).....	49
OVG Münster:	Wahrung des Schriftformerfordernisses (Einreichung eines elektronischen Dokuments).....	50
VGH München:	Öffentlich-rechtliche Streitigkeit (Klage auf Widerruf/Unterlassung von Äußerungen eines Gemeinderatsmitglieds).....	50
BVerwG:	Normenkontrollantrag (Antragsfrist).....	50

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

BGH:	Anwaltliche Hinweispflicht (Gebührenfolge bei einvernehmlicher Scheidung).....	52
AG Gengenbach:	Erfolgshonorar (Folgen einer unwirksamen Honorarvereinbarung).....	52
BGH:	Überschreitung der Regelgebühr (Abmahnung in Gebrauchsmuster- oder Gemeinschaftsgeschmacksmustersache).....	52
BGH:	Abtretung der Betreuervergütung (Zulässigkeit).....	53
OLG Naumburg:	Vergütungsfestsetzungsverfahren (Gerichtliche Zuständigkeit).....	53

## Inhaltsverzeichnis

---

LG Bremen:	Prozess-/Verfahrenskostenhilfe (Vergleichsabschluss).....	54
OLG Hamm:	Kostenfestsetzungsverfahren (Aufrechnungsbefugnis des Kostenschuldners).....	55
<b>Aus der Praxis</b>		
OLG Hamm:	Wettbewerbsverstoß (Alleinstellungswerbung).....	56
BGH:	Anwaltliche Beratungspflicht (Risikobelehrung bei Deckungszusage durch Rechtsschutzversicherer).....	56
OVG Münster:	Einlasskontrolle (Privilegierung eines Rechtsanwalts).....	57
BGH:	Zugewinnausgleich (Berücksichtigung eines Lottogewinns).....	57
BAG:	Personenbedingte Kündigung (Außerdienstlich begangene Straftat).....	57
OLG Braunschweig:	Pflichtverteidigerbestellung (Anfechtbarkeit).....	58
BGH:	Prozessualer Tatbegriff (Lenkzeitverstoß).....	58
EGMR:	Terminsverlegungsantrag (Religiöser Feiertag).....	59
<b>Steuern</b>		
BFH:	Werbungskosten (Beruflich veranlasste Krankheitskosten).....	60
BVerfG:	Freiberufler-Kapitalgesellschaften (Umsatzbesteuerung).....	60
OLG Karlsruhe:	Akteneinsichtsrecht des Finanzamtes (Beschlagnahmte Unterlagen).....	61
<b>Weitere Schriftumsnachweise</b> .....		62



## Aus der Gesetzgebung

### Änderungen im Steuerrecht

Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften vom 29.06.2013 (BGBl. I, 1809); In-Kraft-Treten am 30.06.2013

#### I. Allgemeines

Durch die Einführung des EU-Amtshilfegesetzes wird die EU-Amtshilferichtlinie in nationales Recht umgesetzt und das bisher geltende EG-Amtshilfegesetz abgelöst. Das EUAHiG regelt die Zusammenarbeit zwischen den Steuerbehörden der EU-Mitgliedstaaten, um insbes. die Steuern bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ordnungsgemäß festsetzen zu können.

Das sog. Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz enthielt zunächst im Wesentlichen eine Anpassung deutscher Steuervorschriften an das Recht der Europäischen Union und an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Später wurden Teile des eigentlich gescheiterten Jahressteuergesetzes 2013 aufgenommen. Wesentliche Teile des Gesetzes traten nunmehr zum 30.6.2013 in Kraft.

#### II. Die wesentlichen Neuregelungen im Überblick

- **Lohnsteuer-Nachschau:** Mit der Einführung einer sog. "Lohnsteuer-Nachschau" - die nicht vorher angekündigt werden muss - soll das Finanzamt in die Lage versetzt werden, sich insbes. einen Eindruck über die räumlichen Verhältnisse, das tatsächlich eingesetzte Personal und den üblichen Geschäftsbetrieb zu verschaffen.

Die von der Lohnsteuer-Nachschau betroffenen Personen haben auf Verlangen Lohn- und Gehaltsunterlagen, Aufzeichnungen, Bücher, Geschäftspapiere und andere Urkunden über die der Lohnsteuer-Nachschau unterliegenden Sachverhalte vorzulegen und Auskünfte zu erteilen, soweit dies zur Feststellung einer steuerlichen Erheblichkeit zweckdienlich ist. Geben die getroffenen Feststellungen hierzu Anlass, kann von der allgemeinen Nachschau zu einer Außenprüfung übergegangen werden.

- **Lohnsteuer-Freibeträge:** Als Verfahrensvereinfachung für Arbeitnehmer erlaubt die Finanzverwaltung auf Antrag, die Geltungsdauer eines im Lohnsteuerabzugsverfahren zu berücksichtigenden Freibetrags künftig auf 2 Kalenderjahre zu verlängern. Ein jährlicher Antrag auf Lohnsteuer-Ermäßigung beim Finanzamt ist damit entbehrlich.
- **Wehrsold:** Steuerfrei bleiben der reine Wehrsold für den freiwilligen Wehrdienst und das Dienstgeld für Reservisten, das Taschengeld für den Bundesfreiwilligendienst, den Jugendfreiwilligendienst und für die anderen zivilen Freiwilligendienste. Steuerpflichtig werden bei Dienstverhältnissen ab dem 01.01.2014 u. a. der Wehrdienstzuschlag, besondere Zuwendungen sowie unentgeltliche Unterkunft und Verpflegung.
- **Pflegepauschbetrag:** Steuerpflichtige können wegen außergewöhnlicher Belastungen, die ihnen durch die Pflege einer hilflosen Person entstehen, anstelle einer Steuerermäßigung einen sog. Pflege-Pauschbetrag in Höhe von 924 € im Jahr geltend machen, wenn sie dafür keine Einnahmen erhalten und sie die Pflege im Inland entweder in ihrer Wohnung oder in der Wohnung des Pflegebedürftigen persönlich durchführen.
- **Prozesskosten:** Aufwendungen für die Führung eines Rechtsstreits (Prozesskosten) werden vom Abzug als außergewöhnliche Belastung ausgeschlossen, es sei denn, es handelt sich um Aufwendungen, ohne die der Steuerpflichtige Gefahr liefe, seine Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse in dem üblichen Rahmen nicht mehr befriedigen zu können.
- **Leistungsort:** Bisläng wurden Leistungen, die an den nicht unternehmerischen Bereich einer juristischen Person erbracht wurden, die sowohl unternehmerisch als auch nicht

unternehmerisch tätig ist, an dem Ort besteuert, an dem der leistende Unternehmer seinen Sitz oder eine Betriebsstätte hat, von der aus der Umsatz tatsächlich erbracht wurde. In Zukunft richtet sich bei Leistungen an juristische Personen, die sowohl unternehmerisch als auch nicht unternehmerisch tätig sind, der Leistungsort insgesamt nach ihrem Sitz, soweit keine andere Ortsregelung vorgeht. Dies gilt sowohl beim Bezug für den unternehmerischen als auch für den nicht unternehmerischen Bereich. Ausnahme: Der Bezug erfolgt ausschließlich für den privaten Bedarf des Personals oder eines Gesellschafters.

- **Steuerschuldnerschaft bei Gas- und Stromlieferungen:** Die Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers wird erweitert auf die entsprechenden Lieferungen von Gas über das Erdgasnetz und von Elektrizität durch einen im Inland ansässigen Unternehmer an einen anderen Unternehmer, der selbst derartige Leistungen erbringt bzw. - bei Lieferungen von Elektrizität - Wiederverkäufer ist.



## Brandaktuell

BVerfGG  
§ 32

### Mitgliedervotum der SPD über Große Koalition Eilantrag unzulässig

GG

(BVerfG Pressemitteilung Nr. 73/2013, Beschluss vom 06.12.2013, Az.: 2 BvQ 55/13)

**Fall:** Der Antragsteller beantragt, der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD) im Wege einer einstweiligen Anordnung zu untersagen, eine Abstimmung ihrer Mitglieder über das Zustandekommen einer Großen Koalition durchzuführen. Zur Begründung seines Antrags trägt er vor, die geplante Abstimmung verstoße gegen Art. 38 I GG, indem sie das Recht der freien Entscheidung der Abgeordneten des Deutschen Bundestages in unzulässiger Weise einschränke. Sie verstoße außerdem gegen Art. 21 I GG. Da die Abgeordneten der SPD überwiegend von Nichtmitgliedern gewählt worden seien, verfälsche die geplante Abstimmung das Ergebnis der Bundestagswahl, indem sie letztlich die Abgeordneten von einer Entscheidung ausschließe und damit der Partei einen zu weitgehenden Einfluss zuweise.

Eine Eilentscheidung des BVerfG setzt voraus, dass eine entsprechende Verfassungsbeschwerde überhaupt zulässig wäre. Nach Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG kann jedermann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Art. 20 IV, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben. Fraglich ist hier allerdings schon, ob sich der Antrag überhaupt gegen einen Akt öffentlicher Gewalt im Sinne dieser Vorschriften richtet.

#### I. Abstimmung als Ausübung von Staatsgewalt

*„Nach Art. 21 I 1 GG wirken die Parteien bei der **politischen Willensbildung des Volkes** mit. Sie erfüllen damit eine ihnen nach dem Grundgesetz obliegende und von ihm verbürgte öffentliche Aufgabe (§ 1 I 2 PartG). Mit der Durchführung einer **Abstimmung** über einen Koalitionsvertrag unter ihren Mitgliedern in Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe **übt** die **SPD** jedoch **nicht zugleich auch öffentliche Gewalt** im Sinne von Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG aus. Öffentliche Gewalt ist vornehmlich der Staat in seiner Einheit, repräsentiert durch irgendein Organ (vgl. BVerfGE 4, 27 [30]; s. auch BVerfGE 22, 293 [295]; 58, 1 [27]).*

***Parteien sind nicht Teil des Staates** (vgl. BVerfGE 85, 264 [287 f.]; 107, 339 [361]; 121, 30 [53]). Zwar kommt ihnen aufgrund ihrer spezifischen verfassungsrechtlich abgesicherten **Vermittlungsfunktion zwischen Staat und Gesellschaft** eine besondere Stellung zu; sie wirken in den Bereich der Staatlichkeit aber lediglich hinein, ohne ihm anzugehören (vgl. BVerfGE 20, 56 [100 f.]; 73, 40 [85]; 85, 264 [287]; 121, 30 [53]).“ (BVerfG aaO)*

#### II. Abschluss einer Koalitionsvereinbarung als Ausübung von Staatsgewalt

*„Jedenfalls der Abschluss einer **Koalitionsvereinbarung** zwischen politischen Parteien und die dem **vorangehende oder nachfolgende parteiinterne Willensbildung** wirken **nicht** unmittelbar und dergestalt in die staatliche Sphäre hinein, dass sie als - auch in einem weit verstandenen Sinn - **staatliches Handeln** qualifiziert werden könnten. Koalitionsvereinbarungen bedürfen vielmehr weiterer und fortlaufender Umsetzung durch die regelmäßig in Fraktionen zusammengeschlossenen Abgeordneten des Deutschen Bundestages, die als Vertreter des ganzen Volkes jedoch an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen sind (Art. 38 I 2 GG).*

*Diese Vorschrift gewährleistet für jeden der nach Art. 38 I 1 GG gewählten Abgeordneten sowohl die **Freiheit in der Ausübung seines Mandats** als auch die Gleichheit im Status der Vertreter des ganzen Volkes (vgl. BVerfGE 102, 224 [237 f.]; 112, 118 [134]). Die von Abgeordneten - in Ausübung des freien Mandats - gebildeten **Fraktionen** (vgl. BVerfGE 80, 188 [219 f.]) sind im Zeichen der Entwicklung zur Parteiendemokratie **notwendige Einrichtungen des Verfassungslebens** und **maßgebliche Faktoren der politischen Willensbildung** (vgl. BVerfGE 80, 188 [219 f.]; 112, 118 [135]).*

*Im **organisatorischen Zusammenschluss** geht die Freiheit und Gleichheit des Abgeordneten jedoch nicht verloren. Sie bleibt innerhalb der Fraktion bei Abstimmungen und bei einzelnen Abweichungen von der **Fraktionsdisziplin** erhalten und setzt sich zudem im außengerichteten Anspruch der Fraktion auf proportionale Beteiligung an der parlamentarischen Willensbildung fort (vgl. BVerfGE 112, 118 [135]). Wie die politischen Parteien diesen parlamentarischen **Willensbildungsprozess innerparteilich vorbereiten**, obliegt unter Beachtung der - jedenfalls hier - nicht verletzten Vorgaben aus Art. 21 und 38 GG sowie des Parteiengesetzes **grundsätzlich ihrer autonomen Gestaltung**.“ (BVerfG aaO)*

Es ist nicht erkennbar, dass die vom Antragsteller beanstandete Abstimmung für die betroffenen Abgeordneten Verpflichtungen begründen könnte, die über die mit der Fraktionsdisziplin verbundenen hinausginge. Wie diese kann sie nicht von jedermann mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden (§ 90 I BVerfGG). Eine solche hätte daher keine Erfolgsaussicht, so dass auch eine einstweilige Anordnung nach § 32 I BVerfGG ausscheidet.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§§ 929, 930

**Nichteheliche Lebensgemeinschaft  
kein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis**

ZivilR

(OLG München in NJW 2013, 3525; Urteil vom 04.07.2013 – 23 U 3950/12)

1. Die Übereignung nach §§ 929, 930 BGB innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaft setzt neben der Einigung über den Eigentumsübergang auch die Vereinbarung eines **konkreten Besitzmittlungsverhältnisses** voraus.
2. Anders als die Ehe kann die nichteheliche Lebensgemeinschaft **nicht als gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis** angesehen werden.

**Fall:** Der Bekl. ist der ehemalige Lebensgefährte der Kl. Die Parteien wohnten bis zum Auszug der Kl. im Februar 2011 mit drei gemeinsamen Kindern in W. Mit Kaufvertrag vom 05.07.2006 erwarb der Bekl. den streitgegenständlichen Pkw Daimler Benz 280 SE Coupé. Dieser wurde jedenfalls auch vom Bekl. gefahren. Bei Auszug der Kl. blieb das Fahrzeug, das in den Wintermonaten nicht benutzt wurde, in einer vom Bekl. angemieteten Garage in P.

Die Kl. verlangt Herausgabe nach § 985 BGB. Sie behauptet, der Bekl. habe ihr am 14.07.2007 anlässlich ihres Geburtstags in Anwesenheit des Zeugen K einen Schlüssel zu dem Pkw überreicht und das Fahrzeug geschenkt. Dies sei von Anfang an so geplant gewesen, da sie sich schon immer ein Fahrzeug dieses Typs gewünscht habe. Der Bekl. behauptet, das Fahrzeug habe nicht ihm, sondern seinem Bruder, dem Zeugen R, gehört. Der Bekl. habe es für seinen Bruder als Kapitalanlage erworben. Er, der Bekl., habe nicht die finanziellen Mittel gehabt, das Fahrzeug selbst zu kaufen und der Kl. zu schenken. Am 14.07.2007 habe er der Kl. weder einen Schlüssel übergeben noch erklärt, er schenke ihr das Fahrzeug. Die Kl. habe bis zu ihrem Auszug den Kfz-Brief nicht in ihrem Besitz gehabt und nie das Fahrzeug benutzt.

Die Kl. meint, die Mitbenutzung des Fahrzeugs durch den Bekl. ändere nichts an der Wirksamkeit der Übereignung. In einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sei es üblich, dass ein Partner die Gegenstände des anderen Partners mitbenutze. Außerdem seien sich die Parteien stillschweigend einig gewesen, dass der Bekl. das Fahrzeug auch künftig fahren dürfe. Man habe stillschweigend eine Leihe vereinbart. Hat die Kl. einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs?

### I. Herausgabeanspruch nach § 985 BGB

Ein Anspruch der Klägerin auf Herausgabe des Fahrzeugs besteht nach § 985 BGB, wenn der Bekl. Besitzer des Fahrzeugs ist und sie Eigentümerin. Da der Bekl. in Besitz des Fahrzeugs ist, stellt sich einzig die Frage, ob die Klägerin Eigentümerin ist.

#### 1. Eigentumsausgangslage

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob der Bekl. überhaupt jemals Eigentümer des Fahrzeugs gewesen ist.

*„Dabei kann zu Gunsten der Kl. davon ausgegangen werden, dass der Bekl. am 14.07.2007 Eigentümer des Fahrzeugs war.“* (BGH aaO)

#### 2. Eigentumsübertragung auf die Kl.

Die Kl. könnte das Eigentum vom Bekl. erworben haben.

##### a) Eigentumserwerb nach § 929 S. 1 BGB

Ein Eigentumserwerb der Kl. nach § 929 S. 1 BGB setzt voraus, dass zwischen den Parteien eine Einigung über den Eigentumsübergang stattgefunden hat und eine Übergabe des Fahrzeugs erfolgt ist.

*„Dabei kann zu Gunsten der Kl. davon ausgegangen werden, dass der Bekl. am 14.07.2007 ... der Kl. den Schlüssel des Pkw überreichte mit der Erklärung, er schenke ihr das Fahrzeug. Zwar kann darin eine **Einigung über den Eigentumsübergang** gesehen werden. Eine Übereignung nach § 929 BGB setzt aber weiter voraus, dass der **Veräußerer jeglichen Besitz aufgibt** (BGH, NJW-RR 2005, 280 [281]; NJW 1989, 2542 [2543]; NJW 1979, 714 [715]). Daran fehlt es vorliegend. Auch nach dem Vortrag der Kl. und der Aussage des Zeugen K hat der Bekl. der Kl. nicht alle, sondern **nur einen Fahrzeugschlüssel übergeben**, und das **Fahrzeug unstreitig nach der Feier am 14.07.2007 auch noch selbst benutzt**. Zudem befand sich der Pkw weiterhin in einer vom Bekl. angemieteten Garage, zu der*

außer der Kl. auch der Bekl. jederzeit Zugang hatte. Somit hatte der Bekl. auch **nach Übergabe des Schlüssels noch Mitbesitz** an dem Fahrzeug.“ (BGH aaO)

Ein Eigentumserwerb durch Einigung und Übergabe nach § 929 S. 1 BGB hat daher nicht stattgefunden.

## b) Eigentumserwerb nach §§ 929, 930 BGB

Ein Eigentumserwerb der Kl. nach §§ 929, 930 BGB setzt voraus, dass zwischen den Parteien eine Einigung über den Eigentumsübergang stattgefunden hat und ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart wurde. Auch hier kann wieder zugunsten der Kl. davon ausgegangen werden, dass eine Einigung über den Eigentumsübergang sowie die Übergabe eines Schlüssels erfolgt sind.

### aa) Anforderungen an die Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses

„Eine Übereignung nach §§ 929, 930 BGB setzt voraus, dass zwischen den Parteien ein **konkretes Besitzmittlungsverhältnis i. S. des § 868 BGB** bestand oder begründet wurde, kraft dessen der Veräußerer seinen Mitbesitz künftig für den Erwerber ausübt. Ein derartiges Besitzmittlungsverhältnis kann auch **durch schlüssiges Verhalten** oder etwa durch eine Sicherungsabrede begründet werden (BGH, NJW-RR 2005, 280 [281]; NJW 1979, 714 [715]). Besteht bereits ein **gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis** zwischen Veräußerer und Erwerber und entspricht es dem Willen der Beteiligten, dieses Verhältnis auf die übereignete Sache zu erstrecken, so bedarf es nicht der Vereinbarung eines besonderen Besitzmittlungsverhältnisses (BGH, NJW 1989, 2542 [2544]). Dies gilt im Hinblick auf § 1353 BGB für die **eheliche Lebensgemeinschaft** und im Hinblick auf § 1626 I BGB auch für die **sorgeberechtigten Eltern im Verhältnis zu ihrem Kind** (BGH, NJW 1989, 2542 [2543]; NJW 1979, 976 [977]).“ (BGH aaO)

### bb) Vorliegen eines gesetzlichen Besitzmittlungsverhältnisses

Zunächst könnte hier ein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis vorliegen, da die Parteien mit den drei gemeinsamen Kindern in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelegt haben. Fraglich ist aber, ob auch in einem solchen Fall das Vorliegen eines gesetzlichen Besitzmittlungsverhältnisses angenommen werden kann.

„Zwar können sich nach **Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft** wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen wurde, unter Umständen

- **Ausgleichsansprüche nach Gesellschaftsrecht,**
- **nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage** oder
- **aus Bereicherungsrecht** wegen Zweckverfehlung ergeben.

Dies kommt allerdings nur in Betracht, soweit es sich nicht um **Leistungen** handelte, die der **Ermöglichung des täglichen Zusammenlebens** dienen (ausführlich etwa BGH, NJW 2011, 2888 [2881 f.] m.w.N.; NJW 2010, 868 [869]). Eine der Ehe vergleichbare **umfassende Rechtsgemeinschaft** mit detailliert geregelten wechselseitigen Rechten und Pflichten auch bezüglich des Vermögens des anderen **ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft aber gerade nicht** (Palandt/Brudermüller, BGB, 72. Aufl. [2013], Einf. vor § 1297 Rn. 32).

Insbesondere findet **§ 1353 I BGB** auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft **keine Anwendung**. Aus dem Gebot der ehelichen Lebensgemeinschaft in § 1353 I BGB ergibt sich die Pflicht der Ehegatten, sich gegenseitig die Benutzung der ehelichen Wohnung und des Hausrats zu gestatten, auch wenn ein Ehegatte Alleineigentümer dieser Sachen ist. Aus der Besitzberechtigung folgt, dass der **mitbesitzende Nichteigentümer dem Eigentümer den Besitz mittelt** (BGH, NJW 1979, 976 [977]). Eine vergleichbare Regelung findet sich für die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht. Auch aus etwaigen Ausgleichsansprüchen, die sich bei Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ergeben können, lässt sich nicht der Schluss ziehen, die nichtehelichen Lebensgefährten seien einander zur Gewährung von Mitbesitz an einer Wohnung oder an Hausratsgegenständen kraft Gesetzes verpflichtet (das verkennt wohl Oechsler, in: MüKo-BGB, 5. Aufl. [2009], § 930 Rn. 21). Mithin genügt eine **nichteheliche Lebensgemeinschaft anders als die Ehe nicht als gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis** (so auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.12.1992 – 11 U 47/92, BeckRS 2013, 17147; Palandt/Bassenge, § 868 Rn. 10; wohl auch Staudinger/Wiegand, BGB, Neubearb. 2011, § 930 Rn. 29; unklar Kindl, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, Stand: 01.02.2013, § 930 Rn. 7; a. A. Oechsler, in: MüKo-BGB, § 930 Rn. 21).“ (BGH aaO)

Ein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis lag hier nicht vor. Die Parteien waren nicht verheiratet. Sie lebten mit. Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft begründet indessen kein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis i. S. des § 930 BGB.

### cc) Vereinbarung eines konkreten Besitzmittlungsverhältnisses

Die Parteien könnten aber ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart haben. Nach dem Vortrag der Kl. hatte der Bekl. ihr Schlüssel für das Fahrzeug überlassen, das Fahrzeug hingegen mit dem Einverständnis der Kl. weiterbenutzt.

*„Würde man dies genügen lassen, wäre die Vereinbarung eines **Besitzmittlungsverhältnisses in Form der Leihe** letztlich identisch mit der Einigung über den Eigentumsübergang. Damit wäre im Ergebnis die Einigung über den Eigentumsübergang allein für die Übereignung des Wagens ausreichend, obwohl der Bekl. weiterhin Mitbesitz hat. Dies widerspricht der gesetzlichen Regelung in §§ 929, 930 BGB. Zudem lässt sich allein der **Übergabe eines Schlüssels** nicht hinreichend klar entnehmen, dass der Bekl. den Willen hatte, seinen **Mitbesitz künftig als Fremdbesitzer für die Kl. auszuüben** und den Wagen unter den Voraussetzungen des § 604 BGB an die Kl. herauszugeben.“*

*Zwar hat die Kl. auf entsprechenden Hinweis des Senats vorgetragen, die Parteien seien sich **stillschweigend einig** gewesen, dass der Bekl. auch nach der Geburtstagsfeier den Wagen kostenlos sollte nutzen dürfen, und hätten bereits **antizipiert ein Leiheverhältnis i. S. der §§ 598 ff. BGB vereinbart**. Indessen hat der Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung vom 18.04.2013 die (stillschweigende) Vereinbarung einer Leihe bestritten. Einen Beweis für ihre Behauptung hat die Kl. nicht angeboten.“ (BGH aaO)*

Es kann daher auch nicht von der Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses zwischen den Parteien ausgegangen werden.

Die Voraussetzungen für eine Übereignung nach §§ 929, 930 BGB liegen damit ebenfalls nicht vor. Ein weiterer Eigentumsübergangstatbestand kommt nicht in Betracht.

Die Klägerin ist nicht Eigentümerin des Fahrzeugs geworden und kann daher auch nicht dessen Herausgabe nach § 985 BGB verlangen.

## II. Sonstige Herausgabeansprüche

*„Andere Anspruchsgrundlagen für einen Herausgabeanspruch der Kl. sind weder dargetan noch ersichtlich.“ (BGH aaO)*

## III. Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs

Die Klägerin könnte aber einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs nach § 516 BGB haben. Dies würde jedoch voraussetzen, dass ein wirksamer Schenkungsvertrag zwischen den Parteien geschlossen wurde.

*„Die nach § 518 BGB notwendige notarielle Form wurde nicht gewahrt, so dass ein etwaiges Schenkungsversprechen unwirksam ist (§ 125 BGB). Der Formmangel wurde auch nicht nach § 518 II BGB geheilt, da es, wie ausgeführt, gerade an einer wirksamen Übereignung fehlt.“ (BGH aaO)*

Ein Anspruch auf Übergabe (und Übereignung) des Fahrzeugs aus einem Schenkungsversprechen nach § 516 BGB besteht nicht.

## IV. Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes nach § 861 BGB

*„Ein Anspruch aus § 861 I BGB besteht ebenfalls nicht. Unstreitig ist die Kl. ausgezogen und hat dabei das Fahrzeug in der vom Bekl. angemieteten Garage und den Fahrzeugschlüssel in der – ehemals – gemeinsamen Wohnung zurückgelassen. Ein Fall von verbotener Eigenmacht des Bekl. i. S. des § 858 BGB liegt mithin nicht vor.“ (BGH aaO)*

1. Eine in einem Mietvertrag enthaltene **Kündigungsbeschränkung**, die einer erleichterten Kündigung des Vermieters nach § 573a BGB entgegensteht, **gilt auch für den Erwerber** des vermieteten Wohnraums. Dieser tritt anstelle des Vermieters in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis ein
2. Durch eine mietvertragliche Bestimmung, der zu Folge der Vermieter das Mietverhältnis "nur in besonderen Ausnahmefällen unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen kündigen kann, wenn **wichtige berechnigte** Interessen des Vermieters eine Beendigung des Mietverhältnisses notwendig machen", wird dem Mieter ein gegenüber den gesetzlichen Vorschriften erhöhter Bestandsschutz eingeräumt. Für eine Kündigung genügt dann das in § 573 II BGB genannte berechnigte Interesse des Vermieters nicht.
3. Ein Härtefall kann nicht schon dann ausgeschlossen werden, wenn ein Umzug nicht schlechterdings ausgeschlossen ist. Es ist stets eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall erforderlich.

**Fall:** Die Beklagte mietete mit Vertrag vom 12.03.1998 von der D. Aktiengesellschaft (im Folgenden: D.) eine Wohnung im 2. Obergeschoß eines Anwesens in Berlin. Bei Vertragsschluss befanden sich in dem Gebäude drei jeweils abgeschlossene, einzeln vermietete Wohnungen.

§ 4 des Mietvertrags enthält zur Mietdauer und zur Kündigung folgende Bestimmungen:

*"(1) Das Mietverhältnis wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. [...]*

*(3) Die D. wird das Mietverhältnis grundsätzlich nicht auflösen.*

*Sie kann jedoch in besonderen Ausnahmefällen das Mietverhältnis schriftlich unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen kündigen, wenn wichtige berechnigte Interessen der D. eine Beendigung des Mietverhältnisses notwendig machen. Die fristlose Kündigung richtet sich nach den gesetzlichen Vorschriften (siehe Nr. 9 AVB)."*

Am 01.07.2006 verkaufte die D. das Gebäude an die K. GmbH. Der notarielle Kaufvertrag enthielt eine an spätere Erwerber weiterzugebende Mieterschutzbestimmung, mit der die Kündigung wegen Eigenbedarfs und die Verwertungskündigung (§ 573 II Nr. 2 und 3 BGB) ausgeschlossen wurden. Die D. bestätigte gegenüber der Beklagten mit einem Schreiben vom 08.09.2006, dass der Kaufvertrag eine entsprechende Mieterschutzklausel enthalte.

Am 30.03.2009 veräußerte die K. GmbH das Gebäude an die Kläger, ohne die Mieterschutzklausel in den notariellen Kaufvertrag aufzunehmen. Die Kläger legten die beiden Wohnungen im Erdgeschoss und ersten Obergeschoss zusammen und bewohnen sie seitdem.

Mit Schreiben vom 02.11.2009 kündigten die Kläger das Mietverhältnis unter Hinweis darauf, dass sie die Wohnung der Schwester der Klägerin und deren Familie überlassen wollten, zum 31.07.2010. Mit der Klageschrift vom 30.06.2010 kündigten die Kläger vorsorglich nochmals wegen Eigenbedarfs und stützten die Kündigung hilfsweise auf § 573a BGB. Die Beklagte widersprach beiden Kündigungen unter Berufung auf Härtegründe.

Ist die Kündigung wirksam?

Da hinsichtlich der Einhaltung der formalen Wirksamkeitskriterien keine Bedenken bestehen, stellt sich allein die Frage, ob die Kläger sich auf einen Kündigungsgrund berufen können.

## I. Kündigung nach § 573a BGB

Die Kündigung könnte nach § 573a BGB berechnigt sein. Nach § 573a BGB kann der Vermieter ein Mietverhältnis über eine Wohnung in einem von ihm selbst bewohnten Gebäude ohne das Vorliegen eines berechnigten Interesses im Sinne des § 573 BGB kündigen, wenn das Gebäude nicht mehr als zwei Wohnungen hat, wobei sich die Kündigungsfrist sich in diesem Fall um drei Monate verlängert.

### 1. Vorliegen der Voraussetzungen

Fraglich ist zunächst, ob hier die genannten Voraussetzungen vorliegen. Bei Einzug der Beklagten waren in dem Haus 3 Wohnungen vorhanden, so dass die Anwendbarkeit von § 573a BGB ausschied. Durch die Zusammenlegung von 2 Wohnungen zu einer Wohneinheit waren im Zeitpunkt der Kündigung nur noch 2 Wohnungen vorhanden. Insofern stellt sich die Frage, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist.

„Für die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Kündigung vorlägen, kommt es auf den Zeitpunkt ihres Zugangs an. Falls der Vermieter im Einzelfall die gegebenen Möglichkeiten rechtsmissbräuchlich ausnutzt oder der Mieter aufgrund besonderer Umstände darauf vertrauen darf, dass sich die bei Vertragsbeginn erkennbaren Kündigungsmöglichkeiten nicht ausweiteten, sei dies im Rahmen der Grundsätze von Treu und Glauben zu berücksichtigen.“ (BGH aaO)

Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Kündigung nach § 573a BGB liegen daher vor.

## 2. Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit durch vertragliche Vereinbarung

Eine Kündigung der Kläger nach § 573a I 1 BGB könnte durch die in § 4 des Mietvertrages enthaltene Kündigungsbeschränkung ausgeschlossen ist. Nach § 4 III des Mietvertrags kann der Vermieter das Mietverhältnis nur in besonderen Ausnahmefällen kündigen, wenn wichtige berechnigte Interessen eine Beendigung des Mietverhältnisses notwendig machen.

### a) Regelungsgehalt dieser Kündigungsbeschränkung

„Eine solche Bestimmung schließt nach dem Wortlaut sowie ihrem Sinn und Zweck die erleichterte Kündigung gemäß § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB, die kein berechtigtes Interesse des Vermieters im Sinne des § 573 BGB voraussetzt, aus (vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1986, 89 f.; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 573a BGB Rn. 6). Diesem Verständnis der Kündigungsbeschränkung steht nicht entgegen, dass in dem Gebäude zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses drei Wohnungen vorhanden waren und eine erleichterte Kündigung nach § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB damals schon tatbestandlich nicht in Betracht kam. Denn dieser Umstand ändert nichts daran, dass die **Kündigung** des Vermieters im Mietvertrag **auf besondere Ausnahmefälle** beschränkt worden ist, in denen **wichtige berechnigte Interessen** des Vermieters die Beendigung des Mietvertrages erforderlich machen.“ (BGH aaO)

### b) Fortgeltung gegenüber dem Erwerber

Die mietvertragliche Kündigungsbeschränkung schließt allerdings eine Kündigung im vorliegenden Fall nur aus, wenn diese auch gegenüber den Klägern Wirksamkeit entfaltet. Grundsätzlich tritt der Erwerber vermieteten Wohnraums nach § 566 I BGB anstelle des Vermieters in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis ein.

„Das gilt **auch** für eine **wirksam vereinbarte Kündigungsbeschränkung** (Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2011, § 573 Rn. 241; OLG Karlsruhe, aaO S. 90). Zwar bezieht sich die Kündigungsbeschränkung ihrem Wortlaut nach auf "wichtige berechnigte Interessen der D.". Dies erklärt sich jedoch daraus, dass es hinsichtlich des **berechnigten Interesses grundsätzlich** auf die **Person des Vermieters** - damals der D. - ankommt. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die damaligen Parteien des Mietvertrages die Kündigungsbeschränkung konkludent nur für den Zeitraum hätten vereinbaren wollen, in dem die Wohnung im Eigentum der D. stand.“ (BGH aaO)

## 3. Zwischenergebnis

Die Kündigung ist nicht nach § 573a BGB wirksam.

## II. Eigenbedarfskündigung

Die Kündigung könnte jedoch als Eigenbedarfskündigung nach § 573 II Nr. 2 BGB wirksam sein. Dass die Kläger die Wohnung der Schwester nebst Familie überlassen lassen wollen, erfüllt grundsätzlich den Tatbestand des Eigenbedarfs. Fraglich ist jedoch, ob nicht auch eine Eigenbedarfskündigung durch die Kündigungsbeschränkung in § 4 III des Mietvertrags ausgeschlossen ist.

„Sie **verschärft** lediglich die **gesetzlichen Voraussetzungen**, so dass das in § 573 Abs. 2 BGB genannte "berechnigte Interesse" nicht ausreicht, sondern darüber hinaus ein besonderer Ausnahmefall vorliegen muss, in dem **wichtige Interessen** des Vermieters eine Beendigung des Mietverhältnisses notwendig machen. Mit einer solchen Klausel wird dem Mieter ein gegenüber üblichen Mietverhältnissen **erhöhter Bestandsschutz** zugebilligt (Senatsurteil vom 09.05.2012 - VIII ZR 327/11, NJW 2012, 2270 Rn. 27; OLG Karlsruhe, aaO S. 90).“ (BGH aaO)

Das Berufungsgericht hat jedoch das Vorliegen nicht nur eines berechtigten, sondern eines wichtigen Interesses an der Eigenbedarfskündigung vor dem Hintergrund des der Beklagten zustehenden erhöhten Bestandsschutzes nicht geprüft. Dies könnte jedoch dahinstehen, wenn die Beklagte ohnehin nach § 574 I BGB die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen kann.

### III. Anspruch auf Fortsetzung des Mietverhältnisses nach § 574 I BGB

Nach § 574 I BGB kann der Mieter der Kündigung des Vermieters widersprechen und von ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung des Mietverhältnisses für den Mieter, seine Familie oder einen anderen Angehörigen seines Haushalts eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist.

*„Noch zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Beklagte sich **krankheitsbedingt besonderen Schwierigkeiten** ausgesetzt sieht, die sich von den mit einem Wohnungswechsel typischerweise verbundenen Unannehmlichkeiten deutlich abheben und deshalb **als Härtegrund in Betracht kommen** (vgl. Senatsurteil vom 20.03.2013 - VIII ZR 233/12, NJW 2013, 1596 Rn. 15). Die eingehende Darstellung des gerichtlichen Sachverständigen zu den **schwerwiegenden Krankheitssymptomen** und deren Auswirkungen auf die Belastbarkeit und Umstellfähigkeit der Beklagten hat das Berufungsgericht in seinem wesentlichen Kern indes **nicht zur Kenntnis** genommen, wie sich aus seiner pauschalen und bagatellisierenden Würdigung ergibt, ein **Umzug der Beklagten sei nicht „schlechterdings ausgeschlossen“** und könne von dieser mit entsprechender therapeutischer Begleitung bewerkstelligt werden.*

*Nach dem schriftlichen Gutachten und den Erläuterungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung wirkt sich die **Krankheit** der Beklagten **auf alle Aspekte der Lebensführung in erheblichem Umfang negativ** aus. [wird ausgeführt].*

*Ein erzwungener Wohnungswechsel würde im Alltag eine Überforderung ("ungeheure Belastung") bedeuten und wäre mit physischen und psychischen Konsequenzen verbunden, die mindestens den **Verlust der selbständigen Lebensführung** bedeuten würden. Mit diesen zentralen Feststellungen des Sachverständigen hat sich das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nicht auseinandergesetzt. Zu Recht beanstandet die Revision ferner, dass das Berufungsgericht eine **konkrete Abwägung** der von ihm jedenfalls im Ansatz anerkannten krankheitsbedingten Schwierigkeiten der Beklagten beim Umzug sowie der Gefahr einer Krankheitsverschlechterung **mit dem Erlangungsinteresse der Kläger**, auf das es in keiner Weise eingegangen ist, unterlassen hat.“ (BGH aaO)*

### IV. Ergebnis

*„Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Rechtsstreit ist **nicht zur Endentscheidung** reif, weil das Berufungsgericht - vor dem Hintergrund der von ihm vertretenen Rechtsauffassung folgerichtig - nur über die hilfsweise erklärte, auf § 573a BGB gestützte Kündigung der Kläger entschieden und deshalb zur Wirksamkeit der weiteren, auf Eigenbedarf (bezüglich der Schwester) gestützten Kündigung keine Feststellungen getroffen hat. Die Sache ist daher **zur neuen Verhandlung und Entscheidung** an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO). Dabei macht der Senat von der Möglichkeit der Verweisung an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts Gebrauch (§ 563 I 2 ZPO).“ (BGH aaO)*

(BGH in NZG 2013, 1304; Urteil vom 10.07.2013 – 1 StR 532/12)

1. Der **Tatbestand des § 299 I StGB beschränkt den Täterkreis auf Angestellte und Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs**; die Vorteilsannahme des Betriebsinhabers hinsichtlich seines eigenen Betriebs wird daher vom Tatbestand des § 299 I StGB nicht erfasst wird. Die Stellung als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs und damit als tauglicher Täter des **Sonderdelikts § 299 I StGB** muss dabei bereits **im Zeitpunkt der Tathandlung** vorliegen.
2. Die **Annahme eines Vorteils für in der Vergangenheit liegende Bevorzugungen** wird nur dann von §299 I StGB erfasst, wenn diese **Bevorzugungen bereits Gegenstand einer Unrechtsvereinbarung** waren, die ihrerseits tatbestandsmäßig i. S. dieser Norm gewesen ist.
3. In Fällen, in denen **verschleierte Schmiergeldzahlungen** zu Gunsten der Geschäftsführer durch Erhöhung von Zahlungsverpflichtungen auf eine vertretene Gesellschaft verlagert werden, liegt ein **Vermögensnachteil i. S. von § 266 StGB** regelmäßig bereits darin, dass der geleisteten Zahlung in Höhe des auf den Preis aufgeschlagenen Betrags, der lediglich der Finanzierung des Schmiergeldes dient, **keine Gegenleistung** gegenübersteht.

**Fall:** Die Angekl. waren im Hochseeschleppergeschäft tätig und betrieben ab dem Jahr 2005 den Bau der drei Hochseeschlepper T., J. und U. Eigentümerinnen der Schlepper sollten sog. Einschiffsgesellschaften – jeweils in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG – werden, die als Publikumsgesellschaften konzipiert waren. In Umsetzung dieses Vorhabens erwarben die Angekl. Vorratsgesellschaften, die auf Grund von Gesellschaftsverträgen vom 4. 3. 2005 in die T-GmbH & Co. KG sowie vom 26. 9. 2005 in die J-GmbH & Co. KG bzw. die U-GmbH & Co. KG umfirmiert wurden. Die Angekl. waren Geschäftsführer und – neben anderen – Mitgesellschafter der am 10.03.2005 gegründeten, in allen drei Einschiffsgesellschaften als Komplementärin fungierenden AHT-GmbH und zugleich als Kommanditisten an den Einschiffsgesellschaften beteiligt. Bereits am 5. 1. 2005 – „noch im Gründungsstadium und vor Beitritt weiterer Gesellschafter“ – hatte die „T-GmbH & Co. KG in Gründung“ – vertreten durch die H-GmbH, deren Geschäftsführer und alleinige Gesellschafter die Angekl. waren – einen Vertrag über den Bau des Hochseeschleppers T. mit einem Konsortium bestehend aus der Mw-GmbH und der M-AG abgeschlossen. Am 10.08.2005 folgten die Vertragsabschlüsse der „J-GmbH & Co. KG in Gründung“ bzw. der „U-GmbH & Co. KG in Gründung“ mit dem Konsortium hinsichtlich der Schlepper J. und U. Den Vertragsabschlüssen waren Ende des Jahres 2004 Gespräche der Angekl. mit dem früheren Mitangekl. E vorausgegangen, der bei der M-AG als Leiter der Abteilung „X“ für den Bau von Hochseeschleppern und Tankern zuständig war. Dabei waren die Angekl. und E übereingekommen, dass als Gegenleistung für die Erteilung der Bauaufträge an jeden der beiden Angekl. 750.000 € je Schiff fließen sollten. E sollte 500.000 € je Schiff für die organisatorische Umsetzung der Vereinbarung erhalten. Mittels dieser Vereinbarung gelang es E, die Aufträge über den Bau der Schlepper für das Konsortium zu sichern und potenzielle Konkurrenten für die Herstellung der Schiffe auszustechen. Um der Vereinbarung einen unverfänglichen Anstrich zu geben, schlossen die Angekl. mit dem Konsortium Mw-GmbH/M-AG mehrere „Memoranda of Understanding“, die auf Seiten des Konsortiums von E unterzeichnet wurden, obwohl er nicht über eine Einzelvertretungsbefugnis für das Konsortium verfügte. Inhalt der „Memoranda of Understanding“ war zum einen die Verpflichtung des Konsortiums zur Zahlung von 750.000 € je Schiff – deklariert als „owner's discount“ – an jeden der beiden Angekl. Zum anderen sollte die Mw-GmbH nach Abschluss eines „finder's fee agreement“ 500.000 € je Schiff an ein zwischengeschaltetes Unternehmen zahlen, das den Betrag nach Abzug einer Provision in Höhe von 25.000 € an E weiterleiten sollte. In Umsetzung der Vereinbarung wurden in die internen Kostenkalkulationen des Konsortiums für die Herstellung der Schlepper Leerpositionen aufgenommen bzw. reale Positionen gezielt zu hoch angesetzt und so der Betrag von 2 Mio. € je Schiff, der an die Angekl. und E fließen sollte, auf den von den Einschiffsgesellschaften zu zahlenden Werklohn aufgeschlagen.

Bei Errichtung der Gesellschaftsverträge der Einschiffsgesellschaften am 04.03.2005 bzw. 26.09.2005 ließen sich die Angekl. die zuvor abgeschlossenen Schiffsbauverträge von den (übrigen) Gesellschaftern der jeweiligen Kommanditgesellschaft genehmigen, ohne diesen gegenüber die mit E getroffene Schmiergeldabrede offengelegt zu haben. Kurz vor Fertigstellung der Schlepper T. im April 2007 sowie J. im Oktober 2007 und U. im April 2008 wurden die vereinbarten Beträge von den Angekl. bzw. für E gegenüber der Mw-GmbH in Rechnung gestellt und von dieser auch beglichen. Weder durch die Angekl. noch durch E waren Leistungen an die Einschiffsgesellschaften oder an das Konsortium erbracht worden, die diese Zahlungen rechtfertigten. Die Angekl. verwendeten die ihnen zugeflossenen Beträge zur Leistung ihrer Kommanditeinlagen in die Einschiffsgesellschaften. Der gesamte Werklohn einschließlich des darin enthaltenen Schmiergeldanteils von 2 Mio. € pro Schiff wurde nach Übergabe der Schlepper im Auftrag der Angekl. von der jeweiligen Einschiffsgesellschaft an die M-AG zur Auszahlung gebracht. Im Zeitpunkt der Fertigstellung der Schlepper und Zahlung des Werklohns hielten die Angekl. sowie die von ihnen als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH vertretene TH-GmbH & Co. KG insgesamt 65 % der Kommanditanteile der jeweiligen Einschiffsgesellschaft, die verbleibenden 35 % der Anteile hielten



angeworbene Kommanditisten. Die Komplementärin der Einschiffsgesellschaften, die AHT-GmbH, deren Geschäftsführer und – neben anderen – Mitgesellschafter die Angekl. waren, war weder am Vermögen noch am Gewinn und Verlust der Einschiffsgesellschaft beteiligt, für die Kommanditisten war eine Gewinn- und Verlustbeteiligung im Verhältnis ihrer Einlage vereinbart.

I. Fraglich ist, ob die Angekl. überhaupt als **taugliche Täter i. S. des § 299 I StGB** in Betracht kommen.

1. Der Tatbestand **beschränkt den Täterkreis ausdrücklich auf Angestellte und Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs**, so dass die Vorteilsannahme des Betriebsinhabers hinsichtlich seines eigenen Betriebs vom Tatbestand nicht erfasst wird (vgl. BGHSt 57, 202 = NJW 2012, 2530 = NStZ 2012, 505 m. w.N.).

Da der Tatbestand bereits mit dem **Fordern, Sich-versprechen-lassen oder Annehmen des Vorteils** vollendet ist (Fischer, StGB, 60. Aufl., § 299 Rn 21), muss die Stellung als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs und damit als **tauglicher Täter des Sonderdelikts § 299 I StGB** im Zeitpunkt der Tathandlung vorliegen.

*„Daran fehlt es hier: Als die Angekl. Ende des Jahres 2004 von E als Gegenleistung für die später geplante Auftragsvergabe an das Konsortium einen Vorteil forderten bzw. sich von ihm versprechen ließen und damit mit diesem der Sache nach eine Unrechtsvereinbarung (dazu Rogall, SK-StGB, 8. Aufl., § 299 Rn 56) schlossen, waren sie (noch) keine Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs. Weder die später durch Umfirmierung aus den Vorratsgesellschaften hervorgegangenen Einschiffsgesellschaften noch die später als Komplementär-GmbH fungierende AHT-GmbH existierten zu diesem Zeitpunkt. Die Angekl. waren vielmehr als gemeinsam handelnde Alleingesellschafter einer GbR als Betriebsinhaber (vgl. Fischer, § 299 Rn 8 a; Dannecker, NK-StGB, 4. Aufl., § 299 Rn 27; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 299 Rn 7) anzusehen.*

*Werden an sich unter die Tathandlungen des Forderns bzw. Sich-versprechen-lassens fassbare Verhaltensweisen vor der Begründung der erforderlichen Tätereigenschaft vorgenommen, handelt es sich nicht um **strafatbestandsmäßiges Verhalten** (vgl. Fischer, § 331 Rn 24 b, zu der entspr. Konstellation bei § 331 StGB).“ (BGH aaO)*

2. Auch unter dem Gesichtspunkt der zeitlich der Unrechtsvereinbarung und der Bevorzugung des Konsortiums durch Auftragsvergabe an dieses nachfolgenden Annahme eines Vorteils durch die Vereinnahmung der 750.000 € im Oktober 2007 für den Schlepper J. bzw. im April 2008 für den Schlepper U. ergibt sich keine Strafbarkeit der Angekl. aus § 299 I StGB.

a) Zwar waren die Angekl. zum Zeitpunkt der Annahme des Vorteils als Geschäftsführer der Komplementärin AHT-GmbH, an der neben den Angekl. noch weitere Gesellschafter beteiligt waren, **taugliche Täter des § 299 I StGB**.

vgl. Corsten, Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung, 2011, S. 330 f.; anders für Fälle des geschäftsführenden Alleingeschafters der Komplementär-GmbH, Fischer, § 299 Rn 8 a; Schönke/Schröder, § 299 Rn 7; Dannecker, NK-StGB, § 299 Rn 21; Tiedemann, LK-StGB, 12. Aufl., § 299 Rn 10; Bürger wistra 2003, 130

§ 299 I StGB setzt jedoch grds. eine **Unrechtsvereinbarung** dergestalt voraus, dass der **Vorteil als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung angenommen** wird (BGH wistra 2010,447 = NStZ-RR 2010, 376).

*„Daran fehlt es hier: Die Unrechtsvereinbarung mit E schlossen die Angekl. bereits Ende des Jahres 2004. Die Auftragsvergabe an das Konsortium schloss sich im Jahr 2005 an. Die von den Angekl. im Oktober 2007 bzw. im April 2008 vereinnahmten Zahlungen stellen sich angesichts dieser zeitlichen Abläufe ausschließlich als Belohnung für in der Vergangenheit gewährte Bevorzugungen dar.“ (BGH aaO)*

b) Die Annahme eines Vorteils für derartige in der Vergangenheit liegende Bevorzugungen wird nur dann ausnahmsweise von § 299 I StGB erfasst, wenn diese **Bevorzugungen bereits Gegenstand einer Unrechtsvereinbarung** waren.

Fischer, § 299 Rn 13; Rogall, SK-StGB, § 299 Rn 61; Momsen, BeckOK-StGB, § 299 Rn 13; Wabnitz/Janovsky, Hdb. d. Wirtschafts- u. SteuerstrafR, 3. Aufl., Kap. 10 Rn 100; zu den konkurrenzrechtlichen Verhältnissen vgl. BGH wistra 2010, 447 = NStZ-RR 2010, 376; BGH NStZ 1995, 92 = wistra 1995, 61

*„Dieser **Ausnahmefall** verlangt aber, dass die **vorangegangene Unrechtsvereinbarung ihrerseits tatbestandsmäßig i. S. von §299 I StGB** gewesen ist. Dementsprechend muss derjenige, der den Vorteil als Gegenleistung für die erfolgte Bevorzugung angenommen hat, bereits **zum Zeitpunkt der***

*früheren Unrechtsvereinbarung tauglicher Täter einer Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 I StGB) sein. Die Unrechtsvereinbarung drückt das im Gesetz angelegte **Gegenseitigkeitsverhältnis** zwischen der durch den Vorteilsnehmer zu gewährenden Bevorzugung und dem vom Vorteilsgeber zuzuwendenden Vorteil aus. Angesichts der Entscheidung des Gesetzgebers für eine Beschränkung des Kreises gem. § 299 I StGB tauglicher Täter auf Angestellte und Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs kann auf das Vorliegen der Tätoreigenschaft bereits im Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung grundsätzlich nicht verzichtet werden.*

*An der Tätoreigenschaft der Angekl. im Zeitpunkt der mit E bereits Ende des Jahres 2004 getroffenen Abrede fehlte es jedoch.“ (BGH aaO)*

- II. Die Angekl. könnten sich jedoch wegen **Untreue nach § 266 StGB** strafbar gemacht haben, wenn es sich bei den Zahlungen an diese um Schmiergeldzahlungen handelte, denen **keine vergütungsfähigen Leistungen** der Angekl. zu Grunde lagen.
1. In Fällen, in denen die Schmiergeldzahlungen zu Gunsten der Geschäftsführer durch Erhöhung der Zahlungsverpflichtungen auf die vertretene Gesellschaft verlagert werden, liegt ein **strafrechtlich relevanter Vermögensnachteil** i. S. von § 266 StGB regelmäßig bereits darin, dass **der geleisteten Zahlung in Höhe des auf den Preis aufgeschlagenen Betrags**, der lediglich der Finanzierung des Schmiergeldes dient, **keine Gegenleistung gegenübersteht** (vgl. BGHSt 50, 299 = NJW 2006, 925 = NSTZ 2006, 210 m. w. Nachw.; BGHSt 49, 317 = NJW 2005, 300 = NSTZ 2005, 569 m. w. Nachw.).
  2. Allerdings kann im Rahmen von § 266 StGB eine **Schädigung des Vermögens einer KG** nach der bisherigen BGH-Rspr. lediglich zu einem strafatbestandsmäßigen Vermögensnachteil führen, als sie **gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter „berührt“** (vgl. zuletzt BGH NSTZ 2013, 38 m. w. Nachw.; BGH NJW 2011, 3733; s. auch Fischer, § 266 Rn 113; Schönemann, LK-StGB, § 266 Rn 262 f., jew. m. w.N.).
    - a) Diese in der Strafrechtswissenschaft gelegentlich kritisierte (etwa Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 96 ff.; Grunst BB 2001, 1537; s. auch Brand, Untreue und Bankrott in der KG und GmbH & Co. KG, 2010, S. 213) Rspr. steht vor dem Hintergrund der **unterschiedlichen Rechtsform** von Personenhandelsgesellschaften wie der Kommanditgesellschaft einerseits sowie Kapitalgesellschaften als juristische Personen andererseits.
 

*„Zwar ist die KG eine rechtsfähige Personengesellschaft i. S. von § 14 II BGB (s. nur MüKo-HGB/Schmidt, 3. Aufl., § 105 Rn 7; Oetker, HGB, 3. Aufl., § 161 Rn 3; s. auch BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056), die gem. § 124 I i. V. mit § 161 II HGB unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann. Die Rechtsfähigkeit der KG in dem vorgenannten Sinne und die damit einhergehende zivilprozessuale Parteifähigkeit (§ 50 ZPO; s. auch BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056) bringen eine Rechtsstellung mit sich, die der Selbstständigkeit einer juristischen Person in weitem Umfang entsprechen mag (Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 124 Rn 1).*

*Dessen ungeachtet ist die KG – anders als die Kapitalgesellschaften – aber nach der Rspr. des BGH gerade **keine juristische Person** (BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056; s. auch BGHZ 110, 127 = NJW 1990, 1181; zust. etwa Oetker, § 161 Rn 3 m. w. Nachw.; insow. ebenso Brand, S. 137 f.; a. A. etwa Raiser AcP 199 [1999], 104; zum Ganzen auch Karsten Schmidt, Festschr. f. Beuthien, 2009, S. 211). An diesen Unterschied knüpft die von den Strafsenaten vorgenommene Auslegung des Vermögensnachteils i. S. von § 266 StGB bei vermögensschädigendem Verhalten zu Lasten von KG an, wonach auch auf die Auswirkungen des tatbestandsmäßigen Verhaltens auf die Vermögen der Gesellschafter abzustellen ist.“ (BGH aaO)*
    - b) Dem Letztgenannten entsprechend kommt einem **Einverständnis der jeweiligen Gesellschafter** mit der Beeinträchtigung des Vermögens Bedeutung für das Vorliegen eines Vermögensnachteils und dessen Höhe zu (BGH NSTZ 2013, 38 m. w. Nachw.; BGH NJW 2011, 3733).
  3. Bei den verbleibenden Kommanditisten der jeweiligen Einschiffsgesellschaften können dagegen Vermögensnachteile i. S. von § 266 StGB eingetreten sein, denn diese haben sich mit der Zahlung von Schmiergeldern an die Angekl. und den früheren Mitangekl. E nicht einverstanden erklärt.
    - a) Angesichts der Anknüpfung des Vermögensnachteils an das Vermögen der das vermögensschädigende Verhalten nicht konsentierenden Gesellschafter kann bei der Bemessung der den Schuldumfang bestimmenden **Höhe des Vermögensnachteils** grds. **auf deren Gesellschafteranteile im Verhältnis zur Gesamteinla-**

**ge abgestellt** werden (vgl. BGH NSTZ 2013, 38; BGH NJW 2011, 3733; im rechtlichen Ausgangspunkt ebenso BGH NSTZ 1987, 279 = wistra 1987, 216; Achenbach/Ransiek, Hdb. WirtschaftsstrafR, 3. Aufl., Teil 5 Kap. 2 Rn 351; ausführlicher Soyka, S. 64 f.). Maßgeblich für die Bestimmung des Vorliegens eines Vermögensnachteils ist **ein auf den Zeitpunkt der vermögensschädigenden Handlung des Täters bezogener Vermögensvergleich** (BGH NSTZ 2013, 38; s. auch BVerfGE 126, 170 = NZG 2010, 1143 = NJW 2010, 3209 = NSTZ 2010, 626 m.w. Nachw.). Spätere Entwicklungen, wie etwa Schadensvertiefung oder Schadensausgleich, berühren den tatbestandlichen Schaden nicht (BGH NSTZ 2013, 38 m.w. Nachw.).

- b) Die strafrechtlich auf den Zeitpunkt der vermögensschädigenden Handlung i. S. von § 266 StGB zu beziehende Beurteilung der Herbeiführung eines Vermögensnachteils und dessen Höhe kann, was den relevanten Zeitpunkt betrifft, nicht durch **handelsrechtliche Regelungen über die Gewinn- und Verlustverteilung** innerhalb einer KG (§§ 167 ff. HGB) überlagert werden.

Zukünftige Entwicklungen des betroffenen Vermögens im Hinblick auf den Wert der Geschäftsanteile von Gesellschaftern können strafrechtlich lediglich insoweit von Bedeutung sein, als deren Berücksichtigung mit den dem **Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG** unterworfenen strafatbestandsmäßigen Anforderungen des Vermögensnachteils gem. § 266 StGB zulässig ist (zur Bedeutung von Art. 103 II GG dafür BVerfGE 126, 170 = NZG 2010, 1143 = NJW 2010, 3209 = NSTZ 2010, 626). Von Verfassungen wegen sind die Straferichte bei der Auslegung des Merkmals des Vermögensnachteils gem. § 266 I StGB gehalten, den von ihnen angenommenen Nachteil der Höhe nach zu beziffern und diesen in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise im Urteil darzulegen (BVerfGE 126, 170 = NZG 2010, 1143 = NJW 2010, 3209 = NSTZ 2010, 626).

- c) Nach diesen Grundsätzen ist der bei den geschädigten Kommanditisten eingetretene **Vermögensnachteil** – ausgehend von einem Schmiergeldanteil an dem gezahlten Werklohn in Höhe von 2 Mio. Euro je Hochseeschlepper – **anhand der Höhe der Einlage der Kommanditisten** (§§ 167 II, 169 I HGB; zur Terminologie MüKo-HGB/Schmidt, §§ 171, 172 Rn 5) **in Relation zur Gesamteinlage aller Gesellschafter** zu bestimmen.

*„Eine solche Bestimmung der Höhe des Vermögensnachteils bei Schädigungen zu Lasten von Gesellschaftern einer KG ist auch bislang bereits **in der Rspr. des BGH akzeptiert** worden (BGH NSTZ 2013, 38; BGH NJW 2011, 3733; s. auch Soyka, S. 64 f.). Sie ermöglicht eine Bezifferung des in den Gesellschaftervermögen eingetretenen Nachteils und trägt auch den handelsrechtlichen Regelungen über die Gewinn- und Verlustverteilung bei der KG ausreichend Rechnung.*

*Der Bemessung des in den Vermögen der einzelnen Gesellschafter eintretenden Nachteils liegt die Erwägung einer anteiligen Verteilung der in der Höhe feststehenden Schmälerung des Gesellschaftsvermögens – hier in Gestalt der (verborgenen) Schmiergeldzahlungen – auf die Anteilseigner zu Grunde. Dies entspricht der grds. gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung des Vermögensnachteils gem. § 266 StGB (vgl. BVerfGE 126, 170 = NZG 2010, 1143 = NJW 2010, 3209 = NSTZ 2010, 626). Bei einer (angenommenen) Inhaberschaft des Gesellschaftsvermögens durch die Kommanditgesellschaft selbst bestünde kein Zweifel, dass aus deren Vermögen geleistete Schmiergeldzahlungen in voller Höhe zu einem entsprechenden Nachteil führen. Denn in Höhe des Schmiergeldes ist dem Gesellschaftsvermögen keine wertentsprechende Gegenleistung zugeflossen. Lediglich ein **wirksames Einverständnis der vermögensdispositionsbefugten Gesellschafter könnte** einen solchen Nachteil (bzw. die ihn verursachende Pflichtwidrigkeit der Schädigungshandlung) **ausschließen**.*

*Der **wirtschaftlich nicht ausgeglichene Abfluss von Vermögensbestandteilen** aus der KG wirkt sich auf die Vermögen der Kommanditisten aus. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Der Umfang der Beteiligung des Gesellschafters richtet sich bei den Personenhandelsgesellschaften OHG und KG grds. an der Höhe der Einlage und damit über den Vermögensanteil, der den Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen meint (Karten Schmidt, GesellschaftsR, 4. Aufl., § 47 III 1 a, S. 1381, § 53 III 5 a, S. 1544 f.), aus. Die Gewinn- und Verlustverteilung unter den Gesellschaftern bestimmt sich bei der KG nach den §§ 167 ff. HGB i. V. mit § 120 HGB. **Grundlage der Gewinn- und Verlustverteilung ist der sog. Kapitalanteil** (vgl. § 167 II HGB), bei dem es sich um eine Rechnungsziffer handelt, die den Wert der jeweiligen wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zum Ausdruck bringt (MüKo-HGB/Priester, § 120 Rn 84 m.w. Nachw.). Vorbehaltlich der konkreten gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung bestimmt sich der Ausgangswert dieses Kapitalanteils anhand des Wertes der eingebrachten Einlage (vgl. Priester, § 120 Rn 94). Der **rechnerische Wert der wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters wird durch den Wert des Gesellschaftsvermögens beeinflusst**. Gewinne der Gesellschaft werden nach der gesetzlichen Regelung bis zu der von § 167 II HGB bestimmten Höhe seinem Kapitalanteil zugeschrieben. An den Kapitalanteil des Kommanditisten sind regelmäßig seine prozentuale Beteiligung am Gewinn, sein Gewinnbezugsrecht*

*und sein Stimmrecht geknüpft (vgl. MüKo-HGB/Grunewald, § 167 Rn 19 i. V. mit Rn 14; s. auch Soyka, S. 84 f.). Die den Kapitalanteil eines Kommanditisten betreffenden Buchungen werden auf einem Kapitalkonto geführt (MüKo-HGB/Grunewald, § 167 Rn 19 i. V. mit Rn 14). Weist dieses Kapitalkonto zu dem für die Bestimmung des Vermögensnachteils maßgeblichen Zeitpunkt einen positiven Stand auf, sind die Gesellschaftervermögen der Kommanditisten unmittelbar wirtschaftlich nachteilig betroffen, weil die daran geknüpften vermögensrechtlich relevanten Rechte entweder verringert oder – bei Verkürzung des ohne die schädigende Handlung eintretenden Gewinns – nicht erhöht werden (Soyka, S. 85).*

*Die **Bezifferung des auf die betroffenen Kommanditisten entfallenden Vermögensnachteils** kann daher **anhand der Höhe der jeweiligen Einlage** erfolgen. Diese [bestimmen] die Beteiligung der Gesellschafter u. a. am Gewinn der KG.“ (BGH aaO)*

StGB

**Geheimnisverrat**

StGB

§ 353d Nr. 3

**Verbotene Mitteilung über Gerichtsverhandlung**

(LG Hamburg in NJW 2013, 3458; Beschluss vom 02.09.2013 – 629 Qs 34/13)

Die **Veröffentlichung von Dokumenten eines Vorermittlungsverfahrens, eines Strafvollstreckungsverfahrens sowie eines noch nicht angeordneten Wiederaufnahmeverfahrens unterfällt nicht** dem Verbot des **§ 353 d Nr. 3 StGB**.

**Fall:** Die StA Hamburg führt seit dem Frühjahr 2013 ein Ermittlungsverfahren gegen den RA S. Anlass der Einleitung des Ermittlungsverfahrens gegen S ist der Umstand gewesen, dass der Besch. diverse Dokumente betreffend die Verfahren um seinen Mandanten M auf der Homepage seiner Kanzlei ins Internet stellte, und zwar jeweils im vollen Wortlaut und ohne Namen zu schwärzen. Die StA hält dieses Vorgehen für strafbar. Im Einzelnen waren bzw. sind folgende Dokumente über die Internetseite www.s...net abrufbar:

Seit dem 27.02.2013 ist der Scan eines Einstellungsbescheids der StA Augsburg vom 26.02.2013 abrufbar. Darin wird mitgeteilt, dass von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gem. § 152 II StPO gegen den Sachverständigen Dr. L und den Amtsrichter E abgesehen werde, gegen welche der Besch. namens seines Mandanten M Strafanzeige wegen Freiheitsberaubung erstattet hatte. Der Bescheid ist mit einer Beschwerdebelehrung versehen.

Seit dem 26.03.2013 ist abrufbar der eingescannte Wiederaufnahmeantrag der StA Regensburg, gerichtet an das LG Regensburg, vom 18.03.2013 betreffend das gegen M rechtskräftig abgeschlossene Verfahren, in welchem seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet wurde. Das Dokument umfasst 152 Seiten und enthält eine detaillierte Beschreibung des damaligen Verfahrensablaufs, einen vollständigen Abdruck des damals ergangenen Urteils sowie eine Darstellung der aus Sicht der StA bestehenden Wiederaufnahmegründe.

Seit dem 12.04.2013 ist abrufbar eine gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen Dr. L betreffend M vom 04.03.2013, angefertigt im Rahmen des Strafvollstreckungsverfahrens der StA Nürnberg-Fürth nebst Antrag der StA an die Strafvollstreckungskammer bei dem LG Bayreuth.

Seit dem 29.04.2013 ist abrufbar eine ergänzende gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen Dr. L vom 16.04.2013 in derselben Strafvollstreckungssache.

Seit dem 29.04.2013 ist abrufbar ein Beschluss der Strafvollstreckungskammer des LG Bayreuth vom 28.04.2013 in der vorgenannten Strafvollstreckungssache, mit welchem u. a. angeordnet wird, dass eine ergänzende gutachterliche Stellungnahme hinsichtlich der Begutachtung des Verurteilten M einzuholen ist.

I. **§ 353 d Nr. 3 StGB** bestraft denjenigen, der „die **Anklageschrift oder andere amtliche Schriftstücke eines Strafverfahrens** ... ganz oder in wesentlichen Teilen im Wortlaut öffentlich mitteilt, **bevor sie in öffentlicher Verhandlung erörtert** worden sind oder das Verfahren abgeschlossen ist“.

1. Bei den vom Besch. veröffentlichten Texten handelt es sich weitgehend um **amtliche Schriftstücke**, und diese wurden auch öffentlich – also für einen unbestimmbaren Personenkreis – **ganz und im Wortlaut mitgeteilt**.

a) Soweit der **Bescheid der StA Augsburg** vom 26.02.2013 in Rede steht, ist jedoch die sachliche Begrenzung der Norm einschlägig, nach der es sich um Schriftstücke aus einem Strafverfahren handeln muss. An einem solchen „Strafverfahren“ i. S. des § 353 d Nr. 3 StGB mangelt es.

*„Die StA teilt dem Besch. in dem Bescheid gerade mit, dass **kein Strafverfahren eingeleitet** wurde. An diesem Wortlaut muss sich die StA festhalten lassen. Solange nur sog. **Vorermittlungen**, die noch kein Einschreiten der StA i. S. des § 152 II StPO (Löwe/Rosenberg, 26. Aufl. 2007, § 152 Rn 33 f.) bedeuten, stattgefunden haben, kann kein Strafverfahren i. S. des § 353 d Nr. 3 StGB vorliegen. Ob die StA in diesem Zusammenhang ein AR- oder ein Js-Registerzeichen vergeben hat, ist insoweit nicht entscheidend, weil dies regelmäßig dem Zufall überlassen ist. Ebenso wenig kann die Rechtsmittelbelehrung, die den in §171 S. 2 StPO vorgeschriebenen Inhalt hat, dazu führen, dass entgegen dem zuvor eindeutig geäußerten Willen, kein Strafverfahren einzuleiten, doch ein Strafverfahren vorliegt.“* (LG Hamburg aaO)

b) Bei den Schriftstücken aus dem **Strafvollstreckungsverfahren** – zwei Gutachten und einem Beschluss der Strafvollstreckungskammer – ist die **zeitliche Beschränkung des Verbots nach § 353 d Nr. 3 StGB** einschlägig.

*„Denn ein **Strafverfahren** wird nach übereinstimmender Definition in der Lit. (Vormbaum, LK-StGB, § 353 d Rn 41; Schönke/Schröder, § 353 d Rn 42; Kuhlen, NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 353 d Rn 30) **wegen des Verdachts einer Straftat** betrieben und nicht wegen der Frage der Strafvollstreckung aus*

einer bereits erfolgten Verurteilung. **Mit der rechtskräftigen Verurteilung ist das Strafverfahren abgeschlossen.** Deshalb unterfallen das Strafvollstreckungsverfahren und auch das ebenfalls im 7. Buch der StPO geregelte Kostenfestsetzungsverfahren (zu Letzterem Vormbaum, LK-StGB, § 353 d Rn 41) nicht § 353 d Nr. 3 StGB. Nur dieses Ergebnis ist i. Ü. mit dem **Schutzzweck des § 353 d Nr. 3 StGB** zu vereinbaren, die Unbefangenheit von „gerichtsfernen“ Verfahrensbeteiligten, namentlich der Laienrichter und Zeugen, zu wahren (dazu BT-Dr 7/550, S. 283 f.). Denn diese sind im Vollstreckungsverfahren nicht beteiligt.

Soweit § 353 d StGB auch den **Schutz des Betroffenen** bezweckt (dazu BT-Dr 7/1261, S. 23), weist der vorliegende Fall die Besonderheit auf, dass der Betroffene M mit der Veröffentlichung einverstanden ist. Ob das bereits den objektiven Tatbestand entfallen lässt oder eine rechtfertigende Einwilligung darstellt (vgl. dazu Vormbaum, LK-StGB, § 353 d Rn 38 f.), kann dahinstehen.“ (LG Hamburg aaO)

- c) Das Bereithalten des **Wiederaufnahmeantrags** der StA Regensburg zum Abruf im Internet könnte hingegen strafbar sein.

„Denn jedenfalls zum **gegenwärtigen Zeitpunkt** verfährt angesichts der vom OLG Nürnberg angeordneten Wiederaufnahme des Verfahrens der Einwand nicht mehr, dass vor Abschluss des Wiederaufnahmeverfahrens durch eine Wiederaufnahmeordnung (§ 370 II StPO) ein Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen, mithin **(noch) kein neues in Gang gesetzt** sei.

Insoweit steht auch die Frage im Raum, auf welchen Zeitpunkt sich die Strafbarkeit nach § 353 d StGB bezieht: Auf den Zeitpunkt der erstmaligen Verbreitung oder auf den der letztmaligen? Ist § 353 d StGB **Handlungs-, Zustands-, Unterlassens-, Dauerdelikt**? Der historische Gesetzgeber hatte die vorliegende Fallgestaltung mit Sicherheit nicht im Blick, und auch wenn das BVerfG die Norm im Jahr 1985 als verfassungsgemäß eingestuft hat (BVerfGE 71, 206 = NJW 1986, 1239), dürfte es angesichts der neuen technischen Möglichkeiten der „öffentlichen Mitteilung“ von Gerichtsdokumenten über das Internet um die Bestimmtheit der Vorschrift schlechter denn je stehen.“ (LG Hamburg aaO)

- II. Schließlich ist der **Begriff des „Strafverfahrens“** in § 353 d Nr. 3 StGB nach Auffassung des LG Hamburg aaO **weiter** zu verstehen ist als die **„Verhandlung vor Gericht“**.

„Dies entspricht, soweit ersichtlich, auch der gesamten Kommentarlit. (vgl. etwa Vormbaum, LK-StGB, § 353 d Rn 41, 51; Schönke/Schröder, § 353 d Rn 42, 53; Kuhlen, NK-StGB, § 353 d Rn 30). Bereits der **historische Gesetzgeber** wollte die **zeitliche Dauer des Mitteilungsverbots**, welche bis zur Einführung des § 353 d StGB durch die Reichspressegesetze geregelt wurde, **unverändert belassen** (vgl. BT-Dr 7/550, S. 284). Die damalige Rspr. vertrat eine weite Auslegung des Begriffs „Straf-Prozess“. Es reichte bereits die Anhängigkeit eines Verfahrens bei einer Strafbehörde, wenn es sich wegen bestimmter Straftaten gegen bestimmte Personen richtete (vgl. RGSt 22, 273).

Auch die **Legaldefinition** eines „eingeleiteten Strafverfahrens“ in § 397 I AO hat ein **weites Verständnis des Begriffs**. Es liegt danach vor, „sobald die ... Staatsanwaltschaft ... oder der Strafrichter eine Maßnahme trifft, die erkennbar darauf abzielt, gegen jemanden wegen einer (Steuer)Straftat strafrechtlich vorzugehen“.

Die eher weite Auffassung wird schließlich auch durch **Sinn und Zweck der Norm** gedeckt. Die Unbefangenheit von Schöffen und Zeugen kann bereits weit vor der Eröffnung der gerichtlichen Hauptverhandlung beeinträchtigt werden. Dies gilt besonders in Fällen, die Gegenstand der öffentlichen Berichterstattung sind. Darüber hinaus werden die **Persönlichkeitsrechte der Betroffenen so bestmöglich geschützt**.“ (LG Hamburg aaO)

(VGH München in BVerfG in GewA 2013, 449; Beschluss vom 17.01.2012 – 22 CS 11.1972)

Unzuverlässigkeitsgründe in der Person des Geschäftsführers einer juristischen Person (hier: einer GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin einer GmbH & Co. KG) können der juristischen Person insbesondere dann zugerechnet werden, wenn sie sich aus dessen Pflichtverletzungen als Geschäftsführer ergeben. Die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Geschäftsführers spielt dagegen keine Rolle.

**Fall:** Die Ast'in ist die persönlich haftende Gesellschafterin der Elektro M. GmbH & Co. KG (nachfolgend: KG), die zum 23.05.2006 in Memmingen ein Gewerbe im Bereich Planung und Ausführung elektrotechnischer Einrichtungen und Handel mit elektrotechnischen Erzeugnissen angemeldet hatte. Zum 15.04.2011 wurden die Gewerbe der KG und der Ast'in abgemeldet; zum 18.05.2011 liegt eine Gewerbebeanmeldung der KG in Schmölln (Thüringen) mit der Ast'in als persönlich haftender Gesellschafterin für denselben Tätigkeitsbereich wie in Memmingen vor. Geschäftsführer (GF) der Ast'in war in Memmingen und ist in Schmölln weiterhin Herr A. M.

Mit Bescheid v. 06.04.2011 untersagte die Ag'in der Ast'in die angemeldete und ausgeübte Tätigkeit als geschäftsführende Gesellschafterin der Elektro M GmbH & Co. KG sowie alle anderen im stehenden Gewerbe zu betreibenden selbständigen Tätigkeiten (Nr. 1 des Bescheids), setzte der Ast'in für die Einstellung des untersagten Gewerbes eine Frist von sechs Wochen nach Zustellung des Bescheids (Nr. 2) und ordnete unter Androhung eines Zwangsgelds (Nr. 3) die sofortige Vollziehung der Nrn. 1 und 2 an (Nr. 4). Dies wird mit der – unbestrittenen – mangelnden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Ast'in begründet.

Gegen den Bescheid hat die Ast'in Anfechtungsklage zum VG erhoben, über die noch nicht entschieden ist. Zugleich beantragte sie die Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage.

Ist der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Gewerbeuntersagung begründet?

Der auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gerichtete Antrag ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell oder materiell fehlerhaft ist. Eine Anordnung der sofortigen Vollziehung kann auf der Grundlagen von § 80 I 1 Nr. 4 VwGO ergehen.

## **I. formelle Voraussetzungen der Anordnung des sofortigen Vollziehung**

### **1. Zuständigkeit**

Für die Anordnung des sofortigen Vollziehung ist die Behörde zuständig, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Da die Ag'in die Gewerbeuntersagung und Einstellungsverfügung erlassen hatte, war sie daher auch für die Anordnung der sofortigen Vollziehung dieser Verwaltungsakte zuständig.

### **2. Form**

Das besondere Interesse an der Anordnung des sofortigen Vollziehung ist nach § 80 III 1 VwGO schriftlich zu begründen, wobei dieser Begründung nicht nur floskelhaft sein darf. Hiervon kann ausgegangen werden.

### **3. Verfahren**

Fraglich ist, ob vor Erlass einer Anordnung des sofortigen Vollziehung eine Anhörung analog § 28 VwVfG stattzufinden hat. Dies ist umstritten, wird von der Rechtsprechung jedoch abgelehnt, so dass die Anordnung des sofortigen Vollziehung verfahrensgemäß erfolgt ist.

Die Anordnung des sofortigen Vollziehung ist daher formell rechtmäßig.

## **II. materielle Voraussetzungen der Anordnung des sofortigen Vollziehung**

In materieller Hinsicht ist die Vollzugsanordnung fehlerhaft, wenn kein überwiegendes Vollzugsinteresse besteht (§ 80 II Nr. 4 VwGO). Die Anordnung sofortiger Vollziehung setzt nach § 80 II Nr. 4 VwGO tatbestandlich voraus, dass sie entweder im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten ist. Das öffentliche Vollzugsinteresse muss, wie § 80 III 1 VwGO verdeutlicht, ein solches besonderer Art sein. Es fehlt aber auf jeden Fall, wenn der Verwaltungsakt, um dessen sofortige Vollziehung es geht, rechtswidrig

ist, da es kein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung rechtswidriger Verwaltungsakte geben kann.

## 1. summarische Prüfung der Gewerbeuntersagung

### a) Ermächtigungsgrundlage für die Gewerbeuntersagung

Eine Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO erfolgen.

### b) formelle Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung

Von der formellen Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung kann ausgegangen werden.

### c) Materielle Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung

Nach § 35 I 1 GewO ist die Ausübung eines Gewerbes ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebs beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Unzuverlässigkeit ist anzunehmen, wenn ein Gewerbetreibender nicht Gewähr dafür bietet, sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß, insbesondere unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zu führen.

#### aa) Adressat der Gewerbeuntersagung

*„Wird ein **Gewerbe**, wie vorliegend das elektrotechnische Unternehmen der KG, von einer **Personengesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit** ausgeübt, so ist die Untersagung nicht gegen die Gesellschaft als solche, sondern **gegen die geschäftsführenden Gesellschafter** und ggf. gegen geschäftsführungsbefugte Kommanditisten zu richten (Pielow, GewO, 1. Aufl. 2009, Rn. 26 zu § 35 m. w. N.). **Geschäftsführende Gesellschafterin** der KG und deren persönlich haftende Gesellschafterin ist vorliegend die **Ast'in**. **Zugleich** ist sie, da sie als GmbH eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt und als Gewerbe die Führung der Geschäfte der KG betreibt, **selbst Gewerbetreibende i.S.d. § 35 GewO** (Pielow, aaO., Rn. 27 zu § 35 m. w. N.).“ (VGH München aaO)*

#### bb) Unzuverlässigkeit wegen mangelnder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit

##### (1) Anknüpfungspunkt

Hinsichtl. der gewerberechtlichen Untersagungsgründe ist zu unterscheiden zwischen den Gründen, die eine juristische Person selbst verwirklichen kann, und denjenigen, die ein Handeln oder Unterlassen natürlicher Personen voraussetzen, also die Zuverlässigkeit der vertretungsberechtigten Organe betreffen (Pielow, aaO., Rn. 27 zu § 35 m.w.N.).

Vertretungsberechtigtes Organ der KG ist die Antragstellerin, deren vertretungsberechtigtes Organ wiederum ihr Geschäftsführer, Herr A. M. ist.

*„Soweit sich vorliegend die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit der Ast'in aus ihrer **wirtschaftlich Leistungsunfähigkeit** ergeben kann, kommt es zunächst nur auf die **Vermögensverhältnisse** und **Verbindlichkeiten der Ast'in selbst und diejenigen der KG** an, für welche die Ast'in gem. § 161 I HGB gegenüber Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet, **nicht jedoch auf die Verbindlichkeiten ihres eigenen Geschäftsführers**, Herrn A. M.*

*Denn **weder** hat die Ast'in **für dessen Verbindlichkeiten einzustehen**, noch hat **umgekehrt** das wirtschaftliche Leistungsvermögen ihres Geschäftsführers unmittelbare Bedeutung für die Bonität der Ast'in, weil den **Gläubigern einer GmbH** gegenüber **nur das Gesellschaftsvermögen**, nicht aber der einzelne Gesellschafter **haftet** (§ 13 II GmbHG). Allerdings können gleichwohl Unzuverlässigkeitsgründe in der Person des Geschäftsführers, deren vertretungsberechtigtes Organ er ist (§ 35 I 1 GmbHG), der Ast'in zuzurechnen sein. Dies gilt insbes. für **Unzuverlässigkeitsgründe**, die sich **aus dessen Pflichtverletzungen** als Geschäftsführer ergeben. Die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Geschäftsführers der Ast'in dagegen kann bei der Beurteilung der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit der Ast'in keine Rolle spielen.“ (VGH München aaO)*

Anknüpfungspunkt für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der KG kann daher nur deren eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und diejenige der Ast'in als deren Komplementärin sein.



## (2) Feststellung mangelnder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Ast'in

Maßgeblich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung ist nach der Rspr. der Zeitpunkt des Bescheiderlasses (ständ.Rspr.; vgl. z. B. BayVGH v. 24.11.2010 – 22 ZB 10. 2673 –; BVerwG v. 14.05.1997 – 1 B 93/97 –).

*„Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit der Ast'in beruht zum einen auf ihrer **Überschuldung**. Im maßgeblichen Zeitpunkt des Bescheiderlasses hatten die **Ast'in selbst und die KG beträchtliche Verbindlichkeiten** gegenüber einer Vielzahl von Gläubigern; mehrfach ergingen Haftanordnungen zur Erzwingung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung. [wird ausgeführt].*

*Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit der Ast'in ergibt sich auch aus den **Rückständen bei gewerbebezogenen Steuern** (samt Nebenleistungen) sowie aus der Tatsache, dass über einen langen Zeitraum die vorgeschriebenen steuerlichen **Erklärungen nicht oder nur verspätet abgegeben** wurden. [wird ausgeführt].“ (VGH München aaO)*

## (3) Unzuverlässigkeitsprognose

Da die Gewerbeuntersagung als Maßnahme des Gefahrenabwehrrechts im Rahmen des besonderen Ordnungsrechts jedoch nicht auf eine Sanktionierung vergangenen Fehlverhaltens gerichtet ist, sondern eine Prognose dahingehend voraussetzt, dass der Gewerbetreibende die ihm obliegenden Pflichten auch zukünftig nicht erfüllen wird, hat die Ag'in Umstände, welche die Unzuverlässigkeitsprognose durchbrechen, bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.

*„Die Ast'in macht mit ihrer Beschwerde geltend, die Ag'in „hätte ... außer Acht gelassen, dass ... etwa ab dem Jahr 2009 ein organisatorisch und personell „radikaler Umbruch“ der KG erfolgt und ein tragfähiges Sanierungskonzept zur Anwendung gekommen sei, das u. a. den Verzicht auf eigene Beschäftigte und die Zusammenarbeit mit Subunternehmern enthalte. Dieser Einwand überzeugt nicht. Denn die von der Ast'in aufgezählten einzelnen Maßnahmen dieses Konzepts gewährleisten schon ihrer Beschreibung nach nicht die allmähliche Entschuldung der KG bzw. der Ast'in und die Vermeidung neuer Verbindlichkeiten. [wird ausgeführt].“ (VGH München aaO)*

## cc) Unzuverlässigkeit des Geschäftsführers

Die Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden, insbesondere wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, kann sich auch aus der persönlichen Unzuverlässigkeit ihres Geschäftsführers ergeben, denn unzuverlässig ist auch, wer unzuverlässigen Personen maßgeblichen Einfluss auf sein Gewerbe einräumt.

*„Die gewerbliche Unzuverlässigkeit der Ast'in hat die Ag'in zu Recht auch wegen der persönlichen Unzuverlässigkeit des GF der Ast'in angenommen. Insoweit wird der Einwand der Ast'in, die **Verurteilung des Geschäftsführers wegen Insolvenzstraftaten** resultiere aus den Schwierigkeiten der Vergangenheit und das Urteil habe zu einem Umdenken und zur radikalen Umstrukturierung des Geschäftsbetriebs geführt, nicht nur durch die – oben dargelegte – Ungeeignetheit des „Sanierungskonzepts“ widerlegt. Vielmehr hat das Ermittlungsverfahren wegen Insolvenzverschleppung inzwischen zu einer **weiteren Anklage** der StA Augsburg v. 19.10.2011 gegen den GF und einen seiner Söhne geführt.*

*Darin wird gegen den GF der Tatvorwurf nach § 15 a Abs. 1 u. 4 InsO erhoben, trotz der Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung mit Urteil des AG Augsburg v. 04.08.2010 und in **Kenntnis der fortbestehenden Zahlungsunfähigkeit der KG** (die ab dem 04.08.2010 keinerlei liquide Mittel zur Begleichung der Verbindlichkeiten hatte) **weiterhin pflichtwidrig keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens** gestellt zu haben, auch über eine erfolglose Pfändung des Gesellschaftskontos am 28.10.2010 hinaus. Die Ast'in hat sich zu diesem Tatvorwurf nicht mehr geäußert. Hinzu kommen die oben bereits genannten Pflichtverletzungen, die in der nicht rechtzeitigen Abgabe der gebotenen Steuererklärungen und -voranmeldungen für die Ast'in und für die KG liegen.“ (VGH München aaO)*

Die Gewerbeuntersagung ist daher nach summarischer Prüfung rechtmäßig.

## 2. besondere Vollzugsinteresse

Da der Gesetzgeber ungeachtet der Rechtmäßig- oder Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes den Eintritt der aufschiebenden Wirkung in § 80 I VwGO als Regelfall vorge-

sehen hat, muss zu dem Erlassinteresse, welches insofern wegen der Rechtmäßigkeit ohnehin besteht, auch noch ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung hinzutreten.

„Entgegen der Ansicht der Ast'in führt die **Verlegung der gewerbliche Niederlassung** der KG und/oder der Ast'in aus dem Zuständigkeitsbereich der Ag'in nach Thüringen **weder zum Wegfall noch zur Minderung dieses öffentlichen Interesses**. Das besondere öffentliche Interesse i.S.d. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ist hier auf dasselbe Ziel gerichtet wie das für die Gewerbeuntersagung als Grundverfügung notwendige **Interesse am Schutz der Allgemeinheit**, zu dem auch der vorliegend in Rede stehende **Schutz des Vermögens der öffentlichen Hand** und der **generelle Gläubiger- und Vertragspartnerschutz** gehören (vgl. Tettlinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, Rn. 118 zu § 35 m. w. N.). Es unterscheidet sich von diesem Interesse lediglich hinsichtlich des **Grades der Dringlichkeit**. Das besondere öffentliche Vollzugsinteresse hängt nicht davon ab, ob diejenige Behörde, die den Sofortvollzug angeordnet hat, zu einem späteren Zeitpunkt noch selbst an der sofortigen Vollziehung interessiert ist oder ob – nach der Verlegung der gewerbliche Niederlassung des Gewerbetreibenden in den örtl. Zuständigkeitsbereich einer anderen Behörde – der Schutz der Allgemeinheit dort zu gewährleisten ist.“ (VGH München aaO)

### 3. Notwendigkeit eines gesteigerten Interesses wegen Grundrechtsrelevanz

„Der Aufrechterhaltung der sofortigen Vollziehbarkeit steht auch nicht entgegen, dass im Hinblick auf den weitreichenden Eingriff einer erweiterten Gewerbeuntersagung in die **Berufsfreiheit (Art. 12 I GG)** und im Hinblick auf das **Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV 1 GG)** nach der Rspr. (vgl. BayVGH v. 13.12.2011 – 22 CS 11.2428 – u. v. 10.11.2011 – 22 CS 11.1928 – = GewArch 2012, 72; BVerfG v. 13.08.2003, NJW 2003, 3617 u. v. 24.10.2003, NJW 2003, 3618) ein Abstellen auf die Erfolgsaussichten der Hauptsacheklage nicht ausreicht, sondern zusätzlich festgestellt werden muss, dass die **sofortige Vollziehbarkeit** schon vor der Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens **als Präventivmaßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter** notwendig ist. Vorliegend haben die Ast'in und die KG, für die sie persönlich haftet, sowie auch der GF der Ast'in noch **nach der ersten Anhörung** (v. 15.06.2009) zur beabsichtigten Gewerbeuntersagung **zahlreiche gewerberechtliche Pflichtverletzungen** begangen und das Entstehen weiterer gegen die gewerberechtliche Zuverlässigkeit sprechender Umstände in Kauf genommen (fortdauernde Nichtabgabe steuerrechtlich gebotener Erklärungen, Haftanordnungen zur Erzwingung der Abgabe der eidesstattliche Versicherung, Ansteigen von Verbindlichkeiten). Selbst **nach Erlass des Gewerbeuntersagungsbescheids** v. 06.04.2011 sind ausweislich der Aufstellung der Gerichtsvollzieherin zum Stichtag 12.09.2011 gegen die KG weitere sechs und gegen die Ast'in weitere drei Vollstreckungsaufträge verschiedener Gläubiger eingegangen. Beides zusammen rechtfertigt die Prognose, dass ohne eine sofort wirksame Gewerbeuntersagung die Verbindlichkeiten der KG und der für diese persönlich haftenden Ast'in bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens weiter ansteigen und wichtige Gemeinschaftsgüter geschädigt würden.“ (VGH München aaO)

### III. Ergebnis

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Gewerbeuntersagung ist rechtmäßig. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Gewerbeuntersagung ist daher unbegründet.

GG  
Art. 105a**Erhöhung der Hundesteuer**  
**Überprüfung im Normenkontrollverfahren**

GO

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2013, 898, Urteil vom 14.05.2013 – 6 C 11221/12)

1. Eine Hundesteuer von jährlich 186 EUR für den ersten und 216 EUR für jeden weiteren (nicht gefährlichen) Hund entfaltet keine erdrosselnde Wirkung und verstößt grundsätzlich weder gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip noch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.
2. Bei der richterlichen Kontrolle untergesetzlicher Normen kommt es, sofern keine gesetzlich formulierten Abwägungsdirektiven vorgegeben sind, nur auf das Ergebnis des Rechtsetzungsverfahrens, nicht aber auf die die Rechtsnorm tragenden Motive derer an, die an ihrem Erlass mitgewirkt haben.
3. Eine Hundesteuererhöhung kann bereits allein durch die damit bezweckte Erhöhung des Steueraufkommens gerechtfertigt werden.
4. Tatsächliche Vollzugsmängel begründen nur dann einen Verstoß der materiellen Abgabennorm gegen Art. 3 I GG, wenn sie auf strukturell gegenläufigen und auf Ineffektivität angelegten Erhebungsregelungen beruhen, auf Grund derer der Abgabeananspruch weitgehend nicht durchgesetzt werden kann.

**Fall:** Die Ast. wandte sich mit ihrem Normenkontrollantrag gegen die Erhöhung der Hundesteuer durch die Ag. Nach § 1 I der Satzung der Ag. über die Erhebung von Hundesteuer (Hundesteuersatzung, im Folgenden: HundeStS) vom 27.09.2007, zuletzt geändert durch die Satzung zur Änderung der Hundesteuersatzung vom 01.02.2012 (im Folgenden: Änderungssatzung), erhebt die Ag. eine Steuer für das nichtgewerbsmäßige Halten von Hunden in ihrem Stadtgebiet durch natürliche Personen. Nach § 4 I HundeStS in der ursprünglichen Fassung (im Folgenden: a. F.) betrug die Steuer jährlich für den ersten Hund 120,00 EUR, für den zweiten 156,00 EUR und für den dritten sowie jeden weiteren Hund 192,00 EUR. Durch § 1 der Änderungssatzung wurde § 4 I HundeStS a. F. dahingehend modifiziert, dass die Steuer seit dem 01.03.2012 jährlich für den ersten Hund 186,00 EUR, für den zweiten und jeden weiteren Hund 216,00 EUR sowie für jeden gefährlichen Hund 600,00 EUR beträgt. Wird der Antrag Erfolg haben?

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

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen –Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Hier wird um eine Kommunalsteuersatzung gestritten. Die streitentscheidenden Normen sind daher solche des Kommunalabgabenrechts, die ohne weiteres als öffentlich-rechtlich einzustufen sind. Da auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

**2. Statthaftigkeit des Normenkontrollantrags**

„Der Normenkontrollantrag ist insbesondere nach § 47 I Nr. 2 VwGO i. V. mit § 4 I AGVwGO statthaft, denn der angegriffene § 4 I HundeStS ist eine **im Rang unter dem Landesgesetz** stehende Rechtsvorschrift und nicht Teil einer Rechtsverordnung, die eine Handlung eines Verfassungsorgans i. S. des Art. 130 I RhPf-Verf. ist.“ (OVG Koblenz aaO)

**3. Antragsbefugnis**

Nach § 47 II VwGO ist antragsbefugt, jede natürliche oder juristische Person, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden.

„Die Ast. ist auch antragsbefugt i. S. von § 47 II 1 VwGO, da sie im Stadtgebiet der Ag. einen **nicht gefährlichen Hund** hält und somit durch die mit der Änderung von § 4 I HundeStS erfolgte **Erhöhung der Hundesteuer** für solche Hunde zumindest in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) verletzt sein kann.

Obwohl sie **lediglich einen einzelnen Hund** hält, ist ihr Antrag auch insoweit zulässig, als er die Erhöhung der Steuer für den zweiten und jeden weiteren nicht gefährlichen Hund umfasst. Diese Regelungen sind

nämlich unter Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 139 des BGB **nicht als eigenständig anzusehen**, weil nicht anzunehmen ist, die Ag. würde die Haltung weiterer Hunde auch dann besteuern, wenn die Haltung eines einzelnen Hundes nicht der Besteuerung unterläge (vergleiche: BVerwG, NVwZ 2005, 695).“ (OVG Koblenz aaO)

#### 4. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Vom Vorliegen der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere der Einhaltung der Antragsfrist von einem Jahr sowie der nach § 67 IV VwGO erforderlichen anwaltlichen Vertretung ist auszugehen.

#### 5. Zwischenergebnis

Der Normenkontrollantrag ist zulässig.

### II. Begründetheit des Normenkontrollantrags

Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn der angegriffenen Satzung eine Rechtsgrundlage fehlt oder formelle bzw. materielle Rechtmäßigkeitsanforderungen nicht erfüllt sind.

#### 1. Satzungsermächtigung

Die Ag. muss sich auf eine Satzungsermächtigung berufen können.

„Ermächtigungsgrundlage für die beanstandeten Regelungen des § 4 I HundeStS ist § 5 III RhPfkAG vom 20.06.1995 (RhPfgVBI S. 175, zuletzt geändert durch Gesetz v. 15.02.2011, RhPfgVBI S. 25), der seinerseits mit Art. 105 II a 1 GG vereinbar und hinreichend bestimmt ist (vgl. BVerwGE 110, 265 [268] = NVwZ 2000, 929).

In diesem Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, ob die verfahrensgegenständlichen Regelungen lediglich der **Einnahmeerzielung** dienen oder die Ag. mit ihnen auch **Lenkungszwecke** verfolgt. Den Kompetenzbereich des Art. 105 II a 1 GG würden sie nämlich allenfalls dann überschreiten, wenn sie dem einer Steuer zukommenden **Zweck, Einnahmen zu erzielen, geradezu zuwiderliefen**, indem sie ersichtlich darauf abzielten, die Erfüllung des Steuertatbestandes durch eine „**erdrosselnde Wirkung**“ praktisch unmöglich zu machen (vgl. BVerwGE 96, 272 [277 f.] = NVwZ 1995, 59; OVG Koblenz, NVwZ 2005, 1456 L = BeckRS 2005, 28022). Hiervon kann angesichts der Höhe der Steuer von jährlich 186,00 EUR für den ersten und 216,00 EUR für jeden weiteren (nicht gefährlichen) Hund keine Rede sein (vgl. OVG Koblenz, NVwZ-RR 2010, 657 L = AS 39,156 [158] = BeckRS 2010, 48679). Jedenfalls zeigt das Absinken der Zahl der angemeldeten Hunde im Vorfeld der am 01.03.2012 wirksam gewordenen Hundesteuererhöhung um weniger als 4 % und ihre **Stabilisierung auf dem erreichten Niveau**, dass von einer erdrosselnden Wirkung der Steuererhöhung keine Rede sein kann.“ (OVG Koblenz aaO)

#### 2. formelle Rechtmäßigkeitsanforderungen

Es kann davon ausgegangen werden, dass die Satzung in einem ordnungsgemäßen Verfahren beschlossen und bekanntgegeben wurde.

#### 3. materielle Rechtmäßigkeitsanforderungen

Hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeitsanforderungen an eine Kommunalsteuersatzung kann angesichts des den Gemeinden weitgehend eingeräumten Ermessens allenfalls ein Fehler im Abwägungsvorgang vorliegen.

##### a) Prüfungsansatz

Hinsichtlich der Überprüfung des Abwägungsvorgangs kommt es zunächst darauf an, ob die bei der Abwägung einbezogenen Kriterien ebenfalls einer gerichtlichen Überprüfung unterworfen sind oder ob dies für die Überprüfung des Abwägungsvorgangs nur auf das Abwägungsergebnis und dessen rechtliche Einordnung ankommt.

„[Nach] der ständigen Rechtsprechung des BVerwG, welcher der Senat folgt, [kommt es] bei der **richterlichen Kontrolle untergesetzlicher Normen** angesichts des normativen Ermessens, das nicht nur dem parlamentarischen Gesetzgeber, sondern auch der von ihm zur Rechtsetzung ermächtigten Exekutive zukommt, grundsätzlich **nur auf das Ergebnis des Rechtsetzungsverfahrens, nicht aber auf die die Rechtsnorm tragenden Motive** derer ankommt, die an ihrem Erlass mitgewirkt haben. Soweit der Normgeber zur Regelung einer Frage befugt ist, ist seine Entscheidungsfreiheit nämlich eine **Ausprägung** des auch mit Rechtsetzungsakten der Exekutive typischerweise verbundenen **normativen Ermessens**. Dieses wird **erst dann rechtswidrig** ausgeübt, wenn die getroffene Entscheidung in Anbetracht des Zweckes der Ermächtigung **schlechterdings unvertretbar oder unverhältnismäßig** ist. Demgemäß beschränkt sich die verwaltungsgerichtliche Kontrolle darauf, ob diese **äußersten rechtlichen Grenzen** der Rechtsetzungsbefugnis überschritten sind. Die Rechtsprechung hat zu respektie-

ren, dass der parlamentarische Gesetzgeber im Rahmen der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen oder Satzungen **eigene Gestaltungsfreiräume an den untergesetzlichen Normgeber weiterleitet und ihm damit vorbehaltlich gesetzlicher Beschränkungen die Bewertungsspielräume eröffnet, die sonst dem parlamentarischen Gesetzgeber selbst zustehen. Eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung des Abwägungsvorgangs** setzt daher bei untergesetzlichen Normen eine besonders ausgestaltete Bindung des Normgebers an **gesetzlich formulierte Abwägungsdirektiven** voraus, wie sie etwa im Bauplanungsrecht vorgegeben sind. Sind solche – wie hier – nicht vorhanden, kann die Rechtswidrigkeit der Norm mit Mängeln im Abwägungsvorgang nicht begründet werden. **Entscheidend** ist dann **allein**, ob das **Ergebnis** des Normsetzungsverfahrens den anzulegenden rechtlichen Maßstäben entspricht (vgl. BVerwG, NVwZ 2007, 958 = DÖV 2007, 560).“ (OVG Koblenz aaO)

## b) Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Gleichwohl muss die satzungsmäßige Hundesteuererhöhung vom Ergebnis her betrachtet noch verhältnismäßig sein. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip setzt der Gestaltungsfreiheit des Normgebers auch bei der Auferlegung von Steuerlasten Grenzen (BVerfGE 115, 97 [114] = NJW 2006, 1191 ff. = NVwZ 2006, 679 L). Es muss daher ein legitimer Zweck verfolgt werden, zu dessen Erreichung die vorgenommene Hundesteuererhöhung geeignet, erforderlich und angemessen ist.

### aa) Einnahmeerhöhung als Regelungsziel

#### (1) legitimer Zweck

Es stellt sich die Frage, ob eine Steuererhöhung einzig mit dem Ziel einer höheren Einnahmeerzielung begründet werden kann, ohne dass es auf ein Lenkungsziel und dessen Vereinbarkeit mit dem Zweck der Satzungsermächtigung ankommt.

Die Erhöhung der Hundesteuer ist eine von zahlreichen Maßnahmen zur Einnahmeerhöhung und Ausgabensenkung im Rahmen der angestrebten Haushaltskonsolidierung. Eine Steuererhöhung, die auf eine Einnahmenerhöhung zielt, um so innerhalb eines Gesamtpaktes eine Haushaltsanierung zu erreichen, verfolgt einen legitimen Zweck.

#### (2) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Die Erhöhung der Hundesteuer für nicht gefährliche Hunde für den ersten Hund von 120,00 EUR auf 186,00 EUR sowie für den zweiten und jeden weiteren von 156,00 EUR bzw. 192,00 EUR auf 216,00 EUR ist im Hinblick auf die dadurch zu erzielenden Mehreinnahmen ohne weiteres zur Einnahmenerhöhung geeignet. Fraglich ist jedoch, ob sie auch erforderlich ist. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn es kein milderes Mittel gibt, welches zur Zweckerreichung gleich geeignet ist.

*„Hinsichtlich des Zwecks der Erzielung von Einnahmen bestehen gegen die Geeignetheit und **Erforderlichkeit** steuerlicher Belastungen **unterhalb der Schwelle** zu einer – hier nicht vorliegenden (vgl. o. II. 1) – „**erdrosselnden Wirkung**“ grundsätzlich keine Bedenken (BVerfGE 115, 97 [115] = NJW 2006, 1191 = NVwZ 2006, 679 L). Insoweit genügt es, dass die Ag. davon ausgehen konnte, die Steuererhöhung werde zu Mehreinnahmen führen. Diese Erwartung ist auch durch die tatsächliche Entwicklung bestätigt worden, da sich die Zahl der im Stadtgebiet der Ag. angemeldeten Hunde nicht nennenswert verringert hat (vgl. II. 1.), während die Hundesteuer erheblich stärker angehoben wurde. Es gibt auch keine substantiierten Anhaltspunkte für die Annahme, die **Kosten** der begonnenen Hundebestandsaufnahme unter Beteiligung weniger Kräfte eines Vereins seien **höher als** die durch die Steuererhöhung zu erzielenden **Mehreinnahmen**.“ (OVG Koblenz aaO)*

#### (3) Angemessenheit

Die Erhöhung der Hundesteuer muss aber auch angemessen, d.h. verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Sie darf nicht zu einer unangemessenen Belastung der Hundehalter führen.

##### (a) absolute Höhe

Die Erhöhung führt in ihrer absoluten Höhe zu einem monatlichen Mehraufwand von umgerechnet 15,50 EUR für den ersten und 18,00 EUR monatlich für jeden weiteren Hund.

**(b) Verhältnis zum Gesamthaltungsaufwand**

„Zum anderen ist der **finanzielle Aufwand für die Hundehaltung** – bei zum Teil beträchtlichen Unterschieden im Einzelfall – erfahrungsgemäß **um ein Vielfaches höher** als die finanzielle Belastung durch die erhöhte Hundesteuer. Angesichts dieser Belastungen ist bei einer pauschalierenden Betrachtungsweise nicht erkennbar, dass die streitige Hundesteuererhöhung zu einer für den einzelnen Hundehalter nicht mehr tragbaren Belastung führt.“ (OVG Koblenz aaO)

**(c) Erhöhungsfaktor**

„Für die Verhältnismäßigkeit der erhöhten Hundesteuer kommt es auch nicht auf den Faktor an, um den sie erhöht worden ist (VGH München, Beschl. v. 30.07.1998 – 4 N 97.1023, in: BeckRS 1998, 24679; VG Karlsruhe, Urt. v. 15.11.2011 – 4 K 1090/10, in: BeckRS 2011, 56362). Das **Gewicht** des mit der Steuererhöhung verbundenen Eingriffs wird vielmehr maßgeblich durch die **absolute Höhe der Zahlungsverpflichtung** bestimmt, nicht hingegen dadurch, ob zuvor eine mehr oder weniger niedrige oder überhaupt keine solche Steuer erhoben wurde.“ (OVG Koblenz aaO)

**(4) Zwischenergebnis**

Die Erhöhung der Hundesteuer ist vor dem Hintergrund des Zwecks der Einnahmenerhöhung verhältnismäßig.

**bb) Erhöhung der Hundesteuer aus Lenkungs Zwecken**

„Da die Erhöhung der Hundesteuer für nicht gefährliche Hunde bereits im Hinblick auf die mit ihr angestrebte Erzielung höherer Einnahmen verhältnismäßig ist, kann dahingestellt bleiben, ob sie ebenfalls durch daneben bestehende Lenkungs zwecke gerechtfertigt werden könnte (vgl. auch: BVerwGE 110, 265 [271] = NVwZ 2000, 929). Solche Lenkungs zwecke standen allerdings für die an der Änderung der Hundesteuersatzung beteiligten Entscheidungsträger im Hinblick auf die Erhöhung der Hundesteuer für nicht gefährliche Hunde jedenfalls nicht im Vordergrund.

Zwar mag die Erhebung von Hundesteuer für nicht gefährliche Hunde durch die Ag. ursprünglich **nicht ausschließlich der Einnahmeerzielung** gedient, sondern zugleich das legitime Ziel verfolgt haben, die Hundepopulation im Gebiet der Ag. zu begrenzen (vgl. z. B.: BVerwG, NVwZ 2005, 598; Birk, in: Driehaus, KommunalabgabenR, Stand: März 2013, § 3 Rn. 106). Die von der Ast. angegriffene Steuererhöhung hätte solche **Lenkungseffekte zwar verstärkt**. Hierin lag jedoch nicht das für die Erhöhung der Hundesteuer für nicht gefährliche Hunde ausschlaggebende Motiv. [wird ausgeführt].“ (OVG Koblenz aaO)

**c) Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz**

Die angegriffenen Satzungsregeln könnten jedoch gegen Art. 3 GG verstoßen. Dieser verpflichtet den Normgeber, **wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich** zu behandeln, wobei Differenzierungen der Rechtfertigung durch Sachgründe bedürfen, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sein müssen. Je nach Regelungsgegenstand können sich die Bindungen des Normgebers in einem bloßen Willkürverbot erschöpfen, aber auch bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen, wobei dem Normgeber eine weitgehende Gestaltungsfreiheit zusteht.

„Dies gilt auch für die das Steuerrecht beherrschende Ausprägung des **allgemeinen Gleichheitssatzes als Grundsatz der Steuergerechtigkeit**. Typisierungen und Pauschalierungen können durch Erwägungen der Verwaltungsvereinfachung und -praktikabilität gerechtfertigt sein, solange die dadurch entstehende Ungleichbehandlung noch in einem angemessenen Verhältnis zu den steuerlichen Vorteilen der Typisierungen steht (BVerfG, NJW 2013, 847 [851 f.] = FPR 2013, 278; BVerwG, NVwZ 2005, 598).“ (OVG Koblenz aaO)

**aa) Ungleichbehandlung mit Hundehaltern in anderen Kommunen**

Eine unzulässige Ungleichbehandlung könnte sich daraus ergeben, dass den Hundehalter im Gebiet der Ag. im Vergleich zu den Hundehaltern in anderen Gemeinden eine höhere Belastung auferlegt wird,

„Sähe man hierin einen im Rahmen des Art. 3 I GG relevanten Vergleichsmaßstab, würde die den Gemeinden nach Art. 105 II a GG i. V. mit § 5 III RhPfKAG zukommende **Regelungskompetenz** für die Erhebung der Hundesteuer als **örtliche Aufwandsteuer unterlaufen**. Daher sind solche Steuervorschriften im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz **nur an den Verhältnissen des jeweiligen örtlichen Normgebers zu messen** und diesbezügliche Regelungen anderer Gemeinden auszublenden (BVerwG, Beschl. v. 14.06.1996 – 8 NB 5/95, in: Buchholz 11

Art. 105 GG Nr. 24; VGH München, Beschl. v. 08.07.2011 – 4 ZB 10.3133, in: BeckRS 2012, 54938 = KStZ 2011, 209.“ (OVG Koblenz aaO)

Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz folgt unter Zugrundelegung dieser Grundsätze nicht aus einem Vergleich der Höhe der von der Ag. erhobenen Hundesteuer mit der Höhe dieser Steuer in anderen Kommunen.

#### bb) Ungleichbehandlung wegen Fehlens einer aufwandsbezogenen Staffelung

„Dessen Ermittlung bzw. die Überprüfung entsprechender Angaben der Hundehalter wäre mit einem **erheblichen Verwaltungsaufwand** verbunden und würde die Steuererhebung erheblich erschweren. Angesichts der im Vergleich zu manch anderen Abgaben niedrigen Höhe der Hundesteuer von umgerechnet 15,50 EUR bzw. 18,00 EUR monatlich für jeden nicht gefährlichen Hund ist es daher auf Grund der Typisierungsbefugnis der Ag. **sachlich gerechtfertigt**, von einer Differenzierung der Steuer nach dem im Einzelfall betriebenen Aufwand abzugehen.“ (OVG Koblenz aaO)

Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet auch keine Staffelung der Hundesteuer entsprechend der Höhe des mit der Hundehaltung im jeweiligen Einzelfall verbundenen Aufwands.

#### cc) Ungleichbehandlung nach Anzahl der Hunde

Es könnte eine Ungleichbehandlung darin zu sehen sein, dass die Höhe der Steuer pro Hund je nach Anzahl der Gesamtzahl der Hunde pro Hundehalter variiert.

„Der erhöhte Steuerbetrag für den zweiten und jeden weiteren Hund ist auf Grund des hierin zum Ausdruck kommenden **Lenkungszwecks**, den **Gesamtbestand** der gehaltenen Hunde **zu begrenzen**, im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz ebenfalls gerechtfertigt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 31.10.1990 – 8 B 72/90, in: BeckRS 1990, 07109 = Buchholz 11 Art. 105 GG Nr. 16).“ (OVG Koblenz aaO)

#### dd) Ungleichbehandlung mit Haltern nicht angemeldeter Hunde

Die Hundesteuererhöhung könnte deshalb gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstoßen, weil ein gewisser Teil der im Gebiet der Ag. gehaltenen Hunde nicht angemeldet ist und ihre Halter deshalb bislang nicht zur Hundesteuer herangezogen werden.

„Zwar gebietet Art. 3 I GG, dass die **Abgabepflichtigen** durch eine Steuervorschrift auch tatsächlich **gleich belastet werden**. In den Verantwortungsbereich des Normgebers fallen tatsächlich ungleiche Belastungen jedoch nur dann, wenn sie auf strukturell gegenläufigen, auf Ineffektivität angelegten Erhebungsregelungen beruhen, auf Grund derer der Abgabenspruch weitgehend nicht durchgesetzt werden kann. **Tatsächliche Vollzugsmängel** allein führen hingegen noch nicht zur Verfassungswidrigkeit der materiellen Abgabennorm (BVerfGE 110, 94 [112 ff.] = NJW 2004, 1022 = NVwZ 2004, 974 L; BVerwGE 139, 42 [68 ff.] = NVwZ 2011, 998).

Ein solches **strukturelles Defizit** lässt die Hundesteuersatzung der Ag. **nicht erkennen**. So sind Hundehalter **verpflichtet**, ihren Hund binnen 14 Tagen nach dessen Anschaffung bzw. nach ihrem Zuzug **anzumelden**. Zudem müssen Hunde außerhalb der Wohnung oder des umfriedeten Grundbesitzes eine gültige **Hundesteuermarke tragen**, die zudem den Beauftragten der Stadtverwaltung auf Verlangen vorzuzeigen ist (§ 10 HundeStS). Darüber hinaus sind die Steuerpflichtigen zur Auskunftserteilung gegenüber der Stadtverwaltung verpflichtet, und diese kann in Abständen von mindestens einem Jahr Hundebestandsaufnahmen durchführen oder durchführen lassen (§ 11 HundeStS). Schließlich stellen Verstöße gegen die genannten Verpflichtungen Ordnungswidrigkeiten dar (§ 12 HundeStS). All diese Regelungen sind keineswegs auf eine Ineffektivität der Steuererhebung angelegt, sondern darauf ausgerichtet, möglichst alle Steuerpflichtigen zur Hundesteuer heranzuziehen.“ (OVG Koblenz aaO)

Die von der Ast. angegriffenen Satzungsregelungen verstoßen auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG).

## 4. Ergebnis

Die Satzung ist formell und materiell rechtmäßig, so dass der Normenkontrollantrag zwar zulässig, aber unbegründet ist.

## Kurzauslese I

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

BGB

§§ 134, 139, 670, 677, 683

### Schwarzgeldabrede

Kein Zahlungs- und/oder Wertersatzanspruch

BGB

(OLG Schleswig MDR 2013, 1399; Urteil vom 16.08.2013 – 1 U 24/13)

Wird vereinbart, dass Handwerkerleistungen zum Teil ohne Rechnung erbracht werden (Schwarzgeldabrede), ist der **geschlossene Vertrag insgesamt nichtig**, sodass der **Handwerker** von dem Auftraggeber **weder** die vereinbarte **Zahlung noch Aufwendungsersatz aus GoA** oder die **Erstattung des Wertes** der von ihm bereits **erbrachten handwerklichen Leistungen** aus Leistungskondition **verlangen kann**.

- I. Die Parteien haben gegen **§ 1 II 2 Nr. 2 SchwarzArbG** verstoßen, indem sie eine Schwarzgeldabrede getroffen, d. h. vereinbart haben, dass die Werkleistung teilweise ohne Rechnung erbracht wird, damit der entsprechende Umsatz den Steuerbehörden verheimlicht werden kann und die Bekl. dadurch einen Preisvorteil erzielen.

*„Die Bestimmungen des § 1 II SchwarzArbG sind **Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB**. Verstoßen beide Vertragsparteien dagegen, so führt dies zur Nichtigkeit des Werkvertrages (MüKo-BGB/Armbrüster, 6. Auflage, § 134, Rn 77; Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Auflage, § 134 Rn 22; Bosch NJOZ 2008, 3044; Pauly MDR 2008, 1196; Armbrüster JZ 2008, 1006). Das folgt aus einer Auslegung des Schutzzwecks des § 1 SchwarzArbG. Dem **Zweck**, die **Bekämpfung von Schwarzarbeit zu intensivieren**, ist am besten gedient, wenn ein Verstoß gegen ihre Erscheinungsformen zu der Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt (Bosch aaO). Eine Teilnichtigkeit nur der Abrede, keine Rechnungen für die Werkleistung zu stellen, würde nicht die notwendige Abschreckungswirkung entfalten. Da das Ziel der Parteien einerseits, die Umsatzsteuer nicht vollständig an das Finanzamt abführen zu müssen und andererseits einen günstigeren Werklohn dadurch zu erzielen, auch dann erreicht wird, wenn nur ein Teil des Werklohns ohne Rechnung gezahlt werden soll, gilt dies auch bei teilweiser Schwarzgeldabrede.“ (OLG Schleswig aaO)*

- II. Ein **Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 677, 683, 670 BGB** steht dem **Werkunternehmer nicht zu**.

*„Zwar hätte sie grds. ohne Berechtigung, weil auf der Grundlage eines nichtigen Vertrages, ein fremdes Geschäft geführt. Auch steht einem Geschäftsführer, der auf dem Gebiet des ausgeführten Geschäfts gewerblich tätig ist, die übliche Vergütung als Aufwendungsersatz zu (BGH NJW 2012, 1648). Jedoch kann ein Geschäftsführer, der bei der Ausführung des Geschäfts gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, keinen Aufwendungsersatz verlangen, weil er diese **Aufwendungen nicht für erforderlich halten durfte** (BGHZ 118, 142; BGHZ 111, 308; BGHZ 37, 258). So liegt es hier, weil die Kl. gegen das Verbotsgesetz des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen hat.“ (OLG Schleswig aaO)*

- III. Schließlich steht dem Werkunternehmer im Falle einer Schwarzgeldabrede auch **kein Bereicherungsanspruch aus § 812 I 1 BGB** zu.

*„Dies folgt aus der Vorschrift des **§ 817 S. 2 BGB**, der jeden Bereicherungsanspruch aus einer Leistungskondition (Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 817 Rn 12) ausschließt, wenn der Leistende durch die Leistungen gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Das trifft für die Kl. zu, die bewusst die auf ihren Werklohn entfallende Umsatzsteuer teilweise hinterziehen wollte.“ (OLG Schleswig aaO)*

- IV. Nach einer **Entscheidung des BGH** (BGHZ 111, 308; zustimmend KG BauR 2007, 1419; Köhler JZ 1990, 466; Ermann/H. P. Westermann, BGB, 11. Aufl., § 817, Rn 15) wäre der Ausschluss des Bereicherungsanspruchs allerdings unbillig: Zweck des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes sei die Wahrung öffentlicher Interessen, wie etwa des Interesses an Steuereinnahmen. Diese Zwecke würden durch öffentlich rechtliche Sanktionen erreicht, wie z. B. die Gefahr einer Bestrafung wegen Steuerhinterziehung. Zweck sei es nicht, dem Empfänger der Leistung die Zahlung des Entgelts zu ersparen. Der Leistende andererseits werde durch den Ausschluss des Bereicherungsanspruchs doppelt sanktioniert. Er werde nicht abgeschreckt, sondern werde auf einer Vorleistung durch den Empfänger bestehen. Abschreckend wirke es eher, dass beim Einklagen des Bereicherungsanspruches der Gesetzesverstoß offenbart werden müsse. Zudem könne der Auftraggeber einen Ausschluss des Bereicherungsanspruches ausnutzen, um sich ohne Gegenleistung die Werkleistung zu verschaffen.

Diese Begründung **überzeugt OLG Schleswig aaO nicht**.

*„Sie widerspricht dem **klaren Wortlaut des Gesetzes** (Staudinger/Lorenz, BGB, Neubearb. 2007, § 817, Rn 10). Dieser zielt gerade auf den Verlust des Bereicherungsanspruches als gewollte Folge ab (MüKo-BGB/Schwab, 5. Aufl., § 817 Rn 24; Armgardt NJW 2006, 2070). Es ist der Rspr. verwehrt, diese gewollte Folge in ihr Gegenteil zu verkehren (Armgardt aaO). **Wer bewusst gegen ein Verbotsgesetz verstößt, verdient keinen Schutz vor den Folgen des Verstoßes** (Tiedtke DB 1990, 2307), sondern würde durch einen solchen Schutz gerade unbillig begünstigt (MüKo-BGB/Schwab aaO). Es handelt sich um eine bezweckte Rechtsschutzverweigerung (Schmidt-Recla JZ 2008, 60; Kern Jus 1993, 193). Gegenüber dieser **generalpräventiven Wirkung** haben Parteiinteressen oder Billigkeitserwägungen keinen Vorrang. (Armgardt aaO; Schmidt-Recla aaO). Ohnehin sind Billigkeitserwägungen in einem Fall, in dem beide Parteien gegen Gesetze verstoßen, nicht angebracht (Staudinger/Lorenz aaO; Kern aaO).*

*Die **Zubilligung eines Bereicherungsanspruches würde der Missbilligung der Schwarzarbeit**, die der Gesetzgeber durch die verschiedenen Tatbestände im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz zum Ausdruck gebracht hat, **widersprechen**. Sie würde der Schwarzarbeit einen Teil ihres Risikos nehmen, indem der Anbieter trotz des Gesetzesverstoßes die Hilfe staatlicher Gerichte in Anspruch nehmen könnte, um eine Gegenleistung durchzusetzen. Der Abschreckungseffekt, der durch die Kombination öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Sanktionen erreicht werden kann, würde so minimiert.*

*Auf der anderen Seite ist der mögliche Vorteil des Auftraggebers kein ausreichender Grund, um die im Gesetz angelegte Sanktionierung des Gesetzesverstoßes aufzugeben (Staudinger/Lorenz aaO) und muss in Kauf genommen werden, um die Sankti-*



onierungswirkung zu erreichen. Es hängt ohnehin von Zufall ab, welche der Parteien einen Vorteil aus der Störung der Leistungsbeziehung zieht. Das Risiko trägt nämlich derjenige, der vorleistet (Tiedtke aaO). Dass Auftraggeber in nennenswerter Zahl den Ausschluss des Bereicherungsanspruches ausnutzen, ist nicht zu erwarten. Dem scheinbaren Vorteil der Ersparnis von Aufwendungen stehen nämlich gravierende Nachteile entgegen, namentlich der Verlust jeglicher Ansprüche gegen den Leistenden. So steht dem Auftraggeber bei einem wegen Verstoßes gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz nichtigen Werkvertrag kein Mangelgewährleistungsanspruch zu.

Nicht zuletzt führt die Zubilligung eines Bereicherungsanspruches zu **Wertungsschwierigkeiten** bei der Bestimmung der Höhe. Dem Leistenden soll Wertersatz nach § 818II BGB in Höhe der ersparten Aufwendungen des Empfängers abzüglich des Minderwerts bekannter Mängel und eines Abschlages für weitere Nachteile wie des Verlustes des Mangelgewährleistungsrecht, begrenzt durch den vereinbarten Werklohn zustehen (BGH 111, 308). Wie hoch diese Abschläge konkret auszufallen haben ist zweifelhaft. Je nach der Höhe der Differenz des Werklohns mit und ohne Schwarzgeldabrede kann der Wertersatz in der Nähe des vereinbarten Werklohns liegen (Tiedtke aaO), was den Anbieter von Schwarzarbeit wiederum unbillig begünstigt und den Abschreckungseffekt minimiert.

Es kommt hinzu, dass hinsichtlich anderer Verbotsgesetze der Ausschluss des Bereicherungsanspruches anerkannt ist, obwohl der Leistungsempfänger eine verwertbare Leistung empfangen hat (BGH ZIP 1992, 833 - Abschlussprüfung durch ausgeschlossenen Wirtschaftsprüfer; BGH ZIP 2006, 1101 - Steuerberatung durch im Inland nicht zugelassenen Steuerberater). Einen Wertungsunterschied vermag der Senat nicht zu erkennen.“ (OLG Schleswig aaO)

BGB  
§§ 631, 645

## Arbeitsverhältnis/Werkvertrag Abgrenzung

BGB

(BAG NJW 2013, 3672; Urteil vom 25.09.2013 – 10 AZR 282/12)

**Gegenstand eines Werkvertrags** kann sowohl die **Herstellung oder Veränderung einer Sache** als auch ein **anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg** sein (§ 631 II BGB).

**Fehlt es an einem vertraglich festgelegten abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht**, weil der „Auftraggeber“ dann durch weitere Weisungen den Gegenstand der vom „Auftragnehmer“ zu erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss.

- I. Durch einen **Werkvertrag** wird der **Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks** und der **Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet** (§ 631 I BGB). **Gegenstand** eines Werkvertrags kann sowohl die **Herstellung oder Veränderung einer Sache** als auch ein **anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg** sein (§ 631 II BGB). Für die Abgrenzung zum Dienstvertrag ist maßgebend, ob ein bestimmtes Arbeitsergebnis bzw. ein bestimmter Arbeitserfolg oder nur eine bestimmte Dienstleistung als solche geschuldet wird (BGHZ 151, 330 = NJW 2002, 3323).
2. Ein **Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines Werkunternehmers** zudem maßgeblich **durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit** (BGH NJW 2002, 3317 = NZA 2002, 1086). Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (BAG NJW 2012, 2903 = NZA 2012, 731; BAG NZA-RR 2007, 424 m. w. Nachw.). Das **Weisungsrecht** kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 I 2, II; BAG NZA 2012, 1433; BAG NJW 2012, 2903 = NZA 2012, 731; BAGE 115, 1 m. w. Nachw.); der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.

Dagegen ist der **Werkunternehmer selbstständig**. Er organisiert die für die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und ist für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Besteller verantwortlich (vgl. BAG NZA-RR 2012, 455). Ob ein Werkvertrag, ein Dienst- oder ein Arbeitsverhältnis besteht, zeigt der wirkliche Geschäftsinhalt. Zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben; ein abhängig beschäftigter Arbeitnehmer wird nicht durch Auferlegung einer Erfolgsgarantie zum Werkunternehmer (vgl. ErfK/Preis, 13. Aufl., § 611 BGB Rn 13).

- III. Welches Rechtsverhältnis vorliegt, ist anhand einer **Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls** zu ermitteln, der **objektive Geschäftsinhalt** ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. **Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist Letztere maßgebend** (BAG NZA 2012, 1433; BAG NJW 2012, 2903 = NZA 2012, 731; BAG NZA-RR 2010, 172 m. w. Nachw.).

„Legen die Parteien die zu erledigende Aufgabe und den Umfang der Arbeiten konkret fest, kann das für das Vorliegen eines Werkvertrags sprechen (BGHZ 151, 330 = NJW 2002, 3323). Fehlt es an einem abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht, weil der „Auftraggeber“ durch weitere Weisungen den Gegenstand der vom „Auftragnehmer“ zu erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss (vgl. BAGE 78, 252 = NZA 1995, 572). Richten sich die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers, so kann auch darin ein Indiz gegen eine werk- und für eine arbeitsvertragliche Beziehung liegen, etwa wenn mit der Bestimmung von Leistungen auch über Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit entschieden wird. **Wesentlich ist, inwiefern Weisungsrechte ausgeübt werden und in welchem Maß der Auftragnehmer in einen bestellerseitig organisierten Produktionsprozess eingegliedert ist.** Zwar steht auch einem Werkbesteller gegenüber dem Werkunternehmer das Recht zu, Anweisungen für die Ausführung des Werks zu erteilen (vgl. § 645 I 1 BGB zu den Auswirkungen auf die Vergütungsgefahr). Davon abzugrenzen ist aber die Ausübung von Weisungsrechten bzgl. des Arbeitsvorgangs und der Zeiteinteilung (Kittner/Zwanziger/Deinert, 7. Aufl., § 3 Rn 137). Weisungen, die sich ausschließlich auf das vereinbarte Werk beziehen, können im Rahmen eines Werkvertrags erteilt werden (vgl. ErfK/Preis, § 611

Rn 14); wird die Tätigkeit aber durch den „Besteller“ geplant und organisiert und wird der „Werkunternehmer“ in einen arbeits- teiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des vereinbarten „Werks“ faktisch ausschließt, liegt ein Arbeitsverhältnis nahe.“ (BAG aaO)

---

BGB  
§ 731 S. 2

### Teilungsversteigerung GbR-Grundstück

BGB

(BGH in Rpfleger 2013, 694 = NZG 2013, 1338; Beschluss vom 16.05.2013 – V ZB 158/12)

**Gegenstand eines Teilungsversteigerungsverfahrens kann auch das Grundstück einer GbR sein;** daran ändert auch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR nichts.

„Die Zulässigkeit der Teilungsversteigerung ergibt sich allerdings nicht (mehr) unmittelbar aus §180 I ZVG. Denn das Grundstück einer GbR steht in deren Alleineigentum und nicht im gemeinschaftlichen Eigentum ihrer Gesellschafter (BGHZ 179, 102 = NZG 2009, 137 = NJW 2009, 594 = NZM 2009, 94). Dass die GbR nach § 47 II GBO unter Angabe ihrer Gesellschafter einzutragen ist, ändert daran nichts (vgl. BGHZ 187, 344 = NZG 2011, 180 = NJW 2011, 615 = NZM 2011, 209).

Die Zulässigkeit der Teilungsversteigerung eines Gesellschaftsgrundstücks ergibt sich aber daraus, dass **für die Auseinandersetzung des Vermögens einer gekündigten GbR nach § 731 S. 2 BGB die Regeln der Gemeinschaft gelten** und die Teilung eines Grundstücks danach gem. § 753 I BGB durch Teilungsversteigerung zu erfolgen hat. Daraus folgt nach **heute nahezu unbestrittener Ansicht**, dass auch das Grundstück einer GbR im Wege der Teilungsversteigerung, für die dann die Vorschriften der §§ 181–184 ZVG entsprechend gelten, versteigert werden kann (BGH NJW-RR 2008, 1547; LG Hamburg Rpfleger 2002, 532; Böttcher, ZVG, 5. Aufl., § 180 Rn 9; Stöber, ZVG, 20. Aufl., § 180 Anm. 2.4c und 11. 7; in diesem Punkt auch: AG Dortmund BeckRS 2011, 25872; Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Handkomm-ZwangsvollstreckungsR, 2. Aufl., § 180 Rn 12 und § 181 Rn 12; zur alten Rechtslage: LG Lübeck NJW-RR 1986, 836; LG Konstanz NJW-RR 1987, 1023; Eickmann, Die Teilungsversteigerung, 5. Aufl., Rn 14; Hamme, Die Teilungsversteigerung, 2001, Rn 17; Hintzen Rpfleger 1992, 262).

Die früher im Anschluss an das **RG** (JW 1934, 3268) vertretene Ansicht, § 753 I BGB sei auf Gesellschaftsvermögen nicht anwendbar, weil dieses nach der Verkehrssitte zu verwerfen sei (LG Hamburg Rpfleger 1983, 35; LG Hamburg Rpfleger 1989, 519; v. Gamm, RGRK, 12. Aufl., § 733 Rn 12), **ist heute überholt** (Bamberger/Roth/Schöne, BGB, 3. Aufl., § 733 Rn 19; Erman/H. P. Westermann, BGB, 13. Aufl., § 733 Rn 7; MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 733 Rn 23; Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 733 Rn 11; Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., § 733 Rn 16; Staudinger/Habermeier, BGB, 2002, § 733 Rn 13) und verkürzte auch die Aussage des RG, das die Pfandverwertung und damit bei einem Grundstück die Teilungsversteigerung als letztes Mittel stets zuließ (RG JW 1934, 3268). An der entsprechenden Anwendbarkeit der Vorschriften über die Teilungsversteigerung auf Gesellschaftsgrundstücke ändert auch die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR durch den BGH (BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056 = NZM 2001, 299) nichts (a. M. Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/ Rellermeier, ZVG, 14. Aufl., § 180 Rn 27; Becker ZfR 2013, 314). Die **Teilrechtsfähigkeit hat nur die Zuordnung des Gesellschaftsvermögens, nicht aber die Anwendung der Vorschriften über die Auflösung der GbR verändert.**“ (OLG Schleswig aaO)

---

GG  
Art. 3 I

### Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsanspruch Weihnachtsgeschenk

StGB

(ArbG Köln BB 2013, 2932; Urteil vom 09.10.2013 – 3 Ca 1819/13)

**Nimmt ein Arbeitnehmer an einer betrieblichen Weihnachtsfeier nicht teil,** so hat er auch **keinen Anspruch** auf das bei dieser Gelegenheit an die anwesenden Mitarbeiter **abgegebene Weihnachtsgeschenk** (hier: iPad mini im Wert von rund 400 €).

„Eine **Weihnachtsfeier, für die keine Teilnahmeverpflichtung besteht, findet außerhalb des Austauschverhältnisses** statt. Es kommen diejenigen, die kommen können und/oder kommen wollen. Daraus folgt - **ähnlich einer Einladung** - der Charakter der Veranstaltung: **Nur der, der kommt, kommt auch in den Genuss dessen, was es dort gibt. Im vorliegenden Fall gab es u. a. ein iPad.**

Dieser **Veranstaltungscharakter umschreibt zugleich den Veranstaltungszweck. Am Maßstab dieses Zweckes zu differenzieren, ist sachgerecht.** Aus welchen Gründen Mitarbeiter kommen oder nicht kommen, spielt keine Rolle. Soweit die Bek. einen weiteren Zweck in der Weise gesetzt hat, dass sie den Rahmen der Weihnachtsfeier einschließlich der „Geschenküberraschung“ attraktiv gestalten und durch ein Herumsprechen im Betrieb erreichen wollte, dass in Zukunft mehr Mitarbeiter an betrieblichen Feiern als bisher teilnehmen, stellt auch dieser Zweck eine **sachgerechte Differenzierung** dar. Mehr Mitarbeiter als bisher zur Teilnahme an betrieblichen Veranstaltungen zu motivieren, ist ein legitimer Zweck. Das von der Bekl. eingesetzte Mittel - die Zuwendung des iPads - ist auch nicht ungeeignet, diesen Zweck zu fördern, auch wenn der Eindruck verbleiben mag, die Bekl. habe hier - untechnisch gesprochen - eine Lockprämie ausgelobt.“ (ArbG Köln aaO)

---

StGB  
§ 176a II Nr. 2

### Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern Gemeinschaftliche Tatbegehung

StGB

(BGH NJW 2013, 3528; Urteil vom 10.10.2013 – 4 StR 258/13)

Eine **gemeinschaftliche Tatbegehung** setzt voraus, dass bei der Tatbestandsverwirklichung des § 176a II Nr. 2 StGB **mindestens zwei Personen grds. vor Ort mit gleicher Zielrichtung täterschaftlich derart bewusst zusammenwirken,** dass sie in der Tatsituation **zusammen auf das Tatopfer einwirken** oder sich auf andere Weise **psychisch oder physisch aktiv unterstützen.**

„Die **Qualifikationsnorm des § 176a II Nr. 2 StGB, die vom Gesetzgeber durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26.01.1998 (BGBl I, 164) in Anlehnung an die Vorschrift des § 177 II 2 Nr. 2 StGB in das StGB eingefügt worden ist** (vgl. GE d. BReg, BT-Dr 13/8587, S. 31 f.), trägt dem **gesteigerten Tatunrecht** Rechnung, welches daraus resultiert, dass **regelmäßig die psychischen Widerstandskräfte des Kindes in höherem Maße beeinträchtigt sind und die Gefahren für dessen ungestörte sexuelle Entwicklung**

---

zunehmen, wenn das Opfer dem gemeinsamen sexuellen Ansinnen mehrerer ausgesetzt ist (vgl. Hörnle, LK-StGB, 12. Aufl., § 176 a Rn 32; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 176 a Rn 9).

Mit Blick auf diesen **Normzweck** setzt eine gemeinschaftliche Tatbegehung nach § 176 a II Nr. 2 StGB voraus, dass bei der Verwirklichung der Grundtatbestände des § 176 I und II StGB mindestens zwei Personen grds. vor Ort mit gleicher Zielrichtung derart bewusst zusammenwirken, dass sie in der Tatsituation zusammen auf das Tatopfer einwirken oder sich auf andere Weise psychisch oder physisch aktiv unterstützen (vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., § 176 a Rn 9; vgl. auch BGH NStZ 2006, 572; BGH NStZ 2000, 194, jew. zu § 224 I Nr. 4 StGB). Erforderlich ist auf Grund des von § 224 I Nr. 4 StGB abweichenden Wortlauts der Vorschrift ein täterschaftliches Verhalten (vgl. MüKo-StGB/Renzikowski, 2. Aufl., § 176 a Rn 24; Fischer, § 176 a Rn 9; Schönke/Schröder, § 176 a Rn 9; a. A. Hörnle, LK-StGB, § 176 a Rn 34). Die **tatbestandlichen Voraussetzungen der Mittäterschaft nach § 25 II StGB müssen allerdings nicht vorliegen**. Dies folgt daraus, dass durch § 176 a II Nr. 2 StGB seinem ausdrücklichen Regelungsgehalt nach gerade auch die gemeinschaftliche Begehung der Taten gem. § 176 I StGB qualifiziert werden soll. Bei § 176 I StGB handelt es sich aber um ein eigenhändiges Delikt (vgl. BGHSt 41, 242 = NJW 1995, 3065 = NStZ 1996, 130), was jede mittäterschaftliche Zurechnung gem. § 25 II StGB ausschließt (vgl. Hörnle, LK-StGB, § 176 Rn 24, 26). Für die Qualifizierung von Missbrauchstaten nach § 176 I StGB durch eine gemeinsame Tatbegehung reicht es daher aus, dass mehrere Personen im Rahmen eines einheitlichen Tatgeschehens jede für sich sexuelle Handlungen am Tatopfer vornehmen oder jeweils an sich vornehmen lassen.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 223

**Körperverletzung**  
Gesundheitsbeschädigung durch Einwirkung auf Psyche

StGB

(BGH NStZ-RR 2013, 375; Beschluss vom 18.07.2013 – 4 StR 168/13)

- I. **Wirkt der Täter auf sein Opfer lediglich psychisch ein, liegt eine Körperverletzung erst dann vor, wenn ein pathologischer, somatisch-objektivierbarer Zustand hervorgerufen worden ist, der vom Normalzustand nachteilig abweicht.**

„Als **Gesundheitsbeschädigung i. S. des § 223 I StGB** ist jedes **Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweichenden Zustandes** anzusehen. Dabei kommt es nicht darauf an, auf welche Art und Weise die Beeinträchtigung erfolgt ist (BGHSt 36, 1 = NJW 1989, 781 = NStZ 1989, 114; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 223 Rn 5 m. w. Nachw.).

**Rein psychische Empfindungen genügen bei keiner Handlungsalternative**, um einen Körperverletzungserfolg gem. § 223 I StGB zu begründen (BGHSt 48, 34 = NJW 2003, 150 = NStZ 2003, 281; vgl. ferner BGH NStZ-RR 2012, 340; OLG Düsseldorf NJW 2002, 2118; Meyer ZStW 115 (2003), 249). **Wirkt der Täter auf sein Opfer lediglich psychisch ein, liegt eine Körperverletzung daher erst dann vor, wenn ein pathologischer, somatisch-objektivierbarer Zustand hervorgerufen worden ist, der vom Normalzustand nachteilig abweicht** (BGHSt 48, 34 = NJW 2003, 150 = NStZ 2003, 281).“ (BGH aaO)

- II. **Bloß emotionale Reaktionen auf Aufregungen**, wie etwa starke Gemütsbewegungen oder andere Erregungszustände, aber auch latente Angstzustände, **stellen keinen pathologischen Zustand** und damit **keine Gesundheitsbeschädigung i. S. des § 223 I StGB dar** (BGH NStZ 1997, 123).

„Für die Verurteilung des Angekl. wegen Körperverletzung zum Nachteil der P [genügt] nicht, dass es bei ihr „auf Grund der ständigen Bedrohung durch den Angekl. zu einer deutlich längerfristigen Anpassungsstörung“ kam, die „nicht allein durch die Aktivitäten des Angekl. hervorgerufen, jedoch wesentlich gesteigert“ wurde. Insofern hätte es vielmehr näherer Darlegungen dazu bedurft, worin die Anpassungsstörung konkret bestanden und wie sie sich geäußert haben soll; hinsichtlich der „Steigerung“ der Störung waren vor dem Hintergrund, dass sich die Zeugin bereits in psychiatrischer Behandlung befand, Ausführungen dazu geboten, ob hierhin ein **eigenständiger Erfolg i. S. des § 223 StGB** liegt. Auch die von der StrK an anderer Stelle herangezogenen „Schlafstörungen und Alpträume“ der Zeugin lassen nicht erkennen, ob es sich hierbei um Beeinträchtigungen erheblichen Ausmaßes handelte, etwa weil sich das Schlafverhalten dauerhaft geändert hat (vgl. BGH NStZ 1997, 123; BGH NStZ 1996, 131).“ (BGH aaO)

StGB  
§ 253

**Erpressung**  
Abgenötigter Geschlechtsverkehr mit einer Prostituierten

StGB

(BGH NStZ 2013, 710; Beschluss vom 01.08.2013 – 4 StR 189/13)

**Erzwingt der Täter gegen den Willen einer Prostituierten den Geschlechtsverkehr, ist der Tatbestand der Erpressung nach § 253 StGB nicht erfüllt**, denn dem abgenötigten Geschlechtsverkehr kommt bei **wirtschaftlich-normativer Betrachtung kein Vermögenswert** zu. Anders liegt es hingegen mit Blick auf die in § 1 S. 1 ProstG getroffene Regelung, wenn der Täter die Prostituierte nach einvernehmlichem Geschlechtsverkehr mit Nötigungsmitteln zum Verzicht auf das vereinbarte Entgelt zwingt; denn **freiwillig erbrachten sexuellen Dienstleistungen** einer Prostituierten **kommt ein Vermögenswert i.S.v. § 253 StGB zu**.

„Von einer **durch die Rechtsordnung nicht missbilligten Dienstleistung, die typischerweise gegen Entgelt erbracht** wird und deshalb im Rahmen einer **entgeltlichen Vertragsbeziehung als Vermögensbestandteil** anzusehen ist (vgl. zu § 263 StGB BGH NStZ 2001, 258; BGH BGHR StGB § 263 I Vermögen 1; Schönke/Schröder, § 263 Rn 98, 102; vgl. auch BGH NStZ 2001, 534), kann daher allenfalls bei freiwillig erbrachten sexuellen Handlungen einer Prostituierten die Rede sein. Nichts anderes ergibt sich aus der erst nach der Tat am 01.01.2002 in Kraft getretenen Regelung des § 1 S. 1 ProstG. Danach erwirbt eine Prostituierte erst dann eine rechtswirksame Forderung, wenn die sexuelle Handlung gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden ist. Die Erpressung einer Prostituierten in der Form, dass ihr der Verzicht auf das vereinbarte Entgelt abgenötigt werden soll, kommt demgemäß nur in Betracht, wenn die abgesprochene sexuelle Handlung zuvor einvernehmlich erbracht worden ist. Dem **gegen den Willen der Prostituierten erzwungenen Geschlechtsverkehr kommt hiergegen kein Vermögenswert i.S.d. § 253 I StGB zu** (vgl. Zimmermann NStZ 2012, 211). Die **Rechtsgutverletzung** erschöpft sich in diesen Fällen vielmehr in einem **Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung**, deren Schutz vor Zwangseinwirkungen das geltende Strafrecht mit den Tatbeständen des § 177 StGB und § 240 I, IV 2 Nr. 1 StGB umfassend gewährleistet.“ (BGH aaO)

(BGH ZAP 2013, 982 = NStZ 2013, 586; Beschluss vom 28.05.2013 – 3 StR 80/13)

Der **Tatbestand des Computerbetrugs** setzt voraus, dass der vom Täter beeinflusste Datenverarbeitungsvorgang **unmittelbar und nicht erst durch weitere Maßnahmen zu einer Vermögensminderung führt**. Eine Ausnahme vom Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensminderung ist für Fälle anerkannt, in denen eine Person ohne eigene Entscheidungsbefugnis und inhaltliche Kontrolle das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs lediglich umsetzt.

„Der Tatbestand des Computerbetruges gem. § 263a StGB wurde zur **Schließung von Strafbarkeitslücken** in das Strafgesetzbuch eingeführt, weil es bei der **Manipulation von Datenverarbeitungsvorgängen** regelmäßig an der Täuschung und infolgedessen der Erregung eines Irrtums einer natürlichen Person fehlt, was zur Unanwendbarkeit des Betrugstatbestandes nach § 263 StGB führt (Fischer, 60. Aufl., § 263a Rn 2 m. w. Nachw.). Bei der Umsetzung dieses Ziels orientierte sich der Gesetzgeber konzeptionell an dem Tatbestand des Betruges, wobei an die Stelle der Täuschung die Tathandlungen des § 263a I StGB treten und mit der Irrtumserregung und dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung die Beeinflussung des Ergebnisses eines – vermögenserheblichen – Datenverarbeitungsvorgangs korrespondiert (BT-Dr 10/318, S. 19). Aufgrund dieser **Struktur- und Wertgleichheit mit dem Betrugstatbestand** (vgl. dazu BGHSt 47, 160, 162; BGH NJW 2013, 1017) entspricht es in Rspr. und Schrifttum einhelliger Auffassung, dass der in tatbestandsmäßiger Weise beeinflusste, vermögensrelevante Datenverarbeitungsvorgang unmittelbar vermögensmindernd wirken muss (BGH ZIP 2013, 715; OLG Celle NJW 1997, 1518; Lenckner/Winkelbauer CR 1986, 654; MüKo-StGB/Wohlers, 1. Aufl., § 263a Rn 61; LK-Tiedemann, 12. Aufl., § 263a Rn 65 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

(OVG Münster NWVBI 2013, 447; Beschluss vom 19.06.2013 – 15 B 279/13)

Wie sich aus dem **gesetzlichen Erfordernis**, dass sich die **Ratsmitglieder zusammengeschlossen "haben"** müssen, ergibt, **entsteht die Fraktionseigenschaft nicht schon mit der bloßen** - wenn auch bereits rechtlich verfestigten - **Absicht, eine Fraktion zu bilden**. Vielmehr muss der Zusammenschluss bereits verwirklicht sein.

Außerdem hängt die Fraktionseigenschaft nicht davon ab, dass ein so **gleichgerichtetes Wirken auf der Grundlage grds. politischer Übereinstimmung** bereits vorliegt. Allerdings folgt daraus, dass dieser Zweck dem Zusammenschluss zugrunde liegen muss, was u. U. - etwa bei schon längerem Bestehen der vermeintlichen Fraktion - nur dann als glaubhaft angesehen werden kann, wenn sich der **Zweck des Zusammenschlusses nicht nur aus einer politischen Absichtserklärung ergibt, sondern er darüber hinaus auch sichtbaren - praktischen - Ausdruck gefunden hat**.

„Die Voraussetzung „Zusammenschluss zu möglichst gleichgerichtetem Wirken“ ist dabei ohne Weiteres gegeben bei einem Zusammenschluss, der aus Personen besteht, die für ein und dieselbe Partei oder Wählergruppe bei der Wahl angetreten sind. Hier ergibt sich bereits aus dem Parteizusammenschluss bzw. dem mitgliederschäftlich organisierten Zusammenschluss der Wahlberechtigten zum Zwecke gemeinsamer Wahlvorschläge (vgl. § 15 I 2 des Kommunalwahlgesetzes), dass ein Zusammenschluss von aufgrund solcher Wahlvorschläge Gewählten zum Zwecke möglichst **gleichgerichteten Wirkens auf der Grundlage grds. politischer Übereinstimmung** erfolgt. Eines weiteren Indizes durch Verwirklichung des beabsichtigten Zwecks bedarf es dann nicht (vgl. OVG NRW NWVBI. 2009, 28).

An dieser von vorneherein gebotenen Annahme der erforderlichen Zweckbestimmung bei einem Zusammenschluss auf Vorschlag bestimmter Parteien und Wählergruppen Gewählter fehlt es allerdings bei Ratsmitgliedern, die nicht auf der Grundlage von Wahlvorschlägen derselben Partei oder Wählergruppe gewählt wurden. In einem solchen Fall besteht Anlass zu der Prüfung, ob der Zusammenschluss in Wirklichkeit nicht die Absicht möglichst gleichgerichteten Wirkens auf der Grundlage grds. politischer Übereinstimmung verfolgt, sondern lediglich darauf zielt, finanzielle Vorteile oder auch eine Verstärkung ihrer Rechtsposition für die Verfolgung individueller politischer Ziele der einzelnen Ratsmitglieder zu erlangen. Ob der erforderliche Zweck verfolgt werden soll, bemisst sich allgemein nach den Vereinbarungen im Rahmen des Zusammenschlusses, ggf. ihrer tatsächlichen Anwendung sowie den Bekundungen der Mitglieder des Zusammenschlusses, soweit sich die Erklärungen als glaubhaft erweisen (vgl. OVG NRW NWVBI. 2009, 28; OVG NRW NWVBI. 2005, 213).“ (OVG Münster aaO)

(OVG Koblenz NJW 2013, 3671; Beschluss vom 05.09.2013 – 7 F 10930/13)

Im **Polizei- und Ordnungsbehördengesetz** gibt es **keine Rechtsgrundlage für den verdeckten Zugriff der Polizei auf den Inhalt von E-Mails, die auf dem Server eines Providers gespeichert sind**.

„Die **Voraussetzungen für eine Datenerhebung liegen hier nicht vor**. E-Mails, die auf dem Server eines Providers zwischen- oder endgespeichert sind, unterfallen nicht dem Begriff der Telekommunikation i. S. des § 31 RfPPOG.

Nach der **Legaldefinition in § 3 Nr. 22 TKG** ist Telekommunikation der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen (jeglicher Art, etwa in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen) mittels Telekommunikationsanlagen (§ 3 Nr. 23 TKG). Von diesem Verständnis geht auch § 31 I 1, II RfPPOG aus. Dafür spricht neben dem gleichlautenden Wortlaut die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Denn in den Gesetzesmaterialien zu § 31 RfPPOG (LT-Dr 15/4879, S. 31) in der nunmehr geltenden Fassung des Landesgesetzes vom 15.02.2011 (RfPpGVBI 2011, 26) heißt es:

„Abs. 2 S. 1 bestimmt, auf welche Art von Daten sich die Maßnahme nach Abs. 1 beziehen darf und enthält zwei Alternativen. Nach der ersten Alternative wird die Polizei wie bislang zur Überwachung von Inhalten der Telekommunikation ermächtigt. Die zweite Alternative umfasst die Erhebung von Verkehrsdaten.“

Durch die Formulierung „wie bislang“ hat der rheinland-pfälzische Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er sich hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „Telekommunikation“ an § 31 RhPfPOG in der Fassung des Landesgesetzes vom 02.03.2004 (RHPfGVBl 2004, 202) orientiert. Die Gesetzesbegründung zu dieser Norm (vgl. LT-Dr 14/2287, S. 42 f.) nimmt insoweit jedoch gerade auf die vorgenannte Definition in § 3 Nr. 22 TKG Bezug, wie die Wiedergabe des Inhalts der wortgleichen Vorschrift des § 3 Nr. 16 TKG in der Fassung des Gesetzes vom 25.07.1996 (BGBl I, 1120) belegt. Sodann wird ausgeführt:

„Telekommunikationsanlagen sind nach § 3 Nr. 17 TKG (Anm. des Senats: entspricht § 3 Nr. 23 TKG neuer Fassung) technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können. Damit wird jede nicht körperliche Nachrichtenübermittlung unabhängig davon, welche Geräte oder Verfahren zur Anwendung kommen, erfasst.“

Als **zulässige Maßnahmen** nennen die Materialien schließlich exemplarisch die **Telefonüberwachung** und das **Abfangen von E-Mails**. E-Mails können indes **nur während eines Übertragungsvorgangs abgefangen** werden.

Davon ausgehend ist es für die rechtliche Einordnung einer Überwachung der E-Mail-Kommunikation erforderlich, das Versenden elektronischer Nachrichten über das Internet aus technischer Sicht in vier Phasen zu unterteilen:

In einem ersten Schritt werden die jeweiligen Nachrichten vom Rechner des Absenders, auf dem die eigentliche Mail erstellt wurde, über den Internet-Provider des Absenders auf den Mailserver des Internet-Anbieters übertragen, bei dem der Adressat registriert ist und dort über sein elektronisches „Postfach“ (Mailbox) verfügt. Dort werden die Daten in der zweiten Phase auf der Festplatte des jeweiligen Mailservers im für den Empfänger eingeräumten Speicherplatz in verkörperter Form jedenfalls solange gespeichert, bis der Adressat in einer dritten Phase die ihn betreffenden Nachrichten abrufen. Die Abholung der E-Mails durch den Empfänger geschieht dabei hauptsächlich auf drei Wegen:

Er kann die Nachricht auf sein Gerät (durch ausdrücklichen Befehl) übertragen bzw. (bei einer permanenten Internetverbindung) automatisch übermitteln lassen; je nach Art und Einstellung des Übertragungsprotokolls wird diese dann auf seiner Mailbox gelöscht. Er kann darüber hinaus – insbesondere bei einem Firmen-PC – die Nachricht nur in der Mailbox lesen und dann dort für den Zugriff durch andere Personen gespeichert lassen. Zunehmend verbreitet ist als dritte Möglichkeit die Webmail. Hier hat der Teilnehmer eine Mailbox auf einem speziellen Mailserver, auf den er von jedem Zugangspunkt aus – ohne Zwischenspeicherung – über das Internet auf seine Nachrichten zugreifen kann, ohne sie herunterladen zu müssen. Auf diesem Mailserver ist die Nachricht damit schon bei dem Empfänger „angekommen“. Zudem bieten die Mailserver auch das Herausfiltern von unerwünschten E-Mails an, die der Empfänger schon aus Sicherheitsgründen in der Regel gar nicht erst öffnet. Über solche Dienste können auch über entsprechende Internetseiten direkt E-Mails und andere Nachrichten versandt werden.

Eine vierte Phase ist schließlich anzunehmen, falls die abgerufenen Nachrichten – soweit sie vom Empfänger nicht unmittelbar nach Eingang gelöscht wurden – weiterhin auf seinem Rechner oder im Postfach des Providers gespeichert bleiben (vgl. Klein-knecht/Müller/Reitberger, StPO, § 100 a Rn 27; Nack, KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 100 a Rn 22).

Vor diesem Hintergrund findet in der ersten und dritten Phase, also der Übertragung der Nachricht vom Rechner des Absenders über seinen Provider zum Mailserver des Internet-Anbieters, bei dem der Empfänger sein elektronisches Postfach hat, sowie während des Abrufs der Nachrichten durch den Empfänger eine Telekommunikation statt, die folglich auf der Grundlage des § 31 RhPfPOG überwacht werden kann, wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind. Anders verhält es sich jedoch bei einem beabsichtigten Zugriff auf E-Mails, die – wie im vorliegenden Fall – auf dem Mailserver des Providers zwischen- oder endgespeichert sind (zweite und vierte Phase). Unabhängig davon, ob der Empfänger diese bereits gelesen hat oder sie noch ungelesen im Postfach aufbewahrt werden, ist **während der möglicherweise auch nur Sekundenbruchteile andauernden Speicherung in der Datenbank des Mailproviders kein Telekommunikationsvorgang (mehr) gegeben** (so ausdrücklich BGH NJW 2009, 1828 zur Auslegung des Begriffs Telekommunikation in § 100a StPO unter Hinweis auf Nack, KK-StPO, § 100 a Rn 22; Graf, BeckOK-StPO, § 100 a Rn 28; Klein-knecht/Müller/Reitberger, § 100 a Rn 29). **Für eine erweiternde Auslegung des Tatbestandsmerkmals Telekommunikation auch in derartigen Fällen (so im Erg. LG Hamburg wistra 2008, 116; a. A. BGH NJW 2009, 1828) ist nach allem ebenso wenig Raum wie für eine analoge Anwendung des § 31 RhPfPOG.**

Als **Rechtsgrundlagen** für die von dem Ast. beantragte Anordnung kommen i. Ü. die **polizeiliche Generalklausel des § 9 RhPf-POG** sowie eine **Sicherstellung nach § 22 RhPfPOG schon deshalb nicht in Betracht, weil darin der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs in Art. 10 I GG nicht bereichsspezifisch und präzise bestimmt sind** (vgl. BVerfGE 100, 313 = NJW 2000, 55; BVerfGE 124, 43 = NJW 2009, 2431).“ (OVG Koblenz aaO)

ÄApprO  
§ 18 I

## Rücktritt von der Prüfung Missbrauchsgefahr

PrüfR

(VGH München NVwZ-RR 2013, 967; Beschluss vom 03.07.2013 – 7 ZB 13.891)

Ein während der laufenden Prüfung erklärter Rücktritt unterliegt wegen der erhöhten Missbrauchsgefahr **ähnlich strengen Anforderungen wie ein Rücktritt nach vollständiger Beendigung der Prüfung.**

„Insbesondere ein Prüfungsrücktritt nach Antritt der Prüfung birgt die **Gefahr des Missbrauchs**. Offensichtlich ist dies, wenn der Prüfling die Prüfung zunächst ablegt und erst nach Bekanntwerden der Ergebnisse seinen Rücktritt erklärt. Missbräuchlich kann aber auch ein während der Prüfung erklärter Rücktritt sein, etwa dann, wenn ein Prüfling die **Rücktrittsentscheidung hinauszögert**, um sie davon abhängig zu machen, ob nach seiner eigenen Einschätzung der Schwierigkeit der Aufgabe und seiner Prüfungsleistungen mit einem Prüfungserfolg zu rechnen ist oder nicht (BVerwG GE 80, 282; BayVGH BayVBl 2008, 210). Auch wenn dem Prüfling insoweit ein Mindestmaß an Überlegungszeit zugebilligt werden muss, berührt ein solcher nachträglicher oder während der Prüfung erklärter Rücktritt den **Grundsatz der Chancengleichheit** im Prüfungsrecht in besonderem Maße und unterliegt daher strengen Anforderungen. Unterzieht sich der Prüfungsteilnehmer in Kenntnis eigener Beschwerden einer Prüfung, nimmt er dieses Risiko, das auch eine Fehleinschätzung seines Leistungsvermögens einschließt, bewusst in Kauf (vgl. VGH BW NVwZ-RR 2003, 37; Zimmerling/Brehm, Prüfungsrecht, 3. Auflage 2007, Rn 540).“ (VGH München aaO)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 940a II ZPO

### Räumungsverfügung gegen Dritte neues Recht in der Zwischenmiete

ZPO

(LG Köln in NJW 2013, 3589, Beschluss vom 12.06.2013 - 1 T 147/13  
KG in NJW 2013, 3588, Beschluss vom 05.09.2013 – 8 W 64/13)

Bei § 940 a II ZPO handelt es sich um eine auf Wohnraum zugeschnittene Spezialvorschrift, die nicht analog auf sonstige Mietverhältnisse anzuwenden ist. Bei Zwischenvermietung ist entscheidend das Mietverhältnis zwischen dem Hauptvermieter und dem Zwischenmieter, wenn aus diesem Mietverhältnis und den im Verhältnis dieser Beteiligten ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen der Anspruch auf Räumung auch gegenüber dem Nutzer/Untermieter abgeleitet wird.

**Fall:** Unter dem 28.09.1989 schlossen die Ast. – Hauptmieterin – und der Verein W e.V. einen Mietvertrag bezüglich der Halle des Werks 3 des ehemaligen Kolbgeländes mit einer Größe von ca. 1.546 m<sup>2</sup> und die davor liegende Freifläche von ca. 1.750 m<sup>2</sup>. Dieses Mietverhältnis wurde durch Kündigung der Kl. vom 22.06.2011, die jedenfalls als ordentliche Kündigung wirksam ist, zum 31.12.2011 beendet. In der Folge erwirkte die Ast. gegen den Verein und weitere Einzelpersonen einen – inzwischen rechtskräftigen – Räumungstitel. Bereits unter dem 15.03.2012 hatte der Verein We. V. mit dem Ag. einen „Untermietvertrag für Wohnräume“ über einen Bauwagen auf dem vorgenannten Gelände geschlossen. Diesen Umstand zeigte der Ag. der zuständigen Gerichtsvollzieherin mit Schreiben vom 31.05.2013 an; eine gegen ihn gerichtete Räumung habe auf Grund des ihm zustehenden Besitzrechts zu unterbleiben. Zu einer Räumung der Liegenschaft, die zuletzt für den 03.06.2013 geplant war, ist es bislang nicht gekommen.

Die Ast. ist der Auffassung, dem Ag. stehe wegen der Beendigung des Mietverhältnisses zwischen ihr und dem Verein We. V. kein Recht zum Besitz zu. Ohnehin sei davon auszugehen, dass das Mietverhältnis nicht zum Zweck der Wohnnutzung, sondern zum Zweck der Behinderung der Zwangsäumung abgeschlossen worden sei. Eine Entscheidung im Wege der einstweiligen Verfügung sei zulässig. Eine Nichtäumung des Ag. würde für sie eine unzumutbare Härte darstellen, nicht hingegen für den auch an drei weiteren Wohnanschriften innerhalb von Köln gemeldeten Ag. Wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung Erfolg haben?

Damit der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung Erfolg haben kann, muss er überhaupt zulässig sein. Problematisch ist hier, dass letztlich mit der Räumungsverfügung der in der Hauptsache angestrebte Erfolg der Räumung schon herbeigeführt würde und damit eine Vorwegnahme der Hauptsache vorläge.

### I. Leistungsverfügung nach § 940 ZPO

Der Ast. könnte eine Leistungsverfügung nach § 940 ZPO begehren. Danach sind Einstweilige Verfügungen auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

#### 1. Räumungsverfügung wegen verbotener Eigenmacht

Mit der Leistungsverfügung gem. § 940 ZPO kann grundsätzlich die Wiedereinräumung des durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitzes verlangt werden kann (vgl. allg. BGH, NJW 1981, 865; OLG Köln, MDR 1995, 1215 = BeckRS 1996, 00270). Fraglich ist jedoch, ob hier überhaupt ein entsprechender **Verfügungsanspruch** vorliegt.

*„Ein Anspruch nach §§ 858, 861 BGB scheidet aus, da die Ast. im Zeitpunkt des Besitzerwerbs durch den Ag. wegen des Mietverhältnisses mit dem Verein W e.V. nicht unmittelbare, sondern nur mittelbare Besitzerin der Mietsache war, § 868 BGB (vgl. allg. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2009, 1461 = NZM 2009, 818). Ein Anspruch gem. §§ 869, 868 BGB scheidet daran, dass der Ag. gegenüber dem unmittelbaren Besitzer der Mietsache – dem Verein W e.V. – keine verbotene Eigenmacht geübt hat. Im Gegenteil hat der Verein selbst dem Ag. auf Grundlage des Untermietvertrags ein Besitzrecht eingeräumt.“ (LG Köln aaO)*

#### 2. Befriedigungsverfügung wegen unverhältnismäßigem Schaden

Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen im Rahmen des § 940 ZPO überhaupt einstweilige Verfügungen möglich sind, die auf die Erfüllung eines Hauptsacheanspruchs gerichtet sind.

### 3. Voraussetzungen einer Befriedigungsverfügung.

„Einstweilige Verfügungen, die bereits zur **uneingeschränkten Befriedigung des Hauptsacheanspruchs** des Antragstellers führen, sind nur ganz ausnahmsweise zulässig, wenn der Antragsteller auf die sofortige Erfüllung seines Anspruchs dringend angewiesen ist, wenn darüber hinaus die **geschuldete Handlung**, soll sie ihren Sinn nicht verlieren, so **kurzfristig zu erbringen** ist, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht möglich ist, und wenn der dem Antragsteller aus der Nichterfüllung **drohende Schaden ganz außer Verhältnis** steht zu dem Schaden, der dem Antragsteller aus der sofortigen – vorläufigen – Erfüllung droht (OLG Köln, NJW-RR 1995, 1088).“ (LG Köln aaO)

Grundsätzlich ist es daher auch im Rahmen des § 940 ZPO möglich, eine Räumungsverfügung zur Befriedigung eines Hauptsacheanspruchs zu erlassen.

### 4. Vorliegen der Voraussetzungen

Die beantragte Verfügung könnte daher im Rahmen des § 940 ZPO nur erlassen werden, wenn es sich bei der Räumung durch den Ag. um eine nur kurzfristig zu erbringende Handlung handelt, bei deren Ausbleiben der Ast. ein unverhältnismäßiger Schaden droht.

„Die eingangs benannten, allgemeinen Voraussetzungen einer ausnahmsweise zulässigen Befriedigungsverfügung sind nicht dargelegt. Insbesondere kann der Verweis auf die **zu erwartenden hohen Kosten** der Räumung, die ohnehin und unabhängig von der Besitzposition des Ag. anfallen, **keine solche Härte** begründen. Dass bzw. warum der Ast. gerade das Abwarten eines gegen den Ag. anzustrengenden Hauptsacheverfahrens unzumutbar wäre, ist nicht konkret dargelegt.“ (LG Köln aaO)

## II. Räumungsverfügung gegen Dritte nach § 940a II ZPO

§ 940a II ZPO sieht vor, dass die Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung auch gegen einen Dritten angeordnet werden darf, der im Besitz der Mietsache ist, wenn gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter vom Besitzerwerb des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat.

### 1. unmittelbare Anwendbarkeit

Die Vorschrift ist unmittelbar nur auf Wohnraummietverhältnisse anwendbar. Insofern stellt sich die Frage, ob es für die Anwendbarkeit auf die Rechtsnatur des Mietverhältnisses des Dritten ankommt, gegen den hier eine Räumungsverfügung ergehen soll oder auf die Rechtsnatur des Mietverhältnisses zwischen den Hauptvertragsparteien.

„[Diese] Spezialvorschrift [ist] nur auf Wohnraum anwendbar und es [handelt] sich bei der zu räumenden Fläche – der im Antrag näher bezeichneten, an den Verein W e.V. vermieteten Fläche – nicht um Wohnraum. (...) **Entscheidend ist das Mietverhältnis zwischen der Kl. und dem Verein**, weil die Kl. aus diesem Mietverhältnis und den im Verhältnis dieser Beteiligten ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen den Anspruch auf Räumung auch gegenüber dem Ag. ableitet. Das hier maßgebliche Mietverhältnis ist aber – wie angesprochen – als **Gewerberaummietverhältnis** zu bewerten.“ (LG Köln aaO)

Eine unmittelbare Anwendung auf Gewerberaummietverhältnisses scheidet aus.

### 2. analoge Anwendbarkeit

Kommt demnach eine unmittelbare Anwendung des § 940 a II ZPO nicht in Betracht, so könnte die dortige Regelung jedoch im Wege eines „erst recht“-Schlusses auf Gewerberaummietverhältnisse bzw. sonstige Mieträume angewandt werden.

#### a) Voraussetzungen für Analogieschluss

„Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende **objektivierbare Wille des Gesetzgebers**, so wie er sich aus dem **Wortlaut** der Gesetzesbestimmung und dem **Sinnzusammenhang** ergibt, in den diese hineingestellt ist. Dem Ziel, den im Gesetz objektivierbaren Willen des Gesetzgebers zu erfassen, dienen die nebeneinander zulässigen, sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, aus ihrem Zusammenhang, aus ihrem Zweck sowie aus den **Gesetzesmaterialien** und der **Entstehungsgeschichte**. Dabei ist in aller Regel mit der Auslegung nach dem Wortlaut zu beginnen (BGH [Kartellsenat], BGHZ 46, 74 = NJW 1967, 343).“ (KG aaO)

#### b) Wortlaut

„Gegen eine Erstreckung des Anwendungsbereichs von § 940 a II ZPO auch auf sonstige Mieträume spricht bereits der **klare Wortlaut** der Norm, der ausdrücklich von der „Räumung von Wohnraum“ spricht.“ (LG Köln aaO)

### c) Systematik

„Auch die **Gesetzsystematik** spricht gegen die Anwendbarkeit der Norm auf sonstige Mieträume, da der Gesetzgeber die Vorschrift im Zuge des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 gerade in einer bestehenden Norm mit der amtlichen Überschrift „Räumung von Wohnraum“ angesiedelt hat.“ (LG Köln aaO)

### d) Entstehungsgeschichte

„Schließlich ergibt sich auch aus den **Gesetzesmaterialien** zum Mietrechtsänderungsgesetz 2013 (vgl. insb. die Begr. d. RegE v. 15.08.2012, BT-Dr 17/10485, S. 33 f.), dass der Gesetzgeber im Zuge der mit der Reform vorzunehmenden Änderungen auf von ihm als abänderungsbedürftig gewertete Missstände allein bei der Wohnraummiete reagieren wollte.“ (LG Köln aaO)

„Die Einführung des § 940 a II ZPO wird in der Begründung des Gesetzentwurfs unter B. „Besonderer Teil“ damit begründet, dass **nach früher herrschender Meinung** Familienangehörigen, nichtehelichen Lebensgefährten und Untermietern kein (Mit-)Besitz an Räumlichkeiten zugestanden worden sei, wenn diese Personen nicht selbst (Haupt-)Mietvertragspartei gewesen seien. Bei einem Räumungsrechtsstreit und der nachfolgenden Vollstreckung habe der Vermieter gewusst, gegen wen er seinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe gerichtlich geltend machen und die Räumungsvollstreckung betreiben musste, nämlich gegen seinen Mieter. **Nach heutiger Rechtsprechung** sei (Mit-)Besitzer der Wohnung nicht nur derjenige, der den Mietvertrag abgeschlossen habe, sondern jeder Dritte, der (Mit-)Besitz an der Wohnung oder Teilen davon begründet habe. Darunter falle z. B. auch der in der Mietwohnung lebende Ehegatte des Mieters, der selbst nicht Mietvertragspartei sei. Ebenso der nichteheliche Lebensgefährte des Mieters, Untermieter oder sonstige nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommene Dritte, wie z. B. Angehörige des Mieters.

Das heißt, der Gesetzgeber stellt zur **Begründung der Einführung des § 940 a II ZPO** auf die **ganz spezielle, mit der eines Gewerbevermieters nur teilweise (nämlich in Bezug auf unbekannte Untermieter) vergleichbaren Situation** des Vermieters von Wohnraum ab. Anders als der Vermieter von Gewerberaum hatte der Vermieter von Wohnraum beim Betreiben der Räumung nicht nur mit einem ihm nicht bekannten Untermieter, sondern darüber hinaus mit in der Wohnung lebenden Ehegatten, Lebensgefährten, Angehörigen oder sonstigen nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommenen Dritten zu rechnen. Der Vermieter von Wohnraum hatte nach der bis zur Einführung von § 940 a II ZPO geltenden Rechtsprechung zu ermitteln, ob neben dem Mieter eine oder mehrere dieser vorgenannten Personen (Mit-)Besitz an der zu räumenden Wohnung haben, und hatte die Räumungsklage auch auf diese (mit-)besitzenden Personen zu erstrecken.“ (KG aaO)

„Daraus folgt weiter, dass es sich bei § 940 a II ZPO um eine **auf Wohnraum zugeschnittene Spezialvorschrift** handelt. Diese ist daher grundsätzlich **eng auszulegen** (so auch Streyll, in: Schmidt-Futterer, MietR, 11. Aufl. [2013], § 940 a ZPO Rn. 2 f.).

Dieser Spezialcharakter der Norm **verbietet** damit aber auch eine **Ausweitung in andere Mietverhältnisse** im Sinne einer „erst recht“-Auslegung. Dabei muss sicher berücksichtigt werden, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der **Wohnraummieter** im Vergleich zu anderen Mietern **grundsätzlich einen höheren Schutz** genießen soll. Gestattet der Gesetzgeber hier in einem besonderen Fall durch § 940 a II ZPO einen Eingriff in diesen besonders geschützten Rechtsbereich, so mag man durchaus überlegen können, ob diese Situation sich auch in anderen Mietverhältnissen stellt. Angesichts der **eindeutigen gesetzlichen Regelung** ist eine **Ausdehnung** oder entsprechende Anwendung auf andere Mietverhältnisse **nicht möglich** (so auch Horst, MDR 2013, 249). Dies gilt umso mehr, als bereits weit vor der abschließenden Beratung des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 im Deutschen Bundestag Stimmen – etwa aus dem Deutschen Mietgerichtstag – auf die **erkennbare Lücke** des seinerzeitigen Gesetzentwurfs des § 940 a II ZPO **für Gewerbemietverhältnisse hingewiesen** hatten (so etwa Streyll, NZM 2012, 248 [252]). Wenn der Gesetzgeber es aber dennoch bei der gewählten Regelung beließ, zeigt dies nach Auffassung der Kammer, dass er damit die Regelung auch **nur auf Wohnraummietverhältnisse angewendet wissen** wollte.

Die Kammer sieht sich daher auch nicht in der Lage, der in der Kommentarliteratur von Streyll vertretenen Auffassung einer entsprechenden Anwendung des § 940 a II ZPO auf Gewerbemietverhältnisse (Streyll, in: Schmidt-Futterer, § 940 a ZPO Rn. 57) beizutreten.“ (LG Köln aaO; so in Ergebnis und Begründung auch KG aaO)

## III. Ergebnis

Der Antrag auf Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung ist bereits nicht zulässig, weil in der begehrten Rechtsfolge eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache läge. Mit der beantragten einstweiligen Verfügung soll nicht die Verwirklichung eines Rechts gesichert, sondern dieses Recht bereits durchgesetzt werden.



ZPO  
§ 690 I Nr. 3**Zustellung eines Mahnbescheids**  
**Verjährungshemmung trotz fehlender Substanziierung**  
(BGH in NJW 2013, 3509; Urteil vom 10.10.2013 – VII ZR 155/11)

ZPO

1. Wird ein **einheitlicher Anspruch** geltend gemacht, der sich aus mehreren Rechnungsposten zusammensetzt, hemmt die Zustellung eines Mahnbescheids die Verjährung, auch wenn die **Rechnungsposten im Mahnbescheid nicht** aufgeschlüsselt werden. Die entsprechend notwendige Substanziierung kann im Laufe des Rechtsstreits beim Übergang in das **streitige Verfahren nachgeholt** werden.
2. Ein **einheitlicher**, aus mehreren Rechnungsposten bestehender **Werklohnanspruch** ist anzunehmen, wenn alle erbrachten Leistungen mit dem zu Beginn der Zusammenarbeit von Besteller und Unternehmer **bestimmten Leistungsziel in Zusammenhang** stehen. In diesem Fall ist es unerheblich, ob der Besteller bereits zu Beginn der Arbeiten die Gewerke vollständig und abschließend beschreibt oder die Parteien sich darüber einig sind, dass die auszuführenden **Gewerke im Zuge der Zusammenarbeit konkretisiert** werden.

**Fall:** Der Kl. begehrt die Zahlung von Werklohn auf Grund von Arbeiten, die er im Zeitraum von März bis August 2004 im Rahmen der Errichtung des Einfamilienhauses der Bekl. erbracht hat.

Die Bekl. schlossen mit der G-GmbH einen Vertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses. Für die G-GmbH war der Kl. als Subunternehmer tätig. Die Parteien streiten, inwieweit der Kl. über seine Subunternehmer-tätigkeit hinaus von den Bekl. mit der Durchführung weiterer, von der G-GmbH nicht geschuldeter Leistungen beauftragt worden ist. Im August 2004 zogen die Bekl., ohne Leistungen des Kl. abzunehmen, in das Haus ein; Mängelrügen erhoben sie in der Folgezeit nicht. Der Kl. erstellte seine Schlussrechnung unter dem 17.12.2007, die am gleichen Tag per Boten den Bekl. überbracht wurde. In der Rechnung heißt es wie folgt wörtlich:

„Bauvorhaben: G., Am H. 11

Leistungsart: Erdarbeiten:

Anfuhr und Entsorgen der Baugrube, Herrichtung der Außenanlage, Hausanschlussarbeiten, Pflasterarbeiten

Leistungszeitraum: 2004

Für geleistete Arbeiten berechnen wir Ihnen laut beiliegender Aufstellung netto 54.149,45 EUR, brutto 62.813,36 EUR.“

Mit anwaltlichem Schreiben vom 28.12.2007 wiesen die Bekl. die Forderung des Kl. zurück. Eine vertragliche Beziehung bestehe nicht. Insbesondere Aushub und Entsorgung der Baugrube seien Bestandteil des Bauvertrags mit der G-GmbH. Die Bekl. forderten den Kl. unter Klageandrohung auf, bis 31.12.2007 zu erklären, dass Ansprüche nicht bestünden. Einen Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede lehnten die Bekl. ab. Am 31.12.2007 hat der Kl. beim zuständigen AG den Erlass von Mahnbescheiden gegen die Bekl. beantragt. Die Forderung hat der Kl. wie folgt bezeichnet:

„Werkvertrag/Werklieferungsvertrag gem. Rechnung vom 17.12.2007, 62.813,36 EUR.“

Das AG hat die beantragten Mahnbescheide am 23.01.2008 erlassen. Die Zustellung an die Bekl. ist am 29.01.2008 erfolgt. Im streitigen Verfahren hat der Kl. dann dargelegt, dass sich der mit Rechnung vom 17.12.2007 geltend gemachte Gesamtbetrag auf verschiedene Einzelaufträge bezieht und hat diese näher spezifiziert. Im streitigen Verfahren haben sich die Bekl. unter anderem mit der Verjährungseinrede verteidigt. Zu Recht?

Fraglich ist, ob hier der Geltendmachung des Anspruchs die Einrede der Verjährung nach § 214 I BGB entgegensteht.

### I. Verjährungsfrist

Ein Werklohnanspruch verjährt nach § 195 BGB innerhalb einer Frist von 3 Jahren.

### II. Lauf der Verjährung

Diese Frist beginnt nach § 199 I BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

Es kommt daher darauf an, wann der Werklohnanspruch entstanden ist. Nach § 641 I 1 BGB wird der Werklohnanspruch mit der Abnahme des Werkes fällig. Eine ausdrückliche Abnahme ist hier jedoch nicht erfolgt. Die Bekl. sind aber im August 2004 in das Haus eingezogen

und haben in der Folge keine Mängelrügen erhoben. Es liegt daher eine konkludente Abnahme vor, die jedenfalls noch im Jahre 2004 erfolgt ist.

Die Verjährungsfrist begann daher zum 31.12.2004 zu laufen. Die Verjährungsfrist endete damit am 31.12.2007.

### III. Hemmung der Verjährungsfrist

Der Lauf der Verjährungsfrist könnte hier jedoch nach § 204 I Nr. 3 ZPO durch Zustellung des Mahnbescheides gehemmt worden sein. Zwar ist die Zustellung erst am 29.01.2008 und damit nach Ablauf der Verjährungsfrist erfolgt. Der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides wurde jedoch noch vor Ablauf der Verjährungsfrist am 31.12.2007 gestellt. Da die Zustellung noch als demnächst angesehen werden kann, wird die Zustellung des Mahnbescheides nach § 167 ZPO auf den Zeitpunkt der Antragstellung zurückgerechnet.

Allerdings führt die Beantragung und Zustellung des Mahnbescheides nur dann zu einer Hemmung der Verjährung, wenn auch die Anforderungen des § 690 ZPO an einen ordnungsgemäßen Mahnbescheidsantrag erfüllt sind.

#### 1. Anforderungen an verjährungshemmenden Mahnbescheid

„Nach der **ständigen Rechtsprechung des BGH** setzt die Hemmung der Verjährung nach § 204 I Nr. 3 BGB voraus, dass die im Mahnbescheid genannte Forderung durch ihre Kennzeichnung **von anderen Forderungen unterschieden und abgegrenzt** werden kann. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Forderung über einen Vollstreckungsbescheid **Grundlage eines Vollstreckungstitels** sein kann und dem Schuldner die Beurteilung möglich ist, ob er sich gegen die Forderung zur Wehr setzen will oder nicht.

Wann diesen Anforderungen Genüge getan ist, kann nicht allgemein und abstrakt festgelegt werden; vielmehr hängen **Art und Umfang der erforderlichen Angaben** im Einzelfall von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art der Forderung ab. Ist in dem Mahnbescheid **auf eine Rechnung oder eine sonstige Urkunde Bezug genommen**, so kann diese für die **Individualisierung der Forderung** jedenfalls dann herangezogen werden, wenn die Rechnung oder sonstige Urkunde dem Gegner zugegangen ist (BGH, NJW 2000, 1420; NJW 2002, 520 = NZBau 2002, 155 = BauR 2002, 469 [470]; NJW 2009, 56 Rn. 18; NJW 2011, 613 = NZM 2011, 198 Rn. 11).“ (BGH aaO)

#### 2. Anforderungen bei mehreren Rechnungsposten

Fraglich ist, wie sich diese Vorgaben auswirken, wenn im Mahnbescheid ein Gesamtanspruch geltend gemacht wird, tatsächlich aber mehrere Einzelforderungen zusammengerechnet den geltend gemachten Betrag ergeben.

„Wird ein **einheitlicher Anspruch** geltend gemacht, der sich aus mehreren Rechnungsposten zusammensetzt, bedarf es **keiner Aufschlüsselung der Rechnungsposten im Mahnbescheid**. Die entsprechend notwendige Substanziierung kann im Laufe des Rechtsstreits beim Übergang in das **streitige Verfahren nachgeholt** werden (vgl. BGH, NJW 2002, 520 = NZBau 2002, 155).

Umfasst der im Mahnbescheid geltend gemachte Betrag dagegen **mehrere, nicht auf einem einheitlichen Anspruch beruhende und deshalb selbstständige Einzelforderungen**, so bedarf es bereits einer Aufschlüsselung im Mahnbescheid, gegebenenfalls unter Bezugnahme auf Rechnungen und sonstige Urkunden. In diesen Fällen kann eine **Individualisierung** nach Ablauf der Verjährungsfrist im anschließenden Streitverfahren **nicht nachgeholt** werden (BGH, NJW 2011, 613 = NZM 2011, 198; NJW 2009, 56).“ (BGH aaO)

#### 3. Anwendung auf den Fall

Für die Möglichkeit der Nachholung der Substanziierung im streitigen Verfahren kommt es daher vorliegend darauf an, ob der Kl. einen einheitlichen Anspruch geltend macht, der sich aus mehreren Rechnungsposten zusammensetzt oder ob es sich um mehrere selbstständige Einzelforderungen handelt. Der Kl. hat insofern vorgetragen, dass die Arbeiten auf verschiedenen Vereinbarungen beruhen. Dies könnte dafür sprechen, dass es sich um selbstständige Einzelforderungen handelt, die aber andererseits alle im Zusammenhang mit einem konkreten Bauvorhaben erbracht wurden.

„Die inhaltliche Bewertung der Mahnbescheidsanträge des Kl. durch das BerGer. unterliegt der **uneingeschränkten Überprüfung in der Revisionsinstanz**, da die Auslegung von Prozesserkklärungen in Frage steht (vgl. BGHZ 115, 286 [291] = NJW 1992, 566; NJW 1998, 3350 [3352] = GRUR 1998, 1041).

Ein **einheitlicher**, aus mehreren Rechnungsposten bestehender **Werklohnanspruch** ist anzunehmen, wenn alle erbrachten Leistungen **mit dem zu Beginn der Zusammenarbeit von Besteller und Unternehmer bestimmten Leistungsziel in Zusammenhang** stehen (vgl. BGH, NJW 2002, 1492 = NZBau 2002, 215 = BauR 2002, 618). In diesem Fall ist es **unerheblich**, ob der Besteller bereits zu Beginn der Arbeiten die

**Gewerke vollständig und abschließend beschreibt oder die Parteien sich darüber einig sind, dass die auszuführenden Gewerke im Zuge der Zusammenarbeit konkretisiert werden** (vgl. für Zusatzaufträge BGH, NJW 2002, 520 = NZBau 2002, 155).

Aus der Rechnung vom 17.12.2007 folgt, dass der Kl. einen Anspruch geltend macht, der auf einer Vereinbarung der Parteien über „Erdarbeiten“ beruht. Diese „Erdarbeiten“ umfassen vier Gewerke (Anfuhr und Entsorgung der Baugrube, Herrichtung der Außenanlage, Hausanschlussarbeiten, Pflasterarbeiten). Den der Rechnung beigefügten Aufstellungen ist zu entnehmen, dass sämtliche „Erdarbeiten“ nach der Vereinbarung der Parteien einheitlich abgerechnet werden sollten, und zwar nach Personaleinsatz (Stundenlohn), Geräte- und Materialeinsatz. Danach bestand eine einheitliche Vereinbarung der Parteien über die Durchführung von „Erdarbeiten“ zu der dargelegten Vergütung. Die konkreten Gewerke haben deshalb das gemeinsame Leistungsziel, die „Erdarbeiten“ für das Haus der Bekl. durchzuführen. Damit beinhalten die Mahnbescheidsanträge einen einheitlichen Anspruch, der aus mehreren Rechnungsposten (Anlagenkonvolut A3) besteht.“ (BGH aaO)

Die Anträge des Kl. auf Erlass der Mahnbescheide vom 31.12.2007 beinhalten als Streitgegenstand (§ 690 I Nr. 3 ZPO) einen einheitlichen, aus mehreren Rechnungsposten zusammengesetzten Anspruch, so dass eine Konkretisierung im streitigen Verfahren noch möglich war. Dies ist auch erfolgt.

„Mit der Klagebegründung hat der Kl. vorgetragen, der Geschäftsführer der G-GmbH habe den Kontakt zwischen ihm und den Bekl. hergestellt, um eine Vereinbarung über noch notwendige Arbeiten am Baugrundstück zu treffen. Daraufhin sei er von den Bekl. mit der Durchführung der „Erdarbeiten“ auf Stundenlohnbasis beauftragt worden. Die im Einzelnen durchzuführenden Arbeiten seien dann im Zuge der Zusammenarbeit sukzessive konkretisiert worden. Damit liegt auch nach der Klagebegründung ein einheitlicher Anspruch vor.“

Mit Schriftsatz vom 02.04.2009 hat der Kl. detailliert dargelegt, wann er die Arbeiten im Einzelnen auf Grund von Weisungen der Bekl. durchführte. Das steht nicht im Widerspruch zu der Annahme eines einheitlichen, mehrere Gewerke umfassenden Werkvertrags. Denn es ist unerheblich, ob der Auftraggeber bereits zu Beginn der Arbeiten die Gewerke vollständig und abschließend beschreibt oder die Parteien sich darüber einig sind, dass die auszuführenden Gewerke im Zuge der Zusammenarbeit konkretisiert bzw. beauftragt werden.“ (BGH aaO)

#### IV. Ergebnis

Nach dem Inhalt der Rechnung vom 17.12.2007 ist der vom Kl. in den Mahnbescheiden geltend gemachte Anspruch hinreichend individualisiert. Damit hemmte die Zustellung der Mahnbescheide die Verjährung dieses streitgegenständlichen Anspruchs nach § 204 I Nr. 3 BGB, § 167 ZPO. Im streitigen Verfahren hat der Kl. den Streitgegenstand nicht geändert, so dass die Hemmung nicht nach § 204 II 1 BGB endete.

„Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Da das BerGer. die notwendigen Feststellungen zur Begründetheit der Klageforderung – aus seiner Sicht zu Recht – nicht getroffen hat, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache ist an das BerGer. zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.“ (BGH aaO)

(BGH in StV 2013, 737; Urteil vom 27.06.2013 – 3 StR 435/12)

Auch **Spontanäußerungen dürfen nicht zum Anlass für sachaufklärende Nachfragen genommen** werden, wenn der **Besch. nach Belehrung über seine Rechte** nach § 136 I 2 StPO die Konsultation durch einen benannten **Verteidiger begehrt und erklärt, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen.**

**Fall:** A wurde wegen des dringenden Verdachts eines versuchten Totschlags vorläufig festgenommen. Am nächsten Tag wurde er der Ermittlungsrichterin vorgeführt, die ihm den Haftbefehl eröffnete und ihn ordnungsgemäß belehrte. A erklärte, dass er seinen Verteidiger, Rechtsanwalt K, beigeordnet bekommen wolle. Die Ermittlungsrichterin unterbrach daraufhin die Vernehmung und versuchte erfolglos, den Verteidiger telefonisch zu erreichen. Sie kehrte in das Vernehmungszimmer zurück und teilte A mit, dass sie seinen Verteidiger nicht habe erreichen können. A erklärte nunmehr, er wolle sich zur Sache nicht äußern, und fügte spontan hinzu, er kenne – den im Haftbefehl genannten, ausschließlich in das Tatvorgesehen verwickelten – S, habe mit diesem aber nichts zu tun. Die Ermittlungsrichterin fragte daraufhin, ob er gesehen habe, wie S auf den Fußweg uriniert habe, was zu einer der Tat vorgelagerten Auseinandersetzung zwischen S und dem Tatopfer geführt hatte. A verneinte dies. Sodann fragte die Ermittlungsrichterin weiter, wie das Tatopfer verletzt worden sei. A ließ sich im Folgenden umfassend zur Sache ein und räumte auf weitere Nachfragen ein, das Opfer zwei Mal gegen den Kopf getreten zu haben. Im Haftprüfungstermin revidierte A – nunmehr anwaltlich beraten – sein Geständnis. In der folgenden Hauptverhandlung hat A von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht. Zum Inhalt seiner Angaben im Ermittlungsverfahren hat das Landgericht die Ermittlungsrichterin und den Protokollführer vernommen; der Verteidiger des A hat unter Hinweis darauf, dass die Angaben seines Mandanten wegen Belehrungsmängeln unverwertbar seien, sowohl der Vernehmung der Ermittlungsrichterin als auch der Verwertung ihrer Aussage widersprochen.

Zu prüfen ist, ob die Angaben des A anlässlich der Haftbefehlseröffnung verwertbar sind.

Dem könnte entgegenstehen, dass **bei der Vernehmung des Angekl.** durch die Ermittlungsrichterin in unzulässiger Weise **in dessen Rechte**, sich nicht zur Sache äußern zu müssen und vor der Vernehmung einen Verteidiger zu befragen (§ 136 I 2 StPO), **eingegriffen** worden ist.

I. Nach **§ 136 I 2 StPO** ist der Besch. zu Beginn seiner Vernehmung **über sein Schweigerecht zu belehren** und darauf hinzuweisen, dass er jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger befragen kann.

1. Beide Rechte des Besch. hängen eng zusammen und sichern seine **verfahrensmäßige Stellung** – als Beteiligter und nicht als Objekt des Verfahrens – in ihren Grundlagen. Die **Verteidigerkonsultation** hat dabei insbes. auch den Zweck, dass sich der Besch. beraten lassen kann, ob er von seinem Schweigerecht Gebrauch machen will oder nicht (BGHSt 38, 372 = NJW 1993, 338 = NSTz 1993, 142; BGHSt 47, 172 = NJW 2002, 975).

*„Die Belehrungspflichten des § 136 I 2 StPO schützen mithin die **Selbstbelastungsfreiheit**, die im Strafverfahren von überragender Bedeutung ist: Der **Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten** (nemo tenetur se ipsum accusare), zählt zu den **Grundprinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens**. Er ist **verfassungsrechtlich abgesichert** durch die gem. Art. 1, 2 I GG garantierten Grundrechte auf Achtung der **Menschenwürde** sowie auf **freie Entfaltung der Persönlichkeit** (BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431) und gehört zum Kernbereich des von Art. 6 EMRK garantierten **Rechts auf ein faires Strafverfahren** (EGMR StV 2003, 257; BGH NSTz 2011, 596). Aus diesem Grund wiegt ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht schwer (BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 = NSTz 1992, 294; BGHSt 47, 172 = NJW 2002, 975).“* (BGH aaO)

2. Einen **Verfahrensverstoß** stellt es aber auch dar, wenn der Besch. vor seiner ersten Vernehmung zwar nach § 136 I 2 StPO belehrt worden ist, ihm die **Rechte, die Gegenstand der Belehrung sind, aber verwehrt** werden.

*„Entscheidet sich der Besch., von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen, ist dies von den Ermittlungsbehörden grds. zu respektieren (BGHSt 52, 11 = NJW 2007, 3138 = NSTz 2007, 714); **stetige Nachfragen ohne zureichenden Grund können das Schweigerecht entwerten** (BGH NJW 2006, 1008 = NSTz 2006, 286).*

*Gleiches gilt, wenn der Besch. einen Verteidiger zu konsultieren wünscht (BGHSt 38, 372 = NJW 1993, 338 = NSTz 1993, 142). Insoweit ist anerkannt, dass die Vernehmung sogleich zu unterbrechen ist, um eine **Kontaktaufnahme zu einem Verteidiger zu ermöglichen** (BGHSt 38, 372 = NJW 1993, 338 = NSTz 1993, 142; BGHSt 42, 15 = NJW 1996, 1547 = NSTz 1996, 291; Geppert, Festschr. f. Otto, 2007, S. 913 m. w. Nachw.; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 136 Rn 10 m. w. Nachw.); **der Besch. darf***

*nicht bedrängt werden, weitere Angaben zu machen (BGH NSTz 2004,450; BGH NJW 2006, 1008 = NSTz 2006, 286).“ (BGH aaO)*

3. Allerdings kann die **Vernehmung auch ohne vorherige Konsultation fortgesetzt** werden, wenn der Besch. dem **in freier Entscheidung zustimmt** (BGHSt 42, 170 = NJW 1996, 2242 = NSTz 1996, 452; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 136 Rn 101; Geppert, Festschr. f. Otto, S. 913, wobei eine solche Zustimmung auch **durch schlüssiges Verhalten** erklärt werden kann (vgl. Klein, Inhalt und Reichweite der Belehrungsvorschrift des § 136 StPO, 2005, S. 145 f.; Löwe/Rosenberg, § 136 Rn 101; a. A. BGHSt 42, 15 = NJW 1996, 1547 = NSTz 1996, 291).

Dieses kann grds. etwa darin zu sehen sein, dass sich der **Besch. von sich aus spontan zur Sache äußert**, obwohl eine Verteidigerkonsultation noch nicht möglich war.

*„Bei der Prüfung, ob in Spontanäußerungen des Besch. zugleich die eigenverantwortliche und von einem freien Willensentschluss getragene Zustimmung zu einer solchen Fortsetzung der Vernehmung zu sehen ist, muss aber der enge Zusammenhang zwischen dem Schweigerecht und dem Recht auf Verteidigerkonsultation in den Blick genommen werden: Dient die Ermöglichung der Beratung durch einen Verteidiger gerade dazu, eine sachgerechte Entscheidung des Besch. über den Umgang mit seinem Schweigerecht zu ermöglichen, sind an das Vorliegen einer – noch dazu konkludent erklärten – Zustimmung zur Fortsetzung der Vernehmung hohe Anforderungen zu stellen. Insoweit ist die bloße Entgegennahme spontaner Äußerungen regelmäßig unbedenklich; diese und die spätere Verwertung solcher Angaben sind auch bei einem nicht über seine Rechte belehrten Besch. zulässig, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Belehrungspflicht des § 136 I 2 StPO – und damit letztlich die dadurch geschützten Beschuldigtenrechte – gezielt umgangen werden sollten, um den Betroffenen zu einer Selbstbelastung zu verleiten (BGH NJW 2009, 3589 = NSTz 2009, 702 m. w. Nachw.). Der hohe Rang der Selbstbelastungsfreiheit gebietet es indes, dass auch Spontanäußerungen – zumal zum Randgeschehen – nicht zum Anlass für sachaufklärende Nachfragen genommen werden, wenn der Besch. nach Belehrung über seine Rechte nach § 136 I 2 StPO die Konsultation durch einen benannten Verteidiger begehrt und erklärt, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen.“ (BGH aaO)*

- II. Nach diesen Maßgaben erweist sich das Vorgehen der Ermittlungsrichterin als verfahrensfehlerhaft.

*„Zwar unterbrach sie zunächst prozessordnungsgemäß die Vernehmung, um den vom Angekl. gewünschten Verteidiger zu erreichen und so eine Konsultation durch diesen zu ermöglichen. Angesichts des kurzen Zeitraums, in dem der Verteidiger wegen der Mittagspause seiner Kanzlei unerreichbar war, bestand indes auch unter Berücksichtigung eines Interesses der Ermittlungsbehörden, möglichst frühzeitig Angaben des Besch. zu erhalten (vgl. dazu Geppert, Festschr. f. Otto, S. 913) – dem hier angesichts der etwa drei Wochen zurückliegenden Tat und des Umstands, dass bereits ein Haftbefehl ergangen war, allerdings ohnehin keine hohe Bedeutung zukommt – kein nachvollziehbarer Grund, mit der Vernehmung nicht bis nach der Mittagspause zuzuwarten. Es waren in der Zwischenzeit auch weder weitere Erkenntnisse erlangt worden noch war eine neue prozessuale Situation eingetreten, auf Grund derer zu erwarten gewesen wäre, dass sich die Auffassung des Besch. geändert haben könnte (vgl. zu diesen Kriterien bei der Fortsetzung der Vernehmung eines Besch., der sich auf sein Schweigerecht berufen hat, BGH NJW 2006, 1008 = NSTz 2006, 286). Es hätte damit bereits jetzt Veranlassung bestanden, die unterbrochene Vernehmung nicht fortzusetzen.“*

*Die Fortführung der Vernehmung ohne vorherige Verteidigerkonsultation war auch nicht deshalb zulässig, weil der Angekl. dem zugestimmt hätte: Eine ausdrückliche Zustimmung hat er nicht erteilt. Von einer konkludent erklärten kann hier ebenfalls nicht ausgegangen werden, weil er sich nach der Mitteilung über die Versuche, den gewählten Verteidiger zu erreichen, ausdrücklich auf sein Schweigerecht berufen hat. In diesem Moment hätte die Ermittlungsrichterin die Vernehmung nicht fortsetzen dürfen.“ (BGH aaO)*

Dem steht nicht entgegen, dass der Angekl. im Anschluss an seine Erklärung, er wolle nichts zur Sache sagen, spontan erklärte, er kenne S, habe mit ihm aber nichts zu tun.

*„Diese Äußerung betraf lediglich seine Beziehung zu einer am Vorgeschehen der Tat beteiligten Person; er machte keine Angaben zu deren Verhalten und keine zum eigentlichen Tatgeschehen. Die zu seiner Überführung verwertete Einlassung gab er erst ab, nachdem die Ermittlungsrichterin ihm – von seiner Äußerung ausgehend – gezielte Nachfragen zum Verhalten von S und zum Tatgeschehen gestellt hatte. Damit ging die Ermittlungsrichterin über die bloße Entgegennahme seiner Äußerung hinaus; dies stellt nach den dargelegten Maßstäben einen unzulässigen Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit des Angekl. dar.“ (BGH aaO)*

Seine Äußerung kann hier auch nicht dahin verstanden werden, dass er in freier Entscheidung seinen unmittelbar zuvor zum Ausdruck gebrachten **Entschluss, sich nicht zur Sache einzulassen, revidiert** hätte.

*„Seine Angaben waren inhaltlich vom Tatvorwurf so weit entfernt, dass ihnen nicht die konkludente Erklärung entnommen werden konnte, er wolle entgegen seiner zuvor ausdrücklich geäußerten Absicht doch umfassend aussagen.“*

Jedenfalls hätte es der Ermittlungsrichterin in dieser Situation – wollte sie nicht den Eindruck erwecken, die Berufung des Angekl. auf sein Schweigerecht zu übergehen – auf Grund ihrer **verfahrensrechtlichen Fürsorgepflicht** obliegen, durch ausdrückliche Befragung zu klären, ob der Angekl. nunmehr gleichwohl bereit war, Angaben zur Sache zu machen, ggf. auch ohne vorherige Verteidigerkonsultation (Geppert, Festschr. f. Otto, S. 913). Auch dies ist nicht geschehen.“ (BGH aaO)

III. Der Verstoß bei der Vernehmung des Angekl. führt auch zu einem **Verwertungsverbot** hinsichtlich seiner Angaben anlässlich der Haftbefehlsverkündung.

1. Zwar zieht nach **st. Rspr.** nicht jedes Verbot, einen Beweis zu erheben, ohne Weiteres auch ein Beweisverwertungsverbot nach sich. Vielmehr ist je nach den Umständen des Einzelfalls unter **Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte und der widerstrebenden Interessen** zu entscheiden.

Bedeutsam sind dabei insbes. die **Art und der Schutzzweck des etwaigen Beweiserhebungsverbots** sowie das **Gewicht des in Rede stehenden Verfahrensverstößes**, das seinerseits wesentlich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter bestimmt wird (st. Rspr.; vgl. BGH NJW 2013, 1827 = NSTz 2013, 242). Ein Verwertungsverbot liegt jedoch stets dann nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die **Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Besch. im Strafverfahren zu sichern** (BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 = NSTz 1992, 294; BGHSt 38, 372 = NJW 1993, 338 = NSTz 1993, 142).

„So verhält es sich hier: Die von § 136 I 2 StPO geschützten Beschuldigtenrechte gehören zu den wichtigsten **verfahrensrechtlichen Prinzipien**. Durch sie wird sichergestellt, dass der Besch. nicht nur Objekt des Strafverfahrens ist, sondern zur Wahrung seiner Rechte auf dessen Gang und Ergebnis Einfluss nehmen kann (BGHSt 38, 372 = NJW 1993, 338 = NSTz 1993, 142). Der Besch. ist bei seiner ersten Vernehmung in besonderem Maße der **Gefahr** ausgesetzt, **sich unbedacht selbst zu belasten**. In dieser Situation ist er oft unvorbereitet, ohne Ratgeber und auch sonst von der vertrauten Umgebung abgeschnitten. Nicht selten ist er durch die Ereignisse verwirrt und durch die ungewohnte Umgebung bedrückt oder verängstigt. Seine ersten Angaben entfalten zudem – wie nicht zuletzt der vorliegende Fall zeigt – selbst bei einer späteren Änderung des Aussageverhaltens eine **faktische Wirkung**, die für den weiteren Verlauf des Verfahrens von erheblicher Bedeutung ist (BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 = NSTz 1992, 294). Diese **zum Schweigerecht des Besch. entwickelten Grundsätze gelten für die Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht entsprechend** (BGHSt 47, 172 = NJW 2002, 975).“ (BGH aaO)

2. Der Annahme eines nach diesen Maßstäben gegebenen Beweisverwertungsverbots steht nicht entgegen, dass der Angekl. auf Grund der eingangs der Vernehmung ordnungsgemäß erteilten Belehrung zunächst Kenntnis sowohl von seinem Schweige- als auch von seinem Verteidigerkonsultationsrecht erlangt hatte (vgl. dazu BGHSt 47, 172 = NJW 2002, 975; BGH NSTz 2004, 450).

„Grds. mag der Besch., der in Kenntnis seiner Rechte gleichwohl Angaben zu Sache macht, weniger schutzbedürftig sein. Der aufgezeigte enge Zusammenhang zwischen dem Verteidigerkonsultations- und dem Schweigerecht erfordert hier jedoch die Annahme eines **hohen Schutzniveaus**: Der Angekl. hatte mit seinem Wunsch nach Verteidigerkonsultation zum Ausdruck gebracht, dass er der Beratung bedurfte. Als diese nicht möglich war, verweigerte er Angaben zur Sache, was zum Abbruch der Vernehmung hätte führen müssen.

[Es] ist zudem nicht ersichtlich, dass sich der Angekl. im Zeitpunkt seiner ihn belastenden Einlassung dieser Belehrung noch bewusst war, etwa weil er differenziert damit umgegangen wäre. Vielmehr befand er sich im Unklaren darüber, ob und ggf. wann sein Verteidiger erreichbar sein würde, und konnte er die wiederholten Nachfragen der Ermittlungsrichterin dahingehend verstehen, dass seinem geäußerten Wunsch, sich jedenfalls nicht ohne vorherige Befragung seines Verteidigers zur Sache einzulassen, nicht entsprochen werden würde. Etwas anderes könnte allenfalls gelten, wenn der Angekl. erneut über seine Rechte belehrt worden wäre (vgl. dazu BGH NSTz 2013, 299). Das ist indes nicht geschehen.“ (BGH aaO)

3. Schließlich sprechen auch die Schwere des Tatvorwurfs und der **Grundsatz**, dass das **Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle bedeutsamen Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken** hat, nicht gegen die Annahme eines Beweisverwertungsverbots.

„Insoweit ist in die Abwägung auch einzustellen, dass die **Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden muss** (BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 = NSTz 1992, 294 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

**Statthaftigkeit der Feststellungsklage  
Regelungsgehalt eines Verwaltungsaktes**

(OVG Bautzen in LKV 2013, 508; Beschluss vom 15.08.2013 – 4 A 300/12)

1. Soweit ein Begehren auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abzielt, weil etwa ein **Verwaltungsakt nicht wirksam** ist und **keine Regelung bewirkt**, ist eine **Feststellungsklage** nach § 43 II (2. Alt.) VwGO **statthaft**.
2. Nicht mit Gründen versehen ist ein Urteil jedenfalls auch dann, wenn es nicht innerhalb der Frist von fünf Monaten vollständig abgefasst der Geschäftsstelle übergeben wird. Dabei handelt es sich nicht um eine starre Frist; bei entsprechenden Anhaltspunkten ist von einer kürzeren Frist auszugehen.

**Fall:** Mit dem angefochtenen Urteil wurde eine Klage gegen die Aufhebung von Bewilligungsbescheiden und die Rückforderung von Wohngeld abgewiesen. Die Bekl. hatte zunächst mit Bescheid vom 07.04.2008 frühere Wohngeldbescheide rückwirkend ab dem 01.10.2005 aufgehoben und Wohngeld i. H. v. 4.688,00 EUR zurückgefordert. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass der Kl. zum einen das Wohngeld seit Oktober 2005 nicht zur Begleichung der Miete verwandt habe und zum anderen aus der Wohnung am 23.05.2006 ausgezogen sei. Nachdem der Kl. dagegen Widerspruch erhoben hatte, wurde mit weiterem Bescheid vom 09.10.2009 zum einen Wohngeld für den Oktober 2005 i. H. v. 293,00 EUR wiederum bewilligt, des Weiteren der Bescheid vom 07.04.2008 zurückgenommen und schließlich nach Verrechnung mit der Forderung von 4.688,00 EUR aus dem Bescheid vom 07.04.2008 eine Rückforderung von 4.395,00 EUR festgestellt. Mit Widerspruchsbescheid vom 26.11.2009 wurde der Widerspruch des Kl. gegen den Bescheid vom 07.04.2008 zurückgewiesen. In der Begründung wird u. a. ausgeführt, dass der angefochtene Bescheid durch den Bescheid vom 09.10.2005 im Hinblick auf die Rücknahme der Bewilligung für den Oktober 2005 aufgehoben worden sei. Seit dem 01.11.2005 habe der Kl. keinen Wohngeldanspruch, weil er seit Oktober 2005 keine Miete mehr bezahlt habe. Der Kl. erhebt Klage mit den Antrag, den Bescheid vom 07.04.2008 und den Widerspruchsbescheid vom 26.11.2009 aufzuheben. Hilfsweise beantragt er die Aufhebung des Bescheids vom 07.04.2008 i. d. F. des Änderungsbescheids vom 09.10.2009 und des Widerspruchsbescheids vom 26.11.2009. Wird er Erfolg haben?

Zusatzfrage 1:

Während der mündlichen Verhandlung funktionierte das elektronische Anzeigesystem über die Verhandlungstermine im Gerichtsgebäude nicht und über den Termin auch nicht anderweitig informiert. Liegt hierin ein Verfahrensmangel nach § 124 II Nr. 5 VwGO wegen Verletzung der Öffentlichkeit?

Zusatzfrage 2:

Das Urteil wurde erst fünf Monate nach der Niederlegung des Tenors vollständig abgefasst der Geschäftsstelle übergeben wurde. Liegt hierin ein Verfahrensmangel i. S. v. § 138 Nr. 6 VwGO?

## I. Anfechtungsklage

Der Kl. hat seine Klage als Anfechtungsklage erhoben. Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

### 1. Zulässigkeit der Anfechtungsklage

#### a) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art. Die streitentscheidenden Normen sind daher solche des Wohngeldgesetzes, die ohne weiteres als öffentlich-rechtlich einzustufen sind. Da auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

#### b) statthafte Klageart

##### aa) Anfechtungsklage

Fraglich ist, ob die gewählte Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Alt. VwGO hier die statthafte Klageart ist. Hier ist es so, dass der angefochtene Bescheid vom 07.04.2008, der ohne weiteres als belastender Verwaltungsakt eingestuft werden kann, mit Bescheid vom 09.10.2009 zurückgenommen wurde. Allerdings zeigt die Verrechnung mit der Rückforderung aus dem Bescheid vom 07.04.2008, dass dies offenbar keine vollständige Rücknahme, sondern nur eine teilweise Rücknahme für den Monat Oktober sein sollte. Der Kl. ist aber der

Auffassung, dass es sich um eine vollständige Rücknahme des Bescheides vom 07.04.2008 handelt.

„Mit seinem Vorbringen macht der Kl. deutlich, dass **nach seiner Auffassung der Bescheid vom 07.04.2008 mit dem Bescheid vom 09.10.2009 zurückgenommen** worden sei. Demzufolge sei die Auffassung des VG fehlerhaft, wonach der Bescheid vom 07.04.2008 durch den Änderungsbescheid vom 09.10.2009 **nur im Hinblick auf den Wegfall des Wohngeldanspruchs für den Oktober 2005 aufgehoben** worden sei. Der Sache nach geht es dem Kl. somit um eine Klärung der Frage, ob **mit dem Bescheid vom 09.10.2009 eine Rücknahme des Bescheids vom 07.04.2008 über die Aufhebung der ihm früher erteilten Wohngeldbescheide erfolgt ist.**“ (OVG Bautzen aaO)

Insofern geht es dem Kläger also um die Feststellung des Wirkungsumfanges des Rücknahmebescheides vom 09.10.2009 und die Frage, in welchem Umfang, der Bescheid vom 07.04.2008 noch fortbesteht. Fraglich ist, ob eine Klärung dieser Frage mit einer Anfechtungsklage möglich ist.

„Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage ist nach § 42 I VwGO ein **Verwaltungsakt**. Aus § 43 II VwGO, wonach die Subsidiarität der Feststellungsklage nicht gilt, wenn die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt wird, folgt des Weiteren, dass auch ein **nichtiger Verwaltungsakt Gegenstand einer Anfechtungsklage** sein kann. Soweit das Begehren aber auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abzielt, weil etwa ein **Verwaltungsakt nicht wirksam ist und keine Regelung bewirkt**, ist eine Feststellungsklage nach § 43 II (2. Alt.) VwGO statthaft (dazu: BVerwG, Urt. v. 21.11.1986, DVBl 1987, 629; Pietzcker, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 Rn. 42).“ (OVG Bautzen aaO)

## bb) Feststellungsklage

Demzufolge hätte dem Rechtsschutzbegehren des Kl. eine Feststellungsklage entsprochen. Der Kl. möchte mit seiner Klage die Feststellung erreichen, dass der Bescheid vom 07.04.2008 durch den Bescheid vom 09.10.2009 zurückgenommen wurde. Das Klagebegehren zielt damit auf das **Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses** – die Feststellung, dass der Bescheid vom 07.04.2008 durch die Rücknahmeentscheidung seine **Wirksamkeit verloren** hat und die dort ausgesprochene Aufhebung der ihm erteilten Wohngeldbescheide unwirksam ist.

## 2. Zwischenergebnis

Die Klage ist als Anfechtungsklage nicht zulässig.

## II. Feststellungsklage

Es stellt sich daher die Frage, ob dieses **Feststellungsbegehren von dem Anfechtungsantrag erfasst** war (§ 88 VwGO) oder auf einen entsprechenden Antrag im erstinstanzlichen Verfahren **hätte hingewirkt werden müssen** (§ 86 III VwGO). Diese Frage kann allerdings dahinstehen, wenn auch die Feststellungsklage keinen Erfolg gehabt hätte.

### 1. Zulässigkeit der Feststellungsklage

Eine solche Feststellungsklage wäre ohne Weiteres zulässig. Insbesondere würde die Subsidiarität der Feststellungsklage (§ 43 II VwGO) dem nicht entgegenstehen, da die Erhebung einer Anfechtungsklage mit dem angestrebten Klageziel nach den vorstehenden Ausführungen nicht möglich ist.

### 2. Begründetheit der Feststellungsklage

Die Feststellungsklage wäre begründet, wenn der Bescheid vom 07.04.2008 mit dem Bescheid vom 09.10.2009 vollständig zurückgenommen wurde.

„Die Formulierung in dem Bescheid vom 09.10.2009, wonach der Bescheid vom 07.04.2008 zurückgenommen werde, bringt zwar zunächst eine **unbeschränkte Rücknahme** zum Ausdruck. Allerdings folgt aus den **weiteren Ausführungen** in dem Bescheid, dass sich die **Rücknahme nur** auf die Verneinung eines Wohngeldanspruchs für den **Monat Oktober 2005** bezieht. Zum einen hat die Bekl. vor der Rücknahmeentscheidung ausgeführt, dass Wohngeld für den Monat Oktober 2005 bewilligt werde. Einer solchen Bewilligung hätte es nicht bedurft, wenn der Bescheid vom 07.04.2008 gleichzeitig vollständig aufgehoben worden wäre. In diesem Fall wäre der Bescheid vom 13.01.2006, mit dem auch Wohngeld für Oktober 2005 bewilligt wurde, wirksam. Darüber hinaus wird in dem Bescheid ausgeführt, dass das für den Monat Oktober bewilligte Wohngeld **mit der** in dem Bescheid vom 07.04.2008 berechneten **Rückforderungssumme** i. H. v. 4.688,00 EUR **verrechnet** werde, sodass noch eine Rückforderung i. H. v. 4.395,00 EUR bestehe. Auch



daraus kommt zum Ausdruck, dass der Bescheid vom 07.04.2008 nicht vollständig, sondern nur im Hinblick auf das Wohngeld für den Zeitraum Oktober 2005 zurückgenommen wird.“ (OVG Bautzen aaO)

### 3. Ergebnis

Entgegen der Auffassung des Kl. wurde der Bescheid vom 07.04.2008 nicht vollständig, sondern nur im Hinblick auf den Zeitraum Oktober 2005 zurückgenommen und hat daher im Übrigen seine Wirksamkeit nicht verloren. Die Feststellungsklage wäre daher zwar zulässig, aber nicht begründet.

### III. Zusatzfrage 1

Es könnte eine Verletzung der Öffentlichkeit der Verhandlung vorliegen

„Eine mündliche Verhandlung ist schon dann öffentlich i. S. v. § 169 GVG, wenn der **Verhandlungsraum während der Verhandlung zugänglich** ist. § 169 GVG erfordert keine an jedermann gerichtete Bekanntgabe über Ort und Zeit einer mündlichen Verhandlung (etwa BVerwG, Beschl. v. 15.03.2012, BauR 2012, 1097).“ (OVG Bautzen aaO)

Ein Verfahrensmangel nach § 124 II Nr. 5 VwGO wegen Verletzung der Öffentlichkeit der Verhandlung nach § 169 GVG liegt daher nicht darin, dass das elektronische Anzeigesystem über die Verhandlungstermine im Gerichtsgebäude während der mündlichen Verhandlung des VG nicht funktionierte und über den Termin auch nicht anderweitig informiert wurde.

### IV. Zusatzfrage 2

Das Urteil könnte als nach § 139 Nr. 6 VwGO nicht mit Gründen versehen gelten. § 116 II VwGO sieht für den Fall, dass keine Verkündung des Urteils erfolgt, vor, dass das Urteil binnen zwei Wochen nach der mündlichen Verhandlung der Geschäftsstelle zu übermitteln ist. Nach § 117 IV VwGO muss ein Urteil, das bei der Verkündung noch nicht vollständig abgefasst war, vor Ablauf von zwei Wochen, vom Tag der Verkündung an gerechnet, vollständig abgefasst der Geschäftsstelle übermittelt werden. Kann dies ausnahmsweise nicht geschehen, so ist innerhalb dieser zwei Wochen das von den Richtern unterschriebene Urteil ohne Tatbestand, Entscheidungsgründe und Rechtsmittelbelehrung der Geschäftsstelle zu übermitteln; Tatbestand, Entscheidungsgründe und Rechtsmittelbelehrung sind alsbald nachträglich niederzulegen, von den Richtern besonders zu unterschreiben und der Geschäftsstelle zu übermitteln. Hierbei handelt es sich um zwingende Regeln.

„In entsprechender Anwendung von § 117 IV 2 VwGO ist auch im Falle der Zustellung die Übergabe der von den Richtern unterschriebenen Urteilsformel ausreichend, wobei danach alsbald das vollständig abgefasste Urteil der Geschäftsstelle zu übergeben ist (etwa BVerwG, Urt. v. 10.11.1999, BVerwGE 110, 140). Eine Verletzung dieser Fristanforderungen ist ein Verfahrensfehler, der zur Zulassung der Berufung führt, sofern das Urteil auf ihm beruhen kann (§ 124 II Nr. 5 VwGO).

Eine Kausalitätsvermutung hierfür enthält § 138 Nr. 6 VwGO, wenn das Urteil nicht mit Gründen versehen ist. **Nicht mit Gründen versehen** ist ein Urteil jedenfalls auch dann, wenn es **nicht innerhalb der Frist von fünf Monaten** vollständig abgefasst der Geschäftsstelle übergeben wird. In diesem Fall kann in Anbetracht des nachlassenden Erinnerungsvermögens nicht mehr von einer Übereinstimmung zwischen den im Zeitpunkt der Urteilsfällung gegebenen und den in die Urteilsbegründung aufgenommenen Entscheidungsgründen ausgegangen werden. Bei der **Frist von fünf Monaten** handelt es sich **nicht** um eine **starre Frist**. Liegen entsprechende Anhaltspunkte dafür vor, dass es etwa in besonderem Maß auf den unmittelbaren Eindruck, der während einer mündlichen Verhandlung gewonnen wurde, ankommt, ist von einer kürzeren Frist auszugehen (Kilian, in: SoDan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 117 Rn. 92).“ (OVG Bautzen aaO)

§ 138 Nr. 6 VwGO würde daher hier nur eingreifen, wenn ausnahmsweise von einer kürzeren Frist auszugehen wäre.

„[Es liegen] keine Umstände [vor], aufgrund derer eine kürzere Frist anzunehmen wäre. Dabei kann offen bleiben, ob es für die Berechnung des Beginns der Frist auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung oder denjenigen der sich daran anschließenden Beratung oder auch der Niederlegung des Urteilstenors ankommt (dazu etwa OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.10.2004 – 2 LA 1231/04, juris, Rn. 6). Auch wenn auf den Tag der mündlichen Verhandlung am 21.10.2011 abgehoben würde, wäre die Frist eingehalten, da das abgefasste Urteil am 21.03.2012 der Geschäftsstelle übergeben wurde. Der Kl. hat auch keine Umstände vorgebracht, aufgrund derer eine kürzere Frist anzunehmen wäre. Die angefochtene Entscheidung bezieht sich in den Gründen **nicht auf besondere Eindrücke oder sonstige Umstände**, die nicht in der Verhandlungsniederschrift aufgenommen wurden. Der Kl. macht in der Sache auch nicht solche Umstände, sondern eine aus seiner Sicht fehlerhafte Rechtsanwendung des VG geltend, wenn er vorbringt, dass das Urteil fehlerhaft nicht auf seine Einvernahme, sondern auf andere Umstände abhebe.“ (OVG Bautzen aaO)

In den Fällen der faktischen Vollziehung eines Verwaltungsaktes mit Drittwirkung kommt es im Verfahren nach § 80a Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 VwGO auf eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache nicht an, weil die Missachtung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs eines Drittbetroffenen ein rechtswidriges Verhalten darstellt, das ohne weiteres eine auf Beachtung der aufschiebenden Wirkung gerichtete gerichtliche Anordnung rechtfertigt.

**Fall:** Der Beigeladenen wurde eine für sofort vollziehbar erklärte immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Biogasanlage erteilt. Auf den Antrag der Nachbarn (Antragsteller) wurde die aufschiebende Wirkung der von ihnen erhobenen Klage wiederhergestellt; ein Abänderungsantrag der Beigeladenen nach § 80 VII VwGO hatte keinen Erfolg. Gleichwohl betrieb die Beigeladene die Biogasanlage teilweise weiter, ohne dass der Antragsgegner hiergegen einschritt. Die Antragsteller beantragen die Feststellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage und die Verpflichtung des Antragsgegners zum vorläufigen Einschreiten gegen die Beigeladene. Mit Erfolg?

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

## I. Zulässigkeit des Antrags

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

Der Verwaltungsrechtsweg, der auch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gegeben sein muss, ist gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet, da sich das streitige Rechtsverhältnis nach den zum öffentlichen Recht gehörenden Vorschriften des **Immissionsschutzrechts** richtet. Da auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten und auch keine auf- oder abdrängenden Sonderzuweisungen eingreifen, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

### 2. statthafte Antragsart

In Fällen von **Drittbetroffenheit** ist der vorläufige Rechtsschutz in **§ 80a VwGO** geregelt. Geht es um einen Verwaltungsakt, der den **Adressaten begünstigt** – hier die immissionsschutzrechtliche Erlaubnis –, durch den sich jedoch ein **Dritter belastet** fühlt – hier die Antragsteller – so kann auf Antrag des Dritten – wenn sein Rechtsbehelf wie hier wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung keinen Suspensiveffekt hat – nach § 80a I Nr. 2 VwGO die **Vollziehung zugunsten des Dritten ausgesetzt** werden. Zudem können auch **einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der Rechte** des Dritten getroffen werden. Zu diesen Anordnungen ist nicht nur die Behörde nach § 80a I Nr. 2 VwGO befugt, sondern nach § 80a III VwGO auch das Gericht.

Ein Antrag nach § 80a III, II Nr. 2 VwGO i.V.m. § 80 V VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs im Falle der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO ist grundsätzlich nur statthaft, wenn in der Hauptsache eine **Anfechtungsklage einschlägig** ist und der **Suspensiveffekt nicht eintritt**.

Hier haben die Antragsteller eine Drittanfechtungsklage gegen die erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung erhoben. Diese hatte auch wegen der zunächst erfolgten Anordnung der sofortigen Vollziehung keine aufschiebende Wirkung. Allerdings hatte das Verwaltungsgericht auf Antrag hin die aufschiebende Wirkung der Klage in einem bereits abgeschlossenen Verfahren nach § 80a III, II Nr. 2 VwGO i.V.m. § 80 V VwGO wieder herstellt und einen Abänderungsantrag des Antragsgegners nach § 80 VII VwGO zurückgewiesen.

Da die aufschiebende Wirkung gleichwohl vom Beigeladenen missachtet wird und der Antragsgegner hiergegen nicht einschreitet, könnte ein Fall **faktischer Vollziehung** vorliegen. Faktische Vollziehung liegt vor, wenn ein Verwaltungsakt trotz Eintreten der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels vollzogen oder gar vollstreckt wird. Durch ei-

ne solche Missachtung der Rechtslage soll die Behörde aber wegen der eigentlich mangelnden Tatbestandsmäßigkeit (Suspensiveffekt ist eingetreten und kann daher nicht wieder herstellt/angeordnet werden) nicht den Schutz des Betroffenen umgehen können, der durch den Suspensiveffekt eigentlich ausgelöst wurde. Daher ist der Antrag gem. § 80a III, II Nr. 2 VwGO i.V.m. § 80 V VwGO statthaft.

Zugleich können die Antragsteller nach § 80a III, II Nr. 2 VwGO auch beantragen, dass **einstweilige Maßnahmen zur Sicherung ihrer Rechte** getroffen werden.

### 3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Für das Verfahren nach § 80 V VwGO ist in analoger Anwendung des § 42 II VwGO die **Antragsbefugnis** erforderlich. Da es sich in der Hauptsache um einen Fall der Drittanfechtungsklage handelt, die Antragsteller also nicht selbst Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes sind, greift die Adressatentheorie nicht ein. Nach der **Möglichkeitstheorie** darf daher die Verletzung in einem subjektiv-öffentlichen Recht nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen werden.

Die Antragsteller berufen sich in der Hauptsache auf die Verletzung nachbarschützender immissionsschutzrechtlicher Vorschriften, die jedenfalls möglich erscheint, so dass Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO anzunehmen ist.

### 4. sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Hinsichtlich des Vorliegens der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken, so dass der Antrag zulässig ist.

## II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag ist begründet, wenn die die **Klage** der Antragsteller gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung **aufschiebende Wirkung** hat und diese vom Antragsgegner dadurch **missachtet** wird, dass dieser gegen die Beigeladene, welche die aufschiebende Wirkung ihrerseits missachtet wird, nicht einschreitet.

### 1. Missachtung der aufschiebenden Wirkung

Das Verwaltungsgericht hat durch einen Beschluss nach § 80a III, I Nr. 2 VwGO § 80 V VwGO die **aufschiebende Wirkung wiederherstellt** und einen Abänderungsantrag des Antragsgegners nach § 80 VII VwGO zurückgewiesen. Daher besteht am Eintritt der aufschiebenden Wirkung kein Zweifel. Da der Antragsgegner zudem Maßnahmen unterlässt, um die **unberechtigte Ausnutzung der Genehmigung durch die Beigeladene zu unterbinden**, obwohl eine entsprechende Handlungspflicht besteht, missachtet er die aufschiebende Wirkung.

### 2. Interessenabwägung

Grundsätzlich sind gerichtliche Entscheidungen im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen von einer **Interessenabwägung** abhängig, die auch mit Blick auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache unter **summarischer Prüfung des zu vollziehenden Verwaltungsaktes** zu erfolgen hat. Fraglich ist, ob in den Fällen der faktischen Vollziehung eines solche Interessenabwägung stattzufinden hat.

*„In den Fällen der **faktischen Vollziehung** eines Verwaltungsaktes mit Drittwirkung kommt es auf eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache nicht an, weil die **Missachtung der aufschiebenden Wirkung** des Rechtsbehelfs eines Drittbetroffenen ein **rechtswidriges Verhalten** darstellt, das ohne weiteres eine auf Beachtung der aufschiebenden Wirkung gerichtete gerichtliche Anordnung rechtfertigt (Vgl. ausführlich Hess. VGH, Beschluss vom 03.12.2002 - 8 TG 2177/02 -, NVwZ-RR 2003, 345 = juris, Rn. 7; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 80a Rn. 17a; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Band 1, Stand: August 2012, § 80a Rn. 64; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80a Rn. 36.)*

*Die **gegenteilige Ansicht** des Thüringischen OVG - Beschluss vom 28.07.1993 - 1 EO 1/93 -, LKV 1994, 110 = juris, Rn. 54 - verkennt die Bedeutung der aufschiebenden Wirkung. Die **aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs** vermittelt nicht lediglich eine „formale verfahrensrechtliche Position“, sondern ist ein **fundamentaler Grundsatz des öffentlich-rechtlichen Prozesses**. Sie dient dem Schutz des Bürgers, damit nicht Tatsachen geschaffen werden, bevor über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts entschieden ist. Solange eine aufschiebende Wirkung besteht, ist diese zu beachten: **Aus dem angefochtenen Verwal-***

*tungsakt können in dieser Zeit keine Rechte hergeleitet werden. Will die Behörde hiervon abweichen, kann sie aufgrund einer Interessenabwägung die sofortige Vollziehung anordnen, wenn das öffentliche Interesse oder - bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung - das Interesse des Begünstigten überwiegt. Die Regelungen der §§ 80 ff. VwGO ergänzen diesen Schutz verfahrensmäßig. Der Sinn dieses besonderen Verfahrens besteht darin, einen **effektiven Gerichtsschutz** gegenüber Maßnahmen der Exekutive zu sichern und durchzusetzen (vgl. z. B. BVerfG, Beschluss vom 19.06.1973 - 1 BvL 39/69 u. a. -, BVerfGE 35, 263 = juris, Rn. 32.)“ (OVG Münster aaO)*

Sowohl die Behörde als auch das Gericht haben bei ihrer Entscheidung, ob eine sofortige Vollziehung anzuordnen oder eine aufschiebende Wirkung wiederherzustellen bzw. anzuordnen ist, eine **umfassende Interessenabwägung** vorzunehmen, bei der sowohl die öffentlichen als auch die betroffenen privaten Interessen zu berücksichtigen sind.

*„Die von der Beigeladenen geforderte Interessenabwägung findet daher **bereits im Rahmen der Entscheidung** statt, ob die **Anordnung einer sofortigen Vollziehung gerechtfertigt** ist, nicht jedoch nochmals im Zusammenhang mit der Frage, ob die aufschiebende Wirkung zu beachten ist.*

*Im vorliegenden Fall hatte der Antragsgegner zunächst die **sofortige Vollziehung** auf der Grundlage des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO **angeordnet**. Der Senat hat jedoch die aufschiebende Wirkung des von den Antragstellern eingelegten Rechtsbehelfs **mit unanfechtbarem Beschluss** vom 23.07.2012 - 8 B 799/11 - **wiederhergestellt**; die Abänderungsbegehren der Beigeladenen hatten keinen Erfolg (VG Minden, Beschluss vom 14.09.2012 - 11 L 521/12 -; OVG NRW, Beschluss vom 30.01.2013 - 8 B 1130/12 -). In diesen Beschlüssen ist eine **abschließende Interessenabwägung** vorgenommen worden. Solange die aufgrund der gerichtlichen Entscheidungen wiederhergestellte aufschiebende Wirkung besteht, ist diese zu respektieren.“ (OVG Münster aaO)*

### **3. Ergebnis**

Der Antrag ist begründet. Das Gericht hat festzustellen, dass die aufschiebende Wirkung besteht. Die Behörde hat dementsprechend einstweilige Maßnahmen zur Sicherung des Drittbetroffenen zu treffen, wenn der Begünstigte gleichwohl von dem nicht vollziehbaren Verwaltungsakt Gebrauch macht.

## 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  
§ 139 I

### Richterliche Hinweispflicht Anforderungen

ZPO

(BGH MDR 2013, 1424; Urteil vom 18.04.2013 – I ZR 66/12)

Ein **richterlicher Hinweis** erfüllt nur dann seinen Zweck, Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Irrtümer auszuräumen, wenn er **rechtzeitig** erteilt wird und **gezielt den fehlenden Sachvortrag anspricht**, den das Gericht als entscheidungserheblich ansieht.

„Das **Gericht erfüllt seine Hinweispflicht** gem. § 139 I ZPO **nicht**, wenn es vor der mündlichen Verhandlung lediglich **allgemeine und pauschale Hinweise erteilt**. Es muss die Parteien vielmehr auf den fehlenden Sachvortrag, den es als entscheidungserheblich ansieht, unmissverständlich hinweisen und ihnen die **Möglichkeit eröffnen**, ihren **Vortrag sachdienlich zu ergänzen** (BGHZ 140, 365; BGH NJW 2002, 3317; BGH NJW 2005, 2624; MüKo-ZPO/Wagner, 4. Aufl., § 139 Rn 20; Prütting/Gehrlein, ZPO, 4. Aufl., § 139 Rn 8). Ein richterlicher Hinweis erfüllt nur dann seinen Zweck, **Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Irrtümer auszuräumen**, wenn er **gezielt und konkret den einzelnen Mangel anspricht**.

Diesen Anforderungen wird der gerichtliche Hinweis laut Verfügung vom 7./20. Dezember 2011, der sich an die Bkl. richtete nicht gerecht (wird ausgeführt). Diesem allgemein gehaltenen Hinweis konnte die Bkl. nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit entnehmen, welche Angaben nach Ansicht des Gerichts noch fehlten. Hätte das Berufungsgericht rechtzeitig auf seine konkreten Bedenken hingewiesen, hätte die Bkl. darauf - wie die Revision dargelegt hat - mit hinreichend substantiiertem Vortrag reagiert.“ (BGH aaO)

ZPO  
§§ 307, 520

### Anerkenntnis Vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist

ZPO

(BGH NJW-RR 2013, 1334; Beschluss vom 18.07.2013 – IX ZB 41/12)

- I. Erkennt der **in erster Instanz verurteilte Bkl.** die **Klageforderung innerhalb der Berufungsbegründungsfrist an**, ohne die Berufung zu begründen, ist die **Berufung zurückzuweisen**.

„Das **Anerkenntnis** des mit der Hauptsache verfolgten Anspruchs kann in zeitlicher Hinsicht bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens noch in der Revisionsinstanz erklärt werden (vgl. BGH NJW-RR 2010, 783), mithin **auch in der Berufungsinstanz**. Auch ist ein **Anerkenntnis durch den beklagten Berufungskläger möglich** (OLG Stuttgart NZG 2004, 766; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., Vorb. §§ 306, 307 Rn 4). Allerdings darf im Rechtsmittelverfahren ein **Anerkenntnisurteil nicht ergehen**, wenn das Rechtsmittel unzulässig ist (BGH NJW-RR 2010, 275 Rn 14). Diese Frage ist für den Fall eines **Anerkenntnisses nach Eintritt der Unzulässigkeit des Rechtsmittels geklärt** (BGH NJW-RR 2010, 275). Hingegen ist sie für den vorliegenden Fall des **Anerkenntnisses vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist** noch nicht ausdrücklich entschieden. Auch in der Lit. wird sie – soweit ersichtlich – nicht erörtert. Sie ist dahingehend zu beantworten, dass ein **Anerkenntnisurteil auf Grund eines im Rechtsmittelzug erklärten wirksamen Anerkenntnisses nach § 307 S. 1 ZPO zu ergehen hat**, wenn das **Anerkenntnis in laufender Begründungsfrist erklärt wird**, ohne dass der Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel nach der Erklärung des wirksamen Anerkenntnisses noch zu begründen hätte, unabhängig davon, ob er den abgewiesenen Klageanspruch mit der Berufung weiterverfolgt oder als Bkl. gegen das ihn verurteilende erstinstanzliche Urteil Berufung eingelegt hat.

Erkennt der Bkl. den Klageanspruch in laufender Begründungsfrist an, ist das **Rechtsmittel zu diesem Zeitpunkt zulässig; er kann deswegen über den Klageanspruch noch disponieren**. Wird das erstinstanzliche Urteil fristgerecht mit der Berufung angegriffen, wird dadurch der Eintritt der Rechtskraft gehemmt (§ 705 ZPO). Würde man die Möglichkeit des **Anerkenntnisses erst dann eröffnen**, wenn der Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel begründet hat, liefe dies dem Gesetzeszweck des § 307 ZPO zuwider. Aus der Dispositionsmaxime der Parteien folgt, dass – soweit diese reicht – in jeder Lage des Verfahrens die Möglichkeit bestehen muss, dieses durch **Anerkenntnisurteil unmittelbar zu beenden**. Dies entspricht auch der **Intention des Gesetzgebers**, der zur **Verfahrensbeschleunigung und -erleichterung** die Voraussetzungen zum Erlass eines **Anerkenntnisurteils durch Abschaffung des Antragserfordernisses** (BT-Dr 14/3750, S. 58 f.) und den generellen Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zunehmend erleichtert hat (vgl. BGH NJW-RR 2010, 783).“ (BGH aaO)

- II. Wird das **Anerkenntnis nach Ablauf der Rechtsmittelbegründungsfrist erklärt**, ohne dass das Rechtsmittel rechtzeitig begründet worden ist, **darf ein Anerkenntnisurteil nicht ergehen**.

„Mit einem **Anerkenntnis** kann der Bkl. zwar über den sachlich-rechtlichen Anspruch disponieren, so dass es dem Gericht verwehrt ist, den ihm ursprünglich vorgelegten Streitstoff zu überprüfen. Die **Parteien können jedoch grds. nicht über Prozess- und Rechtsmittelvoraussetzungen verfügen**, so dass diese auch im Falle eines **Anerkenntnisses vom Gericht zu prüfen sind** (BGH NJW-RR 2010, 275). In einem solchen Fall ist das Rechtsmittel deswegen als unzulässig zu verwerfen.“ (BGH aaO)

ZPO  
§ 406

### Ablehnung eines Sachverständigen Verbale Entgleisung

ZPO

(OLG Zweibrücken MDR 2013, 1425; Beschluss vom 02.08.2013 – 4 W 53/13)

Ein **Sachverständiger darf sich** gegen Angriffe eines Rechtsanwalts oder einer Partei auch **mit deutlichen Worten zur Wehr setzen**.

„Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit ergeben sich auch nicht aus der weitere Reaktion des Sachverständigen, dass er die Frage des Prozessbevollmächtigten der Bekl., ob der Sachverständige die Fragen des Rechtsanwalts nach seinen Beziehungen zur Klägersseite als „anmaßend“ empfinde mit „ja“ beantwortet hat.

Eine **Besorgnis der Befangenheit** käme nur in Betracht, wenn die **Äußerung des Sachverständigen über eine offensiv kritische Auseinandersetzung des Sachverständigen mit den gegen ihn gerichteten Zweifeln hinausgegangen** wäre, also eine Entgleisung vorgelegen hätte, die einem gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht passieren darf. Ansonsten darf sich nämlich ein Sachverständiger auch mit deutlichen Worten gegen (massive) Angriffe zur Wehr setzen, denn ein Ablehnungsgrund darf nicht provoziert. Wie die Beschwerdebegründung selbst ausführt, ging der beanstandeten Antwort des Sachverständigen eine verbale Auseinandersetzung mit dem Prozessbevollmächtigten der Bekl. voraus, weil der Sachverständige der Meinung war, die Frage nach seinen Beziehungen zur Kl. bereits mit seinen Angaben, dass er mit den Parteien nicht verwandt oder verschwägert sei, beantwortet zu haben. Die ja - Antwort des Sachverständigen auf die Frage des Prozessbevollmächtigten der Bekl., ob er dessen Fragen als „anmaßend“ empfinde, mag die Verärgerung des Sachverständigen über die vorangegangene Auseinandersetzung mit dem Rechtsanwalt zum Ausdruck gebracht haben. Eine **unangemessene Überreaktion** des Sachverständigen kann darin nicht gesehen werden, zumal die Formulierung „anmaßend“ von dem Prozessbevollmächtigten der Bekl. stammte und der Sachverständige die Frage zu seinen Beziehungen zur Kl. bereits beantwortet hatte.“ (OLG Zweibrücken aaO)

ZPO  
§ 531 II

### Verletzung des rechtlichen Gehörs Präklusion

ZPO

(BGH NZBau 2013, 632; Beschluss vom 31.07.2013 – VII ZR 59/12)

Das **Vorbringen einer Prozesspartei, das durch in der Berufung zugelassenes neues Vorbringen der Gegenpartei veranlasst wird, ist ebenfalls zuzulassen.**

„Wenn das BerGer. davon ausgeht, dass die Kl. noch in zweiter Instanz den Zugang einer Kopie des Schreibens vom 08.07. bestreiten durfte, weil es dem LG auf diesem Gesichtspunkt nicht ankam (§ 531 II 1 Nr. 1 ZPO), so kann für die Bekl. zu 2) nichts anderes gelten. Zudem liegen die Voraussetzungen des § 531 II 1 Nr. 3 ZPO vor. Die Bekl. zu 2) musste in erster Instanz Näheres nicht vortragen, da ihr Vortrag, die Kl. habe eine Kopie des Schreibens vom 08.07. erhalten, unstreitig geblieben war.“ (BGH aaO)

FamFG  
§ 44

### Gegenvorstellung Frist

FamFG

(OLG Frankfurt a.M. FamRZ 2013, 1678; Beschluss vom 19.04.2013 – 4 UF 239/12)

Eine **Gegenvorstellung gegen eine verfahrensabschließende Endentscheidung ist – wenn überhaupt - lediglich innerhalb der für die Einlegung der Anhörungsrüge geltenden Frist zulässig.**

„Der Auffassung, wonach eine entsprechende Anwendung der für die Anhörungsrüge geltenden Einlegungsfrist auf die Gegenvorstellung mangels diesbzgl. planwidriger Regelungslücke und wegen der gebotenen Rechtsmittelklarheit nicht in Betracht kommt, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Die **Rechtssicherheit gebietet eine zeitliche Grenze** für die Verpflichtung des Gerichts zur Korrektur einer von ihm getroffenen, formell bestandkräftigen Entscheidung. Mit der Einführung der Anhörungsrüge hat der Gesetzgeber seinen Willen zu erkennen gegeben, die richterliche **Selbstkontrolle nur auf einen fristgebundenen Rechtsbehelf hin zuzulassen**. Der gesetzlich nicht vorgesehen, außerordentliche Rechtsbehelf der Gegenvorstellung kann die vom Gesetzgeber gesetzten zeitlichen Grenzen der Fehlerbeseitigung nicht erweitern. Auch eine Gegenvorstellung ist daher innerhalb der für die Anhörungsrüge geltenden Frist einzulegen. I. Ü. wäre die Gegenvorstellung selbst im Falle ihrer Zulässigkeit als unbegründet zurückzuweisen. Es ist allgemein anerkannt, dass der **außerordentliche Rechtsbehelf der Gegenvorstellung jedenfalls nur bei einer greifbaren Gesetzeswidrigkeit**, der angefochtenen Entscheidung, bei einer **Verletzung des Willkürverbots** oder bei mit der angefochtenen Entscheidung verbundenen **schweren Grundrechtseingriffen eröffnet** ist.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

StPO  
§§ 4 II 2, 13 II 1

### Verbindung von Strafsachen Wirksamkeit

StPO

(BGH NStZ-RR 2013, 378; Beschluss vom 11.07.2013 – 3 StR 166/13)

Die **Verbindung von Strafsachen**, die nicht nur die örtliche, sondern auch die **sachliche Zuständigkeit betrifft**, kann **nicht durch Vereinbarung der beteiligten Gerichte** nach § 13 II 1 StPO, **sondern** in den Fällen, in denen die verschiedenen Gerichte nicht alle zu dem Bezirk des ranghöheren gehören, **nur durch Entscheidung des gemeinschaftlichen oberen Gerichts** – hier des OLG Celle – herbeigeführt werden; ein **hiergegen verstößender Verbindungsbeschluss ist unwirksam** und führt insoweit zur Urteilsaufhebung und Zurückverweisung der Sache.

„Es besteht daher hinsichtlich dieser Taten ein **Verfahrenshindernis**, das zwar zu einer entsprechenden Teilaufhebung des Urteils, nicht jedoch zur Verfahrenseinstellung führt, da die **Rechtshängigkeit des Verfahrens bei dem AG fortbesteht**, eine Einstellung dieses Verfahren beenden würde und danach kein Raum für eine Sachentscheidung, gleich welchen Gerichts, bliebe. Das Verfahren ist danach noch bei dem AG anhängig, das wegen der Gegenstandslosigkeit des Eröffnungsbeschlusses des LG auch noch über die Eröffnung des Verfahrens zu entscheiden hat. Die Sache ist daher entsprechend § 355 StPO an das AG zu verweisen.“ (BGH aaO)

StPO  
§ 98

### Beschlagnahmeanordnung Aufzeichnungen des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft

StPO

(OLG Schleswig NJW-Spezial 2013, 664; Beschluss vom 20.02.2013 – 2 Ws 566/12)

Die **Beschlagnahme von Aufzeichnungen des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft ist unzulässig**, weil das Gericht keine Befugnis gem. den §§ 94 und 98 I StPO hat, im Gewahrsam der ermittelnden Staatsanwaltschaft befindliche Gegenstände zu beschlagnahmen.

- I. Dies folgt aus den Vorschriften der **StPO** über die Stellung von Gericht und Staatsanwaltschaft im Rahmen von Beschlagnahmen.

„Beschlagnahmen werden nach § 98 I 1 StPO durch das Gericht, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen angeordnet. Die **Vollstreckung von Beschlagnahmeanordnungen ist Sache der Staatsanwaltschaft und ihrer Hilfspersonen**. Das gilt insbes. auch, wenn das Gericht die Beschlagnahme angeordnet hat. In diesem Fall obliegt die Vollstreckung nach § 36 II 1 StPO der Staatsanwaltschaft (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 98 Rn 24).

Aus diesen Vorschriften wird deutlich, dass die **ermittelnde Staatsanwaltschaft in einem Strafverfahren Subjekt von Beschlagnahmen ist**. Sie vollstreckt richterliche Beschlagnahmeanordnungen und ordnet ggf. auch selbst Beschlagnahmen an. Sie **kann daher vom Gericht nicht zum Objekt von Beschlagnahmeanordnungen gemacht werden**, indem in ihrer Verwahrung befindliche Gegenstände durch richterliche Anordnung beschlagnahmt werden (vgl. auch Keller StV 1984, 521: Die Beschlagnahmenvorschriften regeln das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Gericht zu den Außenstehenden, nicht aber das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht als Strafverfolgungsbehörden.“ (OLG Schleswig aaO)

- II. Diese sich aus den Vorschriften der **§§ 98 I und 36 II StPO** ergebende Stellung der ermittelnden Staatsanwaltschaft in Bezug auf Beschlagnahmen wird durch die Regelung in **§ 96 StPO** über die Vorlegung oder Auslieferung von Akten oder anderen in amtlicher Verwahrung befindlichen Schriftstücken durch Behörden nicht in Frage gestellt.

„Allerdings wird die Vorschrift teilweise als Beleg dafür gewertet, dass die Beschlagnahme von Behördenakten zulässig sein soll, weil sich die Vorschrift in dem Abschnitt der StPO über Beschlagnahmen befindet (vgl. BGHSt 38, 237). Ungeachtet der Problematik, ob die Staatsanwaltschaft eine Behörde i. S. von § 96 StPO darstellt und bei der Anforderung von Akten eine Sperrklärung gegenüber dem Gericht abgeben kann (vgl. hierzu OLG Frankfurt NJW 1982, 1408, 1409; OLG Hamburg StV 1984, 11, 12; Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 96 Rn 3; Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. 2007, § 199 Rn 14), ist jedoch festzuhalten, dass der Regelungsstandort der Vorschrift nichts darüber besagt, ob auch die Beschlagnahme von im Gewahrsam der ermittelnden Staatsanwaltschaft befindlichen Gegenständen zulässig ist. Denn auch die in § 96 StPO geregelte Vorlage von Akten von Behörden stellt eine Herausgabe von Gegenständen dar, so dass es aus gesetzgeberischer Sicht nahe lag, diese in dem Abschnitt über Beschlagnahmen (§§ 94 ff. StPO) zu regeln (zutreffend Amelung NSTZ 1993, 48; Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 2003, § 96 Rn 22).“ (OLG Schleswig aaO)

- III. Neben den §§ 98 I und 36 II StPO sprechen zudem auch die weiteren Vorschriften der StPO über die Vorlage von Akten und Beweismitteln durch die Staatsanwaltschaft an das Gericht gegen die Zulässigkeit von Beschlagnahmen bei der ermittelnden Staatsanwaltschaft.

„So ergibt sich aus **§ 199 II 2 StPO**, dass die **Staatsanwaltschaft die Pflicht hat, dem Gericht die Ermittlungsakten und die für die Entscheidungsfindung erforderlichen Beweismittel vorzulegen**. Dazu gehören auch sog. Beiakten, also in anderen Verfahren entstandene Akten, wenn ihr Inhalt von Bedeutung für die Schuld oder Rechtsfolgenfrage sein kann (vgl. OLG Hamburg StV 1984, 11; Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 199 Rn 2). Soweit die Staatsanwaltschaft in einem Verfahren mündlich Informationen zu relevanten Vorgängen entgegennimmt, diese aber zunächst nicht oder nicht vollständig in einem schriftlichem Vermerk in den Akten festhält, kann sie zudem zur nachträglichen Anfertigung eines Aktenvermerks oder dessen Ergänzung verpflichtet sein (siehe auch Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007, § 147 Rn 30). Darüber hinaus ist in § 221 StPO vorgesehen, dass der Vorsitzende des Gerichts zur Vorbereitung der Hauptverhandlung die Herbeischaffung weiterer als Beweismittel dienender Gegenstände anordnen kann. Dies umfasst etwa auch die Befugnis des Vorsitzenden, nach Eröffnung des Hauptverfahrens die Beiziehung des vollständigen Protokolls der Vernehmung eines Zeugen aus einem anderen Verfahren anzuordnen (vgl. OLG Frankfurt NJW 1982, 1408).

Die **Möglichkeit einer Beschlagnahme** und damit einer zwangsweisen Durchsetzung wird insoweit **im Verhältnis des Gerichts zur Staatsanwaltschaft nicht eröffnet**. Vielmehr beschränken sich die einschlägigen Vorschriften darauf, Vorlagepflichten der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Gericht und die Möglichkeit der Anordnung von Vorlagen durch das Gericht zu bestimmen. Eine **zwangsweise Durchsetzung ist nicht vorgesehen**. Die gesetzlichen Vorschriften geben dem Gericht aber andere Möglichkeiten, auf eine Nichtvorlage seitens der Staatsanwaltschaft zu reagieren.

So kann das Gericht ggf. nach § 199 I StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens und die Zulassung der Anklage ablehnen, wenn bestimmte Akten bzw. Beweismittel, deren Vorlage das Gericht für geboten hält, von der Staatsanwaltschaft nicht vorgelegt werden. Ist das Hauptverfahren bereits eröffnet, kann die Vorenthaltung von Beweismitteln im Rahmen der Beweiswürdigung zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen sein (vgl. Löwe-Rosenberg, 25. Aufl. 2003, § 96 Rn 24). Über eine Weigerung der Staatsanwaltschaft, bestimmte Akten bzw. Beweismittel vorzulegen, kann sich das Gericht deswegen nicht mit der Zwangsmaßnahme einer Beschlagnahme hinwegsetzen. Vielmehr ist das Gericht, wenn die Staatsanwaltschaft auf ihrer Weigerung beharrt, hieran gebunden (vgl. Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007, § 199 Rn 27). Kommt die Staatsanwaltschaft einem Ersuchen des Gerichts nicht nach, ist nur die **Dienstaufsichtsbeschwerde** gegeben (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 221 Rn 2). Der Angekl. hat ferner die Möglichkeit, bei der Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Einsicht in bestimmte Unterlagen zu stellen, und für den Fall einer ablehnenden Verfügung ggf. über deren Rechtmäßigkeit eine Entscheidung des zuständigen OLG nach § 23 I 1 EGGVG herbeizuführen (vgl. BVerfGE 63, 45).“ (OLG Schleswig aaO)

StPO  
§ 333

**Revision**  
**Beschränkung auf Anfechtung der Gesamtstrafe**  
(BGH NSTZ-RR 2013, 373; Urteil vom 28.02.2013 – 4 StR 537/12)

StPO

Eine **Beschränkung der Revision auf die Anfechtung der Gesamtstrafe ist grds. möglich**.

„§ 54 I 3 StGB enthält eigene, über § 46 StGB hinausgehende Bewertungsgrundsätze, so dass die **Gesamtstrafenbildung grds. einen gesonderten Strafzumessungsvorgang erfordert** (LK-Rissing-van Saan 12. Aufl., § 54 Rn 10 m. w. Nachw.). Innerhalb des Rechtsfolgenausspruchs ist die Gesamtstrafenbildung als Beschwerdepunkt von dem nicht angegriffenen Teil des Strafausspruchs hinsichtlich der Einzelstrafen einer **getrennten und umfassenden Überprüfung und Beurteilung durch das RevGer, und den neuen Tatrichter** jedenfalls dann **zugänglich**, wenn bei der Bildung der Gesamtstrafe nicht zur Vermeidung von Wiederholungen (vgl. LK-Rissing-van Saan aaO, Rn 13 m. w. Nachw.) auf die zur Festsetzung der Einzelstrafen niedergelegten Erwägungen Bezug genommen wird (BGH NSTZ-RR 2000, 13). Eine solche Bezugnahme liegt hier vor, denn die StrK hat die Gesamtstrafe „unter nochmaliger Abwägung aller für und gegen den Angekl. sprechenden Umstände“ verhängt.“

Hinzu tritt hier noch ein weiterer Gesichtspunkt: Die StrK hat die Einzelstrafen ausdrücklich unter Berücksichtigung der in der Hauptverhandlung getroffenen Vereinbarung mit dem Angeklagten über die Höhe der Gesamtstrafe bemessen. Da somit die Verständigung für den gesamten Strafausspruch eine erhebliche Rolle gespielt hat und damit eine **Wechselwirkung zwischen den Einzelstrafen und der Gesamtstrafe** gegeben ist, ist der gesamte Strafausspruch angegriffen.“ (BGH aaO)

ERVVO VG/FG  
§ 2 I 2

**Wahrung des Schriftformerfordernisses**  
Einreichung eines elektronischen Dokuments

öffR

(OVG Münster NVwZ 2013, 1630; Beschluss vom 07.06.2013 – 19 E 569/13)

- I. Die **Einreichung eines elektronischen Dokuments** bei den Verwaltungsgerichten in NRW **wahrt nur dann die elektronische Form, wenn der Einsender hierfür das EGVP-Postfach des Verwaltungsgerichts wählt.**

„Für einen Antrag nach § 123 VwGO beim VerwG Köln genügte die Aufzeichnung als elektronisches Dokument nur, wenn der Ast. hierfür den auf der Internetseite www.j...de bezeichneten Kommunikationsweg über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) des Verwaltungsgerichts wählte (§ 55a I 1 u. 2 der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den FG im Lande Nordrhein-Westfalen (ERVVO VG/FG) vom 07.11.2012 (GV. NRW. S. 548)). Mit diesen Vorschriften hat das Land NRW zum 01.01.2013 den elektronischen Rechtsverkehr bei allen Verwaltungsgerichten zugelassen. Die **im EGVP-Verfahren eingesetzte qualifizierte Container-Signatur** genügt den Anforderungen an die elektronische Form nach § 55a I 3 VwGO und § 2 Nr. 3 SigG (BVerwGE 138, 102; vgl. auch Volk AnwBl. 2013, 94; Viefhues AnwBl. 2013, 106).“ (OVG Münster aaO)

- II. Eine **einfach signierte E-Mail genügt weder den Anforderungen der elektronischen Form noch der Schriftform.** Dies gilt auch dann, wenn das **Verwaltungsgericht** von ihr einen **Ausdruck fertigt und zur Papierakte nimmt.**

„Eine **Übermittlung per einfacher E-Mail** genügt diesen Anforderungen hingegen schon deshalb nicht, weil dieser **Kommunikationsweg nicht zu den nach § 2 I 2 ERVVO VG/FG zugelassenen Kommunikationswegen gehört.** Abgesehen davon erfüllt sie auch nicht das Erfordernis einer qualifizierten elektronischen Signatur i. S. des § 55a I 3 VwGO, § 2 Nr. 3 SigG, § 2 II 1 u. 2 ERVVO VG/FG. Diese Signatur soll Gewähr dafür bieten, dass das anstelle eines Schriftstücks eingereichte Dokument von einem bestimmten Verfasser stammt und mit seinem Willen übermittelt worden ist (BFH NJW 2012, 334).

Die **Ausdrucke**, welche das Verwaltungsgericht von den beiden genannten einfachen E-Mails gefertigt und zur Papierakte genommen hat, **genügen auch nicht der Schriftform nach den §§ 66 V 1 HS 1, 68 I 5 GKG.** Nach diesen Vorschriften kann eine Streitwertbeschwerde schriftlich eingereicht oder zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben werden. Die Schriftform setzt nach § 173 S. 1 VwGO i. V. mit § 130 Nr. 6 ZPO und § 126 I BGB die eigenhändige Unterzeichnung der Urkunde durch den Aussteller durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens voraus. Hier kann offen bleiben, ob auch ein Ausdruck einer als Anhang einer elektronischen Nachricht übermittelten, die vollständige Rechtsmittelschrift enthaltenden Bilddatei diese Voraussetzungen erfüllen kann, wenn diese Bilddatei die eingescannte Unterschrift des Ausstellers enthält (nur für einen Sonderfall bejahend BGH NJW 2008, 2649 - defektes Fax-Gerät des Gerichts, vorherige telefonische Übermittlungsvereinbarung mit der Servicekraft des Gerichts; verneinend BGH NJW-RR 2009, 357).“ (OVG Münster aaO)

VwGO  
§ 40 I 1

**Öffentlich-rechtliche Streitigkeit**

VwGO

Klage auf Widerruf/Unterlassung von Äußerungen eines Gemeinderatsmitglieds

(VGH München BayVBI 2013, 674; Beschluss vom 11.03.2013 – 4 C 13.400)

Die **Klage auf Unterlassung bzw. Widerruf von Äußerungen**, die ein **Gemeinderatsmitglied in einer Sitzung des Gemeinderats oder eines seiner Ausschüsse** bei einer Aussprache zu einem kommunalpolitischen Gegenstand abgegeben hat bzw. abgegeben haben soll, **beurteilt sich grds. nach öffentlichem Recht.**

„Melden sich Gemeinderatsmitglieder in einer Rats- oder Ausschusssitzung zu einem Tagesordnungspunkt zu Wort, so nehmen sie insoweit **keine grundrechtlich verbürgten Freiheitsrechte, sondern organschaftliche (öffentlich-rechtliche) Mitwirkungsbe-fugnisse** wahr (BVerwG NVwZ 1988, 837). Ihre **Äußerungen können daher auch im Verhältnis zu Dritten nicht anders bewertet werden als die amtlichen Äußerungen anderer öffentlicher Amtsträger**, gegen die nach allgemeiner Auffassung regelmäßig ebenfalls nur im Verwaltungsrechtsweg vorgegangen werden kann (vgl. BGH NJW 1978, 1860 m. w. Nachw.).

**Ausnahmsweise** kann allerdings für solche Klagen auf Unterlassung oder Widerruf der **Zivilrechtsweg** eröffnet sein, **wenn die be-standenen Äußerungen in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit hoheitlichen Aufgaben des Amtsträgers stehen**, sondern der betroffene Lebensbereich im Verhältnis der Beteiligten zueinander durch bürgerlichrechtliche Gleichordnung geprägt ist (BGH aaO m. w. Nachw.). Bei Wortbeiträgen von Gemeinderatsmitgliedern kann dies etwa dann der Fall sein, wenn die betreffenden Äußerungen nur bei Gelegenheit einer Sitzung eines kommunalen Vertretungsorgans gemacht wurden und sich zumindest im Schwerpunkt als Ausdruck einer rein persönlichen und demzufolge privatrechtlich zu beurteilenden Auseinandersetzung darstellen (vgl. VGH BW NJW 1990, 1808; Hess VGH NVwZ-RR 2012, 781; OLG Frankfurt NVwZ-RR 1999, 814).“ (VGH München aaO)

VwGO  
§ 47 I Nr. 2

**Normenkontrollantrag**  
Antragsfrist

VwGO

(BVerwG NVwZ 2013, 1547; Beschluss vom 22.07.2013 – 7 BN 1/13)

Für einen **Normenkontrollantrag** nach § 47 I Nr. 2 VwGO gilt die **Antragsfrist von einem Jahr** nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift **auch dann, wenn** der Ast. geltend macht, die **Rechtsvorschrift sei erst nach ihrer Bekanntmachung** infolge einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse **rechtswidrig geworden.**



I. In der **Lit.** wird verbreitet gefordert, das an die Bekanntmachung der Rechtsvorschrift anknüpfende Fristerfordernis des § 47 II 1 VwGO nicht anzuwenden, wenn mit dem Normenkontrollantrag geltend gemacht wird, eine Rechtsvorschrift sei erst nach ihrer Bekanntmachung rechtswidrig geworden (Schoch/Schneider/Bier, VwGO I, Stand: Aug. 2012, § 47 Rn 38; Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn 290; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 47 Rn 85; Posser/Wolf, VwGO, 2008, § 47 Rn 55).

II. Diese **Auffassung wird von BVerwG aaO jedoch nicht geteilt.**

1. Einer solchen Auslegung steht bereits der **Wortlaut des § 47 II 1 VwGO** entgegen.

*„Nach dieser Vorschrift kann der Antrag nur innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift gestellt werden; das gilt unabhängig davon, welche Gründe für die Unwirksamkeit der Rechtsvorschrift der Ast. geltend macht.“* (BVerwG aaO)

2. Auch aus den **Gesetzgebungsmaterialien** ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung des Fristerfordernisses.

*„Ursprünglich waren Normenkontrollanträge unbefristet zulässig. Durch das 6. VwGOÄndG vom 01.11.1996 (BGBl I, 1626) wurde zunächst eine Frist von zwei Jahren ab Bekanntmachung der Rechtsvorschrift eingeführt; durch das Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21.12.2006 (BGBl I, 3316) wurde diese Frist auf ein Jahr verkürzt. Zur Begründung wurde ausgeführt, ohne Fristbindung sei es möglich, dass Normen, die bereits lange praktiziert würden und auf deren Rechtsgültigkeit sowohl die Behörden als auch die Bürger vertraut hätten, als Rechtsgrundlage für nicht bestandskräftige Entscheidungen entfielen; dies könne zu erheblichen Beeinträchtigungen der Rechtssicherheit führen (BT-Dr 13/3993, S. 10; 16/2496, S. 17 f.).“*

*Zur hier in Rede stehenden Fallgruppe verhalten sich die Gesetzgebungsmaterialien nicht. Die Einführung der Antragsfrist und ihre nachfolgende Verkürzung zeigen jedoch, dass eine prinzipale Normenkontrolle nach der Vorstellung des Gesetzgebers nur in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Erlass der Rechtsvorschrift zulässig sein soll. Im Übrigen soll es bei den außerhalb von § 47 VwGO gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten und der in diesen Verfahren gegebenen Befugnis der Verwaltungsgerichte bleiben, die Rechtsvorschrift inzident auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen (vgl. BT-Dr 13/3993, S. 10).“* (BVerwG aaO)

3. **Sinn und Zweck der Normenkontrolle** nach § 47 I Nr. 2 VwGO rechtfertigen es ebenfalls nicht, das Fristerfordernis des § 47 II VwGO auf Anträge, mit denen eine nachträglich eingetretene Rechtswidrigkeit der Rechtsvorschrift geltend gemacht wird, nicht anzuwenden.

*„Das Fristerfordernis führt zwar dazu, dass ein nachträgliches Rechtswidrigwerden einer Rechtsnorm mit einem Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO in aller Regel nicht geltend gemacht werden kann. Insoweit kann die Normenkontrolle ihren Zweck, die Verfahrensökonomie und den Rechtsschutz des Einzelnen zu verbessern (BT-Dr 3/1094, S. 6), nicht erreichen. Eine Notwendigkeit, die Normenkontrolle in diesen Fällen unbefristet oder innerhalb einer im Wege richterlicher Rechtsfortbildung festzulegenden Frist zuzulassen, ergibt sich hieraus jedoch nicht.“* (BVerwG aaO)

4. Schließlich gebietet es auch das **Verfassungsrecht** nicht, eine prinzipale Normenkontrolle gegen untergesetzliche Rechtsnormen einzuführen (BVerfGE 31, 364; BVerwG NVwZ-RR 1993, 513; BVerwGE 68,12 = NJW 1984, 881).

*„Über die bestehenden Klagemöglichkeiten kann jedes subjektive Recht durchgesetzt werden; damit ist den Anforderungen des Gebots effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) genügt. Dass eine Rechtsvorschrift von Anfang an unwirksam war oder infolge einer Änderung der Sach- oder Rechtslage nachträglich rechtswidrig geworden ist, kann auch im Rahmen dieser Verfahren geltend gemacht werden; die Gerichte müssen die Wirksamkeit der Rechtsvorschrift, soweit entscheidungserheblich, auch nach Ablauf der Jahresfrist des § 47 II VwGO inzident prüfen.“*

*Außerhalb des Städtebaurechts überlässt § 47 VwGO den Ländern die Entscheidung, ob die Normenkontrolle gegen im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften eröffnet werden soll oder nicht (§ 47 I Nr. 2 VwGO); ein lückenloser Rechtsschutz im Wege der prinzipalen Normenkontrolle wird insoweit nicht gewährleistet. Würden Normenkontrollanträge in Ländern, die die Normenkontrolle eröffnet haben, in der hier in Rede stehenden Konstellation ohne Einhaltung einer Frist zugelassen, würde dies dem Ziel des Bundesgesetzgebers widersprechen, die Zulässigkeit von Normenkontrollen im Interesse der Rechtssicherheit zeitlich zu beschränken. Die durch die Nichtanwendung der Antragsfrist des § 47 II VwGO entstehende Lücke könnte auch im Wege der Rechtsfortbildung nicht ohne Weiteres geschlossen werden. Insbesondere bei einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ist unklar, durch welches Ereignis die Frist (erneut) in Lauf gesetzt werden sollte. Aber auch bei einer Rechtsänderung kommen unter Umständen verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht. Im Übrigen müsste nicht nur die Frist, sondern auch der Prüfungsmaßstab modifiziert werden. Denn wenn ein Normenkontrollantrag, mit dem ein nachträgliches Rechtswidrigwerden einer Rechtsvorschrift geltend gemacht wird, zu einer Vollüberprüfung der Rechtsvorschrift einschließlich ihrer ursprünglichen Wirksamkeit führen würde, würde das Fristerfordernis des § 47 II VwGO umgangen. Jedenfalls im Anwendungsbereich des § 47 I Nr. 2 VwGO ist für eine solche Rechtsfortbildung kein Raum. Die praktischen Schwierigkeiten, mit denen sich die Ast. bei der gerichtlichen Durchsetzung eines Anspruchs auf behördliches Einschreiten gegen das Verbrennen von Gartenabfällen konfrontiert sehen, würden unabhängig von der hier in Rede stehenden Fristproblematik auch in den Bundesländern bestehen, die die Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 2 VwGO nicht zugelassen haben.“* (BVerwG aaO)

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

BGB  
§ 675

**Anwaltliche Hinweispflicht**  
Gebührenfolge bei „einvernehmlicher Scheidung“

BRAO

(BGH in AnwBl 2013, 933; Urteil vom 19.09.2013 – IX ZB 322/12)

Suchen **Eheleute gemeinsam einen Rechtsanwalt** auf, um sich in ihrer **Scheidungsangelegenheit beraten zu lassen**, ist der **Rechtsanwalt** vor Beginn der Beratung dazu **verpflichtet, auf die gebühren- und vertretungsrechtlichen Folgen einer solchen Beratung hinzuweisen**.

„Die Kl. hätte den Bekl. und seine Ehefrau vor der gemeinsamen Beratung darauf hinweisen müssen, dass ein Anwalt im Grundsatz nur einen von ihnen beraten kann, dass sie bei einer gemeinsamen Beratung nicht mehr die Interessen einer Partei **einseitig vertreten** darf, sondern sie die Eheleute nur unter **Ausgleich der gegenseitigen Interessen** beraten kann, und dass sie jedenfalls dann, wenn die gemeinsame Beratung nicht zu einer Scheidungsfolgenvereinbarung führt und widerstreitende Interessen der Eheleute unüberwindbar aufscheinen, das Mandat gegenüber beiden Eheleuten niederlegen muss mit der Folge, dass beide Eheleute neue Anwälte beauftragen müssen, so dass ihnen Kosten nicht nur für einen, sondern für drei Anwälte entstehen. Weiter hätte sie die Eheleute darüber belehren müssen, dass sie möglicherweise auch dann, wenn die Eheleute eine Scheidungsfolgenvereinbarung treffen, einen der Eheleute im Scheidungsverfahren zur Stellung des Scheidungsantrags nicht vertreten kann, die Eheleute danach auch im Fall der einvernehmlichen Scheidung die Kosten für zwei Anwälte tragen müssen, weil diese Frage richterlich noch nicht geklärt ist. Diese Belehrungen hat die Kl. dem Bekl. und seiner Ehefrau pflichtwidrig nicht erteilt.

Dass ein **Rechtsanwalt seinem Mandanten Belehrungen über Umstände schuldet, die zu zusätzlichen Kosten für den Mandanten führen können**, ist in der **Rspr. des Senats** anerkannt (vgl. BGHZ 174, 186). Aber auch i. Ü. hat der Rechtsanwalt den Mandanten darüber aufzuklären, wenn aus Sicht des Mandanten Bedenken darüber bestehen können, ob der Anwalt seine Interessen konsequent durchsetzt. Denn der Rechtssuchende darf einen **unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt** erwarten, der seine Interessen ohne Rücksicht auf die gegenläufigen Interessen der anderen Seite umfassend vertritt. Wird ein Anwalt oder dessen Sozium häufig für eine bestimmte Partei tätig, kann aus der Sicht anderer Mandanten fraglich sein, ob der Anwalt ihre Interessen gegenüber dem anderen Mandanten mit gleichem Nachdruck vertritt wie gegenüber einem dem Anwalt völlig gleichgültigen Gegner (BGH aaO).

In einer ähnlichen Lage befinden sich die scheidungswilligen Eheleute, die den Rechtsanwalt vielleicht aus Kostengründen zu einer gemeinsamen Beratung aufsuchen: Ihnen ist in diesem Fall nicht bewusst, dass ihre **Interessen gegenläufig** sein können, weil ihnen die gegenseitigen Rechte unbekannt sind. Sie vertrauen darauf, dass der sie gemeinsam beratende Rechtsanwalt das Beste für sie herausholt, ohne sich klar zu machen, dass dieser in einer gemeinsamen Beratung bei gegenläufigen Interessen dazu nicht in der Lage sein wird. Zudem ist ihnen die Gefahr unbekannt, dass der Anwalt, der sie gemeinsam berät, unter Umständen das Mandat gegenüber beiden niederlegen muss, und dass auf sie **zusätzliche Anwaltskosten** zukommen können.“ (BGH aaO)

RVG  
§ 4a II Nr. 1

**Erfolgshonorar**  
Folgen einer unwirksamen Honorarvereinbarung

RVG

(AG Gengenbach NJW-RR 2013, 1332; Urteil vom 14.05.2013 – 193/12)

Die **wirksame Vereinbarung eines Erfolgshonorars** setzt u. a. voraus, dass eine **Gegenüberstellung der voraussichtlichen gesetzlichen Vergütung mit der erfolgsabhängigen vertraglichen Vergütung** erfolgt. Im Falle der Unwirksamkeit der vertraglichen Vergütung bleibt der Rechtsanwalt nach Treu und Glauben an den vereinbarten Fälligkeitzeitpunkt des Honorars gebunden.

„Nach § 4a II Nr. 1 RVG ist in einer **Modellrechnung** im Rahmen der Vergütungsvereinbarung die voraussichtliche gesetzliche Vergütung der erfolgsabhängigen vertraglichen Vergütung gegenüber zu stellen (Mayer/Kroiß, § 4 a Rn 45-48). Eine solche Gegenüberstellung ist der Vergütungsvereinbarung nicht zu entnehmen. Auf Grund der Unwirksamkeit der vertraglichen Vergütung stellt nach § 4 b I RVG die gesetzliche Vergütung die Obergrenze der anfallenden Vergütung dar.“ (AG Gengenbach aaO)

VV RVG  
Nr. 2300

**Überschreitung der Regelgebühr**  
Abmahnung in Gebrauchsmuster- oder Gemeinschaftsgeschmacksmustersache

RVG

(BGH in BB 2013, 2881; Urteil vom 13.11.2013 – X ZR 171/12)

Auch bei einer **Gebrauchsmuster- oder Gemeinschaftsgeschmacksmustersache** ist nicht **pauschal** von einem **überdurchschnittlichen Umfang oder einer überdurchschnittlichen Schwierigkeit der Tätigkeit** eines Rechtsanwalts, die eine Überschreitung der Regelgebühr von 1,3 rechtfertigt, auszugehen.

„Dies gilt insbesondere, wenn weder die Schutzzfähigkeit in Ansehung des Standes der Technik bzw. vorbekannter Gestaltungen zu beurteilen ist noch im Zusammenhang mit der geltend gemachten Verletzung **aufwendige Prüfungen** erforderlich gewesen sind.“ (BGH aaO)

(BGH in Rpfleger **2013, 680**; Beschluss vom 19.06.2013 – XII ZB 357/11)

Die **Abtretung des Anspruchs auf Betreuervergütung** durch einen zum Betreuer bestellten Rechtsanwalt **an eine anwaltliche Verrechnungsstelle verstößt nicht gegen ein gesetzliches Verbot**. Dies gilt auch dann, wenn sie **ohne Zustimmung des Betroffenen** erfolgt ist.

- I. Durch die Abtretung und die mit ihr gegenüber der Verrechnungsstelle als Zessionarin verbundenen Informationspflichten ist **nicht gegen § 203 StGB verstoßen** worden.

„Denn die zum persönlichen Lebensbereich der Betroffenen gehörenden **Daten sind der Betreuerin nicht „als Rechtsanwalt“** i. S. von § 203 I Nr. 1 StGB **anvertraut oder bekannt geworden** (OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 1191; MüKo-StGB/Cierniak/Pohlitz, 2. Aufl., § 203 Rn 42). Die **Informationen sind unabhängig von der spezifischen Berufsausübung erlangt und begründen damit keine weitergehenden Geheimhaltungspflichten**, als wenn der Betreuer keiner der in § 203 I StGB aufgeführten Berufs- und Tätigkeitsgruppen angehört. Ob und inwiefern diese Einschränkung auch für andere Berufsgruppen einschlägig ist (vgl. OLG Dresden NJW 2004, 1464 =FamRZ 2004, 1390 – Sozialarbeiter als Verfahrenspfleger), bedarf hier keiner Entscheidung.“ (BGH aaO)

- II. Auch das **allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I, 1 I GG i. V. mit § 1901 II, III BGB** stellt **kein Verbotsgesetz** dar, das der Abtretung der Betreuervergütung entgegen stehen könnte.

„Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot setzt allerdings nicht voraus, dass die betreffende Norm ein Verbot ausdrücklich ausspricht. Ob eine Norm ein Verbotsgesetz darstellt, ist vielmehr durch Auslegung nach ihrem jeweiligen **Sinn und Zweck** zu ermitteln (vgl. Staudinger/Sack/Seibl, BGB, Neubearb. 2011, § 134 Rn 31). Die genannten Vorschriften stellen danach weder einzeln noch in einer Gesamtschau ein Verbotsgesetz dar.

Nach § 1901 II 1 BGB hat der Betreuer die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht. Bei der Geltendmachung der **Betreuervergütung** handelt es sich hingegen schon nicht um eine Angelegenheit des Betroffenen, sondern um eine **Angelegenheit des Betreuers, die dieser ausschließlich im eigenen Interesse wahrnimmt**. Daher ist auch § 1901 III BGB, wonach der Betreuer den Wünschen des Betroffenen zu entsprechen hat, für die Betreuervergütung nicht einschlägig. Im Übrigen dürfte es sich im Fall der Vergütung eines Verfahrensbeistands nicht anders verhalten. Aus dessen Verpflichtung, im Verfahren das Interesse des Kindes geltend zu machen (§ 158 IV FamFG), wird sich kein gesetzliches Verbot einer Abtretung der Vergütungsforderung herleiten lassen (a. A. OLG Frankfurt a. M BeckRS 2011, 03360).

Bei dem **verfassungsrechtlich garantierten allgemeinen Persönlichkeitsrecht** handelt es sich in erster Linie um ein **Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe**. Darüber hinaus sind die Grundrechte im bürgerlichen Recht als objektive Wertordnung zu beachten. Dies kann allerdings, sofern nicht im Einzelfall juristische Personen des öffentlichen Rechts beteiligt sind, die der unmittelbaren Grundrechtsbindung unterliegen (vgl. BGHZ 154, 146 = NJW 2003, 1658), im Rahmen der Ausfüllung zivilrechtlicher Generalklauseln nur zu einer mittelbaren Drittwirkung führen (vgl. Staudinger/Honsell, BGB, Neubearb. 2013, Einl. zum BGB Rn 195 ff. m. w. Nachw.; Staudinger/Sack/Seibl, § 134 Rn 241 m. w. Nachw.). Die Grundrechte vermögen insoweit ein gesetzliches Verbot nicht zu begründen.“ (BGH aaO)

- III. Die **Abtretung** ist auch **nicht nach § 138 BGB** nichtig.

„Allerdings sind in diesem Zusammenhang das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** sowie das **Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen zu berücksichtigen**. Diese lassen die Abtretung der Vergütungsforderung aber noch nicht ohne Weiteres als sittenwidrig erscheinen. Neben legitimen Interessen des Betreuers an einer erleichterten Geltendmachung seines Vergütungsanspruchs ist vielmehr zu berücksichtigen, dass der Vergütungsanspruch (nur) zu dem **spezifischen Zweck der Geltendmachung gegenüber der Staatskasse** (oder dem Betroffenen) abgetreten wird. In dieser Hinsicht müssen lediglich die zur Festsetzung nach §§ 1908 i, 1836 I 2 BGB, §§ 4 ff. VVG erforderlichen **Grunddaten an die Verrechnungsstelle weitergegeben** werden und werden von dieser nur dazu gebraucht, um die Höhe der Vergütung zu berechnen.

Die mit der Abtretung verbundenen Angaben beschränken sich bereits weitgehend auf **Umstände, die der Betreuer bei einem Tätigwerden für den Betroffenen nach außen (gegenüber einem grds. unbeschränkten Personenkreis) ohnehin offenbaren muss**, um sich als zuständiger Betreuer auszuweisen und die Interessen des Betroffenen wahrzunehmen; das gilt auch für den Aufenthaltsort des Betroffenen und dessen wirtschaftliche Verhältnisse. Insoweit unterscheidet sich die Stellung des Betreuers wesentlich von der eines Arztes oder Rechtsanwalts. Schließlich **unterliegt die Verrechnungsstelle jedenfalls grds. der Verschwiegenheitspflicht** (vgl. § 203 I Nr. 6 StGB). Selbst eine – unterstellt – pflichtwidrige Weitergabe personenbezogener Daten seitens der Betreuerin an die Verrechnungsstelle könnte daher nicht ohne Weiteres zur Nichtigkeit der Abtretung nach § 138 I BGB führen.“ (BGH aaO)

(OLG Naumburg NJW-RR **2013, 1340**; Beschluss vom 11.03.2013 – 2 Wx 51/12)

**Zuständiges Beschwerdegericht bei Vergütungsfestsetzung für Beratungshilfe** ist das **Landgericht**.

- I. Das Verfahren der Vergütungsfestsetzung nach bewilligter Beratungshilfe ist ein **eigenständiges Verfahren** und stellt selbst **keine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit** i. S. von § 119 I Nr. 1b GVG dar.

„**In der enumerativen und abschließenden Aufzählung der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in § 23 a II GVG ist dieses Verfahren nicht enthalten.**“ (OLG Naumburg aaO)

- II. Soweit der **BGH** für Kostenfestsetzungsverfahren, die zu einer streitigen Familiensache gehören, aus praktischen Erwägungen eine Annex-Zuständigkeit des zweitinstanzlichen Gerichts in der Hauptsache ausnahmsweise auch für die Entscheidung über die Beschwerde im Vergütungsfestsetzungsverfahren angenommen hat, sind diese

Erwägungen auf das Vergütungsfestsetzungsverfahren für den Beratungshilfe gewährenden Rechtsanwalt nicht übertragbar.

1. Es fehlt hier schon ein **Zusammenhang zwischen dem Verfahren der Vergütungsfestsetzung und einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.**

„Denn das der Vergütungsfestsetzung vorausgehende Verfahren der Bewilligung von Beratungshilfe ist ebenfalls kein originär den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnetes Verfahren, wie sich aus § 23 a II GVG ergibt. Es ist insbesondere nicht unter die in § 23 a II Nr. 11 GVG aufgeführten sonstigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu subsumieren, denn das Beratungshilfegesetz enthält keine entsprechende Zuweisung. Stattdessen ordnet § 5 BerHG lediglich die sinngemäße Geltung der Vorschriften über das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit an. Es ist einhellige Auffassung, dass die Anordnung der entsprechenden Geltung der Verfahrensvorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit der **Verfahrensvereinfachung** dienen soll (vgl. nur Schoreit/Groß, Beratungshilfe, Prozesskostenhilfe, Verfahrenskostenhilfe, 11. Aufl. 2012, § 5 Rn 1 m. w. Nachw.) und dass allein aus der entsprechenden Anwendbarkeit dieser Vorschriften keine Zuordnung zu den Angelegenheiten nach § 119 I Nr. 1b GVG erwächst (vgl. auch Kisse/Mayer, GVG, 7. Aufl. 2013, § 23 a Rn 109).“ (OLG Naumburg aaO)

2. Außerdem **gelten für das Verfahren der Vergütungsfestsetzung andere prozessrechtliche Vorschriften als für das ihm vorausgehende Verfahren der Bewilligung von Beratungshilfe.**

„Denn § 5 BerHG ist **ausschließlich auf das Bewilligungsverfahren anwendbar**, während sich die eigenständigen Regelungen der §§ 55, 56 RVG am ZPO-Verfahren orientieren; hier gilt § 104 II ZPO entsprechend. Das zeigt sich auch im nach § 33 RVG angeordneten Instanzenzug einschließlich der Eröffnung einer weiteren Beschwerde in entsprechender Anwendung der §§ 546, 547 ZPO.“ (OLG Naumburg aaO)

3. Ein **enger inhaltlicher Zusammenhang** zwischen den Voraussetzungen für die Bewilligung von Beratungshilfe und der Vergütungsfestsetzung, welcher die parallele Befassung derselben Instanzgerichte mit beiden Verfahrensgegenständen als zweckmäßig erscheinen ließe, **besteht ebenfalls nicht.**

„**Beratungshilfe** wird nach § 1 I BerHG **nur für die Wahrnehmung von Rechten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens** gewährt; ob irgendein Gericht oder gar das mit der Bewilligung von Beratungshilfe befasste Gericht später über denselben Streitstoff wird entscheiden müssen, ist nicht absehbar (vgl. BGH NJW 1985, 2537 in Abgrenzung zu BGH Rpfleger 1978, 304 = NJW 1978, 1633; zur Rechtslage vor der Reform des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit). Die Entscheidung über die Vergütungsfestsetzung hingegen erfordert keine näheren Kenntnisse, die bei der Prüfung der Voraussetzungen der Bewilligung nach § 1 I BerHG Bedeutung erlangen können.“ (OLG Naumburg aaO)

4. Hinzu kommt, dass **im Verfahren der Bewilligung von Beratungshilfe** trotz der entsprechenden Geltung der Verfahrensvorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine **Sachentscheidung der Oberlandesgerichte nicht in Betracht kommt.**

„Im Falle der **Versagung von Beratungshilfe** bestimmt § 6II BerHG ausdrücklich, dass eine **Beschwerde des Ast. hiergegen nicht statthaft** ist (vgl. nur OLG Naumburg NJOZ 2011, 1097 = JurBüro 2011, 315; OLG Celle NJOZ 2011, 410 = FamRZ 2011, 495; auch Schoreit/Groß, § 6 Rn 4 m. w. Nachw.). Im Falle der Bewilligung wird allgemein eine **Beschwerde der Landeskasse für unstatthaft** erachtet (vgl. Schoreit/Groß, § 6 Rn 9 m. w. Nachw.).“ (OLG Naumburg aaO)

ZPO  
§ 118 I 3

### Prozess-/Verfahrenskostenhilfe Vergleichsabschluss

ZPO

(LG Bremen NJW-RR 2013, 1344; Beschluss vom 27.06.2013 – 1 T 113/13)

**Auch bei fehlender Erfolgsaussicht in der Hauptsache ist Prozesskostenhilfe für einen Vergleichsabschluss zu bewilligen.**

- I. Es ist **in der Rspr. umstritten**, ob für das Prozesskostenhilfe-Prüfungsverfahren Prozesskostenhilfe bewilligt werden darf:

- Der **BGH** hat dazu die Auffassung vertreten, dass einer Partei im Falle des Abschlusses eines Vergleichs im Erörterungstermin gem. § 118 I 3 ZPO Prozesskostenhilfe nur für den Vergleich selbst und nicht für das gesamte Prozesskostenhilfeverfahren bewilligt werden könne, so dass bei der auf den Vergleich beschränkten Prozesskostenhilfe die ihrem Rechtsanwalt zustehende Verfahrensgebühr nach der damals noch geltenden Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung und die Erörterungsgebühr nicht aus der Staatskasse erstattet werden könnten. Das sei Folge des Grundsatzes, dass für das Prozesskostenhilfeverfahren Prozesskostenhilfe nicht gewährt werde. Prozesskostenhilfe solle nach ihrem Sinn und Zweck der minderbemittelten Partei ermöglichen, ihr Recht vor Gericht zu verfolgen oder sich zu verteidigen, sie diene aber nicht dazu, eine Partei für ihre Vergleichsbereitschaft zu „belohnen“ (BGHZ 159, 263 = NJW 2004, 2595).
- Dieser Auffassung des BGH wird in der **Rspr. der OLG** (u. a. OLG Hamm FamRZ 2005, 528) nicht gefolgt. Es wird darauf verwiesen, dass die zu einer kostengünstigen vergleichsweisen Beilegung des Streits bereits im Prozesskostenhilfe-Prüfungsverfahren bereite Partei unangemessen benachteiligt würde, wenn sie trotz ihrer Bedürftigkeit einen Teil ihrer Anwaltskosten selbst tragen müsste. Für die bedürftige Partei ließe sich ein derartiges Ergebnis auch ohne Weiteres dadurch vermeiden, dass sie den Vergleich zunächst ablehnt, weiterhin Prozesskostenhilfe für die Hauptsache verlangt und nach deren Bewilligung den Vergleich zu erhöhten Kosten abschliesse. Das sei ein sachwidriges Ergebnis.

- II. Ob den Überlegungen des BGH oder des OLG Hamm und anderer OLG zu folgen ist, kann dahinstehen, denn hier geht es nicht um die **Bewilligung von Prozesskostenhilfe** für die Verfahrensgebühr, sondern **für die Einigungsgebühr.**

„Aus **praktischen Gründen** wird jedenfalls für einen Vergleich im Prozesskostenhilfe-Prüfungsverfahren die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für zulässig gehalten (Thomas/Putzo, 33. Aufl., § 114 ZPO Rn 1, § 118 ZPO Rn 5). Nichts anderes kann gelten, wenn ein Vergleich im streitigen Verfahren geschlossen wird und der Bekl. Prozesskostenhilfe beantragt, da hier ein **isoliertes Prozesskostenhilfe-Prüfungsverfahren nicht vorangeht**.

Dass die Bekl. die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, steht der Bewilligung der Prozesskostenhilfe für den Abschluss des Vergleichs nicht entgegen, da es hier nicht um die Kosten des Gegners, sondern um die der Bekl. geht und die obsiegende Kl. keinen Anspruch auf Erstattung der auf die Gerichtskosten geleisteten Vorschüsse erwirbt, weil die Kostenregelung sich hier nicht aus einer gerichtlichen Kostenentscheidung, sondern aus dem Vergleich ergibt (BVerfG NJW 2000, 3271 = NVwZ 2000, 1409).“ (LG Bremen aaO)

---

ZPO  
§ 126

**Kostenfestsetzungsverfahren**  
Aufrechnungsbefugnis des Kostenschuldners

ZPO

(OLG Hamm NJW-RR 2013, 1408; Beschluss vom 19.06.2013 – 15 B 279/13)

Ist ein **Kostenfestsetzungsbeschluss zu Gunsten der mit Verfahrenskostenhilfe prozessierenden Partei ergangen**, kann der **Kostenschuldner** ihr gegenüber so lange **aufrechnen**, bis dieser Kostenfestsetzungsbeschluss dadurch außer Kraft tritt, dass **zu Gunsten des beigeordneten Rechtsanwalts ein neuer Kostenfestsetzungsbeschluss erlassen** wird.

„Nach der ganz h. M. muss ein Rechtsanwalt jedenfalls dann eine **Erfüllung gegenüber der Partei gegen sich gelten lassen**, wenn zu Gunsten der Partei ein Kostenfestsetzungsbeschluss erwirkt wurde (OLG Koblenz FamRZ 2012, 1968; MüKo-ZPO/Motzer, 4. Aufl. 2013, § 126 Rn 13; Zöller/Geimer, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 126 Rn 18; Büttner/Wrobel-Sachs/Gottschalk/Dürbeck, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, 6. Aufl. 2012, Rn 787). Wenn ein **vollstreckbarer Titel gegen einen Kostenschuldner vorliegt, muss es diesem erlaubt sein, an den Gegner zu zahlen bzw. ihm gegenüber aufzurechnen**. Unerheblich ist insoweit, ob der Verfahrensbevollmächtigte seine Forderung bereits geltend gemacht hat (Zöller/Geimer, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 126 Rn 18).

Wenn aber die **Forderung erloschen ist, ist eine erneute Festsetzung nach § 126 ZPO zu Gunsten des Verfahrensbevollmächtigten** (diese Vorschrift ermöglicht keine Titelumschreibung nach § 727 ZPO, vgl. MüKo-ZPO/Motzer, 4. Aufl. 2013, § 126 Rn 9) **nicht mehr möglich** (OLG Koblenz FamRZ 2012, 1968).“ (OLG Hamm aaO)

## Aus der Praxis

UWG  
§§ 3 I, 5 I Nr. 1, 8 I, III

**Wettbewerbsverstoß**  
**Alleinstellungswerbung**

UWG

(OLG Hamm in BeckRS 2013, 16705; Urteil vom 03.09.2013 – I-4 U 82/13)

Eine **Alleinstellungswerbung**, mit der ein Anwaltssuchportal Marketingvorteile für Rechtsanwälte auf Grund seiner „konkurrenzlosen“ Dienstleistungen behauptet, ist **unzulässig, wenn bereits ähnliche Angebote existieren und andere Anbieter jederzeit vergleichbare Portale auf den Markt bringen könnten**.

„Denn für die **Zulässigkeit einer Alleinstellungsbehauptung**, die grds. voraussetzt, dass diese **wahr, also sachlich richtig** ist, genügt es nach einheitlicher Rspr. nicht, dass der Werbende einen nur geringfügigen Vorsprung vor seinen Mitbewerbern hat. Vielmehr erwartet der Verbraucher eine **nach Umfang und Dauer wirtschaftlich erhebliche Sonderstellung**. Der Werbende muss einen deutlichen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern haben, und der Vorsprung muss die Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit bieten (BGH GRUR 1991, 850; Köhler/Bornkamm, 31. Aufl., § 5 UWG Rn 2.150).

Nach der **Rspr. des BGH** fehlt einer Spitzenstellungsbehauptung, die sich auf Eigenschaften eines Erzeugnisses bezieht, die von Konkurrenzzeugnissen von heute auf morgen erreicht oder übertroffen werden können, die für eine solche Behauptung zu fordernde **Stetigkeit**. Die Behauptung kann dann jederzeit durch eine entsprechende Marktentscheidung eines alten oder neuen Konkurrenten unrichtig werden (BGH aaO). Das gilt entsprechend für Dienstleistungen, die jederzeit auch von Konkurrenzunternehmen angeboten werden können.

Die Ag. hat nicht dargetan, dass und ggf. aus weichen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nur sie für eine gewisse Dauer in der Lage ist, einen solchen exklusiven Fachanwaltsuchdienst zu betreiben. Dies hätte ihr obliegen, weil solche Umstände allein ihre betriebliche Sphäre betreffen und die Antragstellerin davon keine Kenntnis hat (vgl. zur sog. sekundären Darlegungslast Zöller/Greger, 29. Aufl., §138 ZPO Rn 8b).

Dafür, dass nicht auch andere Anbieter jederzeit ein gleichartiges Fachanwaltsuchportal im Internet bereit stellen können, ist i. Ü. auch sonst nichts ersichtlich. Immerhin existiert bereits zumindest ein ähnliches Suchportal (www...de). Die dort angebotene Dienstleistung ist zwar nicht mit dem Konzept der Ag. identisch, weil das Portal www...de sich auch an Rechtsanwälte ohne Fachanwaltsbezeichnung als Kunden wendet. Dort kann ein Eintrag für ein Rechtsgebiet exklusiv sowohl durch einen Fachanwalt als auch durch einen Rechtsanwalt, der nicht Fachanwalt ist, gebucht werden. Wie die Ag. dargelegt hat, wird an einem gebuchten Standort für das betreffende Rechtsgebiet dann nur ein einziger Fachanwalt angezeigt, wenn ein solcher beide Einträge (mithin für „Rechtsanwalt“ und für „Fachanwalt“) bei dem Anbieter des Suchportals gebucht hat. Es ist nach alledem davon auszugehen, dass andere Anbieter jederzeit ein solches Fachwaltsuchportal auf den Markt bringen könnten, wie es die Ag. bereits getan hat.

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die angesprochenen Fachanwälte von sich aus in Betracht ziehen, dass die Behauptung eines konkurrenzlosen Marketing-Vorteils nur momentbezogen ist, wodurch eine **Täuschung ausgeschlossen** werden könnte. Denn jedenfalls wird ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise in Ermangelung näherer Kenntnisse der genauen Marktgegebenheiten bei Anwaltssuchdiensten im Internet die Alleinstellungsbehauptung der Ag. als für eine gewisse Dauer gültig verstehen und ohne Einschränkung ernst nehmen.

Dies; somit gegebene **Irreführung** ist auch **wettbewerbslich relevant**. Die angesprochenen Fachanwälte, die einen Eintrag bei einem Anwaltssuchportal im Internet buchen möchten, werden sich vorrangig an denjenigen Anbieter wenden, der eine mit einem „konkurrenzlosen“ Marketing-Vorteil verbundene Dienstleistung zu erbringen verspricht.“ (OLG Hamm aaO)

ARB  
§ 20 II

**Anwaltliche Beratungspflicht**  
**Risikobelehrung bei Deckungszusage durch Rechtsschutzversicherer**  
(BGH in BB 2013, 2881; Urteil vom 13.11.2013 – X ZR 171/12)

RA/Nt

Hat eine **Rechtsschutzversicherung** eine **Deckungszusage** für einen **Prozess erteilt**, ohne dass die Deckungszusage z. B. durch falsche Angaben erlangt worden ist, so **greift der Anscheinsbeweis zugunsten des Mandanten**, bei vollständiger Risikobelehrung, den Prozess nicht geführt zu haben, **nicht ein**.

„Zwar haben die Bekl. im Rahmen des ihr übertragenen Mandats zur Geltendmachung von mietrechtlichen Ansprüchen der Kl. [die ihr obliegenden] anwaltlichen Pflichten dadurch verletzt, in dem sie die Kl. über die Rechtslage in verschiedener Hinsicht nicht zutreffend aufgeklärt haben (wird ausgeführt). Die Bekl. hätten der Kl. von einer Klage insoweit abraten müssen.

Ob die Kl. allerdings bei einer in diesem Sinne **pflichtgemäßen Risikobelehrung** den Rechtsstreit insgesamt nicht geführt hätte, kann nicht mit einer zur Verurteilung der Bekl. ausreichenden Wahrscheinlichkeit gem. § 287 ZPO festgestellt werden. Das LG hat zu Recht angenommen, dass sich die Kl. auf die Vermutung beratungsgemäßen Verhaltens nicht berufen kann. Diese von der Rspr. anerkannte Vermutung, dass derjenige, der einen anderen wegen seiner besonderen Sachkunde um Rat fragt, sich beratungsgemäß verhalten hätte, wenn er von diesem zutreffend aufgeklärt worden wäre (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Auflage, § 280 BGB, Rn 66,39; vgl. BGH NJW-RR 1999, 641; BGH NJW 2000,2814; BGH NJW 1992, 240; BGH NJW 2010, 3576; BGH NJW 2012, 2427) greift nur dann ein, wenn bei sachgerechter Aufklärung im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände aus der Sicht eines vernünftig urteilenden Menschen eindeutig eine bestimmte Reaktion nahegelegen hätte (vgl. BGH NJW 1994, 3295; BGH NJW 1993, 3259; vgl. OLG Hamm NJW- RR 2005, 134). Hat die Rechtsschutzversicherung eine Deckungszusage für einen Prozess erteilt, ohne dass die Deckungszusage etwa durch falsche Angaben erlangt worden ist, so greift ein Anscheinsbeweis, den Prozess nicht geführt zu haben, wenn er sonst bei einem kostenempfindlichen Mandanten zu bejahen wäre, weil diesem das Prozessrisiko zu hoch wäre, nicht ein (vgl. Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Auflage, Rn 764 m. H. a. OLG Hamm aaO; OLG Düsseldorf NJW- RR 2002, 64). Denn auch für einen vernünftig handelnden Mandanten würde bei Vorliegen einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung das Wagnis einer nur gering oder wenig Erfolg versprechenden Prozessführung als eine solche Chance erscheinen, dass er sie ergreift.“ (BGH aaO)

BRAO  
§ 3 II

**Einlasskontrolle**  
Privilegierung eines Rechtsanwalts

BRAO

(OVG Münster in BeckRS 2013, 56206; Beschluss vom 23.09.2013 – 4 A 1778/12)

Wird ein **Rechtsanwalt** beim Betreten eines Gerichtsgebäudes einer **Einlasskontrolle unterzogen**, stellt sich dies **nicht als schwerwiegender Eingriff in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht bzw. seine Berufsfreiheit** dar.

„Das ist schon deshalb nicht der Fall, weil es sich bei **sicherheitsbedingten Einlasskontrollen** lediglich um **Maßnahmen von geringer Eingriffstiefe** handelt (vgl. dazu OVG NRW NJW 2007, 3798; OVG NRW NVwZ 2002, 103; BVerfG BayVBl. 2013, 112; BVerwG, NJW 2011, 2530).

Im vorliegenden Zusammenhang gilt nichts anderes: Die **Einlasskontrolle** wurde aufgrund einer ungewöhnlichen Konstellation durchgeführt und **belastete** den Kl. jedenfalls **nicht in unzumutbarer Weise**. Der Umfang dieser Maßnahme entsprach dabei der von Seiten der Justizbeamten vertretbar angenommenen potentiellen Gefahr. Die Situation ist damit vergleichbar mit einer gerichtlich angeordneten Durchsuchung von Strafverteidigern, mit der verhindert werden soll, dass diese - mit oder ohne Kenntnis - Gegenstände ihrer Mandanten unzulässigerweise in das Gericht transportieren und somit die Sicherheit und Ordnung möglicherweise unbewusst gefährden. Hiergegen bestehen **keine (verfassungs-) rechtlichen Bedenken** (vgl. BVerfGE 48, 118; BVerfG NJW 1998, 296).

In diesem Zusammenhang ist ferner zu berücksichtigen, dass solche Kontrollen nicht nur grds. auf Duldung, sondern auf **breite Akzeptanz in der Bevölkerung** stoßen (vgl. dazu OVG NRW NJW 2007, 3798; OLG Nürnberg NJW 2002, 694; Dickert/Hagspiel BayVBl. 2013, 102). Dies gilt auch und gerade für die Berufskollegen des Kl.: Sowohl die Kölner Rechtsanwaltskammer als auch der Kölner Anwaltverein haben jeweils auf Nachfrage des Kl. das von ihm angegriffene Verhalten der Justizbehörden für angemessen gehalten.“ (OVG Münster aaO)

BGB  
§§ 1374 II, 1381 I

**Zugewinnausgleich**  
Berücksichtigung eines Lottogewinns

BGB

(BGH in BeckRS 2013, 19688; Beschluss vom 16.10.2013 – XII ZB 277/12)

Der **Lottogewinn eines Ehegatten** ist bei der Berechnung des **Zugewinnausgleichs** nicht seinem **Anfangsvermögen nach § 1374 II BGB hinzuzurechnen**.

„Nach § 1374 II BGB ist nur Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt, seinem Anfangsvermögen hinzuzurechnen und damit **vom Zugewinnausgleich ausgenommen**. Einen solchen Erwerb stellt der Lottogewinn eines Ehegatten nicht dar. § 1374 II BGB kann auf einen solchen Vermögenszuwachs auch nicht entsprechend angewendet werden.“ (BGH aaO)

- I. Zwar wird im **Schrifttum** vereinzelt die Auffassung vertreten, dass ein während der Zeit des Getrenntlebens eingetretener Vermögenszuwachs, der nicht auf der gemeinsamen Lebensleistung der Ehegatten beruht, in entsprechender Anwendung des § 1374 II BGB dem Anfangsvermögen zugerechnet werden solle (so etwa Johannsen/Henrich, Familienrecht, 5. Aufl., § 1374 BGB Rn 36; Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., S. 12 f.; Schwab/Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 6. Aufl., Kap. VII Rn 161).

Der **BGH** hat jedoch bereits mehrfach entschieden, dass § 1374 II BGB einer ausdehnenden Anwendung im Wege der Analogie nicht zugänglich ist (vgl. BGHZ 170,324 = FamRZ 2007, 978; BGHZ 157, 379 = FamRZ 2004, 781; BGH FamRZ 2007, 1307 jew. m. w.N.).

Dies entspricht auch der **ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum** (Palandt/Brudermüller, BGB, 71. Aufl., § 1374 Rn 19; NK-BGB/Heiß, 2. Aufl., § 1374 Rn 25; FAKomm-FamR/Weinreich, 4. Aufl., § 1374 BGB Rn 30; für Lottogewinne auch MüKo-BGB/Koch, 6. Aufl., § 1374 Rn 14; Johannsen/Henrich, Familienrecht, 5. Aufl., § 1374 BGB Rn 36; Klein, Handbuch Familienvermögensrecht, Kap. 2 Rn 1439).

- II. Die **Fälle des § 1374 II BGB**, in denen ein Zugewinnausgleich nicht stattfinden soll, stellen **Ausnahmen von dem gesetzlichen Prinzip** dar, wonach es für den Zugewinnausgleich grds. nicht darauf ankommt, ob und in welcher Weise der den Ausgleich fordernde Ehegatte zur Entstehung des Zugewinns beigetragen hat (BGHZ 170, 324 = FamRZ 2007, 978).

„Dabei sind die in § 1374 II BGB geregelten Ausnahmen nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass der andere Ehegatte in diesen Fällen nicht zu dem Erwerb beigetragen hat. Ein **wesentlicher Grund für die gesetzliche Ausnahmeregelung** ist vielmehr, dass eine derartige Zuwendung meist auf **persönlichen Beziehungen des erwerbenden Ehegatten zu dem Zuwendenden** oder auf **ähnlichen besonderen Umständen** beruht (BGHZ 170, 324 = FamRZ 2007, 978; BGHZ 157,379 = FamRZ 2004, 781; BGHZ 130, 377 = FamRZ 1995, 1562; BGHZ 82, 145 = FamRZ 1982, 148; BGHZ 82, 149 = FamRZ 1982, 147; BGHZ 80, 384 = FamRZ 1981, 755). Da dieses kennzeichnende Merkmal bei einem durch einen Lottogewinn erzielten Vermögenszuwachs nicht gegeben ist, kommt eine erweiternde Anwendung des § 1374 II BGB in dem hier vorliegenden Fall nicht in Betracht (so schon BGHZ 68, 43 = FamRZ 1977, 124 f.).“ (BGH aaO)

KSchG  
§ 1 II

**Personenbedingte Kündigung**  
Außerdienstlich begangene Straftat

ArbR

(BAG in BB 2013, 2931 = DB 2013, 2749; Urteil vom 20.06.2013 – 2 AZR 583/12)

Ein **strafbares außerdienstliches Verhalten** kann **Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit eines Beschäftigten begründen** und einen **personenbedingten Kündigungsgrund i.S.v. § 1 II KSchG** darstellen.

„Mit der Befugnis zur personenbedingten Kündigung wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn der **Arbeitnehmer die erforderliche Eignung oder Fähigkeit nicht (mehr) besitzt**, die geschuldete Arbeitsleistung vertragsgerecht zu erfüllen (BAGE 132, 72). Auch **strafbares außerdienstliches Verhalten kann Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit eines Beschäftigten begründen**.

Sie können dazu führen, dass es ihm - abhängig von seiner Funktion - an der Eignung für die künftige Erledigung seiner Aufgaben mangelt. Ob daraus ein personenbedingter Kündigungsgrund folgt, hängt von der **Art des Delikts, den konkreten Arbeitspflichten des Arbeitnehmers und seiner Stellung im Betrieb** ab. So können außerdienstlich begangene Straftaten eines im öffentlichen Dienst mit hoheitlichen Aufgaben betrauten Arbeitnehmers auch dann zu einem Eignungsmangel führen, wenn es an einem unmittelbaren Bezug zum Arbeitsverhältnis fehlt. Generelle Wertungen lassen sich nicht treffen. Maßgeblich sind die **Umstände des Einzelfalls**.“ (BAG aaO)

StPO  
§ 142

**Pflichtverteidigerbestellung**  
Anfechtbarkeit

StPO

(OLG Braunschweig NStZ-RR 2013, 382; Beschluss vom 11.01.2013 – Ws 2/13)

- I. Eine **Pflichtverteidigerbestellung ist für den Angesch. grds. nicht anfechtbar**. Dies gilt aber dann nicht, wenn das Gericht bei der Pflichtverteidigerbeordnung das Anhörungsrecht sowie das sich aus § 142 II StPO ergebende grundsätzliche Bestimmungsrecht des Angesch. nicht beachtet hat.

„Zwar ist eine Pflichtverteidigerbestellung für den Angesch. **mangels Beschwer grds. nicht anfechtbar**. Dies gilt aber nicht, wenn das Gericht - wie hier - bei der Pflichtverteidigerbeordnung das Anhörungsrecht sowie das sich aus § 142 I 2 StPO grds. Bestimmungsrecht des Angesch., das Ausfluss des Rechts auf ein faires Verfahren ist, nicht beachtet hat.“ (OLG Braunschweig aaO)

- II. Ist die **Anhörung** (§ 142 I 1 StPO) des Angesch. **vor der Beordnung eines Pflichtverteidigers unzulässig unterblieben**, muss die **Beordnung** nach § 143 StPO **zurückgenommen** werden, **wenn sich** für den Angesch. ein **Wahlverteidiger meldet**, und zwar auch dann, wenn er seinerseits die Beordnung beantragt.

„Zwar wird der zu bestellende Verteidiger von dem Vorsitzenden ausgewählt. Allerdings soll dem Angeschuldigten gem. § 142 I 1 StPO Gelegenheit gegeben werden, innerhalb einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden angemessenen Frist einen Rechtsanwalt zu bezeichnen. Gegen dieses **Auswahlrecht** ist vorliegend verstoßen worden. Denn dem Angesch. wurde mit dem angefochtenen Beschluss Rechtsanwältin W ohne vorherige Anhörung bestellt. [Der] Angesch. [war] vielmehr lediglich um Mitteilung gebeten worden, ob er damit einverstanden wäre, dass ihm „ggf. zusätzlich“ Rechtsanwalt A F als Verteidiger beigeordnet wird.

Bei dem als Pflichtverteidiger wie zuvor beschrieben in Aussicht gestellten Rechtsanwalt A F handelt es sich dabei genau um den Rechtsanwalt, den der Angesch. aktuell auch als Pflichtverteidiger wünscht.

Da gem. § 142 I 2 StPO der vom Angesch. bezeichnete Verteidiger zu bestellen ist, wenn nicht wichtige Gründe entgegenstehen, kommt die Sollvorschrift des § 142 I 1 StPO einer **Anhörungspflicht** gleich, von der nur in seltenen Ausnahmefällen abgewichen werden kann.

Ein solcher Ausnahmefall lag vorliegend jedoch nicht vor (wird ausgeführt).“ (OLG Braunschweig aaO)

StPO  
§ 264

**Prozessualer Tatbegriff**  
Lenkzeitverstoß

StPO

(BGH NJW 2013, 3668; Beschluss vom 12.09.2013 – 4 StR 503/12)

In **Bußgeldsachen**, die Verstöße gegen die Vorschriften über Lenk- und Ruhezeiten im Straßenverkehr zum Gegenstand haben, sind **mehrere rechtlich selbstständige Handlungen i. S. des § 20 OWiG nicht allein deshalb** als eine **prozessuale Tat i. S. des §§ 46 OWiG, 264 StPO** anzusehen, weil der **Betroffene** sie **innerhalb eines Kontroll- oder Überprüfungszeitraums begangen** hat.

- I. **Im Ordnungswidrigkeitenrecht gilt** über § 46 OWiG der **prozessuale Tatbegriff des Strafrechts**: Die Tat im strafprozessualen Sinne (§§ 155, 264 StPO) ist der vom Eröffnungsbeschluss betroffene geschichtliche Lebensvorgang einschließlich aller damit zusammenhängenden oder darauf bezogenen Vorkommnisse und tatsächlichen Umstände, die geeignet sind, das in diesen Bereich fallende Tun des Angeklagten unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt als strafbar erscheinen zu lassen.

st. Rspr.; etwa BGHSt 45, 211 = NJW 2000, 226; BGH NStZ 2008, 411; BGHSt 58, 72 = NJW 2013, 710; vgl. auch BGH NJW 2013, 1972 = NZWiSt 2013, 180

„Die Tat ist ein **einheitlicher geschichtlicher Vorgang**, der sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen unterscheidet und innerhalb dessen die getrennte Verfolgung der darin enthaltenen Vorgänge einen **einheitlichen Lebensvorgang unnatürlich aufspalten** würde (Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 264 Rn 2; Bohnert, § 19 Rn 21, jew. m. w. Nachw.). Bei Tateinheit liegt – von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen (vgl. BGHSt 48, 153 = NJW 2003, 1261 = NStZ 2003, 678; BGHSt 29, 288 = NJW 1980, 2718 = NStZ 1981, 72) – stets eine prozessuale Tat vor. **Materiell-rechtlich selbstständige Taten** sind i. d. R. auch **prozessual selbstständig** (BGHSt 35, 14 = NJW 1988, 1800 = NStZ 1988, 77; BGHSt 36, 151 = NJW 1989, 1810 = NStZ 1989, 540; BGHSt 57, 175 = NJW 2012, 2051 = NStZ 2012, 461). Ein **persönlicher Zusammenhang**, die Verletzung des gleichen Rechtsguts oder der Umstand, dass die einzelnen Handlungen Teile eines Gesamtplans sind, **reicht nicht**, um mehrere selbstständige Handlungen im materiell-rechtlichen Sinne zu einer einzigen Tat zu verbinden (Göhler/Seitz, Vorb. § 59 Rn 50 a m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

- II. Diese **Grundsätze finden** nach Auffassung des BGH aaO **bei Serienverstößen gegen Lenk- und Ruhezeitvorschriften im Straßenverkehr gleichermaßen Anwendung**.



„Unter Zugrundelegung der vorstehenden Kriterien, von denen abzuweichen kein Anlass besteht, vermag es allein eine behördliche Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften über die Lenk- und Ruhezeiten im Straßenverkehr bzw. die gesetzliche Vorgabe zum Kontrollzeitraum nicht, mehrere tatmehrheitliche Verstöße eines Betroffenen innerhalb des Überprüfungszeitraums zu einer Tat zu verknüpfen.“ (BGH aaO)

1. Die Regelungen über die Aufzeichnung der Lenk- und Ruhezeiten im Straßenverkehr und deren Aufbewahrung bezwecken nicht die Umgrenzung eines prozessualen Tatzeitraums, sondern haben einen **anderen Hintergrund**.

„Der in §1 IV 4 FPersV bezeichnete Zeitraum von insgesamt 29 Tagen dient der **wirksamen Durchsetzung von Straßenkontrollen** i. S. der Erwägung 14 zur Verordnung (EG) Nr. 561/2006. Die zuständigen Behörden sollen durch die vorgeschriebene Aufzeichnung bei Straßenkontrollen ohne weiteren **Aufklärungsaufwand** in der Lage sein, die ordnungsgemäße Einhaltung der Lenk- und Ruhezeiten des laufenden Tages und der vorausgehenden 28 Tage zu überprüfen. Der Fahrer muss deshalb die Aufzeichnung der Lenk- und Ruhezeiten für diesen Zeitraum immer mit sich führen, nicht nur, wenn das Fahrzeug mit einem digitalen Kontrollgerät ausgerüstet ist.

Der Zeitraum von 29 Tagen stellt indes keinen abschließenden „Sanktionszeitraum“ dar; auch Verstöße außerhalb dieses Zeitrahmens sind ohne Weiteres nach 8a FPersG zu ahnden, sofern nicht die allgemeinen Verjährungsregelungen eingreifen (OLG Hamm DAR 2011, 412). Dass Verstöße auch außerhalb dieses Zeitraums festgestellt und geahndet werden sollen, ergibt sich bereits daraus, dass das Kontrollgerät für das Fahrzeug einen Zeitraum bis zu 365 Tagen aufzeichnet (vgl. Erwägung 33 zur VO [EG] Nr. 561/2006) und der Unternehmer die Daten von der Fahrerkarte und aus dem Massenspeicher des Kontrollgeräts des Fahrzeugs regelmäßig kopieren und ein Jahr lang aufbewahren muss. Der Unternehmer ist verpflichtet, der zuständigen Kontrollbehörde die gespeicherten Daten zur Verfügung zu stellen (§4 III FPersG). Auch dies dient nur der **wirksamen Durchsetzung der Verordnung** (EG) Nr. 561/2006.“ (BGH aaO)

2. Allein die Verpflichtung, die Aufzeichnung, also ein Beweismittel, vorzuhalten und aufzubewahren, kann eine prozessuale Tat nicht begründen.

„Die **Regelungen über Aufzeichnungspflichten und Aufbewahrungsfristen** stellen **kein geeignetes Kriterium** dar, die im Überprüfungszeitraum möglicherweise begangenen materiell-rechtlich selbstständigen Verstöße gegen Lenk- und Ruhezeitvorschriften im Straßenverkehr zu einer prozessualen Tat zu verbinden. Durch den **einheitlichen Akt der Kontrolle** werden sich nicht überschneidende, zeitlich möglicherweise deutlich auseinander liegende Handlungen oder Unterlassungen des Betr. innerhalb eines bestimmten Kontrollzeitraums nicht zu einem einheitlichen Lebensvorgang. Bei der Frage, ob eine einheitliche prozessuale Tat vorliegt, steht das Handeln des Betroffenen im Mittelpunkt. Dieses ist daraufhin zu bewerten, ob ein **einheitlicher geschichtlicher Vorgang** oder ein so **enger sachlicher Zusammenhang** besteht, dass eine Abspaltung einzelner Handlungsteile unnatürlich erschiene. Die Abgrenzung der prozessualen Tat anhand eines der Tat als solcher fremden und bei Betriebskontrollen zudem von Dritten willkürlich festgelegten Kriteriums widerspricht der ständigen Rechtsauslegung.“ (BGH aaO)

- III. Ob sich einzelne Verstöße gegen die in Rede stehenden Vorschriften über Lenk- und Ruhezeiten im Straßenverkehr überschneiden und durch dieselbe pflichtwidrige Handlung bzw. Unterlassung begangen worden sind, somit tateinheitlich zusammentreffen, oder ob eine prozessuale Tat deshalb vorliegt, weil **einzelne materiell-rechtlich selbstständige Handlungen** nicht ohne Würdigung weiterer Teile des geschichtlichen Vorgangs beurteilt werden können (vgl. BGHSt 49, 359 = NJW 2005, 836 = NSiZ 2005, 514), ist sonach eine Frage des Einzelfalls, die nach allgemeinen Grundsätzen zu beantworten ist.

EMRK  
Art. 9

### Terminsverlegungsantrag Religiöser Feiertag

öfFR

(EGMR NJOZ 2013, 2039; Urteil vom 03.04.2012 – 28790/08)

**Art. 9 EMRK** (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) schützt nicht jede religiös oder weltanschaulich begründete oder inspirierte Handlung, sodass einem **darauf gestütztem Antrag auf Terminsverlegung nicht zwingend stattzugeben** ist.

„Die Terminbestimmung für die Verhandlung auf einen jüdischen Feiertag und die Ablehnung des Vertagungsantrags [war] keine Einschränkung des **Rechts des Bf. auf freie Religionsausübung**. Er konnte unstreitig seine religiösen Pflichten erfüllen. Überdies hätte er damit rechnen müssen, dass sein Vertagungsantrag auf der Grundlage des geltenden Gesetzes zurückgewiesen würde und sich in dem Termin vertreten lassen können, um seine beruflichen Pflichten zu erfüllen.

Schließlich hat der Bf. nicht dargelegt, dass Druck auf ihn ausgeübt worden sei, damit er seine religiösen Überzeugungen ändere, oder um ihn daran zu hindern, seine Religion oder seinen Glauben zu bekennen.

Selbst wenn man annimmt, dass in das Recht des Bf. nach Art. 9 EMRK eingegriffen worden ist, wäre der **Eingriff gesetzlich vorgesehen und gerechtfertigt zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer** und insbesondere des **Rechts der Öffentlichkeit auf eine gute Justizverwaltung** und durch den **Grundsatz, dass über Sachen binnen angemessener Frist verhandelt werden muss**. Die angewandten Mittel waren zu dem verfolgten Ziel auch verhältnismäßig.“ (EGMR aaO)

## Steuerrecht

EStG

§§ 9 I 1, 19 I 1 Nr. 1

### Werbungskosten

Beruflich veranlasste Krankheitskosten

SteuerR

(BFH in DStRE 2013, 1224; Urteil vom 11.07.2013 – VI R 37/12)

**Aufwendungen zur Wiederherstellung der Gesundheit** können dann **betrieblich oder beruflich veranlasst** sein, wenn es sich um eine **typische Berufskrankheit** handelt oder der **Zusammenhang zwischen der Erkrankung und dem Beruf eindeutig feststeht**.

„Werbungskosten, nämlich Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen i. S. des § 9 I 1 EStG, liegen vor, wenn sie durch den Beruf oder durch die Erzielung steuerpflichtiger Einnahmen veranlasst sind. Sie sind beruflich veranlasst, wenn ein objektiver Zusammenhang mit dem Beruf besteht und die Aufwendungen subjektiv zur Förderung des Berufs getätigt werden. Auch Aufwendungen für berufsbezogene Fortbildungsmaßnahmen können als Werbungskosten abziehbar sein, wenn die **Aufwendungen in einem hinreichend konkreten, objektiv feststellbaren Veranlassungszusammenhang mit den einkommensteuerbaren Einnahmen** stehen. Diese Voraussetzungen können sogar bei Aufwendungen für berufsbezogene Bildungsmaßnahmen erfüllt sein, die zur Erlangung eines künftigen Berufs getätigt werden (zuletzt BFHE 236, 439 = BStBl II 2013, 236, BFH DStRE 2012, 605; BFHE 235, 444 = BStBl II 2012, 825; BFH DStR 2011, 2454). Dies gilt erst recht bei Aufwendungen für einen schon gegenwärtig ausgeübten Beruf.

[Es] entspricht auch der **st. und unverändert fortgeltenden Rspr. des erk. Senats**, dass Aufwendungen zur Verminderung oder Behebung gesundheitlicher Störungen, die **typischerweise mit der betreffenden Berufstätigkeit verbunden** sind, Werbungskosten sein können, wenn es sich um typische Berufskrankheiten handelt oder der Zusammenhang zwischen der Erkrankung und dem Beruf eindeutig feststeht (BFH DStR 1992, 1396; BFHE 169, 350 = BStBl II 1993, 193 = DStR 1993, 320; BFHE 74, 632 = BStBl III 1962, 235; BFH BFH/NV 2003, 1052). Diese Rechtsgrundsätze hat etwa das Sächsische (BeckRS 2010, 26030486 m.w.N.) in einem vergleichbaren Fall angewandt, in dem eine Geigerin ebenfalls Aufwendungen für berufliche Gymnastik als Werbungskosten mit der Begründung geltend gemacht hatte, dass bei ihr eine musikerspezifische Erkrankung vorgelegen habe.“ (BFH aaO)

UStG

§§ 16 I 1, 20 I 1 Nr. 3

### Freiberufler-Kapitalgesellschaften

Umsatzbesteuerung

SteuerR

(BVerfG NJW-RR 2013, 1300; Beschluss vom 20.03.2013 – 1 BvR 3063/13)

Die Auffassung, dass eine **Freiberufler-Kapitalgesellschaft** (hier: eine Steuerberatungs-GmbH) **auch bei einer freiwilligen Forderungsbuchhaltung nicht zur Steuerberechnung nach vereinnahmten Entgelten** (Ist-Besteuerung) **berechtigt** ist, ist mit **Art. 3 I GG vereinbar**.

I. **Ausgangspunkt der verfassungsgerichtlichen Prüfung** ist **§ 20 I Nr. 3 UStG a. F.** in der Auslegung durch den BFH.

Danach knüpft §20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. die Möglichkeit der Ist-Besteuerung an das Nichtvorhandensein einer Buchführung bei dem Unternehmen.

1. Aus der **Entstehungsgeschichte** sowie dem Zusammenhang der in §20 I 1 Nr. 1–3 UStG a. F. genannten Varianten leitet der BFH zunächst ab, dass §20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. mit der Verweisung auf Umsätze aus einer Tätigkeit als Angehöriger eines freien Berufs i. S. des § 18 I Nr. 1 EStG lediglich die Art der Umsätze bezeichnet, i. Ü. jedoch nicht an die Rechtsform, in der diese getätigt werden, sondern an die Buchführungspflicht anknüpft.

„§20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. bezweckt nach der **Gesetzesbegründung**, den auf Grund der Neuregelung in §141 AO nicht mehr der steuerrechtlichen Buchführungspflicht unterliegenden Umsätzen der Angehörigen der freien Berufe, die zuvor mit diesen Umsätzen auf Grund einer Befreiung von der steuerrechtlichen Buchführungspflicht nicht buchführungspflichtig waren, die Steuerberechnung nach vereinnahmten Entgelten weiterhin zu ermöglichen, auch wenn sie die Umsatzgrenze des §20 I 1 Nr. 1 UStG a. F. überschritten. Die Führung gesonderter Aufzeichnungen allein für Zwecke der Umsatzsteuer hat dadurch vermieden werden sollen.“ (BVerfG aaO)

2. Im Hinblick auf diesen **Normzweck** wird sodann nach dem Verständnis des BFH die Ist-Besteuerung gem. § 20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. nur solchen Unternehmern ermöglicht, die weder auf Grund gesetzlicher Verpflichtung noch freiwillig Bücher führen.

a) Indem der **BFH** auch freiwillig Bücher führende Freiberufler-Personenunternehmen aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift ausklammert, legt er die Vorschrift des § 20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. in einer restriktiven Weise aus.

„Können verfassungsrechtliche Bedenken, die gegen die weite Interpretation einer Vorschrift bestehen, durch eine vom zuständigen Fachgericht vertretene einengende Auslegung des Gesetzes behoben werden, hat das BVerfG diese seiner Prüfung zu Grunde zu legen (vgl. BVerfGE 26, 41 = NJW 1969, 1759; BVerfGE 87, 209 = NJW 1993, 1457; BVerfGE 92, 1 = NJW 1995, 1141; BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209).“ (BVerfG aaO)

b) Die nach diesem Verständnis des § 20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. dem Gesetz zu entnehmende Unterscheidung zwischen Unternehmern, die mit Rücksicht auf ihre obligatorische oder freiwillige Buchführung der Soll-Besteuerung unterliegen, und jenen, denen nach § 20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. die Option der Ist-Besteuerung offen steht, ist innerhalb der **Gleichheitsprüfung** nicht an einem strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab zu messen.

„Das **Differenzierungskriterium** der Buchführung ist ein **verfügbares Merkmal**. Durch die Soll-Besteuerung, die nach Maßgabe des § 20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. im Verständnis der angegriffenen Rechtsprechung für die Bf. wegen der

für sie obligatorischen Buchführungspflicht unvermeidbar ist, wird ihre unternehmerische Entscheidungsfreiheit allenfalls am Rande berührt. Vereinigungsfreiheit und Berufsausübungsfreiheit sind in qualitativer Hinsicht eher geringfügig betroffen.“ (BVerfG aaO)

- c) Dem **Gesetzgeber** steht zudem **bei der Ausgestaltung des Besteuerungsverfahrens ein weiter Gestaltungsspielraum** zu.

„Denn die Vorschrift des § 20 UStG befreit nicht von der Umsatzsteuer; sie enthält **kein materielles Steuerrecht**, sondern eine Regelung zur Anmeldung und Zahlung von Umsatzsteuer, die allerdings im Ergebnis zu kalkulatorischen Zinsaufwendungen führen kann. Sie wirkt sich nicht auf die Höhe des von den Mandanten (Leistungsempfänger) an die Bf. (Unternehmerin) zu entrichtenden Umsatzsteuerbetrags aus, sondern regelt allein die verfahrensrechtliche Art und Weise, wann eine betragsmäßig unstreitige Umsatzsteuer vom leistenden Unternehmer in die beim Finanzamt einzureichenden Voranmeldungen einzubeziehen ist. Die Soll-Besteuerung betrifft infolgedessen keine Frage der materiellen Umsatzbesteuerung. Sie wirkt sich für den die Umsatzsteuer zahlenden Leistungsempfänger nicht unmittelbar aus, wenn auch die durch die Soll-Besteuerung verursachten Vorfinanzierungskosten die Preis- bzw. Honorarkalkulation der betroffenen Unternehmer beeinflussen können.“ (BVerfG aaO)

- d) Die vom BFH dem Gesetz durch Auslegung entnommenen Gründe für die Ungleichbehandlung vermögen die Differenzierung von Soll-Besteuerung und Ist-Besteuerung in verfassungsrechtlich hinreichender Weise zu gründen.

„Ausgangspunkt der **Verhältnismäßigkeitsprüfung** ist dabei die vom BFH aus dem Unionsrecht und dem insofern übereinstimmenden nationalen Umsatzsteuerrecht gewonnene Feststellung, dass die Soll-Besteuerung nach vereinbarten Entgelten der gesetzliche Regelfall, die Ist-Besteuerung hingegen die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme hiervon ist (vgl. das angegriffene Urteil des BFH, DStR 2010, 2349). Die Unternehmen mit ohnehin vorhandener Forderungsbuchhaltung auf diesen von ihnen ohne weiteren technischen Aufwand erfüllbaren Regelfall der Soll-Besteuerung zu verpflichten, die Ist-Besteuerung nach § 20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. dagegen nur dann zuzulassen, wenn die für die Soll-Besteuerung notwendigen Unterlagen im Buchführungswesen des Unternehmens nicht vorhanden sind und deshalb eigens für die Zwecke der Soll-Besteuerung (§ 16 UStG) erstellt werden müssten, ist nicht sachwidrig und entspricht dem **Verfahrenscharakter dieser Regelung**.“

Die Vorschrift des § 20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. führt nach ihrer für die verfassungsrechtliche Prüfung maßgeblichen Auslegung durch den BFH nicht zu einer allein rechtsformbezogenen Differenzierung. Die Differenzierung erfolgt danach nicht im Anschluss an die vom Unternehmer gewählte Rechtsform, sondern abhängig vom Vorliegen einer Buchführung (freiwillige oder obligatorische Buchführung einerseits, keine Buchführung andererseits). Nach Maßgabe der angegriffenen Rechtsprechung ist die Ist-Besteuerung nach § 20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. auch bei einer freiwilligen Forderungsbuchhaltung zu versagen. **Differenzierungskriterium** ist danach die – sei es freiwillig, sei es verpflichtend – **vorhandene oder aber nicht vorhandene Forderungsbuchhaltung**. Freiberufler-Kapitalgesellschaften mit Forderungsbuchhaltung und Freiberufler-Personenunternehmen mit Forderungsbuchhaltung werden vom BFH bei der Auslegung des § 20 I 1 Nr. 3 UStG a. F. gleich behandelt.“ (BVerfG aaO)

- II. **Ergebnis:** Angesichts des relativ niedrigen Rechtfertigungsbedarfs ist die Ungleichbehandlung daher von Verfassung wegen nicht zu beanstanden.

AO  
§ 193

### Akteneinsichtsrecht des Finanzamts Beschlagnahmte Unterlagen

SteuerR

(OLG Karlsruhe NSTz 2013, 385; Beschluss vom 02.10.2013 – 2 VAs 78/13)

Die **Staatsanwaltschaft** ist **verpflichtet, dem Finanzamt** zum Zwecke einer von diesem gegen den Besch. bzw. gegen von ihm vertretene Vereine angeordneten Außenprüfung (§ 193 AO) **Einsicht in Unterlagen zu gewähren, die in einem gegen den Besch. geführten Strafverfahren beschlagnahmt worden sind**, soweit diese **Unterlagen für die Steuerprüfung erforderlich** sind.

„Dass das Finanzamt im Rahmen der angeordneten Außenprüfung (§ 193 AO) berechtigt ist, die sichergestellten Unterlagen einzusehen, ergibt sich aus § 200 AO. Danach ist der **Steuerpflichtige zur Mitwirkung verpflichtet**, insbesondere hat er **Auskünfte zu erteilen, Aufzeichnungen, Bücher, Geschäftspapiere und andere Unterlagen zur Einsicht und Prüfung vorzulegen** (§ 200 I 2 AO). In Bezug auf die gegenüber den Vereinen O und B erlassenen Prüfungsanordnungen ist der Ast. als Vorstand in gleicher Weise verpflichtet (§ 34 AO). Da ihm die Vorlage dieser Unterlagen infolge ihrer Beschlagnahme nicht möglich war, hatte das Finanzamt wegen des im Besteuerungsverfahren geltenden **Untersuchungsgrundsatzes** (§ 88 AO) die StA um Amtshilfe (§ 111 AO) zu ersuchen. Die StA ihrerseits war nach § 111 I AO **zur Amtshilfe verpflichtet**. Eine **Auskunfts- oder Verschwiegenheitspflicht** traf sie nicht (§ 105 I AO). Auch hinderte der Umstand, dass die Unterlagen in einem Steuerstrafverfahren beschlagnahmt wurden, die Herausgabe nicht (§ 30 IV Nr. 1 i. V. mit § 30 II Nr. 1 a AO). Aus den §§ 111 I, 105 I AO folgt somit die Verpflichtung der StA, dem Finanzamt die erbetene Einsicht in die von ihr beschlagnahmten Unterlagen zu gewähren, soweit diese für den Zweck der Steuerprüfung erforderlich sind. Diese Vorschriften sind deshalb besondere Vorschriften i. S. von § 474 II StPO, die auch die Übermittlung personenbezogener Daten erlauben. Anderes ergibt sich auch nicht aus § 393 AO, der das Verhältnis des Strafverfahrens zum Besteuerungsverfahren regelt. Gem. § 393 III AO dürfen vielmehr Erkenntnisse, die die StA im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen rechtmäßig gewonnen hat, im Besteuerungsverfahren verwertet werden. Damit setzt auch § 393 III AO nach der Auffassung des Senats generell die Zulässigkeit der Weitergabe strafrechtlicher Ermittlungsergebnisse von der StA an die Finanzbehörde für das Besteuerungsverfahren zwingend voraus. Dass personenbezogene Daten von der Weitergabe ausgenommen sein sollen, ist auch der Bestimmung des § 393 III AO nicht zu entnehmen. Auch § 393 III AO stellt deshalb, wenn er auch selbst die Gewährung von Auskünften und Akteneinsicht nicht regelt, eine besondere Vorschrift dar, die impliziert und damit vorsieht, dass Gerichte und StA auch personenbezogene Daten an die Finanzbehörde zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Besteuerungsverfahren übermitteln dürfen. Gem. §§ 13 I Nr. 1 EGGVG, § 474 II Nr. 2, III und § 474 IV StPO war die Gewährung der Akteneinsicht damit zulässig, denn bei der Finanzbehörde handelt es sich um eine öffentliche Stelle i. S. von § 474 II StPO.“

Die Gewährung der Akteneinsicht stellt auch **keine Umgehung des Verbots des § 393 II AO** dar, wonach im Besteuerungsverfahren steuerrechtliche Zwangsmittel (§ AO § 328 AO) unzulässig sind, wenn der Steuerpflichtige gezwungen würde, sich selbst zu belasten, denn § 393 II AO schließt die Anwendung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen nicht aus (Klein, AO, 11. Aufl., § 393 Rn 15).“ (OLG Karlsruhe aaO)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Pauly:** Schwarzarbeit – Aktuelle Entwicklungen zu den Entwicklungen zu den Folgen bei mangelhaften Werkleistungen (MDR 2013, 1377)

Dem **Besteller von Werklohnarbeiten** stehen im Falle einer Schwarzgeldabrede **keine gesetzlichen Mängelansprüche** mehr zu; derartige Abreden sind vielmehr nach § 134 BGB nichtig, ohne dass Besteller sich zukünftig noch auf Treu und Glauben berufen können. – Verlangt der Handwerker **für bereits erbrachte Leistungen eine Vergütung**, so kommt eine **Abwicklung nach den Vorschriften der §§ 812 ff BGB** in Betracht; die **Kondiktionsperre des § 817 S.2 BGB steht dem nicht entgegen**; mit dem Ausschluss von Mängelrechten, verbunden mit der Gefahr einer Strafverfolgung und der Nachzahlung von Steuern und Sozialabgaben ist der **ordnungspolitische Zweck des SchwarzArbG** hinreichend gewahrt; eine darüber hinausgehende Bestrafung des Handwerkers kann nicht Sinn und Zweck dieses Gesetzes sein.

2. **Conrad:** Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei nach Überlassung auftretenden, behebbaren Mängeln (MDR 2013, 1381)

Auch dem **Mieter** steht ein **Zurückbehaltungsrecht** und damit ein (i.d.R. betragsmäßig stärkeres) Druckmittel **gegenüber dem Vermieter** zu; hierfür ist grds. Voraussetzung, dass der Mieter den Mangel dem Vermieter anzeigt; dies ermöglicht dem Vermieter, den Mangel zu beseitigen; allein diese Möglichkeit rechtfertigt das Zurückbehalten des Mietzinses. – Die Einrede kann als **Ausfluss der Erfüllungsanspruchs aus § 535 I 2 BGB** unabhängig von etwaigen Minderungsausschlüssen geltend gemacht werden und kann bereits das Vorliegen der Voraussetzungen des § 320 I BGB den Verzug des Mieters verhindern. – Nicht nur im Fall der Veräußerung der Mietsache, sondern auch und insbesondere im Fall der Mangelbeseitigung müssen die zurückbehaltenen Beträge (mangels Verzug unverzinst) ausgezahlt werden, § 322 BGB.

3. **Seel:** Rückruf aus dem Urlaub – Ist dies möglich? (MDR 2013, 1385)

Ein **gewährter Urlaub** kann **grds. nicht widerrufen** werden; ein Rückruf aus dem Urlaub ist (nur) möglich, wenn die **Freistellungserklärung (ex nunc) beseitigt** worden ist; dies kann durch eine Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB oder – unter engen Voraussetzungen – nach § 313 BGB erfolgen; **individual-oder tarifvertragliche Regelungen, die ein Rückrufrecht des Arbeitgebers vorsehen, sind unvereinbar mit § 13 BurlG**, soweit es den **gesetzlichen Mindesturlaub** anbelangt. – Soweit es **Mehrurlaubsansprüche** betrifft, **steht § 13 BurlG einem Rückrufrecht nicht entgegen**. – Der Vorbehalt eines Rückrufs im Standardarbeitsvertrag begegnet aber im Hinblick auf die **AGB-Kontrolle** erheblichen Bedenken; zudem wird bei zusammenhängend gewährtem Urlaub ein Rückruf i.d.R. ausscheiden; dies gilt zumindest dann, wenn bei der Urlaubsgewährung nicht ausdrücklich zwischen gesetzlichem Urlaub und (vertraglichem) Mehrurlaub differenziert wird. – Ein **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** in Bezug auf einen Rückruf **besteht nicht**; es fehlt bereits an dem erforderlichen kollektiven Tatbestand; in einer Betriebsvereinbarung können aber Modalitäten über das „Wie“ eines Urlaubsrückrufs geregelt werden.

4. **Schmid:** Urkundenprozess bei rückständigen Mietnebenkosten (MDR 2013, 1266)

Der **Urkundenprozess** ist **grds. auch in Mietnebenkostenverfahren möglich**; da jedoch meist die Richtigkeit der Abrechnung streitig ist, kann der Nachweis aller Umstände durch Urkunden mühsam sein, sodass u. U. ein normales Verfahren mit anderen Beweismitteln vorzuziehen ist. – Wenn zu erwarten ist, dass der Bekl. nichts bestreiten wird, wird sich ohnehin eher der normale Prozess mit der Hoffnung auf ein Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil anbieten. – Die Möglichkeit eines Urkundenprozesses ist jedoch auch im Mietnebenkostenprozess im Auge zu behalten; für den Rechtsanwalt kann es eine Pflichtverletzung darstellen, wenn er eine sachdienliche Klage im Urkundenprozess nicht erhebt.

5. **Jerger:** Die Ansprüche des bei unwirksamer Schönheitsreparaturklausel renovierenden Mieters (ZMR 2013, 853)

**Führt der Mieter Schönheitsreparaturen durch**, war er **dazu aber nicht wirksam verpflichtet**, kann er **nach § 812 I 1 Var. 1 BGB Ersatz verlangen**. – Die **Höhe des Wertersatzes bestimmt sich** völlig losgelöst von den konkreten Aufwendungen des Mieters **danach, ob der Vermieter im Wege ungelerner Eigenleistung renoviert hätte oder die Arbeiten in seinem Gewerbe erbracht oder einen Fachmann mit der Durchführung beauftragt hätte**. – Der **darlegungs- und beweispflichtige Vermieter** kann entreichert sein, wenn er die Wohnung auch unrenoviert hätte vermieten können.

## II. Strafrecht

1. **Gaßner/Strömer:** Das Strafbarkeitsrisiko des Patienten bei Abrechnungsmanipulationen seines Arztes (NSTZ 2013, 621)

Für nach dem Kostenerstattungsprinzip abgesicherte Patienten besteht ein beachtliches **Risiko, sich durch das Einreichen von unwahre Angaben enthaltenen ärztlichen Abrechnungen eines Betrugtes strafbar zu machen**; ein Fehlverhalten von Patienten können jedoch i. d. R. weder Kostenträger noch Strafverfolgungsbehörden erkennen oder gar nachweisen. - Eine beachtliche Zahl an Patienten dürfte sich der Möglichkeit, sich durch Einreichen einer vom Arzt manipulierten Abrechnung strafbar zu machen, überhaupt nicht bewusst sein; daher ist es angezeigt, potenziell gefährdete Patienten über die sie betreffenden Strafbarkeitsrisiken möglichst umfassend und deutlich aufzuklären. – **Alein der Patient ist zur Bekämpfung korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen ein ungeeignetes Kontrollinstrument**; andererseits können viele Manipulationen ohne den Patienten nicht aufgedeckt werden; vor diesem Hintergrund ist es gesamtgesellschaftlich sinnvoll, wenn auch im Bereich der privatärztlichen Versorgung unter Einbindung der Patienten institutionalisierte **Maßnahmen zur präventiven Korruptionsbekämpfung** ergriffen würden. - Eine Möglichkeit zur Korruptionsbekämpfung bei der privatärztlichen Versorgung wäre die Einrichtung von Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen auf der Ebene beamtenrechtlicher Beihilfestellen sowie auf Ebene des Verbandes der Privaten Krankenversicherung e.V.; allerdings müssten solche **Fehlverhaltensbekämpfungsstellen** beim Prinzip der Kostenerstattung ihre Arbeitsweise wegen der strukturellen Unterschiede von vornherein anders als entsprechende Stellen im System der gesetzlichen Krankenversicherung konzipieren; idealerweise sollten sie darauf hinwirken, dass die Patienten die Fehlverhaltensbekämpfung proaktiv fördern; Hierzu kann es zielführend sein, wenn sie die Patienten bei Fragen und Zweifeln hinsichtlich strafrechtlicher Probleme bei der Abwicklung der Erstattung unterstützen.

2. **Trüg/Habetha:** An den Grenzen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerstrafrecht – Zur Zurechnung von Geschäftsanteilen nach unwirksamer Treuhandvereinbarung (NSTZ 2013, 684)

Die **Akzessorietät zwischen dem Tatbestand der Steuerhinterziehung und dem materiellen Steuerschuldrecht** bewirkt die Aufnahme der wirtschaftlichen Betrachtungsweise in das Steuerstrafrecht. - Die für Zwecke der Besteuerung normierten Regeln, etwa zur Bestimmung wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 AO), zur Behandlung unwirksamer (§ 41 I AO) oder nur zum Schein abgeschlossener Rechtsgeschäfte (§ 41II AO) finden über § 370 AO Eingang in das Steuerstrafrecht; auf diese Weise wird die **wirtschaftliche Betrachtungsweise** zum auch **das Steuerstrafrecht beherrschenden Prinzip**. - Umgekehrt begrenzen die Normen des Steuerschuldrechts die strafrechtlich noch zulässige wirtschaftliche Bewertung auch zur Beurteilung zivil- oder gesellschaftsrechtlicher Vereinbarungen.

3. **Maier:** Aus der Rspr. des BGH zu den Raubdelikten – 1. Teil (NSTZ-RR 2013, 329)
4. **Maier:** Aus der Rspr. des BGH zu den Raubdelikten – 2. Teil (NSTZ-RR 2013, 364)
5. **Pfister:** Aus der Rspr. des BGH zu materiellrechtlichen Fragen des Sexualstrafrechts 2012/2013 – 1. Teil (NSTZ-RR 2013, 361)

## III. Öffentliches Recht

1. **Dörr:** Amtshaftung in der aktuellen Rspr. des BGH (BayVBI 2013, 613)
2. **Werner:** Kommunale Stiftungstätigkeit und ihre Schranken (NVwZ 2013, 1520)

Die **Errichtung einer kommunalen Stiftung** erfolgt grds. dadurch, dass die **Gemeinde diese durch Stiftungsgeschäft i. S. des § 81 BGB errichtet**. - Kommunen als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften sind grds. zur Errichtung von Stiftungen in der Lage; der Zweck einer kommunalen Stiftung ist auf den räumlichen Bereich der Gebietskörperschaft bezogen. - Die **Übertragung von kommunalem Vermögen auf Stiftungen** ist jedoch **nur eingeschränkt möglich**; die Kommune hat in diesem Zusammenhang den **Subsidiaritätsgrundsatz** und das **Verbot der Verschleuderung kommunalen Vermögens** sowie das **Ingerenzprinzip** zu beachten; diese **Übertragungsverbote sind Verbotsgesetze i. S. des § 134 BGB**; verpflichtet sich die Kommune gleichwohl zur Übertragung entsprechenden Vermögens auf die Stiftung, so ist das Stiftungsgeschäft nichtig, so dass eine Genehmigung der Stiftung ausgeschlossen ist.

3. **Kreuter:** Schulbesuch im Ausland und europäisches Recht (DÖV 2013, 937)

Die **Leistungen von Privatschulen** unterfallen dem **Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit**; Vorschriften, welche die Inanspruchnahme dieser Leistungen durch Schüler aus anderen Mitgliedstaaten erschweren oder gar verhindern, sind unzulässige Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit, sofern sie nicht durch **zwingende Gründe des Allgemeininteresses** gerechtfertigt sind und die betreffenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen zudem verhältnismäßig sind. - Ob sich die in den meisten Bundesländern bestehende und zwingend dort zu erfüllende **Schulpflicht** in dieser Form auf ein solches zwingendes überwiegendes Allgemeininteresse stützen kann, ist fraglich; jedenfalls wäre sie zur Erreichung denkbarer Ziele nicht erforderlich, weil entsprechend mildere

Mittel (Prüfung der Vergleichbarkeit ausländischer Schulen und Abschlüsse) vorhanden sind; soweit derartige Sachverhalte nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fallen, **unterliegen sie den Vorschriften über die Freizügigkeit der Unionsbürger**. - Die Vorschriften zur Schulpflicht sind demnach insoweit auch eine unverhältnismäßige Beschränkung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Freizügigkeit der Unionsbürger, selbst wenn die Schulpflicht als solche legitime Ziele verfolgen dürfte. - Die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich der Bildung einer Kontrolle der betreffenden Vorschriften am Maßstab des Gemeinschaftsrechts steht nicht entgegen.

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

1. **Jungk/Chab/Grams**: Pflichten und Haftung des Anwalts – Eine Rechtsprechungsübersicht (BRAK-Mitt. 213, 220)
2. **Heyers**: Aktuelle Entwicklungen zur Haftung von Soziern einer GbR (MDR 2013, 1322)
3. **Mayer**: Vergütungsvereinbarung: Neues bei Beratungshilfe, pro bono und Erfolgshonorar (AnwBl 2013, 894)
4. **Borgmann**: Die Rspr. des BGH zum Anwaltshaftungsrecht von Juli 2012 bis Juli 2013 (NJW 2013, 3343)
5. **Sommer/Treptow**: Die „Umwandlung“ einer Partnerschaftsgesellschaft in eine PartG mbB und ihre Folgen (NJW 2013, 3269)

Für die Anwendung des Haftungskonzepts der PartG mbB kommt es im Außenverhältnis allein auf den **wirksamen Abschluss der spezifischen Berufshaftpflichtversicherung i. S. des § 8 IV 1 PartGG** an; hierfür ist im Außenverhältnis wegen § 7 III PartGG i. V. mit § 126 II HGB kein Gesellschafterbeschluss erforderlich. - Im **Innenverhältnis** ist der **Abschluss der spezifischen Berufshaftpflichtversicherung grds. nicht von der (allgemeinen) Geschäftsführungsbefugnis der Partner umfasst** und **bedarf daher eines Gesellschafterbeschlusses**; dieser ist mit der für außerordentliche Geschäfte vorgesehenen Mehrheit zu fassen. - Die Haftungsbeschränkung auf das Partnerschaftsvermögen findet grds. ab Beginn des spezifischen Versicherungsschutzes Anwendung; für Mandatsbeziehungen, die bereits vor dem Beginn des spezifischen Versicherungsschutzes der PartG mbB abgeschlossen wurden, verbleibt es grds. beim Haftungskonzept der einfachen Partnerschaft; dies gilt auch für solche Berufsfehler, die erst nach dem Beginn des spezifischen Versicherungsschutzes begangen wurden; diese **persönliche Nachhaftung der Partner ist analog § 160 HGB, § 224 II UmwG zeitlich auf fünf Jahre** nach Eintragung der Namensänderung im Partnerschaftsregister **beschränkt**. - Mit Beginn des spezifischen Versicherungsschutzes bemisst sich die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungsvereinbarungen für Berufsfehler grds. nach den erhöhten Mindesthaftungssummen bei der PartG mbB. Ausnahmen bestehen für solche Altmandate, für die (noch) das Haftungskonzept der einfachen Partnerschaft Anwendung findet.

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

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

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

## Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3  
Protokollwissen

**Protokolle anfordern!**

**Prüfungsstoff im Mündlichen**  
1/3  
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

**ZA lesen!**

1/3  
unbekannter Stoff

**Phantasie zeigen! ■**

