



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

39. Jahrg.

Januar 2014

Heft 01

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten bei Gesellschafterhaftung
- BGH:** Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums bei Rechtsgutachten
- BVerfG:** Beobachtung von Angeordneten durch Verfassungsschutz
- BGH:** Verstoß gegen Grundsatz der Waffengleichheit
- BGH:** Irrtümliche Verfahrenseinstellung als Verfahrenshindernis
- OVG Lüneburg:** Klage einer natürlichen Person gegen ein Vereinsverbot
- OLG Karlsruhe:** Nachträgliche Überprüfung polizeilicher Maßnahmen



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

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Die Änderungen des Restschuldbefreiungsverfahrens 1

Brandaktuell

BGH: Illegales Filesharing
(keine Haftung für volljährige Familienangehörige) 3

Zivilrecht

BGH: Wohngeldschulden im Erbfall
(Nachlass- oder Eigenverbindlichkeiten) 4

BGH: Gesellschafterhaftung
(Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten) 8

Strafrecht

BGH: Verbotsirrtum
(Unvermeidbarkeit bei Einholung eines Rechtsgutachtens) 11

BGH: Unerlaubtes Betreiben einer Anlage
(Abfallbeseitigung / Abfallverwertung) 13

öffentl. Recht

BVerfG: Beobachtung von Abgeordneten durch Verfassungsschutz
(Anforderungen an Rechtfertigungsfähigkeit) 16

Kurzauslese I

OLG Düsseldorf: Vermieterkündigung
(Ersatz des Kündigungsfolgeschadens) 24

OLG Hamm: Vertragsschluss bei Internet-Auktion
(Fehler bei Mindestpreisangabe) 24

BGH: Schriftformerfordernis (Legitimationswirkung eines Firmenstempels) 24

OLG Celle: Amtsanmaßung
(Verwendung eines Blaulichts im Straßenverkehr) 25

BGH: Raub
(Vollendung der Wegnahme) 25

BGH: Subventionsbetrug
(Umfang der Schadensersatzpflicht) 26

BGH: Störung öffentlicher Betriebe
(„Zuparken“ einer Geschwindigkeitsmessenanlage) 26

OVG Münster: Polizeiliche Generalklausel
(Abgrenzung) 27

OVG Münster: Rückforderung von Versorgungsbezügen
(Anwendbarkeit des § 814 BGB) 27

OVG Bautzen: Selbstverwaltungsrecht des Kreistags
(Empfehlung zur Mandatsniederlegung) 27

Zivilrecht

BGH: Richterliche Hinweispflicht
(Umfang im Zwangsversteigerungsverfahren) 29

| | | |
|--|---|----|
| BGH: | Verstoß gegen Grundsatz der Waffengleichheit (Verletzung rechtlichen Gehörs)..... | 31 |
| Strafrecht | | |
| BGH: | Verfahrenshindernis (irrtümliche Verfahrenseinstellung)..... | 34 |
| öffentl. Recht | | |
| OVG Lüneburg: | Klage gegen ein Vereinsverbot (Klagebefugnis einer natürlichen Person)..... | 36 |
| OLG Karlsruhe: | Nachträgliche Überprüfung polizeilicher Maßnahmen (Rechtsweg und Zuständigkeit bei Verweisung durch VG)..... | 40 |
| Kurzauslese II | | |
| OLG Köln: | Antrag auf Anordnung der Klageerhebung (Rechtsmissbräuchlichkeit)..... | 43 |
| OLG Dresden: | Beschwerde gegen Befangenheitsablehnung (Anwaltszwang)..... | 43 |
| VG Arnberg: | Erinnerung gegen Kostenansatz (keine Wahrung des Schriftformerfordernisses durch Email)..... | 43 |
| KG: | Pflichtverteidigerbestellung (Rückwirkung)..... | 44 |
| OLG Karlsruhe: | Zurückverweisung durch Berufungsgericht (Zulässigkeit)..... | 44 |
| OLG Düsseldorf: | Wiederaufnahmeverfahren (neues Beweismittel)..... | 45 |
| BVerwG: | Disziplinarverfahren (Bindungswirkung einer strafprozessualen Entscheidung)..... | 45 |
| VGH München: | Widerspruchsverfahren (Rechtsschutzbedürfnis)..... | 45 |
| OVG Münster: | Anspruch auf rechtliches Gehör (Schriftsatznachlass)..... | 46 |
| Speziell für Rechtsanwälte und Notare | | |
| Gebühren und Kosten | | |
| OVG Münster: | Erledigungsgebühr (anwaltliche Mitwirkung)..... | 47 |
| OLG Celle: | Prozess-/Verfahrenskostenhilfe (Anrechnung der Geschäftsgebühr auf Verfahrensgebühr)..... | 47 |
| OLG Hamburg: | Verfahrensgebühr (Klageerwiderung nach Klagerücknahme)..... | 48 |
| OLG Köln: | Vergütungsanspruch des Verfahrensbeistands (Vergütungsanspruch für jeden Rechtszug)..... | 49 |
| BGH: | Anwaltlicher Honoraranspruch (Mandatskündigung)..... | 49 |
| BGH: | Erstattungsfähigkeit von Rechtsberatungskosten (Notwendigkeit trotz eigener Rechtskunde)..... | 49 |
| BGH: | Prozess-/Verfahrenskostenhilfe (Klagerücknahme)..... | 50 |
| OLG Bremen: | Verzicht auf Kostenerstattungsanspruch (kein Rechtsschutzbedürfnis für Kostenentscheidung)..... | 50 |

Aus der Praxis

| | | |
|-----------------|---|----|
| AnwGH Celle: | Widerruf der Fachanwaltsbezeichnung (Verstoß gegen Fortbildungspflicht)..... | 51 |
| OLG Naumburg: | Unbezifferter Schmerzensgeldantrag (Wertbestimmung durch Schätzung)..... | 51 |
| BGH: | Wettbewerbsverstoß (Zulässigkeit der Werbung um ein konkretes Mandat)..... | 51 |
| BGH: | Wiedereinsetzungsantrag (Nichtbeachtung einer Einzelanweisung)..... | 53 |
| LG Frankenthal: | Adressermittlung durch Gerichtsvollzieher (örtliche Zuständigkeit)..... | 53 |
| OVG Berlin-Bbg: | Aufschiebende Wirkung des Widerspruchs (Festsetzungsbescheid des anwaltlichen Versorgungswerks)..... | 54 |

Steuern

| | | |
|------|--|----|
| BFH: | Steuerpflichtiger Arbeitslohn (Zuschuss zur freiwilligen Rentenversicherung)..... | 55 |
| BFH: | Beamtenrechtliche Versorgungsbezüge (Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung)..... | 55 |

| | |
|---|-----------|
| Weitere Schrifttumsnachweise | 58 |
|---|-----------|

Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des Restschuldbefreiungsverfahrens

Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte v. 15.07.2013, In-Kraft-Treten in Teilen am 19.07.2013, ansonsten am 01.07.2014 (BGBl I 2013, 2378)

I. Allgemeines

Mit dem Gesetz sollen u.a. **Schuldner** künftig **schneller von ihren Restschulden befreit** werden, wenn sie zumindest einen Teil der Forderungen und die Verfahrenskosten bezahlt haben. Eine vorzeitige Restschuldbefreiung soll zudem nach fünf Jahren möglich sein, wenn zumindest die Verfahrenskosten beglichen werden können. Ansonsten soll es bei der derzeitigen Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens von sechs Jahren bleiben. Die Möglichkeit der Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens soll für alle Personen gelten, sie wird demnach nicht auf bestimmte Personengruppen wie z. B. Existenzgründer oder Verbraucher beschränkt.

Hiervon sollen auch die Gläubiger profitieren, die nach drei Jahren zumindest einen Teil ihrer Forderungen erhalten, anstatt nach sechs Jahren leer auszugehen.

II. Die wesentlichen Neuregelungen im Überblick

1. Neue Kostenregelung

Nach der Neuregelung des § 26 InsO soll der **Gläubiger**, wenn er einen von **vorherein unbegründeten Insolvenzantrag** gestellt hat und eine Verfahrenseröffnung deshalb unterbleibt, die **Verfahrenskosten tragen**. Nach der bisher geltenden Regelung verhielt es sich auch in diesen Fällen so, dass der Schuldner trotz des offensichtlich unbegründeten Insolvenzantrags die Kosten zu tragen hatte.

2. Kostenstundung ist leichter erreichbar

Die Ablehnung der Stundung setzt künftig nicht mehr nur voraus, dass der Schuldner keiner angemessenen Arbeit nachgeht oder sich um sie bemüht bzw. eine zumutbare Tätigkeit ablehnt. Vielmehr muss seine **Obliegenheitsverletzung** auch die **Befriedigung der Insolvenzgläubiger beeinträchtigen und verschuldet sein**. Im Ergebnis muss der Schuldner also in der Lage sein, überhaupt einer Beschäftigung nachzugehen, mit der er pfändbares Einkommen erzielen kann.

3. Erweiterte Erwerbsobliegenheit des Schuldners

Mit der Neuregelung des § 287b InsO wird festgelegt, dass es dem **Schuldner** vom Beginn der Abtretungsfrist an bis zur Beendigung des Insolvenzverfahrens obliegt, eine **angemessene Erwerbstätigkeit auszuüben** und, wenn er ohne Beschäftigung ist, sich um eine solche zu bemühen und keine zumutbare Tätigkeit abzulehnen. Nach § 295 I Nr. 1 InsO bestand die Erwerbsobliegenheit bisher nur während der Laufzeit der Abtretungserklärung.

4. Privilegierung für Abtretungen entfällt

Hat der Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Forderung für die spätere Zeit auf Bezüge aus einem Dienstverhältnis oder an deren Stelle tretende laufende Bezüge abgetreten oder verpfändet, war diese Verfügung nach § 114 I InsO insofern wirksam, soweit sie sich auf die Bezüge für die Zeit vor Ablauf von zwei Jahren nach dem Ende des zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Kalendermonats bezieht.

Mit der nunmehr erfolgten **Streichung des § 114 InsO** will der Gesetzgeber die **Insolvenzmasse verbreitern** und die **Verteilungsgerechtigkeit des Verfahrens erhöhen**.

Es soll gesichert sein, dass dem Schuldner sein Arbeitseinkommen als regelmäßig einzige Einnahmequelle ungeschmälert zur Verfügung steht, um die Verfahrenskosten auszugleichen und die zur Verkürzung der Restschuldbefreiung erforderliche Quote erreichen zu können.

Darüber hinaus stellt § 287 III InsO klar, dass vor der Insolvenz erklärte Lohnabtretungen während der Restschuldbefreiung unwirksam sind, insoweit sie die Wirkungen der Abtretungserklärung nach § 287 II InsO, mit der der Schuldner seine pfändbaren Forderungen auf Bezüge aus seinem Dienstverhältnis oder an deren Stelle tretenden laufenden Bezüge für die Zeit von sechs Jahre nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an einen vom Gericht zu bestimmenden Treuhänder abtreten.

5. Verfahrenserleichterungen für den Gläubiger

Eine weitere Erleichterung sieht § 29 II InsO vor, wonach das Gericht auf den Berichtstermin verzichten soll, wenn die Vermögensverhältnisse des Schuldners überschaubar sind und die Zahl der Gläubiger oder die Höhe der Verbindlichkeiten gering ist. Gerade in Verbraucherinsolvenzverfahren ist der **Berichtstermin** damit **regelmäßig überflüssig**, weil eine Sanierung regelmäßig nicht in Betracht kommen wird.

Gleichzeitig wird allerdings die **Wahrheitspflicht des Schuldners stärker betont**: Künftig ist der Schuldner verpflichtet, seine Angaben hinsichtlich ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit an Eides statt zu versichern. Dies bezweckt, den Schuldner auf die besondere Bedeutung seiner Wahrheitspflicht hinzuweisen, da bei grob fahrlässigen unrichtigen oder unvollständigen Angaben die Versagung der Restschuldbefreiung nach § 290 I Nr. 6 InsO droht.

Die Insolvenzgläubiger, also nur die Gläubiger die ihre Forderungen im Insolvenzverfahren angemeldet haben, sind nach § 287 IV InsO n.F. zum Zulässigkeitsantrag des Schuldners zu hören. Sie können seine Angaben prüfen und jederzeit sowohl im schriftlichen als auch mündlichen Verfahren ggf. einen Versagungsantrag nach § 290 InsO stellen.

6. Vollstreckung vor Verfahrenseröffnung

§ 88 InsO sah bisher vor, dass eine Sicherung mit Verfahrenseröffnung unwirksam wird, wenn ein Insolvenzgläubiger im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag durch Zwangsvollstreckung eine Sicherung an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen des Schuldners erlangt hat. Diese Frist wird für Verbraucherinsolvenzen nun auf drei Monate verlängert, damit der **außergerichtliche Einigungsversuch nicht durch Vollstreckungsbemühungen einzelner Gläubiger gestört** wird.

7. Neue Fristen für die Erteilung der Restschuldbefreiung

Eine **Restschuldbefreiung** kommt künftig sofort, nach drei, fünf oder sechs Jahren in Betracht:

- Die Restschuldbefreiung wird **sofort** erteilt, wenn der Schuldner die Verfahrenskosten ausgeglichen hat und kein Insolvenzgläubiger eine Forderung angemeldet hat oder wenn die Forderungen der Insolvenzgläubiger befriedigt sind und der Schuldner auch die sonstigen Verbindlichkeiten bezahlt hat.
- **Nach Ablauf von drei Jahren** der Abtretungsfrist wird die Restschuldbefreiung erteilt, wenn der Schuldner die Verfahrenskosten getilgt und die Forderungen der Insolvenzgläubiger mit mindestens 35 % aus der dem Insolvenzverwalter oder Treuhänder zugeflossenen Masse befriedigt wurden.
- **Fünf Jahre** muss der Schuldner warten, der die Verfahrenskosten ausgeglichen hat, jedoch keine binnen drei Jahren 35 Prozent der Insolvenzforderungen erreichenden Leistungen an die Insolvenzgläubiger erbracht hat.
- I. Ü. wird die Restschuldbefreiung ohne Ausgleich der Verfahrenskosten und hinreichender Leistungen an die Gläubiger wie bisher nach sechs Jahren erteilt, sofern kein Gläubiger einen begründeten Versagungsantrag stellt.

Brandaktuell

UrhG
§ 97a III

Illegales Filesharing keine Haftung für volljährige Familienangehörige (BGH in Pressemitteilung 05/14, Urteil vom 08.01.2014 - I ZR 169/12)

BGB

Der **Inhaber eines Internetanschlusses haftet nicht** für das Verhalten eines **volljährigen Familienangehörigen**, wenn er keine Anhaltspunkte dafür hatte, dass dieser den Internetanschluss für illegales Filesharing missbraucht.

Fall: Die Klägerinnen sind vier führende deutsche Tonträgerhersteller. Der Beklagte ist Inhaber eines Internetzugangs. In seinem Haushalt leben auch seine Ehefrau und deren volljähriger Sohn.

Die Klägerinnen ließen den Beklagten durch Anwaltsschreiben abmahnen; sie behaupteten, am 12. Juni 2006 seien über seinen Internetanschluss 3.749 Musikaufnahmen, an denen sie die ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte besäßen, in einer Internettauschbörse zum Herunterladen verfügbar gemacht worden. Der Beklagte gab ohne Anerkennung einer Rechtspflicht eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Er weigerte sich jedoch, die geltend gemachten Abmahnkosten zu bezahlen.

Die Klägerinnen nehmen den Beklagten auf Erstattung von Abmahnkosten in Höhe von 3.454,60 € in Anspruch.

Der Beklagte macht geltend, er sei für die behaupteten Rechtsverletzungen nicht verantwortlich. Sein damals 20-jähriger Stiefsohn habe die Musikdateien über den Internetanschluss zugänglich gemacht. Der Stiefsohn des Beklagten hat im Rahmen seiner Beschuldigtenvernehmung gegenüber der Polizei eingeräumt, er habe mit dem Tauschbörsenprogramm "BearShare" Musik auf seinen Computer heruntergeladen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerinnen 2.841 € zu zahlen, und die weitergehende Klage abgewiesen. Dazu hat es ausgeführt, der Beklagte sei für die Verletzung der urheberrechtlich geschützten Rechte an den Musiktiteln verantwortlich. Er habe dadurch, dass er seinem 20-jährigen Stiefsohn den Internetanschluss zur Verfügung gestellt habe, die Gefahr geschaffen, dass dieser an urheberrechtsverletzenden Musiktäuschbörsen teilnehme. Es sei ihm daher zumutbar gewesen, seinen Stiefsohn auch ohne konkrete Anhaltspunkte für eine bereits begangene oder bevorstehende Urheberrechtsverletzung über die Rechtswidrigkeit einer Teilnahme an Tauschbörsen aufzuklären und ihm die rechtswidrige Nutzung entsprechender Programme zu untersagen. Der Beklagte habe diese Verpflichtung verletzt, weil er seinen Stiefsohn nicht - jedenfalls nicht hinreichend - belehrt habe.

Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen.

*„Bei der Überlassung eines Internetanschlusses an volljährige Familienangehörige ist zu berücksichtigen, dass die **Überlassung** durch den Anschlussinhaber **auf familiärer Verbundenheit** beruht und Volljährige für ihre Handlungen selbst verantwortlich sind. Im Blick auf das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Familienangehörigen und die Eigenverantwortung von Volljährigen darf der Anschlussinhaber einem volljährigen Familienangehörigen seinen Internetanschluss überlassen, **ohne diesen belehren oder überwachen zu müssen**; erst wenn der Anschlussinhaber - etwa aufgrund einer Abmahnung - konkreten Anlass für die Befürchtung hat, dass der volljährige Familienangehörige den Internetanschluss für Rechtsverletzungen missbraucht, hat er die zur Verhinderung von Rechtsverletzungen erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.“* (BGH aaO)

Da der Beklagte nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen keine Anhaltspunkte dafür hatte, dass sein volljähriger Stiefsohn den Internetanschluss zur rechtswidrigen Teilnahme an Tauschbörsen missbraucht, haftet er auch dann nicht als Störer für Urheberrechtsverletzungen seines Stiefsohnes auf Unterlassung, wenn er ihn nicht oder nicht hinreichend über die Rechtswidrigkeit einer Teilnahme an Tauschbörsen belehrt haben sollte.

Entscheidungen materielles Recht

BGB

Wohngeldschulden im Erbfall

ZivilR

§§ 1990, 1967 II

Nachlass- oder Eigenverbindlichkeiten

(BGH in NJW 2013, 3446; Urteil vom 05.07.2013 – V ZR 81/12)

1. Nach § 1967 I BGB haftet der Erbe für die Nachlassverbindlichkeiten grundsätzlich unbeschränkt, d. h. nicht nur mit dem Nachlass, sondern auch mit seinem eigenen Vermögen.
2. Nachlassverbindlichkeiten sind „vom Erblasser herrührenden Schulden“, also im Zeitpunkt des Erbfalls in der Person des Erblassers bereits begründete Verpflichtungen, sowie „die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten“, also **Schulden**, die erst **nach und aus Anlass des Erbfalls** entstehen.
3. Rechtshandlungen des Erben im Rahmen „**eigenhändiger**“ **Verwaltung** des Nachlasses begründen **persönliche Eigenverbindlichkeiten** des Erben.
4. **Nach dem Erbfall fällig werdende** oder durch Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft begründete **Wohngeldschulden** sind (jedenfalls auch) **Eigenverbindlichkeiten** des Erben, wenn ihm das Halten der Wohnung als ein **Handeln bei der Verwaltung** des Nachlasses zugerechnet werden kann.
5. Hiervon ist in der Regel spätestens dann auszugehen, wenn er die **Erbschaft angenommen** hat oder die **Ausschlagungsfrist abgelaufen** ist und ihm faktisch die Möglichkeit zusteht, die Wohnung zu nutzen.

Fall: Die Bekl. zu 2 und 3 sowie weitere Personen sind die Erben der 1999 verstorbenen Erblasserin UH. Zum Nachlass gehört der hälftige Miteigentumsanteil an einer Eigentumswohnung. Die Erben wurden am 03.07.2008 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Die Bekl. zu 1 ist Erbin des Erblassers AH, zu dessen Nachlass der andere hälftige Miteigentumsanteil an der Eigentumswohnung gehörte. Ihre Eintragung in das Grundbuch erfolgte am 28.08.2008. Am 27.01.2009 wurde für die Wohnung ein Zwangsversteigerungsvermerk in das Grundbuch eingetragen. Die Wohnungseigentümergeinschaft hat von den Bekl. Zahlung der Wohngeldrückstände aus den Jahresabrechnungen 2009 und 2010 sowie des Hausgelds gemäß den Wirtschaftsplänen 2010 und 2011 verlangt. Die Beschlussfassung über die jeweiligen Jahresabrechnungen und Wirtschaftspläne erfolgte in den Eigentümerversammlungen vom 28.08.2010 und 25.05.2011. Die Beklagten wenden die Überschuldung des Nachlasses ein und berufen sich auf Beschränkung der Erbenhaftung. Zu Recht?

Es handelt sich ohne weiteres um Wohngeldrückstände und Hausgeld, welche nach dem Erbfall fällig geworden sind. Die Höhe der geltend gemachten Wohngeldrückstände sowie des Hausgelds ist zwischen den Parteien unstreitig.

Fraglich ist lediglich, ob die Beklagten lediglich **auf den Nachlass beschränkt** oder **unbeschränkt persönlich** haften. Nach **§ 780 I ZPO** kann ein Beklagter, der als Erbe des Schuldners verurteilt wird, die **Beschränkung seiner Haftung** nur geltend machen, wenn sie ihm **im Urteil vorbehalten** ist. Fraglich ist, ob hier eine solche Beschränkung auszusprechen ist. Dies hängt davon ab, ob die Beklagten lediglich als Erben des Schuldners für die Wohngeldrückstände und das Hausgeld haften oder ob es sich hierbei um eigene Verbindlichkeiten oder Nachlassersschulden handelt.

„Nach § 1967 I BGB haftet der Erbe für die **Nachlassverbindlichkeiten** grundsätzlich unbeschränkt, d. h. nicht nur mit dem Nachlass, sondern auch **mit seinem eigenen Vermögen**. Er kann seine **Haftung aber auf den Nachlass beschränken** (§§ 1975 ff. BGB). Nach § 780 I ZPO kann er die Beschränkung seiner Haftung nur dann im Vollstreckungsverfahren geltend machen, wenn sie ihm **im Urteil vorbehalten** ist. Voraussetzung für einen Vorbehalt ist, dass der Erbe als Prozesspartei wegen einer (**reinen**) **Nachlassverbindlichkeit** (§ 1967 BGB) in Anspruch genommen wird (Schmidt/Brinkmann, in: MüKo-ZPO, 4. Aufl., § 780 Rn. 5; Musielak, ZPO, 10 Aufl., § 780 Rn. 3). Handelt es sich dagegen (**auch**) **um eine Eigenverbindlichkeit** des Erben, kommt ein Vorbehalt einer beschränkten Erbenhaftung nach § 780 I ZPO nicht in Betracht.“ (BGH aaO)

Es kommt daher darauf an, ob es sich bei **Wohngeldschulden** für eine im Wege der Erbfolge erworbene Eigentumswohnung, die auf die **Zeit nach dem Erbfall** entfallen, um **Nachlassverbindlichkeiten** oder (**auch**) um **Eigenverbindlichkeiten** des Erben handelt. Dies ist umstritten.

I. Wohngeldschulden als reine Nachlassverbindlichkeiten

„Nach einer Auffassung stellen sie reine Nachlassverbindlichkeiten dar. Die **Beitragsverpflichtung** beruhe **nicht auf dem freien Entschluss des Erben**, eine Verbindlichkeit neu zu begründen, sondern auf dem Entschluss des Erblassers, Wohnungseigentum zu erwerben und Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft zu werden, und auf der auf § 1922 BGB beruhenden Eigentümerstellung des Erben (Staudinger/Bub, BGB, Neubearb. 2005, § 28 WEG Rn. 174; i. Erg. auch BayObLG, NJW-RR 2000, 306 = NZM 2000, 41; OLG Hamburg, NJW-RR 1986, 177; Letzteres behandelt Wohngeldschulden aus Billigkeitsgründen wie reine Nachlassverbindlichkeiten).“ (BGH aaO)

II. Wohngeldschulden als Eigenverbindlichkeit, wenn Erbe Wohnung für sich behält

„Überwiegend wird diese Ansicht allerdings dahingehend **modifiziert**, dass dann, wenn der Erbe zu erkennen gebe, dass er die **Wohnung für sich behalten wolle**, eine **Eigenverbindlichkeit des Erben** entstehe, für die er mit seinem eigenen Vermögen hafte (OLG Köln, NJW-RR 1992, 460 [461]; Köhler, ZWE 2007, 186 [187]; Hügel, ZWE 2006, 174 [180]; Niedenführ, NZM 2000, 641; ders. in: Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 10. Aufl., § 16 Rn. 166; Bub, Finanz- u. Rechnungswesen der Wohnungseigentümergeinschaft, 2. Aufl., S. 142; wohl auch OLG Hamburg, NJW-RR 1986, 177).“ (BGH aaO)

III. Differenzierung nach Zeitpunkt des Wohnungseigentümerbeschlusses über Hausgeld

Andere differenzieren danach, ob die Hausgeldschuld ihre Grundlage in einem bereits vor dem Erbfall gefassten Beschluss der Wohnungseigentümer hat oder auf einem erst danach gefassten Beschluss beruht.

1. Wohngeldschulden aufgrund eines Beschlusses vor Erbfall

„Für nach dem Erbfall fällig werdende Wohngeldschulden, die auf einem vor dem Erbfall gefassten Beschluss beruhen, wird **überwiegend angenommen**, dass es sich um eine **reine Nachlassverbindlichkeit** handelt, da der **Beschluss noch unter der Mitwirkung** oder zumindest Mitwirkungsmöglichkeit **des Erblassers** zu Stande gekommen sei (Bonifacio, MDR 2006, 244; Dötsch, ZMR 2006, 902 [906]; Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, 3. Aufl., Rn. 101; offen gelassen bei Siegmann, NZM 2000, 995 [997]; für Eigenverbindlichkeit Marotzke, ZEV 2000, 151 [154]).“ (BGH aaO)

2. Wohngeldschulden aufgrund eines Beschlusses nach Erbfall

„Gründeten sich die Hausgeldschulden hingegen auf einen **nach dem Erbfall gefassten Beschluss** der Wohnungseigentümergeinschaft, seien sie **jedenfalls auch Eigenverbindlichkeiten** des Erben mit der Folge, dass eine Beschränkung der Haftung auf den Nachlass nicht möglich sei. Zum Teil wird dies damit begründet, dass die Beschlussfassung über das Hausgeld unter der **Möglichkeit der Beteiligung des stimmberechtigten Erben** erfolge. Daher handle es sich bei der Begründung einer solchen Hausgeldschuld um ein dem Erben zuzurechnendes Rechtsgeschäft (Küpper, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 1967 Rn. 20; Becker, in: Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 16 Rn. 168; Elzer, in: Rieke/Schmid, FA-Komm WohnungseigentumsR, 3. Aufl., § 16 Rn. 199; ders., ZMR 2012, 212; Dötsch, ZMR 2006, 902 [905]; Bonifacio, MDR 2006, 244 [245]; Siegmann, NZM 2000, 995 [996]). Andere verweisen darauf, dass der Erbe für Wohngeldverbindlichkeiten **primär auf Grund seiner Stellung als Wohnungseigentümer** und nicht als Erbe **hafte** (Marotzke, ZEV 2000, 151 [154], der allerdings ein Haftungsbeschränkungsrecht des Erben entsprechend § 139 IV HGB annimmt; Rebmann, Der Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtspositionen, S. 202, 248; Joachim, Rn. 101).“ (BGH aaO)

IV. Auffassung des BGH

„Der Senat entscheidet die Streitfrage dahin, dass **nach dem Erbfall fällig werdende oder durch Beschluss neu begründete Wohngeldschulden** bei einer Verwaltung des Nachlasses durch den Erben im Regelfall (jedenfalls auch) **Eigenverbindlichkeiten des Erben** sind und er seine Haftung daher nicht auf den Nachlass beschränken kann (bei Testamentsvollstreckung vgl. Senat, NJW 2012, 316 [317] = NZM 2012, 90).“ (BGH aaO)

1. Begriff der Nachlassverbindlichkeit

Zu den Nachlassverbindlichkeiten zählen gem. § 1967 II BGB die „**vom Erblasser herührenden Schulden**“, also im Zeitpunkt des Erbfalls in der Person des Erblassers bereits begründete Verpflichtungen, sowie „die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten“, also **Schulden**, die erst **nach und aus Anlass des Erbfalls** entstehen. Zu Letzterem können auch **Verpflichtungen** gehören, die nach dem Erbfall **im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses** entstehen.

„Das wird angenommen für **Verbindlichkeiten aus Rechtshandlungen des Nachlassverwalters und des Nachlassinsolvenzverwalters** (RGZ 132, 138 [144]; Joachim, Rn. 116; Muscheler, ErbR, Rn. 3396, eben-

so für den Nachlasspfleger). Für den **Testamentsvollstrecker** ergibt es sich ausdrücklich aus § 2206 BGB. Nach dessen Absatz 1 ist er im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen; nach Absatz 2 ist der Erbe zur Einwilligung in derartige Verbindlichkeiten verpflichtet, kann die Haftung aber auf den Nachlass beschränken.“ (BGH aaO)

Anders werden hingegen allgemein Verbindlichkeiten beurteilt, die der Erbe selbst im Rahmen der „**eigenhändigen**“ **Verwaltung des Nachlasses** eingeht.

„Solche Rechtshandlungen des Erben begründen **persönliche Eigenverbindlichkeiten** des Erben (vgl. BGHZ 110, 176 [179] = NJW 1990, 1237; RGZ 146, 343 [346]); sie können daneben zugleich Nachlassverbindlichkeiten sein, soweit sie auf ordnungsgemäßer **Verwaltung des Nachlasses** beruhen (sog. **Nachlasserbenschulden**; vgl. Senat, NJW 2013, 933 = NZM 2013, 185 Rn. 16; BGHZ 32, 60 [64 f.] = NJW 1960, 959; Muscheler, Rn. 3397). Durch ein **Handeln des Erben bei der Verwaltung des Nachlasses** – sei es durch ein rechtsgeschäftliches Handeln, sei es durch eine sonstige Verwaltungsmaßnahme (etwa durch Unterlassen einer möglichen Kündigung; vgl. Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl., § 1967 Rn. 2) – **entsteht eine Eigenschuld oder Nachlasserbenschuld des Erben**, für die er mit seinem Vermögen und nicht nur beschränkt auf den Nachlass haftet. **Entscheidend** ist stets, ob ein **eigenes Verhalten des Erben Haftungsgrundlage** ist. Für Verbindlichkeiten aus der Verwaltung des Nachlasses, die ohne sein Zutun entstehen, haftet der Erbe demgegenüber nur als Träger des Nachlasses (vgl. Küpper, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 1967 Rn. 21).“ (BGH aaO)

2. Anwendung auf Kosten einer Eigentumswohnung

Fraglich ist, zu welchem Ergebnis dies hinsichtlich der laufenden Kosten einer in den Nachlass fallenden Eigentumswohnung führt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass diese in aller Regel **ohne Zutun des Erben** auf Grund von (Mehrheits-) Beschlüssen der Wohnungseigentümer anfallen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass den Kosten **Leistungen** gegenüberstehen (z. B. Treppenhausreinigung, Aufzugswartung, Reparaturen), **die der Erbe** bei einem zum Nachlass gehörenden Haus **nur** über den Abschluss oder die Fortführung von Verträgen und damit **unter Begründung einer Eigenschuld erhalten würde**.

„Richtigerweise ist deshalb nicht **darauf abzustellen**, ob die Begründung der Hausgeldschulden auf einem Verhalten des Erben beruht, sondern **ob ihm das Halten der Wohnung als ein Handeln bei der Verwaltung des Nachlasses** zugerechnet werden kann. Ist dies der Fall, haftet er für die damit verbundenen Verbindlichkeiten, zu denen das laufende Hausgeld gehört, (auch) mit seinem eigenen Vermögen.

Ein Handeln des Erben bei der Verwaltung einer in den Nachlass fallenden Eigentumswohnung liegt **nicht erst** dann vor, wenn er eine **nach außen wahrnehmbare Tätigkeit** entfaltet, etwa indem er die Mieten einzieht, Handwerker beauftragt oder an Beschlüssen der Wohnungseigentümergeinschaft mitwirkt. Vielmehr ist von einem Verwaltungshandeln des Erben in der Regel spätestens dann auszugehen, **wenn er die Erbschaft angenommen hat** oder die **Ausschlagungsfrist abgelaufen ist** und ihm faktisch die Möglichkeit zusteht, die Wohnung zu nutzen. Ab diesem Zeitpunkt **beruht es allein auf seiner** als Verwaltungsmaßnahme zu qualifizierenden **Entscheidung**, wie er mit der Wohnung verfährt, ob er sie **selbst nutzt, vermietet** bzw. vermietet lässt, **verkauft** oder in sonstiger Weise aus ihr Nutzen zieht. Auch wenn er die Wohnung leerstehen lässt, stellt dies eine Maßnahme der Verwaltung der Wohnung durch den Erben dar. Denn einer solchen Vorgehensweise liegt ebenfalls eine Entscheidung des Erben zu Grunde. Diese kann von vielfältigen Erwägungen getragen sein, wie etwa der, dass im Falle eines Verkaufs für eine unvermietete Wohnung ein höherer Erlös zu erzielen ist (vgl. Siegmann, NZM 2000, 995 [996]). **Nur in** – von dem Erben darzulegenden und zu beweisenden – Ausnahmefällen ist ein passives Verhalten des Erben im Hinblick auf eine zum Nachlass gehörende Eigentumswohnung **nicht als Maßnahme ihrer Verwaltung zu qualifizieren**. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Erbe auf Grund einer Belastung der Wohnung mit einem Wohnrecht für einen Dritten keine Handlungsoptionen im Hinblick auf die Nutzung der Wohnung hat und er zudem keine Nutzungen aus ihr zieht und auch nicht ziehen kann (zu einer solchen Fallgestaltung vgl. AG Düsseldorf, ZMR 2012, 583); sobald er aber an Beschlüssen der Eigentüerversammlung mitwirkt, liegt auch in diesen Konstellationen ein Verwaltungshandeln des Erben vor.“ (BGH aaO)

Allerdings könnte gegen eine Haftung des Erben für laufendes Wohngeld (auch) mit seinem eigenen Vermögen sprechen, dass die Wohnungseigentümergeinschaft damit bei Unzulänglichkeit des Nachlasses besser gestellt wird als bei Durchführung eines Nachlassverwaltungs- oder Nachlassinsolvenzverfahrens (so aber Staudinger/Bub, § 28 WEG Rn. 174).

„[Eine] **etwaige Besserstellung** der Wohnungseigentümergeinschaft beruht nicht auf den Besonderheiten des Wohngelds, sondern allgemein auf der **unterschiedlichen Behandlung von Rechtshandlungen des Nachlass(insolvenz)verwalters einer- und dem Eigenhandeln des Erben bei dürftigem Nachlass andererseits**. So etwa lassen notwendige Erhaltungsmaßnahmen an einem zum Nachlass gehörenden Einfamilienhaus bei den amtlichen Verfahren zur Nachlasssonderung eine reine Nachlassverbindlichkeit entstehen, bei dürftigem Nachlass (also beim Handeln des Erben) hingegen auch eine Eigenschuld des Erben. Diese unterschiedliche Behandlung liegt darin begründet, dass bei der **Eigenverwaltung** der Rechts-

verkehr grundsätzlich davon ausgehen kann, dass für Verbindlichkeiten das **Vermögen des Erben als Vollstreckungsobjekt** zur Verfügung steht. Tritt hingegen ein Nachlass(insolvenz)verwalter auf, wird der Rechtsverkehr diese Erwartung nicht haben.“ (BGH aaO)

Fraglich ist jedoch, ob eine Haftung des Erben für Wohngeldschulden mit seinem Eigenvermögen im Falle der Eigenverwaltung des Nachlasses nicht unbillig ist.

„Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass das Gesetz dem Erben **ausreichend Möglichkeiten** zur Verfügung stellt, die **persönliche Haftung auszuschließen** (vgl. Siegmann, NZM 2000, 995 [997]). Er kann die Erbschaft binnen sechs Wochen seit Kenntnis des Erbfalls ausschlagen (§ 1944 BGB); dieser Zeitraum reicht in der Regel aus, um die Überschuldung des Nachlasses festzustellen. Hat er die Überschuldung des Nachlasses nicht erkannt, kann er unter bestimmten Voraussetzungen die Annahme anfechten (vgl. BGHZ 106, 359 [363] = NJW 1989, 2885). Will er sich der persönlichen Haftung für künftige Wohngeldschulden entziehen, steht es ihm frei, die Wohnung zu veräußern oder gem. § 175 ZVG die Zwangsversteigerung zu beantragen.“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis

„Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen, da die dargestellten rechtlichen Gesichtspunkte bisher von den Parteien nicht bedacht und in den Tatsacheninstanzen nicht erörtert worden sind. Die Zurückverweisung gibt den Bekl. Gelegenheit **ergänzend vorzutragen**, ob hier ein Sachverhalt vorliegt, bei dem **ausnahmsweise ein Handeln der Erben bei der Verwaltung der Wohnung zu verneinen** ist.“ (BGH aaO)

Gesellschafterhaftung
Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten
 (BGH in NZG 2013, 1302; Urteil vom 24.09.2013 – II ZR 391/12)

1. Die Vorschrift des § 708 BGB schränkt die Haftung der Gesellschafter für vertragswidriges Verhalten ein, indem sie an die Stelle der nach § 276 II BGB maßgebenden verkehrserforderlichen Sorgfalt den Maßstab der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten setzt.
2. An den Beweis, in eigenen Angelegenheiten eine geringere als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden, sind strenge Anforderungen zu stellen.
3. Der Umstand, dass der Gesellschafter sich durch die schadensbegründende Handlung zugleich selbst geschädigt hat, reicht zum Nachweis der nicht auf den konkreten Schädigungsfall, sondern auf das generelle Verhalten des Schädigers in dem entsprechenden Pflichtenkreis abstellenden Entlastungsvoraussetzungen des § 708 BGB nicht aus.

Fall: Der Bekl. und der Versicherungsnehmer der Kl., der Zeuge Dipl.-Ing. S, hatten sich zu einer – inzwischen aufgelösten – Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen, um gemeinsam im Auftrag des als Generalplaner tätigen Architekten B Statikerleistungen für den Neubau eines Parkhauses zu erbringen. Ein schriftlicher Vertrag wurde zwischen dem Bekl. und S nicht geschlossen. Sie vereinbarten jedoch mündlich, die Tragwerksplanung arbeitsteilig zu erstellen und sich die Gesamtvergütung hälftig zu teilen. Der Bekl. war u. a. für die statische Berechnung sowie die Ausführungspläne der Fundamente sowie der Holz- und Stahlkonstruktion zuständig, S für die statische Berechnung und Ausführungspläne der Decken, Unterzüge, Stützen und Wände.

Wegen aufgetretener Mängel durch Rissbildungen beantragte die Auftraggeberin des Generalplaners die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens gegen den Generalplaner und das bauausführende Unternehmen. In diesem Verfahren wurde dem Bekl. und S der Streit verkündet. Der Gutachter kam zu dem Ergebnis, dass die Risse auf Fehler der statischen Berechnung der Geschossdecken zurückzuführen seien, die vorrangig auf statischen Berechnungen und Ausführungsplänen des S beruhten.

Wegen der auf der mangelhaften Tragwerksplanung der Decken beruhenden Rissbildungen und weiteren Folgeschäden hat die Kl. als Berufshaftpflichtversicherer des S Schadensersatz in Höhe von 328 099 Euro an den Generalplaner bzw. dessen Auftraggeberin gezahlt. Sie verlangt vom Bekl. hälftigen Ausgleich und die Feststellung hälftiger Mithaftung für künftige Aufwendungen. Zu Recht?

Die Kl. als Versicherer des Mitgeschafters des S des Bekl. könnte einen Anspruch auf hälftigen Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 I 1 BGB i. V.m. § 86 I 1 VVG gegen den Bekl. haben, da sie den kompletten Schaden für die zwischen S und dem Bekl. bestehende Gesellschaft begeben hat. Ein solcher Anspruch würde jedoch voraussetzen, dass der Bekl. im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander zu ½ haftet.

I. Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisses

Eine Inanspruchnahme des Bekl. nach § 426 I 1 BGB i.V.m. § 86 I 1 VVG setzt voraus, dass zwischen ihm und S überhaupt ein Gesamtschuldverhältnis besteht. Dieses könnte sich aus der eingegangenen Arbeitsgemeinschaft ergeben.

*„Das BerGer. ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass zwischen dem Bekl. und S eine GbR gegründet worden ist und dass zwischen mehreren – entsprechend § 128 HGB im Außenverhältnis persönlich haftenden – Gesellschaftern einer solchen **Außen-GbR** ein **echtes Gesamtschuldverhältnis** besteht, auf das § 426 I BGB Anwendung findet (BGH, NJW 1980, 339 = WM 1979, 1282; NJW-RR 2008, 256 = ZIP 2007, 2313 Rn. 14).“* (BGH aaO)

II. Haftungsverteilung bei GbR

Fraglich ist, wie bei einer solchen Außen-GbR die Haftungsteile im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs zu bemessen sind.

1. Gewinn- und Verlustverteilung als genereller Maßstab

*„Ebenso hat das BerGer. richtig gesehen, dass sich der Gesamtschuldnerausgleich zwischen den Gesellschaftern regelmäßig **nicht nach Kopfteilen** bemisst, sondern nach demjenigen Maßstab, den die Gesellschafter untereinander für ihre **Gewinn- und Verlustbeteiligung** festgelegt haben. Dieser Maßstab ist grundsätzlich auch für den Ausgleich im Innenverhältnis maßgebend (BGHZ 103, 72 [76] = NJW 1988, 1375 = NJW-RR 1988, 805 L; BGH, NZG 2002, 232 = NJW-RR 2002, 455 = ZIP 2002, 394 [396]; NJW-RR 2008, 256 = ZIP 2007, 2313 Rn. 25; NZG 2008, 777 = NJW-RR 2009, 49 = ZIP 2008, 1915 Rn. 2).“* (BGH aaO)

Unter Zugrundelegung des Maßstabs für die Gewinn- und Verlustverteilung wäre von einer hälftigen Haftung des Bekl. auszugehen, da er und S. die hälftige Aufteilung des Gewinns vereinbart hatten.

2. abweichender Maßstab bei schuldhaftem Verhalten

Etwas anderes kann allerdings dann gelten, wenn die der gesamtschuldnerischen Haftung zu Grunde liegende **Verpflichtung der Gesellschaft auf dem schuldhaften Verhalten eines der Gesellschafter beruht**.

*„Wie auch sonst im Innenausgleich von Gesamtschuldnern (vgl. hierzu Staudinger/Looschelder, BGB, 2012, § 426 Rn. 63 ff.) kann dies unter **Heranziehung des Gedankens des § 254 BGB** im Innenverhältnis zu einer anderweitigen oder sogar zur alleinigen Haftung des schuldhaft handelnden Gesellschafters führen (BGH, NZG 2008, 777 = NJW-RR 2009, 49 = ZIP 2008, 1915 Rn. 2, 6).“ (BGH aaO)*

Da der von der Kl. auszugleichende Schaden im Innenverhältnis der Gesellschafter auf die fehlerhaften Planungen des S zurückzuführen war, könnte ihr insofern ein Regress auf den Bekl. verwehrt sein.

„Das LG hat angenommen, dass nach den Feststellungen des Sachverständigen im selbstständigen Beweisverfahren die Rissbildung in den Decken und die damit verbundenen Folgeschäden auf einer fehlerhaften Tragwerksplanung der Decken beruhten und dass dieser Teil der Tragwerksplanung nach dem unstrittigen Vorbringen sowie dem Ergebnis der Beweisaufnahme allein dem Zeugen S obliegen habe. Das BerGer. hat keine hiervon abweichenden Feststellungen getroffen. Danach ist davon auszugehen, dass die Schadensverursachung durch die fehlerhafte Planung im alleinigen Verantwortungsbereich des Zeugen S lag und er den Eintritt des geltend gemachten Schadens unter Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verursacht hat (§ 276 II BGB).“ (BGH aaO)

III. Haftungsverteilung in vorliegenden Fall

Es kommt folglich darauf an, ob hier eine abweichende Haftungsverteilung zum tragen kommt, weil allein der Versicherungsnehmer der Kl., S, durch die Fehlplanungen entstandenen Schaden verursacht hat oder ob die Kl. gleichwohl den hälftigen Gesamtschuldnerausgleich verlangen kann.

1. Haftungsbeschränkung

Trotz des alleinigen Verursachungsbeitrags des S für den Schaden könnte eine hälftige Haftung des Bek. schon allein deshalb greifen, weil die Kl. sich für S. auf eine Haftungsbeschränkung nach §§ 708, 277 BGB berufen kann.

Nach § 708 BGB hat ein Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Hierfür sieht § 277 BGB allerdings vor, dass eine Befreiung von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht greift.

a) Anwendbarkeit des § 708 BGB auf die zweigliedrige Außen-GbR

*„Dabei kann **dahingestellt bleiben**, ob – anders als das BerGer. in Übereinstimmung mit der Entscheidung des erkennenden Senats vom 15.10.2007 (NJW-RR 2008, 256 = ZIP 2007, 2313 Rn. 25; s. aber auch BGH, NJW 1990, 573 = WM 1989, 1850 [1852] = NJW-RR 1990, 355 L) angenommen hat – der **Haftungsmaßstab** des § 708 BGB in Fällen wie dem vorliegenden **gar keine Anwendung** findet, wie die Revision in Übereinstimmung mit Teilen der Literatur meint (vgl. die Darstellung des Meinungsstandes bei Staudinger/Habermeier, BGB, 2003, § 708 Rn. 12 ff., sowie Andreas Bergmann, jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 708 Rn. 5 ff.). Auch wenn man mit dem BerGer. **§ 708 BGB** auf den vorliegenden Fall einer zweigliedrigen Außen-GbR **grundsätzlich für anwendbar hält**, sind die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht rechtsfehlerfrei festgestellt.“ (BGH aaO)*

b) Sorgfaltsmaßstab für Haftung des Gesellschafters

Davon ausgehend, dass S. die ihm obliegenden Pflichten unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verletzt hat, stellt sich die Frage, ob sich vor dem Hintergrund des § 708 BGB ein anderer Sorgfaltsmaßstab ergibt.

*„Die Vorschrift des § 708 BGB schränkt die Haftung der Gesellschafter für vertragswidriges Verhalten ein, indem sie an die Stelle der nach § 276 II BGB maßgebenden verkehrserforderlichen Sorgfalt den Maßstab der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten setzt. Wenn sich die Kl. bei dieser Sachlage zu Gunsten ihres Versicherungsnehmers auf § 708 BGB beruft, so trifft sie die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass S – für den Bekl. erkennbar – **in eigenen Angelegenheiten eine geringere als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden pflegt**.*

An diesen Beweis sind **strenge Anforderungen** zu stellen. Der Umstand, dass der Gesellschafter sich durch die schadensbegründende Handlung zugleich selbst geschädigt hat, reicht entgegen der Ansicht des BerGer. zum Nachweis der nicht auf den konkreten Schädigungsfall, sondern auf das **generelle Verhalten des Schädigers in dem entsprechenden Pflichtenkreis** abstellenden Entlastungsvoraussetzungen des § 708 BGB nicht aus (BGH, NJW 1990, 573 = WM 1989, 1850 [1852] = NJW-RR 1990, 355 L; Staudinger/Habermeier, BGB, § 708 Rn. 8; Ulmer/Schäfer, in: MüKo-BGB, 6. Aufl., § 708 Rn. 20; Servatius, in: Henssler/Strohn, § 708 BGB Rn. 7 f., 11; Erman/H. P. Westermann, BGB, 13. Aufl., § 708 Rn. 8; Schöne, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, Stand: 1. 2. 2013, § 708 Rn. 19; Andreas Bergmann, jurisPK-BGB, § 708 Rn. 39; Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., § 708 Rn. 8). Die Tatsache, dass der Gesellschafter sich im konkreten Schadensfall selbst geschädigt hat, erbringt keinen Beweis dafür, dass er in eigenen Angelegenheiten eine geringere als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden pflegt.

Dass die Kl. Vortrag dahin gehalten hätte, S erstelle ihm obliegende Tragwerksplanungen **immer leicht fahrlässig** und dies sei **für den Bekl. erkennbar gewesen**, hat das BerGer. nicht festgestellt. Derartigen Vortrag zeigt auch die Revisionserwiderung nicht auf. Ohne einen derartigen Vortrag ist davon auszugehen, dass der in Anspruch genommene Gesellschafter in **eigenen Angelegenheiten die verkehrübliche Sorgfalt** anwendet (BGH, NJW 1990, 573 = WM 1989, 1850 [1852] m. w. Nachw. = NJW-RR 1990, 355 L).“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis

Es ist daher davon auszugehen, dass sich für S aus § 708 BGB kein von § 276 II BGB abweichender Haftungsmaßstab erheben hat. Da er insofern aber im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander den Schaden allein verursacht hat, ist auch ausschließlich er zur Schadenstragung im Innenverhältnis verantwortlich. Es greift daher zugunsten des Bekl. ein abweichender Haftungsmaßstab, so dass S für den Schaden allein aufzukommen hat. Insofern kann er vom Bekl. auch keinen Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 I BGB verlangen mit der Folge, dass ein solcher Anspruch von der Kl. auch nach § 86 VVG nicht mit Erfolg geltend gemacht werden kann. Die Kl. hat daher keinen Anspruch gegen den Bekl. aus Gesamtschuldnerausgleich.

Verbotsirrtum Unvermeidbarkeit bei Einholung eines Rechtsgutachtens (BGH in StV 2014, 13; Urteil vom 04.04.2013 – 3 StR 521/12)

1. Ein **Verbotsirrtum** ist **nicht bereits deswegen unvermeidbar, weil der Täter** bei Tatbegehung **auf ein ihm Straflosigkeit bescheinigendes anwaltliches Rechtsgutachten vertraut** hat.
2. **Bloße Gefälligkeitsgutachten** oder **erkennbar mangelhafte Auskünfte** eines Rechtsanwalts **können die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums nicht begründen**.

Fall: Der Angekl. gab etwa seit dem Jahre 1995 die Produktion von insgesamt 20 bis 30 CDs mit Rockmusik in Auftrag, deren Liedtexte politisch rechtes Gedankengut transportierten. Im Jahre 2008 verfasste eine Rechtsanwältin, die der Angekl. bereits in der Vergangenheit regelmäßig mit der Prüfung der strafrechtlichen Relevanz der Liedtexte beauftragt hatte, gegen Honorar eine Stellungnahme zu 14 Texten von Liedern, die auf einer CD gepresst werden sollten. Die Rechtsanwältin befasste sich in ihrer Stellungnahme unter Einarbeitung auch neuerer Rspr. mit möglichen Verstößen der Texte gegen die §§ 86, 90a, 111, 130, 185 StGB, § 27 JuSchG und sah mehrere Änderungen als notwendig an; diese wurden sodann vorgenommen. Im Vertrauen auf die Stellungnahme der Rechtsanwältin, wonach die teilweise geänderten Texte keinen strafbaren Inhalt mehr aufwiesen, erteilte der Angekl. im April 2009 einem kleinen Presswerk den Auftrag, 1000 Exemplare der CD herzustellen. Nach ihrer Produktion wurden die CDs an die Geschäftsadresse des Angekl. versandt. Die CD wurde im Oktober 2009 von der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien indiziert. Dabei kam das zuständige Gremium nicht zu dem Ergebnis, dass die jugendgefährdenden Texte einen strafbaren Inhalt aufwiesen und nahm den Tonträger deshalb gem. § 18 II Nr. 1 JuSchG in Teil A der Liste der jugendgefährdenden Medien, nicht aber gem. § 18 II Nr. 2 JuSchG in Teil B dieser Liste auf.

Der Angekl. hat sich mit der **Erteilung des Auftrags zur Produktion der CD** dann nicht als **mittelbarer Täter gem. § 25 I Alt. 2 StGB** wegen des Verbreitens von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen nach § 86 I Nr. 4, II StGB strafbar gemacht, wenn er ohne Schuld gehandelt hat, weil ihm bei Begehung der Tat die Einsicht gefehlt hat, Unrecht zu tun.

Dies ist dann der Fall, wenn der Angekl. einem **unvermeidbaren Verbotsirrtum** unterlag.

- I. Der **Verbotsirrtum nach § 17 StGB** ist ein **Irrtum des Täters über die Widerrechtlichkeit seiner Handlung**. Inhaltlich entsprechende Regelungen finden sich auch in § 5 Wehrstrafgesetz (WStrG) und in § 11 II OWiG. Im Gegensatz zum Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB irrt sich der Täter hier nicht über Umstände (Tatsachen und Rechtsvorschriften), welche einem Tatbestandmerkmal gehören, sondern über deren rechtliche Bewertung durch die Strafnorm.
 1. Durch § 17 StGB hat der Gesetzgeber klargestellt, dass das Fehlen des Unrechtsbewusstseins den Vorsatz des Täters nicht berührt, sondern nur für die Schuld relevant ist. **Fehlt dem Täter** also bei seinem Handeln das **Unrechtsbewusstsein**, so **verwirklicht er den Tatbestand** zwar vorsätzlich und rechtswidrig, aber **schuldlos, wenn er die Unkenntnis der Rechtswidrigkeit nicht vermeiden konnte**. Konnte er sie vermeiden, so ermöglicht der Verweis des § 17 S. 1 StGB auf § 49 StGB die Berücksichtigung des Grades der Vorwerfbarkeit des Irrtums.
 2. § 17 StGB erfasst sowohl den Fall, dass der Täter die sein Verhalten verbietende Norm nicht kennt (**direkter Verbotsirrtum**) als auch den Fall, dass er irrig an das Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes glaubt (**indirekter Verbotsirrtum als Erlaubnisirrtum**) bzw. die Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes überschätzt (**indirekter Verbotsirrtum**). Auch die irrige Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes (**Erlaubnistatbestandsirrtum**) ist nach § 17 StGB zu behandeln.
- II. Die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums setzt voraus, dass der **Täter alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigt** hat. Dabei müssen sowohl die **Auskunfts person als auch die Auskunft aus der Sicht des Täters verlässlich** sein; die Auskunft selbst muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben.

- Eine **Auskunft** ist in diesem Sinne nur dann verlässlich, wenn sie **objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt** worden ist.
- Bei der **Auskunftsperson** ist dies der Fall, wenn sie die **Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bietet**. Hinzu kommt, dass der Täter nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und seine Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen darf. Maßgebend sind die jeweils konkreten Umstände, insbesondere seine Verhältnisse und Persönlichkeit; daher sind z.B. sein Bildungsstand, seine Erfahrung und seine berufliche Stellung zu berücksichtigen.

Das **Vertrauen auf eingeholten rechtsanwaltlichen Rat vermag somit nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum** des Täters zu **begründen**.

*„Wendet sich dieser an einen auf dem betreffenden Rechtsgebiet versierten Anwalt, so hat er damit zwar vielfach das zunächst Gebotene getan. Jedoch ist weiter erforderlich, dass der Täter auf die Richtigkeit der Auskunft nach den für ihn erkennbaren Umständen vertrauen darf. Dies ist nicht der Fall, wenn die Unerlaubtheit des Tuns für ihn bei auch nur mäßiger Anspannung von Verstand und Gewissen leicht erkennbar ist oder er nicht mehr als eine Hoffnung haben kann, das ihm bekannte Strafgesetz greife hier noch nicht ein. Daher darf der Täter sich auf die Auffassung eines Rechtsanwalts etwa nicht allein deswegen verlassen, weil sie seinem Vorhaben günstig ist. Eher zur Absicherung als zur Klärung bestellte **Gefälligkeitsgutachten scheiden als Grundlage unvermeidbarer Verbotsirrtümer aus**. Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind oder nach dem Willen des Anfragenden lediglich eine „Feigenblattfunktion“ erfüllen sollen, können den Täter ebenfalls nicht entlasten. Insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen (vgl. BGH BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 8 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)*

- III. Diesen Maßstäben folgend ist der Angekl. den Erkundigungs- und Prüfungspflichten in ausreichendem Umfang nachgekommen.

*„Die Revision führt zwar zu Recht aus, dass die Stellungnahme der Rechtsanwältin, soweit sie sich mit einer möglichen Strafbarkeit der Texte nach § 86 StGB auseinandersetzte, deutliche inhaltliche Defizite aufwies. Hieraus folgt jedoch mit Blick auf die sonstigen von der StrK festgestellten Umstände im vorliegenden Fall nicht, dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum des Angekl. ausschied. Danach hatte sich der Angekl. bereits in der Vergangenheit regelmäßig an die auch im vorliegenden Fall tätig gewesene Rechtsanwältin gewandt und diese beauftragt, ihm gegen Honorarzahmung eine fundierte Auskunft darüber zu erteilen, ob die Texte gegen geltendes Recht verstießen. Er schätzte die Rechtsanwältin als fachkundige Person ein, die einen Ruf als besonders strenge Gutachterin genieße. Tatsächlich verfasste die Rechtsanwältin in den letzten 15 Jahren mehr als 300 Stellungnahmen in Fällen der vorliegenden Art. Anfängliche Versuche des Angekl., sie dazu zu veranlassen, gegen ihre Überzeugung die rechtliche Unbedenklichkeit von Texten zu bescheinigen, wies sie zurück. Dies akzeptierte der Angekl. ebenso wie die Veränderungen und Streichungen, welche die Rechtsanwältin empfahl. Die **Auskünfte der Rechtsanwältin erwiesen sich für den Angekl. als zutreffend; er wurde bisher wegen der Herstellung der von ihm in Auftrag gegebenen CDs noch nie strafrechtlich belangt**. Auch im vorliegenden Fall erstattete die Rechtsanwältin ein immerhin mehrseitiges schriftliches Gutachten; ihre Änderungsvorschläge wurden sodann befolgt. Die von ihr vorgenommene Einschätzung wurde schließlich im Ergebnis von der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien geteilt.“ (BGH aaO)*

- IV. **Ergebnis:** Der Angekl. unterlag einem unvermeidbaren Verbotsirrtum und hat sich daher nicht nach § 86 I Nr. 4, II StGB strafbar gemacht.

StGB

Unerlaubtes Betreiben einer Anlage

StGB

§§ 326 I Nr. 4a, 327 II Nr. 3

Abfallbeseitigung / Abfallverwertung

(BGH in NJW 2014, 91; Urteil vom 23.10.2013 – 5 StR 505/12)

1. **§ 327 II Nr. 3 StGB** ist nur dann einschlägig, wenn tatsächlich eine **Beseitigung und nicht lediglich eine unzulässige Verwertung von Abfällen** stattfindet.
2. Für die Annahme einer **Abfallverwertung** im Gegensatz zu einer Abfallbeseitigung ist maßgeblich darauf abzustellen, inwieweit die **Eigenschaften der Abfälle zu einem bestimmten Zweck genutzt** werden und sich diese **Nutzung wirtschaftlich als Hauptzweck der Maßnahme** darstellt.
3. Eine **stoffliche Verwertung** in diesem Sinne setzt voraus, dass **aus den Eigenschaften des Stoffs ein konkreter wirtschaftlicher oder sonstiger Nutzen gezogen** wird; eine Beseitigung ist hingegen darauf gerichtet, den wegen seiner Schadstoffhaltigkeit oder aus anderen Gründen nicht weiter nutzbaren Stoff dauerhaft von der Kreislaufwirtschaft auszuschließen.

Fall: Der Angekl. war alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. Deren Haupteinnahmequelle waren Entgelte, die sie dafür erhielt, dass sie verschiedenen Kläranlagen in ganz Deutschland deren Klärschlämme abnahm. Die Klärschlämme wurden von der GmbH verkompostiert. Dieser Kompost wurde zu einem geringen Teil weiterverkauft, ganz überwiegend wurde er aber auf dem Gelände eines Kiessandtagebaus verkippt. Hierfür verfügte die GmbH zwar über eine beschränkte bergrechtliche Zulassung, nicht aber über eine abfallrechtliche Genehmigung.

Der Angekl. könnte sich wegen **unerlaubten Betriebens einer Abfallentsorgungsanlage gem. § 327 II Nr. 3 StGB** strafbar gemacht haben.

I. Zu prüfen ist zunächst, ob es sich bei dem verarbeiteten **Klärschlammkompost** zum Zeitpunkt der Einbringung in den Kiessandtagebau um **Abfall** handelte.

1. Der **strafrechtliche Abfallbegriff** ist in Anlehnung an das Abfallverwaltungsrecht selbstständig zu bestimmen (vgl. BGHSt 37, 21 = NJW 1990, 2477 = NSTz 1990, 438; BGHSt 37, 333 = NJW 1991, 1621 = NSTz 1991, 282; Ransiek, NK-StGB, 3. Aufl., § 326 Rn 6 ff.; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 326 Rn 5 f.). Abfall sind danach **alle Stoffe und Gegenstände, deren sich der Besitzer durch Beseitigung oder Verwertung entledigt, entledigen will oder entledigen muss**.

*„Diese Definition entspricht sowohl dem zur Tatzeit geltenden § 3 I KrW-/AbfG als auch der Neuregelung des § 3 I KrWG. Danach handelte es sich bei den gegen Entgeltzahlung von der N-GmbH ursprünglich in ihre Kompostieranlage aufgenommenen Klärschlämmen unzweifelhaft um Abfall (vgl. BVerwGE 127, 250 = NVwZ 2007, 338). Wie das LG zutreffend ausgeführt hat, war die **Abfalleigenschaft dieses Materials trotz seiner weiteren Verarbeitung** auch zum Zeitpunkt der Einbringung in den Kiessandtagebau nicht entfallen. Dementsprechend wollte sich der Angekl. K als Geschäftsführer der N-GmbH der beständig in großen Mengen anfallenden Klärschlammkomposte entledigen, um den Geschäftsbetrieb in der Kompostieranlage und im Erdenwerk weiterführen zu können.“* (BGH aaO)

2. Das **Ende der Abfalleigenschaft eines Stoffs infolge Verwertung** nach dem zur Tatzeit geltenden § 4 III KrW-/AbfG setzt die **Beendigung des Verwertungsverfahrens** bei gleichzeitiger Erfüllung der sich aus dem Abfallrecht ergebenden Pflichten des Abfallbesitzers in Bezug auf die Schadlosigkeit der Verwertung voraus. **Erst mit der ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung des Abfalls endet das Regime des Abfallrechts** (BVerwGE 127, 250 = NVwZ 2007, 338).

*„Werden stoffliche Eigenschaften von Abfällen nicht für den ursprünglichen, sondern für andere Zwecke genutzt – wie hier durch den Einsatz von Klärschlammkomposten im Landschaftsbau –, ohne dass mangels identischer oder vergleichbarer Nutzung der stofflichen Eigenschaften des Abfalls oder mangels Identität oder Vergleichbarkeit mit einem zu substituierenden Rohstoff von vornherein auf die Schadlosigkeit der Verwertung geschlossen werden kann, so **bedarf der Abfall bis zum abschließenden Eintritt des Verwertungserfolgs der Überwachung**, um die Schadlosigkeit der Verwertung zu gewährleisten. Die Abfalleigenschaft eines nunmehr zu anderen Zwecken genutzten Stoffs endet dann nicht bereits mit einem Bereitstellen oder in einem ersten Behandlungs-/Verwertungsschritt, vielmehr muss die Schadlosigkeit der Verwertung bis zur abschließenden Verwendung des Abfalls (für den anderen Zweck) sichergestellt sein. Für Klärschlamm-*

kompost, der in ersten Verwertungsschritten erzeugt wurde, gilt daher, dass seine Abfalleigenschaft erst mit dem Aufbringen oder dem Einbringen in geeignete Böden entfällt (vgl. BVerwGE 127, 250 = NVwZ 2007, 338).“ (BGH aaO)

3. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die **Verarbeitung der Klärschlämme** im Kompostierwerk und im Erdenwerk der N-GmbH allein **nicht geeignet** war, die **Abfalleigenschaft des hierdurch gewonnenen Materials zu beenden**, da hierin noch **kein Abschluss einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung** gesehen werden kann.

*„Es fehlt insoweit sowohl an der erforderlichen **abschließenden Verwendung** als auch an der Gewährleistung der Schadlosigkeit der Verwertung. Selbst wenn die Einbringung in den Kiessandtagebau zu einem ordnungsgemäßen Abschluss eines etwa anzunehmenden Verwertungsverfahrens hätte führen können – was allerdings angesichts des vorhandenen Schadstoffgehalts ohnehin zweifelhaft erscheint –, so handelte es sich bei dem fraglichen Material im Moment der möglichen Tathandlung i. S. des § 327 StGB, also während des Betriebens der Anlage durch fortlaufende Einbringung des Materials, gleichwohl noch um Abfall.“ (BGH aaO)*

4. Auch die am 01.06.2012 in Kraft getretene **Neuregelung des § 5 KrWG**, die im Hinblick auf das in § 2 III StGB verankerte Meistbegünstigungsprinzip in die Prüfung einzubeziehen ist, führt zu keiner anderen Bewertung.

*„Denn auch nach dieser Vorschrift ist das **Durchlaufen des Verwertungsverfahrens** ebenso **Voraussetzung für die Beendigung der Abfalleigenschaft** wie eine bestimmte, im Gesetz näher geregelte Beschaffenheit des Stoffs oder Gegenstands, dessen Verwendung gem. § 5 I Nr. 4 KrWG insgesamt nicht zu schädlichen Auswirkungen auf Mensch oder Umwelt führen darf.“ (BGH aaO)*

- II. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob es sich bei dem in den Kiessandtagebau eingebrachten Material um **Abfall zur Beseitigung** oder aber um **Abfall zur Verwertung** gehandelt hat.

1. Eine Strafbarkeit nach § 327 II Nr. 3 StGB (a. F.) setzt voraus, dass der Täter eine **Abfallentsorgungsanlage** betrieben hat, für die es einer Genehmigung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz bedurfte.

Dies ist nur bei Abfallbeseitigungsanlagen i. S. des § 27 I 1 KrW-/AbfG zur Endablagerung von Abfällen (Deponien, vgl. § 3 X KrW-/AbfG) der Fall, für die in § 31 II KrW-/AbfG das Planfeststellungsverfahren und in § 31 III KrW-/AbfG für unbedeutende Anlagen eine Genehmigung vorgesehen ist. Alle sonstigen Abfallbeseitigungsanlagen sind in § 31 I Halbs. 2 KrW-/AbfG dem Regime des Bundesimmissionsschutzgesetzes unterstellt (vgl. auch OLG Karlsruhe, Sammlung lebensmittelrechtl. Entscheidungen [LRE] 2043, 280; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 327 Rn. 17). Verwertungsvorgänge i. S. des § 4 III KrW-/AbfG bedürfen demnach unter keinen Umständen einer Genehmigung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (sondern ggf. einer solchen nach dem BImSchG) und können somit nicht dem § 327 II Nr. 3 StGB unterfallen.

2. Für die Abgrenzung, ob es sich bei einer Abfallentsorgungsmaßnahme um einen **Beseitigungsvorgang** oder um eine **Maßnahme der Abfallverwertung** handelt, ist zunächst der zur Tatzeit geltende § 4 KrW-/AbfG maßgeblich.

Nach § 4 III 2 KrW-/AbfG liegt eine **stoffliche Verwertung** vor, wenn nach einer **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** unter Berücksichtigung der im einzelnen Abfall bestehenden Verunreinigungen der Hauptzweck der Maßnahme in der Nutzung des Abfalls und nicht in der Beseitigung des Schadstoffpotenzials liegt.

*„Für die stoffliche Verwertung von Abfällen ist hiernach kennzeichnend, dass ihre Eigenschaften zu einem bestimmten Zweck genutzt werden und dass sich diese **Nutzung wirtschaftlich als Hauptzweck der Maßnahme** darstellt (vgl. BVerwGE 123, 247 = NVwZ 2005, 954).“*

*Auch nach **europäischem Gemeinschaftsrecht** richtet sich die Abgrenzung für solche Vorgänge, die nicht in eine einzige Verfahrenskategorie der Anhänge I oder II der Richtlinie 2008/98/EG (Abfallrahmenrichtlinie) bzw. der Anhänge II A oder II B der zur Tatzeit geltenden Richtlinien 75/442/EWG bzw. 2006/12/EG eingestuft werden können, sondern bei denen – wie im vorliegenden Fall, in dem sowohl das Beseitigungsverfahren D1 (Ablagerungen in oder auf dem Boden, z. B. Deponien usw.) als auch das Verwertungsverfahren R3 (Recycling/Rückgewinnung organischer Stoffe) in Frage steht – mehrere Zuordnungen in Betracht kommen, nach Art. 3 I b der Abfallrahmenrichtlinie a.F. (der weitgehend Art. 3 Nr. 15 der Richtlinie 2008/98/EG entspricht). Danach kommt es darauf an, ob ihr **Hauptzweck darauf gerichtet** ist, dass die **Abfälle eine sinnvolle Aufgabe erfüllen** können, indem sie **andere Materialien ersetzen**, die für diese Aufgabe verwendet werden, wodurch natürliche Rohstoffquellen erhalten werden können (vgl. EuGH NVwZ 2002, 579). Demgemäß setzt die stoffliche Verwertung voraus, dass aus den Eigenschaften des Stoffs ein **konkreter wirtschaftlicher oder sonstiger Nutzen gezogen** wird. Das unterscheidet sie von der Beseitigung, die darauf gerichtet ist, den wegen seiner Schadstoffhaltigkeit oder aus anderen Gründen nicht weiter nutzbaren Stoff dauerhaft von der Kreislaufwirtschaft auszuschließen. Für die wertende Betrachtung, ob eine*

Nutzung der stofflichen Eigenschaften des Materials oder die Beseitigung des Stoffs im Vordergrund steht, ist von der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung der Vorstellungen desjenigen auszugehen, der die Maßnahme durchführt (BVerwGE 123, 247 = NVwZ 2005, 954 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

3. Vorliegend ist ungeklärt, inwieweit die Verfüllung des Kiessandtagebaus jenseits der Beseitigung des Klärschlammkomposts (weiteren) Zwecken diene.

- a) Als **möglicher Zweck** kommt insbesondere die **Wiedernutzbarmachung der Oberfläche des Tagebaus** gem. § 4 IV BbergG in Betracht.

*„Sollte die N-GmbH als (Einstellungs-)Betreiberin des Kiessandtagebaus hierzu verpflichtet gewesen sein, würden durch die Verfüllung mit den in Rede stehenden Materialien deren stoffliche Eigenschaften genutzt und zugleich Rohstoffe substituiert, mit denen der Tagebau verfüllt werden müsste, wenn nicht der Klärschlammkompost – oder anderer Abfall – zur Verfügung stünde (vgl. BVerwGE 123, 247 = NVwZ 2005, 954). Damit wäre freilich noch nicht entschieden, ob der **Hauptzweck der Maßnahme in der Nutzung der stofflichen Eigenschaften des Abfalls** oder aber gleichwohl in deren Beseitigung zu sehen wäre. Es bedürfte in diesem Fall noch einer tatgerichtlichen Beurteilung dieser Frage unter Berücksichtigung aller insoweit relevanten Umstände. Im Urteil wird indessen schon nicht mitgeteilt, ob und inwieweit eine Verpflichtung der N-GmbH zur Wiedernutzbarmachung der Oberfläche des Kiessandtagebaus bestand. Die gebotene, an der Verkehrsanschauung auszurichtende Beurteilung des Hauptzwecks der Maßnahme lässt das Urteil gänzlich vermissen. Der Senat kann die notwendige Bewertung auch nicht etwa unter der Annahme einer Verfüllungspflicht selbst vornehmen, da es hierfür an ausreichenden Feststellungen, insbesondere zu den näheren Gegebenheiten des Kiessandtagebaus, zum Umfang einer etwa notwendigen Verfüllung und zu anderweitigen Verfüllungsmöglichkeiten fehlt.“ (BGH aaO)*

- b) Sonstige Umstände, die es ohne weitergehende Feststellungen als ausgeschlossen erscheinen ließen, die Verfüllung des Kiessandtagebaus mit den in Rede stehenden Klärschlammkomposten als Verwertungsvorgang i. S. des § 4 III KrW-/AbfG zu bewerten, sind nicht erkennbar. Insbesondere der **Schadstoffgehalt der Abfälle steht** für sich genommen **der Einstufung der Entsorgungsmaßnahme als Verwertungsvorgang nicht entgegen**.

*„Nach der **Rspr. des BVerwG** kann der Einwand der Schadstoffhaltigkeit der Abfälle allein nicht bewirken, dass eine Verfüllung als Vorgang der Abfallbeseitigung einzustufen ist (BVerwGE 123, 247 = NVwZ 2005, 954). Zuvor hatte bereits der EuGH klargestellt, dass sich weder aus Art. 3 I b der Richtlinie 75/442/EWG noch aus irgendeiner anderen Vorschrift dieser Richtlinie ergebe, dass die Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit der Abfälle als solche entscheidend für die Frage wäre, ob ein Verfahren der Abfallbehandlung als Verwertung i. S. von Art. 1 f der Richtlinie 75/442/EWG einzustufen ist (EuGH NVwZ 2002, 579). Dies bedeutet, dass es für die **Abgrenzung eines Verwertungsvorgangs von einem Beseitigungsvorgang** auch nicht maßgeblich darauf ankommt, ob die Verwertung ordnungsgemäß und schadlos i. S. des § 5 III KrW-/AbfG erfolgt, da diese Vorschrift lediglich qualitative Anforderungen an die Entsorgung von Abfällen stellt und daher erst zur Anwendung kommt, wenn die Entsorgungsmaßnahme nach den Kriterien des § 4 III KrW-/AbfG eine Verwertung ist; die Abgrenzung zwischen Abfall zur Verwertung und Beseitigung hat somit ausschließlich nach § 4 III (oder IV) KrW-/AbfG zu erfolgen (vgl. auch Dazert AbfallR 2005, 223; Versteyl/Jacobj AbfallR 2008, 247; a. A. OVG Lüneburg LKV 2006, 174 = UPR 2006, 37).*

*Allerdings kann der **Schadstoffgehalt** innerhalb der nach § 4 III KrW-/AbfG vorzunehmenden Gesamtbewertung insofern **indizielle Bedeutung** gewinnen, als er zu einem – mit einer entsprechenden Verpflichtung korrespondierenden – **erhöhten Entsorgungsinteresse des Abfallbesitzers** führt. Für diese Bewertung bedarf es aber neben einer Aufklärung der übrigen Umstände einer näheren Kenntnis des Schadstoffgehalts, als sie durch das angefochtene Urteil vermittelt wird.*

Sollte der Angekl. K weitaus größere Mengen Klärschlammkompost in den Kiessandtagebau eingebracht haben, als zur Wiederherstellung der Oberfläche erforderlich gewesen wären, könnte dies zwar entscheidend gegen die Annahme sprechen, der Hauptzweck der Maßnahme liege in der Nutzung der stofflichen Eigenschaften des Abfalls (vgl. VG Halle ZfB 2008, 289). Auch dies ist dem Urteil jedoch nicht in ausreichend tatsachenfundierter, überprüfbarer Weise zu entnehmen, da es in der Beweiswürdigung lediglich heißt, der Angekl. K habe im Laufe der Zeit die Vorgaben aus dem Teilabschlussbetriebsplan zur Dicke der durchwurzelbaren Schicht gravierend überschritten.“ (BGH aaO)

GG **Beobachtung von Abgeordneten durch Verfassungsschutz** GG
 Art. 38 **Anforderungen an Rechtfertigungsfähigkeit**

(BVerfG in NVwZ 2013, 1468; Beschluss vom 17.09.2013 – 2 BvR 2436/10, 2 BvE 6/08)

1. Art. 38 I 2 GG gewährleistet eine von staatlicher Beeinflussung freie Kommunikationsbeziehung zwischen Abgeordnetem und den Wählerinnen und Wählern sowie die **Freiheit des Abgeordneten von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle.**
2. In der **Beobachtung eines Abgeordneten** durch Behörden des Verfassungsschutzes liegt ein **Eingriff in das freie Mandat** gem. Art. 38 I 2 GG, der im Einzelfall zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerechtfertigt sein kann. Dieser Eingriff unterliegt strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen und bedarf einer Rechtsgrundlage, die den Grundsätzen des Gesetzesvorbehalts genügt.
3. Die im Jahr 1990 BVerfSchG geschaffenen § 8 I 1 und § 3 I Nr. 1 i. V. mit § 4 I 1 lit. c BVerfSchG stellen eine dem Vorbehalt des Gesetzes genügende Rechtsgrundlage für die Beobachtung von Mitgliedern des Deutschen Bundestages dar, auch wenn darin nicht ausdrücklich auf die Rechte der Abgeordneten aus Art. 38 I 2 GG Bezug genommen wird.

Fall: Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist die Frage, ob die Beobachtung von Abgeordneten durch das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) beobachtet einzelne Mitglieder des Deutschen Bundestages, die der Fraktion Die Linke angehören. Von den 53 Mitgliedern der Fraktion wurden in der 16. Legislaturperiode 27 durch das BfV beobachtet, darunter der Bf. Dieser war ab Oktober 1999 Mitglied des Thüringer Landtags. Von Oktober 2005 bis September 2009 war er Mitglied des Deutschen Bundestages und der Fraktion Die Linke sowie deren stellvertretender Fraktionsvorsitzender. Seit Herbst 2009 ist er Vorsitzender der Fraktion Die Linke im Thüringer Landtag.

Mit der Verfassungsbeschwerde griff der Bf. das Urteil des BVerwG vom 21.07.2010 an, mit dem die Sammlung personenbezogener Informationen über ihn durch das BfV in der Zeit ab der Aufnahme seines Landtagsmandats im Oktober 1999 gebilligt wurde. Wird die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

1. Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG ist dann einschlägig, wenn sich der Bürger als dem Staat gegenüberstehend gegen eine staatliche Maßnahme wendet.

Hier wendet sich der Bf. gegen ein Urteil des BVerwG als Maßnahme der Judikative, so dass die Verfassungsbeschwerde statthaft ist.

2. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist nach Art 93 1 Nr. 4a GG, §§ 90 I, 95 1 BVerfGG ein Akt öffentlicher Gewalt. Das Urteil des BVerwG als Akt der Judikative ist daher ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

3. Beschwerdebefugnis

Der Bf. muss nach Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG behaupten, in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Art. 20 IV, 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein. Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern. Hierbei muss der Bf. selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

a) Beschwerdefähigkeit von Art. 38 I 2 GG

Hier ist insofern problematisch, dass der Bf. sich als Abgeordneter in seinen Grundrechten aus Art. 38 I 2 GG verletzt fühlt.

*„Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG kann ein Abgeordneter zwar **nicht** im Wege der Verfassungsbeschwerde um seine Abgeordnetenrechte mit einem Staatsorgan streiten (vgl.*

BVerfG NJW 1972, 285; BVerfGE 43, 142 [148, 150]; BVerfGE 64, 301 [312]; BVerfG NJW 1998, 3042). Die Verfassungsbeschwerde ist kein **Mittel zur Austragung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Staatsorganen** (BVerfG NJW 1963, 899; BVerfGE 43, 142 [148]; BVerfGE 64, 301 [312]).

Art. 38 GG ist jedoch von § 90 I BVerfGG insoweit mitumfasst, als diese Norm in ähnlicher Weise wie die übrigen Vorschriften des Grundgesetzes, in die sie eingereiht ist, **Individualrechte garantiert**. Dies geschieht nicht nur durch Art. 38 I 1 GG, sondern unter Umständen auch durch Art. 38 I 2 GG (vgl. BVerfG NJW 2003, 3401). Schon der Wortlaut des Art. 93 I Nr. 4 a GG spricht nicht dafür, dass das Grundgesetz die Bedeutung der Rechte des Abgeordneten aus Art. 38 I 2 GG durch Herausnahme dieser Vorschrift dadurch schmälern wollte, dass es die verfassungsrechtliche Kontrolle auf deren Wahrung nicht erstreckt (vgl. BVerfG NJW 2003, 3401).

Dies zu Grunde gelegt kann der Bf. sich **nach dem Durchlaufen des Verwaltungsrechtswegs** mit der Verfassungsbeschwerde auf eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 38 I 2 GG berufen. Er behauptet im Verfassungsbeschwerdeverfahren eine Rechtsverletzung durch das von ihm angefochtene Urteil des BVerwG. Dieses Urteil betrifft nicht sein Verhältnis zu einem anderen Verfassungsorgan oder zu dessen Teilen, sondern sein Verhältnis zum BfV als einer Bundesoberbehörde.“ (BVerfG aaO)

b) **Gegenwärtigkeit**

Fraglich ist jedoch, ob noch von einer Gegenwärtigkeit einer möglichen Verletzung ausgegangen werden kann, nachdem der Bf. im September 2009 aus dem Deutschen Bundestag ausgeschieden ist.

„Das Rechtsschutzinteresse des Bf. für die Feststellung einer Verletzung seiner Rechte aus Art. 38 I 2 GG durch das angefochtene Urteil des BVerwG besteht ungeachtet dessen, dass er bereits im September 2009 aus dem Deutschen Bundestag ausgeschieden ist und unabhängig davon, ob seine Beobachtung gegenwärtig noch fort dauert. Eine **Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzinteresses** (vgl. dazu BVerfG NJW 2001, 1633; BVerfGE 104, 220 [230 f.]; BVerfGE 105, 239 [246]; BVerfGE 106, 210 [214]) ist hierdurch **nicht eingetreten**, denn der Verwaltungsrechtsstreit betraf von vornherein auch den **in der Vergangenheit liegenden Beobachtungszeitraum** von Oktober 1999 bis zum 13.02.2009 (...).“ (BVerfG aaO)

Der Bf. ist daher auch insoweit beschwerdefähig, als er sich auf seine Rechte als Abgeordneter aus Art. 38 I 2 GG beruft.

„Die Verfassungsbeschwerde ist auch zulässig, soweit das mit ihr angefochtene Urteil des BVerwG den **Zeitraum des Landtagsmandats** des Bf. betrifft, weil nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass der Bf. in seinem Recht aus **Art. 38 I 2 GG i. V. mit Art. 28 I GG** verletzt ist.“ (BVerfG aaO)

4. **Einhaltung der Beschwerdefrist**

Die Verfassungsbeschwerde ist gem. § 93 BVerfGG innerhalb von einem Monat nach der belastenden Maßnahme zu erheben. Diese Frist wurde eingehalten.

5. **Rechtswegerschöpfung**

Der Rechtsweg muss gem. **§ 90 II BVerfGG** erschöpft sein. Dies ist der Fall. Gegen das Urteil des BVerwG ist ein weiteres Rechtsmittel nicht gegeben.

6. **Zwischenergebnis**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

II. **Begründetheit der Verfassungsbeschwerde**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn in ein Grundrecht oder ein grundrechtsgleiches Recht ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung eingegriffen wird. Hier könnte eine Verletzung des freien Mandats des Bf. aus Art. 38 I 2 GG, in Bezug auf den Zeitraum des Landtagsmandats des Bf. i. V. mit Art. 28 I GG vorliegen.

1. **Schutzbereich**

Als Abgeordneter des Landtages und des Deutschen Bundestages kann sich der Bf. ohne weiteres auf den Schutzbereich der Gewährleistung des freien Mandats berufen. Fraglich ist jedoch, ob dieser Schutzbereich dann betroffen ist, wenn der Abgeordnete vom Verfassungsschutz beobachtet wird.

a) **Freiheit der Kommunikationsbeziehung zwischen Abgeordnetem und Wählerinnen und Wähler**

Art. 38 I 2 GG gewährleistet eine von staatlicher Beeinflussung freie Kommunikationsbeziehung zwischen dem Abgeordneten und den Wählerinnen und Wählern.

„Grundlage des freien Mandats ist **Art. 38 I GG**. Diese Norm **schützt nicht nur den Bestand, sondern auch die tatsächliche Ausübung des Mandats** (vgl. BVerfG NJW 1990, 373; BVerfG NJW 1998, 3042; BVerfG NVwZ 2007, 916). Der **Abgeordnete ist – vom Vertrauen der Wähler berufen – Inhaber eines öffentlichen Amtes, Träger eines freien Mandats und, gemeinsam mit der Gesamtheit der Mitglieder des Parlaments (vgl. BVerfG NJW 1981, 1831; BVerfG NVwZ 2007, 916), Vertreter des ganzen Volkes** (vgl. BVerfG NJW 2005, 203; BVerfG NVwZ 2007, 916). Er hat einen repräsentativen Status inne, übt sein Mandat in Unabhängigkeit, **frei von jeder Bindung an Aufträge und Weisungen, aus und ist nur seinem Gewissen unterworfen** (vgl. BVerfG NJW 1975, 2331; NVwZ 2007, 916).

Das Gebot freier Willensbildung des Abgeordneten gem. Art. 38 I 2 GG steht in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der parlamentarischen Demokratie gem. Art. 20 II 2 GG (vgl. BVerfG NJW 1977, 1054). Der von Art. 38 I 2 GG bezweckte **Schutz der Willens- und Entscheidungsbildung der Mitglieder des Deutschen Bundestages als Vertreter des Volkes setzt den Schutz der Kommunikationsbeziehung zwischen den Abgeordneten und den Wählerinnen und Wählern vor gezielter staatlicher Beeinflussung und staatlicher Abschreckung voraus.**“ (BVerfG aaO)

In der repräsentativen Demokratie des Grundgesetzes besteht zwischen der **Willensbildung des Volkes und dem politischen Programm sowie dem Verhalten der Staatsorgane** eine kontinuierliche und vielfältige Wechselwirkung.

„Regierung und Opposition sowie die sie tragenden politischen Kräfte im Parlament werden bei ihrem Verhalten stets auch die Wählerinnen und Wähler im Blick haben. Dies alles ist **Teil des politischen Prozesses einer freiheitlichen Demokratie**, wie das Grundgesetz ihn versteht (vgl. BVerfGE 44, 125 = NJW 1977, 1054).

[Der Abgeordnete] ist ein Verbindungsglied zwischen Parlament und Bürger (vgl. auch Härth, Die Rede- und Abstimmungsfreiheit der Parlamentsabgeordneten in der BRep. Dtschld., 1983, S. 142). Repräsentation erfordert Vermittlung von Informationsströmen in doppelter Richtung (Benda, ZParl 1978, 510 [513]). Um diese in Gang zu halten, gehört es zu den **Hauptaufgaben des Mandats, engen Kontakt mit der Partei, den Verbänden und nicht organisierten Bürgern, insbesondere im eigenen Wahlkreis, zu halten** (H. Meyer, VVDStRL 33 [1975], 7 ff. [95]). Art. 38 I 2 GG ... **schützt daher die Kommunikationsbeziehungen des Abgeordneten als Bedingung seiner freien Willensbildung** und gewährleistet dabei insbesondere, dass die von ihm zu vertretenden, in die politische Willensbildung des Deutschen Bundestages einzuspeisenden Meinungen und Interessen ihn unverzerrt und ohne staatliche Beeinflussung erreichen können (vgl. Morlok, in: Dreier, GG II, 2. Aufl. [2006], Art. 38 Rn. 134).“ (BVerfG aaO)

Hierbei schützt Art. 38 I 2 GG nicht nur die Tätigkeit im parlamentarischen Bereich, sondern das **gesamte politische Handeln** des Abgeordneten. Eine Trennung zwischen dem Abgeordneten „als Mandatsträger“, „als Parteimitglied“ sowie als politisch handelnder „Privatperson“ ist nicht möglich, da die parlamentarische Demokratie insoweit den **Abgeordneten als ganzen Menschen** fordert (vgl. BVerfG NJW 1975, 2331; BVerfG NVwZ 2007, 916).

„Der **Schutz der Kommunikationsbeziehungen des Abgeordneten** dient zugleich der in Art. 38 I 2 GG verankerten **Repräsentationsfunktion des Deutschen Bundestages**, die dem Abgeordneten gemeinsam mit den anderen Mitgliedern des Parlaments zukommt (vgl. BVerfG NJW 2002, 1111; BVerfG NVwZ 2012, 495). Auch wenn das Grundgesetz den einzelnen Abgeordneten als „Vertreter des ganzen Volkes“ bezeichnet, so kann er dieses doch nur gemeinsam mit den anderen Parlamentsmitgliedern repräsentieren. Wird das Volk bei parlamentarischen Entscheidungen nur durch das Parlament als Ganzes, d. h. durch die Gesamtheit seiner Mitglieder, angemessen repräsentiert, so muss die **Mitwirkung aller Abgeordneten** bei derartigen Entscheidungen nach Möglichkeit und im Rahmen des im demokratisch-parlamentarischen System des Grundgesetzes Vertretbaren **sicher gestellt** sein (vgl. BVerfG NJW 1977, 1767; BVerfG NJW 2002, 1111). Das freie Mandat stellt auch insoweit eine Vorkehrung zum Schutz der **Integrität des Zustandekommens und der Willens- und Entscheidungsbildung der staatlichen Organe** dar (vgl. BVerfG NJW 1977, 1054). Durch eine Behinderung der parlamentarischen Arbeit des einzelnen Abgeordneten werden die vom Volke festgelegten Mehrheitsverhältnisse verändert (BVerfG NJW 2002, 1111).“ (BVerfG aaO)

Wird die Kommunikationsbeziehung zwischen Abgeordnetem und Bürgern gestört, so ist folglich die parlamentarische Willensbildung und infolgedessen die demokratische Repräsentationsfunktion des Parlaments berührt.

b) Freiheit des Abgeordneten vor exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle

Art. 38 I 2 GG gewährleistet in diesem Zusammenhang die Freiheit der Abgeordneten von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle und steht insoweit

in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung gem. Art. 20 II 2 GG.

aa) Kontrolle des Parlaments durch den Wähler

„Art. 38 I 2 GG etabliert einen spezifischen **Kontrollzusammenhang zwischen Bundestag und Bundesregierung** als zentrales Bindeglied zwischen Gewaltenteilung und Demokratieprinzip (vgl. Möllers, JZ 2011, 48 [50]; Gusy, ZRP 2008, 36). Während die Kontrolle von Regierung und Verwaltung zum Kernbereich der parlamentarischen Aufgaben gehört, das parlamentarische Regierungssystem mithin grundlegend durch die Kontrollfunktion des Parlaments geprägt ist (vgl. BVerfGE 67, 100 [130] = NJW 1984, 2271), wird das **Parlament seinerseits durch andere Verfassungsorgane nicht in vergleichbarer Weise kontrolliert** (vgl. aber zur allgemeinen wechselseitigen Gewaltenkontrolle BVerfG NJW 1997, 383 m. w.N.). Eine demokratische „**Kontrolle des Parlaments erfolgt vor allem durch die Wähler**, die im Akt der Wahl gem. Art. 38 I 1 GG die Konsequenz aus ihrer Beurteilung der Tätigkeit von regierender Mehrheit und Opposition ziehen.“ (BVerfG aaO)

Eine Kontrolle des Parlaments durch andere Verfassungsorgane ist im GG daher grundsätzlich nicht vorgesehen.

bb) Eigenkontrolle im Rahmen der Parlamentsautonomie

Allerdings heißt dies nicht, dass eine Kontrolle der einzelnen Abgeordneten grundsätzlich nicht möglich ist. Zuständig für eine solche Kontrolle ist allerdings das Parlament selbst. Es handelt sich insofern um eine eigene Angelegenheit im Rahmen der Parlamentsautonomie.

„Das Grundgesetz statuiert deshalb in den von ihm geregelten Fällen von Maßnahmen gegen Abgeordnete ausdrücklich ein **Genehmigungserfordernis für den Zugriff der Exekutive auf einen Abgeordneten** (vgl. Art. 46 II–IV GG) und errichtet damit prozedurale Hindernisse, die nicht nur dem Schutz des einzelnen Abgeordneten, sondern, vermittelt durch diesen Schutz, in erster Linie der Wahrung der Parlamentsautonomie dienen (vgl. BVerfG NJW 2002, 1111). Das Parlament entscheidet dabei grundsätzlich in eigener Verantwortung, ob es die Genehmigung erteilt oder versagt. Kern dieser politischen Entscheidung ist eine **Interessenabwägung zwischen den Belangen des Parlaments und den anderen Hoheitsträgern aufgegebenen Gemeinwohlbelangen**, wobei dem Bundestag ein **weiter Entscheidungsspielraum** zukommt (vgl. BVerfG NJW 1990, 373; BVerfG NJW 1991, 2474; BVerfG NJW 2002, 1111).“ (BVerfG aaO)

Über diese Vorgaben hinaus, ist eine Kontrolle des Einzelnen Abgeordneten nicht gesetzlich vorgesehen. Auch der Schutz vor exekutivischer Kontrolle fällt daher in den Schutzbereich des freien Mandats gem. Art. 38 I 2 GG.

c) Geltung des Schutzes auch im Landtag

Die Freiheit des Abgeordneten von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle gewährleistet Art. 38 I 2 GG vermittelt über Art. 28 I GG auch für die Mitglieder der Volksvertretungen in den Ländern.

„Das Grundgesetz geht von der grundsätzlichen **Verfassungsautonomie der Länder** aus (vgl. BVerfG NJW 1974, 1181; BVerfG NJW 1994, 1942); die Verfassungsbereiche des Bundes und der Länder stehen im föderativ gestalteten Staatswesen der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich selbstständig nebeneinander (vgl. BVerfG NVwZ 2003, 850). Die Bedeutung der parlamentsrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes und der zu ihnen ergangenen Rechtsprechung des BVerfG beschränkt sich darauf, den nach Art. 28 I 1 GG zu gewährleistenden **Grundsätzen der verfassungsmäßigen Ordnung** in den Ländern in Bezug auf das Landesparlament Konturen zu geben. Die **Bestimmungen über den Status der Bundestagsabgeordneten** und die Stellung des Bundestages sind dabei nicht in ihren konkreten Ausgestaltungen, sondern nur in **ihren essentiellen, den deutschen Parlamentarismus prägenden Grundsätzen** für die Verfasstheit der Länder **von Bedeutung** (BVerfG NJW 2000, 3771).

Bei der Gewährleistung einer von staatlicher Beeinflussung freien Kommunikationsbeziehung zwischen dem Abgeordneten und den Wählerinnen und Wählern sowie der Freiheit des Abgeordneten von exekutiver Beobachtung, Beaufsichtigung und Kontrolle handelt es sich um **Grundbedingungen des freien Mandats, die im Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip wurzeln**. Diese Essentia- lien, die wegen Art. 28 I 1 GG auch im Verfassungsbereich der Länder Beachtung verlangen, können **mit Hilfe des BVerfG durchgesetzt** werden, sofern kein anderer gleichwertiger Rechtsschutz zur Verfügung steht (vgl. für Art. 48 III GG bereits BVerfG NJW 1975, 2331).“ (BVerfG aaO)

Das BVerfG ist daher hinsichtlich der Landtagszugehörigkeit des Bf. zur Entscheidung über die Verletzung der Rechte aus Art. 28 I 1 GG i.V.m. Art. 38 I 2 GG nur berufen, wenn im Land Thüringen kein der Verfassungsbeschwerde vergleichbarer Rechtsschutz gegeben ist.

„Zwar sind Rechte, deren Geltung im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung der Länder durch Art. 28 I GG gewährleistet ist, darum nicht ohne Weiteres auch vor dem BVerfG einklagbar (vgl. BVerfG NJW 1999, 43). Etwas Anderes kann aber jedenfalls insoweit gelten, als die **Landesstaatsgewalt**, einschließlich des Landesverfassungsgerichts, zur Gewährleistung eines effektiven Schutzes des betreffenden Rechts **aus prinzipiellen Gründen**, die in der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes angelegt sind, **nicht in der Lage ist**. Dies ist hier der Fall, weil eine Verletzung des Rechts durch die Entscheidung eines Bundesgerichts in Rede steht.“ (BVerfG aaO)

2. Eingriff

Nach dem modernen Eingriffsbegriff ist dies anzunehmen, wenn die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich durch eine dem Staat zurechenbare Maßnahme unmittelbar oder mittelbar unmöglich gemacht oder erschwert wird. Fraglich ist, ob in der Beobachtung eines Abgeordneten durch Verfassungsschutzbehörden sowie der damit verbundenen Sammlung und Speicherung personenbezogener Daten insofern ein Eingriff in den Gewährleistungsgehalt des Art. 38 I 2 GG vorliegt.

a) Eingriff durch systematische Sammlung und Auswertung öffentlich zugänglicher Informationen über den Abgeordneten

„Gewährleistet Art. 38 I 2 GG nach alledem die freie, von staatlicher Beeinflussung unberührte Kommunikationsbeziehung des Abgeordneten mit den Wählerinnen und Wählern und damit auch die Freiheit der Abgeordneten von exekutiver Beaufsichtigung und Kontrolle, so stellt bereits die **systematische Sammlung und Auswertung öffentlich zugänglicher** – ohne den Einsatz von Methoden der heimlichen Beschaffung erlangter – **Informationen über den Abgeordneten einen Eingriff in das freie Mandat** dar (vgl. BVerfG NJW 2008, 1505 m. w.N.).“ (BVerfG aaO)

b) Eingriff wegen Stigmatisierung

„Ferner beeinträchtigt die Sammlung von Informationen über einen Abgeordneten dessen freie Mandatsausübung, weil die hiermit verbundene **Stigmatisierung** Wählerinnen und Wähler von einer Kontaktaufnahme und von eigener inhaltlicher Auseinandersetzung mit seinen politischen Tätigkeiten und denen seiner Partei und Fraktion abhalten und damit die von Art. 38 I 2 GG geschützte Kommunikationsbeziehung mit den Bürgern nachteilig beeinflussen kann. Die bloße Möglichkeit einer staatlichen Registrierung von Kontakten kann eine **abschreckende Wirkung** entfalten und schon im Vorfeld zu **Kommunikationsstörungen** und **Verhaltensanpassungen** führen (vgl. entsprechend BVerfG NJW 2003, 1787; BVerfG NJW 2010, 833). In dieser Möglichkeit eines Abschreckungseffekts liegt ein Eingriff in das Recht aus Art. 38 I 2 GG (vgl. BVerfG NVwZ 2009, 1092).“ (BVerfG aaO)

c) Eingriff wegen Umkehrung des verfassungsrechtlichen Kontrollzusammenhangs

„Die Beobachtung eines Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes stellt schließlich auch deshalb einen Eingriff in die Freiheit des Abgeordnetenmandats dar, weil damit der im Grundgesetz vorgesehene typische Kontrollzusammenhang zwischen Legislative und Exekutive umgekehrt wird. Darin liegt eine Beeinträchtigung des normativen Status des Abgeordneten, ohne dass es dabei auf eine faktische Beeinflussung der parlamentarischen Willens- und Entscheidungsbildung ankäme (vgl. auch Möllers, JZ 2011, 48 [50]).“ (BVerfG aaO)

3. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der in der Beobachtung eines Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes und der damit verbundenen Sammlung und Speicherung von Daten liegende Eingriff in das freie Mandat gerechtfertigt sein kann.

a) Beschränkbarkeit des Art. 38 I 2 GG

Art. 38 I GG sieht keinen Gesetzesvorbehalt vor, die Freiheit des Mandats ist daher ein schrankenlos gewährleistet grundrechtsgleiches Recht. Allerdings sind auch Grundrechte, die keinem Schrankenvorbehalt unterliegen, gleichwohl nicht jeglicher Beschränkung entzogen. Sie unterliegen insofern verfassungsimmanenten Schranken, können also durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang begrenzt werden.

„Anerkannte Rechtsgüter in diesem Sinne sind insbesondere die **Repräsentationsfunktion** und die **Funktionsfähigkeit des Parlaments** (vgl. BVerfG NJW 2005, 203; BVerfG NVwZ 2012, 495).

Der **Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung** kann ein Grund für die zulässige Beschränkung verfassungsrechtlich geschützter Güter sein (vgl. BVerfG 13, 46 [49 f.]; BVerfGE 28, 36 [48 f.]; BVerfG NJW 1971, 275). Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören dürfen (vgl. Art. 9 II, 18, 21 GG).“ (BVerfG aaO)

b) Anforderung an die Beschränkung

aa) Bestimmtheit und Klarheit der gesetzlichen Grundlage

Eine Beschränkung des freien Mandats durch die Beobachtung von Abgeordneten bedarf einer gesetzlichen Grundlage, die den rechtsstaatlichen Anforderungen der Bestimmtheit und Klarheit genügt.

„Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Regelung durch Parlamentsgesetz folgt ... aus dem Vorbehalt des Gesetzes, wie er durch die Wesentlichkeitsdoktrin des BVerfG ausgeformt worden ist. Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen (vgl. BVerfG NJW 1979, 359; BVerfG NJW 1991, 1471; BVerfG NJW 2011, 2113). Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs müssen hinreichend klar und bestimmt geregelt sein (vgl. BVerfG NJW 2011, 2113).

Die notwendige Bestimmtheit fehlt aber nicht schon deshalb, weil eine Norm auslegungsbedürftig ist (vgl. BVerfG NJW 2011, 2113; st. Rspr.). Dem Bestimmtheitsanforderung ist vielmehr genügt, wenn die Auslegungsprobleme mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können (vgl. BVerfGE 127, 335 [356]). Es ist in erster Linie Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane, Zweifelsfragen zu klären und Auslegungsprobleme mit den herkömmlichen Mitteln juristischer Methode zu bewältigen (vgl. BVerfGE 127, 335 [356] m. w.N.).“ (BVerfG aaO)

bb) nach der Verfassung zulässige Maßnahmen gegen Abgeordnete

Sofern ein Abgeordneter sein **Amt zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht**, kann von Seiten des Parlaments oder anderer Staatsorgane insofern reagiert werden, als dass ein Parteiverbotsverfahrens gem. Art. 21 II GG eingeleitet werden kann oder ein Verfahrens gem. Art. 18 GG zur Aberkennung von Grundrechten, welches nach Art. 46 III GG grundsätzlich auch gegen Abgeordnete möglich ist, sofern der Bundestag hierzu seine Genehmigung erteilt.

„Soweit der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch die Beobachtung von Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes sichergestellt werden soll, handelt es sich allerdings um eine Einwirkung der Exekutive auf Teile der Legislative, die die repräsentative demokratische Willensbildung berührt. Für deren Rechtfertigung müssen zumindest ähnlich strenge Anforderungen gelten wie für besonders schwere Eingriffe in die Rechte der Abgeordneten durch das Parlament selbst.

Die Gefahr, dass die „streitbare Demokratie“ sich „gegen sich selbst“ wendet (vgl. BVerfGE 30, 33 [45f.]), ist gerade im Hinblick auf die Beobachtung von gewählten Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes besonders hoch. Denn in diesem Fall geht es nicht nur um eine Beeinflussung der gesellschaftlichen Meinungsbildung, sondern um eine Beeinflussung der Willens- und Entscheidungsbildung des gewählten Repräsentationsorgans des Volkes, dem in der Demokratie des Grundgesetzes die wesentlichen Entscheidungen anvertraut sind.“ (BVerfG aaO)

cc) Hohe Anforderungen an Verhältnismäßigkeit

Vor dem Hintergrund dieser Risiken sind an den Eingriff in Art. 38 I 2 GG, der in der Beobachtung eines Abgeordneten durch Behörden des Verfassungsschutzes liegt, strenge Verhältnismäßigkeitsanforderungen zu stellen.

(1) Verhältnismäßigkeitsmaßstab

„Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass nur das Notwendige zum Schutz eines von der Verfassung anerkannten Rechtsgutes – hier: der freiheitlichen demokratischen Grundordnung – im Gesetz vorgesehen und im Einzelfall angeordnet werden darf (vgl. BVerfG NJW 1958, 1035; BVerfG NJW 1971, 275). Die Einschränkung des freien Mandats darf nicht weiter reichen, als dies erforderlich ist (vgl. BVerfG NVwZ 2012, 495). Zudem darf die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen (vgl. BVerfG NJW 2006, 1939; BVerfG NJW 2010, 833; BVerfG NVwZ 2010, 1212).“ (BVerfG aaO)

Danach ist die Beobachtung eines Abgeordneten durch Verfassungsschutzbehörden nur dann zulässig, wenn sie **erforderlich ist** und die Abwägung im Einzelfall ergibt, dass dem **Interesse am Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung Vorrang vor den Rechten des betroffenen Abgeordneten** gebührt. Erweist sich, dass die weitere Beobachtung des Abgeordneten zum Schutz der freiheitlichen Ordnung nicht

notwendig ist, gebietet es der Grundsatz der Erforderlichkeit, die Beobachtung umgehend zu beenden (vgl. BVerfG NJW 2005, 2912).

„Ein **Überwiegen** des Interesses am Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Abgeordnete sein **Mandat zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht** oder diese aktiv und aggressiv bekämpft.

Im Übrigen kommt es auf eine **Abwägung aller berührten Interessen und Umstände** an. In deren Rahmen ist eine Gesamtbeurteilung des Gewichts des Eingriffs, des Grades der von dem Abgeordneten ausgehenden Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und des Gewichtes der durch eine Beobachtung zu erwartenden Informationen für den Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung vorzunehmen. Dabei ist das **Verhältnis des Abgeordneten zu seiner Partei** von Verfassungs wegen nicht jeder Berücksichtigung entzogen, denn der Abgeordnete besitzt zwar im Verhältnis zu Partei und Fraktion einen **eigenständigen, originären verfassungsrechtlichen Status** (vgl. BVerfG NJW 1953, 537; BVerfG NVwZ 2007, 916; st. Rspr.). Er bewegt sich dabei jedoch in einem **besonderen Spannungsverhältnis** zwischen seinem **freien und gleichen Mandat** und seiner **Einordnung in die Fraktion**.

Die **Parteimitgliedschaft** des Abgeordneten kann daher ein **Aspekt der gebotenen Gesamtbeurteilung** sein. Dabei ist nach der Wertung von Art. 21 GG – der den Parteien eine wesentliche Rolle für die politische Willensbildung des Volkes in der demokratischen Verfassungsordnung des Grundgesetzes zuweist (vgl. BVerfGE 1, 208 [225]; BVerfGE 107, 339 [358]; st. Rspr.) – davon auszugehen, dass ein parteipolitisches Engagement, welches seinerseits auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung steht, diese stärkt. Für sich genommen vermag die **bloße Parteimitgliedschaft** daher **nur eine vorübergehende Beobachtung zu rechtfertigen**, die der Klärung der Funktionen des Abgeordneten, seiner Bedeutung und Stellung in der Partei, seines Verhältnisses zu verfassungsfeindlichen Strömungen sowie der Beurteilung von deren Relevanz innerhalb der Partei und für das Wirken des Abgeordneten dient. Von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung der von dem Abgeordneten ausgehenden **Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung** ist insoweit die Feststellung, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß das politische Verhalten des Abgeordneten beeinflusst ist von den gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichteten **Gruppierungen und Strömungen innerhalb der Partei**.“ (BVerfG aaO)

(2) Grenzen der Informationssammlung

Darüber hinaus müssen hinsichtlich der Mittel der Informationssammlung ebenfalls besondere Verhältnismäßigkeitskriterien eingehalten werden. Hierbei ist zu beachten, dass gem. Art. 46 I GG jedenfalls Äußerungen eines Abgeordneten der Informationserhebung und -sammlung entzogen sind, wenn er diese im Bundestag oder in einem seiner Ausschüsse getan hat.

„Gemäß Art. 46 I 1 GG darf ein Abgeordneter zu **keiner Zeit** wegen seiner Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die er im Bundestag oder in einem seiner Ausschüsse getan hat, **gerichtlich oder dienstlich verfolgt** oder sonst außerhalb des Bundestages „zur Verantwortung gezogen“ werden. Die **Vorschrift ist** nach ihrem Wortlaut und ihrem Sinn und Zweck, die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments zu sichern und den Abgeordneten zu schützen (vgl. BVerfG NJW 2002, 1111), weit zu verstehen. Der Schutz des Art. 46 I GG erstreckt sich damit auch auf **Maßnahmen der Verfassungsschutzbehörden** (vgl. auch Magiera, in: BK VIII, Art. 46 Rn. 69 [Februar 2011]; H.-P. Schneider, in: AK-GG, 3. Aufl. [2001], Art. 46 Rn. 8 [August 2002]; Trute, in: v. Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. [2012], Art. 46 Rn. 17; Brenner, in: Festschr. f. P. Badura, 2004, S. 25 [40]).“ (BVerfG aaO)

c) Anwendung dieser Grundsätze auf den Fall

Zunächst ist davon auszugehen, dass der Bf. beobachtet wurde, ohne dass Methoden der heimlichen Informationsbeschaffung angewendet wurden. Fraglich ist, ob dieser Eingriff in das freie Mandat im konkreten Fall nach den vorstehenden Maßstäben gerechtfertigt sein kann.

aa) hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für den Eingriff

Die Maßnahme ist auf der Grundlage des Bundesverfassungsschutzgesetzes erfolgt. Diese müsste zunächst den dargestellten Anforderungen insbesondere an die hinreichende Bestimmtheit genügen.

„Die im Jahr 1990 mit dem Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das BfV geschaffenen § 8 I 1 und § 3 I Nr. 1

i. V. mit § 4 I 1 lit. c BVerfSchG stellen eine dem Vorbehalt des Gesetzes genügende Rechtsgrundlage für die Beobachtung des Bf. dar, auch wenn darin nicht ausdrücklich auf die Rechte der Abgeordneten aus Art. 38 I 2 GG Bezug genommen wird.

Die **wesentliche Entscheidung**, ob **Mitglieder des Deutschen Bundestages** der Beobachtung durch das BfV unterzogen werden dürfen, hat der Gesetzgeber mit diesen Vorschriften **selbst getroffen und sie bejaht**. Zugleich hat er auch über die **wesentlichen Voraussetzungen** einer solchen Beobachtung entschieden, und zwar dahingehend, dass für die Beobachtung von Abgeordneten die gleichen tatbestandlichen Voraussetzungen gelten wie für die Beobachtung von Privatpersonen. Der besonderen Schutzwürdigkeit von Abgeordneten hat der Gesetzgeber ausreichend Rechnung getragen, indem § 8 V BVerfSchG die einfachgesetzliche Anordnung enthält, dass die Beobachtung verhältnismäßig sein muss.

Danach hat das Bundesamt von **mehreren geeigneten Maßnahmen** diejenige zu wählen, die den Betroffenen voraussichtlich **am wenigsten beeinträchtigt**. Eine Maßnahme darf keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht. Die Befugnisnorm in § 8 BVerfSchG ermöglicht und verlangt folglich die Berücksichtigung aller betroffenen Belange und damit auch der Tatsache, dass die Tätigkeit der beobachteten Person dem besonderen Schutz des Art. 38 I 2 GG unterliegt. Da Abgeordnete nach Maßgabe von Art. 38 I 2 GG nicht von vornherein einer Beobachtung durch das BfV entzogen sind, kommt es insoweit auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an, für deren Beurteilung die oben angeführten Aspekte heranzuziehen sind.“ (BVerfG aaO)

bb) Wahrung des besonderen Verhältnismäßigkeitsmaßstabes

Allerdings könnte die langjährige Beobachtung des Bf. einschließlich der Sammlung und Speicherung der gewonnenen Informationen den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit widersprechen.

„Bei einer Gesamtabwägung aller Umstände stehen die vom BVerwG angenommenen **geringfügigen zusätzlichen Erkenntnisse** für die Ermittlung eines umfassenden Bildes über die Partei (vgl. BVerwG NVwZ 2011, 161 Rn. 88) **außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs** in das freie Mandat des Bf.

Im fachgerichtlichen Verfahren wurden tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht **verfassungsfeindlicher Bestrebungen** lediglich **in Bezug auf einzelne Untergliederungen** – namentlich die Kommunistische Plattform, das Marxistische Forum und die anerkannte Jugendorganisation Linksjugend [solid] – festgestellt (vgl. OVG Münster BeckRS 2009, 31498). Zugleich wurde ausdrücklich festgestellt, dass der **Bf. individuell nicht verdächtig** ist, verfassungsfeindliche Bestrebungen zu verfolgen (vgl. OVG Münster, BeckRS 2009, 31498). [wird ausgeführt].

Der Bf. gehört jedoch **weder zu den Angehörigen noch zu den Unterstützern der betreffenden Untergliederungen innerhalb der Partei**. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte dafür, dass das politische Verhalten des Bf. als Abgeordneter von den gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichteten Anschauungen betreffenden Gruppierungen beeinflusst worden wäre.

Verfassungsrechtlich nicht haltbar ist nach den obigen Maßstäben die Annahme des BVerwG, die Tätigkeit des Bf. sei dennoch objektiv geeignet, die verfassungsfeindlichen Bestrebungen zu unterstützen; gefährlich für die freiheitliche demokratische Grundordnung könnten auch Personen sein, die selbst auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stünden, jedoch bei objektiver Betrachtung durch ihre Tätigkeit verfassungsfeindliche Bestrebungen förderten, ohne dies zu erkennen oder als hinreichenden Grund anzusehen, einen aus anderen Beweggründen unterstützten Personenzusammenhang zu verlassen (vgl. BVerwG NVwZ 2011, 161 Rn. 69). Das Urteil des BVerwG verkennt insoweit, dass nach der **Wertung von Art. 21 GG** – der den Parteien eine wesentliche Rolle für die politische Willensbildung des Volkes in der demokratischen Verfassungsordnung des Grundgesetzes zuweist (vgl. BVerfGE 1, 208 [225]; BVerfGE 107, 339 [358]; st. Rspr.) – ein **parteiliches Engagement**, das seinerseits **auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung** steht, diese stärkt. Dies gilt auch und gerade dann, wenn es in einer Partei stattfindet, in der unterschiedliche Kräfte und Strömungen miteinander um Einfluss ringen.

Nach alledem stellt sich der vom BVerwG angenommene Gewinn an geringfügigen zusätzlichen Erkenntnissen für die Ermittlung eines umfassenden Bildes über die Partei (vgl. BVerwG NVwZ 2011, 161 Rn. 88) im Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs in das freie Mandat des Bf. aus Art. 38 I 2 GG als nachrangig dar.“ (BVerfG aaO)

III. Ergebnis

Das Urteil des BVerwG vom 21.07.2010 (BVerwG NVwZ 2011, 161) verletzt den Bf. in seinen Rechten aus Art. 38 I 2 und Art. 38 I 2 i. V. mit Art. 28 I GG.

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
§ 280

Vermieterkündigung Ersatz des Kündigungsfolgeschadens

BGB

(OLG Düsseldorf in ZMR 2013, 956; Urteil vom 11.04.2013 – 10 U 68/12)

Kündigt der Vermieter ein Mietverhältnis schuldhaft ohne Grund, so ist er dem Mieter nach § 280 I BGB **zum Ersatz des Kündigungsfolgeschadens verpflichtet**; dies gilt bei der Wohn- und Gewerberaummieta sowie bei fristgebundener und fristgemäßer Kündigung.

„Zwar tritt bei fehlendem Kündigungsgrund die **Gestaltungswirkung der Kündigung** nicht ein; das Mietverhältnis besteht vielmehr fort. Mit der wegen fehlender materieller Gründe unwirksamen Kündigung macht der Vermieter dem Mieter indessen den Gebrauch der Mietsache streitig und **verletzt damit seine Vertragspflichten aus § 535 I BGB** (BGHZ 89, 296 = NJW 1984, 1028; BGH NJW 1984, 1552; BGH NJW-RR 2002, 730 = NZM 2002, 291; BGH NJW 2005, 2395 = NZM 2005, 580; BGH NJW 2010, 1068 = NZM 2010, 273; BGH NZM 2011, 119; BGH ZMR 1996, 436 m. w. Nachw.; BGH ZMR 2011, 717).“ (OLG Düsseldorf aaO)

BGB
§ 433

Vertragsschluss bei Internet-Auktion Fehler bei Mindestpreisangabe

BGB

(OLG Hamm in BB 2013, 3074; Urteil vom 04.11.2013 – 2 U 94/13)

Eine **wegen eines Fehlers bei der Mindestpreisangabe abgebrochene Ebay-Auktion bewirkt** auch bei einem vorhandenen Gebot **keinen Vertragsschluss**, wenn das Angebot nach den Ebay-Bedingungen zurückgezogen werden konnte.

„Nach der Rspr. des BGH steht ein über die Einstellung bei X abgegebenes Angebot unter dem **Vorbehalt**, dass kein Widerrufsgrund nach den X-Bedingungen gegeben ist. Nach den X-Bedingungen kann ein Angebot zurückgezogen werden, wenn dem Anbieter bei der Einstellung des Angebots ein Fehler unterlaufen ist, wozu nach den vom Bkl. überreichten Erläuterungen seitens X auch ein Fehler bei der Angabe des Mindestpreises gehört.

Entgegen der Auffassung des Kl. **bedarf es** im Falle des Vorliegens eines Widerrufsgrundes nach den X-Bedingungen - auch im Falle eines Irrtums, so ein solcher hier vorliegen sollte - **keiner gesonderten Anfechtung**. Der BGH hat in der genannten Entscheidung erkannt, dass die erläuternden Hinweise von X zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Recht zur vorzeitigen Angebotsbeendigung besteht, von Bedeutung sind. Die Verweisung des § 10 AGB X - die AGB sind im Internet abrufbar, aktuell § 10 Nr. 1. AGB - auf eine „gesetzliche“ Berechtigung hat er nicht im engen Sinne einer Verweisung nur auf die gesetzlichen Bestimmungen über die Anfechtung von Willenserklärungen verstanden. Das gilt für den Widerrufsgrund Verlust des Verkaufsgegenstandes, der der Entscheidung des BGH zugrunde lag, und für den Widerrufsgrund Fehler beim Eingeben des Mindestpreises gleichermaßen.“ (OLG Hamm aaO)

BGB
§§ 631, 645

Schriftformerfordernis Legitimationswirkung eines Firmenstempels

BGB

(BGH in ZMR 2013, 955 = NZG 2013, 385; Urteil vom 23.01.2013 – XII ZR 35/11)

Das **Hinzusetzen eines (Firmen-)Stempels zu einer Unterschrift des Gesellschafters** weist denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, als **unterschriftsberechtigt für die Gesellschaft** aus. Eine so in den Verkehr gegebene Erklärung **erfüllt das Schriftformerfordernis des § 550 BGB**.

I. Das Schriftformerfordernis des § 550 BGB ist nicht erfüllt, wenn **der für die GbR abzuschließende Mietvertrag nur von einem einzelnen Gesellschafter unterzeichnet** ist.

„Für die Einhaltung der Schriftform ist es nämlich erforderlich, dass alle Vertragsparteien die Vertragsurkunde unterzeichnen. Nur dann ergibt sich aus der Urkunde, dass ein Vertrag mit diesem Inhalt zu Stande gekommen ist. Unterzeichnet für eine Vertragspartei ein Vertreter den Mietvertrag, muss dies in der Urkunde **durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck** kommen. Ohne einen solchen Zusatz wäre nämlich nicht auszuschließen, dass die Unterschriften der übrigen Gesellschafter noch fehlen (BGHZ 125, 175 = NJW 1994, 1649; BGH NJW 2002, 3389 = NZM 2002, 950; BGH NJW 2008, 2178 = NZM 2008, 482 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

II. Ein **Vertretungsverhältnis für die Gesellschaft** wird jedoch bereits **durch den der Unterschrift beigefügten Stempelabdruck angezeigt**, ohne dass es dazu weiterer Unterschriften der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter bedurft hätte.

„Der **Abschluss eines schriftlichen Mietvertrags mit Wirkung für die GbR setzt nicht dessen Unterzeichnung durch sämtliche geschäftsführenden Gesellschafter voraus**. Vielmehr kann sich die Gesellschaft gem. § 164 BGB durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. Die Erklärung des Bevollmächtigten ist wirksam im Namen der Gesellschaft abgegeben, wenn sie mit einem das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz versehen ist. Eine so abgegebene Erklärung genügt auch der Schriftform. Denn sie erweckt – anders als die nur von einem einzelnen Gesellschafter ohne Vertretungszusatz abgegebene Erklärung – nicht den äußeren Anschein, es könnten noch weitere Unterschriften fehlen.“ (BGH aaO)

1. Zwar hat der **BGH** entschieden, dass wenn eines der zur gemeinschaftlichen Vertretung berufenen Organmitglieder der Gesellschaft den Vertrag unterzeichnet, die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt ist, wenn auch die übrigen Organmitglieder unterzeichnen oder die Unterschrift den Hinweis enthält, dass das unterzeichnende Organmitglied auch diejenigen Organmitglieder vertreten will, die nicht unterzeichnet haben (BGHZ 183, 67 = NJW 2010, 1453 = NZM 2010, 82; BGH NJW 2003, 3053 = NZM 2003, 801; BGH NJW 2002, 3389 = NZM 2002, 950).

Dies gilt aber nur, wenn dem Erscheinungsbild der Urkunde nach die Unterschrift des Unterzeichners in seiner Eigenschaft als Mitglied des mehrgliedrigen Organs abgegeben ist. Nur dann erweckt die Urkunde den Anschein, es könnten noch weitere Unterschriften, nämlich diejenigen der übrigen Organmitglieder, fehlen.

2. Anders liegt der Fall, wenn dem **Erscheinungsbild der Urkunde** nach der Unterzeichner für sich allein die Berechtigung zum Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts in Anspruch nimmt und dies durch einen die alleinige Vertretung der Gesellschaft anzeigenden Zusatz kenntlich macht.

„Ein solcher Zusatz liegt in der Verwendung des vom Geschäftsinhaber autorisierten Firmen- oder Betriebsstempels. Das Hinzusetzen eines Stempels zu einer Unterschrift weist denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, als unterschreibungsberechtigt für den Stempelsteller aus. Denn der Geschäftsverkehr misst dem Firmen- oder Betriebsstempel eine Legitimationswirkung bei. Die Abgabe einer unterschriebenen und mit Stempelzusatz abgeschlossenen Erklärung dokumentiert im Hinblick auf die insoweit relevante äußere Form, mit der geleisteten Unterschrift hinsichtlich dieses Geschäfts zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt zu sein und in diesem Sinne handeln zu wollen. Eine so in den Verkehr gegebene Erklärung wirft keinen Zweifel an ihrer Vollständigkeit auf. Daher erfüllt sie die Schriftform (vgl. bereits OLG Köln GuT 2005, 5). Lautet der Stempelabdruck nur auf eine von mehreren Betriebsstätten (hier: Kanzleiorten) des Geschäftsinhabers, bezieht sich die Legitimationswirkung jedenfalls auf die für diese Betriebsstätte vorgenommenen Geschäfte.“

Ob die mit Stempelzusatz geleistete Unterschrift von einer sie tragenden Vertretungsmacht gedeckt war, ist keine Frage der Einhaltung der Schriftform, sondern der Bindungswirkung gegenüber dem Vertretenen (vgl. BGHZ 160, 97 = NJW 2004, 2962 = NZM 2004, 738).“ (BGH aaO)

StGB
§ 132

Amtsanmaßung
Verwendung eines Blaulichts im Straßenverkehr

StGB

(OLG Celle in NStZ-RR 2014, 25; Beschluss vom 26.09.2013 – 32 Ss 110/13)

Für die **Strafbarkeit wegen Amtsanmaßung nach § 132 Var. 2 StGB** reicht es aus, wenn die **Handlung des Täters objektiv als hoheitlich erscheint** und deswegen **mit einer rechtmäßigen Amtshandlung verwechselt werden kann**. Der Annahme einer solchen Verwechslungsfahr steht nicht entgegen, dass einzelne außenstehende Beobachter erkannt haben, dass es sich nicht um eine Diensthandlung handelte.

*„Bei Einsatz eines Blaulichts im Straßenverkehr kommt es für die Beurteilung des Verhaltens als seinem äußeren Anschein nach hoheitlich auf die Umstände des Einzelfalls an. Zutreffend hat das AG erkannt, dass ein Verkehrsteilnehmer aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung aus der Verwendung eines Blaulichts grds. auf eine hoheitliche Tätigkeit schließt. Denn der überwiegende Teil der nach § 52 III StVZO mit blauen Kennleuchten zulässigerweise ausgestatteten Fahrzeuge wird bei Einsatzfahrten i. S. d. § 38 StVO im Rahmen hoheitlichen Handelns eingesetzt. Danach hätte es besonderer Umstände bedurft, die aus Sicht eines objektiven Beobachters ausnahmsweise eine hoheitliche Verwendung des Blaulichts ausschlossen. Hier wurde der **Eindruck einer hoheitlichen Dienstfahrt** mit einem Polizeifahrzeug jedoch zusätzlich gestützt durch die weiteren Feststellungen des Amtsgerichts zum äußeren Erscheinungsbild des Fahrzeugs, das silbergrau lackiert war und einen blauen Streifen an der Fahrzeugseite aufwies, der zudem bei Tatbegehung - anders als zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung - noch nicht mit einem Werbeschriftzug versehen war.“*

Unerheblich ist, dass der Zeuge POK F. auf das vom Angekl. geführte Fahrzeug von einem Verkehrsteilnehmer aufmerksam gemacht wurde, der das Fahrzeug nach seinem Eindruck nicht für ein Polizeifahrzeug hielt. Für den Tatbestand des § 132 StGB reicht es aus, wenn die Handlung aus objektiver Sicht mit einer Diensthandlung verwechselt werden kann. Dass einzelne Verkehrsteilnehmer einer solchen Verwechslung nicht unterlagen, ist demgegenüber unbeachtlich.“ (OLG Celle aaO)

StGB
§ 249

Raub
Vollendung der Wegnahme

StGB

(BGH in NStZ 2014, 40; Urteil vom 27.03.2013 – 2 StR 115/12)

Ergreift der Täter unter Einsatz einer Scheinwaffe **in einem Tresor liegenden Geldscheine und -stücke**, so ist bereits damit die **Raubtat vollendet**, weil das Ergreifen und Festhalten der leicht transportablen Tatbeute zu einem **Gewahrsamswechsel** führt.

*„Eine vollendete Wegnahme setzt voraus, dass **fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet** ist. Letzteres beurteilt sich danach, ob der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber ausüben kann. Für die Frage der **Sachherrschaft** kommt es entscheidend auf die Anschauungen des täglichen Lebens an. Dabei macht es sowohl für die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers wie für die des Täters einen entscheidenden Unterschied, ob es sich bei dem Diebesgut um umfangreiche, namentlich schwere Sachen handelt, deren Abtransport mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, oder ob es nur um kleine, leicht transportable Gegenstände geht. Bei unauffälligen, leicht beweglichen Sachen, wie etwa bei Geldscheinen sowie Geld- und Schmuckstücken, lässt die Verkehrsauffassung für die vollendete Wegnahme schon ein Ergreifen und Festhalten der Sache genügen (BGHSt 23, 254; BGH NStZ 2011, 158).“ (BGH aaO)*

(BGH in VersR 2013, 1181; Urteil vom 16.07.2013 – VI ZR 442/12)

Beim **Subventionsbetrug nach § 264 I Nr. 2 StGB** sind zivilrechtlich **nur die zweckwidrig verwendeten Ausgaben zu ersetzen**.

„Der Bekl. [hat] sich durch die Verstöße gegen § 264 I Nr. 2 StGB schadensersatzpflichtig gemacht. Diese Vorschrift ist ebenso wie § 264 I Nr. 1 StGB (dazu BGHZ 106, 204) ein Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB. Wenn an ein Unternehmen ausgezahlte, nicht rückzahlbare Subventionsmittel entgegen einer Verwendungsbeschränkung des Subventionsgebers verwandt werden, so erleidet der betroffene Verwaltungsträger dadurch einen Vermögensschaden.“ (BGH aaO)

- I. Dem steht nicht entgegen, dass die Subventionsmittel bereits vor dem haftungsbegründenden Schutzgesetzverstoß aus dem Vermögen des betroffenen Verwaltungsträgers abgeflossen sind.

„Zwar sind **Vermögensschäden** im Allgemeinen **nach der Differenzmethode zu ermitteln** durch einen rechnerischen Vergleich der durch das schädigende Ereignis eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne dieses Ereignis ergeben hätte. Jedoch enthebt die Differenzmethode als wertneutrale Rechenoperation nach gefestigter Rspr. des BGH nicht davon, am Schutzzweck der Haftung und an der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes die in die Differenzbilanz einzusetzenden Rechnungsposten wertend zu bestimmen (BGHZ 98, 212; BGHZ 161, 361 m. w. Nachw.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass Wesen und Bedeutung des Vermögens sich nicht in dessen Bestand - dem "Haben" - erschöpfen, sondern dass sie auch die im Vermögen verkörperten Möglichkeiten für den Vermögensträger umfassen, es zur Verwirklichung seiner Ziele zu nutzen. Diese funktionale Zuweisung ist im vermögenswerten Recht mitgeschützt. Sie erfordert es, der durch eine Verwendungsbeschränkung i. S. des § 264 I Nr. 2 StGB abgesicherten Zweckbindung von bereits ausgezahlten Subventionsmitteln einen Vermögenswert beizumessen, der durch die zweckwidrige Verwendung der Mittel entfällt.“ (BGH aaO)

- II. In Fällen, in denen Subventionsmittel unter Missachtung der Voraussetzungen für die Mittelvergabe ausgezahlt werden, entsteht nach st. Rspr. des BGH ein **Schaden im Staatsvermögen**, weil die **haushaltsrechtlich gebundenen Mittel verringert** werden, **ohne dass der erstrebte Zweck erreicht** wird (BGHZ 106, 204; BGHSt 19, 37; BGHSt 31, 93; BGHSt 43, 293; BGH NJW 2001, 2411; BGH NSTZ 2006, 624).

„Die **Subventionsgewährung begründet ein Austauschverhältnis**, bei dem zur Feststellung eines Vermögensschadens Leistung und Gegenleistung zu saldieren sind. Der Subventionsnehmer schuldet dem Subventionsgeber als "Gegenleistung" für die Subventionsgewährung die zweckgerichtete Verwendung der Subventionsgelder. Diese Gegenseitigkeitsbeziehung wird gestört, wenn die Mittelverwendung nicht dem Subventionszweck entspricht.

Anders als in den Fällen der unter der Missachtung der Vergabevoraussetzungen erreichten Hergabe von Subventionen wird die Gegenseitigkeitsbeziehung in den Fällen des § 264 I Nr. 2 StGB erst nach der Subventionsgewährung gestört. Die bei dem betroffenen Verwaltungsträger durch den Abfluss der haushaltsrechtlich gebundenen Mittel bewirkte Vermögensminderung wird zunächst dadurch kompensiert, dass durch eine Verwendungsbeschränkung die Erreichung des erstrebten Zweckes rechtlich abgesichert wird. Diese Absicherung wird durch den untreueähnlichen Straftatbestand des § 264 I Nr. 2 StGB verstärkt, der an die Verfügungsmacht über den Zuwendungsgegenstand eine **besondere Treuepflicht** knüpft (vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., § 264 Rn 25a; Tiedemann, Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 264 Rn 106). Werden die ausgezahlten Subventionsmittel unter Beachtung dieser Pflicht gemäß der Verwendungsbeschränkung verwandt, verbleibt es bei der **Kompensation der Vermögensminderung**, weil dann der erstrebte Zweck erreicht wird. Werden die Mittel stattdessen entgegen der Verwendungsbeschränkung verwandt, so wird dadurch die Zweckbindung aufgehoben und der betroffene Verwaltungsträger erleidet nunmehr einen Vermögensschaden. Seine Vermögenslage ist dann nicht anders zu beurteilen, als wenn er die Verwirklichung des geförderten Vorhabens selbst übernommen und als wenn sein zuständiger Bediensteter die dafür vorgesehenen Mittel veruntreut hätte.

Da der **Vermögensschaden** demnach bereits mit der **zweckwidrigen Verwendung der Subventionsmittel** eintritt, ist die Schadenseinstellung nicht davon abhängig, dass der Zuwendungsbescheid wirksam widerrufen wird. Soweit der betroffene Verwaltungsträger den durch einen Widerruf begründeten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch (§ 49a I 1 VwVfG NRW) realisieren kann, führt dies vielmehr nur zu einem Ausgleich des bereits entstandenen Schadens.“ (BGH aaO)

(BGH in NZV 2013, 559; Beschluss vom 15.05.2013 – 1 StR 469/12)

Durch das **Zuparken einer Geschwindigkeitsmessanlage** ist der **Tatbestand des § 316 b I Nr. 3 StGB nicht erfüllt**.

- I. § 316 b I StGB weist eine **zweiaktige Struktur** auf: Der Tatbestand setzt für den hier allein in Frage kommenden § 316 b I Nr. 3 StGB eine Störung oder eine Verhinderung des Betriebs einer der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit dienenden Anlage voraus.

Diese Störung oder Verhinderung muss ihre Ursache (s. nur Fischer, StGB, 60. Aufl., § 316 b Rn 6) darin haben, dass eine dem Betrieb dienende Sache zerstört, beschädigt, beseitigt, verändert oder unbrauchbar gemacht oder die für den Betrieb bestimmte elektrische Kraft entzogen wird.

- II. Durch das Zuparken einer Geschwindigkeitsmessanlage wird das **Merkmal des Unbrauchbarmachens einer dem Betrieb dienenden Sache nicht verwirklicht**.

„Vorliegend hat der Angekl. die beabsichtigten Geschwindigkeitsmessungen allein dadurch verhindert, dass er mit seinen jeweils in Richtung des Messstrahls geparkten Fahrzeugen Messungen anderer vorbeifahrender Fahrzeuge verhinderte. Dabei wirkte er jedoch, anders als bei dem vom OLG Stuttgart (NSTZ 1997, 342) entschiedenen Fall, nicht einmal äußerlich durch Beschmierern oder bspw. Bekleben auf die Substanz der Sache ein. Es lag mithin **keine Manipulation an dem Messgerät selbst oder einem wesentlichen Teil davon** vor, die zu einer tatsächlichen Funktionsminderung geführt haben könnte, was aber Voraussetzung einer Tatbestandsmäßigkeit wäre (zur Erforderlichkeit einer Einwirkung auf die Sachsubstanz vgl. OLG Celle NSTZ 2005, 217; BVerfG NVwZ 2006, 583; Wolff, in: LK-StGB, § 317 Rn 9, 11; Wolters, SK-StGB, § 316 b Rn 10; Fischer, § 316 b

316 b Rn 6; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 316 b Rn 5). Der Generalbundesanwalt hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass derjenige den Tatbestand nicht erfüllt, der einen Fernsprechanschluss dadurch blockiert, dass er diesen anwählt und nicht aufliegt (vgl. Wolff, LK-StGB, § 317 Rn 9, 11). Dem entspricht auch, dass bei Blockadeaktionen gegenüber einem Zug es nicht ausreichend ist, wenn dessen Weiterfahrt durch Personen auf den Gleisen verhindert wird; erst bei einem direkten Einwirken auf die Gleise selbst kann der Tatbestand gegeben sein (OLG Celle NSTZ 2005, 217).

So liegt der Fall auch hier: Mit dem Parken seiner Fahrzeuge vor dem Sensor der Messeinheit hat der Angekl. zwar weitere Messungen anderer Fahrzeuge verhindert, **an einem direkten Einwirken auf die Sachsubstanz fehlte es** aber. Dies erweist sich schon daraus, dass bereits ein leichtes Versetzen des Messfahrzeugs oder (je nach Gerät) auch nur der Messeinrichtung Messungen wieder möglich gemacht hätte. Insoweit unterscheidet sich der Sachverhalt auch von den Fallgestaltungen des OLG Stuttgart (NSTZ 1997, 342 – Beschmieren des Fotoobjektivs) und des OLG München (NJW 2006, 2132 = NSTZ 2006, 576 – Überbelichtung des Fotofilms durch Blitzlichtreflexion), bei denen eine bloße Veränderung des Standorts – auch wenn dies praktisch nicht möglich gewesen wäre – nichts an der allerdings nur vorübergehenden Beeinträchtigung der Anlage selbst geändert hätte.“ (BGH aaO)

NRWPolG
§§ 8 I, III, 16a

Polizeiliche Generalklausel Abgrenzung

öfFR

(OVG Münster in NWVBI 2013, 492; Urteil vom 05.07.2013 – 5 A 607/11)

Die **polizeiliche Generalklausel deckt** auch die **Mitbeobachtung anderer Personen ab**, die zwar nicht Ziel der (Dauer-) Observation, von dieser aber unvermeidbar betroffen waren.

„Die polizeiliche Generalklausel deckt auch die **unvermeidbare Mitbetroffenheit anderer Personen** ab, ohne dass insoweit die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme von Nichtstörern gem. § 6 PolG NRW erfüllt sein müssten.

Auf die Regelungen der §§ 4-6 PolG NRW zu den möglichen Adressaten polizeilicher Maßnahmen der Gefahrenabwehr kann es im vorliegenden Zusammenhang nur hinsichtlich solcher Personen ankommen, die gezielt observiert werden. Gerät eine Person nur zwangsläufig in das Visier der observierenden Polizisten, weil sie sich - etwa als Familienangehöriger - in unmittelbarer Nähe der observierten Person aufhält oder dies aufgrund konkreter Anhaltspunkte angenommen werden kann, ist diese Auswirkung von § 8 I PolG NRW ohne Weiteres umfasst. Die Überlegungen zur übergangsweisen Anwendung der polizeirechtlichen Generalklausel für die Dauerobservation gefährlicher Straftäter würden ad absurdum geführt, wenn diese schon dadurch zu Fall gebracht werden könnte, dass Dritte unvermeidbar betroffen werden. Aus vergleichbaren Gründen ermächtigt § 16a I 2 PolG NRW für die dort geregelten Fälle längerfristiger Observationen zur Erhebung von Daten über andere Personen, soweit dies erforderlich ist, um eine Datenerhebung nach Satz 1 durchführen zu können. Damit sind im Unterschied zu den in Satz 1 geregelten Fällen gezielter Observationen diejenigen Personen erfasst, die von einer solchen Observation unvermeidbar betroffen werden, also nur „Beiwerk“ sind (vgl. LT-Drs. 10/3997, S. 38, sowie die - wohl gleichbedeutende - Formulierung der strafprozessualen Parallelnorm § 163 f II StPO).

Diese - deklaratorische - Aussage gilt sinngemäß auch bei der hier in Rede stehenden, von § 8 I PolG NRW getragenen Observation.“ (OVG Münster aaO)

BeamtVG
§ 52 II 1

Rückforderung von Versorgungsbezügen Anwendbarkeit des § 814 BGB

BeamtenR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2014, 65; Beschluss vom 30.09.2013 – 1 A 2149/12)

Bei der Rückforderung von Versorgungsbezügen nach § 52 II 1 BeamtVG ist die Regelung des § 814 BGB nicht anwendbar.

„Das VG hat insoweit auf die Rspr. des BVerwG zu § 12 II 1 BBesG rekurriert, wonach diese Vorschrift die tatbestandlichen Voraussetzung einer Rückforderung selbst regelt und folglich nur eine Rechtsfolgenverweisung auf die bereicherungsrechtlichen Vorschriften des BGB darstelle. § 814 BGB, der den Bereicherungsanspruch dem Grunde nach ausschließt und nicht lediglich dessen Umfang regelt, sei folglich nicht anwendbar (vgl. BVerwGE 116, 74 = NVwZ 2002, 854). Diese Rspr. hat es unter Bezugnahme auf entsprechende obergerichtliche Rspr. (vgl. VGH München, Beschl. v. 13. 10. 2009 – 14 ZB 09.1679; OVG Hamburg IÖD 2009, 188), auf die Regelung des § 52 II 1 BeamtVG übertragen. Das liegt angesichts des **identischen Wortlauts der beiden Vorschriften** und ihres **einander entsprechenden Regelungsgehalts** auf der Hand und ist nicht zu beanstanden.

Der bloße Hinweis darauf, dass die Entscheidung des BVerwG schon 10 Jahre alt und vom Ergebnis her nicht nachvollziehbar sei, stellt diese Rspr. nicht ansatzweise infrage. Ebenso wenig überzeugt das Argument, mit Rechtskraft des gegen den Kl. ergangenen Disziplinarurteils seien alle dienstlichen Bande zwischen ihm und seinem früheren Dienstherrn gekappt worden, womit er seinen Beamtenstatus verloren habe. Denn durch Urteil des VG Münster vom 02.03.2007 (20 K 5554/03) wurde dem Kl. als Ruhestandsbeamten wegen Dienstvergehens das Ruhegehalt aberkannt, er hat aber nicht seinen Status als Ruhestandsbeamter verloren.“ (OVG Münster aaO)

GG
Art. 28 II 1

Selbstverwaltungsrecht des Kreistags Empfehlung zur Mandatsniederlegung

öfFR

(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2014, 66; Urteil vom 28.05.2013 – 4 A 536/12)

Aufgrund des **Selbstverwaltungsrechts** ist der **Kreistag berechtigt**, das **außerparlamentarische Verhalten eines seiner Mitglieder zu missbilligen** und die **Niederlegung des Mandats zu empfehlen**.

- I. Nach **§ 2 I 1 SächsKO** erfüllen die Landkreise, soweit die Gesetze nichts Anderes bestimmen, alle überörtlichen und alle die Leistungsfähigkeit der einzelnen kreisangehörigen Gemeinde übersteigenden Aufgaben in eigener Verantwortung. Die vom Kreistag gegenüber einem Kreistagsmitglied ausgesprochene Empfehlung, das Mandat niederzulegen, fällt unter die Aufgaben, die den Landkreisen zur Selbstverwaltung obliegen (§ 2 ISächsKO).

„Das **Recht des Kreistages zur selbstverantwortlichen Aufgabenerledigung** nach § 2 I SächsKO erfasst auch das Recht, einem Mitglied des Hauptorgans des Landkreises gegenüber zum Ausdruck zu bringen, dass es nach Auffassung des Kreistages wegen eines bestimmten Sachverhaltes nicht länger Mitglied sein sollte und ihm daher empfohlen werde, das Mandat aufzugeben. Das Recht eines Kollektivorgans, Maßnahmen zu ergreifen, die es zum **Erhalt und zur Wiederherstellung seiner Funktionsfähigkeit und inneren Ordnung** für geboten hält, bedarf keiner speziellen Rechtsgrundlage, solange die einer kommunalen Vertretung gezogenen Grenzen des Betätigungsfeldes und die Gesetzmäßigkeit ihres Handelns gewahrt bleiben. Aus dem den Gemeinden verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 II GG, Art. 8 SächsVerf.) lässt sich auch die Befugnis herleiten, sich zu Angelegenheiten, die die örtliche Gemeinschaft – hier das Selbstorganisationsrecht – betreffen, zu äußern und ein damit zusammenhängendes Verhalten oder einen Vorgang zu würdigen (vgl. OVG Lüneburg NdsVBl 2012, 274 – zur Missbilligung des Verstoßes eines Ratsmitgliedes gegen die Verschwiegenheitspflicht).“ (OVG Bautzen aaO)

- II. Die Gewährleistung des Art. 28 II 1 GG sichert den Gemeinden – im Rahmen der Gesetze – einen **grds. alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich sowie die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte** in diesem Bereich zu (BVerfGE 91, 228 = NVwZ 1995, 677; Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Rn 43 ff.). Zu der Befugnis eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte gehört auch die Organisationshoheit. Durch sie legen die Gemeinden für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten im Einzelnen fest und bestimmen damit auch über Gewichtung, Qualität und Inhalt ihrer Entscheidungen (BVerfGE 91, 228 = NVwZ 1995, 677)

„Gemessen an diesem Selbstverwaltungsbegriff und dem Wesen der kommunalen Selbstverwaltung ist einem kommunalen Parlament zur **Aufrechterhaltung seiner inneren Ordnung** auch das Recht einzuräumen, das außerparlamentarische Verhalten eines seiner Mitglieder zu missbilligen. Das stellt **keine rechtliche oder tatsächliche Einflussnahme dar, vor der das Mandat nach § 31 II und III SächsKO zu schützen ist**. Die in § 31 II SächsKO gesicherte Mandatsausübung betrifft Einflussnahmen von außen durch den Arbeitgeber oder Dienstherrn auf die Tätigkeit als Kreisrat. Nach § 31 III SächsKO üben die Kreisräte ihr Mandat nach dem Gesetz und ihrer freien, dem Gemeinwohl verpflichteten Überzeugung aus. An Verpflichtungen und Aufträge, durch die diese Freiheit beschränkt wird, sind sie nicht gebunden. Die geschützte Entscheidungsfreiheit des einzelnen Kreisrats wird aber weder durch eine Missbilligung noch durch die Empfehlung, das Mandat niederzulegen, betroffen.“ (OVG Bautzen aaO)

- II. Dem **Missbilligungsrecht** steht auch nicht entgegen, dass der sächsische Gesetzgeber für kommunale Wahlbeamte wie den Bürgermeister und den Landrat in §§ 41 IV und 56 SächsKomWahlG Wählbarkeitseinschränkungen vorgesehen und insofern das kommunale Selbstverwaltungsrecht für den Mandatsverlust nicht als ausreichend angesehen hat.

„Das erfasst die hier infrage stehende Missbilligung nicht. Mit ihr ist **kein Mandatsverlust** verbunden. Es handelt sich um eine **Maßnahme unterhalb einer Sanktion**. Der Anlass für die Maßnahme muss allerdings im Bereich der lokalen Aufgabenwahrnehmung örtlicher Angelegenheiten oder im Bereich der Eigenverantwortlichkeit liegen. Da die Akzeptanz der im Rahmen der Selbstverwaltung zu erfüllenden Aufgaben auch davon abhängt, dass sie von angesehenen, mit den heimischen Verhältnissen besonders vertrauten Mandatsträgern wahrgenommen werden, ist ein Missbilligungsrecht gerade dann einzuräumen, wenn das Ansehen eines Mitglieds der kommunalen Vertretung betroffen ist. Allgemeine Beanstandungen können jedoch nicht darunter fallen. Die kommunale Vertretung darf nicht wie eine Zensurbehörde agieren. Auch die im politischen Leben üblichen Aufforderungen werden nicht von dem Missbilligungsrecht erfasst. Dass das Missbilligungsrecht möglicherweise auch missbraucht werden könnte, ändert an seinem Bestand nichts.“ (OVG Bautzen aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 139

Richterliche Hinweispflicht
Umfang im Zwangsversteigerungsverfahren
(BGH in NZI 2013, 1048, Beschluss vom 10.10.2013 – V ZB 181/12)

ZPO

Die zivilprozessuale Hinweispflicht gem. § 139 ZPO gilt auch im Verfahren nach dem Zwangsversteigerungsgesetz. Sie erfordert aber nicht allgemeine Ausführungen über die Rechte der Beteiligten, sondern kommt in erster Linie zum Tragen, wenn das Gericht Anlass zu der Annahme hat, dass ein Beteiligter die Rechtslage falsch einschätzt und ihm deshalb ein Rechtsnachteil droht.

Fall: Die Bet. zu 4 und 5 (fortan: der Schuldner und die Schuldnerin) sind hälftige Miteigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundstücks, das mit einem Einfamilienhaus bebaut ist. Auf Antrag des Bet. zu 1 ordnete das AG im Oktober 2009 die Zwangsversteigerung des Miteigentumsanteils des Schuldners an. Die Bet. zu 2 trat dem Verfahren bei. Mit Beschluss vom 18.05.2010 wurde über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet. Am 27.10.2010 wurde der im Grundbuch eingetragene Insolvenzvermerk wieder gelöscht. Auf Antrag der Bet. zu 2 ordnete das AG im August 2010 auch die Zwangsversteigerung des Miteigentumsanteils der Schuldnerin an. Die Verfahren der beiden Schuldner wurden miteinander verbunden. In dem Versteigerungstermin vom 26.03.2012, in dem nur der Schuldner, nicht aber die Schuldnerin anwesend war, hat die Bet. zu 2 beantragt, die beiden Miteigentumshälften gemeinsam unter Verzicht auf Einzelausgebote auszubieten. Nachdem der Schuldner dem Antrag zugestimmt hatte, hat das AG Bruchsal (Beschl. v. 26.03.2012 – 3 K 114/09, BeckRS 2013, 20244) beschlossen, dass die Versteigerung der Miteigentumshälften nur im Gesamtausgebot erfolgt. Dem meistbietenden Bet. zu 6 ist der Zuschlag erteilt worden. Auf die sofortige Beschwerde der Schuldner hat das LG Karlsruhe (Beschl. v. 18.09.2012 – 11 T 199/12, BeckRS 2013, 20242) den Zuschlagsbeschluss aufgehoben und dem Bet. zu 6 den Zuschlag versagt. Zu Recht?

Die Entscheidung ist zu Recht ergangen, wenn die sofortige Beschwerde zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde

1. Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und der allgemeinen Sachentscheidungs-voraussetzungen

Zuständig für die Beschwerdeentscheidung ist das übergeordnete Gericht, vgl. § 72 GVG. Hierbei handelt es sich um das Landgericht, da Vollstreckungsgericht grundsätzlich das Amtsgericht ist (vgl. § 764 I ZPO).

2. Statthaftigkeit

Gegen den Zuschlagsbeschluss ist nach § 95 ZVG die sofortige Beschwerde statthaft.

3. Beschwerdeberechtigung

Die Beschwerde steht im Falle der Erteilung des Zuschlags nach § 97 ZVG **jedem Beteiligten** sowie dem Ersteher und dem für zahlungspflichtig erklärten Dritten, im Falle der Versagung dem Gläubiger zu, in beiden Fällen auch dem Bieter, dessen Gebot nicht erloschen ist, sowie demjenigen, welcher nach § 81 an die Stelle des Bieters treten soll. Hier könnte aber etwas anderes gelten, weil über das Vermögen des Schuldner das Insolvenzverfahren eröffnet war.

*„Zwar wurde im Laufe des Zwangsversteigerungsverfahrens über das Vermögen des Schuldners das **Insolvenzverfahren** eröffnet. Dies hat grundsätzlich die Folge, dass das **Verwaltungs- und Verfügungsrecht** gem. § 80 I InsO auf den **Insolvenzverwalter übergeht** und der Schuldner die ihm zustehenden Rechtsbehelfe nicht mehr selbst einlegen kann (Senat, NJW-RR 2008, 360 [361]; NZI 2008, 613 = WM 2008, 1789 [1790]). Der im Grundbuch eingetragene **Insolvenzvermerk** ist einige Monate später aber, wie das Grundbuchamt dem VollstrG unter Vorlage eines Grundbuchauszugs mitgeteilt hat, **gelöscht** worden. Rechtsfehlerfrei nimmt das BeschwGer. an, dass der Schuldner damit die **Befugnis zur Verwaltung und Verfügung** über den Miteigentumsanteil an dem Grundstück **wiedererlangt** hat und erneut Beteiligter i. S. von § 9 ZVG war. Denn der Insolvenzvermerk wird gelöscht, wenn ein zur Insolvenzmasse gehörender, im Grundbuch eingetragener Vermögensgegenstand aus der beschlagnahnten Masse – sei es durch Freigabe oder Veräußerung eines einzelnen Gegenstands durch den Verwalter (§ 32 III InsO) oder durch allgemeine Aufhebung des Insolvenzbeschlags – ausscheidet (Schmah/Busch, in: MüKo-InsO, 3. Aufl., § 33 Rn. 76, 79; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 32 Rn. 25).“ (BGH aaO)*

Der Schuldner ist daher gem. § 97 I ZVG i. V. mit § 9 ZVG beschwerdeberechtigt.

4. Form und Frist

Die sofortige Beschwerde kann entweder schriftlich (§ 569 II ZPO) oder aber zur Niederschrift der Geschäftsstelle (§ 569 III Nr. 1 ZPO) beim AG, welches entschieden hat (sog. **iudex a quo**) oder aber beim Beschwerdegericht (sog. **iudex ad quem**) innerhalb einer **Notfrist von zwei Wochen** ab Zustellung der Entscheidung erhoben werden (vgl. § 569 I ZPO). Im Verfahren ist die Naturalpartei grundsätzlich postulationsfähig (vgl. §§ 569 III, 78 V ZPO). Nur falls die Beschwerdekammer des Landgerichts entscheidet und eine mündliche Verhandlung stattfindet, ist die Vertretung durch einen zugelassenen Rechtsanwalt erforderlich (vgl. §§ 572 IV, 128 IV ZPO).

5. Rechtsschutzbedürfnis

Ein Rechtsschutzbedürfnis für die sofortige Beschwerde besteht ohne weiteres wegen des mit dem Zuschlagsbeschluss verbundenen Miteigentumsverlusts des Schuldners.

II. Begründetheit

Die Begründetheit der sofortigen Beschwerde hängt von der Fehlerhaftigkeit der sonst getroffenen Entscheidung ab. Die Beschwerde kann nach § 100 ZVG nur darauf gestützt werden, dass eine der Vorschriften der §§ 81, 83 bis 85 a ZVG verletzt oder dass der Zuschlag unter anderen als den der Versteigerung zugrunde gelegten Bedingungen erteilt ist.

1. Zulässigkeit des Ausschlusses von Einzelausgeboten

Zunächst muss der Ausschluss von Einzelausgeboten für die hälftigen Miteigentumsanteile zulässig gewesen sein.

*„Bei der Versteigerung waren **Einzelausgebote** auf die beiden hälftigen Miteigentumsanteile der Schuldner **ausgeschlossen** worden. Das ist, wie das BeschwGer. zutreffend ausführt, **nur zulässig**, wenn die **anwesenden Beteiligten**, deren Rechte bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht zu berücksichtigen sind, **auf die Einzelausgebote nach § 63 IV ZVG verzichtet** haben; dies gilt auch, wenn es sich – wie hier – um ein Grundstück handelt, das mit einem einheitlichen Bauwerk bebaut ist, § 63 I 2 ZVG (Senat, NJW-RR 2010, 1458). Nach den Feststellungen des BeschwGer. lag der erforderliche Verzicht der Bet., insbesondere auch der des Schuldners vor.“ (BGH aaO)*

2. Wirksamkeit des Verzichts

Fraglich ist jedoch, ob dieser Verzicht des Schuldners wirksam erklärt wurde. Der Wirksamkeit könnte entgegenstehen, dass der Schuldner im Zusammenhang mit dem von ihm erklärten Verzicht auf Einzelausgebote nicht hinreichend aufgeklärt.

*„Zwar gilt die zivilprozessuale Hinweispflicht gem. § 139 ZPO auch im Verfahren nach dem Zwangsversteigerungsgesetz. Sie erfordert aber **nicht allgemeine Ausführungen über die Rechte der Beteiligten**, sondern kommt in erster Linie zum Tragen, wenn das Gericht Anlass zu der Annahme hat, dass ein **Beteiligter die Rechtslage falsch einschätzt** und ihm deshalb ein **Rechtsnachteil droht** (vgl. BVerfG, NJW-RR 2012, 302 Rn. 28; NJW-RR 2005, 936 [937]). Für eine **Aufklärung des Schuldners über die rechtliche Wirkung seiner Zustimmung zu dem Antrag der Bet. zu 2**, die beiden Miteigentumshälften nur gemeinsam unter Verzicht auf Einzelausgebote auszubieten, bestand hiernach **kein Anlass**.*

*Den Feststellungen des BeschwGer. lässt sich nicht entnehmen, dass dem VollstrG Anhaltspunkte vorlagen, die darauf hindeuteten, dem Schuldner könnte der **Unterschied zwischen einem Einzelausgebot und einem Gesamtausgebot nicht bekannt** gewesen sein oder er könnte sich darüber im Unklaren gewesen sein, dass seine Zustimmung zu dem Antrag der Bet. zu 2 das Unterbleiben eines Einzelausgebots zur Folge hat. Ebenso wenig ergibt sich aus den Feststellungen des BeschwGer., dass der Schuldner **irrtümlich davon ausging**, seine auf Nachfrage des VollstrG ausdrücklich erklärte Zustimmung zu einem Verzicht auf ein Einzelausgebot sei **rechtlich unbeachtlich**, und dass er daher über die Wirkungen eines Verzichts hätte aufgeklärt werden müssen. Soweit das BeschwGer. meint, das VollstrG müsse einen Schuldner darüber aufklären, dass das **Zwangsversteigerungsgesetz vom Vorrang der Einzelausbietung ausgehe** – mithin ein Verzicht auf ein Einzelausgebot ein Abweichen von diesem Grundsatz bedeute –, überspannt es die Aufklärungsanforderungen. Das VollstrG muss dem Schuldner vor Abgabe einer Verzichtserklärung i. S. des § 63 IV ZVG nicht die Systematik der gesetzlichen Regelung erläutern.“ (BGH aaO)*

III. Ergebnis

Eine Verletzung der richterlichen Hinweispflicht liegt mithin nicht vor. Der Verzicht wurde wirksam erklärt. Der Ausschluss der Einzelauslobung war zulässig. Da weitere Anhaltspunkte für eine Rechtswidrigkeit des Zuschlagsbeschlusses nicht vorliegen, ist die zulässige sofortige Beschwerde unbegründet.

(BGH in GRUR 2013, 1276; Beschluss vom 11.04.2013 – I ZB 91/11)

1. Hat der Beschwerdeführer darum gebeten, noch zusätzlich **Gelegenheit zur Begründung** der eingelegten Beschwerde zu erhalten und will das Bundespatentgericht dieser Bitte nach den Umständen auch entsprechen, darf der Beschwerdegegner grundsätzlich davon ausgehen, dass ihm die zu erwartende **Beschwerdebegründung zur Kenntnis gegeben** wird und ihm seinerseits eine **angemessene Frist zur Erwidern** zur Verfügung steht.
2. **Gespräche** zwischen einem Beteiligten und einem Mitglied des Gerichts, die nicht in Anwesenheit der Gegenseite stattfinden, bergen jedenfalls dann die **Gefahr einer Verletzung** des Anspruchs der anderen Verfahrensbeteiligten auf Gewährung **rechtlichen Gehörs**, auf ein **fares Verfahren** und auf Beachtung des **Grundsatzes der Waffengleichheit**, wenn die anderen Beteiligten von dem Gesprächsinhalt nicht unterrichtet werden.

Fall: Im Rahmen eines Markenrechtsstreits erfolgte ein Widerspruch gegen die Eintragung einer Wort-Bild-Marke, der von der Markenstelle beim DPMA mit Beschluss vom 23.08.2006 zurückgewiesen wurde. Die hiergegen eingelegte Erinnerung wies die Markenstelle mit Beschluss vom 19.07.2011 zurück und legte der Widersprechenden die Kosten des Verfahrens auf. Am 22.08.2011 legte die Widersprechende Beschwerde gegen den Beschluss der Markenstelle vom 19.07.2011 ein. Die Beschwerdeschrift vom 22.08.2011 wurde der Markeninhaberin am 17.10.2011 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 05.10.2011 teilte die Widersprechende dem DPMA mit, dass der Widerspruch nicht aufrechterhalten werde, weil zwischen den Parteien eine Einigung stattgefunden habe. In der Einigung ist eine Kostenregelung nicht enthalten. Mit Schreiben vom 03.11.2011 wies das BPatG die Verfahrensbeteiligten darauf hin, dass sich das Beschwerdeverfahren durch die Rücknahme des Widerspruchs nicht erledigt habe, weil sich die Beschwerde gegen die Kostenentscheidung des Beschlusses des DPMA richte.

Mit Schriftsatz vom 28.10.2011 bat der Verfahrensbevollmächtigte der Widersprechenden um Verlängerung der Frist zur Einreichung der Beschwerdebegründung bis zum 30.11.2011. Dieser Schriftsatz wurde der Markeninhaberin nicht zugestellt oder übermittelt. Ausweislich eines Aktenvermerks kam es am 18.11.2011 zu einem Telefonat der Berichterstatterin des BPatG mit dem Verfahrensbevollmächtigten der Widersprechenden. In dem Vermerk heißt es:

„Mitteilung, die Sache stehe in Kürze zur Beratung an; möglicherweise werde seine allein die Kostenfrage betreffende Beschwerde Erfolg haben. Dr. P kündigte daraufhin an, bis zum Erhalt einer Entscheidung zunächst keine weitere Stellungnahme zur Akte zu reichen. Einer Fristverlängerung zur Einreichung der Beschwerdebegründung bedürfe es demnach derzeit nicht. Mit Bezug auf die mit Schriftsatz vom 28.10. beantragte, bis zum 30.11.2011 gewünschte Fristverlängerung bittet er lediglich für den Fall um einen Hinweis mit Gelegenheit zur Einreichung einer Beschwerdebegründung, dass seinem Begehren beim derzeitigen Verfahrensstand voraussichtlich nicht entsprochen werde. Dies sage ich ihm zu.“

Über das Telefonat und dessen Inhalt informierte das BPatG die Markeninhaberin nicht.

Mit Beschluss vom 23.11.2011 hat das BPatG den Beschluss der Markenstelle des DPMA vom 19.07.2011 aufgehoben (Beschl. v. 23. 11. 2011 – 26 W [pat] 56/11, BeckRS 2011, 29934). Zur Begründung hat es ausgeführt, für die Aufrechterhaltung einer Kostenentscheidung in der Beschwerdeinstanz fehle das Rechtsschutzbedürfnis, sofern – wie im Streitfall – die Parteien untereinander bereits eine die Kostenfrage umfassende Einigung in der Sache erzielt hätten. Das sei hier der Fall, weil die Parteien keine gesonderte Bestimmung zur Verteilung der Verfahrenskosten getroffen hätten und die Vereinbarung daher in der Weise auszulegen sei, dass jeder Bet. die ihm entstandenen Kosten selbst trage (§ 63 I 3 MarkenG). Darüber hinaus entspreche die Belastung der Widersprechenden mit Kosten nicht der Billigkeit gem. § 63 I 1 MarkenG, weil sie am 19. 7. 2011 angesichts der vorherigen Mitteilung und der Einigung der Parteien nicht mit dem Erlass einer verfahrensbeendenden Entscheidung durch das Amt habe rechnen müssen.

Hiergegen wendet sich die Markeninhaberin mit ihrer nicht zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der sie die Versagung rechtlichen Gehörs rügt. Wird die Rechtsbeschwerde der Markeninhaberin Erfolg haben?

I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde

„Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Rechtsbeschwerde ist zulässig (§ 83 MarkenG). Ihre Statthaftigkeit folgt daraus, dass ein im Gesetz aufgeführter, die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde eröffnender Verfahrensmangel gerügt wird. Die Rechtsbeschwerde beruft sich mit einer im Einzelnen ausgeführten Rüge auf eine Versagung des rechtlichen Gehörs.“ (BGH aaO)

II. Begründetheit der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde ist begründet, wenn Verfahren vor dem BPatG die Markeninhaberin in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG, § 83 III Nr. 3 MarkenG) verletzt und die Entscheidung hierauf beruht.

1. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Eine solche Verletzung könnte sich daraus ergeben, dass das BPatG der Markeninhaberin keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu der im Beschwerdeverfahren maßgeblichen Frage gegeben habe, ob das Amt der Widersprechenden zu Recht sämtliche Kosten des Widerspruchsverfahrens auferlegt habe oder ob statt dessen eine Kostenentscheidung hätte ergehen müssen, nach der jede Partei die ihr entstandenen Kosten selbst zu tragen habe.

a) Gewährleistungsgehalt des Art. 103 I GG

„Die Bestimmung des Art. 103 I GG garantiert den Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens, dass sie **Gelegenheit erhalten**, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung **zu Grunde liegenden Sachverhalt vor Erlass der Entscheidung zu äußern** (BGH, GRUR 2010, 1034 Rn. 11 = WRP 2010, 1034 – LIMES LOGISTIK). Das BPatG ist grundsätzlich nicht gehalten, den Beteiligten im schriftlichen Beschwerdeverfahren **Äußerungsfristen zu setzen oder einen beabsichtigten Termin zur Beschlussfassung mitzuteilen**. Das Gebot zur Wahrung des rechtlichen Gehörs gebietet lediglich, dass für die Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit besteht, sich i. S. von § 78 II MarkenG zu dem Vorbringen der Gegenseite zu äußern. Hierfür ist es im Lichte des verfassungsrechtlichen Gebots des Art. 103 I GG **ausreichend, aber auch erforderlich**, dass den Beteiligten eine **angemessene Frist** zur Verfügung steht, um zur Sache vortragen zu können (BGH, GRUR 1997, 223 = NJW 1997, 2524 = WRP 1997, 560 – Ceco; vgl. zur Parallelvorschrift § 100 III Nr. 3 PatG BGH, GRUR 2000, 597 [598] = NJW-RR 2000, 1207 = WRP 2000, 642 – Kupfer-Nickel-Legierung; GRUR-RR 2008, 457 [458] = WRP 2008, 957 = GRUR 2008, 1128 L – Tramadol). Das BPatG ist allerdings daran **gehindert**, seine Entscheidung **allein auf Grund des Zeitablaufs seit der Beschwerdeeinlegung** zu treffen, wenn der Beschwerdeführer darum gebeten hat, Gelegenheit zur Beschwerdebegründung zu erhalten und das BPatG nach den Umständen dieser Bitte auch entsprechen will (vgl. BGH, GRUR-RR 2008, 457 [458] = GRUR 2008, 1128 L – Tramadol). Daraus ergibt sich zugleich, dass in einem solchen Fall der Beschwerdegegner grundsätzlich davon ausgehen darf, dass ihm die zu erwartende **Beschwerdebegründung zur Kenntnis gegeben** wird und ihm seinerseits eine **angemessene Frist zur Erwidern** zusteht. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch der Beteiligten auf ein **faireres, rechtsstaatliches Verfahren**. Danach darf der Richter sich nicht widersprüchlich verhalten; er darf aus eigenen oder ihm zurechenbaren Fehlern keine Verfahrensnachteile ableiten und ist allgemein zur **Rücksichtnahme gegenüber den Verfahrensbeteiligten in ihrer konkreten Situation** verpflichtet (BVerfG, NJW 2008, 2243 Rn. 16). Zu beachten ist auch der Grundsatz der Waffengleichheit. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz, der auch für die Handhabung des Verfahrensrechts gilt, ergibt sich die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor dem Richter und das Gebot der Gleichheit der Rechtsanwendung im Interesse materieller Gerechtigkeit (BVerfGE 69, 248 [254] = NJW 1985, 3005).“ (BGH aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Anwendung dieser Grundsätze auf den Fall zu einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt.

aa) Gelegenheit zur Stellungnahme auf die Beschwerdebegründung

Das BPatG hat der Markeninhaberin die Beschwerdeschrift der Widersprechenden vom 22.08.2011 zugestellt, mit der diese zur **Einreichung einer umfangreichen Beschwerdebegründung** um eine Frist bis zum 24.10.2011 gebeten hatte.

„Anhaltspunkte dafür, dass das BPatG die **erbetene Frist nicht gewähren** wollte, sind der Markeninhaberin nicht mitgeteilt worden, so dass sie darauf vertrauen durfte, dass sie **im Anschluss an die zu erwartende Beschwerdebegründung Gelegenheit haben würde, ihre Sicht der Dinge ausführlich darzustellen**.“ (BGH aaO)

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn schon die Beschwerdeschrift eine entsprechende Begründung enthalten hätte, zu welche die Widersprechende schon hätte Stellung nehmen können.

„Der dort angeführte **kurze Hinweis auf die außeramtliche Einigung** der Parteien ist bereits deshalb keine die angemessene Erwidernsfrist auslösende Begründung, weil die Widersprechende selbst mit ihrer Bitte um Einräumung einer Frist für eine umfangreiche Beschwerdebegründung **eindeutig zum Ausdruck gebracht** hat, dass es nicht schon bei dem bloßen Hinweis auf die Einigung der Parteien sein Bewenden haben sollte. Aus der Sicht der Markeninhaberin bestand damit kein Anlass, bereits zu dem Hinweis in der Beschwerdeschrift Stellung zu nehmen. Sie konnte vielmehr die angekündigte **Beschwerdebegründung abwarten**.“ (BGH aaO)

bb) Wahrung des rechtlichen Gehörs durch Entscheidung nach Ablauf der Begründungsfrist

Der Markeninhaberin könnte das gebotene rechtliche Gehör dadurch gewährt worden sein, dass das BPatG nicht sogleich nach Ablauf der von der Widersprechenden erbetenen Begründungsfrist am 24.10.2011, sondern erst am 23.11.2011, also etwa einen Monat später, entschieden hat.

*„Allein aus dem Umstand, dass der Markeninhaberin **nicht zeitnah** nach dem 24.10.2011 eine **Beschwerdebegründungsschrift zugegangen** ist, konnte sie nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen, dass die Gegenseite auf eine Begründung verzichtet hatte und sie deshalb gehalten war, nunmehr **von sich aus zur Sach- und Rechtslage Stellung zu nehmen**. Auch die Beschwerdeschrift vom 22.08.2011 ist der Markeninhaberin erst nach Wochen – am 17.10.2011 – zugestellt worden, so dass die Markeninhaberin nicht damit rechnen musste, dass keine Beschwerdebegründung eingegangen war. Zudem bestand die Möglichkeit, dass eine Verlängerung der gesetzten Frist gewährt worden war, wie sie von der Widersprechenden ja auch tatsächlich mit dem – der Markeninhaberin nicht zur Kenntnis gebrachten – Schriftsatz vom 28.10.2011 erbeten worden war.“* (BGH aaO)

cc) Verletzung rechtlichen Gehörs wegen Ausbleiben einer Unterrichtung über Telefonat mit Widerspruchsführerin

Der Anspruch der Markeninhaberin auf Gewährung rechtlichen Gehörs könnte im Streitfall auch deswegen verletzt worden sein, weil das Gericht sie vor der Entscheidung nicht von dem Telefongespräch der Gegenseite mit der Berichtserstatterin unterrichtet hat. Sie war daher nicht darüber informiert, dass das BPatG die Sache in Kürze beraten und die Widersprechende keine Beschwerdebegründung einreichen werde, solange nach der vorläufigen Einschätzung der Berichtserstatterin mit einem Erfolg der Beschwerde zu rechnen sei.

*„**Telefongespräche zwischen einem Beteiligten und einem Mitglied des Gerichts** bergen jedenfalls dann die Gefahr einer Verletzung des Anspruchs des anderen Beteiligten auf Gewährung rechtlichen Gehörs, auf ein faires Verfahren und auf Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit, wenn – wie im Streitfall – **nicht alle Verfahrensbeteiligten von dem Gesprächsinhalt unterrichtet** werden (BGH, GRUR 2012, 89 Rn. 17 = WRP 2011, 468 – Stahlschlüssel). So liegt es auch hier. War das BPatG bereits ohne die von der Widersprechenden angekündigte Beschwerdebegründung geneigt, der Beschwerde stattzugeben, und unterließ es deswegen die Bf. auf Grund einer Absprache mit der Berichtserstatterin, die angekündigte Beschwerdebegründung einzureichen, die die Markeninhaberin für ihre Erwiderung noch abwarten konnte, wäre das Gericht gehalten gewesen, die Markeninhaberin über diese Umstände zu **informieren** und ihr vor seiner Entscheidung **Gelegenheit zur Stellungnahme** zu geben.“* (BGH aaO)

2. Entscheidungserheblichkeit der Verletzung

Ein Gehörsverstoß i. S. von § 83 III Nr. 3 MarkenG setzt voraus, dass die angefochtene Entscheidung auf dem Versagen des rechtlichen Gehörs beruht oder beruhen kann. Liegt der Gehörsverstoß in der Verletzung einer Hinweispflicht, muss mit der Rüge ausgeführt werden, wie die betreffende Partei auf einen Hinweis reagiert hätte, weil nur so das Rechtsbeschwerdegericht beurteilen kann, ob die angefochtene Entscheidung auf dem Gehörsverstoß beruht. (BGH, GRUR 2010, 1034 Rn. 17 m. w.N.).

*„Diesen Anforderungen genügt die Rechtsbeschwerde. Sie hat geltend gemacht, dass sich die Kostentragungspflicht der Widersprechenden daraus ergebe, dass diese ihren **Widerspruch trotz zulässiger Einrede der Nichtbenutzung weiterverfolgt** habe, ohne den ernsthaften Versuch der erforderlichen Glaubhaftmachung der Benutzungen ihrer Marke zu machen. Die Rechtsbeschwerde hat ferner geltend gemacht, dass sie für den Fall, dass sie vom BPatG auf die Maßgeblichkeit der Vereinbarung der Parteien hingewiesen worden wäre, **vorgetragen hätte**, dass die **Einigung im Hinblick auf die Kostentragung vollkommen unergiebig** sei. Die Nichtregelung der Kostenfrage habe deshalb nur so verstanden werden können, dass dem DPMA die Entscheidung über die Kosten und damit die Anwendung des § 63 MarkenG überlassen sein sollte. Diese stehe im Einklang mit der in Nr. 3 der Vereinbarung getroffenen Abrede, wonach ein vor dem OLG Hamburg schwebender Rechtsstreit durch übereinstimmende Erledigungserklärungen und wechselseitiger Kostenanträge, mithin ebenfalls durch eine gerichtliche Kostenentscheidung nach billigem Ermessen, erledigt werden sollte.“* (BGH aaO)

III. Ergebnis

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das BPatG bei Berücksichtigung dieser Umstände zu einer anderen Beurteilung gelangt wäre. Die Rechtsbeschwerde ist daher begründet.

(BGH in *NStZ* 2014, 46; Beschluss vom 08.10.2013 – 4 StR 339/13)

Verfährt das Gericht irrtümlich nach § 154 II StPO anstatt nach § 154 a II StPO, indem es innerhalb einer prozessualen Tat die Verfolgung einzelner Tatbestände auszuschneiden trachtet, **begründet die Verfahrenseinstellung** ein der Aburteilung der Tat entgegenstehendes **Verfahrenshindernis**.

Fall: In der unverändert zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklageschrift wird dem Angekl. Anstiftung zur schweren räuberischen Erpressung in Tateinheit mit Bedrohung zur Last gelegt. Er D, der ihm Geld aus Drogengeschäften schuldet, gedrängt haben, ein Internetcafe zu überfallen. "Andernfalls drohte der Angesch. dem D, ihn oder seinen Bruder 'kalt zu machen'. ... Aufgrund der von dem Angesch. ausgesprochenen Drohungen gegen ihn und seinen Bruder führte der D den Überfall aus."

In der Hauptverhandlung vom 4. April 2013 beantragte der StA, "das Verfahren, soweit es den Vorwurf der Bedrohung betrifft, gem. § 154 II StPO im Hinblick auf den anderen Tatvorwurf einzustellen." Dem kam die StrK nach; sie beschloss, dass "das Verfahren soweit es den Vorwurf der Bedrohung betrifft, gem. § 154 II StPO im Hinblick auf den Anklagevorwurf eingestellt" wird. Anschließend folgten die Schlussvorträge, das letzte Wort und die Urteilsverkündung.

In den im Urteil mitgeteilten Feststellungen wird die Drohung des Angekl. nicht mehr erwähnt. Das LG hat den Angekl. aber wegen Anstiftung zur schweren räuberischen Erpressung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt.

Der Verurteilung des Angekl. wegen Anstiftung zur (besonders) schweren räuberischen Erpressung steht die Einstellung "der Bedrohung" nach § 154 II StPO entgegen. Hierin liegt ein **von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis**.

I. Das **Absehen von der Verfolgung einer Tat nach § 154 I oder II StPO bezieht sich auf die gesamte prozessuale Tat** (vgl. BGHSt 25, 388; Löwe/ Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 154 Rn 11 jeweils m. w. Nachw.; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 154 Rn 1).

Sollen abtrennbare Teile einer Tat oder einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen, die durch dieselbe Tat begangen sind, **von der Verfolgung ausgenommen werden, findet – nach dessen Abs. 1 S. 1 – § 154 a StPO Anwendung**.

„Die Tat im prozessualen Sinn ist der geschichtliche – und damit zeitlich und sachverhältnissmäßig begrenzte – Vorgang, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen, und innerhalb dessen der Angekl. als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll. Sie beschränkt sich nicht auf eine konkrete Handlung, sondern erfasst den gesamten Lebenssachverhalt einschließlich aller damit zusammenhängenden Vorgänge, die für die strafrechtliche Beurteilung von Bedeutung sein können, somit das gesamte Verhalten des Angekl., soweit es nach natürlicher Auffassung einen einheitlichen, inhaltlich zusammenhängenden Lebensvorgang darstellt.

Die Drohung des Angekl., den D oder dessen Bruder "kalt zu machen", war Teil des geschichtlichen Vorgangs, innerhalb dessen der Angekl. den Straftatbestand der Anstiftung zur (besonders) schweren räuberischen Erpressung verwirklicht haben soll und – sollte er die Drohung ausgesprochen haben – verwirklicht hat.“ (BGH aaO)

II. Die **Einstellung nach § 154 II StPO** durch die StrK führt auch hier zu einem **Verfahrenshindernis**, das nur **durch eine Wiederaufnahme durch das Tatgericht beseitigt** werden kann.

1. Mit der **Einstellung durch einen Gerichtsbeschluss gem. § 154 II StPO** entsteht ein **von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis**; denn das Verfahren ist – soweit es diese Tat betrifft – nach einer solchen Einstellung nicht mehr anhängig (BGHSt 10, 88; BGHSt 30, 197).

Zur **Beseitigung dieses Verfahrenshindernisses** ist ein **Wiederaufnahmebeschluss gem. § 154 V StPO erforderlich** (BGHSt 30, 197). Ist ein solcher Beschl. nicht ergangen, ist das weitere, also das nach der Einstellung fortgeführte Verfahren einzustellen (BGH GA 1981, 36).

2. Dies **gilt auch, wenn das Gericht irrtümlich nach § 154 II StPO** anstatt nach § 154 a II StPO **verfahren ist**.

„In Fällen einer fehlerhaften Verfahrensweise nach § 154 I StPO (anstatt nach § 154 a I StPO) durch die StA hat diese durch eine anschließende Anklageerhebung das Verfahren zumindest konkludent wieder aufge-

nommen (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 20; Meyer-Goßner, § 154 Rn 21 a). Hat sie nach Anklageerhebung in einem anderen, dieselbe Tat betreffenden Verfahren das bei ihr noch offene Verfahren nach § 154 I StPO eingestellt, vermag dies jedenfalls nach Eröffnung des anderen Hauptverfahrens dem Gericht die Befugnis und Verpflichtung zur Aburteilung der Tat nicht mehr zu entziehen (vgl. § 156 StPO; ferner BGHSt 25, 388; Meyer-Goßner, § 154 a Rn 29; Weißlau, SK-StPO, § 154 Rn 42).

Hat indes das Gericht den **Tatbegriff des § 154 StPO verkannt** oder meint es **rechtsfehlerhaft, nach dieser Vorschrift könnte innerhalb einer prozessualen Tat auch die Verfolgung einzelner Straftatbestände ausgeschieden werden**, so ändert dies nichts daran, dass es eine Einstellung nach § 154 II StPO beschließen wollte und beschlossen hat. Auch eine nicht etwa nur die Form der Entscheidung, sondern **bzgl. ihres Inhalts rechtsfehlerhafte gerichtliche Entscheidung** hat aber grds. bis zu ihrer Korrektur oder Beseitigung in dem dafür vorgesehenen Verfahren die in ihr angeordneten oder mit ihr verbundenen Wirkungen (vgl. BGHSt 45, 58; Meyer-Goßner, Einl. Rn 105 ff.). **Auch eine rechtsfehlerhafte Einstellung nach § 154 II StPO lässt daher die Anhängigkeit der Tat entfallen und kann nur durch Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigt werden.** Eine solche Wiederaufnahme hat jedoch nicht stattgefunden.

Dass der StrK bei der Beschlussfassung lediglich eine Falschbezeichnung der angewendeten Vorschrift unterlaufen ist (§ 154 II StPO statt § 154 a II StPO), schließt der Senat aus. Hiergegen spricht auch der ausdrückliche auf § 154 II StPO gerichtete – nicht nur die Zustimmung gem. § 154 a II StPO erklärende – Antrag des Sitzungsvertreters der StA.“ (BGH aaO)

VereinsG
§§ 2, 3

Klage gegen ein Vereinsverbot Klagebefugnis einer natürlichen Person

VwGO

(OVG Lüneburg in DÖV 2013, 948; Urteil vom 03.09.2013 - 11 KS 288/12)

Zur **Anfechtung eines Vereinsverbots** ist regelmäßig **nur die verbotene Vereinigung befugt**. Auf die Anfechtungsklage einer natürlichen Person, der das Vereinsverbot zugestellt worden ist, kann lediglich geprüft werden, ob die Merkmale einer Vereinigung nach dem VereinsG vorliegen.

Fall: Die Kläger wenden sich gegen ein von dem Beklagten erlassenes Vereinsverbot.

Mit Bescheid vom 24.09.2012 verbot der Beklagte unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Vereinigung „Besseres H.“ und löste sie auf. Zur Begründung gab der Beklagte im Wesentlichen an, dass es sich bei der Gruppierung um eine Vereinigung im Sinne des Vereinsgesetzes handele, deren Zweck die Verbreitung nationalsozialistischer Ideologie und die Bekämpfung der freiheitlich demokratischen Grundordnung sei. Die Tätigkeit der Vereinigung laufe den Strafgesetzen zuwider, weil ihre Mitglieder vielfach durch Straftaten wie Volksverhetzung, Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen, gefährliche Körperverletzung, Bedrohung, Verstoß gegen das Versammlungsgesetz und gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr in Erscheinung getreten seien und ihr Handeln der Vereinigung zurechenbar sei. Ferner richte sich das Handeln der Vereinigung gegen die verfassungsmäßige Ordnung und gegen den Gedanken der Völkerverständigung.

Das Vereinsverbot wurde vier Personen, darunter dem Kläger zu 1., zugestellt, die in dem Bescheid der Führungsebene zugeordnet werden. Dem Kläger zu 1. wurde der Bescheid vom 24.09.2012 am 25.09.2012 zugestellt. Der Kläger zu 1. hat am 25.10.2012 Klage gegen den Bescheid des Beklagten vom 24.09.2012 erhoben. Mit Schreiben vom 25.03.2013 hat der Kläger zu 1. beantragt, das Aktivrubrum dahingehend zu ergänzen, dass die Klage von der durch ihn vertretenen Vereinigung „Besseres H.“ erhoben worden sei. Die Vereinigung „Besseres H.“ wurde daraufhin als Klägerin zu 2. in das Aktivrubrum aufgenommen.

Zur Begründung tragen die Kläger vor, dass es bei Klageerhebung unterlassen worden sei, anzugeben, dass die Klage für die Vereinigung „Besseres H.“, vertreten durch den Kläger zu 1., erhoben werde. Die Unvollständigkeit des Aktivrubrums sei erkennbar gewesen, weil sowohl im Klageantrag als auch in der Klagebegründung ausgeführt worden sei, dass Ziel der Klage die Aufhebung der Verbotsverfügung sei. Als prozessuale Willenserklärungen seien auch die Parteibezeichnungen nach ihrem erkennbaren objektiven Willen auszulegen. Falsche Bezeichnungen seien unschädlich, wenn nach dem Inhalt der Klage erkennbar sei, wer Partei sein solle und in welcher Parteirolle. Die Ergänzung des Aktivrubrums diene daher lediglich der nachträglichen Klarstellung der Parteilstellung. Sollte die Ergänzung als Klageänderung anzusehen sein, sei sie jedenfalls sachdienlich.

Weiter machen die Kläger geltend, dass die Verbotsverfügung gegen Art. 9 I GG verstoße und das Recht der Klägerin zu 2. auf Vereinigungsfreiheit verletze. Eine Vereinigung „Besseres H.“ bestehe nicht. Es gebe lediglich Personen, zu denen auch der Kläger zu 1. gehöre, welche verschiedene künstlerische Projekte durchführten. Der Oberbegriff der Projekte laute „Besseres H.“. Hierzu gehörten beispielsweise das Satireprojekt „Abschiebär“ sowie das Schülerzeitungsprojekt „Bock“. Die einzelnen Projekte seien in der Vergangenheit unter unterschiedlicher personeller Zusammenarbeit geplant, organisiert und durchgeführt worden. Es gebe keine verfestigten Führungsstrukturen dergestalt, dass die der sogenannten Führungsebene zugerechneten Personen wie der Kläger zu 1. berechtigt wären, Dritten Anordnungen zu erteilen, und es finde auch keine organisierte Willensbildung statt. Vereinsähnliche Strukturen seien nicht vorhanden.

Der Beklagte macht geltend, dass der Kläger zu 1. im eigenen Namen Klage, zur Anfechtung des Verbots einer Vereinigung aber regelmäßig nur die verbotene Vereinigung selbst und nicht ein einzelnes Mitglied befugt sei. Die angegriffene Verbotsverfügung betreffe nicht die individuelle Rechtsstellung des Klägers zu 1. als natürliche Person, sondern vielmehr die Rechtsstellung der verbotenen Vereinigung. Der Kläger zu 1. habe die Klage ausdrücklich im eigenen Namen erhoben. Einer nachträglichen Änderung der Klage werde widersprochen. Zudem wäre bei einem Parteiwechsel die Klagefrist bereits verstrichen. Die Klage sei daher unzulässig und, wie sich aus der angefochtenen Verbotsverfügung ergebe, auch unbegründet. Wird die Klage Erfolg haben?

Hier klagen sowohl die Klägerin zu 2. als auch der Kläger zu 1. gegen das Vereinsverbot. Die jeweilige Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Klage der Klägerin zu 2.) (Vereinigung)

Hinsichtlich der Klage der Klägerin zu 1. ist schon fraglich, ob diese zulässig ist. Für die Klage gegen ein Vereinsverbot ist ohne weiteres der **Verwaltungsrechtsweg** eröffnet und nach § 48 II VwGO auch das **OVG** für die erstinstanzliche Entscheidung **zuständig**. An der Klagebefugnis nach § 42 II VwGO bestehen nach der **Adressatentheorie** keine Bedenken. Eines **Widerspruchsverfahrens** bedurfte es nach § 68 I 2 Nr. 1 VwGO nicht, da das Vereinsverbot nach § 3 II Nr. 1 VereinsG von einer **obersten Landesbehörde** erlassen wurde. Fraglich ist allerdings, ob die **Klagefrist** eingehalten wurde.

Die Anfechtungsklage ist nach § 74 I 2 VwGO binnen eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erheben. Es kommt insofern darauf an, wann die Klage der Klägerin zu 2. als erhoben gilt.

1. Klageerhebung durch die Klägerin zu 2.

Nach Auffassung des Klägers zu 1. ist die Aufnahme der Klägerin zu 2. in das Rubrum lediglich eine Richtigstellung. Fraglich ist allerdings, ob diese Rechtsauffassung zutrifft.

Die mit Schriftsatz vom 25.10.2012 eingegangene Klage ist von dem Kläger zu 1. **im eigenen Namen und nicht als Vertreter der Vereinigung „Besseres H.“** erhoben worden. Nach § 82 I 1 VwGO muss die Klage den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen.

„Dabei ist die Klageerhebung - und damit auch die Bezeichnung der Beteiligten - als Prozessklärung nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB auszulegen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 22.03.2001 - BVerwG 8 B 262.00 -, Buchholz 310 § 82 VwGO Nr. 20, juris, Rn. 2; siehe auch: Schoch/Schneider/Birr, VwGO, Kommentar, § 82, Rn. 4; Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, Kommentar, 5. Aufl., § 82, Rn. 4 f.; jeweils m. w. N.). In diesem Zusammenhang ist auf das Verständnis aus der Sicht der Empfänger, also des Gerichts und des Beklagten, abzustellen (BVerwG, Beschl. v. 22.3.2001 - BVerwG 8 B 262.00 -, aaO). Liegt nach objektiver Auslegung eine falsche Bezeichnung des Klägers vor, ist das Rubrum entsprechend zu berichtigen. Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben.

In der Klageschrift vom 25. Oktober 2012 wird der Kläger zu 1. eindeutig als Kläger bezeichnet („Klage des Herrn ... A., ..., - Kläger -“). Auch sonst sind keine Umstände ersichtlich, die objektiv erkennen lassen, dass der Kläger zu 1. die Klage nicht im eigenen Namen, sondern für die verbotene Vereinigung, die Klägerin zu 2., erheben wollte. [wird ausgeführt].

Die Einbeziehung der Klägerin zu 2. in das Klageverfahren kann daher nicht durch Berichtigung des Aktivrubrums vorgenommen werden, sondern stellt eine Klageänderung im Sinne des § 91 I VwGO dar, die hilfsweise auch beantragt worden ist. Eine Klageänderung - hier in Gestalt eines Parteiwechsels - ist dann zulässig, wenn die übrigen Beteiligten einwilligen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält. Der Beklagte hat in die Klageänderung nicht eingewilligt. Sachdienlichkeit ist anzunehmen, wenn für die geänderte Klage der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt und die Klageänderung die endgültige Beilegung des Streits fördert. Ob die Klageänderung im Hinblick darauf als sachdienlich anzusehen ist, dass sie zur endgültigen Klärung der Bestandskraft des angefochtenen Bescheides beitragen kann, lässt der Senat offen.“ (OVG Lüneburg aaO)

2. Klage der Klägerin zu 2. bei Annahme einer Klageänderung

Die Frage der Sachdienlichkeit kann offenbleiben, wenn die geänderte Klage ohnehin wegen Verfristung unzulässig wäre.

„Für die geänderte Klage gelten sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen. Der Bescheid des Beklagten vom 24.09.2012 ist den in der Anschrift des Bescheides genannten vier Personen, darunter dem Kläger zu 1., als Empfänger für die Klägerin zu 2. Am 25.09.2012 und damit auch der Klägerin zu 2. Zu diesem Zeitpunkt zugestellt worden. Die Klagefrist für die Klägerin zu 2. Ist daher am 25.10.2012 abgelaufen. Ihre Klage ist aber erst am 25.03.2013 eingegangen. Dass der Kläger zu 1. am 25.10.2012 rechtzeitig Klage erhoben hat, wahrt für die Klägerin zu 2. Nicht die Klagefrist. Die Klagefrist muss von demjenigen eingehalten werden, der den Bescheid angreift. Dass ein anderer Betroffener Klage gegen den Bescheid erhoben hat, ändert nichts an dem Umstand, dass dem neu in das Verfahren eintretenden Kläger nach Ablauf seiner Klagefrist die Bestandskraft des angefochtenen Bescheides entgegen gehalten werden kann.“ (OVG Lüneburg aaO)

Selbst wenn eine zulässige Klageänderung angenommen wird, ist die Klage der Klägerin zu 2. Unzulässig, weil sie **erst nach Ablauf der Klagefrist** gemäß § 74 I 1 VwGO erhoben worden ist.

3. Zwischenergebnis

Die Klage der Klägerin zu 2. ist unzulässig.

II. Klage des Klägers zu 1.

1. Zulässigkeit

Hinsichtlich der Klage des Klägers zu 1. gelten die vorstehenden Ausführungen, allerdings bestehen hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Klageerhebung durch den Kläger zu 1. keine Bedenken. Da der Kläger zu 1. allerdings nicht unmittelbar Adressat der Verbotserhebung ist, stellt sich die Frage, ob er klagebefugt nach § 42 II VwGO ist.

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist zur Anfechtung des Verbots einer Vereinigung regelmäßig nur die verbotene Vereinigung im Sinne von § 42 II VwGO klagebefugt,

nicht hingegen ein Mitglied. Die Verbotsverfügung betrifft nicht die individuelle Rechtsstellung natürlicher Personen, sondern die Rechtsstellung der verbotenen Vereinigung als einer Gesamtheit von Personen. Sofern das Vereinsverbot Rechte verletzt, können dies nur Rechte der verbotenen organisierten Personengesamtheit sein. Diese ist ungeachtet ihrer Rechtsform nach § 61 Nr. 2 VwGO beteiligungsfähig und wird im Rechtsstreit gemäß § 62 III VwGO durch ihren Vorstand vertreten (BVerwG NVwZ 2011, 372, juris, Rn. 14; Beschl. v. 4.7.2008 - BVerwG 6 B 39.08 -, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 45, juris, Rn. 5; Beschl. v. 2.3.2001 - BVerwG 6 VR 1.01, 6 A 1.01 -, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 34, juris, Rn. 5, 7; BVerwG Urt. v. 13.8.1984 - BVerwG 1 A 26/83 -, Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 7, juris, Rn. 6 f.). Auf die Klage einer als solche in Anspruch genommenen „Vereinigung“ ist grds. auch zu klären, ob die Voraussetzungen des Vereinsbegriffs nach § 2 I 1 VereinsG erfüllt sind.“ (OVG Lüneburg aaO)

Gegen das Vereinsverbot selbst ist der Kläger zu 1. daher nicht klagebefugt. Fraglich ist, ob aber gleichwohl einzelne Personen im Zusammenhang mit einem Vereinsverbot klagebefugt sein können.

„Der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist weiter zu entnehmen, dass **einzelne Personen** ein individuelles und damit nach § 42 II VwGO zulässiges Rechtsschutzbegehren dann verfolgen können, wenn ihnen die **Verbotsverfügung zugestellt** wurde und soweit sie geltend machen, die **Voraussetzungen einer Vereinigung lägen nicht vor** (Beschl. v. 04.07.2008 - BVerwG 6 B 39.08 -, aaO., Beschl. v. 02.03.2001 - BVerwG 6 VR 1.01, 6 A 1.01 -, aaO., siehe auch: Beschl. v. 19.07.2010 - BVerwG 6 B 20.10 -, aaO.).

Dem Kläger zu 1. ist der Bescheid des Beklagten vom 24.09.2012 zugestellt worden. Mit seinen Ausführungen, dass ein **Verein**, der verboten werden könne, **nicht bestehe** und dass er wegen der gegen ihn **eingeleiteten Strafverfahren** ein besonderes Interesse daran habe, dies feststellen zu lassen, da die Staatsanwaltschaft H. an die angebliche **Vereinigungseigenschaft anknüpfe** und daraus den gegen ihn erhobenen Vorwurf der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung ableite, hat er gem. § 42 II VwGO eine Verletzung in eigenen Rechten hinreichend geltend gemacht.“ (OVG Lüneburg aaO)

Die Klage ist somit zulässig.

2. Begründetheit der Klage

In den Fällen der zulässigen Anfechtung eines Vereinsverbots durch natürliche Personen mit der Begründung, die Voraussetzungen eines Vereins lägen nicht vor, sind die Personen auf jenes Vorbringen beschränkt.

„Auf die Anfechtungsklage einer natürlichen Person gegen ein Vereinsverbot kann daher **nur geprüft** werden, ob die **Merkmale einer Vereinigung nach § 2 I VereinsG vorliegen**. Mit sonstigen Einwendungen gegen das Vereinsverbot wie etwa das Vorliegen der materiellen Verbotsgründe ist die betreffende Person dagegen ausgeschlossen (BVerwG, Beschl. v. 04.07.2008 - BVerwG 6 B 39.08 -, aaO.).“ (OVG Lüneburg aaO)

Die Klage des Klägers zu 1. ist daher begründet, wenn „Besseres H.“ keine Vereinigung nach § 2 I VereinsG ist.

a) Merkmale einer Vereinigung nach § 2 I VereinsG

Nach § 2 I VereinsG ist Verein im Sinne der Verbotsbestimmung des § 3 VereinsG ohne Rücksicht auf die Rechtsform

- **jede Vereinigung**, zu der sich eine
- **Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen**
- für längere Zeit
- zu einem gemeinsamen Zweck
- freiwillig zusammengeschlossen und einer
- organisierten Willensbildung unterworfen hat.

b) Anwendung auf den Fall

aa) freiwilliger, gewollter Zusammenschluss mit gemeinsamer Zielsetzung

„Ein Zusammenschluss im Sinne des Vereinsbegriffes setzt ein **gewolltes Handeln** in Bezug auf die Gründung einer Vereinigung voraus. Insoweit genügt auch ein stillschweigendes Übereinkommen, wenn aus den Umständen des Einzelfalles der **Wille zur Vereinsgründung** hervorgeht (OVG Hamburg, Beschl. v. 06.10.2000 - 4 Bs 269/00 -, NordÖR 2001, 108, juris, Rn. 20; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 20.10.2010 - 3 K 380/10 -, juris, Rn. 27, jeweils m.w.N.).

Die von dem Beklagten in der angefochtenen Verfügung angeführten und durch den Inhalt der Verwaltungsvorgänge belegten Hinweistatsachen rechtfertigen die Annahme, dass sich **40 Personen**, die in dem angefochtenen Bescheid namentlich benannt sind, **für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck** unter dem Namen „Besseres H.“ **zusammengeschlossen** haben.

Nach den vorliegenden Erkenntnissen haben mehrere Personen aus dem Raum H. unter dem Namen „Besseres H.“ zahlreiche, **einem gemeinsamen Zweck dienende Aktivitäten** entfaltet. Der Name „Besseres H.“ ist seit 2008 bekannt. Seit November 2009 bestand eine **eigene Internetseite** der Gruppierung, über die Text- und Videobotschaften verbreitet wurden, darunter die eigenproduzierten „Abschiebär“-Videos. Die selbst erschaffene Figur des sogenannten „Abschiebären“ wurde auf der Internetseite der Gruppierung als „neue Waffe“ gegen angebliche Überfremdung angekündigt. In den „Abschiebär“-Videos ist ein Mensch in einem Bärenkostüm zu sehen, der ein T-Shirt mit der Aufschrift „Abschiebär“ trägt, Kontakt zu Personen mit Migrationshintergrund aufnimmt und diese durch demonstrative Gesten verhöhnt.

Zu den **öffentlichkeitswirksamen Aktivitäten der Gruppierung** gehörte auch die Erstellung und Verteilung der **Schülerzeitung „bock - Das Sprachrohr der Gegenkultur“**. Zwei Ausgaben der Zeitung wurden von der **Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien** wegen der propagierten Hinwendung zum Nationalsozialismus und der Diskriminierung von Ausländern und Juden **als jugendgefährdend eingestuft**. Daneben wurden weitere Druckerzeugnisse wie „Der Anschlag“ und diverse Flyer unter dem Namen „Besseres H.“ herausgegeben. Dass derartige Aktivitäten effektiv von Einzelpersonen durchgeführt werden können, behauptet auch der Kläger zu 1. nicht. Die Anzahl und Vielfalt der durchgeführten Aktivitäten, die sich im Einzelnen aus dem angefochtenen Bescheid ergeben, zeigen vielmehr, dass dafür **Strukturen erforderlich** waren, die für eine Vereinigung kennzeichnend sind. Die in den Verwaltungsvorgängen enthaltenen Videos sowie die Auszüge aus den Veröffentlichungen im Internet und den Druckerzeugnissen verdeutlichen zudem, dass gemeinsamer Zweck der Gruppierung die Verbreitung nationalsozialistischer Ideologie mit dem Ziel der Bekämpfung der freiheitlich demokratischen Grundordnung ist. Dem Vorbringen des Klägers zu 1., bei den Aktivitäten handele es sich um künstlerische Projekte von unterschiedlichen Personen unter der Marke „Besseres H.“, ohne dass eine Vereinigung vorliege, kann daher nicht gefolgt werden.“ (OVG Lüneburg aaO)

bb) organisierte Willensbildung

Allerdings müsste zudem auch eine organisierte Willensbildung feststellbar sein, so dass sich die Frage stellt, ob die Gruppierung entsprechende Strukturen aufweist.

„Eine organisierte Willensbildung, durch die sich der Verein im Sinne des Vereinsgesetzes von bloßen Versammlungen oder ähnlich lockeren Zusammenschlüssen unterscheidet, liegt immer dann vor, wenn der Verein eine vom Willen jedes einzelnen Mitgliedes losgelöste **Gesamtwillensbildung** besitzt und das **Einzelmitglied kraft der Verbandsdisziplin** dieser Gesamtwillensbildung unterworfen ist (OVG Hamburg, Beschl. v. 06.10.2000 - 4 Bs 269/00 -, aaO., juris, Rn. 20; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 20.10.2010 - 3 K 380/10 -, juris, Rn. 27, siehe auch: Begründung zu § 1 des Entwurfs des Vereinsgesetzes, BT-Drs. IV/430, S. 10).

Der Beklagte hat in dem angefochtenen Bescheid umfassend dargelegt, dass „Besseres H.“ über eine in **drei Ebenen** (Führungsebene, Autorenteam/Redakteure, Aktivisten) **gegliederte Organisationsstruktur** verfügt und die Personen aufgelistet, die zu den verschiedenen Ebenen gehören.

Dabei wird der **Kläger zu 1. mit drei anderen Personen der Führungsebene zugerechnet**. Dem ist der Kläger zu 1. nicht überzeugend entgegengetreten. So wird der Kläger zu 1. nicht nur deshalb als Führungsperson angesehen, weil er gebeten worden ist, einen „Führerbefehl“ herauszugeben. Nach den polizeilichen Erkenntnissen, die dem Vereinsverbot zugrunde gelegt worden sind, hat der **Kläger zu 1. bestimmt**, wann und wo Druckerzeugnisse zu verteilen waren, an welchen Veranstaltungen Mitglieder der Gruppierung teilnehmen und ob befreundete Gruppierungen unterstützt werden sollen. Er hat auch die Figur des „Abschiebär“ entwickelt. Sämtliche Aktivitäten der Vereinigung wurden im Vorfeld mit ihm oder seinem Vertreter abgesprochen. Weiter fanden regelmäßige Mitglieder- und Arbeitstreffen der Gruppierung sowie Mitgliederschulungen statt.“ (OVG Lüneburg aaO)

c) Ergebnis

Die Voraussetzungen für die Annahme eines Vereins nach § 2 I VereinsG liegen daher vor. Die Klage des Klägers zu 1. ist unbegründet. Weitere Prüfungen hat das Gericht im Rahmen von dessen Klage nicht anzustellen, insbesondere nicht die Rechtmäßigkeit der Verbotsverfügung selbst zu prüfen.

(OLG Karlsruhe in NJW 2013, 3738, Beschluss vom 18.04.2013 – 2 VAs 2/13, 9–11/13)

1. Zur nachträglichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit strafprozessualer Maßnahmen der Polizei ist nicht das Oberlandesgericht gem. §§ 23 ff. EGGVG berufen, sondern das gem. § 98 II 2 StPO analog zuständige Gericht (entgegen OVG Lüneburg, NJW 2012, 2057).
2. Der Senat neigt unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung zu der Auffassung, dass eine Weiterverweisung innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausgeschlossen ist, wenn ein Verwaltungsgericht ein Verfahren mit bindender Wirkung an das Oberlandesgericht verwiesen hat.

Fall: Die Ast. haben in einer zunächst gegen die Stadt F. gerichteten Klage vor dem VG Freiburg beantragt, dass die Rechtswidrigkeit verschiedener polizeilicher Maßnahmen festgestellt werden solle, die gegen sie als Mitglieder der Musikgruppe Y ergriffen worden waren. Anlässlich einer Demonstration gegen ein deutsch-französisches Ministerratstreifen in F. an jenem Tage zogen sie laut trommelnd und pfeifend durch die Innenstadt von F. Sie wurden durch Polizeikräfte umringt, die auch Videoaufnahmen fertigten, und für ca. eine Stunde angehalten, wobei ihre Personalien festgestellt und Musikinstrumente beschlagnahmt wurden. Die Kl. zu 1 wurde in Gewahrsam genommen, gegen sie und den Kl. zu 4 sollen Platzverweise ausgesprochen worden sein. Nachdem die Stadt F. eingewandt hatte, hinsichtlich der meisten Klageanträge nicht passivlegitimiert zu sein, richteten die Kl. ihre Klage gegen das Land Baden-Württemberg hinsichtlich der Klageanträge Umschließung der Kl. und Festhalten über eine Stunde, Anfertigung von Videoaufzeichnungen in diesem Zusammenhang, Erteilung von Platzverweisen gegen die Kl. zu 1 und 4 und Ingewahrsamnahme der Kl. zu 1.

Mit dem nicht angefochtenen Beschluss vom 04.12.2012 verwies das VG Freiburg (4 K 939/12) das gegen das Land Baden-Württemberg gerichtete Verfahren an das OLG Karlsruhe. Es vertrat die Ansicht, der Rechtsweg gem. §§ 23 EGGVG sei gegeben. Soweit eine polizeiliche Maßnahme neben der polizeirechtlichen Gefahrenabwehr auch der Verfolgung strafbarer Handlungen diene, sei für die Frage des Rechtswegs entscheidend, ob das Schwergewicht der Maßnahmen polizeirechtlicher oder strafprozessualer Natur sei. Maßgeblich seien die Betrachtungsweise eines verständigen Bürgers und der erklärte oder erkennbare Wille der Polizeibeamten. Vorliegend seien die im Streit befindlichen Handlungen der Polizei der Strafverfolgung zuzuordnen. Wie wird das Gericht entscheiden?

I. Bestimmung des Rechtswegs

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Zunächst könnte der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies ist der Fall in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier geht es jedenfalls auch um polizeiliche Gefahrenabwehrmaßnahmen im Zusammenhang mit einer Demonstration. Die streitentscheidenden Normen sind daher dem Polizei- und Ordnungsrecht zuzuordnen und daher auf jeden Fall öffentlich-rechtlich. Da auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, so dass die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlich ist, wäre eigentlich der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. abdrängende Sonderzuweisung

Fraglich ist jedoch, ob hier nicht die abdrängende Sonderzuweisung des § 23 EGGVG eingreift. Nach § 23 EGGVG ist. Nach § 23 I 1 EGGVG entscheiden die ordentlichen Gerichte über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf den Gebieten des bürgerlichen Rechts einschließlich des Handelsrechts, des Zivilprozesses, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Strafrechtspflege getroffen werden. Dies wurde im Verweisungsbeschluss des VG angenommen.

„Der Verweisungsbeschluss des VG ist insofern rechtsfehlerhaft, als in ihm die Auffassung vertreten wird, strafprozessuale Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden seien auf dem Rechtsweg gem. §§ 23 ff. EGGVG anfechtbar. Sie sind vielmehr entgegen der Auffassung des VG und des OVG Lüneburg (NJW 2012, 2057) keine Justizverwaltungsakte i. S. der §§ 23 ff. EGGVG und unterliegen deshalb grundsätzlich nicht der – subsidiären (§ 23 III EGGVG) – gerichtlichen Kontrolle durch das OLG (BGHSt 44, 265 = NJW 1999, 730 = NStZ 1999, 200 für abgeschlossene Durchsuchung; OLG Frankfurt a. M., NJW 2005, 379

L = NStZ-RR 2005, 13; Böttcher, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 23 EGGVG Rn. 11–15; Schoreit, in: KK-StPO, 6. Aufl., § 23 EGGVG Rn. 16 u. 31; Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., § 23 EGGVG Rn. 10 m. w. Nachw.), sondern in entsprechender Anwendung von § 98 II 2 StPO auch dann dem AG, wenn es um die **nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit polizeilicher Maßnahmen** geht (Meyer-Goßner, § 98 Rn. 23).

Indessen entfaltet der Verweisungsbeschluss des VG gem. § 17 a II GVG jedenfalls **hinsichtlich des Rechtswegs Bindungswirkung**, so dass eine Rückverweisung an das VG oder eine Weiterverweisung an eine andere Gerichtsbarkeit ausgeschlossen sind.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Wegen der Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses ist der ordentliche Rechtsweg eröffnet.

II. Zuständigkeit des Gerichts

Allerdings ist zudem zu bestimmen, welches Gericht des ordentlichen Rechtswegs für die Entscheidung zuständig ist. Die Verweisung des VG ist ausdrücklich an das OLG Karlsruhe erfolgt.

1. Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses für Zuständigkeit innerhalb des Rechtswegs

Fraglich ist hierbei, ob der Verweisungsbeschluss nicht nur für die Bestimmung des Rechtswegs, sondern auch hinsichtlich der Zuständigkeit innerhalb des Rechtsweges Bindungswirkung hat. Die Frage, ob ein Verfahren, welches von einem VG an ein OLG verwiesen worden ist, trotz der sich aus § 17 a II 3 GVG ergebenden Bindungswirkung innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit an das örtlich und sachlich tatsächlich zuständige Gericht weiterverwiesen werden kann, ist umstritten.

a) Bindungswirkung nicht gegeben

„Der **Senat** (MDR 1995, 88 = Justiz 1994, 484 = BeckRS 1994, 09562) und ein Teil der **Kommentarliteratur** haben diese Frage bejaht und zur Begründung darauf verwiesen, eine Verweisung gem. § 17 a II 3 GVG entfalte **nur hinsichtlich des Rechtswegs Bindungswirkung** (Böttcher, in: Löwe/Rosenberg, §§ 17 ff. GVG Rn. 3; Schoreit, in: KK-StPO, § 28 EGGVG Rn. 25; Meyer-Goßner, § 25 EGGVG Rn. 2; auch KG, Beschl. v. 21.05. 2001 – 4 VAs 14/01, BeckRS 2001, 16582), **lasse** aber eine **Weiterverweisung** an das zuständige Gericht innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit **zu**.“ (OLG Karlsruhe aaO)

b) Bindungswirkung gegeben

„Demgegenüber vertritt eine **Gegenmeinung** die Auffassung, dass die **Verweisung an das OLG bindend** und eine Weiterverweisung ausgeschlossen sei (OLG Jena, Beschl. v. 19.10.2010 – 1 VAs 5/10, BeckRS 2011, 15200; OLG Hamm, NStZ-RR 1996, 209; Kissel, GVG, 7. Aufl., § 17 Rn. 43 a. E.; Hanich, in: KK-StPO, § 17 b GVG Rn. 3; gegen Weiterverweisungen innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit wohl auch BGH, BGHR GVG § 17 a Rechtswegstreitigkeit = BeckRS 2005, 30353462).“ (OLG Karlsruhe aaO)

c) neuer Standpunkt des OLG Karlsruhe

„Der Senat neigt dazu, seine **bisherige Rechtsprechung aufzugeben** und sich dieser **Gegenmeinung** anzuschließen, weil das Verfahren gem. §§ 23 ff. EGGVG zwar der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugerechnet wird, dort aber, wie schon aus der amtlichen Überschrift von § 23 EGGVG ersichtlich, einen **eigenen „Rechtsweg“ bei Justizverwaltungsakten bildet**, so dass schon deshalb eine zumindest entsprechende Anwendung von § 17 a II GVG naheliegt.

Für einen **Ausschluss der Möglichkeit, derartige Verfahren weiterzuverweisen**, spricht ferner die in §§ 17 ff. GVG zum Ausdruck gekommene Intention des Gesetzgebers, Rechtswegstreitigkeiten, das „Erbübel des deutschen Prozesses“ (so Kissel, NJW 1991, 947), einzuschränken. Dem Gesichtspunkt der größeren Sachnähe des AG kommt demgegenüber bei Verfahren, in denen es, wie hier, in der Regel um die **nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit polizeilichen Handelns** geht, mindere Bedeutung zu, und auch der vom Senat seinerzeit zur Begründung herangezogene **Verweis auf den gesetzlichen Richter erscheint nicht durchgreifend**, weil zweifellos auch der zwar originär unzuständige, durch eine bindende Verweisung gem. § 17 a II GVG aber zuständig gewordene Richter als „gesetzlicher Richter“ i. S. von Art. 101 GG anzusehen ist.

Die Frage der Weiterverweisungsmöglichkeit bedarf vorliegend indessen keiner endgültigen Beantwortung. Denn eine **Weiterverweisung** ist in der Entscheidung des Senats (MDR 1995, 88 = BeckRS 1994, 09562) und in der genannten Kommentarliteratur nur für **möglich** bzw. zulässig, **nicht** aber als **verpflichtend** angesehen worden.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Das OLG Karlsruhe ist daher auf jeden Fall berechtigt zu entscheiden und von der Weiterverweisungsmöglichkeit keinen Gebrauch zu machen.

2. Entscheidungsumfang im vorliegenden Fall

Von der Möglichkeit der Weiterverweisung Gebrauch zu machen, **verbot sich im vorliegenden Fall**, weil die beanstandeten Platzverweise nicht gem. § 98 II StPO angefochten und überprüft werden können. Der gegen die Ast. zu 1 ausgesprochene **Platzverweis war offenkundig polizeirechtlicher Natur**, der vom Ast. zu 4 behauptete beruhte als mildere Maßnahme gegenüber einer Festnahme auf § 164 StPO, für welche die **StPO keinen Rechtsbehelf vorsieht**, so dass insoweit nur der Antrag auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit gem. § 28 EGGVG gegeben ist. Eine **Aufspaltung der Sache durch eine Teilverweisung** wäre **nicht sachdienlich** gewesen. Der Senat hat außerdem erwogen, dass die Prüfungsmaßstäbe im Verfahren gem. § 28 I 4 EGGVG und hinsichtlich der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit im Verfahren gem. § 98 II StPO einander entsprechen, so dass die Entscheidung durch den Senat mit keiner Minderung der Rechtspositionen der Ast. verbunden ist.

Der Senat hatte mithin die **Rechtmäßigkeit der** in den Klageanträgen vom 26.10.2011 genannten **polizeilichen Maßnahmen** zu prüfen.

III. Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen

1. Rechtsnatur der Maßnahmen

*„Der Senat ist ebenso wie das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die polizeilichen **Maßnahmen überwiegend strafprozessualer Natur** waren. Dies ergibt sich aus der Vernehmung des verantwortlichen Polizeibeamten H. vom 16.05.2012 vor dem Verwaltungsgericht, wonach von polizeilicher Seite wegen des von den Trommeln verursachten, mit bis zu 110 db gemessenen „Höllenslärms“ der Anfangsverdacht von Körperverletzungsdelikten gesehen worden war. [wird ausgeführt].“ (OLG Karlsruhe aaO)*

2. Rechtmäßigkeit der Umschließung und Ingewahrsamnahme

*„Die danach gebotene Überprüfung der Maßnahmen anhand der **einschlägigen Bestimmungen der StPO** ergibt zunächst bezüglich der Umschließung und des Festhaltens der Antragsteller und der Ingewahrsamnahme der Antragstellerin Ziff. 1 deren Rechtmäßigkeit.*

***Rechtsgrundlage** der Maßnahmen sind die **§§ 163b, 163c StPO**. Gemäß § 163b I 1 StPO haben die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes die zur **Feststellung seiner Identität erforderlichen Maßnahmen** zu treffen, wenn jemand einer Straftat verdächtig ist. Der Verdächtige darf festgehalten werden, wenn die Identität sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann, § 163b I 2 StPO. Dabei darf nach § 163c I 1 StPO eine von einer Maßnahme nach § 163b StPO betroffene Person nicht länger als unerlässlich festgehalten werden. Die Voraussetzungen der genannten Vorschriften waren erfüllt. [wird ausgeführt]“ (OLG Karlsruhe aaO)*

3. Rechtmäßigkeit der Videoaufzeichnungen

„Gemäß § 100h Abs. 1 Nr. 1 StPO war die Polizei angesichts des bestehenden Anfangsverdachts und der Vielzahl verdächtiger Personen außerdem berechtigt, zur Klärung des Sachverhalts und zur Klärung, welche Tatbeiträge und Verhaltensweisen welcher Person zuzuordnen waren, Bildaufnahmen, zu denen auch Videoaufzeichnungen zählen (SK-Wolter StPO § 100h Rn. 4; Brandenburgisches OLG NJW 2010,1471ff.), anzufertigen.“ (OLG Karlsruhe aaO)

4. Rechtmäßigkeit der Platzverweise

„Hinsichtlich des Antragstellers L. (Ziff. 4) ist schon unbewiesen, dass gegen ihn überhaupt ein Platzverweis im polizeirechtlichen Sinne ausgesprochen worden war. [wird ausgeführt].

Der um 14 Uhr ausgesprochene und bis 17 Uhr befristete Platzverweis, durch den der Antragstellerin Ziff. 1 das Betreten der Freiburger Innenstadt verboten worden war, war gemäß § 27a PolG Baden-Württemberg gerechtfertigt. [wird ausgeführt]“ (OLG Karlsruhe aaO)

5. Ergebnis

Da somit alle den Antragsgegenstand bildenden polizeilichen Maßnahmen von strafprozessualen bzw. polizeirechtlichen Ermächtigungsnormen gedeckt und somit rechtmäßig waren, hatte der Senat die Anträge als unbegründet zurückzuweisen.

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
§ 494a

Antrag auf Anordnung der Klageerhebung Rechtsmissbräuchlichkeit

ZPO

(OLG Köln in NJW-RR 2013, 1488; Beschluss vom 15.07.2013 – 19 W 13/13)

Der **Antragsgegner eines selbstständigen Beweisverfahrens** handelt **prozessual rechtsmissbräuchlich**, wenn er ohne triftigen Grund erst eineinhalb Jahre nach Verfahrensende und **nach Verjährung der Mängelansprüche**, zu denen der Beweis erhoben worden ist, einen **Antrag auf Fristsetzung zur Klageerhebung** stellt.

„Für die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit [ist] nicht von Belang, dass im Rahmen des § 494 a ZPO eine Frist zur Antragstellung nicht vorgesehen ist. Denn es soll dadurch, dass es dem Ag. nach Eintritt der Verjährung von Gewährleistungsansprüchen des Ast., die auf Mängeln fußen, die der Ast. im selbstständigen Beweisverfahren hat feststellen lassen wollen, nicht mehr mit Erfolg möglich ist, den Antrag nach § 494 a ZPO zu stellen, verhindert werden, dass der Ast. in jedem Falle gezwungen wird, vor Verjährungseintritt Klage zu erheben, um zu vermeiden, einen von Anfang an verjährten Anspruch klagweise geltend machen zu müssen. Mit Recht führt das LG in diesem Zusammenhang an, dass es nicht mit der auch auf Klagevermeidung einhergehenden Intention des selbstständigen Beweisverfahrens zu vereinbaren wäre, wenn der Ast. gezwungen werden könnte, Klage hinsichtlich solcher Ansprüche zu erheben, die der Ag. dadurch hat in die Verjährung laufen lassen, dass er den Antrag nach § 494 a ZPO über eine angemessene Überlegungsfrist hinaus nicht gestellt hat.“

Entgegen der Auffassung der Ag. unterscheidet sich der Fall des BGH (NJW 2010, 1460 = NZBau 2010, 368) von der hiesigen Konsellation auch nicht deshalb, weil der Ag. in der dortigen Entscheidung deutlich länger zugewartet hat, den Antrag nach § 494 a ZPO zu stellen, als es die Ag. im hiesigen Verfahren getan haben. Denn entscheidend ist einzig, dass das Zuwarten dazu geführt hat, dass mögliche Gewährleistungsansprüche zwischenzeitlich offenkundig verjährt sind, was hier der Fall ist.

Ebenfalls unerheblich ist es, ob die durch die Ast. behaupteten Mängel im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens bestätigt worden sind, so dass eine Klage – die Verjährung hinweg gedacht – aussichtsreich gewesen wäre oder nicht. Denn die Frage der Erfolgsaussichten einer auf einem durchgeführten selbstständigen Beweisverfahren fußenden Klage ist schon keine in diesem Verfahren zu entscheidende oder auch nur zu erörternde Frage. Dies folgt schon daraus, dass die Erfolgsaussichten einer solchen Klage auch von anderen Umständen abhängen können, als ausschließlich von der Feststellung des Bestehens von Mängeln. Entscheidend ist – worauf der BGH zu Recht hinweist – allein, dass der Ag. durch sein zögerliches Verhalten dazu beigetragen hat, dass eine Klage – wegen zwischenzeitlichen Verjährungseintritts – von vorneherein aussichtslos geworden ist.

*Entgegen der Auffassung der Ag. ist es auch nicht rechtsmissbräuchlich, wenn der Ast., nachdem das selbstständige Beweisverfahren abgeschlossen worden ist, keine Klage erhebt. Davon abgesehen, dass er hierfür eine ganze Reihe von Gründen haben kann, die nichts mit der Frage der Erfolgsaussichten einer solchen Klage zu tun haben müssen, zielt – wie bereits ausgeführt – das selbstständige Beweisverfahren u. a. gerade darauf ab, Klageverfahren zu vermeiden, so dass die Unterlassung der Klageerhebung **nie rechtsmissbräuchlich sein kann**. Rechtsmissbrauch käme insofern nur dann in Betracht, wenn der Ag. auch dann mit außergerichtlichen Kosten belastet werden könnte, obgleich sich die durch den Ast. behaupteten Mängel im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens als nicht bestehend herausgestellt haben. Gerade dem beugt aber die Regelung des § 494 a ZPO vor.“ (OLG Köln aaO)*

FamFG
§§ 6 I, II, 114

Beschwerde gegen Befangenheitsablehnung Anwaltszwang

FamFG

(OLG Dresden in FamRZ 2013, 1920 = NJW 2013, 1749; Beschluss vom 25.03.2013 – 20 WF 270/13)

Die **Beschwerde gegen die einen Ablehnungsantrag zurückweisende Entscheidung im Familienverfahren** unterliegt dem **Anwaltszwang**.

*„Gem. § 114 FamFG müssen sich die Beteiligten eines Ehescheidungsverfahrens sowohl vor dem FamG als auch vor dem OLG grds. durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Für das Ablehnungsgesuch selbst macht § 6 I FamFG i. V. mit §§ 44 I Halbs. 2, 78 III ZPO eine Ausnahme vom Anwaltszwang. Diese erstreckt sich aber nicht auf die Beschwerde gegen eine den Ablehnungsantrag zurückweisende Entscheidung; denn § 6 II FamFG i. V. mit § 569 III ZPO befreien vom Anwaltszwang nur insoweit, als das Verfahren im ersten Rechtszug nicht als Anwaltsprozess, also mit **obligatorischer anwaltlicher Vertretung** zu führen ist (vgl. OLG Zweibrücken MDR 2008, 102 m. w. Nachw.); das ist hier aber gerade der Fall.“ (OLG Dresden aaO)*

GKG
§§ 5a II 1, 66

Erinnerung gegen Kostenansatz Keine Wahrung des Schriftformerfordernisses durch Email

GKG

(VG Arnberg in FamRZ 2013, 1876 = NWVBl 2013, 504; Beschluss vom 05.07.2013 – 5 K 2240/12)

Eine **mit einfacher E-Mail erhobene Erinnerung** gegen den Kostenansatz ist **unzulässig**, weil sie weder der elektronischen Form noch der Schriftform genügt.

I. Für eine Erinnerung nach § 66 I und V 1 GKG genügt gem. § 5a II 1 GKG die **Aufzeichnung als elektronisches Dokument**, soweit diese Form auch in dem Verfahren genügt, in dem die Kosten anfallen.

„Die Aufzeichnung als elektronisches Dokument [genügte] nur, wenn der Kl. hierfür den auf der Internetseite www.j...de bezeichneten **Kommunikationsweg über das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP)** des Verwaltungsgerichts gewählt hätte (§ 55a I 1 und 2 VwGO i. V. m. § 2 I 2 der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen - ERVVO VG/FG - vom 07.11.2012, GV.NRW. S. 548). Mit diesen Vorschriften hat das Land Nordrhein-Westfalen zum 01.01.2013 den elektronischen Rechtsverkehr bei allen Verwaltungsgerichten zugelassen (<http://www.j...php>). Die im EGVP-Verfahren eingesetzte qualifizierte Container-Signatur genügt den Anforderungen an die elektronische Form nach § 55a I 3 VwGO und § 2 Nr. 3 des Signaturgesetzes.

Eine **Übermittlung durch einfache E-Mails genügt diesen Anforderungen hingegen nicht**. Das gilt schon deshalb, weil **dieser Kommunikationsweg nicht zu den nach § 2 I 2 ERVVO VG/FG zugelassenen Kommunikationswegen gehört**. Abgesehen davon erfüllt er auch nicht das Erfordernis einer qualifizierten elektronischen Signatur i. S. des § 55a I 3 VwGO, § 2 Nr. 3 SigG und § 2 III 1 und 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. Diese Gewähr bieten die genannten einfachen E-Mails nicht.“ (VG Arnsberg aaO)

- II. Auch die **Ausdrucke**, welche von den einfachen E-Mails gefertigt und zur Papierakte genommen wurden, **genügen nicht der Schriftform nach § 66 V 1 Halbsatz 1 GKG**.

„Danach kann eine Erinnerung 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. Dem werden die ausgedruckten E-Mails in Ermangelung einer Namensunterschrift bzw. eines notariell beglaubigten Handzeichens nicht gerecht.“ (VG Arnsberg aaO)

StPO
§ 141

Pflichtverteidigerbestellung Rückwirkung

StPO

(KG in NJOZ 2014, 22; Beschluss vom 08.03.2013 – 2 Ws 86/13)

Die rückwirkende Bestellung eines Pflichtverteidigers für die Hauptverhandlung ist **nicht möglich**.

„Eine rückwirkende nachträgliche Bestellung (für die Hauptverhandlung) zum Pflichtverteidiger kommt nach der Rspr. nicht in Betracht (vgl. KG BeckRS 1998, 15122; KG BeckRS 2001, 16486; KG BeckRS 2006, 03283). Dies gilt auch dann, wenn das Verfahren insgesamt noch nicht abgeschlossen ist. Denn die **Beordnung eines Pflichtverteidigers dient der ordnungsgemäßen Verteidigung des Angekl. sowie einem ordnungsgemäßen Verfahrensablauf in der Zukunft**. Eine Rückwirkung wäre auf etwas **Unmögliches gerichtet** und würde eine notwendige Verteidigung des Angekl. in der Vergangenheit nicht gewährleisten. Eine **Beordnung erfolgt insbesondere nicht im Kosteninteresse des Angekl.** oder um dem Verteidiger einen Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse zu verschaffen (vgl. OLG Hamm NStZ-RR 2009, 113; OLG Stuttgart NStZ-RR 2008, 21 = NJW 2008, 246; OLG Bamberg NJW 2007, 3796; KG StV 2007, 372 = StraFo 2006, 200). An diesen Grundsätzen vermag auch der Umstand, dass Revision eingelegt wurde, nichts ändern.“ (KG aaO)

StPO
§§ 328 I, 333

Zurückverweisung durch Berufungsgericht Zulässigkeit

StPO

(OLG Karlsruhe in NStZ 2014, 17; Beschluss vom 28.10.2013 – 2 (6) Ss 417/13 – AK 109/13)

Eine **Zurückverweisung durch das Berufungsgericht an das Amtsgericht** zur erneuten Verhandlung und Entscheidung ist **unzulässig**.

„Nach § 328 I StPO hat das **BerGer. grds. in der Sache zu entscheiden**. Die nach § 328 StPO a. F. bestehende **Befugnis des BerGer.**, vor allem bei schweren Verfahrensfehlern ein **Verfahren an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückzuverweisen**, wurde **durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1987 im Interesse der Verfahrensbeschleunigung beseitigt**. Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass Verfahrensfehler im amtsgerichtlichen Verfahren bei einer die Hauptverhandlung wiederholenden und ihre Entscheidung allein auf deren Grundlage treffenden Berufungsentscheidung für das Ergebnis des Berufungsverfahrens bedeutungslos sind und daher im Berufungsverfahren in jedem Falle in der Sache selbst entschieden werden könne (BT-Dr. 10/1313, S. 31).

Über die – hier nicht einschlägige – Verweisungsverpflichtung des § 328 II StPO n. F. hinaus sind in der Rspr. allerdings weiterhin Fallgestaltungen anerkannt, in denen eine Aufhebung des Urteils und eine Zurückverweisung an das AG zu erfolgen hat, so bspw. bei einer nicht berechtigten Verfahrenseinstellung wegen eines Verfahrenshindernisses (OLG Stuttgart NStZ 1995, 301; OLG Koblenz NStZ 1990, 296; OLG Hamm NStZ 2010, 295) oder bei zu Unrecht erfolgter Verwerfung eines Einspruchs nach § 412 StPO unter fälschlicher Annahme eines unberechtigten Ausbleibens des Angekl. (BGH NJW 1989, 1869; BGH NStZ-RR 2005, 208), wobei als Voraussetzung für eine Zurückverweisung angesehen wird, dass eine Verhandlung über den Anklagevorwurf und eine Entscheidung zur Sache in erster Instanz noch nicht stattfanden. Die Anerkennung einer Zurückverweisungsverpflichtung beruht im Wesentlichen auf der Erwägung, dass dem Angekl. in allen amtsgerichtlichen Verfahren zwei Tatsacheninstanzen eröffnet sein müssen und die kleine StrK – wenn sie die Sache nicht zurückverwies, obwohl das AG nicht zur Sache verhandelt hat – entgegen der gesetzlichen Bestimmung des § 76 I 1 GVG, die ihr nur Berufungsverhandlungen zuweist, im Ergebnis eine erstinstanzliche Verhandlung durchführen müsste (vgl. BGHSt 36, 139 = NJW 1989, 1869 = NStZ 1989, 487; OLG Koblenz NStZ 1990, 296; OLG Stuttgart NStZ 1995, 301; OLG Hamm, NStZ 2010, 295).

Diese Überlegungen greifen hier jedoch nicht: Im vorliegenden Fall hat das AG eine vollständige Hauptverhandlung zur Sache, insbesondere eine Beweisaufnahme über den Anklagevorwurf durchgeführt. In dieser Situation ist die kleine StrK nicht gehindert, ihrer gesetzlichen Aufgabenzuweisung entsprechend als zweite Tatsacheninstanz zu agieren. Der Rechtsfehler liegt hier nur darin, dass das AG, anstatt den aus seiner Sicht konsequenten Freispruch auszusprechen, das **erstinstanzliche Verfahren durch Einstellungsurteil nach § 260 III StPO beendet** hat, obwohl die Vorschrift des § 97 I 3 InsO lediglich ein – wenn auch mit Fernwirkung ausgestattetes – Beweisverwertungsverbot (MüKo-InsO/Stephan, 3. Aufl., § 97 Rn 17) enthält, das weder i. S. eines Befassungsnach eines Bestrafungsverbots (vgl. hierzu nur Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., Einl. 143 f. m. w. Nachw.) ein Verfahrenshindernis begründen kann. Da dieser Rechtsfehler sich auf die nach erneuter Tatsachenverhandlung zu treffende eigene Sachentscheidung

des BerGer. nicht auswirken kann, die Verfahrenslage vielmehr derjenigen entspricht, die der Gesetzgeber bei der Beseitigung der Zurückverweisungsmöglichkeit des § 328 II StPO a. F. im Blick hatte, besteht kein Anlass für eine Zurückverweisung an das AG.“ (OLG Karlsruhe aaO)

StPO
§ 359 Nr. 5

Wiederaufnahmeverfahren
Neues Beweismittel

StPO

(OLG Düsseldorf in NSTz-RR 2014, 22; Beschluss vom 30.09.2013 – III-2 Ws 456-457/13)

Kann der Ast. im **Wiederaufnahmeverfahren** belegen, dass das **erkennende Gericht bei der Inaugenscheinnahme einer Fehlwahrnehmung unterlegen** war, bringt er ein **zulässiges neues Beweismittel** i. S. von § 359 Nr. 5 StPO bei.

„Auf Grund der feststehenden Fehlwahrnehmung der Kammer liegt aber ein neues Beweismittel vor. Nach dem **Sinn und Zweck der Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens** ist ein **Novum bereits dann zu bejahen, wenn das erkennende Gericht einer Fehlwahrnehmung unterlegen war**. Entscheidend ist allein, dass dem Gericht tatsächliche Umstände unbekannt geblieben sind. Ob dies darauf beruht, dass der Beweis nicht oder unter Fehlwahrnehmungen erhoben worden ist, begründet normativ keinen entscheidenden Unterschied. Denn das Missverständnis führt nur zusätzlich zu einer Fehlvorstellung. Es ändert aber nichts daran, dass die zutreffenden Umstände nicht zur Kenntnis des Gerichts gelangt sind (vgl. Gössel, § 359 Rn 97, 121; Eschelbach, in: KMR-StPO, § 359 Rn 178; Rotsch, AnwK-StPO, 2. Aufl., § 359 Rn 29 a. E.; s. auch bereits OLG Düsseldorf NJW 1987, 2030, zu Beweispersonen). Unerheblich ist, ob den Ast. die nunmehr vorgebrachten Umstände bereits bekannt waren (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 359 Rn 30).“ (OLG Düsseldorf aaO)

VwGO
§§ 60 I, III, 70 II, 75

Disziplinarverfahren
Bindungswirkung einer strafprozessualen Entscheidung

VwGO

(BVerwG in BayVBI 2013, 765; Beschluss vom 15.03.2013 – 2 B 22/12)

Einem **Beschluss, mit dem ein Antrag auf Wiederaufnahme des strafgerichtlichen Verfahrens** gem. § 359 Nr. 5 StPO **abgelehnt** wird, kommt **keine Bindungswirkung für das Disziplinarverfahren** zu.

„Gem. § 59 I BbgDiszG erhebt das Gericht die erforderlichen Beweise. Demnach hat es grds. selbst diejenigen Tatsachen festzustellen, die für den Nachweis des Dienstvergehens und die Bemessung der Disziplinarmaßnahme von Bedeutung sind (vgl. auch: BT-Dr 14/4659, S. 49 zu § 58 BDG). Entsprechend § 86 I VwGO folgt daraus die Verpflichtung, diejenigen Maßnahmen der Sachaufklärung zu ergreifen, die sich nach Lage der Dinge aufdrängen. Dies gilt gem. § 66 I 1 BbgDiszG auch für die Berufungsinstanz.

Diese **Aufklärungspflicht** wird durch § 58 I 1 BbgDiszG eingeschränkt: Danach sind die tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils im Strafverfahren im Disziplinarverfahren, das denselben Sachverhalt zum Gegenstand hat, für das Gericht bindend. Nach S. 2 hat das Gericht jedoch die erneute Prüfung solcher Feststellungen zu beschließen, die offenkundig unrichtig sind. Die **gesetzliche Bindungswirkung dient der Rechtssicherheit**. Sie soll verhindern, dass zu ein- und demselben Geschehensablauf unterschiedliche Tatsachenfeststellungen getroffen werden. Daher sind die Verwaltungsgerichte nur dann berechtigt und verpflichtet, sich von den Tatsachenfeststellungen eines rechtskräftigen Strafurteils zu lösen und den disziplinarrechtlich bedeutsamen Sachverhalt eigenverantwortlich zu ermitteln, wenn sie ansonsten „sehenden Auges“ auf der Grundlage eines unrichtigen oder aus rechtstaatlichen Gründen unverwertbaren Sachverhalts entscheiden müssten. Dies ist etwa der Fall, wenn die Feststellungen in einem entscheidungserheblichen Punkt unter offenkundiger Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zu Stande gekommen sind. Hierunter fällt auch, dass das Strafurteil auf einer Urteilsabsprache beruht, die den rechtlichen Anforderungen nicht genügt. Darüber hinaus **entfällt die Bindungswirkung, wenn Beweismittel eingeführt werden, die dem Strafgericht nicht zur Verfügung standen** und nach denen seine Tatsachenfeststellungen zumindest auf erhebliche Zweifel stoßen (vgl. BVerwGE 112, 243 = NVwZ-RR 2001, 394; BVerwG NVwZ-RR 2004, 867; BVerwG Buchholz 235.1 § 57 BDG Nr. 3 Rn = BeckRS 2010, 53251).

Zwar sind die Prüfungsgegenstände einer strafgerichtlichen Wiederaufnahmeentscheidung nach § 359 Nr. 5 StPO und eines Lösungsbeschlusses nach § 58 I 2 BbgDiszG weitgehend identisch (vgl. Fürst, GKÖD Bd. II, M, § 57 Rn 15). In beiden Fällen geht es um die Frage, ob angesichts neuer Beweismittel eine erneute Prüfung der tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Strafurteils veranlasst ist. Eine entsprechende **Bindungswirkung** misst § 58 I 1 BbgDiszG indes **nur den im Urteilsverfahren zu Stande gekommenen Feststellungen** bei. Hintergrund hierfür sind die hohen Standards für eine nach den Prozessregeln der strafgerichtlichen Hauptverhandlung durchgeführte Beweisaufnahme und Tatsachenfeststellung (vgl. etwa: BVerwG NVwZ-RR 2004, 867; Buchholz 232 § 54 S. 3 BBG Nr. 36 Rn 15). Im summarischen Verfahren eines Strafbefehls oder anderer Beschlussformen getroffene Feststellungen lösen die Bindungswirkung dagegen nicht aus (BVerwGE 93, 255; BVerwG NVwZ-RR 1993, 253).

Dem im Rahmen eines strafgerichtlichen Wiederaufnahmeverfahrens nach § 359 Nr. 5 StPO getroffenen Beschluss kann aber entsprechend § 58 II BbgDiszG eine Indizwirkung zukommen, die nur entfällt, wenn die strafgerichtliche Würdigung im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten substantiiert angegriffen worden ist (vgl. BVerwG BeckRS 2008, 40571). Auch hiermit wird dem Anliegen, divergierende Entscheidungen von Straf- und Disziplinargerichten über dieselbe Sachengrundlage nach Möglichkeit zu vermeiden, Rechnung getragen.“ (BVerwG aaO)

VwGO
§§ 60 I, III, 70 II, 75

Widerspruchsverfahren
Rechtsschutzbedürfnis

VwGO

(VGH München in BayVBI 2013, 734; Beschluss vom 01.07.2013 – 7 ZB 13.305)

Ein **Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf Erlass eines Widerspruchsbescheids** kann nur dann bejaht werden, wenn der Kl. **ausnahmsweise ein berechtigtes Interesse an einer Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde** hat.

„Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf Erlass eines Widerspruchsbescheids ist jedoch **nur bei besonders gelagerten Fallgestaltungen** anzunehmen. Ebenso wie einer isolierten Anfechtungsklage des Bescheidadressaten gegen einen ergangenen Widerspruchsbescheid das Rechtsschutzinteresse fehlt, wenn für die Entscheidung der Widerspruchsbehörde weder Ermessens- noch **Zweckmäßigkeitserwägungen** in Betracht kommen (BVerwGE 49, 307; BVerwGE 61, 45), ist das Rechtsschutzbedürfnis für eine isolierte Klage auf Erlass eines Widerspruchsbescheids i. d. R. zu verneinen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Kl. ausnahmsweise ein berechtigtes Interesse an einer Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde hat, etwa weil diese auch nach Zweckmäßigkeits- oder sonstigen Ermessensgesichtspunkten zu entscheiden hat, die dem Gericht verschlossen sind oder von ihm nur beschränkt auf ihre Fehlerhaftigkeit geprüft werden können (vgl. Eyermann, VwGO, 13. Auflage 2010, § 73 Rn 16, 18; Hüttenbrink, Beck'scher Online-Kommentar VwGO, § 73 Rn 17; Gärditz, VwGO, § 73 Rn 6; Nds OVG NVwZ-RR 2009, 663).

Auch wenn der Kläger sich mit seinem Widerspruch gegen die Bewertung seiner Prüfungsleistung wendet, fehlt ihm unter den gegebenen Umständen das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage mit dem Ziel, die Bekl. zu verpflichten, über seinen Widerspruch zu entscheiden. Zwar ist es der Widerspruchsbehörde grds. nicht verwehrt, auch im Falle der Versäumung der Widerspruchsfrist (§ 70 VwGO) in der Sache zu entscheiden und damit für den Betroffenen die Klagemöglichkeit gegen den Ausgangsbescheid wieder zu eröffnen (Eyermann, § 68 VwGO Rn 21, § 70 VwGO Rn 8 m. w. Nachw.). Vorliegend hat jedoch die Bekl., die für den Erlass des Widerspruchsbescheids hinsichtlich des Bestehens der staatlichen zahnärztlichen Vorprüfung selbst zuständig ist (§ 73 I 2 Nr. 2 VwGO, Art. 11 I 2, Art. 12 I, III Nr. 6, Art. 74 II des Bayerischen Hochschulgesetzes [BayHSchG] vom 23.05.2006 [GVBl S. 245, BayRS 2210-1-1-WFK], zuletzt geändert durch Gesetz vom 07.05.2013 [GVBl S. 252]), durchgehend zum Ausdruck gebracht, dass sie wegen der Verfristung des Widerspruchs nicht in eine Sachprüfung eintreten werde. Daran hat sie auch im Klageverfahren stets festgehalten. Unter diesen Umständen sind die Voraussetzungen für ein nur ausnahmsweise anzunehmendes Rechtsschutzinteresse an einer gerichtlichen Verpflichtung der Bekl. zum Erlass eines Widerspruchsbescheids, in dem sich die Bekl. wegen der Versäumung der Widerspruchsfrist nicht mit den sachlichen Einwendungen des Kl. gegen den Ausgangsbescheid zu befassen hätte, nicht gegeben.“ (VGH München aaO)

VwGO
§ 173

Anspruch auf rechtliches Gehör Schriftsatznachlass

VwGO

(OVG Münster in NWVBl 2013, 481; Beschluss vom 22.04.2013 – 2 A 1891/12)

Ein **Schriftsatznachlass nach § 173 VwGO i. V. mit § 283 S. 1 ZPO** kann **nicht den Zweck haben**, dem Kläger die Möglichkeit zu geben, ein **ordnungsgemäßes Gutachten beizubringen**. Die Ablehnung eines entsprechenden Antrags auf Schriftsatznachlass verletzt daher nicht den Anspruch auf rechtliches Gehör.

„Der **Anspruch auf rechtliches Gehör** (§ 108 Abs. 2 VwGO, Art. 103 Abs. 1 GG) erfordert, dass einer gerichtlichen Entscheidung nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sich die Beteiligten zuvor äußern konnten (vgl. BVerfG NJW 1992, 2144; BVerfGE 81, 123).

Auch in der Verletzung von der Wahrung rechtlichen Gehörs dienenden Verfahrensvorschriften kann eine Versagung des Rechts auf Gehör liegen. Zu diesen Verfahrensvorschriften zählt die nach § 173 VwGO im Verwaltungsprozess entsprechend anwendbare Regelung des § 283 S. 1 ZPO, wonach das Gericht, wenn sich eine Partei in der mündlichen Verhandlung auf ein Vorbringen des Gegners nicht erklären kann, weil es ihr nicht rechtzeitig vor dem Termin mitgeteilt worden ist, auf Antrag eine Frist bestimmen kann, in der diese Partei die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann.

Bei Geltendmachung eines Verstoßes gegen § 173 VwGO i. V. m. § 283 S. 1 ZPO ist aber darzulegen, zu welchem Vorbringen der Gegenseite eine Erklärung in der mündlichen Verhandlung nicht möglich war, weil vorhergehende Erkundigungen notwendig waren (vgl. § 282 II ZPO) oder weil eine Erklärung in der mündlichen Verhandlung auch für eine auf diesen Termin vorbereitete Partei aus einem anderen Grund nicht zumutbar war.

Mit dem begehrten Schriftsatznachlass konnte die Kl. darüber hinaus nicht zulässigerweise das Ziel verfolgen, ein modifiziertes Gutachten vorzulegen. Der **Schriftsatznachlass** hat nämlich nur den **Zweck, der „überraschten“ Partei die Möglichkeit einzuräumen, auf verspätet vorgebrachte neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel der Gegenseite zu erwidern** (vgl. etwa Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 283 Rn 1, 2a). Ein modifiziertes Gutachten wäre jedoch über eine bloße Erwidern hinausgegangen.“ (OVG Münster aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

VV RVG

Nr. 1002 Anm. S. 1

Erledigungsgebühr

Anwaltliche Mitwirkung

RVG

(OVG Münster in NVwZ-RR 2013, 1021; Beschluss vom 04.09.2013 – 1 E 876/13)

Nach Nr. 1002 Anm. S. 1 VV RVG entsteht (vorbehaltlich der hier nicht einschlägigen Regelung nach Nr. 1005 VV RVG) eine **Erledigungsgebühr**, wenn sich eine **Rechtssache ganz oder teilweise nach Aufhebung oder Änderung des mit einem Rechtsbehelf angefochtenen Verwaltungsakts durch anwaltliche Mitwirkung erledigt**.

- I. Die insoweit zunächst verlangte „**Mitwirkung**“ muss dabei in einer **besonderen Tätigkeit des Rechtsanwalts** liegen, die über die bereits mit der Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV RVG) abgegoltene Einlegung und Begründung des Rechtsbehelfs hinausgeht und auf die Beilegung des Rechtsstreits ohne streitige Entscheidung gerichtet ist (vgl. OVG Münster BeckRS 2011, 55058; OVG Münster BeckRS 2011, 46711, jew. m.w. Nachw.; vgl. auch: OVG Lüneburg BeckRS 2013, 53390), wonach die auf die außergerichtliche Erledigung des Verfahrens gerichteten besonderen anwaltlichen Bemühungen vor allem darin liegen können, dass der Anwalt durch die **Führung von Verhandlungen** mit der Verwaltungsbehörde erreicht, dass der angefochtene Verwaltungsakt aufgehoben oder geändert wird.
- II. **Für das Vorliegen einer Mitwirkung** im vorgenannten Sinne **reicht es aber nicht aus, wenn der Rechtsanwalt lediglich sämtliche für seinen Mandanten sprechenden rechtlichen Argumente in möglichst überzeugender Weise vorträgt, auch wenn dies die Behörde zu einer Abhilfe veranlasst** (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 20. Aufl. 2012, Nr. 1002 VV RVG, Rn 38, 44).

*„Allein ein solches Verständnis entspricht dem **Gesetzeszweck**, einen der Einigungsgebühr entsprechenden Tatbestand für die Fälle zu schaffen, in denen die Bet. sich wegen fehlender Dispositionsbefugnis nicht vergleichen können (vgl. Nr. 1000 Anm. IV VV RVG) (vgl. Gerold/Schmidt, RVG, 20. Aufl. 2012, Nr. 1002 VV RVG, Rn 38).“*

*Die **Mitwirkung des Rechtsanwalts** muss nach Nr. 1002 Anm. S. 1 VV RVG ferner **kausal für die Erledigung der Rechts-sache gewesen sein**. Hierfür **genügt ein nicht ganz unerheblicher Beitrag**, nicht jedoch eine nur unwesentliche Kausalität. Eine rechtliche Vermutung für die Ursächlichkeit der anwaltlichen Tätigkeit ist in Nr. 1002 Anm. S. 1 VV RVG – anders als in Nr. 1000 VV RVG – nicht enthalten. Hat der Rechtsanwalt eine auf die Aufhebung des Verwaltungsakts gerichtete Tätigkeit entfaltet und erfolgt sodann die Aufhebung oder Abänderung des Verwaltungsakts, so spricht allerdings eine tatsächliche Vermutung für die Ursächlichkeit seines Handelns. Gibt aber der Sachverhalt Anhalt dafür, dass die Tätigkeit des Rechtsanwalts für die Aufhebungs- oder Abänderungsentscheidung der Behörde nicht ursächlich war, so ist die Kausalität zu verneinen (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 20. Aufl. 2012, Nr. 1002 VV RVG Rn 54-56).“ (OVG Münster aaO)*

VV RVG

Vorb. 3 IV Nr. 2300

Prozess-/Verfahrenskostenhilfe

Anrechnung der Geschäftsgebühr auf Verfahrensgebühr

RVG

(OLG Celle in NJOZ 2014, 49; Beschluss vom 07.11.2013 – 2 W 235/13)

Im Rahmen der Festsetzung der **VKH-/PKH-Vergütung** ist die **Geschäftsgebühr auf** die entstandene **Verfahrensgebühr nur dann anzurechnen, wenn sie tatsächlich bezahlt** worden ist.

- I. Die **allgemeinen Vorschriften zur Anrechnung gelten auch für die Vergütung** des Rechtsanwalts, der im Wege der **Prozesskostenhilfe** beigeordnet ist (vgl. OLG Brandenburg MDR 2011, 1206; OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2012, 2018 = FamRZ 2013, 323; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., § 58 Rn 35 u. 36 sowie § 15 a Rn 15 m. w. Nachw.).

Dies führt zur **Anrechnung einer Geschäftsgebühr auf** die von dem beigeordneten Rechtsanwalt gegenüber der Staatskasse geltend gemachte **Verfahrensgebühr** aber **nur dann, wenn die Geschäftsgebühr tatsächlich an ihn gezahlt** worden ist.

vgl. OLG Brandenburg MDR 2011, 1206; OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2012, 2018 = FamRZ 2013, 323; OLG Frankfurt a.M. Jur-Büro 2013, 21; OLG Frankfurt a.M. JurBüro 2013, 467; OLG Braunschweig FamRZ 2011, 1683; FG Niedersachsen EFG 2012, 553; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, § 58 Rn 35 u. 36 sowie § 15 a Rn 15; Schneider/Wolf, RVG, 5. Aufl., § 15 a Rn 25; Meyer/Kroiß, RVG, 6. Aufl., § 15 a Rn 23

*„Die Staatskasse wird im Fall der Bewilligung von Prozesskostenhilfe gem. § 45 I 1 RVG unmittelbarer **Gebührensschuldner** und tritt insoweit an die Stelle des Mandanten; sie ist daher nicht Dritter i. S. d. § 15 a II RVG. Nach der zum 05.08.2009 in Kraft getretenen Norm des § 15 a I RVG kann der Rechtsanwalt auch im Fall der Anrechnung beide Gebühren fordern, jedoch nicht mehr als den um den Anrechnungsbetrag verminderten Gesamtbetrag beider Gebühren. Der **Rechtsanwalt hat mithin die Wahl, welche Gebühren er fordert und** – falls die Gebühren von unterschiedlichen Personen geschuldet werden – **welchen Schuldner er in Anspruch nimmt**. Ihm ist es lediglich verwehrt, insgesamt mehr als den Betrag zu verlangen, der sich aus der Summe der beiden Gebühren abzüglich des anzurechnenden Betrags ergibt (vgl. OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2012, 2018 = FamRZ 2013, 323 m. w. Nachw.).“*

Zwar kommt es nach dem **Wortlaut der Regelung** in Teil 3 Vorb. 3 IV RVG nur darauf an, dass die Geschäftsgebühr entstanden ist, d. h. durch die vorgerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts ausgelöst wurde, nicht aber darauf, ob sie tatsächlich gezahlt ist. **Zweck der Anrechnung** ist es zu **verhindern, dass die gleiche – oder annähernd gleiche – Tätigkeit zweimal honoriert** wird (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 41. Aufl., Nr. 3100 VV RVG Rn 55). Insoweit wurde vertreten, dass es für diese Anrechnung ohne Bedeutung ist, ob der beigeordnete Rechtsanwalt die Geschäftsgebühr oder einen Vorschuss darauf bereits erhalten hat oder ob mit der Zahlung der Gebühr wegen der schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse auf absehbare Zeit nicht zu rechnen ist (vgl. OVG Hamburg NJW 2009, 1432 = JurBüro 2009, 137 m. w. Nachw.).“ (OLG Celle aaO)

II. Ebenfalls zum 05.08.2009 ist jedoch **§ 55 V RVG neu gefasst** worden.

Nach § 55 V 2 RVG hat der Rechtsanwalt in seinem Festsetzungsantrag anzugeben, ob und welche Zahlungen er bis zum Tag der Antragstellung erhalten hat; spätere Zahlungen hat er nach § 55 V 4 unverzüglich anzuzeigen. Diese Angaben des Rechtsanwalts ermöglichen dem Urkundsbeamten bei der Festsetzung die Anrechnung von Vorschüssen und Zahlungen nach § 58 RVG vorzunehmen. Ausweislich der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 16/12717, 59) sollten durch die Regelung des § 55 V 2 RVG dem Urkundsbeamten damit alle für die Festsetzung der Vergütung erforderlichen Daten zur Verfügung stehen, um ermitteln zu können, in welchem Umfang die Zahlungen nach § 58 I und II RVG als Zahlung auf die festzusetzende Gebühr zu behandeln sind.

„Diese Regelung würde aber keinen Sinn ergeben, wenn eine Anrechnung auf die festzusetzende Gebühr auch in anderen Fällen als dem der Zahlung erfolgen soll, wenn z.B. auch die bloße Entstehung der anzurechnenden Gebühr ausreichen würde. Von dem Urkundsbeamten müssten dann erst diese Voraussetzungen abgefragt werden, so dass ihn die gesetzlich vorgeschriebenen Angaben im Festsetzungsantrag – anders als vom Gesetzgeber gewollt – gerade nicht in die Lage versetzen würden, die festzusetzende Vergütung zu ermitteln. Durch die Tatsache, dass § 55 V 2 RVG nur eine Anzeige von Zahlungen vorsieht, bringt das Gesetz damit zum Ausdruck, dass es für die **Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr im Prozesskostenhilfe-Vergütungsverfahren** – abweichend von der üblichen Kostenfestsetzung – **nur auf die gezahlte, nicht schon auf die entstandene Geschäftsgebühr** ankommt (vgl. OLG Brandenburg MDR 2011, 1206; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2012, 2018 = FamRZ 2013, 323; FG Niedersachsen EFG 2012, 553; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, § 58 Rn 41).

Allein die vorliegend **im Vergleich erfolgte Titulierung der Geschäftsgebühr** zu Lasten der Bekl. **rechtfertigt eine Anrechnung noch nicht**. Das folgt bereits daraus, dass nicht absehbar ist, ob der titulierte Anspruch überhaupt realisiert werden kann. Wären auf die titulierte Geschäftsgebühr Zahlungen unmittelbar an den Kl. erfolgt, wäre es der Landeskasse unbenommen geblieben, nach § 120 IV 1 und 2 ZPO vorzugehen und einen Teil der von der Landeskasse aufgebrachten Kosten von dem Kl. zurückzuverlangen.“ (OLG Celle aaO)

III. Dem mit den Anrechnungsvorschriften verfolgten **Zweck der Vermeidung einer doppelten Vergütung des Rechtsanwalts für sich entsprechende außergerichtliche und gerichtliche Tätigkeit** wird gegenüber dem Mandanten durch die Forderungssperre des § 122 I Nr. 3 ZPO genügt. Ein mit den Anrechnungsvorschriften bezweckter besonderer Schutz der Staatskasse lässt sich auch weder dem **Wortlaut** noch der **Systematik der Vorschriften** noch ihrer **Entstehungsgeschichte** oder den **Gesetzesmaterialien** entnehmen.

„Soweit auf die gewährte Prozesskostenhilfe Raten zu zahlen sind, steht eine Schädigung der Staatskasse ohnehin nicht zu befürchten (vgl. OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2012, 2018 = FamRZ 2013, 323).

Eine **fiktive Anrechnung von erzielbarer Beratungshilfe ist dabei nicht geboten**, da es nach den obigen Darstellungen auf die tatsächlich erhaltenen Zahlungen, nicht aber auf fiktive Zahlungen ankommt (vgl. FG Niedersachsen EFG 2012, 553).“ (OLG Celle aaO)

VV RVG
Nr. 3100, 3101

Verfahrensgebühr
Klagerwiderung nach Klagerücknahme

RVG

(OLG Hamburg in NJW-Spezial 2013, 635; Beschluss vom 09.07.2013 – 8 W 62/13)

Für die **Einreichung einer Klagerwiderung nach Eingang der Klagerücknahme** kann die **Erstattung einer 1,3 Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG nicht beansprucht** werden, wenn die Beklagten Kenntnis von der Klagerücknahme erlangt, ihre Prozessbevollmächtigten hierüber aber nicht zeitnah informiert haben. In diesem Fall kann allenfalls eine 0,8 Gebühr nach Nr. 3101 VV RVG erstattungsfähig sein.

„Allerdings sind die zur Erstattung beantragten und festgesetzten Gebühren im Verhältnis zwischen den Bekl. und ihren Prozessbevollmächtigten in der geltend gemachten Höhe entstanden. Die Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG ist mit der Einreichung des Schriftsatzes beim Landgericht angefallen (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 20. Aufl., VV 3100, Rn 57 ff.).

Für die Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten kommt es jedoch weiter darauf an, ob sie **zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig** waren (91 I 1 ZPO). Wie das Landgericht in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt hat, sind die Kosten eines Klagerwiderungsschriftsatzes, der nach Eingang der Klagerücknahme bei Gericht eingeht, dann erstattungsfähig, wenn der Prozessbevollmächtigte den Schriftsatz in entschuldbarer Unkenntnis der Klagerücknahme einreicht (Zöller-Herget, ZPO, 29. Aufl., § 91, Rn 13, Stichwort „Klagerücknahme“). Allerdings liegt keine entschuldbare Unkenntnis vor, wenn die Partei von der Klagerücknahme Kenntnis erlangt und ihren Prozessbevollmächtigten nicht zeitnah darüber informiert. Denn aus dem Prozessrechtsverhältnis ergibt sich die Pflicht gegenüber der Gegenpartei, die Kosten möglichst niedrig zu halten.

Die durch den Klagerwiderungsschriftsatz entstandene 1,3 Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG hat die Kl. den Bekl. folglich nicht zu erstatten, sondern nur eine 0,8 Gebühr nach Nr. 3101 VV RVG. Denn diese Gebühr ist durch die Mandatierung ihrer Prozessbevollmächtigten und Anfertigung des Schriftsatzes vor Kenntnis von der Klagerücknahme jedenfalls entstanden (vgl. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe aaO, Nr. 3100 VV RVG Rn 57 ff.).“ (OLG Hamburg aaO)

FamFG
§ 158 VII 2

Vergütungsanspruch des Verfahrensbeistands
Vergütungsanspruch für jeden Rechtszug

FamFG

(OLG Köln in FamRZ 2013, 2005; Beschluss vom 21.03.2013 – II-12 WF 193/12)

Gem. § 158 VII S. 2 FamFG erhält der Verfahrensbeistand eine **Vergütung für die Wahrnehmung seiner Aufgaben nach § 158 IV FamFG**, und zwar **in jedem Rechtszug**. Mit der Einführung des Zusatzes "in jedem Rechtszug" wurde dem Verfahrensbeistand ein zusätzlicher Vergütungsanspruch für den zweiten und dritten Rechtszug zugebilligt.

„Dabei ist als Rechtszug jeweils die Instanz in der Hauptsache zu verstehen, die mit einem Beschluss über den Gegenstand des jeweiligen Kindschaftsverfahrens endet. Für die nächste Instanz fällt die Fallpauschale an, wenn Beschwerde gegen die (End-)Entscheidung über eine Kindschaftssache eingelegt worden ist und der Verfahrensbeistand mit der Wahrnehmung seiner Aufgaben im Kindesinteresse in irgendeiner Weise begonnen hat (BT-Drucks. 16/12717, S. 62; Musielak, Kommentar zum FamFG, 3. Auflage, § 158 Rn 21).“ (OLG Köln aaO)

BGB
§§ 628 I 2 Fall 2, 675 I

Anwaltlicher Honoraranspruch
Mandatskündigung

BGB

(BGH in BB 2013, 3009; Urteil vom 26.09.2013 – IX ZR 51/13)

Lehnt ein Rechtsanwalt aufgrund der von ihm auftragsgemäß vorzunehmenden, inhaltlich zutreffenden Rechtsprüfung die Begründung einer Berufung, die nach Kündigung des Mandats durch den Mandanten von einem anderen Anwalt vorgenommen wird, ab, verliert er seinen Vergütungsanspruch nicht.

- I. Die Bestimmung des **§ 628 I BGB** regelt die Frage, **in welchem Umfang dem Anwalt nach der außerordentlichen Kündigung gem. § 627 BGB Honoraransprüche gegen seinen Mandanten zustehen**. Danach kann der Dienstverpflichtete grds. einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen (§ 628 I 1 BGB). Hat der Dienstverpflichtete aber durch vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Auftraggebers veranlasst, so steht ihm nach der Vorschrift des § 628 I 2 Fall 2 BGB, die durch das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz nicht ausgeschlossen wird (BGH WM 2011, 2110; vgl. ferner BGH WM 1977, 369; BGH NJW 1982, 437 jeweils zur Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung), ein Anspruch auf die Vergütung nicht zu, soweit seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse mehr haben. Die Voraussetzungen dieser Einwendung hat der Auftraggeber darzulegen und zu beweisen (BGH WM 1995, 1288; BGH NJW 2011, 1674).
- II. Ein **vertragswidriges, die Kündigung des Vertragspartners veranlassendes Verhalten** i. S. des § 628 I 2 BGB setzt eine **schuldhafte Verletzung einer Vertragspflicht** voraus (vgl. BGH NJW 1985, 41; MüKo-BGB/Henssler, 6. Aufl., § 628 Rn 17).

„Der Hinweis auf die fehlenden Erfolgsaussichten des Rechtsmittels und die daran anknüpfende Empfehlung, das Rechtsmittel zurückzunehmen, sind nicht zu beanstanden. Der Hinweis entsprach der Prozesslage, wovon auch die Revisionserwiderung ausgeht, und die Empfehlung diente der Kostenminderung im Interesse des Bekl. Hiermit kam der Kl. seinen mandatsbezogenen Verpflichtungen nach, zumal er einen ausdrücklichen Prüfauftrag erhalten hatte (vgl. Zugehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltschaft, 3. Aufl., Rn 704). Der Anwalt hat von der Durchführung eines erfolglosen Rechtsmittels ebenso abzuraten, wie von der Führung eines von vorneherein aussichtslosen Rechtsstreits (vgl. BGH MDR 1958, 496; BGHZ 97, 372; Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltschaftsrecht, 3. Aufl., § 14 Rn 9).

Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht in seiner Auffassung, der Kl. habe die Kündigung des Kl.: vertragswidrig provoziert: Der vom Kl. vertretene Standpunkt und seine hierzu vorgetragenen Argumente lassen ein vertragswidriges Verhalten des Kl. gleichfalls nicht erkennen.

Nach dem hier erteilten Mandat waren die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels ergebnisoffen zu prüfen. Der Kläger [wurde] ausdrücklich damit beauftragt, die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels zu prüfen. Dass das Mandat mit der Maßgabe erteilt wurde, unabhängig vom Ausgang dieser Prüfung das Rechtsmittel auf jeden Fall durchzuführen, wurde nicht festgestellt. Anhaltspunkte hierfür sind auch nicht ersichtlich. Nach dem Grundsatz der Vermutung beratungskonformen Verhaltens konnte daher der Kl. bei Mandatserteilung davon ausgehen, der Bekl. werde bei inhaltlich zutreffender Rechtsprüfung den sich hieraus ergebenden Empfehlungen auch folgen. Dies bedeutet hier, dass der Kl. annehmen konnte, er werde nicht wider bessere Überzeugung eine aussichtslose Berufung begründen müssen. Für einen Rechtsanwalt ist dies insbesondere im Hinblick auf sein Selbstverständnis als unabhängiges Organ der Rechtspflege und auf sein Ansehen in der Öffentlichkeit auch nicht zumutbar (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 1084; Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Aufl., Rn 613; Vollkommer/Greger/Heinemann aaO, Rn 10; Zugehör/Vill aaO).

Die vom Berufungsgericht beanstandeten Äußerungen des Kl. halten sich noch im Rahmen dieser bei Mandatserteilung begründeten Erwartungshaltung. Ein vertragswidriges Fehlverhalten liegt hierin nicht. Seine Ablehnung, aufgrund der von ihm auftragsgemäß vorgenommenen und inhaltlich zutreffenden Rechtsprüfung die Berufung durchzuführen, führt daher nicht zum Verlust seines Vergütungsanspruchs.“ (BGH aaO)

ZPO
§§ 91, 574

Erstattungsfähigkeit von Rechtsberatungskosten
Notwendigkeit trotz eigener Rechtskunde

ZPO

(BGH in FamRZ 2013, 1969; Beschluss vom 19.09.2013 – IX ZB 160/11)

Auch wenn noch offen ist, ob ein Berufungsverfahren tatsächlich durchgeführt wird, **darf eine beklagte Rechtsanwaltsgesellschaft, die selbst rechtskundig ist, in einer von ihr als risikohaft empfundenen Angelegenheit anwaltlichen Rat für erforderlich halten**. Die entstehenden **Rechtsberatungskosten sind erstattungsfähig**.

„Solange noch unsicher ist, ob die Berufung durchgeführt werden wird, ist die Beauftragung eines Rechtsanwalts für die Berufungsin-
stanz zur **zweckentsprechenden Rechtsverfolgung** objektiv nicht erforderlich (BGH NJW 2008, 1087). Die Kosten eines gleichwohl
beauftragten Rechtsanwalts werden von der Rspr. alleine deshalb als erstattungsfähig anerkannt, weil der Rechtsmittelgegner
anwaltlichen Rat in einer von ihm als risikohaft empfundenen Situation für erforderlich halten darf (BGH NJW 2003, 756; BGH AGS
2007, 537).

Hiernach durfte die hier beklagte Rechtsanwaltsgesellschaft die Einschaltung eines Rechtsanwaltes als notwendig erachten, obwohl
im Zeitpunkt der Bestellung noch unsicher war, ob die Berufung durchgeführt werden würde. Für die Frage, ob eine Partei die Hinzu-
ziehung eines Rechtsanwaltes als erforderlich ansehen darf, kommt es nicht darauf an, ob sie rechtskundig ist oder über eine eigene
Rechtsabteilung verfügt (vgl. MüKo-ZPO/Schulz, 4. Aufl., § 91 Rn 57). Maßgeblich ist die **Sicht einer verständigen Prozesspartei**
(BAG NJW 2008, 1340). Soweit der Senat erkannt hat, dass der sich selbst vertretende Anwalt die Situation nicht in gleicher Weise
als risikobehaftet empfindet und deshalb keines Rates bedarf, folgt hieraus keine Abkehr von vorgenannten allgemeinen Grundsät-
zen. Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem sich der sich selbst vertretende Rechtsanwalt im Rechtsmittelverfahren
noch nicht bestellt hatte. In einem solchen Fall besteht kein Anlass dafür, vor Eingang einer Rechtsmittelbegründung Information und
Beratung als anwaltliche Tätigkeit zu fingieren. Demgegenüber hatten sich die Bevollmächtigten der Bekl. im Berufungsverfahren
bereits vor dem gerichtlichen Hinweis auf die Unzulässigkeit der Berufung (vgl. hierzu BGH NJW 2006, 2260) bestellt und hierdurch
eine anwaltliche Tätigkeit entfaltet (vgl. BGH AGS 2007, 537 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

ZPO
§ 117

Prozess-/Verfahrenskostenhilfe
Klagerücknahme

ZPO

(BGH in MDR 2013, 1477 = NJW 2013, 3793; Beschluss vom 17.10.2013 – III ZA 274/13)

Beantragt der Beklagte Prozesskostenhilfe für seine Verteidigung gegen die Klage, **reicht er die Erklärung über sei-
ne persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse aber erst ein, nachdem die Klage bereits zurückgenommen**
wurde, **kommt die Bewilligung von Prozesskostenhilfe grds. nicht mehr in Betracht.**

„Die **Bewilligung von Prozesskostenhilfe kommt nach Abschluss des Verfahrens** – etwa (wie hier) durch Klagerücknahme – **nur
dann in Betracht, wenn zuvor** der Prozesskostenhilfeantrag sowie die gem. § 117 II–IV ZPO erforderliche Erklärung über die persön-
lichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragstellers eingegangen sind, **der Prozesskostenhilfeantrag mithin vollständig
eingereicht worden ist** (s. etwa BGH NJW 2012, 1964; BGH NJW 1982, 446; OLG Hamm BeckRS 2012, 11879).

Im vorliegenden Fall war die (vollumfängliche) Klagerücknahme indes eingegangen, bevor die Erklärung über die persönlichen und
wirtschaftlichen Verhältnisse der Bekl. eingereicht wurde.“ (BGH aaO)

ZPO
§ 269 III 2, IV

Verzicht auf Kostenerstattungsanspruch
Kein Rechtsschutzbedürfnis für Kostenentscheidung

ZPO

(OLG Bremen in MDR 2013, 1482; Beschluss vom 31.10.2013 – 2 U 24/13)

**Erklärt der Bekl. und Berufungsführer im Termin, im Falle der Rücknahme der Klage auf einen Kostenerstat-
tungsantrag verzichten zu wollen, und wird anschließend die Klage zurückgenommen, fehlt einem daraufhin
gestellten Antrag des Bekl., die Kosten des Rechtsstreits dem Kl. aufzuerlegen, das Rechtsschutzinteresse.**

„Die Rücknahme der Klage hat zwar grds. die Folge, dass der Kl. verpflichtet ist, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 269 III 2
ZPO), woraus sich ergibt, dass er keine Erstattung der von ihm verauslagten Kosten (Gerichts- und Anwaltskosten) von der Gegen-
seite verlangen kann. Der Bekl. kann hingegen gem. § 269 III 2, IV ZPO eine ihm günstige Kostengrundentscheidung erwirken und
hierauf basierend im Kostenfestsetzungsverfahren seine ihm zu erstattenden Kosten (Gerichts- und Anwaltskosten) titulieren lassen
(§§ 103 ff. ZPO).

Anders ist es, wenn der Bekl. **auf die Kostenerstattung von vornherein verzichtet**. Er kann dann selbst in dem Fall, dass ein von
ihm nach § 269 IV ZPO gestellter Antrag positiv beschieden würde, auf dieser Grundlage nicht erfolgreich das Kostenfestsetzungs-
verfahren betreiben, wobei offenbleiben kann, ob die Klägerseite ihm spätestens zu diesem Zeitpunkt den Verzicht als eine vom
Rechtspfleger zu beachtende Einwendung mit Erfolg entgegenhalten könnte oder ob sie gehalten wäre, ihre Einwendungen im Wege
einer Vollstreckungsabwehrklage zu erheben (siehe dazu z. B. Zöller/Herget, § 104 Rn 21 unter „Verzicht“). In jedem Fall erlangt der
Bekl. mit der von ihm begehrten Kostengrundentscheidung **keinen schutzwürdigen Vorteil**, so dass ihm von vornherein für den
Antrag das Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen ist (ebenso noch zu § 271 III ZPO a. F. BGH NJW 1969, 2208).“ (OLG Bremen
aaO)

Aus der Praxis

BRAO
§ 112c I

Widerruf der Fachanwaltsbezeichnung Verstoß gegen Fortbildungspflicht

BRAO

(AnwGH Celle in BRAKMitt. 2013, 290; Urteil vom 09.09.2013 – AGH 6/13 (II 2/13))

Die **einmalige und erstmalige Verletzung der Fortbildungspflicht rechtfertigt i. d. R. keinen Widerruf der Fachanwaltsbezeichnung.**

„§ 15 I FAO verpflichtet den Fachanwalt zur jährlichen Fortbildung. § 15 II FAO schreibt vor, dass die Gesamtdauer der Fortbildung jährlich zehn Zeitstunden nicht überschreiten darf. § 15 III FAO regelt, dass die Erfüllung der Fortbildungsverpflichtung gegenüber der Rechtsanwaltskammer unaufgefordert nachzuweisen ist.

Diese Fortbildungspflicht ist in jedem Kalenderjahr aufs Neue zu erfüllen. Ist das Kalenderjahr verstrichen, kann sich der Rechtsanwalt in diesem Jahr nicht mehr fortbilden.

Die **Rechtsfolge der Nichterfüllung** der Fortbildungspflicht ist in § 43c IV 2 BRAO geregelt: Danach kann die Erlaubnis zum Führen der Fachanwaltsbezeichnung widerrufen werden, wenn eine in der Berufsordnung vorgeschriebene Fortbildung unterlassen wird.

Bei Ihrer Entscheidung hat die Bekl. zugunsten des Kl. berücksichtigt, dass die einmalige und erstmalige Verletzung der Fortbildungspflicht einen Widerruf i. d. R. nicht rechtfertigt. Der Kl. hat die Fortbildungspflicht indessen nicht einmalig, sondern in drei aufeinander folgenden Kalenderjahren nicht erfüllt und dies vor dem Hintergrund, dass die Bekl. in ihren „Kammermitteilungen“ regelmäßig jährlich an die Erfüllung der Fortbildungspflicht und deren Nachweis erinnerte, was dem Kl. nicht verborgen geblieben sein kann.

Zugunsten des Kl. hat die Bekl. außerdem berücksichtigt, dass der Kl. innerhalb der üblicherweise zugestandenen Karenzfrist von drei Monaten im Folgejahr Fortbildungen in einem Umfang von 12 Zeitstunden im Zeitpunkt der Widerrufsentscheidung absolviert hatte. Insoweit hat die Bekl. den Erwägungen des BGH zur **Ermessensausübung** (vgl. BGH NJW 2013, 175) ausreichend Rechnung getragen. Die Bekl. hat diese nachträglich auf die Fortbildungspflicht für das Jahr 2012 „angerechnet“. Damit hatte der Kl. aber gleichwohl in zwei aufeinanderfolgenden Kalenderjahren seine Fortbildungspflicht nicht erfüllt.“ (AnwGH Celle aaO)

GKG
§ 48

Unbezahlter Schmerzensgeldantrag Wertbestimmung durch Schätzung

GKG

(OLG Naumburg in NJOZ 2014, 52; Beschluss vom 16.04.2013 – 10 W 20/13)

Bei **unbezahlten Schmerzensgeldanträgen** ist für die Wertbestimmung **vom Gericht der Betrag zu schätzen**, der unter Zugrundelegung des vom Kl. vorgetragenen Sachverhaltes bezogen auf den Zeitpunkt der Klageerhebung zuzusprechen wäre, wenn die Klage begründet wäre.

„Über die **streitige Frage**, ob dann, wenn der Kl. eine **Mindestgröße für den ansonsten unbezahlten Klageantrag** benennt, dieser **als Untergrenze bindend** ist (so wohl die h. L., vgl.: Musielak/Heinrich, § 34 Rn 34; MüKo-ZPO/Wöstmann, § 3 Rn 121; KG BeckRS 2010, 10186; OLG Saarbrücken BeckRS 2010, 00450; OLG München BeckRS 2008, 01114; OLG Dresden NJOZ 2003, 2573, a. A. Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 3 Rn 16 „unbezahlter Klageantrag“; OLG Koblenz BeckRS 2004, 02625), musste vorliegend nicht entschieden werden, denn die Klageschrift enthielt eine solche verbindliche Untergrenze nicht. Der Betrag von 5000 Euro ist dort ausdrücklich nicht als Mindestbetrag bezeichnet worden. Es ergibt sich auch nicht aus dem sonstigen Inhalt der Klageschrift, dass es die Kl. diesen Betrag als Mindestbetrag begehrte (wird ausgeführt).

Es war auch nicht davon auszugehen, dass durch jede **unverbindliche Nennung einer Größenordnung für den unbezahlten Klageantrag**, die nach der Rspr. des BGH ein Zulässigkeitsmerkmal für einen hinreichend bestimmten (unbezahlten) Klageantrag gem. § 253 II Nr. 2 ZPO darstellt (vgl. BGHZ 4, 138 = NJW 1952, 382), bereits den Gebührenstreitwert festlegt. Denn wie Zöller/Vollkommer, § 3 Rn 16 „unbezahlte Klageanträge“ zurecht ausführt, liefe es auf eine *contradictio in adiecto* hinaus, dem Kl. einen unbezahlten Klageantrag zu gestatten, ihn aber zugleich zu zwingen, sein Begehren in der Klagebegründung kostenrechtlich verbindlich zu beziffern; im Ergebnis wird dann der dem Wortlaut nach unbezahlte Antrag aus der Klagebegründung heraus doch wieder in einem bezifferten Antrag umgedeutet...“. Es muss daher bei hinreichend bestimmter Klarstellung in der Klagebegründung, dass trotz der zwingenden Benennung einer Größenordnung die Höhe des Schmerzensgeldes in das Ermessen des Gerichts gestellt bleibt, möglich sein, sich auch der Untergrenze nach nicht verbindlich festzulegen, sondern die Höhe des Anspruchs ganz in das Ermessen des Gerichts zu stellen.“ (OLG Naumburg aaO)

UWG
§ 4 Nr. 11

Wettbewerbsverstoß Zulässigkeit der Werbung um ein konkretes Mandat

UWG

(BGH in GRUR 2014, 86; Urteil vom 13.11.2013 – I ZR 15/12)

Ein **Rechtsanwalt verstößt nicht zwingend gegen das aus § 43b BRAO folgende Werbeverbot**, wenn er einen **potenziellen Mandanten** in Kenntnis eines konkreten Beratungsbedarfs (hier: Inanspruchnahme als Kommanditist einer Fondsgesellschaft auf Rückzahlung von Ausschüttungen) **persönlich anspricht und seine Dienste anbietet**. Ein Verstoß liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Adressat einerseits durch das Schreiben weder belästigt, genötigt oder überrumpelt wird und er sich andererseits in einer Lage befindet, in der er auf Rechtsrat angewiesen ist und ihm eine an seinem Bedarf ausgerichtete sachliche Werbung hilfreich sein kann

I. Gem. § 43 b BRAO ist Werbung einem Rechtsanwalt **nur erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet** ist.

1. Nach der **Rspr. des BGH** kommt eine **Einschränkung der Werbemöglichkeit nur dann** in Betracht, wenn sie im Einzelfall **durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt** ist sowie dem **Grundsatz**

der **Verhältnismäßigkeit** entspricht (BGHZ 147, 71 = GRUR 2002, 84 – Anwaltswerbung II; BGH GRUR 2005, 520 = NJW 2005, 1644 = WRP 2005, 738 – Optimale Interessenvertretung; vgl. zur inhaltsgleichen Regelung des § 57 a StBerG BGH GRUR 2010, 349 = NJW 2010, 1968 – EKW-Steuerberater).

In der Vergangenheit hat der BGH allerdings angedeutet, dass er eine Werbung um Aufträge bereits dann als unzulässig erachtet, wenn der Umworbene in einem konkreten Einzelfall der Beratung oder Vertretung bedarf und der Werbende dies in Kenntnis der Umstände zum Anlass für seine Werbung nimmt. Eine solche Werbung versuche – vergleichbar mit der offenen Werbung um die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall – in einer oft als aufdringlich empfundenen Weise – auszunutzen, dass sich der Umworbene beispielsweise in einer Lage befinde, in der er auf Hilfe angewiesen sei und sich möglicherweise nicht frei für einen Anwalt entscheiden könne (BGHZ 147, 71 = GRUR 2002, 84 – Anwaltswerbung II; BGH NJW 2001, 2886 = WRP 2002, 71 – Anwaltsrundschriften).

Dagegen hat der BGH solche Fälle nicht als vom Verbot erfasst angesehen, in denen sich der Rechtsanwalt an Personen wendet, bei denen er keinen konkreten Handlungs- oder Beratungsbedarf, sondern – bspw. wegen einer erfolgten Gesetzesänderung – ein bloß generelles Interesse an seiner Leistung erwartet. Er hat es als zulässig erachtet, diesen Adressaten einen konkreten Handlungs- oder Beratungsbedarf erst mit den in der Anwaltswerbung enthaltenen Angaben zu einer konkreten Fallgestaltung bewusst zu machen. In einer solchen Situation fehlte es an einer gezielten persönlichen und daher gegebenenfalls als aufdringlich empfundenen Kontaktaufnahme (BGH NJW 2001, 2886 = WRP 2002, 71 – Anwaltsrundschriften).

2. Teilweise werden jedoch **in Rspr. und Schrifttum strengere Anforderungen an ein Werbeverbot** gestellt.

So sei eine Werbung um die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall nicht bereits dann unzulässig, wenn der Rechtsanwalt einen potenziellen Mandanten in Kenntnis eines konkreten Beratungsbedarfs persönlich anspreche. Ein **Verbot setze vielmehr zusätzlich voraus, dass die Werbung in ihrer individuellen Ausgestaltung geeignet sei, das Schutzgut des § 43 b BRAO konkret zu gefährden** (KG GRUR-RR 2010, 437; Kleine-Cosack, BRAO, 6. Aufl., § 43 b Rn 21 ff.; Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl., § 43 b Rn 44; Huff NJW 2003, 3525; Dahns NJW-Spezial 2010, 702; Degen NJW 2011, 867).

Es bedürfe einer sorgfältigen Prüfung aller Umstände des Einzelfalls, ob eine gemeinwohlschädliche Aufdringlichkeit vorliege, die ein Verbot rechtfertigen könne. Maßgeblich sei, ob ein der Ansprache durch den Rechtsanwalt entgegenstehender Wille des potenziellen Mandanten ersichtlich sei. Ferner komme es auf das Verhältnis zwischen der Art und Intensität des konkreten Beratungsbedarfs (aktueller Todes-, Krankheits- oder Unglücksfall, Strafverfolgung oder lediglich drohende wirtschaftliche Verluste durch eine notleidend gewordene Geldanlage) auf der einen Seite und der Intensität der anwaltlichen mandatsbezogenen Werbung im Sinne einer Bedrängung, Nötigung oder Überrumpelung auf der anderen Seite an (vgl. OLG Naumburg NJW-RR 2008, 445; Kleine-Cosack, § 43 b Rn 29 ff.).

Das Erfordernis einer konkreten Gefährdung der Schutzgüter des § 43 b BRAO wird damit begründet, dass es eine Werbeform nicht schon per se unzulässig mache, dass ein Umworbener konkreten Beratungsbedarf habe. Befinde sich jemand in einer Situation, in der er auf Rechtsrat angewiesen sei, werde ihm eine an seinem Bedarf ausgerichtete sachliche Werbung regelmäßig Nutzen bringen können. Erst in Fällen, in denen sich ein Anwalt in einer aufdringlichen Art aufnötige oder einen Verbraucher überrumpele, müssten klare Grenzen gezogen werden, bspw. bei der Ausnutzung eines Unglücksfalls. Werde dagegen einem Fondsanleger in sachlicher Weise anwaltlicher Rat angeboten, könne nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Umworbene nicht in der Lage sei zu entscheiden, ob er Kontakt zu dem Anwalt aufnehmen, gar nicht aktiv werden oder einen anderen Anwalt seines Vertrauens zu Rate ziehen wolle (vgl. Kleine-Cosack, § 43 b Rn 24 ff.; Hellwig NJW 2005, 1217; Dahns NJW-Spezial 2010, 702).

3. Diese Ansicht ist nach **BGH aaO** zumindest seit dem 28.12.2009 vorzugswürdig. Seit diesem Zeitpunkt ist **§ 43 b BRAO im Hinblick auf die Richtlinie 2006/123/EG vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt anhand des Maßstabs des Art. 24 der Richtlinie richtlinienkonform auszulegen**; ein **Werbeverbot** ist danach **nur bei** einer durch eine Abwägung der Umstände des Einzelfalls festzustellenden **konkreten Gefährdung der unionsrechtlich geschützten Interessen** gerechtfertigt.

*„Die Bestimmung des § 43 b BRAO regelt die **berufsrechtlichen Grenzen**, innerhalb deren Rechtsanwälte für ihre Dienstleistung werben dürfen. Die Vorschrift stellt damit eine berufsrechtliche Regelung über die kommerzielle Kommunikation i. S. von Art. 4 Nr. 12 Richtlinie 2006/123/EG dar, die die Rechtsanwaltschaft und damit einen reglementierten Beruf i. S. von Art. 4 Nr. 11 Richtlinie 2006/123/EG i. V. mit Art. 3 I lit. a Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen sowie i. V. mit § 4 BRAO betrifft.*

Gem. Art. 44 I Richtlinie 2006/123/EG setzen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, die erforderlich sind, um der Richtlinie bis 28.12.2009 nachzukommen. Seit diesem Tag ist § 43 b BRAO im Lichte des Wortlauts und des Zwecks des Art. 24 Richtlinie 2006/123/EG auszulegen (vgl. EuGH, Slg. 2006, I-6057 Rn 108, 124 = NJW 2006, 2465 – Adeneler [ELOG]).

*Gem. Art. 24 I Richtlinie 2006/123/EG sind **absolute Verbote der kommerziellen Kommunikation für reglementierte Berufe untersagt**. Gem. Erwägungsgrund 100 der Richtlinie 2006/123/EG sind mit absoluten Verboten nicht solche gemeint, die sich auf den Inhalt der kommerziellen Kommunikation beziehen, sondern solche, die diese allgemein und für ganze Berufsgruppen in einer oder mehreren Formen untersagen, beispielsweise ein Verbot von Werbung in einem bestimmten Medium oder in einer Reihe von Medien. Der EuGH hat entschieden, dass von einem absoluten Verbot i. S. des Art. 24 I Richtlinie 2006/123/EG auszugehen ist, wenn eine nationale Bestimmung eine kommerzielle Kommunikation unabhängig von ihrer Form, ihrem Inhalt oder den verwendeten Mitteln untersagt (EuGH EuZW 2011, 681 – Societe fiduciaire nationale d'expertise comptable).“ (BGH aaO)*

- II. Ein **Werbeverbot** kommt nach BGH aaO daher **nur** in Betracht, **wenn sich ein Verbotgrund im Einzelfall aus der Form, aus dem Inhalt oder aus dem verwendeten Mittel der Werbung ergibt**. Allein der Umstand, dass ein potenzieller Mandant in Kenntnis von dessen konkretem Beratungsbedarf angesprochen wird, genügt diesen Anforderungen nicht.

„Nach Art. 24 II Richtlinie 2006/123/EG stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die kommerzielle Kommunikation durch Angehörige reglementierter Berufe die Anforderungen der berufsrechtlichen Regeln erfüllt, die im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht je nach Beruf insbesondere die Unabhängigkeit, die Würde und die Integrität des Berufsstandes sowie die Wahrung des

Berufsgeheimnisses gewährleisten sollen. **Berufsrechtliche Regelungen über die kommerzielle Kommunikation dürfen nicht diskriminierend sein** und müssen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.

Wie sich aus dieser Bestimmung („insbesondere“) ergibt, sind die Schutzgüter, deren Beeinträchtigung eine Einschränkung der kommerziellen Kommunikation rechtfertigen können, nicht auf die in Art. 24 II 1 Richtlinie 2006/123/EG ausdrücklich genannten Gesichtspunkte, also die Unabhängigkeit, die Würde und die Integrität der Rechtsanwaltschaft sowie die Wahrung des Berufsgeheimnisses, beschränkt. Vielmehr sind bei der Auslegung auch der systematische Regelungszusammenhang des Art. 24 Richtlinie 2006/123/EG und damit die **Interessen der Verbraucher zu beachten** (EuGH EuZW 2011, 681 – Societe fiduciaire nationale d'expertise comptable).

Daraus folgt, dass ein **Werbeverbot zum Schutz des potenziellen Mandanten vor einer Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit durch Belästigung, Nötigung und Überrumpelung gerechtfertigt** sein kann. Aus der gesetzlichen Anordnung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt sich ferner, dass eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen ist. Dabei sind neben der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit, der Würde oder der Integrität der Rechtsanwaltschaft auch Art und Grad der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers durch Form, Inhalt oder das verwendete Mittel der Werbung zu berücksichtigen. Außerdem kommt es darauf an, ob und inwieweit die Interessen des Verbrauchers deshalb nicht beeinträchtigt sind, weil er sich in einer Situation befindet, in der er auf Rechtsrat angewiesen ist und ihm eine an seinem Bedarf ausgerichtete sachliche Werbung Nutzen bringen kann.

Nach diesen Grundsätzen ist das beanstandete Werbeschreiben der Bekl. nicht zu beanstanden: Das BerGer. ist davon ausgegangen, dass für die angeschriebenen Anleger ein der Bekl. bekannter aktueller Bedarf an anwaltlicher Beratung bestand (wird ausgeführt). Daraus lässt sich indessen noch keine hinreichend konkrete Beeinträchtigung der Interessen der Anleger entnehmen, weil in der Situation eines konkreten Beratungsbedarfs gerade ein Interesse der Anleger an einer bedarfsgerechten sachlichen Werbung bestehen kann. Umstände, die dafür sprechen könnten, dass die Entscheidungsfreiheit der angeschriebenen Anleger durch die Besonderheiten ihrer Situation oder durch die Art und Weise der werblichen Ansprache beeinträchtigt gewesen wäre, hat das BerGer. nicht festgestellt. Sie sind auch sonst nicht ersichtlich. So bestand für die Kommanditisten keine Situation, in der die Gefahr des Verlustes erheblicher Vermögenswerte derart unmittelbar gedroht hätte, dass eine überlegte und informationsgeleitete Entscheidung für oder gegen das Angebot der Bekl. erheblich erschwert gewesen wäre. Das beanstandete Schreiben war schließlich in Form und Inhalt sachlich abgefasst. Belästigende oder bedrängende Elemente finden sich dort ebenso wenig wie Gesichtspunkte, die mit der Würde, Integrität und Unabhängigkeit des Berufsstandes des Rechtsanwalts nicht im Einklang stehen.“ (BGH aaO)

ZPO
§§ 85 II, 233, 236 II 1

Wiedereinsetzungsantrag Nichtbeachtung einer Einzelanweisung

ZPO

(BGH in DB 2013, 2799 = NJW-RR 2013, 1393; Beschluss vom 05.06.2013 – XII ZB 47/10)

Erteilt ein Rechtsanwalt eine konkrete Einzelanweisung im Zusammenhang mit der Anfertigung einer Rechtsmittelschrift **nur mündlich**, muss er **ausreichende Vorkehrungen dagegen treffen, dass die Erledigung der Arbeitsanweisung vergessen wird**. Die klare und präzise Anweisung, die Erledigung sofort vorzunehmen, genügt insbes. dann, wenn zudem eine allgemeine Büroanweisung besteht, solche Aufträge stets vor allen anderen zu erledigen.

„Ein Rechtsanwalt darf allerdings grds. darauf vertrauen, dass seine Büroangestellte, die sich bisher als zuverlässig erwiesen hat, eine konkrete Einzelanweisung befolgt. Deshalb ist er im Allgemeinen nicht verpflichtet, sich anschließend über die Ausführung seiner Weisung zu vergewissern (BGH NJW 2012, 1591 = FamRZ 2012, 623; BGH NJW 2010, 2286 = FamRZ 2010, 1067; BGH NJOZ 2011, 43 = VersR 2011, 89; BGH VersR 1996, 779).

Auch bei einem so wichtigen Vorgang wie der Anfertigung einer Rechtsmittelschrift darf der Rechtsanwalt aber einer zuverlässigen Büroangestellten eine konkrete Einzelanweisung erteilen, deren Ausführung er grds. nicht mehr persönlich überprüfen muss (BGH NJW 2009, 296 = FamRZ 2009, 109). Wird die Anweisung nur mündlich erteilt, müssen allerdings ausreichende Vorkehrungen dagegen getroffen werden, dass die Erledigung in Vergessenheit gerät (BGH NJW 2012, 1591 = FamRZ 2012, 623; BGH NJOZ 2009, 2277 = FamRZ 2009, 1132; BGH NJW 2009, 854 = FamRZ 2009, 217; BGH FuR 2008, 344). Auch in diesem Fall **genügt die klare und präzise Anweisung, die Erledigung sofort vorzunehmen**, insbes. wenn zudem eine weitere allgemeine Büroanweisung bestand, einen solchen Auftrag stets vor allen anderen auszuführen. Die Gefahr, dass eine solche sofort auszuführende Weisung sogleich vergessen oder aus sonstigen Gründen nicht befolgt wird, macht eine nachträgliche Kontrolle ihrer Ausführung dann nicht erforderlich (BGH NJOZ 2009, 2277 = FamRZ 2009, 1132; BGH NJW 2008, 2589 = FamRZ 2008, 1338 m. w. Nachw.; BGH NJW 2009, 1083).“ (BGH aaO)

ZPO
§ 755

Adressermittlung durch Gerichtsvollzieher Örtliche Zuständigkeit

ZPO

(LG Frankenthal in Rpfleger 2013, 631; Beschluss vom 17.07.2013 – 1 T 110/13)

Für die Adressermittlung durch den Gerichtsvollzieher ist von einer Zuständigkeit aller Gerichtsvollzieher im Bundesgebiet auszugehen, wenn kein Anknüpfungspunkt für den aktuellen Aufenthalt des Schuldners besteht.

„Der seit dem 01.01.2013 geltende § 755 ZPO ermächtigt den Gerichtsvollzieher auf der Grundlage eines Vollstreckungsauftrages zur Ermittlung der derzeitigen Anschrift bzw. Aufenthaltsortes eines Schuldners mit unbekanntem Wohnsitz oder unbekanntem gewöhnlichen Aufenthalt bei diversen Behörden, Registern bzw. den Trägern der gesetzlichen Rentenversicherung. Hierdurch soll der Gläubiger von der bisherigen Aufgabe, selbst den jeweiligen Aufenthaltsort zu ermitteln, entlastet werden und dient zudem der **Zeitersparnis** und damit der **Effektivität der Zwangsvollstreckung gegen den untergetauchten Schuldner** (BT-Drucks. 16/10069 S. 23).

Anknüpfungspunkt für die Aufenthaltsermittlung ist nach den Vorstellungen des Gesetzgebers regelmäßig die **letzte bekannte Anschrift des Schuldners**, nach der sich auch die örtliche Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers bestimmt (§§ 753, 764 ZPO). Für den Fall jedoch, dass der Gläubiger keinerlei Informationen über den Verbleib (und die Herkunft) des Schuldners besitzt, wurde bisher

keine gesetzliche Regelung getroffen, obschon die Notwendigkeit im Gesetzgebungsverfahren erkannt wurde. Weder die ZPO noch die GVO oder die GVGA beinhalten eine Zuständigkeitsregelung für die nicht seltenen Fälle der vorliegenden Art.

Daher ist nach Auffassung der Kammer eine am **Sinn und Zweck der Norm** ausgerichtete Auslegung des § 755 ZPO vorzunehmen. Um den Gläubiger, der durch die Übertragung der Ermittlungsarbeit auf den Gerichtsvollzieher entlastet werden sollte, in einer Vielzahl der Fälle nicht doch rechtlos zu stellen, weil er keine Kenntnisse über frühere Aufenthalte seines Schuldners hat, ist von einer Zuständigkeit aller Gerichtsvollzieher im Bundesgebiet auszugehen. Der Gläubiger hat demnach die freie Wahl, in welchem Gerichtsbezirk er einen Zwangsvollstreckungs- und Aufenthaltsermittlungsantrag einreicht. Wenn sogar ein enger Bezug zu früheren Zwangsvollstreckungsmaßnahmen besteht, ist erst recht von der örtlichen Zuständigkeit der im tätig gewordenen Amtsgericht- Vollstreckungsgericht diensthabenden Gerichtsvollzieher auszugehen. Der Gläubiger gibt mit seiner Auswahl hinreichend deutlich zu verstehen, dass eine Zwangsvollstreckung in diesem Bezirk seinerseits beabsichtigt ist. Ergibt sich bei der Aufenthaltsermittlung, dass wegen des tatsächlichen Wohn- bzw. Aufenthaltsortes ein anderer Gerichtsvollzieher zuständig ist, so ist der Vollstreckungsauftrag an diesen von Amts wegen abzugeben (Saenger, ZPO, 5. Aufl. § 755 Rn 2 a. E.).“ (LG Frankenthal aaO)

VwGO
§§ 6 I, II, 114

Aufschiebende Wirkung des Widerspruchs
Festsetzungsbescheid des anwaltl. Versorgungswerks

VwGO

(OVG Berlin-Bbg in NJW-RR 2014, 59; Beschluss vom 09.09.2013 – OVG 12 S 85/12)

Ebenso wie den Beiträgen zum Versorgungswerk der Rechtsanwälte kommt auch den Säumniszuschlägen und Zinsen eine nicht nur untergeordnete Finanzierungsfunktion zu. Auch sie gehören daher zu den **öffentlichen Abgaben und Kosten i. S. des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO**, so dass der Widerspruch gegen einen Festsetzungsbescheid keine aufschiebende Wirkung hat.

„Dass die nach § 9 II 3 BbgRAVG i. V. mit § 36 VI 2 der Satzung zulässige Erhebung von Verzugszinsen dazu dient, den beim Mitglied infolge des Verzugs mit der Beitragsleistung entstandenen Zinsvorteil abzuschöpfen und ihn dem Versorgungswerk zur Verfügung zu stellen, liegt auf der Hand. Auch der nach § 9 II 2 BbgRAVG i. V. mit § 36 VI 1 der Satzung zulässige **Säumniszuschlag** dient nicht allein oder ganz überwiegend dazu, den Beitragsschuldner zur rechtzeitigen Beitragszahlung zu veranlassen, sondern soll daneben den infolge des Verzugs entstandenen **zeitweiligen Einnahmeausfall und damit einhergehenden Zinsnachteil ausgleichen**. Denn der **Verzugszins** nach § 36 VI 2 der Satzung **darf erst erhoben werden, wenn der Beitragsschuldner mehr als drei Monate in Zahlungsverzug** ist. Zwar kann er sodann – neben dem Versäumniszuschlag – ab Fälligkeit der offenen Beitragsforderung erhoben werden; für jeden Zahlungsverzug von weniger als drei Monaten sieht die Satzung jedoch als Ausgleich des dem Versorgungswerk entstandenen Zinsnachteils lediglich die Erhebung des Säumniszuschlags vor.“ (OVG Berlin-Bbg aaO)

Steuerrecht

ESTG
§§ 19 I 1 Nr. 1, 3 Nr. 62

Steuerpflichtiger Arbeitslohn
Zuschuss zur freiwilligen Rentenversicherung

SteuerR

(BFH in DStR 2013, 2500; Urteil vom 24.09.2013 – VI R 8/11)

Zuschüsse, die ein Arbeitgeber **zur freiwilligen Weiterversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung oder einem Versorgungswerk** gewährt, sind **steuerpflichtiger Arbeitslohn i. S. des § 19 I 1 Nr. 1 EStG**.

- I. Nicht versicherungspflichtige Personen können sich freiwillig in der gesetzlichen Rentenversicherung versichern (§ 7 I SGB VI). Freiwillig Versicherte haben ihre Beiträge als Versicherungsnehmer selbst zu tragen (§ 171 SGB VI). Diese Regelung schließt jedoch eine Übernahme der Beitragszahlung durch Dritte oder eine Erstattung der Beiträge nicht aus (vgl. Kreikebohm/Schmidt, SGB VI, 3. Aufl., § 7 Rn 42 bis 45, § 171 Rn 3). **Leistet der Arbeitgeber einen Zuschuss zur Beitragszahlung, so fließt dem Arbeitnehmer der Betrag bei Zahlung – ggf. im abgekürzten Zahlungsweg bei direkter Zahlung an die gesetzliche Rentenversicherung – zu.** Dasselbe gilt bei freiwilliger Fortführung der Mitgliedschaft in einem Rechtsanwaltsversorgungswerk, soweit der Arbeitgeber einen Zuschuss zu den vom Arbeitnehmer und Beitragsschuldner zu zahlenden Beiträgen leistet.
- II. Die einem Arbeitnehmer zugeflossenen Zuschüsse sind als **Entlohnung für seine Tätigkeit** anzusehen.

„Die Zuschussleistung stellt sich im Streitfall nicht lediglich als notwendige Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzungen dar.

Die Erlangung eines Anspruchs auf Versorgungsleistungen liegt grds. im Interesse desjenigen, dessen Versorgung sichergestellt werden soll (vgl. BFHE 225, 78 = BStBl II 2010, 130 = DStR 2009, 1526). Zwar mag es ein betriebliches Anliegen der Kl. gewesen sein, durch gegenwärtige Leistung von Zuschüssen später zu erbringende Pensionslasten zu reduzieren. Angesichts der erheblichen Bedeutung, die die Sicherung seiner Altersversorgung für den Arbeitnehmer hat, und der Höhe der betrieblichen Leistungen, tritt das Interesse des Arbeitgebers an der Finanzierung und Sicherung seiner Versorgungszusage nicht derart in den Vordergrund, dass der Vorteil des Arbeitnehmers durch die Zuschüsse zur Rentenversicherung oder zu den Versorgungswerken als bloße Begleiterscheinung des vom Arbeitgeber mit der Leistung verfolgten betrieblichen Zwecks anzusehen wäre (vgl. BFH BStBl II 2010, 130 = DStR 2009, 1526).

Soweit diese Beurteilung nicht mit der in der Entscheidung des BFH vom 5. 9. 2006, VI R 38/04 (BFHE 214, 573 = BStBl II 2007, 181 = DStRE 2006, 1381) vertretenen Auffassung übereinstimmt, hält der Senat daran nicht mehr fest.“ (BFH aaO)

- III. Die **Zuschussleistung** ist auch **nicht einem gesetzlichen Arbeitgeberanteil an der Sozialversicherung gleichzustellen**.

„Im Falle einer gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers zur Abführung eines Beitrags zur gesetzlichen Rentenversicherung handelt es sich beim Arbeitgeberanteil nicht um Arbeitslohn, weil die Entrichtung des Arbeitgeberanteils nicht als Gegenleistung für die Arbeitsleistung zu beurteilen ist (BFHE 199, 524 = BStBl II 2003, 34 = DStR 2002, 2072). Der Arbeitgeber erfüllt hiermit vielmehr eine eigene ihm unmittelbar auferlegte öffentliche Verpflichtung.

Im Streitfall bestand keine gesetzliche Verpflichtung der Kl., für die Vorstandsmitglieder Anteile zu einer Rentenversicherung zu tragen. Mithin erfüllte die Kl. hiermit nicht eine eigene öffentliche Verpflichtung.“ (BFH aaO)

- IV. Die **Zuschüsse zur Rentenversicherung bzw. zu den Beiträgen zum Versorgungswerk** sind auch **nicht nach § 3 Nr. 62 S. 1 EStG steuerfrei**.

„Denn die Steuerbefreiung betrifft nur Zukunftssicherungsleistungen, zu denen der Arbeitgeber aufgrund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet ist (BFHE 169, 208 = BStBl II 1993, 169 = DStR 1993, 50; BFH BFH/NV 2002, 1029 = BeckRS 2002, 25000620).

Es liegt auch nicht der in § 3 Nr. 62 S. 2 EStG geregelte Fall vor, dass Zuschüsse zu den Aufwendungen eines von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreiten Arbeitnehmers gezahlt worden sind. Denn bei Vorstandsmitgliedern handelt es sich nicht um von der gesetzlichen Versicherungspflicht befreite Arbeitnehmer; sie gehören vielmehr zu dem kraft Gesetzes nicht versicherungspflichtigen Personenkreis (BFHE 169, 208 = BStBl II 1993, 169 = DStR 1993, 50).“ (BFH aaO)

GG
Art. 3 I, 100 I 1

Beamtenrechtliche Versorgungsbezüge
Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung

SteuerR

(BFH DStR 2013, 1376; Urteil vom 07.02.2013 – VI R 83/10)

Der **allgemeine Gleichheitssatz gebietet es nicht**, nach beamtenrechtlichen Vorschriften gewährte **Ruhegehälter wie Renten aus der gesetzlichen Sozialversicherung nur mit einem Besteuerungsanteil zu erfassen**.

- I. Nach **§ 19 I 1 Nr. 2 EStG** gehören zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit u. a. auch **Ruhegelder und andere Bezüge und Vorteile aus früheren Dienstleistungen**.

Bezüge und Vorteile aus früheren Dienstleistungen, die als Ruhegehalt oder als gleichartiger Bezug auf Grund beamtenrechtlicher oder entsprechender gesetzlicher Vorschriften gewährt werden, sind gem. § 19 II 2 Nr. 1a EStG **Versorgungsbezüge**.

Von diesen Versorgungsbezügen bleiben nach § 19 II 1 EStG ein nach einem Prozentsatz ermittelter, auf einen Höchstbetrag begrenzter Betrag (Versorgungsfreibetrag) und ein Zuschlag zum Versorgungsfreibetrag steuerfrei. Der maßgebende Prozentsatz, der Höchstbetrag des Versorgungsfreibetrags und der Zuschlag zum Versorgungsfreibetrag sind § 19 II 3 EStG zu entnehmen. Soweit es sich um Versorgungsbezüge i. S. des § 19 II EStG handelt, ist für Werbungskosten bei der Ermittlung der

Einkünfte gem. § 9a S. 1 Nr. 1b EStG ein Pauschbetrag von 102 € abzuziehen, wenn nicht höhere Werbungskosten nachgewiesen werden.

- II. **Die einem Wahlbeamter gewährten Bezüge sind solche aus früheren Dienstleistungen** i. S. des § 19 I 1 Nr. 2 EStG. Es handelt sich dabei um ein **Ruhegehalt aufgrund beamtenrechtlicher Vorschriften** i. S. des § 19 II 2 Nr. 1a EStG, das wegen seiner Gewährung ab 1998 gem. § 19 II 3 EStG i. H. des Versorgungsfreibetrags von 3.000 € und des Zuschlags zum Versorgungsfreibetrag von 900 € steuerfrei bleibt. Mangels Nachweises höherer Werbungskosten ist hiervon nach § 9a S.1 Nr. 1b EStG ein Pauschbetrag i. H. von 102 € abzuziehen.
- III. **Diese Vorschriften verstoßen nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG.**

Die streitbefangenen Vorschriften bewirken zwar eine unterschiedliche Behandlung mit Sozialversicherungsrentnern. Denn aufgrund beamtenrechtlicher oder entsprechender gesetzlicher Vorschriften gewährte Bezüge und Vorteile aus früheren Dienstleistungen werden nicht nur mit dem Besteuerungsanteil, sondern im vollen Umfang nachgelagert besteuert. Gleichwohl führt dies nicht zu einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz.

1. Der **allgemeine Gleichheitssatz** (Art. 3 I GG) gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. z. B. BVerfGE 116, 164 = DStR 2006, 1316; BVerfGE 120, 1 = DStRE 2008, 1003). Er **gilt für ungleiche Belastungen wie auch für ungleiche Begünstigungen** (BVerfGE 122, 210 = DStR 2008, 2460; BVerfGE 125, 1 = DStR 2010, 434).

Aus ihm ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen **unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber**, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfGE 120, 1 = DStRE 2008, 1003; BVerfGE 122, 39 = DStRE 2009, 504; BVerfGE 125, 1 = DStR 2010, 434).

„Der Grundsatz der gleichen Zuteilung steuerlicher Lasten verlangt eine gesetzliche Ausgestaltung der Steuer, die den Steuergegenstand in den Blick nimmt und mit Rücksicht darauf eine gleichheitsgerechte Besteuerung des Steuerschuldners sicherstellt. Ausnahmen von dem jedenfalls für die Ertragsteuern geltenden Gebot gleicher Besteuerung bei gleicher Ertragskraft bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes (BVerfGE 116, 164 = DStR 2006, 1316; BVerfGE 120, 1 = DStRE 2008, 1003; BVerfGE 125, 1 = DStR 2010, 434). Bei der Bestimmung der Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz ist allerdings zu berücksichtigen, dass das BVerfG dem Gesetzgeber gerade bei der Umstrukturierung komplexer Regelungssysteme stets einen besonders weiten Spielraum bei der Ausgestaltung der Übergangsvorschriften einräumt (BVerfGE 125, 1 = DStR 2010, 434 m. w. Nachw.). Art. 3 I GG ist jedenfalls dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt (vgl. BVerfGE 105, 73 = BStBl II 2002, 618 = DStRE 2002, 349; BVerfGE 125, 1 = DStR 2010, 434 m. w. Nachw.).“ (BFH aaO)

2. Die **unterschiedliche Besteuerung** von beamtenrechtlichen Ruhegehältern und Sozialversicherungsrenten ist **durch besondere sachliche Gründe gerechtfertigt**.

- a) Das **BVerfG** (BVerfGE 105, 73 = BStBl II 2002, 61 = DStRE 2002, 349) hat dem Gesetzgeber aufgegeben, sich im Rahmen der Neuordnung der Besteuerung von Renten und Pensionen für ein Lösungsmodell zu entscheiden und dieses folgerichtig auszugestalten.

Als **tragendes Element der Neuordnung** wurden durch das AltEinkG vom 05.07.2004 (BGBl I 2004, 1427) **sämtliche Basis-Altersversorgungssysteme unterschiedslos dem System der nachgelagerten Besteuerung unterworfen** (BT-Drs. 15/2150, S. 1 und 22). Diese **Entscheidung des Gesetzgebers ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden** (BFHE 228, 223 = BStBl II 2011, 567 = DStRE 2010, 537; BFHE 228, 326 = BStBl II 2011, 579 = DStRE 2010, 600; BFH BFH/NV 2010, 1253).

„Da jedoch die Alterseinkünfte bis zu dieser Neuordnung vollkommen unterschiedlich besteuert wurden, sind zur Verwirklichung einer einkommensteuerrechtlichen Gleichbehandlung jeweils unterschiedliche Zwischenschritte notwendig (BFHE 227, 137 = BStBl II 2010, 282 = DStRE 2010, 75). Denn die gleitende Überführung der Besteuerung von Sozialversicherungsrenten unter bisheriger Berücksichtigung von Ertragsanteilen nach § 22 Nr. 1 S. 3a EStG a. F. hin zur vollständigen nachgelagerten Besteuerung erfordert steigende Besteuerungsanteile, wohingegen Versorgungsbezüge bereits dem tragenden Element des AltEinkG entsprechend nachgelagert besteuert werden.“

Nachdem hinsichtlich der Besteuerung von Versorgungsbezügen das Ziel des AltEinkG also bereits in der Übergangsphase erreicht wurde, liefe ihre einkommensteuerliche Erfassung mit einem Besteuerungsanteil – sei es auch nur für eine Übergangszeit – dem Leitgedanken des AltEinkG zuwider und entspräche nicht dem Gebot der Folgerichtigkeit (BFH BFH/NV 2010, 421 = BeckRS 2009, 25015826; BFHE 227, 99 = BStBl II 2010, 414 = DStRE 2010, 75; BFHE 227, 137 = BStBl II 2010, 282 = DStRE 2010, 75; BFHE 227, 165 = BStBl II 2010, 348 = DStRE 2010, 91).“ (BFH aaO)

- b) Überdies hat der Gesetzgeber während der **Übergangszeit zur Wahrung des Vertrauensschutzes** von Versorgungsempfängern Maßnahmen aufrechterhalten bzw. ergriffen, um zwischen Versorgungsbezügen und Sozialversicherungsrenten bestehende **Besteuerungsunterschiede abzumildern**.

„So wurde der Versorgungsfreibetrag während der Übergangsphase unverändert beibehalten. Dieser wurde wegen der steuerrechtlichen Ungleichbehandlung der nur geringfügigen Besteuerung von Sozialversicherungsrenten nach dem Ertragsanteil im Vergleich zu der vollen steuerlichen Erfassung der Versorgungsbezüge eingeführt (zu BT-Drs. IV/3189, S. 2). Obwohl Sozialversicherungsrenten bereits ab dem Jahr 2005 nicht mehr mit dem Ertragsanteil, sondern mit dem regelmäßig höheren Besteuerungsanteil erfasst werden, werden einkommensteuerrechtliche Ungleichbehandlungen für bis zum Jahr 2005 beginnende Versorgungsbezüge durch einen weitgehend unveränderten Versorgungsfreibetrag reduziert.“

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die Anpassung des für Beamtenpensionen ursprünglich gewährten Arbeitnehmer-Pauschbetrags (1.044 €) an den Rentenbeziehern zustehenden Werbungskosten-Pauschbetrag (102 €) nahezu kompensiert. Denn für bis zum Jahr 2005 beginnende Versorgungsbezüge wurde zur Vermeidung eines sprunghaf-

ten Anstiegs der Besteuerung zum Ausgleich dem Versorgungsfreibetrag ein entsprechender Zuschlag i. H. von 900 € hinzugerechnet (BT-Drs. 15/2150, S. 25).“ (BFH aaO)

- c) Es ist auch nicht zu beanstanden, dass das Gesetz den Besteuerungsanteil der Sozialversicherungsrenten nach dem Renteneintrittsalter bestimmt und für die gesamte Laufzeit des Rentenbezugs gleichbleibend festschreibt (§ 22 Nr. 1 S. 3a 5 EStG).

„Der **Gesetzgeber war nicht** aus gleichheitsrechtlichen Gründen **gehalten**, den **Besteuerungsanteil** – insbesondere von Rentnern mit einem Renteneintrittsalter bis 2005 – **während des Übergangszeitraums** zur nachgelagerten Besteuerung **schrittweise zu erhöhen**. Er konnte vielmehr berücksichtigen, dass Bezieher von Sozialversicherungsrenten und rentennahe Arbeitnehmer sich bei der Planung ihrer Altersversorgung auf die seit Jahrzehnten nahezu unverändert bestehende Rechtslage eingestellt haben, nach der Sozialversicherungsrenten nur mit einem geringen Ertragsanteil der Besteuerung unterlegen haben, und dass diese ihre Altersversorgung nicht mehr an die geänderte Rechtslage anpassen können. Mit dem schrittweisen, Jahr um Jahr steigenden Besteuerungsanteil der Sozialversicherungsrenten nach dem jeweiligen Renteneintrittsalter und dem parallel dazu verlaufenden Abbau des Versorgungsfreibetrags hat der **Gesetzgeber eine behutsame, den gebotenen Vertrauensschutz hinreichend beachtende Übergangsregelung geschaffen**. **Bezieher von Beamtenversorgungsbezügen bedurften demgegenüber keines besonderen Vertrauensschutzes**, da die Versorgungsbezüge der Beamten bereits vor dem Urteil des BVerfG (BVerfGE 105, 73 = BStBl II 2002, 618 = DStRE 2002, 349) und den daraufhin folgenden gesetzlichen Regelungen der vollen Besteuerung unterlagen und nur ein Versorgungsfreibetrag gewährt wurde.“ (BFH aaO)

- d) Ferner konnte und musste der Gesetzgeber beachten, dass Rentner über **unterschiedliche Rentenerwerbsbiographien** verfügen und ein höherer Besteuerungsanteil oder ein sich während des Rentenbezugs erhöhender Besteuerungsanteil bei zahlreichen Rentnern dem **Verbot der Doppelbesteuerung** zuwiderliefe (vgl. BVerfGE 105, 73 = BStBl II 2002, 618 = DStRE 2002, 349; BFHE 223, 445 = BStBl II 2009, 710 = DStR 2009, 32; BFH BFH/NV 2010, 1253).

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Kollrus:** Bürgschaft – Rechtliche Risiken bei Vereinbarungen zu zeitlichen Befristungen (MDR 2013, 1437)

Bürgschaftsgläubiger von **zeitlich befristeten Bürgschaften** sehen sich mit mehreren Gefahren konfrontiert: Die **Bürgschaft erlischt**, wenn sie **nicht rechtzeitig geltend gemacht** wurde oder aber die zeitliche Befristung wurde so vereinbart, dass eine Haftung des Bürgen ausgeschlossen ist; weitere Risiken liegen in der Unsicherheit, wie ein Gericht die zeitliche Befristung der Bürgschaft auslegt, wie z. B. als Zeitbürgschaft oder aber als gegenständlich beschränkte Bürgschaft. – Die Risiken erhöhen sich für den Bürgschaftsgläubiger aufgrund der **Beweislastverteilung**.

2. **Schneidewindt:** Erwerb und Installation einer Photovoltaik-Dachanlage: Kauf- oder Werkvertrag? (NJW 2013, 3751)

Verträge über den Erwerb und die Installation einer typischen PV-Anlage sind grds. als **Kaufverträge** einzuordnen und **einheitlich nach den kaufrechtlichen Bestimmungen zu behandeln**; Montage-, Anschluss- und Inbetriebnahmepflichten des Verkäufers sind zwar von erheblicher Bedeutung, sie stellen aber nicht den Schwerpunkt der vertraglichen Leistung dar; dafür spricht zum einen die Art des zu liefernden Gegenstands – die betriebsbereite PV-Anlage, denn sie besteht aus **serienmäßig hergestellten und typmäßig bezeichneten Komponenten**; zum anderen **kommt der Lieferung auch ein deutlich höherer Wert gegenüber der Bauleistung zu**; darüber hinaus weist das geschuldete Ergebnis auch keine Besonderheiten auf, die die Bauleistung zum prägenden Element des Vertrags machen würden; die Einordnung als Kaufvertrag gilt jedenfalls für Auf-Dach-Anlagen, die den größten Teil der Hausdachanlagen stellen. – Bei **In-Dach- und gebäudeintegrierten Anlagen**, die nur selten installiert werden, kommt dagegen eine Einordnung als **einheitlicher Werkvertrag** zumindest in Betracht, da der Bauleistung hier wesentlich mehr Bedeutung zukommt; die Einordnung solcher Anlagen hängt aber regelmäßig von den Umständen des Einzelfalls ab. – Die Stellung der Käufer von PV-Anlagen wird durch die Einordnung als Kaufvertrag – mit Einschränkungen – gestärkt; insbesondere eröffnet diese Vertragsart die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf (vgl. §§ 474 ff. BGB), da der **Käufer regelmäßig als Verbraucher i. S. von § 13 BGB anzusehen** sein dürfte. – Anbieter von Komplettlösungen sollten daher prüfen, ob die von ihnen verwendeten Verträge und AGB mit diesen Rechtsvorschriften vereinbar sind; auch sollten sie darauf reagieren, dass – entgegen der üblichen Praxis – die VOB/B nicht wirksam einbezogen werden kann; in Betracht kommt insofern die Regelung einzelner Aspekte mittels Individualabreden, der allerdings durch die zwingende Anwendung der §§ 474 ff. BGB Grenzen gesetzt sind.

3. **Schmidt:** Neues über gesetzliche Pfandrechte an Sachen Dritter (NJW2014, 1)

Gesetzliche Besitzpfandrechte von Werkunternehmern, Kommissionären, Transportunternehmern und Lagerhaltern können sowohl nach dem BGB als auch nach dem HGB **durch Geschäfte mit einem Nichteigentümer erworben** werden, wenn der Eigentümer mit dem Entstehungstatbestand einverstanden ist (so ausdrücklich nunmehr das HGB und ohne ausdrückliche Regel auch das BGB) oder der Gläubiger bzgl. des Eigentums in gutem Glauben ist (so nach wie vor stillschweigend das HGB). – Für Werkunternehmer bedarf es deshalb nicht der Vereinbarung eines vertraglichen Pfandrechts; ein praktischer Vorteil besteht darin, dass für den Erwerb des vertraglichen Werkunternehmerpfandrechts der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis eines kaufmännischen Bestellers über Dritteigentum für den Pfandrechtserwerb ausreicht (§366I HGB). – Die **gesetzlichen Pfandrechte** der Kommissionäre, Frachtführer, Spediteure, Lagerhalter und Verfrachter **entstehen auch am Gut eines Dritten**, wenn dieser mit dem Verkauf, dem Transport oder der Lagerung einverstanden ist (so nunmehr ausdrücklich §§ 397 S. 1, 440 I 1, 446 S. 1, 475b I 1 HGB) oder der Kommissionär etc. bzgl. des Eigentums oder des Einverständnisses gutgläubig ist (arg. § 366 III 1 HGB). – Die HGB-Pfandrechte decken inkonnexe Forderungen nur, wenn der Kommittent, Absender, Versender, Einlagerer oder Besteller Eigentümer ist; ein gutgläubiger Erwerb dieser Sicherungen an Sachen Dritter war bisher auch insoweit möglich, setzte aber guten Glauben bzgl. des Eigentums voraus (so unmissverständlich § 366 III HGB in der von 1998 bis 2013 geltenden Fassung). – Da **Vertragspfandrechte mit Einwilligung des Eigentümers auch vom Nichtberechtigten erworben werden können** (§§ 185, 1205 BGB), wird die Praxis zeigen, ob die Neuregelung im HGB zu einer Vertragspraxis führen wird, bei der sich Kommissionäre, Frachtführer, Spediteure, Lagerhalter und Verfrachter von ihren Vertragspartnern inkonnexe Forderungen einschließende Vertragspfandrechte einräumen und sich die Einwilligung des jeweiligen Eigentümers zusichern lassen; die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs würde dadurch erweitert (§ 1207 BGB, § 366 I HGB HGB).

4. **Freitag:** Rechtsfolgen der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung (NJW 2014, 113)

In Bezug auf die Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Leistung sollte sich zumindest rechtsfolgenseitig Einvernehmen darüber herstellen lassen, dass es sich bei den **§§ 275 I – III, 326 I 1 HS 1 BGB** durchweg um **Einwendungen** handelt, die sowohl den Anspruch des Gläubigers auf die Leistung bzw. Gegenleistung als auch die

Verpflichtung des Schuldners zu ihrer Erbringung vernichten; daraus folgt, dass die Vernichtung von Anspruch und Verpflichtung in den Fällen der unzumutbaren Leistung gem. § 275 II, III BGB auf der **Ausübung eines Gestaltungsrechts** durch den Schuldner beruht. - Im **gegenseitigen Vertrag** führt die **Kombination von Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Leistung** gem. § 275 I – III BGB mit dem daran anknüpfenden **Entfall der Gegenleistungspflicht** gem. § 326 I 1 HS 1 BGB zur **Umwandlung des Schuldverhältnisses in eine Naturalobligation**; in der Folge ist der Gläubiger der unmöglichen bzw. unzumutbaren Leistung zur Erbringung seiner Gegenleistung zwar nicht verpflichtet, aber berechtigt.

II. Strafrecht

1. **Albrecht**: Vorspiegeln von Bonität und Schadensbestimmung beim Betrug (NSTz 2014, 17)
Bespr. der Entsch. BGH, Urteil vom 20.03.2013 (5 StR 344/12)
2. **Walter**: Die Lehre von der „einverständlichen Fremdgefährdung“ und ihre Schwächen – eine Verteidigung der Rspr. (NSTz 2013, 673)

Um **Fremd- und Selbstgefährdung voneinander abzugrenzen**, ist **darauf abzustellen, von wem die zeitlich letzte und für den tatbestandlichen Erfolg ursächliche aktive Handlung stammt**. - Fälle gemeinschaftlichen Handelns sind mit der Rspr. und h. M. wie Selbstgefährdungsfälle zu behandeln; solche Fälle kennzeichnet, dass Gefährdeter und Gefährdender zeitgleich durch aktives Tun zusammenwirken müssen, damit es zur Gefährdung kommt. - **Eigenverantwortlich** ist eine Selbstgefährdung, wenn der **Handelnde zurechnungsfähig** ist, die **Gefahr voll erfasst** und auch sonst **keinem Irrtum unterliegt**, der für seine Entscheidung ursächlich war; gibt es einen solchen Irrtum, so bleibt es ohne Belang, worauf er sich bezieht (auch Motivirrtümer schließen die Eigenverantwortlichkeit aus); für die **Einwilligung in eine Fremdgefährdung** gilt dies entsprechend; **zusätzlich** ist dann aber noch **§ 228 StGB zu beachten**. - Die Lehre von der objektiven Zurechnung lässt sich auf zwei Grundgedanken zurückführen: Der erste ist, dass ein erfolgsursächliches Verhalten nur dann strafbar sein kann, wenn es eine Verhaltensnorm verletzt; der zweite lautet, dass nur solche Geschehensverläufe in die Strafbarkeit führen, die vom Schutzbereich jener Verhaltensnorm abgedeckt werden.

3. **Köllner/Cyrus**: Aktuelle strafrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz (NZI 2014, 17)

III. Öffentliches Recht

1. **Walker**: Verschuldensunabhängige Verbandssanktionen gegen Sportvereine für Zuschauer-ausschreitungen (NJW 2014, 119)

Der nach **§ 9 a DFB-RuVO i. V. mit § 44 DFB-Satzung** mögliche Ausschluss eines Sportvereins aus einem laufenden oder zukünftigen Wettbewerb wegen Zuschauerausschreitungen seiner Anhänger stellt eine wettbewerbssichernde Sanktion dar; er trägt zum ungestörten Ablauf des Wettbewerbs bei und hat zumindest insoweit **präventive Wirkung**. - Damit unterfällt er dem **Kernbereich der Vereinsautonomie**: Diese setzt sich gegenüber dem grds. auch bei zivilrechtlichen Sanktionen zu beachtenden Verschuldensprinzip durch. - Dagegen bestehen Bedenken gegen die Zulässigkeit von verschuldensunabhängigen Geldstrafen. Sie sind nach allen bisherigen Erfahrungen nicht wettbewerbssichernd und haben keine weitergehende präventive Wirkung als gerichtliche Geldstrafen; als reine Strafen haben sie auf den Wettbewerb keine Auswirkung; insoweit kann die Verbandsautonomie daher das Verschuldensprinzip nicht verdrängen. - In den Fällen, in denen bisher verschuldensunabhängige Geldstrafen verhängt wurden, könnten den Vereinen Geldzahlungen zur Investition in Präventivmaßnahmen (Fan-Projekte, Aufklärungskampagnen, Verstärkung der Sicherheit) auferlegt werden; außerdem wären Abmahnungen mit der Androhung von Sperren oder Geisterspielen für den Wiederholungsfall möglich, denn den Abmahnungen fehlt der Strafcharakter. - Die genannten Bedenken gegen **verschuldensunabhängige Geldstrafen** werden wahrscheinlich nicht dazu führen, dass die Verbände ihre Satzungen ändern; denn die Verbände können angesichts der Erfahrungen aus der Vergangenheit davon ausgehen, dass Geldstrafen jedenfalls nach dem Durchlaufen des innerverbandlichen Rechtswegs von den Vereinen akzeptiert werden; zu einer gerichtlichen Überprüfung kann es aber dann kommen, wenn ein Verein wegen des störenden Verhaltens von Zuschauern mit einer Geldstrafe belegt wird und versucht, sich diese im Regressweg von den Störern erstatten zu lassen, und wenn die Störer sich dagegen gerichtlich wehren; in solchen Fällen muss der klagende Verein dann überlegen, ob er es wirklich auf ein gerichtliches Urteil ankommen lassen will.

2. **Cancik**: Wirkungsmöglichkeiten parlamentarischer Opposition im Falle einer qualifizierten Großen Koalition (NVwZ 2014, 18)

Die durch die Fallkonstellation einer qualifizierten Großen Koalition aufgeworfenen Auslegungsfragen im Einzelnen sind **verfassungsrechtlich und verfassungsgerichtlich nicht geklärt**, dass effektive Wirkungsmöglichkeiten der Opposition „dem Grunde nach“ verfassungsrechtlich gewährleistet sind, ist aber unstrittig. - Soweit die **Wirkungsmöglichkeiten der Opposition** durch Geschäftsordnungsrecht oder Parlamentspraxis gesteuert werden (Redezeitverteilung, Einberufung Enquetekommission u. a.), ist eine **Anpassung an die Fallkonstellation der qualifizierten Großen Koalition durch Geschäftsordnungsbeschluss möglich und verfassungsrechtlich geboten**; konkrete Vorgaben etwa zu konkreten Redezeitanteilen oder zu beantragenden Aktuellen Stunden

sind der Verfassung nicht zu entnehmen; ein Abstellen allein auf die bislang geübte Verteilung nach Fraktionsstärken ist aber unzureichend, weil damit das essentielle Prinzip von Rede und Gegenrede, die Öffentlichkeitsfunktion und die Kontrollfunktion zu weitgehend eingeschränkt werden. - Für eine **teleologische Auslegung des Art. 44 I 1 GG** mit der Folge eines reduzierten Antrags-Quorums sprechen gute Gründe; ihr steht der Wortlaut nicht entgegen, er kann i. S. einer nur nach oben abschließenden Grenze verstanden werden. - Für eine **Quorenanpassung bei der abstrakten Normenkontrolle** streiten verfassungspolitische, aber wohl nicht verfassungsrechtliche Erwägungen; die Subsidiaritätsklage ist derzeit nicht vordringlich als Oppositionsinstrument innerhalb der parlamentarischen Demokratie anzusehen. - Soweit qualifizierte Große Koalitionen auch zukünftig zu erwarten sind, was u. a. von der Gestaltung des Wahlrechts und der Entwicklung der Parteienlandschaft abhängt, sollte nach Ansicht des Autors eine generelle Regelung dieser Fallkonstellation im Grundgesetz i. S. einer Grundsatzklärung erwogen werden, nicht aber eine nur einzelfallorientierte Quorenanpassung; für eine Grundsatzregelung sprechen nach Auffassung des Autors Gründe der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit. - Ein kurzfristig gangbarer Weg für mögliche und gebotene Anpassungen besteht in der **Änderung/Anpassung der Geschäftsordnung** des Bundestages und des PUAG sowie ggf. anderer gesetzlicher Regelungen. Absichtserklärungen im Koalitionsvertrag können politisch hilfreich sein, rechtlich ausreichend sind sie nicht.

3. **Peters:** Der öffentlich Bedienstete als Zeuge vor einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss (DÖV 2014, 10)

Für den öffentlich Bediensteten bestehen im parlamentarischen Untersuchungsverfahren eine Reihe von **Besonderheiten** – sowohl gegenüber anderen Zeugen wie auch gegenüber seiner Vernehmung im Strafverfahren: Seine Vernehmung ist nur zulässig, soweit eine **Aussagegenehmigung** vorliegt; versagt oder beschränkt werden darf sie nur im Rahmen der von der Verfassung gezogenen Begrenzungen – Untersuchungsauftrag, Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung, Staatswohl und Grundrechte. - **Staatswohl und Grundrechtsschutz rechtfertigen grds. keine Versagung der Genehmigung**, sondern nur eine Vorgabe für die Vernehmung, wie eine nicht öffentliche Sitzung; stets erforderlich ist, dass (spätestens im Konfliktfall) eine verfassungsrechtlich tragfähige Begründung erfolgt. - Für öffentlich Bedienstete besteht keine sanktionsbewehrte Pflicht, sich auf die Vernehmung durch einen Untersuchungsausschuss vorzubereiten. - Bei der Vernehmung hat der Ausschuss die untersuchungsausschussimmanenten Begrenzungen zu beachten; die **Auskunftsverweigerungsrechte reichen nach einigen UAG weiter als im Strafverfahren** (§ 55 StPO).

4. **Lauber-Rönsberg:** Rechtsdurchsetzung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet - Verantwortlichkeit von Intermediären und Nutzern in Meinungsforen und Personenbewertungsportalen (MMR 2014, 10)

Bei **Persönlichkeitsrechtsverletzungen** steht dem Betroffenen gegen den Intermediär lediglich ein **Anspruch auf Löschung der Information** nach Kenntnis der Rechtsverletzung zu, soweit dieser durch §§ 7 II, 10 TMG haftungsprivilegiert wird. - Daneben ergeben sich aus der **mittelbaren Störerhaftung** Prüfungs- und Kontrollpflichten, die im Falle eines Verstoßes Unterlassungsansprüche nach sich ziehen. - Unklar ist bislang, ob und unter welchen Voraussetzungen den Portalbetreiber in diesem Rahmen eine Verpflichtung zur Registrierung der Nutzer trifft, um Rechtsverletzungen zu vermeiden und eine Rechtsdurchsetzung zu erleichtern; dies ist bei „gefährdungen Diensten“ zu befürworten. - Die Durchsetzung von Ansprüchen unmittelbar gegen anonym handelnde Verletzer wird zudem dadurch erschwert, dass die **datenschutzrechtlichen Regelungen der §§ 12, 14 TMG einer Weitergabe von Nutzerdaten durch den Portalbetreiber entgegenstehen**. - Nach wie vor liegt die zentrale Herausforderung darin, das Verhältnis zwischen der durch Art. 5 I GG geschützten Anonymität der Nutzung und der zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gebotenen Haftungsverantwortung auszubalancieren, um der momentan bestehenden „Verantwortungsdiffusion“ entgegenzuwirken.

5. **Riedmeyer:** Die Vollstreckung von verkehrsrechtlichen Geldstrafen und Geldbußen aus EU-Mitgliedsstaaten in Deutschland (NZV 2014, 18)

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Fischer:** Strafverteidiger aus der Sicht des Richters – Rückblick und Ausblick (StV 2014, 47)
2. **Stehle:** Neuerungen bei der Prozesskosten- und Beratungshilfe (Kammer-Mitt. Düsseldorf 2013, 365)
3. **Quaas:** Verschwiegenheitspflicht und anwaltliche Selbstdarstellung (BRAK-Mitt. 2013, 258)
4. **Jungk/Chab/Grams:** Pflichten und Haftung des Anwalts – Eine Rspr.-Übersicht (BRAK-Mitt. 2013, 263)

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

Prüfungsstoff im Mündlichen

1/3 Protokollwissen

Protokolle anfordern!

1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate

Zeitschriftenauswertung (ZA) lesen!

1/3 unbekannter Stoff

Phantasie zeigen!

