



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

37. Jahrg.

November 2012

Heft 11

---

Aus dem Inhalt:

**OLG Köln:** Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch

**AG Schwerin:** Strafbarkeit des indirekten Leugnens des Holocaust

**OLG Braunschweig:** Garantiepflcht eines AG-Vorstandsmitglieds

**BVerfG:** Einsatz der Bundeswehr im Inland

**BGH:** Prozessstandschaft des früheren Vermieters wegen Kautio

**BGH:** Verfahrensverständigung und Wegfall der Bindungswirkung

**OVG Bautzen:** Inzidentkontrolle einer Satzung im Eilrechtsschutz



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

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

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

##### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

**Bezugspreis:** vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Die Stärkung des Rechts der Pressefreiheit.....	1
---	---

### Brandaktuell

BGH:                      Verspätung nach § 282 I ZPO (niemals im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung).....	2
---	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH:                      Einseitig erhöhte Betriebskostenvorauszahlung (Verzugskündigung statt Zahlungsklage).....	3
OLG Köln:                Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch (Bezeichnung eines Rechtsanwalts als "Winkeladvokat").....	6

#### Strafrecht

AG Schwerin:            Verleumdung / Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (Indirektes Leugnen des Holocaust).....	10
OLG Braunschweig:    Untreue (Garantenpflicht eines AG-Vorstandsmitglieds).....	13

#### öffentl. Recht

BVerfG:                 Einsatz der Bundeswehr im Inland (Luftsicherheitsgesetz).....	17
--	----

#### Kurzauslese I

BGH:                      Verjährungseinrede (unzulässige Erhebung durch den Verfahrenspfleger).....	24
LG München II:         Ausschlussfrist für Betriebskostenabrechnung (Vorauszahlungspflicht).....	24
OLG Karlsruhe:         Werkunternehmerpfandrecht (Auftragserteilung durch dritte Person).....	24
BGH:                      Maklervertrag (Provisionsverlangen in Internet-Inserat).....	25
OLG Rostock:            Verbreiten/Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Kennzeichen einer SS-Panzer-Division).....	25
BGH:                      Meineid (Vorliegen eines minder schweren Falls).....	26
BGH:                      Gefährliche Körperverletzung (Quarzhandschuh als gefährliches Werkzeug).....	26
LG Verden:              Kennzeichenmissbrauch (Pkw-Kennzeichen).....	26
OVG Greifswald:        Vertrauensschutz (Änderung einer Prüfungsordnung).....	27
VGH Mannheim:         Verfahrensfehler (fehlende Beteiligung eines berufenen Prüfers).....	28

**Entscheidungen Verfahrensrecht**

**Zivilrecht**

BGH:	Prozessstandschaft des früheren Vermieters (Geltendmachung der Kautions für Grundstückserwerber).....	29
BGH:	Teilurteil über Widerklage (Gefahr der Widersprüchlichkeit).....	33

**Strafrecht**

BGH:	Verfahrensverständigung (Wegfall der Bindungswirkung).....	36
------	---	----

**öffentl. Recht**

OVG Münster:	Anforderung öffentlicher Abgaben (einstweiliger Rechtsschutz).....	39
OVG Bautzen:	Inzidentkontrolle einer Satzung (einstweiliger Rechtsschutz).....	41

**Kurzauslese II**

AG Ludwigslust:	Prozessvollmacht (kein Erlöschen allein wegen Widerrufs der Anwaltszulassung).....	44
OLG Stuttgart:	Drittweiterklage (Eigenständigkeit).....	44
BGH:	Einziehungs-/Prozessführungsbefugnis (Insolvenzverwalter).....	44
BGH:	Amtsanwalt (Übertragbarkeit von Verfahrensrechten der Staatsanwaltschaft).....	45
OLG Frankfurt a.M.:	Nachverfahren (Unzulässigkeit der Beschwerde).....	45
OLG Jena:	Strafverteidigung ([Unter-] Vollmacht).....	46
OLG Karlsruhe:	Besichtigungsrecht (Zulässigkeit der Beschränkung von Verteidigerrechten).....	47
OVG Stuttgart:	Anhörung (Zulässigkeit einer Videokonferenz).....	48
OVG Bremen:	Disziplinarverfahren (Verletzung der Anhörungspflicht).....	48
VG Trier:	Auskunftsbegehren des Insolvenzverwalters gegenüber Finanzamt (Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs).....	49
VGH Mannheim:	Rechtswegeröffnung (Streitigkeit zwischen Rechtsanwalt und Rechtsanwaltskammer).....	49

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	50
---	----

Übersicht:	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht.....	54
------------	--	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung:	Öffentliches Recht.....	55
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	57

## Aus der Gesetzgebung

### Die Stärkung des Rechts der Pressefreiheit

Gesetz zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht (PrStG) vom 25.06.2012, In-Kraft-Treten am 01.08.2012 (BGBl I, S. 1374)

#### I. Allgemeines

**Medienangehörige** sind in der Vergangenheit wiederholt der Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden wegen **Beihilfe zum Geheimnisverrat** ausgesetzt gewesen, wenn sie Dienstgeheimnisse, die ihnen zugeleitet worden sind, veröffentlicht haben. So stützte sich etwa in dem bekannten, vom BVerfG entschiedenen **Fall „Cicero“** (BVerfGE 117, 244) der Tatverdacht, der Anlass für die Anordnung der Durchsuchung der Redaktionsräume des Magazins sowie nachfolgender Beschlagnahmebeschlüsse war, ausschließlich auf die Veröffentlichung von Inhalten eines als Verschlusssache eingestuftes Auswertebereichs und Hinweisen darauf, dass der Verfasser des Artikels im Besitz des Papiers gewesen sein muss.

Bisher konnten Medienangehörige in den Verdacht der Beteiligung an einem eventuellen Vergehen ihrer Informanten kommen, denn nach der Rspr. und einer verbreiteten Auffassung in der Lit. war eine Beihilfe zu § 353b StGB auch nach Vollendung der Haupttat möglich, also insbesondere noch nach der Offenbarung des Geheimnisses durch den Amtsträger an den Medienangehörigen. Medienangehörige, die entsprechende Geheimnisse veröffentlichten, konnten sich deshalb strafbar machen, obwohl sie selbst keiner Geheimhaltungspflicht unterliegen. Damit wurden die Medien in der **Ausübung einer ihrer wesentlichen Funktionen**, der kritischen Recherchearbeit und Berichterstattung, **eingeschränkt**. Der freiheitliche Rechtsstaat sollte aber nicht einmal den Anschein erwecken, er würde mit den Mitteln des Strafrechts Journalisten von kritischer Recherche und Berichterstattung abhalten, sodass der Gesetzgeber sich gefordert sah, den **Quellen- und Informantenschutz** und damit die Möglichkeit, investigativ zu recherchieren, zu **stärken**.

#### II. Die wichtigsten Neuregelungen im Überblick

1. Für Medienangehörige wird in **§ 353b StGB** die Rechtswidrigkeit der Beihilfe zum Geheimnisverrat ausgeschlossen, wenn sie sich darauf beschränken, **geheimes Material entgegenezunehmen, auszuwerten oder zu veröffentlichen**. Auf diese Weise werden solche Handlungen von einem strafrechtlichen Unwerturteil befreit und zugleich der Quellen- und Informantenschutz gestärkt. Ferner wird sichergestellt, dass das strafprozessuale Eingriffsinstrumentarium nicht allein an die Entgegennahme, Auswertung oder Veröffentlichung von Inhalten, die als Geheimnis bewertet werden, geknüpft werden darf.

Unter Medienangehörige sind hier Personen zu verstehen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken, Rundfunksendungen, Filmberichten oder der Unterrichtung oder der Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdiensten berufsmäßig mitwirken oder mitgewirkt haben (§ 53 I Nr. 5 StPO).

2. Außerdem wird durch das Gesetz ein **besserer Schutz vor Beschlagnahmen** geregelt. Auch vor der gesetzlichen Neuregelung durfte Material grds. nicht beschlagnahmt werden, das Medienangehörige von Informanten erhalten hatten und über deren Herkunft sie die Aussage verweigern durften. Unter engen Voraussetzungen und nach Abwägung mit der Pressefreiheit war eine Beschlagnahme ausnahmsweise dennoch möglich. Diese **Ausnahmen sind nun weiter eingeschränkt worden**. Künftig reicht insoweit nicht mehr ein nur einfacher Tatverdacht gegen den Medienangehörigen aus, sondern es bedarf eines **„dringenden Tatverdachts“**. Indem damit die Schwelle für solche Beschlagnahmen höher gelegt wird, werden die Gewichte zwischen dem Interesse des Staates an der Strafverfolgung einerseits sowie der Pressefreiheit und dem Informantenschutz andererseits zu Gunsten der Freiheit der Presse verschoben.

## Brandaktuell

ZPO  
§ 282 I

### Verspätung nach § 282 I ZPO niemals im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung (BGH in jurisAnwaltsLetter; Urteil vom 17.07.2012 VIII ZR 273/11)

ZPO

**Fall:** Die Klägerin erwarb am 23.08.2006 von der Beklagten zu 1 einen von der Beklagten zu 2 hergestellten Lkw R als Neufahrzeug. Die Klägerin macht Gewährleistungsansprüche wegen eines am 16.06.2008 an dem Lkw nach rund 85.000 Kilometer Laufleistung aufgetretenen irreparablen Motorschadens geltend. Die Parteien streiten darüber, ob der Wagen bei Gefahrübergang mangelhaft war.

Das Landgericht hat hierzu ein im selbständigen Beweisverfahren erstelltes Sachverständigengutachten vom 09.03.2009 nebst Ergänzungsgutachten vom 21.10.2009 zu Beweiszwecken verwertet. Den im Termin zur mündlichen Verhandlung am 22.01.2010 gestellten Antrag der Klägerin, den Sachverständigen zur Erläuterung seines Ergänzungsgutachtens zu laden, hat das Landgericht gemäß § 296 II, § 282 I ZPO wegen Verspätung zurückgewiesen. Es hat die auf Zahlung von 25.283,45 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Zu Recht?

Nach § 296 II ZPO können **Angriffs- und Verteidigungsmittel**, die entgegen § 282 I ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282 II ZPO **nicht rechtzeitig mitgeteilt** werden, **zurückgewiesen** werden, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des **Rechtsstreits verzögern** würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. Fraglich ist, ob dies hier angenommen werden kann.

*„Das Landgericht führt lediglich die Vorschrift des § 296 II ZPO an, ohne anzugeben, welche der beiden vorgenannten Alternativen einschlägig sein soll. Das Oberlandesgericht sieht eine grob **nachlässige Verspätung** des Antrags darin, dass die Klägerin den nach der Beweislage offenkundig notwendigen **Antrag erst in der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2010 gestellt hat, obgleich sie durch die im selbständigen Beweisverfahren am 26.10.2009 gesetzte Frist, zu dem Ergänzungsgutachten bis zum 04.01.2010 Stellung zu nehmen, angehalten gewesen sei, hierzu vorzutragen. Hierin erblickt das Berufungsgericht einen **besonders schwerwiegenden Verstoß** gegen die die Klägerin treffende **Sorgfalts- und Prozessförderungspflicht** nach § 282 I ZPO.“*** (BGH aaO)

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass dieser Antrag in der ersten mündlichen Verhandlung gestellt wurde. Daher stellt sich die Frage, ob ein Antrag in der ersten mündlichen Verhandlung überhaupt verspätet sein kann.

*„§ 282 I ZPO betrifft allein Angriffs- und Verteidigungsmittel, die in der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden. Die Vorschrift ist nur dann einschlägig, wenn innerhalb einer Instanz mehrere Verhandlungstermine stattfinden; ein **Vorbringen im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung kann niemals nach § 282 I ZPO verspätet sein** (BGH, Urteil vom 04.05.2005 - XII ZR 23/03, NJW-RR 2005, 1007 unter 2 b aa; MüKo-ZPO/Prütting, 3. Aufl., § 282 Rn. 8; jeweils m.w.N). **§ 282 I ZPO ist hiernach im Streitfall offenkundig nicht anwendbar.***

*Der Umstand, dass der Klägerin **im selbständigen Beweisverfahren eine Frist zur Stellungnahme** zu dem Ergänzungsgutachten **gesetzt** worden war, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Fristwidrig verspätetes Vorbringen ist **nicht Regelungsgegenstand** des vom Berufungsgericht angewendeten **Absatzes 1 des § 282 ZPO**. Davon abgesehen sind auch die **Präklusionsvoraussetzungen** der zweiten Alternative des § 296 II ZPO (in Verbindung mit § 282 Abs. 2 ZPO) offenkundig nicht erfüllt. Die in **§ 282 II ZPO normierte Prozessförderungspflicht** betrifft nur solche Angriffs- und Verteidigungsmittel, auf die der Gegner voraussichtlich ohne vorherige Erkundigung **keine Erklärung abgeben kann**; das ist bei dem Antrag, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, nicht der Fall.*

*Ob der Antrag nach § 296 I ZPO hätte zurückgewiesen werden dürfen, ist in den Rechtsmittelinstanzen nicht zu prüfen (BGH, Urteile vom 04.05.2005 - XII ZR 23/03, aaO unter 2 b bb; vom 22.02.2006 - IV ZR 56/05, BGHZ 166, 227 Rn. 12 ff.; jeweils m.w.N).“* (BGH aaO)

Bleibt wie im vorliegenden Fall ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel einer Partei deswegen unberücksichtigt, weil der Tatrichter es in **offenkundig fehlerhafter Anwendung der Präklusionsnormen** zu Unrecht zurückgewiesen hat, so ist zugleich das **rechtliche Gehör der Partei verletzt** (vgl. BGH, Beschluss vom 03.11.2008 - II ZR 236/07, NJW-RR 2009, 332 Rn. 8; Urteil vom 27.01.2010 - XII ZR 148/07, NJW-RR 2010, 1508 Rn. 20).

*„Das angefochtene Urteil **beruht auf der Verletzung des rechtlichen Gehörs** der Klägerin. Denn es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht zu einem der Klägerin günstigeren Ergebnis gelangt wäre, wenn es die vom Landgericht verfahrensfehlerhaft **abgelehnte Erläuterung des Ergänzungsgutachtens** des Sachverständigen Dipl.-Ing. H. zugelassen hätte.“* (BGH aaO)



sie – gestützt auf die fristlose Kündigung vom 15.12.2004 – Räumung und Herausgabe der Wohnung begehrt.

Das AG Königs Wusterhausen (Urt. v. 7.10.2009 – 9 C 588/04, BeckRS 2012, 16957) hat die Klage (Schadensersatz wegen mehrerer Mängel) abgewiesen und der Widerklage (Mietrückstand, Betriebskostennachforderung und Räumung) stattgegeben. Das BerGer. hat die Kl. rechtskräftig zur Zahlung von Miete i. H. von 1.581,19 Euro für den Zeitraum von November 2003 bis einschließlich Dezember 2004 verurteilt. Hinsichtlich der Verurteilung zur Räumung wurde die Revision zugelassen. Ist die Revision der Kl. begründet?

Die Revision ist begründet, wenn ein Anspruch der Bekl. auf Räumung in den Vorinstanzen zu Unrecht abgelehnt wurde. Ein Räumungsanspruch besteht aber nur, wenn das Mietverhältnis wirksam durch die Bekl. beendet wurde.

### I. Vorliegen eines Kündigungsgrundes

Nach § 543 I 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund liegt nach § 543 II 1 Nr. 3 lit. b BGB insbesondere vor, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrags in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht.

„Das BerGer. hat die Kl. rechtskräftig zur Zahlung von Miete i. H. von 1581,19 Euro für den Zeitraum von November 2003 bis einschließlich Dezember 2004 verurteilt. Dieser Betrag übersteigt die Miete für zwei Monate.“ (BGH aaO)

### II. Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 569 III Nr. 3 BGB

Hintergrund der Entstehung der Mietrückstände war hier aber, dass die Kl. dem Mieterhöhungsverlangen der Bekl. hinsichtlich der Betriebskostenvorauszahlung nicht nachgekommen ist.

Ist der Mieter rechtskräftig zur Zahlung einer erhöhten Miete nach den §§ 558 bis 560 BGB verurteilt worden, so kann der Vermieter das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs des Mieters nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach rechtskräftiger Verurteilung kündigen, wenn nicht die Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung schon wegen der bisher geschuldeten Miete erfüllt sind.

#### 1. Vorliegen der Kündigungsvoraussetzungen (Verzug mit mehr als 2 Monatsmieten) ohne Berücksichtigung der erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen

„In den Mietrückständen sind nach den Feststellungen des BerGer. die gem. § 560 IV BGB **erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen enthalten** (66,46 Euro ab Oktober 2003 und 85,20 Euro ab Oktober 2004). Der Kündigungsgrund des § 543 II 1 Nr. 3 lit. b BGB liegt hier nur vor, wenn man die Erhöhungsbeträge nach § 560 IV BGB berücksichtigt. Rechnet man diese aus den vom BerGer. als noch geschuldet angesehenen Mieten (1.581,19 Euro) heraus, verbleibt lediglich ein Betrag, der nicht einmal die zweifache Grundmiete erreicht.“ (BGH aaO)

#### 2. Pflicht zur Klage auf erhöhte Betriebskostenvorauszahlungen

Liegen die Kündigungsvoraussetzungen daher nicht unabhängig von den erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen vor, so stellt sich die Frage, ob die Bekl. dann nicht auf die Zahlung der erhöhten Beträge klagen müssen, da sie durch die unmittelbare Kündigung die Kl. des Schutzes des § 569 III Nr. 3 beraubt haben. Allerdings ist der Regelungsgehalt des § 569 III Nr. 3 BGB umstritten (ausf. Hinz, NZM 2010, 57 [65 ff.]).

##### a) erhöhungsbedingte Rückstände rechtfertigen Kündigung stets nur nach Erhöhungsklage

„Nach einer Ansicht besagt die Vorschrift, dass der Vermieter wegen der erhöhungsbedingten Rückstände **erst kündigen** kann, wenn der Mieter **rechtskräftig zur Zahlung der erhöhten Betriebskosten oder -vorauszahlungen verurteilt** ist (Blank, in: Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 569 Rn. 70; Hinz, NZM 2010, 57 [67]; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 569 Rn. 28). Der Vermieter wäre somit **gezwungen**, vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung **Zahlungsklage** zu erheben, und könnte **erst nach Ablauf der Kündigungssperrfrist** die Kündigung wegen Zahlungsverzugs aussprechen (LG Hamburg, Urt. v. 30. 8. 2007 – 307 S 43/07, BeckRS 2011, 13522 [juris Rn. 3]; LG Berlin, GE 1989, 675; AG Altena, WuM 1988, 25 [zu § 9 II MHRG]; LG München I, WuM 1979, 16).“ (BGH aaO)



**b) Erhöhungsklage sperrt Kündigung nur, wenn sie tatsächlich erhoben ist**

„Eine a. A. orientiert sich streng am **Wortlaut der Vorschrift** und sieht die **rechtskräftige Verurteilung** des Mieters nur als Voraussetzung für die Sperrfrist an und **nicht als Voraussetzung für die Kündigung wegen Zahlungsverzugs** (Emmerich, in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 10. Aufl., § 569 Rn. 33; Sternel, WuM 2009, 699 [704]). § 569 III Nr. 3 BGB besagt nach dieser Meinung lediglich, dass dem Mieter, gegen den der Vermieter wegen nicht entrichteter Erhöhungsbeträge nach §§ 559, 560 BGB Klage erhoben hat, nach rechtskräftiger Verurteilung eine Kündigungssperrfrist von zwei Monaten zusteht. Die **Vorschrift** sei bei Kündigungen **ohne vorangegangene Zahlungsklage** daher **gar nicht einschlägig** (vgl. die Darstellung bei Hinz, NZM 2010, 57 [65] m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

**c) Streitentscheid durch den BGH**

Der BGH schließt sich der letztgenannten Auffassung an.

„Für diese spricht neben dem **engen Wortlaut** auch die **Entstehungsgeschichte** der Vorschrift. Zunächst gab es eine entsprechende Regelung nur für das Mieterhöhungsverlangen des Vermieters (§ 3 V WKSchG). Sie sollte sicherstellen, dass nicht wegen der während des Klageverfahrens eventuell aufgelaufenen Erhöhungsbeträge alsbald nach der Rechtskraft des Urteils eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs erfolgen kann (BT-Dr VI/2421, S. 4). Einen **Kündigungsschutz** des Mieters musste man dabei **nur für die während des Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge** regeln. Denn in der Zeit davor ist der Mieter durch andere gesetzliche Bestimmungen ausreichend geschützt. **Stimmt er einer Erhöhung nicht zu** und erhebt der Vermieter **nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten Klage auf Zustimmung**, gilt das Erhöhungsverlangen als nicht gestellt (BT-Dr VI/2421, S. 4). Klagt der Vermieter und wird der Mieter **zur Zustimmung verurteilt**, schuldet der Mieter zwar die erhöhte Miete für die Zeit **ab dem dritten auf das Erhöhungsverlangen des Vermieters folgenden Kalendermonat**. Diese Schuld wird aber erst mit Rechtskraft des Zustimmungsurteils fällig (Senat, NZM 2005, 496 = NJW 2005, 2310 = WuM 2005, 396 [unter II 2 b aa, bb]); der Mieter kann also davor nicht in Zahlungsverzug geraten, so dass der Vermieter ihm auch nicht kündigen kann.

Der Gesetzgeber hat die auf die vorgenannte Fallkonstellation zugeschnittene **Regelung** dann durch § 9 II MHRG auch auf Mieterhöhungen nach den §§ 2 bis 7 MHRG (und damit auch auf **Erhöhungen der Betriebskostenvorauszahlungen** gem. § 4 II MHRG) **ausgedehnt**, weil er dem Mieter auch in diesen Fällen den Schutz der Vorschrift zukommen lassen wollte, „zumal in diesen Fällen die **Mieterhöhung durch die Erklärung des Vermieters automatisch wirksam** wird“ (BT-Dr 7/2011, S. 13). Dieser Schutz umfasst aber – wie o. dargestellt – nur die während des Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge und **erstreckt sich nicht auf die Zeit vor Erhebung der Klage**. § 569 III Nr. 3 BGB ändert daran nichts, da er nach der Gesetzesbegründung nur den Regelungsgehalt von § 9 II MHRG übernehmen sollte (BR-Dr 439/00, S. 163).

Die **Interessen des Mieters** gebieten es nicht, den **Schutzbereich** des § 569 III Nr. 3 BGB dahingehend **auszuweiten**, dass der Vermieter vor Erhebung einer Zahlungsklage nicht kündigen kann (Sternel, WuM 2009, 699 [704]). Dem steht schon der **Ausnahmecharakter dieser Vorschrift** im Gesamtzusammenhang der Kündigungsbestimmungen entgegen, der für eine **restriktive Handhabung** spricht (vgl. Senat, NZM 2012, 529 = NJW 2012, 2270 = MDR 2012, 753 Rn. 16). Im Übrigen ist der Mieter dadurch geschützt, dass im Rahmen des Kündigungsprozesses geprüft werden muss, ob der Vermieter gem. § 560 IV BGB bei den Vorauszahlungen eine **Anpassung auf die verlangte Höhe vornehmen durfte**. Der Senat hat mit zwei Urteilen vom 15.05.2012 (BGH, VIII ZR 245/11, BeckRS 2012, 11552; NZM 2012, 455 = NJW 2012, 2186, jew. Rn. 16) entschieden, dass eine **Anpassung der Vorauszahlungen** gem. § 560 IV BGB nur insoweit begründet ist, als sie auf einer auch **inhaltlich korrekten Abrechnung** beruht. Der Mieter kann durch Einsicht in die Abrechnungsunterlagen nachprüfen, ob die Anpassung gem. § 560 IV BGB gerechtfertigt ist oder nicht und welches Prozessrisiko er eingeht, wenn er nicht zahlt. Sollte ihm der Vermieter die **Einsicht nicht ermöglichen**, kann der Mieter ein **Zurückbehaltungsrecht geltend** machen. In diesem Fall ist eine auf Zahlungsverzug gestützte Kündigung ausgeschlossen.“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Aus § 569 III Nr. 3 BGB ergibt sich keine Verpflichtung des Vermieters, den Mieter vor Ausspruch der Kündigung auf Zahlung der Erhöhungsbeträge nach § 560 IV BGB zu verklagen. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen Einsichtnahme in die Abrechnungsbelege bezüglich der Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen wurde von der Kl. nicht geltend gemacht. Daher war die Kündigung berechtigt und die Bekl. können die Räumung verlangen. Die hiergegen gerichtete Revision der Kl. ist nicht begründet

BGB  
§§ 1004, 823

**Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch**  
**Bezeichnung eines Rechtsanwalts als „Winkeladvokat“)**

BGB

(OLG Köln in NJW-RR 2012, 1787; Urteil vom 18.07.2012 – 16 U 184/11)

1. Die Bezeichnung eines Rechtsanwalts als **Winkeladvokat** stellt eine **Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** dar.
2. Dies gilt auch, wenn die Bezeichnung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt. Dient die Bezeichnung nicht der Wahrnehmung berechtigter Interessen, so besteht ein **Rechtsschutzbedürfnis** für eine Unterlassungsklage.
3. **Schmähekritik** ist nicht zu dulden.

**A. Grundlagenwissen: Der quasinegatorische Unterlassungsanspruch analog §§ 823, 1004 BGB**

Der **quasinegatorische Unterlassungsanspruch** richtet sich gegen die drohende Beeinträchtigung „sonstiger Rechte“ und rechtlich geschützter Positionen. Da § 823 BGB nur eine Schadenskompensation vorsieht, eine Verletzungsabwehr aber gesetzlich in § 1004 BGB nur für Eigentumsverletzungen vorgesehen ist, liegt eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage vor. Ein Anspruch hat folgende Voraussetzungen vor:

**I. Störung eines geschützten Rechtsguts i. S. der §§ 823 ff BGB**

Es muss ein von §§ 823 ff. BGB geschütztes Rechtsgut gestört sein.

**II. Rechtswidrigkeit, keine Duldungspflicht nach § 1004 II BGB**

Die Störung muss rechtswidrig sein, insbesondere darf keine Duldungspflicht nach § 1004 II BGB bestehen. Ein Verschulden hinsichtlich der Störung ist hingegen nicht erforderlich.

Die Rechtswidrigkeit wird in der Regel durch die Rechtsgutverletzung indiziert. Dies gilt nicht für die sog. Rahmenrechte wie das

- allgemeine Persönlichkeitsrecht und das
- Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Hierbei ist eine umfassende Güter- und Interessenabwägung erforderlich.

**III. Weitere bevorstehende Beeinträchtigungen**

Grundsätzlich besteht ein schutzwürdiges Interessen an der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs nur, wenn noch mit dem Eintritt weiterer Beeinträchtigungen zu rechnen ist. Allerdings kann der Unterlassungsanspruch auch vorbeugend für erstmalig unmittelbar bevorstehende Störungen geltend gemacht werden.

**IV. Geltendmachung gegen den Störer**

Der Anspruch muss gegen denjenigen geltend gemacht werden, welcher die Störung verursacht. Hier kann auf die polizei- und ordnungsrechtlichen Grundsätze über den Handlungs- und Zustandsstörer zurückgegriffen werden.

**B. Anspruch auf Unterlassung der Bezeichnung als „Winkeladvokat“ (vgl. OLG Köln in NJW-RR 2012, 1787)**

**Fall:** Der Kl. nimmt den Bekl. auf Unterlassung von Äußerungen in Anspruch. Beide Parteien sind zugelassene Rechtsanwälte. Der Kl. arbeitet mit den Rechtsanwälten Dr. S und C zusammen, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob es sich um eine Sozietät oder eine Kooperation handelt. Die Parteien standen sich in mehreren gerichtlichen Verfahren als gegnerische Prozessbevollmächtigte gegenüber. In den Verfahren vertrat der Bekl. die Interessen einer Patientin gegen diverse Zahnärzte; für zwei von ihnen war der Kl. tätig. In diesen Verfahren warf der Bekl. dem Kl. Parteiverrat und widerstreitende Interessen vor. Im Jahre 2008 zeigte er den Kl. diesbezüglich bei der Staatsanwaltschaft Bonn und bei der Rechtsanwaltskammer an; beide Verfahren wurden eingestellt. In einem weiteren Rechtsstreit vor dem LG Köln, in dem der Bekl. erneut dieselbe Patientin, der Kl. eine Zahnärztin und Rechtsanwalt Dr. S einen weiteren Zahnarzt vertrat, monierte der Bekl. unter anderem in einem Schriftsatz einen widersprüchlichen Außenauftritt des Kl. sowie der Rechtsanwälte D und L und kam zu dem Schluss einer so genannten „Schein-Sozietät“. Dem Schriftsatz fügte er unter anderem ein von ihm verfasstes E-Mail-Schreiben an die Rechtsanwaltskammer zu Köln bei,

in dem er auf die Erledigung des berufsständischen Verfahrens antwortete. In diesem Schreiben führt der Bekl. unter anderem wie folgt aus:

*„Ich gehe davon aus, dass es nicht unsachlich ist, eine solche geschickte Verpackung der eigenen Kanzlei – mal als Kooperation, mal als Sozietät (wie es gerade günstig ist) – als „Winkeladvokatur“ zu apostrophieren.“ Weiter heißt es unter anderem: „Winkeladvokatur‘ ist andererseits jedoch wohl nicht verboten; es zeichnet den erfolgreichen Anwalt schließlich aus, dass er sein Mäntelchen in den Wind hängt und sich argumentativ stets zu helfen weiß, jedenfalls solange hierdurch nicht gegen Berufs- und Wettbewerbsrecht verstoßen wird.“*

Der Kl. forderte den Bekl. erfolglos dazu auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung zu unterschreiben. Zwischenzeitlich legte der Bekl. das Mandat im zuletzt genannten Verfahren nieder. Der Kl. beantragte, den Bekl. zu verurteilen, es zu unterlassen, ihn als Winkeladvokaten zu bezeichnen und/oder ihn oder das von ihm geführte Büro als Winkeladvokatur zu bezeichnen. Wird er damit Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit der Klage

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage stellt sich lediglich die Frage, ob der Kl. ein Rechtsschutzbedürfnis für die erhobene Unterlassungsklage hat. Hierin könnte es scheitern, weil die in Rede stehende Äußerung im Rahmen eines Gerichtsverfahrens getätigt wurde.

*„Der BGH hat zunächst Sachvortrag, der zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem gerichtlichen Verfahren diene, in einem über den **Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen** hinausgehenden Umfang als **materiell gerechtfertigt** angesehen (BGH, NJW 1987, 3138 = GRUR 1987, 568 – Gegenangriff; BGH, NJW 1962, 243; NJW 1965, 1803). **Nunmehr vertritt er in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass für die Geltendmachung von Unterlassungs- oder Widerrufsansprüchen gegen Sachvortrag, der der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem laufenden gerichtlichen Verfahren dienlich ist, schon das **Rechtsschutzinteresse zu verneinen ist**** (BGH, NJW 2012, 1659 = MDR 2012, 518; NJW 1987, 3138 = GRUR 1987, 568 – Gegenangriff; NJW 1965, 1803). Es muss sich allerdings um **Äußerungen** handeln, die dazu bestimmt und geeignet waren, den Standpunkt des Mandanten darzulegen und zu rechtfertigen (BGH, NJW 2012, 1659 = MDR 2012, 518 [519]).“* (OLG Köln aaO)

Hiervon ausgehend ist das **Rechtsschutzinteresse** des Kl. **zu bejahen**, da die in Rede stehende Äußerung im seinerzeit laufenden Rechtsstreit **nicht den erforderlichen Sachbezug aufweist**. Dies gilt selbst dann, wenn man den Rechtsschutz nur ausnahmsweise gegenüber Prozessäußerungen, also nur bei deutlichen Fallgestaltung als zulässig erachtet (so OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2007, 162 [164] = NZM 2007, 134).

*„Für die Rechtsposition der Mandantin des Bekl. im seinerzeitigen Rechtsstreit war es zunächst **prozessual nicht von Bedeutung**, ob auf der Gegenseite ein **Fall der Interessenkollision** vorliegt. Die Prozessgegner des dortigen Verfahrens waren wirksam vertreten, weil selbst eine vorliegende Interessenkollision die **Wirksamkeit der Prozessvollmacht nicht berührt**. Der BGH hat bislang nicht entschieden, ob ein Verstoß gegen das Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen (§ 43 a IV BRAO) zur Anwendung des § 134 BGB und damit zur Unwirksamkeit des Anwaltsvertrags führt (BGH, NJW-RR 2010, 67 Rn. 7; BB 2004, 406 L = BeckRS 2003, 10376). Selbst wenn man dies annähme, führt dies jedoch nicht zur Nichtigkeit der Prozessvollmacht (BGH, NJW-RR 2010, 67 Rn. 7; vgl. auch BGH, NJW 1993, 1926; OLG Rostock, Urt. v. 20. 3. 2008 – 3 U 84/08, BeckRS 2009, 04219, juris-Rn. 13).“* (OLG Köln aaO)

Der Bekl. kann sich auch nicht erfolgreich darauf berufen, dass sich aus seiner Sicht **merkwürdige und seltsame Übereinstimmungen** in der gesellschaftsrechtlichen Organisation des Kl. mit der von ihm vertretenen Zahnärzte wieder finden lassen.

*Selbst wenn Anlass bestanden haben sollte zu monieren, dass die am Rechtsstreit beteiligten Zahnärzte ihre gesamtschuldnerische Haftung durch einen wechselnden Außenaustritt verschleiern, ergibt sich **kein durchgreifender Ansatz dafür, die in Rede stehende Äußerung zu tätigen**. Es ist nicht ersichtlich, welcher auch nur ansatzweise belastbare Rückschluss aus dem Außenaustritt des Prozessbevollmächtigten auf die Außendarstellung und die Haftungsgemeinschaft der Zahnärzte gezogen werden könnte. Soweit der Bekl. darauf verweist, dass es angesichts der Übereinstimmung der Vorgehensweise berechtigt sei, die Frage aufzuwerfen, ob der Kl. das von ihm selber geführte Konstrukt gegebenenfalls auch seinen Mandanten empfohlen hatte, erscheint dieser **Versuch, einen sachlichen Bezug zu dem seinerzeitigen Rechtsstreit herzustellen, gekünstelt**. In dem in Rede stehenden Schriftsatz des seinerzeitigen Verfahrens wird dieser Zusammenhang auch nicht hergestellt. Es wird nur dargelegt, dass aus Sicht des Bekl. bei den Zahnärzten ebenso wie bei dem Kl. Unklarheiten im Außenaustritt bestehen.“* (OLG Köln aaO)

## II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn der Kl. einen Anspruch gegen den Bekl. auf Unterlassung der angegriffenen Bezeichnung als „Winkeladvokat“ hat. Ein solcher Anspruch könnte sich als quasinegatorischer Unterlassungsanspruch analog §§ 1004, 823 BGB ergeben.

## 1. Störung eines von § 823 BGB geschützten Rechtsguts

Hier kommt die Verletzung eines Schutzgesetzes in Betracht. Die Bezeichnung des Kl. als Winkeladvokat könnte den Tatbestand der Beleidigung nach § 185 StGB erfüllen.

### a) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Beleidigung nach § 185 StGB

„Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt unter anderem die **soziale Anerkennung des Einzelnen**, insbesondere auch gegen Äußerungen, die sich abträglich auf sein **Bild in der Öffentlichkeit** auswirken können, d. h. eine Herabsetzung beinhalten (BGH, NJW-RR 2008, 913 Rn. 13 = GRUR-RR 2008, 257; Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl. [2012], § 823 Rn. 110). Dies entspricht vom Schutzbereich her einer Verletzung der Ehre, die sich aus einer Beleidigung gem. § 185 StGB ergeben kann (BGHZ 95, 212 = NJW 1985, 2644 [2645] = GRUR 1986, 190 – Wehrmachtsoffizier – zu § 186 StGB; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 110). Das bedeutet, dass bei **Erfüllung des objektiven Tatbestands einer Beleidigung zugleich auch eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts** vorliegt.“ (OLG Köln aaO)

### b) Vorliegen der Voraussetzungen des § 185 StGB

Fraglich ist daher, ob die Voraussetzungen für eine Verletzung des § 185 StGB vorliegen.

#### aa) Anforderungen an den Tatbestand der Beleidigung

„Erforderlich ist eine **Äußerung von Missachtung oder Nichtachtung** in dem spezifischen Sinn, dass dem Betroffenen der **sittliche, personale oder soziale Geltungswert** durch das Zuschreiben negativer Qualitäten ganz oder teilweise **abgesprochen**, ihm also seine Minderwertigkeit bzw. Unzulänglichkeit unter einem dieser drei Aspekte attestiert wird (Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. [2010], § 185 Rn. 2 m. w. Nachw.). Eine den sozialen Geltungswert des Opfers betreffende Beleidigung ist es, wenn diesem **ganz oder teilweise die Fähigkeit** aberkannt wird, **seinen Beruf** oder sonstige von ihm übernommene soziale Aufgaben **wahrzunehmen** (Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, § 185 Rn. 2).

Bei der Prüfung einer Ehrverletzung ist zunächst der **objektive Sinn einer Äußerung** aus der Sicht eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums zu ermitteln (BVerfG, NJW 2009, 3016 [3017]). Dabei ist vom **Wortlaut** auszugehen. Dieser legt aber den Sinn nicht abschließend fest. Er wird vielmehr auch von dem **sprachlichen Kontext**, in dem die umstrittene Äußerung steht und von den erkennbaren **Begleitumständen**, unter denen sie fällt, bestimmt (BVerfG, NJW 2009, 3016 [3017]). Dabei sind auch der **Anlass und der Kontext der Äußerung** zu beachten (BVerfG, NJW 2009, 3016 [3017]).“ (OLG Köln aaO)

#### bb) Bezeichnung als Winkeladvokat als Beleidigung

Die Bezeichnung des Kl. als Winkeladvokat müssten diesen Anforderungen an die Annahme einer Persönlichkeitsrechtsverletzung genügen.

„Unter einem Winkeladvokat ist jedenfalls derjenige zu verstehen, der eine **Sache entsprechend seinem Berufsstand nicht verantwortungsbewusst zu vertreten befähigt** ist (BGH, Urt. v. 09.06.1970 – VI ZR 18/69, BeckRS 1970, 30400269). Dies bedeutet, dass damit ein Rechtsanwalt gemeint ist, der eine **mangelnde fachliche Eignung** aufweist und dessen **Zuverlässigkeit zweifelhaft** ist (vgl. BGHZ 38, 71 = NJW 1963, 441). Ferner ist darunter derjenige zu verstehen, der sich zwar **noch im Rahmen des geltenden Rechts** bewegt, aber dessen **Grenzen in bedenklichem Maße austestet**. Ein so bezeichneter Rechtsanwalt verhält sich dabei nicht nur in zulässiger Weise taktisch, sondern legt eine Verhaltensweise an den Tag, die „hart an der Grenze“ ist, um für seinen Mandanten etwas „herauszuholen. Dabei ist dem Rechtsanwalt jeder „Winkelzug“ recht, um das für seinen Mandanten günstige Ergebnis zu erreichen. Es geht also um den „gerissenen“ **Rechtsanwalt**, der bereit ist, sich bei der Berufsausübung über Vorschriften hinwegzusetzen und **Recht zu verbiegen**, wenn ihm dies zum eigenen Vorteil verhilft. Diese Deutung misst auch der Bekl. selbst dem Begriff des Winkeladvokaten zu und räumt ein, dass damit eine **abwertende Konnotation** verbunden ist. Auf dieser Basis liegt in der Titulierung als Winkeladvokat eine Ehrverletzung.“ (OLG Köln aaO)

Aus der Tatsache, dass der Bekl. den Kl. nicht direkt als Winkeladvokat bezeichnet hat, sondern vielmehr das Vorgehen des Kl. bei der Außendarstellung des Kanzleiauftritts als „Winkeladvokatur“ bewertet hat, ergibt sich keine andere rechtliche Beurteilung.

„Es wird das **Verhalten eines Rechtsanwalts kritisiert** und entsprechend bewertet. Das läuft zwanglos darauf hinaus, dass derjenige, der in der bemängelten Weise handelt, ein

*Winkeladvokat sein soll. Diesen **Bezug zur Person** desjenigen, der in der beanstandeten Form handelt, stellt der Bekl. auch im letzten Absatz der E-Mail vom 10.11.2010 her.“ (OLG Köln aaO)*

Die Bezeichnung des Kl. als Winkeladvokat bzw. seines Büros als Winkeladvokatur verletzt sein Allgemeines Persönlichkeitsrecht. Hiervon ausgehend liegt eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vor.

## 2. Widerrechtlichkeit

Da es sich hier um die Störung eines Rahmenrechts handelt, wird die Rechtswidrigkeit nicht indiziert, sondern muss konkret festgestellt werden. Bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist maßgeblich, ob sich aufgrund einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung eine Duldungspflicht des Kl. ergibt.

Insofern könnte sich der Bekl. auf seine durch Art. 5 I 1 GG geschützte Meinungsfreiheit berufen.

### a) Schutzzumfang der Meinungsfreiheit

Zwar unterfällt die in Rede stehende Äußerung grundsätzlich dem Schutz der Meinungsfreiheit i. S. des Art. 5 I 1 GG.

*„Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung findet aber nach Art. 5 II GG seine **Grenze an den allgemeinen Gesetzen**, zu denen auch §§ 823 I, 1004 I 2 BGB gehören (vgl. BVerfG, NJW-RR 2004, 1710; BGH, NJW-RR 2008, 913 = GRUR-RR 2008, 257 – „namenloser“ Gutachter). Um die Zulässigkeit einer angegriffenen Äußerung zu beurteilen, sind die **betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen**, wobei alle wesentlichen Umstände und die betroffenen Grundrechte interpretationsleitend zu berücksichtigen sind (BGH, NJW-RR 2008, 913 = GRUR-RR 2008, 257 – „namenloser“ Gutachter; vgl. BVerfG, NJW 2008, 358). Eine solche Abwägung ist allerdings dann nicht vorzunehmen, wenn es sich um so genannte „**Schmähkritik**“ handelt (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 913 = GRUR-RR 2008, 257 – „namenloser“ Gutachter). An die Bewertung einer Äußerung als Schmähkritik sind **strenge Maßstäbe** anzulegen, weil andernfalls eine umstrittene Äußerung ohne Abwägung dem Schutz der Meinungsfreiheit entzogen und diese damit in unzulässiger Weise verkürzt würde (BGH, NJW-RR 2008, 913 [914] = GRUR-RR 2008, 257 – „namenloser“ Gutachter). Erst wenn bei einer Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die **Herabsetzung der Person im Vordergrund** steht, die jenseits polemischer und überspitzter Kritik herabgesetzt und gleichsam **an den Pranger gestellt** werden soll, nimmt die Äußerung den Charakter einer unzulässigen Schmähung an (BGH, NJW-RR 2008, 913 [914] „namenloser“ Gutachter; BGHZ 143, 199 = NJW 2000, 1036).“ (OLG Köln aaO)*

### b) Anwendung auf den Fall

Es kommt daher darauf an, ob die Bezeichnung des Kl. als Winkeladvokat als Schmähkritik anzusehen ist. Sollte dies nicht der Fall sein, käme es auf den Ausgang der vorzunehmenden Interessenabwägung an.

*„Ob der Bezug der Äußerung zu dem beanstandeten Kanzleiauftritt des Kl. ausreicht, um das Vorliegen einer Schmähkritik zu verneinen, kann dahinstehen, weil die dann erforderliche **Interessenabwägung zum Nachteil des Bekl.** ausgeht. Die **Äußerung** war für den Anlass und im oben genannten Kontext vollkommen **unangemessen und unnötig**. Hinzu kommt, dass die Persönlichkeitsrechtsverletzung eine **gewisse Schwere** aufweist. Dies folgt daraus, dass es sich bei einem Rechtsanwalt um ein **Organ der Rechtspflege** handelt, der die Öffentlichkeit in der Regel ein **erhöhtes Maß an Seriosität** beimisst. Dementsprechend handelt es sich bei dem in Rede stehenden Angriff um einen solchen, der den **Kernbereich des Ansehens eines Rechtsanwalts** betrifft. Der Bekl. kann sich auch nicht auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen. Die Frage, ob die **Äußerung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens** hinzunehmen ist, wird entgegen der früheren Rechtsprechung nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen, sondern schon bei der **Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses** relevant.“ (OLG Köln aaO)*

## 3. Wiederholungsgefahr

*„Auch das Bestehen der Wiederholungsgefahr hat das LG mit zutreffender und nicht ergänzungsbedürftiger Begründung bejaht.“ (OLG Köln aaO)*

**Ergebnis:** Der Kl. hat einen Unterlassungsanspruch nach §§ 1004, 823 II BGB i.V.m. § 185 BGB.

*„Vom Unterlassungsanspruch ist nicht nur die Bezeichnung als „Winkeladvokatur“ erfasst, sondern auch die Bezeichnung des Kl. als „Winkeladvokat.“ (OLG Köln aaO)*

StGB **Verleumdung / Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener** StGB  
 §§ 187, 189 **Indirekte Leugnung des Holocaust**

(AG Schwerin in BeckRS 2012, 22053; Urteil vom 16.08.2012 – 38 Ls 322/11)

Wegen **Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener** nach § 189 StGB in Tateinheit mit **Verleumdung** nach § 187 StGB kann sich auch strafbar machen, wer **nicht ausdrücklich den Holocaust** als systematische Vernichtung jüdischen Lebens durch das nationalsozialistische Regime **leugnet**. Insofern ist es **ausreichend, wenn** durch Auslegung ein entsprechender eindeutiger **Erklärungsinhalt ermittelt werden kann**.

**Fall:** Der Angekl. begründete in seiner Funktion als Vorsitzender der Fraktion der X. im Landtag in Schwerin einen Antrag seiner Fraktion zum Gedenken an die Opfer eines Seeunglücks wie folgt:

„(...) Seit Beginn der Geschichtsschreibung und sicherlich auch schon weit vorher kam und kommt es bedauerlicherweise immer wieder zu kriegerischen Auseinandersetzungen zwischen Völkern, Nationen oder weltanschaulichen Gruppierungen. Das Abschachten der Indianervölker im Namen der Demokratie, (...) oder das Abschachten der Palästinenser durch die Israelis zeigen uns, dass sich offensichtlich nur die Begründung für brutales Vorgehen verändert hat. Ein Mittel, zukünftigen Massenmord zu verhindern zu suchen, ist, der Opfer zu gedenken.

Gestern hatten Sie ja offensichtlich die Gelegenheit genutzt und haben der Opfer, so wie Sie es nennen, nationalsozialistischer Gewaltherrschaft gedacht. Das kann man tun, aber neben diesen beklagenswerten Opfern gab es auch deutsche Opfer und wenn es auch deutsche Opfer gab, dann gab es auch Täter, deren unbändiger Hass gegen alles Deutsche zu Maßnahmen führte, die man nur mit Völkermord am deutschen Volk bezeichnen kann (...). Ich zitiere: ‚Unsere jüdischen Interessen erfordern die endgültige Vernichtung Deutschlands, das deutsche Volk samt und sonders ist eine große Gefahr für uns (...).‘ Damit soll meinerseits nicht der Versuch unternommen werden zu relativieren, sondern schon diese wenigen Aussagen zeigen deutlich, dass Ihr einseitiger Schuldkultur längst die Musik von gestern ist. Ihre Schuldveranstaltungen interessieren (...) einen feuchten Dreck. Bis auf die von Ihnen gekauften Grüppchen und Gruppierungen nimmt kaum noch jemand wirklich innerlich bewegt Anteil an Ihrem Betroffenheitstheater (...), weil die Menschen spüren, dass der sog. Holocaust politischen und kommerziellen Zwecken dienbar gemacht wird (...) Die Deutschen sind seit Ende des Zweiten Weltkriegs einem ununterbrochenen Trommelfeuer von Vorwürfen und Propagandalügen ausgesetzt (...). Auch was Sie gestern hier im Schloss wieder veranstaltet haben, war nichts anderes, als dem deutschen Volk ebenso raffiniert wie brutal Ihre Auschwitzprojektionen überzustülpen. Sie, meine Damen und Herren, hoffen auf den Sieg der Lüge über die Wahrheit (...).“

Im Anschluss an die Rede des Angekl. sprach das MdL Dr. N., der u.a. ausführte: ‚Er (Adolf Hitler) sah sich also als Vollstrecker einer historischen Mission der Deutschen, die im Wesentlichen aus folgenden Zielen bestand: 1. (...) 3. Vernichtung des jüdischen Bolschewismus.‘ Daraufhin äußerte der Angekl. sich wie folgt: „Das war eine gute Idee, das Letzte.“

- I. Der Angekl. könnte sich wegen **Verleumdung gem. § 187 StGB** strafbar gemacht haben.
1. Der Tatbestand des § 187 StGB ist auch im Falle einer **indirekten Leugnung des Holocaust** erfüllt.

„Die **jüdischen Staatsbürger** der Bundesrepublik gehören zum **Kreis der geschützten Rechtsgutträger**, obwohl sie eine größere Gruppe Menschen sind. Die jüdischen Staatsbürger der Bundesrepublik sind (so der BGH) zu einer in jeder Beziehung scharf abgegrenzten Volksgruppe geworden, da das vom Nationalsozialismus auferlegte Schicksal sie zu einer Einheit verbindet, die sie aus der Allgemeinheit hervortreten lässt und personell in jeder ihr zugehörenden Person verkörpert wird (BGH NJW 1980, 45).

Der Angekl. hat den Holocaust als systematische Vernichtung jüdischen Lebens durch das nationalsozialistische Regime geleugnet. Er hat es nicht ausdrücklich getan. Dies ist nicht erforderlich. Es reicht aus, wenn **durch Auslegung** der Äußerung ein **eindeutiger Erklärungsinhalt** dahingehend **ermittelt** werden kann, dass der Holocaust entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht in der als geschichtliche Tatsache anerkannten Art und Weise stattgefunden hat. Dies ist hier der Fall.“ (AG Schwerin aaO)

2. Für die rechtliche Würdigung der Äußerung kommt es auch mit Blick auf Art. 5 I GG auf den **inhaltlichen Gesamtaussagewert der Äußerung** an. Dieser ist aus Sicht eines **verständigen Zuhörers** durch genaue **Textanalyse** unter **Berücksichtigung der Begleitumstände** zu ermitteln. Bei mehrdeutigen Äußerungen darf nicht allein die zur Verurteilung führende Bedeutung zugrunde gelegt werden, ohne die anderen möglichen Deutungen mit nachvollziehbaren Gründen ausgeschlossen zu haben (BVerfGE 42, 43).

„Maßgebend ist daher nicht, was der Vortragende zum Ausdruck bringen wollte, sondern was er bei **objektiver Bewertung** zum Ausdruck gebracht hat. Auch ist nicht entscheidend, wie die Zuhörer die Äußerung verstanden haben, sondern wie diese sie verstehen mussten (objektiver Empfängerhorizont). Daher ver-

fängt der Einwand des Verteidigers nicht, keiner der Abgeordneten habe die Rede als Holocaustleugnung verstanden.

Das Gericht hat den **objektiven Sinn der Äußerung** wie folgt gedeutet: Der mehrfache Vorwurf der Lüge im Zusammenhang mit dem Begriff „Auschwitzprojektion“ kann nur als Leugnen des Holocaust verstanden werden. Die Wendung - neben diesen „beklagenswerten Opfern“ - die sich auf die Opfer nationalsozialistischer Gewaltherrschaft bezieht, räumt nur die Existenz der Opfer der NS-Politik ein, nicht aber die systematische Vernichtung des Judentums. Das gleiche gilt für die spätere Erklärung „Es ist nicht unsere Absicht, hiermit eine Aufrechnung zu beginnen.“. Die Wortsequenz „Meine Damen und Herren, damit soll meinerseits nicht der Versuch unternommen werden, zu relativieren, ...“ lässt ebenfalls offen, auf welches von den Nationalsozialisten zu verantwortende Geschehen sie sich bezieht. Vielmehr fällt auf, dass der Angekl. an keiner Stelle den Holocaust ausdrücklich zugesteht, obwohl die Gestaltung der Rede dazu Veranlassung gegeben hätte. Insbes. in der Einleitung fehlte die entsprechende Erwähnung, obwohl der Angekl. zur Illustration systematischer Menschenverfolgung hier unterschiedliche geschichtliche, teilweise in Vergessenheit geratene Sachverhalte (die gänzliche Ausrottung der „Tasmanner“ durch die Engländer in Tasmanien) aufzählt. Der Hinweis auf „die Juden“ oder „die Opfer“ nationalsozialistischer Gewaltherrschaft an dieser Stelle wäre in der Aufzählung zwingend zu erwarten gewesen. Das Schweigen insoweit war beredt. Es erschließt sich auch nicht, welche sonstige „Propagandalüge“ der Angekl. im Sachzusammenhang mit der den anderen Parlamentariern vorgeworfenen „Auschwitzprojektion“ gemeint haben sollte. Dies gilt umso mehr als das gerade verwendete Verb „überstülpen“ nahelegt, dass das Wort „Projektion“ nicht nur im engeren Sinn als Synonym für „Wiedergabe“ oder „Abbildung“ genutzt wurde, sondern im psychologischen Sinn als „Übertragen von eigenen Wünschen und Vorstellungen“ auf andere als Abwehrmechanismus. Hierdurch wird deutlich, dass die übrigen Zeilen der Rede offensichtlich nur den Schein wahren sollten, um den eigentlichen Sinngehalt zu verbergen. Dies ergibt sich auch aus einem Vergleich mit anderen Äußerungen. So wird die Erwähnung der „beklagenswerten Opfer“ (nationalsozialistischer Gewaltherrschaft) und das spätere Bekenntnis zur Trauer um die erschossenen jüdischen Bürger der ukrainischen Ortschaft Bjelaja Zerkow im Zusammenhang mit der Rede des MdL Dr. N. durch die Äußerung konterkariert, dass das Ziel der Vernichtung des „jüdischen Bolschewismus“ „eine gute Idee“ gewesen sei.

Auch die Verknüpfung von „was Sie gestern wieder im Schloss veranstaltet haben“ (27.01. = offizieller Gedenktag an die Opfer des Nationalsozialismus) mit dem Vorwurf der „Propagandalüge“ durch das Wort „auch“ und die Verwendung des Ausdrucks „der sogenannte Holocaust dient politischen und kommerziellen Zwecken“, zeigt, dass der Angekl. die geschichtliche Tatsache in Abrede stellt. Dieser Deutung steht nicht entgegen, dass der Verteidiger eingewandt hat, Ziel und Motivation der Rede des Angekl. sei gewesen, eine Gedenkkultur für Alle zu schaffen und die einseitige Form des Gedenkens durch seine Adressaten zu kritisieren. Bei der Deutung des Sinngehalts der Rede ist die **gesamte Rede zugrunde zu legen** und nicht nur einzelne Teile.“ (AG Schwerin aaO)

3. Es handelt sich auch um eine **unwahre Tatsache**, nicht aber um ein Werturteil.

„Das **Schergewicht der Äußerung** liegt im **Vorwurf, die geschichtlichen Tatsachen hätten sich nicht ereignet** und die „Juden (würden) diese Lüge benutzen, die unschuldigen Deutschen zu diffamieren“ oder benützten diese, um daraus einen Vorteil zu ziehen. Das wird auch durch den im letzten Wort des Angekl. geäußerten Begriff der „Auschwitzkeule“ deutlich.“ (AG Schwerin aaO)

4. Der Angekl. hat zudem eine unwahre Tatsache behauptet, die geeignet war, die verfolgten Juden **verächtlich zu machen** oder **in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen**.

„Das Schicksal der Juden prägt den **Geltungs- und Achtungsanspruch** eines jeden von ihnen vor allem gegenüber den Bürgern des Landes, auf dem diese Vergangenheit lastet. Die Bedeutung jenes Geschehens für die Person geht hier über das persönliche Erlebnis der Diskriminierung und Nachstellung durch die Nationalsozialisten hinaus. Die historische Tatsache selbst, dass Menschen nach dem Abstammungskriterium der Nürnberger Rassengesetze ausgesondert und mit dem Ziel der Ausrottung ihrer Individualität beraubt wurden, weist den in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Juden ein besonderes personales Verhältnis zu ihren Mitbürgern zu; in diesem Verhältnis ist das Geschehen auch heute gegenwärtig. Es gehört zu ihrem personalen Selbstverständnis, als zugehörig zu einer durch das Schicksal herausgehobenen Personengruppe begriffen zu werden, der gegenüber eine besondere moralische Verantwortung aller Anderen besteht und das Teil ihrer Würde ist. Die **Achtung dieses Selbstverständnisses** ist für jeden von ihnen geradezu eine der **Garantien gegen eine Wiederholung solcher Diskriminierung und eine Grundbedingung für ihr Leben in der Bundesrepublik**. Wer jene Vorgänge zu leugnen versucht, spricht jedem Einzelnen von ihnen die persönliche Geltung ab, auf die er Anspruch hat. Für jeden Betroffenen bedeutet das die Fortsetzung der Diskriminierung der Menschengruppe, der er zugehört, und unmittelbar seiner Person (BGH NJW 1980, 45).“ (AG Schwerin aaO)

5. Darüber hinaus hat der Angekl. die Äußerung **öffentlich** und **in einer Versammlung** getätigt.

„Er hielt die **Rede im Parlament** und damit in einer Versammlung. Durch die **Übertragung im Internet** bestand unabhängig von der Öffentlichkeit des Landtages die Möglichkeit, von einem größeren nach Zahl und Individualität unbestimmten Personenkreis unmittelbar wahrgenommen zu werden.“ (AG Schwerin aaO)

6. Der Angekl. wusste und weiß, dass es den Holocaust gegeben hat und handelte insoweit **wider besseren Wissens**.

„Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass der Angekl. eine hoch qualifizierte Ausbildung durchlaufen hat und zur Schule gegangen ist. Der Angekl. ist seit Jahren Mitglied der X. Die Identität der Partei ist auf die Zeit ab dem Jahr 1933 ausgerichtet. Sie wird von dieser Partei und ihren Anhängern als positiv bewertet. Der Holocaust beschädigt ihr eigenes Deutschland-Idealbild. Das Leugnen des Holocaust ist ein Merkmal dieser Partei.“ (AG Schwerin aaO)

7. Der Angekl. hatte auch **bedingten Vorsatz** im Übrigen.

„Zwar ist möglich, dass der Angekl. bei Abfassung seiner Rede davon ausgegangen ist, dass sie den Bereich des strafbaren Tuns noch nicht überschreitet. Der Angekl. wollte die Grenzen der Strafbarkeit ausloten, was immer die Gefahr birgt, dass das Unternehmen scheitert und somit ein unbeachtlicher, weil vermeidbarer Subsumtionsfehler vorliegt.“ (AG Schwerin aaO)

8. Schließlich sind auch **keine Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe** ersichtlich.

„Zwar untersteht die Äußerung des Angekl. dem **Schutzbereich des Art. 5 I GG** und genießt der Angekl. den **Indemnitätsschutz** des Art. 24 I Landesverfassung Mecklenburg- Vorpommern i. V. mit § 36 I StGB. Da der Angekl. aber die Schranken der auch für ihn als Mitglied eines Landesparlaments geltenden Vorschrift des § 187 StGB überschritten hat, greift der Indemnitätsschutz nicht.“ (AG Schwerin aaO)

- II. Durch die Leugnung des Holocaust hat der Angekl. zudem den Tatbestand des **Verunglimpfens des Andenkens Verstorbener gem. § 189 StGB** erfüllt.

„Auch hier kann nach höchstrichterlicher Rspr. die **Verunglimpfung unter einer Kollektivbezeichnung** erfolgen (BGH NJW 1980, 45). Geschützt sind hier die verstorbenen jüdischen Opfer nationalsozialistischer Gewaltherrschaft. Wie [bereits] ausgeführt liegt auch eine Verleumdung vor. Ferner ist das Erfordernis einer **schwerwiegenden Herabsetzung der ermordeten Menschen** durch die Äußerung des Angekl. erfüllt, da er die mit einer Gedenkveranstaltung verbundenen Gefühle wie Mitleid, Empathie, Trauer und Anteilnahme am Leid der Opfer und Scham für die Gräueltaten des Dritten Reichs als „Betroffenheitstheater“ und das Gedenken an die Opfer als „Schuld kult“ bezeichnete und diese damit in besonderer Weise grob und schwer wiegend herabsetzte. Der Angekl. hat dies vorsätzlich getan. Auch **hier schützt ihn nicht der Indemnitätsgrundsatz**.“ (AG Schwerin aaO)



StGB

**Untreue**

StGB

§§ 266 I Alt. 2, 13

**Garantenpflicht eines Aufsichtsratsmitglieds**

(OLG Braunschweig in DB 2012, 2447 = NZG 2012, 1196;

Beschluss vom 14.06.2012 – Ws 44/12 u. Ws 45/12)

1. Ein **Aufsichtsratsmitglied trifft auch in eigenen Vergütungsangelegenheiten eine Vermögensbetreuungspflicht**, wenn sich der Vorwurf nicht auf das Aushandeln einer überhöhten Vergütung durch das Aufsichtsratsmitglied, sondern auf die Abrechnung und Auszahlung einer Vergütung unter bewusstem Verstoß gegen eine Satzung i. S. des § 113 AktG richtet.
2. Der **Untreuetatbestand ist weder durch das Merkmal einer gravierenden Pflichtverletzung noch aus anderen Gründen einzuschränken**, wenn die gebotene Verfahrensweise durch eine Satzung vorgegeben ist, die keinen Handlungsspielraum zulässt.
3. Aufsichtsratsmitglieder haben eine **Garantenstellung** i. S. des auf den Untreuetatbestand anwendbaren § 13 StGB.

**Fall:** Der Angekl. H war vom September 2002 bis Juli 2006 Aufsichtsratsvorsitzender der N-AG und bis Juli 2010 Mitglied des Aufsichtsrats. Der Angekl. Dr. I war seit dem 10.09.2004 Mitglied des Aufsichtsrats der N-AG und von Juli 2006 bis Juli 2011 dessen Vorsitzender. Für ihre Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglieder erhielten die Angekl. sowie die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats eine Vergütung, welche in § 14 der Satzung der N-AG geregelt ist. Danach erhielten die Aufsichtsratsmitglieder neben einer festen und einer variablen Vergütung sowie der Erstattung von Auslagen auch ein Sitzungsgeld. Die Regelung zum Sitzungsgeld in § 14 III lautete:

*„Jedes Mitglied des Aufsichtsrats erhält für die Teilnahme an Sitzungen des Aufsichtsrats oder seiner Ausschüsse ein Sitzungsgeld in Höhe von 150 EUR pro Tag“.*

In den Geschäftsjahren bzw. Kalenderjahren ab Juli 2005 bis Februar 2009 fanden insgesamt 101 Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse statt. Der Aufsichtsrat und seine Ausschüsse tagten im zweiten Halbjahr 2005 neunmal, im ersten Halbjahr 2006 22-mal, im zweiten Halbjahr 2006 12-mal, im ersten Halbjahr 2007 16-mal, im zweiten Halbjahr 2007 11-mal, im ersten Halbjahr 2008 16-mal, im zweiten Halbjahr 2008 11-mal und im Zeitraum Januar 2009–28.02.2009 5-mal. Tatsächlich erhielten die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht nur für diese Sitzungen ein Sitzungsgeld in Höhe von 150 EUR, sondern auch für eine Vielzahl weiterer Termine. Insgesamt zahlte die N-AG 819-mal zu viel Sitzungsgeld in Höhe von jeweils 150 EUR aus. Dadurch wurde an die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder insgesamt eine Summe von 122.850 EUR zu Unrecht ausgezahlt. Auf die einzelnen Abrechnungszeiträume entfielen dabei 18.300 EUR auf das 2. Halbjahr 2005, 14.250 EUR auf das 1. Halbjahr 2006, 14.550 EUR auf das 2. Halbjahr 2006, 17.100 EUR auf das 1. Halbjahr 2007, 14.400 EUR auf das 2. Halbjahr 2007, 21.750 EUR auf das 1. Halbjahr 2008, 17.100 EUR auf das 2. Halbjahr 2008 sowie 5.400 EUR auf den Zeitraum 01.01. bis 28.02.2009. Die Abrechnung der Sitzungsgelder erfolgte kalenderhalbjährlich, jeweils im Januar und Juli durch die gesondert verfolgte S. Zu diesem Zweck versandte Frau S an die jeweils 20 Aufsichtsratsmitglieder eine bereits mit den Terminen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse versehene Tabelle, auf der von den jeweiligen Aufsichtsratsmitgliedern zu ergänzen war, an welchem der Termine sie teilgenommen und wie viele Kilometer sie dafür zurückgelegt hatten. Die Angekl. H und Dr. I sowie die übrigen gesondert verfolgten Aufsichtsratsmitglieder füllten die Tabelle aus und ergänzten diese um eine Vielzahl weiterer Termine, welche keine Sitzung des Aufsichtsrats oder seine Ausschüsse darstellten, wie z. B. Gespräche mit Vorständen der N-AG, Anreisetage vor Sitzungen etc.

Die Angekl. H und Dr. I nahmen als Aufsichtsratsvorsitzende Einfluss auf die Abrechnung und Auszahlung der Sitzungsgelder. Sie waren für Frau S u. a. Ansprechpartner für Rückfragen zu den Terminen. Sie gaben dieser wie weisungsbefugte Vorgesetzte gezielt Anweisung, welche Termine mit einem Sitzungsgeld abzurechnen waren und welche nicht. Sie selbst gaben in ihren Abrechnungen eine Vielzahl von Terminen an, von denen sie wussten, dass es sich dabei nicht um Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse handelt. Durch die Rückfragen von Frau S wussten sie, dass auch die übrigen Aufsichtsratsmitglieder Termine angegeben haben, die nicht unter die Regelung der Satzung fielen.

Der Angekl. H erhielt für den Zeitraum Juli 2005 bis Februar 2009 insgesamt 21.450 EUR zu Unrecht. Beim Angekl. Dr. I waren es im selben Zeitraum 40.500 EUR. Insgesamt bewirkten die Angekl. durch ihr Verhalten einen Vermögensschaden der N-AG in Höhe von 122.850 EUR.

Die Angekl. könnten sich wegen **Untreue nach §§ 266 I Alt. 2, 53 StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Dies setzt zunächst voraus, dass die Angekl. **gegen ihnen obliegende Treuepflichten verstoßen** haben.

1. Dem **Aufsichtsrat** obliegt gem. § 111 I AktG die **Aufgabe**, den **Vorstand bei dessen Geschäftsleitungsmaßnahmen (§ 76 I AktG) zu überwachen**. Damit ist zwingend die Pflicht des Aufsichtsratsmitglieds verbunden, den Vorstand der AG nicht von sich aus zu einer Handlung zu veranlassen, die dieser nicht vornehmen darf (BGHSt 47, 187 = NZG 2002, 471 = NJW 2002, 1585 = NStZ 2002, 322). Ein solcher Pflichtverstoß ist den Angekl. vorzuwerfen, weil sie in acht Fällen (jeweils im halbjährlichen Turnus) durch aktives Tun unberechtigt Sitzungsgeld abrechneten.

„Dass die Angekl. – anders als bei der Entscheidung BGHSt 47, 187 = NZG 2002, 471 = NJW 2002, 1585 = NStZ 2002, 322 – nicht direkt auf den nach § 111 I AktG zu überwachenden Vorstand, sondern auf die von diesem mit der Vornahme der Auszahlungen betraute Zeugin S eingewirkt haben, steht der Strafbarkeit ihres Verhaltens nach § 266 StGB nicht entgegen. Weil § 266 StGB **nicht zwingend eine unmittelbare Einwirkung auf den Vorstand voraussetzt** (vgl. BGHSt 9, 203 = NJW 1956, 1326), kommt es für die Beurteilung einer Straftat des Aufsichtsratsmitglieds nicht darauf an, ob dieses direkt an den Vorstand herantritt oder ob es – wie hier – eine Angestellte des Unternehmens zu einer rechtswidrigen Zahlung veranlasst.“ (OLG Braunschweig aaO)

2. Darüber hinaus traf die Angekl. auch eine **Vermögensbetreuungspflicht**.

- a) Nach der **Rspr. des BGH** verletzen Aufsichtsratsmitglieder keine Vermögensbetreuungspflicht, soweit es um Entscheidungen geht, die ihre eigenen Bezüge betreffen (BGHSt 50, 331 = NZG 2006, 141 = NJW 2006, 522 = NStZ 2006, 214 – Mannesmann).

Diese Rspr. beruht darauf, dass die AG bei Abschluss der Bezügevereinbarung durch den Aufsichtsrat, dem die Bewertung der Angemessenheit der Vorstandsvergütung obliegt (§ 87 AktG), vertreten wird (§ 112 AktG). Sie trägt zudem der Tatsache Rechnung, dass die Vermögensinteressen von Gesellschaft und Vorstand beim Aushandeln der angemessenen Vergütung nicht gleichgerichtet sind (BGHSt 50, 331 = NZG 2006, 141 = NJW 2006, 522 = NStZ 2006, 214).

- b) Der **5. Senat des BGH** hat auch bei einem Aufsichtsratsmitglied, das zugleich Arbeitnehmer war, angenommen, dass diesen ausnahmsweise keine Vermögensbetreuungspflicht treffe, wenn dessen eigene Vergütungsangelegenheiten betroffen seien (BGHSt 54, 148 – Volkswagen [insow. nicht in NJW 2010, 92 = NStZ 2009, 694]).

Hintergrund dieser Rspr. ist es, dass sich ein Aufsichtsrat in einem ähnlichen Interessenkonflikt wie ein Vorstand befindet, wenn er für die eigene Tätigkeit (im entschiedenen Fall ging es um jene als Arbeitnehmer in der Funktion als Betriebsrat) eine überhöhte Vergütung aushandelt (Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- u. SteuerstrafR, § 266 Rn 49, Stichwort: Aufsichtsrat).

- c) Im konkreten Fall besteht ein **Interessenkonflikt**, der die Einschränkung der Vermögensbetreuungspflicht des Aufsichtsrats rechtfertigen könnte, aber gerade nicht.

„Denn es geht nicht um die beschriebene **Konfliktsituation bei dem Aushandeln einer rechtswidrigen Vergütungsvereinbarung**, sondern um die **rechtswidrige Umsetzung einer in der Satzung (§ 113 AktG) festgesetzten Vergütung**. Denn zwischen der N-AG und den Angekl. wurde keine Vergütung ausgehandelt. Dazu gab es wegen des zwingenden Charakters von § 113 AktG (vgl. hierzu MüKo-AktG/Habersack, 3. Aufl., § 113 Rn 3) auch gar keinen Anlass, weil weder Vorstand noch Aufsichtsrat eine Kompetenz zum Aushandeln einer Vergütung hatten. Beide Organe traf vielmehr allein die Verpflichtung, die vorgegebene Satzung anzuwenden und die rechtswidrigen Auszahlungen deshalb zu unterbinden.“ (OLG Braunschweig aaO)

3. Eine **gravierende Pflichtverletzung** ist zur Verwirklichung des Tatbestandes **nicht zu fordern**.

„Der 1. Strafsenat des BGH hat zwar im Zusammenhang mit der Strafbarkeit von Zuwendungen zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen und Sport für die Annahme einer Pflichtwidrigkeit i. S. des Untreuetatbestands eine gravierende gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung gefordert (BGHSt 47, 187 = NZG 2002, 471 = NJW 2002, 1585 = NStZ 2002, 322 – Sponsoring). Und auch bei der Strafbarkeit einer Kreditvergabe durch Entscheidungsträger einer Sparkasse hat derselbe Senat des BGH einen gravierenden Verstoß gegen die banküblichen Informations- und Prüfungspflichten verlangt, um den Untreuetatbestand anzuwenden (BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211 = NStZ 2002, 262). Bei diesen Urteilen geht es jedoch – worauf BGHSt 50, 331 (= NZG 2006, 141 = NJW 2006, 522 = NStZ 2006, 214 – Mannesmann) zutreffend hingewiesen hat – offenkundig darum, dem notwendig weiten Handlungsspielraum Rechnung zu tragen, der einem Entscheidungsträger bei der Bemessung des wirtschaftlichen Nutzens von Unternehmensspenden und dem Kreditausfallrisiko zuzubilligen ist. Der **Untreuetatbestand** ist deshalb jedenfalls dann **nicht durch das Merkmal einer gravierenden Pflichtverletzung einzuschränken**, wenn die zu treffende **Entscheidung keinen Handlungsspielraum zulässt** (BGHSt 50, 331 = NZG 2006, 141 = NJW 2006, 522 = NStZ

2006, 214 – Mannesmann). Hier lässt die Satzung keinen Handlungsspielraum zu, weil das Sitzungsgeld nach dem klaren Wortlaut von § 14 III allein für die Teilnahme an Sitzungen des Aufsichtsrats oder seiner Ausschüsse gezahlt wird, nicht aber für die Wahrnehmung sonstiger Termine.

Da die Satzung keinen Handlungsspielraum zulässt und die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht deshalb nach der dargestellten Rspr. des BGH aus dem Satzungsverstoß folgt, gibt es im konkreten Fall des Weiteren keinen Anlass für eine normative Korrektur des Untreuetatbestands. Es handelt sich um eindeutig unvertretbares Verhalten, bei dem weder dem Vorstand noch den Angekl. irgendein Ermessen – die Annahme einer Ermessensreduzierung auf Null im angefochtenen Beschluss ist deshalb missverständlich – eingeräumt war. Die von der Kammer herangezogenen Umstände

– langjährige Praxis der rechtswidrigen Verfahrensweise,

– satzungsgemäße Legalisierung im Jahr 2009 und

– Wahrnehmung der Termine im Unternehmensinteresse

sind solche, die keinen Einfluss auf den Tatbestand haben. Diesen Umständen wird allerdings im Rahmen der Strafzumessung, oder ggf. auch der Frage, ob das Verfahren anders als durch Urteil (§ 153a StPO) abgeschlossen werden kann, in besonderer Weise zu Gunsten der Angekl. Rechnung getragen werden müssen.“ (OLG Braunschweig aaO)

- II. Den Angekl. sind auch nicht lediglich die Auszahlungen zuzurechnen, die auf ihren eigenen Abrechnungen beruhen; ihnen ist vielmehr gem. § 13 StGB – diese Vorschrift ist auf den Untreuetatbestand anwendbar (BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89 = NStZ 2009, 95 – Siemens) – jeweils neben der an positives Tun anknüpfenden Straftat (eigene Abrechnungen) außerdem vorzuwerfen, dass sie die halbjährlichen **Auszahlungen an die weiteren Aufsichtsratsmitglieder nicht verhindert** haben. Denn Aufsichtsratsmitglieder haben eine **Garantenstellung i. S. des § 13 StGB** (Weigend, LK-StGB, 12. Aufl., § 13 Rn 41; Tiedemann, Festschr. f. Tröndle, S. 321).

„Erlangt der Aufsichtsrat im Rahmen seiner **Überwachungspflicht** Kenntnis von rechtswidrigen Handlungen, dann besteht die Garantenpflicht, zumindest **faktisch** auf den Vorstand einzuwirken, um den Pflichtverstoß zu verhindern (BGHSt 47, 187 = NZG 2002, 471 = NJW 2002, 1585 = NStZ 2002, 322 – Sponsoring). Kommt das Aufsichtsratsmitglied dieser Pflicht nicht nach, ist der Aufsichtsrat selbst dann Täter, wenn er eine Straftat nur zulässt (BGHSt 9, 203 = NJW 1956, 1326). Die Angekl. waren deshalb in ihrer Funktion als Aufsichtsratsvorsitzende gehalten, den Aufsichtsrat gem. § 110 I AktG einzuberufen, um einen Beschluss des Aufsichtsrats (§ 108 I AktG) zu erwirken, der den Vorstand zur Änderung der rechtswidrigen Vorgehensweise anhält. Soweit sich die Anklage auf Zeiträume bezieht, in denen die Angekl. nur einfache Aufsichtsratsmitglieder waren, hätten sie – bei Weigerung des Aufsichtsratsvorsitzenden – ihrer Garantenpflicht dadurch nachkommen müssen, dass sie den Aufsichtsrat selbst gem. § 110 II AktG einberufen.

Im konkreten Fall ist davon auszugehen, dass der Vorstand der N-AG die Zahlungen an die übrigen Aufsichtsräte bereits eingestellt hätte, wenn der Aufsichtsrat durch Beschluss unter Hinweis auf die Satzungsbestimmung Bedenken gegen diese vorgebracht hätte. Weil der Vorstand kein eigenes Interesse an den Zahlungen hatte, gab es keinen Grund, die Zuwendungen an den Aufsichtsrat gegen dessen Willen durchzusetzen.

Notfalls wäre der Aufsichtsrat zudem – zur Vermeidung eines durch Unterlassen bewirkten Treubruchs i. S. des § 266 I Alt. 2 StGB (vgl. hierzu Brammsen ZIP 2009, 1504) – verpflichtet gewesen, die satzungswidrigen Zahlungen gem. § 111 IV 2 AktG durch Ad-hoc-Vorbehalt von seiner Zustimmung abhängig zu machen und zu verhindern (vgl. MüKo-AktG/Habersack, § 111 Rn 115; Hölter, AktG, § 111 Rn 75).

Die Angekl. können sich nicht darauf berufen, dass bei einer Aufsichtsratssitzung die erforderliche Stimmenmehrheit (zum Erfordernis einfacher Stimmenmehrheit: MüKo-AktG/Habersack, § 108 Rn 20) nicht zu Stande gekommen wäre. Kann eine zur Schadensabwendung gebotene Maßnahme nur durch Zusammenwirken mehrerer Beteiligter bewirkt werden, so setzt jeder, der seinen Beitrag trotz seiner Mitwirkungskompetenz unterlässt, die erforderliche **Ursache für den Erfolg**. Von der **strafrechtlichen Mitverantwortung** wird der Unterlassende nur befreit, wenn er alles Mögliche und Zumutbare getan hat, um die notwendige Kollegialentscheidung herbeizuführen (BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560 = NStZ 1990, 587); daran fehlt es.“ (OLG Braunschweig aaO)

- III. Durch das Verhalten der Angekl. ist der N-AG auch ein **Nachteil i. S. des § 266 StGB** entstanden.

„Bei der Bestimmung des **Vermögensnachteils** ist es ohne Bedeutung, ob die Termine, die die Angekl. wahrgenommen haben, tatsächlich im Unternehmensinteresse lagen. Entscheidend ist allein, dass die Angekl. die Termine im Zeitpunkt der satzungswidrigen Zahlungen bereits wahrgenommen hatten. Weil die Zahlungen der N-AG keinen zukunftsbezogenen Nutzen mehr bringen konnten, handelt es sich der Sache nach um **kompensationslose Anerkenntnisprämien**, die nach der Rspr. des BGH als **treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens** zu bewerten sind; solche Anerkenntnisprämien sind unabhängig von der Angemessenheit der Zahlungen unzulässig (BGHSt 50, 331 = NZG 2006, 141 = NJW 2006, 522 = NStZ 2006, 214 – Mannesmann).

*Die Angekl. können sich nicht damit entlasten, dass von ihnen ein Nachteil der N-AG nicht herbeigeführt wäre, weil sie jederzeit ausgleichsbereit gewesen seien. Ein Vermögensnachteil i. S. des § 266 StGB scheidet zwar grds. aus, wenn der Täter eigene flüssige Mittel ständig zum Ersatz bereithält (Graf/Jäger/Wittig, § 266 StGB Rn 179 m. w. Nachw.; a. A.: Fischer, StGB, 59. Aufl., § 266 Rn 169). Im konkreten Fall ist indes – im Gegensatz zu den üblicherweise unter diesem Gesichtspunkt diskutierten Fällen – schlechterdings kein Motiv erkennbar, weshalb die Angekl. die Zahlungen an sich selbst überhaupt durch ihre eigenen Abrechnungen hätten veranlassen sollen, wenn sie sie tatsächlich wieder hätten ausgleichen wollen. Soweit es die Unterlassungsvorwürfe im Zusammenhang mit den Zahlungen an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder betrifft, können sich die Angekl. ohnehin nicht auf ihre eigene Ausgleichsbereitschaft stützen.“ (OLG Braunschweig aaO)*

GG  
Art. 35 II, 73

## Einsatz der Bundeswehr im Inland Luftsicherheitsgesetz

GG

(BVerfG in NVwZ 2012, 1239; Urteil vom 03.07.2012 - 2 PBvU 1/11)

1. Die **Gesetzgebungszuständigkeit** für die §§ 13–15 LuftSiG i. d. F. des Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11.01.2005 ergibt sich aus **Art. 73 Nr. 6 GG** in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. 08.2006 (BGBl I, 2034) geltenden Fassung.
2. Art. 35 II 2 und III GG schließen eine **Verwendung spezifisch militärischer Waffen** bei einem Einsatz der Streitkräfte nach diesen Vorschriften nicht grundsätzlich aus, lassen sie aber **nur unter engen Voraussetzungen** zu, die sicherstellen, dass nicht die strikten Begrenzungen unterlaufen werden, die einem bewaffneten Einsatz der Streitkräfte im Inneren durch Art. 87 a IV GG gesetzt sind.
3. Der **Einsatz der Streitkräfte** nach Art. 35 III 1 GG ist, auch in Eilfällen, **allein auf Grund eines Beschlusses der Bundesregierung** als Kollegialorgan zulässig.

**Fall:** Der Zweite Senat des BVerfG hat mit Beschluss vom 19.05.2010 (2 BvF 1/05) gem. § 48 II GeschOBVerfG beim Ersten Senat angefragt, ob dieser an den Rechtsauffassungen festhält, wonach

1. die Gesetzgebungszuständigkeit für §§ 13, 14 I, II und IV und § 15 LuftSiG i. d. F. des Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11. 1. 2005 (BGBl I, 78) sich nicht auf Art. 73 Nr. 1 oder Art. 73 Nr. 6 GG, sondern allein auf Art. 35 II 2 und III GG stützen lässt (BVerfGE 115, 118 [140 f.] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L),
2. Art. 35 II 2 und III GG einen Einsatz der Streitkräfte mit spezifisch militärischen Waffen nicht zulässt (BVerfGE 115, 118 [146 ff., 150 f.] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L), und
3. § 13 III 2 und III LuftSiG mit Art. 35 III 1 GG unvereinbar sind, soweit sie eine Eilkompetenz des Bundesministers der Verteidigung auch für die Fälle des Art. 35 III GG vorsehen (BVerfGE 115, 118 [149 f.] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L).

Der Anfrage liegt zu Grunde, dass der Zweite Senat in einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (2 BvF 1/05, BeckRS 2011, 50570) auf Antrag der Bayerischen Staatsregierung und der Hessischen Landesregierung darüber zu entscheiden hat, ob §§ 13, 14 I, II, IV und § 15 LuftSiG, die die Voraussetzungen und Modalitäten eines Einsatzes der Streitkräfte zur Abwehr besonders schwerer von Luftfahrzeugen ausgehender Unglücksfälle regeln, mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Der Normenkontrollantrag betraf ursprünglich die §§ 13–15 LuftSiG. Nachdem § 14 III LuftSiG, der zum Abschuss eines gegen das Leben von Menschen eingesetzten Luftfahrzeugs ermächtigte, durch Urteil des Ersten Senats vom 15. 2. 2006 für nichtig erklärt wurde (BVerfGE 115, 118 [119] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L), haben die Ast. ihren Antrag insoweit für erledigt erklärt. Damit stehen in dem Ausgangsverfahren nur noch §§ 13, 14 I, II, IV und § 15 LuftSiG zur Prüfung. Der Zweite Senat möchte in diesem Verfahren abweichend von den genannten Rechtsauffassungen entscheiden (§ 16 BVerfGG, § 48 II GeschOBVerfG).

Der Erste Senat hat mit Beschluss vom 12. 10. 2010 erklärt, dass er an seinen Rechtsauffassungen festhält. Mit Beschluss vom 03.05.2011 hat der Zweite Senat das Plenum angerufen.

### I. Zulässigkeit der Anrufung des Plenums

Die Anrufung des Plenums (§ 16 BVerfGG) ist geboten, wenn ein Senat von einer Rechtsauffassung des anderen Senats abweichen möchte, die für die Entscheidung des anderen Senats tragend war (vgl. BVerfGE 4, 27 [28] = NJW 1955, 17; BVerfGE 77, 84 [104] = NJW 1988, 1195; BVerfGE 76, 84 = NJW 1988, 1195; BVerfGE 96, 375 [404] = NJW 1998, 519; BVerfGE 112, 1 [23] = NVwZ 2005, 560; BVerfGE 112, 50 [63] = NJW 2005, 1413).

„**Tragend** sind jedenfalls **diejenigen Rechtsauffassungen**, die **nicht hinweggedacht** werden können, ohne dass das konkrete **Entscheidungsergebnis** nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Gedankengang **entfiel**“ (vgl. BVerfGE 96, 375 [404] = NJW 1998, 519).

Die **Rechtsauffassungen**, auf die sich die vorliegende Anfrage bezieht, waren in dem **Urteil des Ersten Senats**, mit dem über die Gültigkeit der gesetzlichen Ermächtigung des § 14 III LuftSiG entschieden wurde, **tragend** im für die Anwendung des § 16 BVerfGG maßgebenden Sinne. [wird ausgeführt].“ (BVerfG aaO)

### II. Zur ersten Vorlagefrage

Für die Beantwortung der ersten Vorlagefrage kommt es darauf an, woraus sich eine Gesetzgebungszuständigkeit für die §§ 13, 14 I, II, IV und § 15 LuftSiG ergeben könnte. Der

erste Senat hatte hier eine Gesetzgebungskompetenz unmittelbar aus Art. 35 II 2 und III GG hergeleitet.

### 1. Ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz aus Art. 35 II 2 und III GG

„Art. 35 II und III GG bieten für Bundesrecht, das den **Einsatz der Streitkräfte im Katastrophennotstand** regelt, **keine ausdrückliche Kompetenzgrundlage**. Ihrem Wortlaut nach regeln diese Bestimmungen, soweit sie den Einsatz der Streitkräfte betreffen, **materielle und prozedurale Voraussetzungen** für einen solchen Einsatz.

**Ungeschriebene Gesetzgebungsbefugnisse** des Bundes in Sachnormen **außerhalb** des VII. Abschnitts des Grundgesetzes (**Art. 70 ff. GG**) aufzusuchen, liegt auch in systematischer Hinsicht und nach dem Schutzzweck der föderalen Zuständigkeitsordnung, die grundsätzlich nicht durch die Normen des materiellen Verfassungsrechts, sondern durch gesonderte, strikt auszulegende (vgl. BVerfGE 12, 205 [228] = NJW 1961, 547; BVerfGE 15, 1 [17] = NJW 1962, 2243) und in ihrer Reichweite von materiell-rechtlichen Vorgaben **unabhängige Kompetenzvorschriften** bestimmt ist, nicht nahe. Gegen eine solche Kompetenzzuschreibung spricht zudem, dass sich aus ihr nur **schwer Klarheit über die Rechtsnatur der zugeschriebenen Kompetenz** – ausschließlich oder konkurrierend – gewinnen lässt.“ (BVerfG aaO)

### 2. Gesetzgebungskompetenz aus Art. 70 ff. GG

Eine Gesetzgebungskompetenz kann sich daher außerhalb geschriebener Einzelkompetenzen (z.B. Art. 38 III GG für das Wahlrecht) nur aus den Regelungen der Art. 70 ff. GG ergeben. In Betracht kommt hier eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die §§ 13 ff. LuftSiG folgt aus Art. 73 Nr. 6 GG a. F. (heute Art. 73 I Nr. 6 GG), der dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Luftverkehr zuweist. Allerdings geht es bei den Regelungen des LuftSiG nicht um die Vorgaben für die Zulassung und Organisation des Luftverkehrs, sondern um Regelungen zur Abwehr von Gefahren.

„Nach tradierter und im Grundsatz unbestrittener Auffassung steht dem Bund, soweit er für ein **bestimmtes Sachgebiet** die Gesetzgebungszuständigkeit hat, als **Annexkompetenz** auch die Gesetzgebungsbefugnis für die damit in einem notwendigen Zusammenhang stehenden **Regelungen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung** in diesem Bereich zu (vgl. BVerfGE 3, 407 [433] = NJW 1954, 1474; BVerfGE 8, 143 [150] = NJW 1959, 29; BVerfGE 78, 374 [386 f.] = NJW 1990, 1714; BVerfGE 109, 190 [215] = NJW 2004, 750). Dies gilt auch für das Sachgebiet „Luftverkehr“.

Die Gesetzgebungszuständigkeit für den Luftverkehr umfasst daher als **Annex** jedenfalls die **Befugnis, Regelungen zur Abwehr solcher Gefahren zu treffen, die gerade aus dem Luftverkehr herrühren** (vgl., mit im Einzelnen unterschiedlichen Abgrenzungen, jeweils aber mindestens die eben genannte Regelungskompetenz einschließend, BVerfGE 95, 188 [191] = NVwZ 1994, 1102 = NJW 1995, 475 L; BVerfG, NVwZ-RR 1997, 350 [351]; Laschewski, Der Einsatz der dt. Streitkräfte im Inland, 2005, S. 130; Paulke, Die Abwehr von Terrorgefahren im Luftraum, 2005, S. 24; Burkiczak, NZWehrR 2006, 89 [95]; Schenke, NJW 2006, 736 [737]; Odendahl, Die Verwaltung 38 [2005], S. 425 [438]; Baldus, NVwZ 2004, 1278 [1279 f.]; Gramm, NZWehrR 2003, 89 [96]).“ (BVerfG aaO)

Allerdings könnte die Annahme einer Annexkompetenz zu Art. 73 Nr. 6 GG a. F. daran scheitern, dass es sich bei den §§ 13 ff. LuftSiG **nicht um eigenständiges Gefahrenabwehrrecht** des Bundes handelt, sondern allein um Verfahrens- und Mittelbereitstellungsregelungen für den Fall der Unterstützung von Gefahrenabwehrmaßnahmen der Länder handelte (vgl. BVerfGE 115, 118 [141] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L).

„Ungeachtet der Frage, ob dies eine Zuordnung zum Gefahrenabwehrrecht ausschliesse, beschränken sich die Vorschriften nicht auf das Vorfeld außenwirksamer Eingriffe. **§ 13 LuftSiG regelt nicht nur die Voraussetzungen für die unterstützende Bereitstellung von Streitkräften, sondern unmittelbar die tatbestandlichen Voraussetzungen dafür.** [wird ausgeführt].

Die **Gesetzgebungsgeschichte** ergibt keine Anhaltspunkte, die diesen Befund in Frage stellen, sondern **bestätigt**, dass nicht etwa nur die Bereitstellung von Ressourcen für allein auf landesrechtlicher Grundlage wahrzunehmende Aufgaben der Gefahrenabwehr geregelt, sondern **unmittelbares Eingriffsrecht geschaffen werden sollte.** [wird ausgeführt].

Da der Bund demnach **gem. Art. 73 Nr. 6 GG a. F. regelungszuständig** war, bedarf keiner Entscheidung, ob darüber hinaus Art. 73 Nr. 1 GG a. F., der im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben als Kompetenzgrundlage für die §§ 13 ff. LuftSiG in Anspruch genommen wurde (BT-Dr 15/2361, S. 14), eine Gesetzgebungszuständigkeit für diese Bestimmungen kraft Sachzusammenhangs ihres Regelungsgegenstandes mit dem Verteidigungswesen begründete.“ (BVerfG aaO)

### 3. Zwischenergebnis zur ersten Vorlagefrage

„Die Gesetzgebungszuständigkeit für §§ 13, 14 I, II, IV und § 15 LuftSiG ergibt sich nicht aus Art. 35 II 2 und III GG, sondern als Annexkompetenz aus Art. 73 Nr. 6 GG in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. 8. 2006 (BGBl I, 2034) geltenden Fassung (Art. 73 Nr. 6 GG a. F.; heute

Art. 73 I Nr. 6 GG), der dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für den Luftverkehr zuweist.“ (BVerfG aaO)

## II. Zur zweiten Vorlagefrage

Für die Beantwortung der zweiten Vorlagefrage kommt es darauf an, ob der Einsatz der Streitkräfte mit spezifisch militärischen Waffen nach Art. 35 II 2 und III GG grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Außer zur Verteidigung dürfen nach Art. 87 a II GG die Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit das Grundgesetz es ausdrücklich zulässt.

„Die **begrenzende Funktion dieser Regelung** ist durch **strikte Texttreue** bei der Auslegung der grundgesetzlichen Bestimmungen über den Einsatz der Streitkräfte im Innern zu wahren (vgl. BVerfGE 90, 286 [356 f.] = NJW 1994, 2207; BVerfGE 115, 118 [142] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L; BVerfGE 127, 1 [12 f.] = NVwZ-RR 2007, 257).

Die Verfassung begrenzt einen **Streitkräfteeinsatz im Inneren** in bewusster Entscheidung auf **äußerste Ausnahmefälle**. Soweit es um den Schutz vor Straftätern und Gegnern der freiheitlichen Ordnung geht, stellt deshalb Art. 87 a IV GG für einen Einsatz der Streitkräfte **strenge Anforderungen**, die **selbst im Fall des inneren Notstands** gem. Art. 91 GG noch **nicht automatisch erreicht** sind.

Im Unterschied dazu erlauben Art. 35 II 2 und III GG einen Streitkräfteeinsatz zur **Unterstützung der Polizeikräfte bei einer Naturkatastrophe oder einem besonders schweren Unglücksfall**. Auch damit bindet die Verfassung den Einsatz der Streitkräfte an Anforderungen, die nicht immer schon dann erfüllt sind, wenn die Polizei durch das allgemeine Ziel der Aufrechterhaltung und Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung überfordert ist; dies zeigt sich bereits darin, dass in Fällen von besonderer Bedeutung gem. Art. 35 II 1 GG grundsätzlich nur Unterstützung durch Kräfte und Einrichtungen des Bundesgrenzschutzes angefordert werden kann.“ (BVerfG aaO)

### 1. Begrenzung auf Polizeimittel

Allerdings könnte aufgrund dieser differenzierten und restriktiven Regelungen der Streitkräfteeinsatz im Rahmen des Art. 35 GG auf **Mittel begrenzt** sein, die nach dem Gefahrenabwehrrecht des Einsatzlandes der **Polizei zur Verfügung stehen** oder verfügbar gemacht werden dürfen.

#### a) Wortlaut

Nach Art. 35 GG kann unter den jeweils näher bezeichneten Voraussetzungen im regionalen Katastrophennotstand ein Land „Kräfte und Einrichtungen ... der Streitkräfte“ anfordern (Abs. 2 S. 2) und im überregionalen Katastrophennotstand die Bundesregierung „Einheiten ... der Streitkräfte“ einsetzen (Abs. 3 S. 1).

„Eine Beschränkung der damit zugelassenen Einsätze auf die Verwendung polizeilicher Einsatzmittel muss dem **Wortlaut** der Bestimmungen nicht entnommen werden. Sie ergibt sich insbesondere nicht zwingend daraus, dass Art. 35 GG den Einsatz der Streitkräfte nur zur „Unterstützung der Polizeikräfte“ (Abs. 3 S. 1) beziehungsweise zur polizeiunterstützenden „Hilfe“ (Abs. 2 S. 2 i. V. mit S. 1) vorsieht. **Mit welchen Mitteln** die Hilfe oder Unterstützung geleistet werden darf, ist damit noch **nicht festgelegt**.“ (BVerfG aaO)

#### b) Systematik

Möglicher Weise ist aus einem Vergleich mit Art. 87a IV 1 GG eine Einschränkung der verfügbaren Mittel herzuleiten.

„Auch Art. 87 a IV 1 GG lässt für den dort umschriebenen Fall des **inneren Notstandes** einen Einsatz der Streitkräfte nur „zur Unterstützung“ der Landes- und der Bundespolizei zu, **beschränkt** damit aber anerkanntermaßen den dort geregelten Einsatz, jedenfalls soweit es um die Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer geht, **nicht von vornherein auf die Mittel, die den unterstützten Polizeien zur Verfügung stehen** (vgl. BVerfGE 115, 118 [148] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L; BT-Dr V/2873, S. 2, 14; Hase, in: AK-GG III, 3. Aufl. [2001], Art. 87 a IV Rn. 5; Deppenheuer, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 a Rn. 169, 177 [Stand: 10/2008]; Baldus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 6. Aufl. [2010], Art. 87 a IV Rn. 165; Kokott, in: Sachs, GG, 6. Aufl. [2011], Art. 87 a Rn. 68; Keidel, Polizei und Polizeigewalt im Notstandsfall, 1971, S. 195 f., 197; Karpinski, Öffentlich-rechtliche Grundsätze für den Einsatz der Streitkräfte im Staatsnotstand, 1974, S. 76; Baldus, NVwZ 2004, 1278 [1280]; Linke, AöR 129 [2004], S. 489). Die **Identität der Formulierungen** deutet trotz der unterschiedlichen Zusammenhänge, in denen sie verwendet werden, darauf hin, dass ihnen **keine unterschiedliche Bedeutung** zukommen sollte, zumal die Bestimmungen im Gesetzgebungsverfahren durch Aufspaltung einer ursprünglich einheitlichen Regelung entstanden sind und daher nicht davon auszugehen ist, dass dem Gesetzgeber die Übereinstimmung des Wortlauts nicht vor Augen stand.

Zu berücksichtigen ist zudem, dass die **Zulassung des Streitkräfteeinsatzes** in den erfassten Katastrophenfällen eine **wirksame Gefahrenabwehr** ermöglichen soll. Art. 35 III 1 GG unterstreicht dies mit der Bezugnahme auf das zur „wirksamen Bekämpfung“ Erforderliche. Daher sprechen nach Auffassung des Plenums die **besseren Gründe** für eine Auslegung, die unter den engen Voraussetzungen, unter denen ein Einsatz der **Streitkräfte** nach Art. 35 GG überhaupt in Betracht kommt, die **Verwendung ihrer spezifischen Mittel nicht generell ausschließt**.“ (BVerfG aaO)

### c) Entstehungsgeschichte

Allerdings dürfte die Entstehungsgeschichte der betreffenden Regelungen einer solchen Auslegung nicht entgegenstehen.

„Dem verfassungsändernden Gesetzgeber stand allerdings als **typischer Anwendungsfall** der Verfassungsbestimmungen zum Katastrophennotstand nicht ein Einsatzfall wie der in § 13 I i. V. mit § 14 I LuftSiG geregelte, sondern vor allem die Erfahrung der **norddeutschen Flutkatastrophe des Jahres 1962** vor Augen (vgl. BVerfGE 115, 118 [148] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L m. w. Nachw.). Auch wenn dieses Ereignis die Vorstellung der am Gesetzgebungsprozess Beteiligten von den Erfordernissen eines Streitkräfteeinsatzes in einer begrenzenden Weise geprägt haben mag, schließt das nicht aus, Art. 35 II und III GG auch auf andersartige von Wortlaut und Systematik der Vorschrift erfasste Bedrohungslagen anzuwenden, und zwingt nicht zu einer **angesichts heutiger Bedrohungslagen** nicht mehr zweckgerechten Auslegung des Art. 35 II und III GG.“ (BVerfG aaO)

Somit steht auch die Entstehungsgeschichte der Annahme, dass der Einsatz spezifischer Mittel der Streitkräfte nicht generell ausgeschlossen ist, nicht entgegen.

### d) Gesetzgebungsmaterialien

„Die Gesetzesmaterialien geben zur Frage der zulässigen Einsatzmittel keine eindeutigen Aufschlüsse. Aus der Gesetzgebungsgeschichte wird danach weder ein eindeutiger Wille des verfassungsändernden Gesetzgebers hinsichtlich der in den Fällen des Art. 35 II und III GG einsetzbaren Mittel noch eine klare Konzeption in der Frage des anwendbaren Rechts erkennbar.“ (BVerfG aaO)

Eine Begrenzung des Einsatzes der Streitkräfte auf Polizeimittel ist daher nicht anzunehmen.

## 2. Voraussetzungen für den Einsatz spezifisch militärischer Kampfmittel

Allerdings ist der Einsatz spezifisch militärischer Kampfmittel nicht ohne weiteres möglich, sondern darf nur unter engen Voraussetzungen ausnahmsweise zugelassen werden.

„Bei der Auslegung und Anwendung der Voraussetzungen, unter denen Art. 35 II und III GG einen Einsatz der Streitkräfte erlaubt, sind der **Zweck des Art. 87 a II GG** und das Verhältnis der den **Katastrophennotstand** betreffenden Bestimmungen zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für den **Einsatz der Streitkräfte im inneren Notstand** (Art. 87 a IV GG) zu berücksichtigen. Art. 87 a II GG zielt darauf, die Möglichkeiten für einen Einsatz der Streitkräfte im Innern zu begrenzen (vgl. BVerfGE 115, 118 [142] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L). Art. 87 a IV GG unterwirft auf dem Hintergrund **historischer Erfahrungen** (vgl. Wieland, in: Fleck, Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, S. 167 [169 ff.] m. w. Nachw.) den Einsatz der Streitkräfte zur **Bewältigung innerer Auseinandersetzungen** besonders strengen Beschränkungen. Diese Beschränkungen dürfen nicht dadurch umgangen werden, dass der Einsatz statt auf der Grundlage des Art. 87 a IV GG auf der des Art. 35 II oder III GG erfolgt. Das gilt erst recht für die Verwendung spezifisch militärischer Kampfmittel im Rahmen eines solchen Einsatzes.“ (BVerfG aaO)

### a) besonders schwerer Unglücksfall

Enge Grenzen sind dem Einsatz der Streitkräfte im Katastrophennotstand auf diesem Hintergrund durch das in Art. 35 II 2 GG ausdrücklich genannte und von Art. 35 III 1 GG in Bezug genommene Tatbestandsmerkmal des besonders schweren Unglücksfalls gesetzt.

„Die genannten Bestimmungen unterscheiden **Naturkatastrophen** und **besonders schwere Unglücksfälle**. Beide Ereignisarten wurden bereits im Gesetzgebungsverfahren unter dem Begriff der Katastrophe zusammengefasst (vgl. die Anhörung des Rechts- und des Innenausschusses zum Thema „Der innere Notstand und der Katastrophennotstand“, Protokoll der 3. öffentlichen Informationssitzung des Rechtsausschusses und des Innenausschusses am 30. 11. 1967, Nr. 59, Nr. 75). Hieraus wie auch aus der normativen Parallelisierung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen in Art. 35 II und III GG wird deutlich, dass der hier verwendete Begriff des besonders schweren Unglücksfalls nur **Ereignisse von katastrophischen Dimensionen** erfasst (vgl. BVerfGE 115, 118 [143] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L).

Insbesondere stellt nicht **jede Gefahrensituation**, die ein Land mittels seiner **Polizei nicht zu beherrschen** im Stande ist, allein schon aus diesem Grund einen besonders schweren Unglücksfall i. S.



des Art. 35 II 2, III 1 GG dar, der den Streitkräfteeinsatz erlaubte (vgl. Krings/Burkiczak, NWVBI 2004, 249 [252]). Besonders schwere Unglücksfälle sind vielmehr **ungewöhnliche Ausnahmesituationen**. Eine Betrauung der Streitkräfte mit Aufgaben der Gefahrenabwehr, die über die Bewältigung solcher Sondersituationen hinausgehen, kann daher nicht auf Art. 35 II 2 und III 1 GG gestützt werden.“ (BVerfG aaO)

Die Voraussetzungen des besonders schweren Unglücksfalls gem. Art. 35 II und III GG bestimmen sich zugleich in **Abgrenzung** zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für den **Einsatz der Streitkräfte im inneren Notstand** (Art. 87 a IV GG i. V. mit Art. 91 II 1 GG).

„Art. 87 a IV i. V. mit Art. 91 II 1 GG regelt den Einsatz der Streitkräfte zur Abwehr von **Gefahren für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes**, die das Land, in dem die Gefahr droht, zu bekämpfen selbst nicht in der Lage oder nicht bereit ist. Dabei erlaubt Art. 87 a IV GG den Einsatz der Streitkräfte insbesondere zur Unterstützung der Polizei bei der **Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer**. Die Regelung der Abwehr innerer Unruhen, die von nichtstaatlichen Angreifern ausgehen, hat damit ihren Platz in Art. 87 a IV i. V. mit Art. 91 GG gefunden (vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 35 Rn. 15; Wolff, ThürVBI 2003, 176 [177]). Insoweit entfaltet daher diese Vorschrift grundsätzlich eine **Sperrwirkung für den Einsatz der Streitkräfte nach anderen Bestimmungen** (vgl. auch Fiebig, Der Einsatz der Bundeswehr im Innern, 2004, S. 326; Fischer, JZ 2004, 376 [381]; Sattler, NVwZ 2004, 1286 [1290]).“ (BVerfG aaO)

Der Annahme eines besonders schweren Unglücksfalls steht bei einem Ereignis von katastrophischem Ausmaß nicht entgegen, dass es **absichtlich herbeigeführt** ist (vgl. BVerfGE 115, 118 [143 f.] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L).

„Angesichts der in Art. 87 a IV i. V. mit Art. 91 GG getroffenen Regelung der militärischen Bekämpfung nichtstaatlicher Gegner können die Streitkräfte **auf der Grundlage von Art. 35 II und III GG** jedoch zur **Bekämpfung eines Angreifers nur in Ausnahmesituationen** eingesetzt werden, die nicht von der in Art. 87 a IV GG geregelten Art sind. So stellen namentlich Gefahren für Menschen und Sachen, die aus oder von einer demonstrierenden Menschenmenge drohen, keinen besonders schweren Unglücksfall i. S. des Art. 35 GG dar, der es rechtfertigen könnte, Streitkräfte auf der Grundlage dieser Bestimmung einzusetzen. Denn nach Art. 87 a IV 1 GG dürfen **selbst zur Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer** Streitkräfte auch dann, wenn das betreffende Land zur Bekämpfung der Gefahr nicht bereit oder in der Lage ist (Art. 87 a IV 1 GG i. V. mit Art. 91 II 1 GG), nur unter der Voraussetzung eingesetzt werden, dass **Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes besteht** (vgl. Arndt, DVBI 1968, 729 [731 f.]).“ (BVerfG aaO)

## b) Gefahrenprognose

Zwar muss nach dem Wortlaut des Art. 35 II 2 und III 1 GG der Unglücksfall bereits vorliegen. Das bedeutet nicht, dass auch Schäden notwendigerweise bereits eingetreten sein müssen (vgl. BVerfGE 115, 118 [144 f.] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L).

„Von einem Unglücksfall kann auch dann gesprochen werden, wenn zwar die zu erwartenden Schäden noch nicht eingetreten sind, der Unglücksverlauf aber bereits begonnen hat und der **Eintritt katastrophaler Schäden unmittelbar droht**. Ist die Katastrophe bereits in Gang gesetzt und kann sie nur noch durch den Einsatz der Streitkräfte unterbrochen werden, muss nicht abgewartet werden, bis der Schaden sich realisiert hat. Der **Schadenseintritt** muss jedoch **unmittelbar bevorstehen**. Dies ist der Fall, wenn der katastrophale Schaden, sofern ihm nicht rechtzeitig entgegengewirkt wird, **mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in Kürze eintreten wird** (vgl. BVerfGE 115, 118 [145] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L). Ein ins Vorfeld des Katastrophengeschehens verlagertes Einsatz der Streitkräfte ist unzulässig.“ (BVerfG aaO)

## c) Einsatz spezifisch militärischer Abwehrmittel als Ultima Ratio

Art. 35 III 1 GG sieht für den Fall des überregionalen Katastrophennotstandes ausdrücklich vor, dass die Streitkräfte nur eingesetzt werden dürfen, soweit es zur wirksamen Bekämpfung der durch eine Naturkatastrophe oder einen besonders schweren Unglücksfall veranlassten Gefahr erforderlich ist.

„Die **Erforderlichkeitsklausel** des Art. 35 III 1 GG zielt auf die **Subsidiarität der Bundesintervention** im Verhältnis zu den Ländern (vgl. Magen, in: Umbach/Clemens, GG I, 1. Aufl. [2002], Art. 35 Rn. 37; Bauer, in: Dreier, GG II, 2. Aufl. [2006], Art. 35 Rn. 32; v. Danwitz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. [2010], Art. 35 Rn. 79; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, 12. Aufl. [2011], Art. 35 Rn. 53; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. [2012], Art. 35 Rn. 29). Im Übrigen entspricht die **strenge Beschränkung auf das Erforderliche** – sowohl was das Ob als auch was das Wie, einschließlich der konkreten Einsatzmittel, angeht – für Einsätze nach Absatz 2 Satz 2 wie für Einsätze

nach Absatz 3 Satz 1 des Art. 35 GG dem in Art. 87 a II GG zum Ausdruck gebrachten **Willen des Verfassungsgebers zur engen Begrenzung des zulässigen Streitkräfteeinsatzes im Innern** (vgl. Knödler, BayVBl 2002, 107 [108]).“ (BVerfG aaO)

### 3. Möglichkeiten einer Verwendung der Streitkräfte zur Gewährleistung der Luftsicherheit

Eine umfassende Gefahrenabwehr für den Luftraum mittels der Streitkräfte kann auf Art. 35 II und III GG nicht gestützt werden. Insbesondere berechtigt nicht jeder Luftzwischenfall, zu dessen Bewältigung eine technische Unterstützung nicht ausreicht, automatisch zum Einsatz der Streitkräfte. De constitutione lata ist der Einsatz der Streitkräfte nur bei besonders gravierenden Luftzwischenfällen zulässig, die den qualifizierten Anforderungen des Art. 35 II und III GG genügen.

„**Art. 87 a II GG bindet nicht jede Nutzung personeller und sächlicher Ressourcen der Streitkräfte an eine ausdrückliche grundgesetzliche Zulassung, sondern nur ihre Verwendung als Mittel der vollziehenden Gewalt in einem Eingriffszusammenhang** (vgl. BT-Dr V/2873, S. 13; BVerwGE 132, 110 [119] = NVwZ 2009, 782; Brenneisen, in: ders./Staaek/Kischewski, 60 Jahre GG, 2010, S. 485 [488]; Wolff, in: Weingärtner, Die Bundeswehr als Armee im Einsatz, 2010, S. 171 [177]). Dementsprechend kann auf Luftzwischenfälle in **rein technisch-unterstützender Funktion** reagiert werden. Dies verbleibt im Rahmen des Art. 35 I GG und ist daher von den Beschränkungen, die für einen Einsatz der Streitkräfte nach Art. 35 II und III GG gelten, nicht betroffen. Allerdings liegt eine **Verwendung in einem Eingriffszusammenhang** nicht erst bei einem konkreten Vorgehen mit Zwang, sondern bereits dann vor, wenn **personelle oder sachliche Mittel der Streitkräfte in ihrem Droh- oder Einschüchterungspotenzial genutzt werden** (vgl. BVerwGE 132, 110 [119 f.] = NVwZ 2009, 782; Fehn/Brauns, Bundeswehr und innere Sicherheit, 2003, S. 38 f.; Senger, Streitkräfte und materielles PolizeiR, 2011, S. 79 ff. [80]).“ (BVerfG aaO)

### 4. Zwischenergebnis zur zweiten Vorlagefrage

„Art. 35 II 2 und III GG schließen eine Verwendung spezifisch militärischer Waffen bei Einsätzen der Streitkräfte nach diesen Bestimmungen nicht grundsätzlich aus, lassen Einsätze aber nur unter engen Voraussetzungen zu, die insbesondere sicherstellen, dass nicht die strikten Begrenzungen unterlaufen werden, die nach Art. 87 a IV GG einem Einsatz der Streitkräfte zum Kampf in inneren Auseinandersetzungen gesetzt sind.“ (BVerfG aaO)

## III. Zur dritten Vorlagefrage

Bei der dritten Vorlagefrage geht es darum, ob über den so eingeschränkten Einsatz der Streitkräfte mit spezifisch militärischen Mitteln in Eilfällen allein der Verteidigungsminister entscheiden kann.

### 1. Zuständigkeitsregelung im GG

Das Grundgesetz unterscheidet systematisch zwischen Befugnissen und Zuständigkeiten der Bundesregierung und solchen einzelner Bundesminister (s. etwa einerseits Art. 84 II, 87 a IV 1, 91 II 3, 108 VII GG, andererseits Art. 65 S. 2, 65 a, 95 II, 112 S. 1 GG). Art. 35 III 1 GG weist die Befugnis, im Fall des überregionalen Katastrophennotstandes Einheiten der Streitkräfte einzusetzen, der Bundesregierung zu. Die Bundesregierung besteht nach Art. 62 GG aus dem Bundeskanzler und den Bundesministern.

„Der **Einsatz der Streitkräfte im überregionalen Katastrophennotstand** setzt danach einen Beschluss der Bundesregierung als Kollegium (vgl. BVerfGE 26, 338 [396] = NJW 1970, 29 L; BVerfGE 91, 148 [166] = NJW 1995, 1537 = NVwZ 1995, 781 L; BVerfGE 115, 118 [149] = NJW 2006, 751 = NVwZ 2006, 447 L) voraus. Es gilt **nichts anderes** als für den Einsatz der Streitkräfte im **Fall des inneren Notstandes**, für den Art. 87 a IV 1 GG ebenfalls die Entscheidungszuständigkeit der Bundesregierung vorsieht und der unstreitig nur auf Grund eines Kabinettsbeschlusses zulässig ist (s. statt vieler Heun, in: Dreier, GG, Bd. III, 2. Aufl. [2008], Art. 87 a Rn. 33; Baldus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 6. Aufl. [2010], Art. 87 a Rn. 160; Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl. [2011], Art. 87 a Rn. 8; Hemekamp, in: v. Münch/Kunig, GG II, 6. Aufl. [2012], Art. 87 a Rn. 37; Denninger, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR, 2. Aufl. [1994], § 16 Rn. 60).“ (BVerfG aaO)

### 2. keine Delegationsbefugnis

Allerdings könnte die Bundesregierung zur Delegation der zugewiesenen Beschlusszuständigkeit auf ein einzelnes Mitglied befugt sein.

„**Staatsorganisationsrechtliche Kompetenzen stehen im Grundsatz nicht zur freien Disposition ihrer Träger** (vgl. zum Verhältnis von Bundes- und Länderkompetenzen BVerfGE 1, 14 [35] = NJW 1951, 877; BVerfGE 39, 96 [109] = NJW 1975, 819; BVerfGE 41, 291 [311] = NJW 1976, 1443; BVerfGE 63, 1 [39] = NVwZ 1983, 537). Sie sind daher grundsätzlich **weder verzichtbar noch beliebig delegierbar**. Darin unterscheiden sie sich von subjektiven Rechten, über die der Inhaber im Prinzip verfügen kann.“ (BVerfG aaO)

### 3. keine besondere Eilkompetenz

Fraglich ist jedoch, ob nicht in Eilfällen etwas anderes gelten muss. Eine solche Eilkompetenz des Verteidigungsministers ist jedoch im Grundgesetz nicht vorgesehen.

*„Eine **Eilkompetenz** für ein anderes als das regulär vorgesehene Organ, wie sie in verschiedenen Grundgesetzbestimmungen für den Fall der Gefahr im Verzug vorgesehen ist (Art. 13 II, III 4, IV 2, V 2 Halbs. 2 GG; vgl. auch Art. 119 S. 3 GG: Auswechslung des Weisungsadressaten bei Gefahr im Verzug), **sieht Art. 35 III 1 GG nicht vor**; ermächtigt wird allein die Bundesregierung. Danach besteht eine Delegationsbefugnis der Bundesregierung oder eine Befugnis des Gesetzgebers zu abweichender Zuständigkeitsbestimmung auch für Eilfälle nicht (vgl. Bauer, in: Dreier, GG, 2. Aufl. [2006], Art. 35 Rn. 32; v. Danwitz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. [2010], Art. 35 Rn. 79; Hömig, in: ders., GG, 9. Aufl. [2010], Art. 35 Rn. 10; Erguth, in: Sachs, GG, 6. Aufl. [2011], Art. 35 Rn. 41; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. [2011], Art. 35 Rn. 8; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, 12. Aufl. [2011], Art. 35 Rn. 49; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. [2012], Art. 35 Rn. 29; Martínez Soria, DVBl 2004, 597 [603]; v. Danwitz, Rechtsfragen terroristischer Angriffe auf Kernkraftwerke, 2002, S. 56; Arndt, DVBl 1968, 729 [732]; Sattler, NVwZ 2004, 1286 [1289]; Lepsius, in: Festgabe für Burkhard Hirsch, 2006, S. 47 [57]).“ (BVerfG aaO)*

Eine Kompetenz des Verteidigungsministers ergibt sich auch nicht aus seiner Ressortzuständigkeit.

*„Die Ressortzuständigkeit der Bundesminister (Art. 65 S. 2 GG) und die Zuweisung der Befehls- und **Kommandogewalt über die Streitkräfte** an den Bundesminister der Verteidigung (Art. 65 a GG) können eine abweichende Auslegung (vgl. Epping, Schriftliche Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Sachverständigenanhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages v. 26. 4. 2004, ADr 15 [4]102B, S. 8) nicht begründen, weil **Art. 35 III 1 GG** für die Befugnis, über den Einsatz der Streitkräfte im überregionalen Katastrophennotstand zu entscheiden, eine demgegenüber **speziellere Regelung** trifft.“ (BVerfG aaO)*

Angesichts der nach **Wortlaut und Systematik** eindeutigen ausschließlichen Kompetenzzuweisung an die Bundesregierung kann eine abweichende Zuständigkeit nicht aus einem **auf wirksame Gefahrenabwehr gerichteten Zweck des Art. 35 III GG** (vgl. Franz, Der Staat 45 [2006], 501 [530]; Franz/Günther, VBIBW 2006, 340 [343]; Schenke, NJW 2006, 736 [737 f.]; Palm, AöR 132 [2007], 95 [104]; Ladiges, Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum, 2007, S. 252) oder aus staatlichen Schutzpflichten (Epping, S. 8) abgeleitet werden.

*„Der Verfassungsgesetzgeber hat **Einsätze der Streitkräfte bewusst nur unter engen Voraussetzungen zugelassen**. Für die Auslegung der betreffenden Vorschriften, die in einer politisch hochumstrittenen Materie als Ergebnis ausführlicher, kontroverser Diskussionen zu Stande gekommen sind, gilt das Gebot **striker Texttreue**. Jedenfalls deshalb **verbietet sich** eine auf die Vermeidung von Schutzlücken gerichtete **teleologische Verfassungsinterpretation**, die vom bewusst und in Übereinstimmung mit der Systematik gewählten ausdrücklichen Wortlaut abweicht. Aus demselben Grund kann – unabhängig von der allgemeineren Frage des möglichen Stellenwerts von Notstandsgesichtspunkten, die in positiven Verfassungsbestimmungen gerade nicht aufgegriffen sind – auch auf **ungeschriebene Sonderkompetenzen für Eil- und Notfälle** (vgl. Wieland, in: Fleck, Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, S. 167 [179]; Epping, Schriftliche Stellungnahme, S. 8) jedenfalls bei Art. 35 III 1 GG **nicht zurückgegriffen werden**.“ (BVerfG aaO)*

### 4. Zwischenergebnis zur dritten Vorlagefrage

*„Der Einsatz der Streitkräfte nach Art. 35 III 1 GG ist, auch in Eilfällen, allein auf Grund eines Beschlusses der Bundesregierung als Kollegialorgan zulässig.“ (BVerfG aaO)*

## 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  
§§ 195, 199 I

### Verjährungseinrede Unzulässige Erhebung durch den Verfahrenspfleger (BGH in MDR 2012, 1290; Beschluss vom 22.08.2012 – XII ZB 474/11)

BGB

Der **Verfahrenspfleger** kann für den **Betreuten** nicht die **Einrede der Verjährung** erheben.

„Wie seine Bezeichnung in § 276 FamFG zu erkennen gibt, hat der Verfahrenspfleger die **rechtlichen Interessen des Betreuten im Verfahren wahrzunehmen bzw. zur Geltung zu bringen**. Anders als der Betreuer in den jeweiligen Aufgabenkreisen gem. § 1902 BGB ist er jedoch **nicht (gesetzlicher) Vertreter** des Betreuten (Keidel/Budde, FamFG, 17. Aufl., § 276 Rn 27; MüKo-ZPO/Schmidt-Recla, 3. Aufl., § 276 FamFG Rn 3; Haußleiter/Heidebach, FamFG, § 276 Rn 1; Hahne/Munzig/Bohnert, BeckOK FamFG, § 276 Rn 8).

Bei der Einrede der Verjährung handelt es sich um eine **Einrede im materiellen Sinne** (Wernecke JA 2004, 331; MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl., § 214 Rn 4). Sie ändert die materielle Rechtslage und weist damit einen **rechtsgeschäftsähnlichen Charakter** auf (BGHZ 184, 128 = FamRZ 2010, 887; s. auch MüKo-BGB/Grothe, 6. Aufl. § 214 Rn 4; Staudinger, BGB, § 214 Rn 6). Deshalb **kann die Einrede grds. nur der Schuldner bzw. sein gesetzlicher Vertreter erheben** (vgl. BGHZ 131, 376 = NJW 1996, 1060).

Dem steht nicht etwa der Umstand entgegen, dass auch der **Streithelfer** im Zivilprozess gem. §§ 66, 67 ZPO für die Hauptpartei die Einrede der Verjährung erheben kann (s. dazu BGH VersR 1985, 80; MüKo-ZPO/Schultes, 3. Aufl., § 67 Rn 5; Musielak/Weth, ZPO, 9. Aufl., § 67 Rn 6). Denn die Besonderheit beim Streithelfer besteht darin, dass er durch die zu treffende Entscheidung in seiner eigenen Rechtsstellung betroffen wird und der Gesetzgeber ihm deshalb in § 67 ZPO ausdrücklich die Befugnis eingeräumt hat, Angriffs- und Verteidigungsmittel, damit also auch materielle Einreden für die Hauptpartei geltend zu machen (MüKo-ZPO/Schultes, 3. Aufl., § 67 Rn 5; Musielak/Weth, ZPO, 9. Aufl., § 67 Rn 6). Aus den gleichen Gründen kann auch der Bürge nach § 768 BGB die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen.“ (BGH aaO)

BGB  
§ 556 III 3

### Ausschlussfrist für Betriebskostenabrechnung Vorauszahlungspflicht (LG München II in ZMR 2012, 777; Urteil vom 22.03.2011 – 12 S 4491/10)

BGB

Eine Vereinbarung, wonach der Mieter die **Nebenkosten (erst) nach Erstellung der Betriebskostenabrechnung** zu tragen und mithin keine Vorauszahlungen zu leisten hat, stellt zwar keine verbreitete Vertragsgestaltung dar, ist jedoch zulässig. Die **vom Vermieter außerhalb der Frist des § 556 III 3 BGB geltend gemachte „Nachzahlung“ unterfällt in diesem Falle nicht der Ausschlussfrist** und zwar auch nicht in analoger Anwendung der Norm.

- I. Bereits nach dem **eindeutigen Wortlaut** findet § 556 III 3 BGB nur dann Anwendung, wenn der Mieter Nebenkostenvorauszahlungen leistet, nicht aber in dem Fall, in dem zwar die Nebenkosten auf den Mieter umgelegt, aber gerade keine Vorauszahlungen geleistet werden.

„Es mag sich bei der Vereinbarung, dass der Mieter die Nebenkosten nach Abrechnung zu tragen, aber keine Vorauszahlungen zu leisten hat, um eine nicht sonderlich häufige Vertragsgestaltung handeln; sie ist jedoch zulässig (vgl. Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 556 Rn 27, 247, 251).

„Nachforderung“ i. S. d. § 556 III 3 BGB bedeutet einen die Nebenkostenvorauszahlungen übersteigenden Betrag und ist daher nicht gleichzusetzen mit einer überhaupt erstmals nach Abrechnung über die Nebenkosten entstandenen Forderung ohne Vorauszahlungen. Auch nach **Sinn und Zweck der Regelung** ist nicht allein der **Rechtsfrieden** maßgebend, sondern das **Vertrauen des Mieters**, nicht mit unvorhergesehenen Nachforderungen zusätzlich überzogen zu werden.“ (LG München II aaO)

- II. Eine **analoge Anwendung von § 556 III 3 BGB** ist nicht möglich, denn sie **widerspräche dem eindeutigen Wortlaut der Norm**.

„I. Ü. spiegelt § 556 III 3 BGB auch das **Interesse des Mieters** daran wieder, dass er nur durch eine Abrechnung überprüfen kann, ob die von ihm geleisteten Vorauszahlungen angemessen sind. Auch dies spricht gegen eine analoge Anwendung.

Ferner spricht auch gegen eine analoge Anwendung von § 556 III 3 BGB, dass der Vermieter nur mit einer Nachforderung ausgeschlossen ist. Er darf - nach Abrechnung - die Nebenkostenvorauszahlungen in voller Höhe behalten, vorausgesetzt, die tatsächlich angefallenen Nebenkosten erreichen die Höhe der Vorauszahlungen bzw. übersteigen diese. Eine analoge Anwendung des § 556 III 3 BGB bei nicht geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen würde hingegen dazu führen, dass der Vermieter entweder mit seiner Forderung gänzlich ausfällt, was **Sinn und Zweck der Regelung** nicht entspricht, oder aber es müsste in ergänzender Vertragsauslegung bei einem derart atypischen Fall eine angemessene Nebenkostenvorauszahlung geschätzt werden, die dem Vermieter zuzubilligen wäre (vgl. Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 556 Rn 251 a. E.).“ (LG München II aaO)

BGB  
§ 647

### Werkunternehmerpfandrecht Auftragserteilung durch dritte Person (OLG Karlsruhe in MDR 2012, 1284; Urteil vom 16.02.2012 – 9 U 168/11)

BGB

Wenn ein **Dritter** - und nicht ein Eigentümer des Fahrzeugs - einen **Reparaturauftrag im eigenen Namen erteilt** hat, **steht dem Inhaber der Kfz-Werkstatt gegenüber dem Eigentümer kein Unternehmerpfandrecht** zu. Ein Pkw-

Eigentümer kann in diesem Falle von dem Inhaber der Kfz-Werkstatt die Herausgabe seines Fahrzeugs gem. § 985 BGB verlangen.

„Ein **Unternehmerpfandrecht** konnte der Bekl. - die Voraussetzungen eines Pfandrechts i. Ü. unterstellt - **nach dem Wortlaut des Gesetzes nur an einer Sache des Bestellers** erlangen. Besteller war unstrittig nicht die Kl., sondern ihr Ehemann. Da sich das Fahrzeug im Eigentum der Kl. befindet, kommt ein Pfandrecht nicht in Betracht. Es kommt dabei weder darauf an, ob die Kl. dem Lackierauftrag zugestimmt hat, noch darauf, ob dem Bekl. bei Auftragserteilung die Eigentumsverhältnisse bekannt waren (vgl. hierzu Palandt/Sprau, BGB, 71. Auflage 2012, § 647 Rn 3).“ (OLG Karlsruhe aaO)

BGB  
§ 652 I 1

**Maklervertrag**  
Provisionsverlangen in Internet-Inserat

BGB

(BGH in MMR 2012, 732; Urteil vom 03.05.2012 – III ZR 62/11)

Ein ausdrückliches **Provisionsverlangen** kann **auch in einem Internet-Inserat** enthalten sein, wenn der Hinweis so gestaltet und geeignet ist, dem durchschnittlichen Interessenten die entstehende Provisionspflicht unzweifelhaft vor Augen zu führen. Ein solches eindeutiges Provisionsverlangen gegenüber dem Kaufinteressenten ist in der Angabe „Provision 7,14%“ direkt unter der Angabe der Vermarktungsart (Kauf) und des Kaufpreises zu sehen.

„Ein Angebot auf Abschluss eines Maklervertrags ist grds. noch nicht in einer Zeitungs- oder Internetanzeige des Maklers, wie hier der Kl. im Internetportal „ImmobilienScout24“, zu sehen. Ein Vertragsschluss kommt deshalb regelmäßig noch nicht dadurch zu Stande, dass ein Makler mit Zeitungs- oder Internetanzeigen werbend im geschäftlichen Verkehr auftritt und sich der Interessent daraufhin von sich aus an ihn wendet. Es handelt sich bei solchen **Inseraten** lediglich um eine **invitatio ad offerendum**, denn damit wendet sich der Makler an einen unbestimmten Kreis von potentiellen Interessenten (vgl. BGHZ 95, 393 und BGH WM 1971, 1098; MüKo-BGB/Roth, 5. Aufl., § 652 Rn 47, 51; Staudinger/Reuter, BGB, Neubearb. 2010, §§ 652, 653 Rn 11; Fischer NJW 2009, 3210).

Eine dadurch veranlasste Kontaktaufnahme des Interessenten mit dem Makler kann aber dann zum Abschluss eines Maklervertrags führen, wenn der Makler sein **Provisionsverlangen im Inserat bereits ausdrücklich und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht** hat. Weist er in einem Zeitungs- oder im Internetinserat eindeutig auf die fällig werdende Maklerprovision hin, sodass der Interessent von einer eigenen Provisionspflicht ausgehen kann, und erhält dieser auf seine daraufhin erfolgte Anfrage Namen und Anschrift des Verkäufers, löst dies den Anspruch auf Zahlung der Provision aus (vgl. MüKo-BGB/Roth aaO, § 652 Rn 51). Die Bezugnahme des Interessenten auf diese Anzeige bestimmt dabei den Inhalt des Nachweis- oder Vermittlungersuchens so, dass der Makler von einem Angebot auf Abschluss eines solchen Maklervertrags ausgehen kann, nachdem er sein Provisionsverlangen zunächst ohne Preisgabe der Vertragsgelegenheit in seinem Inserat hinreichend deutlich geäußert hatte (vgl. MüKo-BGB/Roth aaO, § 652 Rn 47; Fischer NJW 2009, 3211; a.A. OLG Brandenburg NJW-RR 2009, 1145).“ (BGH aaO)

StGB

**Verbreiten/Verwenden**

BDG

§§ 86 I Nr. 4, 86a I Nr. 1

**von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen**

Kennzeichen einer SS-Panzer-Division

(OLG Rostock in NSTz 2012, 572; Urteil vom 09.09.2011 – 1 Ss 31-11 I 47/11)

Bei dem **Truppenkennzeichen der 2. SS-Panzer-Division „Das Reich“** handelt es sich um ein **Kennzeichen einer verfassungswidrigen Organisation** i.S. § 86a I Nr. 1 i.V.m. § 86 I Nr. 4 StGB.

- I. § 86a StGB dient der **Abwehr der symbolhaft** durch die Verwendung eines Kennzeichens ausgedrückten **Wiederbelebung bestimmter verfassungsfeindlicher Organisationen**. Als abstraktes Gefährdungsdelikt wehrt die Vorschrift Gefahren ab, die allein mit dem äußeren Erscheinungsbild solcher Kennzeichen verbunden sind, und verbannt deshalb die von diesen Organisationen verwendeten Symbole aus dem Bild des politischen Lebens (BGHSt 52, 364).
- II. Die **Rspr.** hat mit Blick auf den **Schutzzweck der Norm** einen **weiten Kennzeichenbegriff** entwickelt (BGHSt 52, 364): Kennzeichen sind danach alle sicht- und hörbaren Symbole, deren sich die in § 86 I Nr. 1, 2 und 4 StGB aufgeführten Organisationen bedienen und bedient haben, um propagandistisch auf ihre politischen Ziele und die Zusammengehörigkeit ihrer Anhänger hinzuweisen.

Für die Kennzeicheneigenschaft kommt es dabei weder darauf an, ob das Symbol einen gewissen Bekanntheitsgrad als Erkennungszeichen einer bestimmten Vereinigung oder Organisation besitzt (vgl. BGHSt 47, 354), noch ist von Bedeutung, ob das Kennzeichen mehrdeutig ist und deshalb auch in unverfänglichen Zusammenhängen Verwendung findet (vgl. zum stilisierten Keltenkreuz BGHSt 52, 364). Maßgeblich für die Begründung der Kennzeicheneigenschaft ist allein, dass sich die Organisation ein bestimmtes Kennzeichen durch Übung oder durch einen formalen Autorisierungsakt als Symbol zu Eigen gemacht hat (vgl. Fischer, StGB, 58. Auflage, § 86a Rn 4 m. w. Nachw.).

- III. Am **Schutzzweck der Norm** orientiert sich auch die Wortauslegung des Begriffs der „Ähnlichkeit“ i.S.d. § 86a II 2 StGB: Danach sind nur solche Parolen, wie auch sonstige Kennzeichen, „zum Verwechseln ähnlich“, denen ein **gesteigerter Grad sinnlich wahrnehmbarer Ähnlichkeit mit dem Original** zukommt.

Erforderlich ist hierfür eine objektiv vorhandene Übereinstimmung in wesentlichen Vergleichspunkten. Es muss nach dem Gesamteindruck eines durchschnittlichen Betrachters, Hörers oder Lesers eine Verwechslung mit dem Original möglich sein. Dafür genügt nicht, dass sich lediglich einzelne Merkmale des Vorbildes in der Abwandlung wiederfinden, ohne dass dadurch einem unbefangenen Betrachter, der das Original kennt, der Eindruck des Originalkennzeichens vermittelt wird (BGH NSTz 2003, 31; BGH NJW 2005, 3223).

Erforderlich ist ferner, dass das Vorbild tatsächlich als Kennzeichen einer verbotenen Organisation existiert. Reine Fantasiekennzeichen, die nur den Anschein der Zuordnung zu einer Organisation erwecken, werden von dem Tatbestand nicht erfasst (BGH NJW 2005, 3223).

- IV. Die Beantwortung der Frage, ob Verwechslungsfähigkeit i.S.d. § 86a II 2 StGB besteht, erfordert nach diesen Auslegungsgrundsätzen einen **Gesamtvergleich des ursprünglichen Kennzeichens mit dem neu geschaffenen**.

**Zu berücksichtigen sind** hierbei **alle wesentlichen Merkmale**, die das Original prägen. Ergibt dieser Vergleich, dass das Vorbild infolge der vorgenommenen Veränderungen oder Ergänzungen eine so starke Verfremdung erfahren hat, dass sein ursprüngliches Erscheinungsbild in den Hintergrund tritt oder dass es dadurch sogar seinen Bedeutungsgehalt verliert, besteht die Gefahr einer Verwechslung nicht (BGH NJW aaO; BVerfG aaO; Reuter, Verbotene Symbole, S. 147). Dies entspricht der Intention des Gesetzgebers, der durch die Einführung des § 86a II 2 StGB lediglich die Strafbarkeit leicht abgewandelter Symbole nationalsozialistischer Organisationen sicherstellen wollte (BT-Dr 12/6853, S. 23).

- V. Bei dem hier in Frage stehenden Kennzeichen handelt es sich um ein solches, das dem Truppenkennzeichen der 2. SS-Panzerdivision „Das Reich“ **zum Verwechseln ähnelt**.

„Die **Unterschiede bestehen in marginalen farblichen Abweichungen**. Die 2. SS-Panzerdivision „Das Reich“ fällt aber als Teil- bzw. Unterorganisation der SS unter §§ 86a I Nr. 1, 86 I Nr. 4 StGB, so dass sich das Verwenden ihres Kennzeichens als strafbar entsprechend der vorstehenden Normen erweist.

[Es] kommt nicht darauf an, dass die Entwicklung der Truppenkennzeichen (ggf.) „nicht auf dem Diktat des Naziregimes“ beruhen und „bei Einräumung freier Gestaltungsmöglichkeiten“ erfolgt sein mögen. Entscheidend ist vielmehr, dass die 2. SS-Panzer-Division „Das Reich“ der SS bzw. Waffen-SS als ehemaliger nationalsozialistischer Organisation (vgl. auch BGH NJW 2005, 3223) zuzurechnen ist und das von ihr benutzte grafische Erkennungsmerkmal diese Zugehörigkeit auch nach außen dokumentiert. Es ist daher geeignet, in- und ausländischen Beobachtern den **Eindruck zu vermitteln**, in der Bundesrepublik würde die **Wiederbelebung entsprechender Organisationen angestrebt**. Dies soll nach dem Schutzzweck der Norm jedoch gerade vermieden werden. Dabei ist es nicht von Belang, ob das Kennzeichen einen gewissen Bekanntheitsgrad als Symbol der verfassungswidrigen Organisation besitzt, da dieser angesichts der Möglichkeiten der aktuellen Medien einem schnellen Wechsel unterliegt (vgl. BGHSt 47, 354).“ (OLG Rostock aaO)

StGB  
§ 154 II

**Meineid**  
Vorliegen eines minder schweren Falls  
(BGH in NSTz 2012, 567; Beschluss vom 04.07.2012 – 5 StR 219/12)

StGB

Liegen die **Voraussetzungen für die Vereidigung eines Zeugen nach § 59 I 1 StPO nicht vor**, kann im Hinblick auf die Ahndung des von ihm begangenen Meineids in Ansehung des objektiv verfahrensfehlerhaften Vorgehens des Gerichts im Ausgangsverfahren ein **minder schwerer Fall i.S.v. § 154 II StGB** gegeben sein.

„Die für diese Tat verhängte Einzelstrafe von 2 Jahren und 8 Monaten hat das LG dem Regelstrafrahmen des § 154 I StGB entnommen und das Vorliegen eines minder schweren Falls abgelehnt. Zwar hat es bei der Strafrahmenwahl zutreffend eine Strafmilderung wegen der unterbliebenen – jedoch objektiv gebotenen – Belehrung gem. § 55 StPO verneint, weil der zur Aussage entschlossene Angekl. sich auch durch den Hinweis auf sein Aussageverweigerungsrecht nicht von der **Falschaussage hätte abhalten lassen** (vgl. BGH BGHR StGB § 157 I Selbstbegünstigung 4). Es hat zudem rechtsfehlerfrei das Vorliegen eines Eidesverbots nach § 60 Nr. 2 StPO verneint. Gleichwohl hätte das LG bei der Prüfung, ob ein minder schwerer Fall des Meineids nach § 154 II StGB vorliegt, strafmildernd berücksichtigen müssen, dass bereits die Voraussetzungen für eine Vereidigung des als Zeugen vernommenen Angekl. nach der Neuregelung des § 59 I 1 StPO, wonach die Nichtvereidigung eines Zeugen der Regelfall und die Vereidigung die Ausnahme ist, bei zutreffendem Rechtsverständnis nicht vorlagen. Denn die Aussage des Angekl. war für das Ermittlungsverfahren, das anschließend ohne Verzögerung gegen L weiterbetrieben wurde, schon damals absehbar nicht von ausschlaggebender Bedeutung; auch lassen die Feststellungen nicht erkennen, dass eine Vereidigung zur Herbeiführung einer wahren Aussage notwendig gewesen wäre (vgl. LR-Ignor/Bertheau, 26. Aufl., § 59 Rn 6ff.). Angesichts einer aus Rechtsgründen nicht angezeigten, mithin objektiv verfahrensfehlerhaften Vereidigung lag für das LG die Annahme eines minder schweren Falls auf der Hand (vgl. BGHSt 17, 128; Fischer, 59. Aufl., § 154 Rn 19 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

StGB  
§ 224 I Nr. 2

**Gefährliche Körperverletzung**  
Quarzhandschuhe als gefährliches Werkzeug  
(BGH in NSTz 2012, 563; Urteil vom 26.04.2012 – 4 StR 51/12)

StGB

Quarzhandschuhe sind i. d. R. als **gefährliche Werkzeuge i.S.d. § 224 I Nr. 2 StGB** anzusehen.

„Ein gefährliches Werkzeug ist ein solches, das nach seiner **objektiven Beschaffenheit** geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen auszuführen. **Eingenähter Sand in Handschuhen verstärkt deren Schlagwirkung** und hat eine solche Wirkung (vgl. BGH NSTz-RR 2011, 111).“ (BGH aaO)

StVG  
§ 22 I Nr. 3 Alt. 4

**Kennzeichenmissbrauch**  
Pkw-Kennzeichen  
(LG Verden in NSTz-RR 2012, 282; Beschluss vom 03.05.2012 – 1 Qs 36/12)

StVG

Das **Anbringen eines einzelnen neu für den Pkw zugelassenen Kennzeichenschildes vorn unter Beibehaltung des sich davon unterscheidenden alten nicht mehr zugelassenen, aber noch nicht entstempelten Kennzeichenschildes hinten** und die anschließende Teilnahme am Straßenverkehr stellt zwar **keine Urkundenfälschung** nach § 267 StGB dar, kann jedoch den Tatbestand des **Kennzeichenmissbrauchs** nach § 22 I Nr. 3 Alt. 4 StVG erfüllen.

- I. Der Straftatbestand der **Urkundenfälschung gem. § 267 StGB** ist nicht erfüllt.

„Als **Tathandlungen** kommen hier zum einen das Anbringen des vorderen neuen Kennzeichens durch den Angesch. im Rahmen der Neuzulassung seines Pkw bei der Kraftfahrzeugzulassungsstelle in Betracht und zum anderen die Tatsache, dass der Angesch. es in der Folgezeit unterlassen hat, das vormalige Kennzeichen, das bereits für ein anderes Fahrzeug zugelassen war, hinten von seinem Pkw abzumontieren und durch das neu ausgegebene Kennzeichen zu ersetzen, was er von der Zulassungsstelle erhalten hatte. Das im Rahmen der Prüfung des § 267 StGB in Bezug zu nehmende Verhalten des Angesch. bestimmt sich in Anwendung der ständigen Rspr. zur **Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen** nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit (vgl. BGHSt 6, 59). Vorliegend liegt ein **eindeutiges Übergewicht der Vorwerfbarkeit** auf dem Umstand, dass der Angesch. das **alte Kennzeichen weiterhin hinten an seinem Fahrzeug beließ**, obwohl er bereits vorn das neue, auf den Pkw zugelassene Kennzeichen angebracht hatte und damit am öffentlichen Straßenverkehr teilnahm. Denn durch das alleinige Auswechseln des Kennzeichens vorn handelte er isoliert betrachtet in nicht vorwerfbarer Weise, da er rechtmäßig das ihm von der Zulassungsstelle ausgegebene neue Kennzeichen mit dem richtigen Zuordnungsobjekt, seinem Pkw, wie vorgesehen verbunden hat. Damit ist hier die strafrechtliche Einordnung des Unterlassens der Auswechslung des alten Kennzeichens für die Verwirklichung der Urkundenfälschung gem. § 267 StGB entscheidend. Die **Tathandlungen des Herstellens einer unechten Urkunde und des Verfälschens einer echten Urkunde sind durch ein Unterlassen regelmäßig nicht zu verwirklichen** (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 267 Rn 63; Gribbohm, LK-StGB, 11. Aufl., § 267 Rn 184 und 213), so dass das Verhalten des Angesch. hier nicht Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit nach § 267 StGB sein kann.

Hilfsweise ist an dieser Stelle anzumerken, dass selbst wenn man vorliegend das Anbringen des neuen Kennzeichens vorn als relevante Tathandlung ansehen würde, man auch nicht zu einem strafbewehrten Verhalten i.S. einer Urkundenfälschung käme. Denn durch das Anbringen des neuen, seinem Pkw zugeordneten Kennzeichens würde der Angesch. **nicht über die Identität des Ausstellers** – also der Kraftfahrzeugzulassungsstelle – **täuschen**, da ja gerade dieser die Gedankenerklärung nach dem Urkundeninhalt zuzurechnen wäre, er würde also weder eine unechte Urkunde herstellen noch eine echte Urkunde verfälschen, da auch der nunmehr geänderte Gedankeninhalt des Pkw mit den unterschiedlichen Kennzeichen als zusammengesetzte Urkunde, vielleicht in Bezug auf das hintere Kennzeichen nunmehr inhaltlich unrichtig, aber immer noch von demselben Aussteller herrühren würde.

In der Tatsache, dass der Angesch. mit seinem Pkw, ausgestattet mit einem zugelassenen neuen Kennzeichen vorn und einem alten nicht mehr gültigen Kennzeichen hinten am öffentlichen Straßenverkehr teilnahm, kann **kein Gebrauchen einer tatbestandsrelevanten Urkunde** i.S. des § 267 I Alt. 3 StGB gesehen werden, da der Angesch. durch das Unterlassen keine unechte Urkunde hergestellt noch eine echte Urkunde verfälscht hat – wie soeben dargelegt – und nur ein Gebrauchen des Produktes einer Handlung nach der ersten oder zweiten Alternative des § 267 I StGB unter diese Vorschrift fällt.“ (LG Verden aaO)

- II. Durch das unterlassene Abmontieren des alten Kennzeichens hinten in dem Wissen, dass vorn bereits das nunmehr neu zugelassene und damit allein gültige Kennzeichen für den Pkw angebracht war und in der Absicht, durch das verbotswidrige Gebrauchen seines Pkw in diesem Zustand mit zwei unterschiedlichen Kennzeichen falschen Beweis zu erbringen, da man nur bei Ablesen des hinteren Kennzeichens sein Fahrzeug und damit die Halter- und Führeigenschaft diesem auf Grund erloschener behördlicher Zuordnung nicht zuordnen konnte, kann aber der Tatbestand eines **Kennzeichenmissbrauchs nach § 22 I Nr. 3 Alt. 4 StVG** gegeben sein.

„Nach vorbezeichneter Vorschrift macht sich strafbar, wer in rechtswidriger Absicht das an einem Kraftfahrzeug angebrachte amtliche Kennzeichen sonst **in seiner Erkennbarkeit beeinträchtigt**. Es bedarf zunächst wiederum der Entscheidung, welchem Verhalten des Angesch. der strafrechtliche Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit zuzuschreiben ist. In Anlehnung an die Beurteilung des Sachverhalts im Rahmen des § 267 StGB ist auch hier die strafrechtliche Relevanz auf das Beibehalten des alten Kennzeichens hinten am Fahrzeug konzentriert. Nähme man das – zwar noch nicht entstempelte – aber dennoch bereits für einen anderen Anhänger ausgegebene hintere Kennzeichen als angebrachtes amtliches Kennzeichen und damit als Ausgangspunkt der Betrachtung, welches durch das Anbringen des neuen Kennzeichens vorn in seiner Erkennbarkeit beeinträchtigt sein könnte, so würde dies dem **Schutzzweck der Norm zuwiderlaufen**. Denn von § 22 StVG sind nur von der Zulassungsbehörde zugeteilte amtliche Kennzeichen geschützt (vgl. Hentschel/König/Dauer, StraßenverkehrsR, 41. Aufl., § 22 StVG Rn 1), so dass das **alte Kennzeichen mangels aktueller Zuordnung zu dem Fahrzeug** des Angesch. **nicht von dieser Strafvorschrift geschützt** wird. Durch das Belassen des nicht mehr für das Kraftfahrzeug zugelassenen Kennzeichens hinten hat der Angesch. die Feststellung und Erkennbarkeit des Kraftfahrzeuges und des für jenes zugelassenen Kennzeichens vorn erschwert und damit nach vorläufiger rechtlicher Bewertung die vierte Alternative des § 22 I Nr. 3 StVG erfüllt. Dabei kann auch ein Unterlassen tatbestandsmäßig sein (vgl. OLG Stuttgart DAR 2011, 542ff.). Ferner ist bei allen Tatbestandsalternativen des § 22 I Nr. 3 StVG gerade nicht Voraussetzung, dass die **Beeinträchtigung des Kennzeichens** auf eine **unmittelbare Manipulation** desselben zurückgehen muss (vgl. OLG Stuttgart DAR 2011, 542; BayObLG DAR 1981, 242; Hentschel/König/Dauer, § 22 StVG, Rn 4 und 5; a.A.: Burmann/Heß/Jahnke, StraßenverkehrsR, 22. Aufl., § 22 StVG Rn 5 m. w. Nachw.), so dass auch durch das Beibehalten zweier unterschiedlicher Kennzeichen das angebrachte zugelassene Kennzeichen allein durch das weitere Vorhandensein des nicht mehr amtlich zugeteilten Kennzeichens in seiner Erkennbarkeit beeinträchtigt sein kann. Denn Erkennbarkeit bedeutet in diesem Fall, die **richtige Zuordnung des amtlich zugelassenen Kennzeichens** für das betreffende Kraftfahrzeug zu **ermöglichen**, was vorliegend erschwert bzw. beeinträchtigt war. Denn für Verkehrsteilnehmer, die sich hinter dem Pkw des Angesch. im öffentlichen Straßenverkehr bewegt haben, war das Kraftfahrzeug nicht dem amtlich zugelassenen Kennzeichen und damit auch dem richtigen eingetragenen Halter zuzuordnen. Die für ein tatbestandsmäßiges Unterlassen erforderliche **Garantenpflicht** des Angesch. ergibt sich aus dem Gesetz. Denn nach § 10 V FZV müssen (zugelassene) Kennzeichen an der Vorder- und Rückseite des Kraftfahrzeuges vorhanden und fest angebracht sein. Eine Garantenstellung der Mitarbeiter der Kfz-Zulassungsstelle statuiert die Fahrzeug-Zulassungsverordnung gerade nicht, vielmehr ist derjenige, der die amtliche Zulassung seines Fahrzeuges beantragt (§ 6 FZV) und dem durch die Zulassungsbehörde sodann ein Kennzeichen zugeteilt wird (§ 8 FZV), **für die ordnungsgemäße Anbringung der Kennzeichen an seinem Fahrzeug selbst verantwortlich**.“ (LG Verden aaO)

**Studenten**, die nach einer bestimmten Prüfungsordnung ihr Studium aufgenommen haben, sind **nicht davor geschützt**, ihr Studium ohne Änderung der Prüfungsordnung beenden zu können.

„Insbes. den Grundrechten aus Art. 12 I und 3 I GG lässt sich ein derartiger **Vertrauensschutz nicht generell** entnehmen (vgl. VGH München BayVBl 2005, 761 m. w. Nachw.; BVerwG NVwZ 2002, 206 m. w. Nachw.). Denn den **Individualinteressen des Studenten** steht insoweit das **Interesse des Satzungsgebers** entgegen, Studiengänge und damit einhergehende Prüfungsordnungen zu ändern (vgl. VGH München BayVBl 2005, 761). Sinn und Zweck der vom Satzungsgeber verfolgten Einführung von Regelprüfungs-terminen, war es gerade, die Studiendauer – auch im Hinblick auf den europäischen Wettbewerb und vor dem Hintergrund des Bologna-Prozesses – zu beschleunigen, die **Qualität des rechtswissenschaftlichen Studiums zu optimieren** und **vorhandene Kapazitäten besser ausnutzen** zu können (vgl. LT-Dr 4/849 S.1, 4), und dem Grundsatz der Chancengleichheit im Prüfungsverfahren mehr Geltung zu verschaffen.

Der Kl. war zum Zeitpunkt der Einführung dieser Neuregelungen bereits im 20. Semester. Zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Bescheide befand er sich im 26. bzw. 27. Semester. Anhaltspunkte dafür, dass er darauf vertrauen konnte, ein begonnenes und bereits überlang andauerndes Studium unbegrenzt fortführen zu können, bestehen nicht (vgl. BVerwG NVwZ 2002, 206 m. w. Nachw.).“ (OVG Greifswald aaO)

---

MTA-APrV  
§§ 14 II, 17 II

**Verfahrensfehler**  
**Fehlende Beteiligung eines berufenen Prüfers**  
(VGH Mannheim in VBIBW 2012, 387; Beschluss vom 29.02.2012 – 9 S 2793/10)

öffR

Im Falle der **fehlenden Beteiligung eines zur Abnahme und Bewertung einer Prüfung berufenen Prüfers** lässt sich grds. nicht ausschließen, dass die versäumte Beteiligung das **Ergebnis der Prüfung beeinflusst** hat.

„Gem. § 14 II 1 i. V. m. § 17 II der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Technische Assistenten in der Medizin - MTA-APrV - (BGBl. I 1994 S. 922) wird der praktische Teil der Prüfung in jedem einzelnen Fach von zwei Fachprüfern, darunter mindestens einem Fachprüfer nach § 3 I Nr. 3 b, abgenommen und benotet. Der praktische Teil der Prüfung ist bestanden, wenn jedes Fach mindestens mit „ausreichend“ benotet wird (§ 14 II MTA-APrV). Aus dieser Regelungssystematik ergibt sich, dass das Ergebnis der Bewertung der Leistungen in einem einzelnen Fach eine einheitliche Note sein muss und die **beiden Fachprüfer dazu berufen sind, eigenverantwortlich und abschließend über diese Note zu entscheiden**. In einem solchen Fall ist indes den Vorgaben des Art. 12 I GG nur genügt, wenn beide Prüfer die **Prüfungsleistungen selbst, unmittelbar und vollständig zur Kenntnis genommen** haben. Denn nur so werden die für die Bewertung verantwortlichen Personen in die Lage versetzt, anhand ihrer Erfahrungen und Einschätzungen die erforderlichen Wertungen zu treffen, zu gewichten und untereinander ins Verhältnis zu setzen (vgl. BVerfG NVwZ 1995, 469; BayVGH NVwZ-RR 2007, 532; Niehues/Fischer, Prüfungsrecht, 5. Aufl. 2010, Rn 558, 527, 529 m. w. Nachw.).“ (VGH Mannheim aaO)



## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

### Prozessstandschaft des früheren Vermieters Geltendmachung der Kautio für Grundstückserwerber (BGH in NZM 2012, 681; Urteil vom 25.07.2012 – XII ZR 22/11)

ZPO

1. Der Erwerber eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks tritt gem. §§ 566 I, 578 BGB in den vor Eigentumsübergang entstandenen und fälligen Anspruch des Veräußerers auf Leistung der Kautio ein.
2. Der als Prozessstandschafter auftretende, von der Hausverwaltung des Erwerbers ermächtigte **frühere Eigentümer** und Vermieter hat ein **eigenes rechtliches und wirtschaftliches Interesse** an der Rechtsverfolgung gegenüber dem mit der Kautionsleistung säumigen Mieter, wenn er nach Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag jenem für die ausstehende Mietkautio selbst **Sicherheit geleistet** und der Erwerber diese freizugeben sich verpflichtet hat, soweit die Kautio erbracht wird.

**Fall:** Die Kl. verlangen als frühere Eigentümer und Vermieter von Gewerberäumen von dem Bekl. als Mieter Leistung einer Kautio an die neue Eigentümerin (im Folgenden: Erwerberin). Mit Vertrag vom 18.06.1996 vermieteten die Kl. an den Bekl. Gewerberäume zur Nutzung als Rechtsanwaltspraxis. Im Mietvertrag (MV) vereinbarten die Parteien eine Mietkautio in Höhe von 16.000 DM. Die Kautio sollte durch verzinsliche Wertpapiere erbracht werden, wobei der Mieter des gemeinsamen Kontos die Kontoführungsgebühren tragen sollte, ihm aber auch die Zinserträge nach Abzug der Kontoführungsgebühren zustehen. Bei Fälligkeit der Wertpapiere sollte die Neuanlage von dem Mieter und der Vermieterin gemeinsam verfügt werden, wobei auch andere Formen von gleichwertiger Kautioerbringung möglich sein sollten.

Der Bekl. verpfändete als Sicherheit Bundesschatzbriefe i. H. von 16 000 DM. Im November 2006 bat er die Kl. um Pfandfreigabe, weil die Bundesschatzbriefe im Januar 2007 fällig wurden, und sagte zu, in Kürze eine neue Sicherheit beizubringen. Die Kl. erklärten daraufhin im Dezember 2006 die Pfandfreigabe. Sie forderten den Bekl. in der Folgezeit wiederholt erfolglos zur Leistung der Kautio auf. Mit notariellem Kaufvertrag vom 19.09.2007 verkauften die Kl. das Grundstück. Die Erwerberin wurde am 27.03.2008 im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. In dem notariellen Kaufvertrag vereinbarten die Kl. und die Erwerberin in Bezug auf die Kautionen der Mieter in § 9 Nr. 5 II u. a., dass - soweit zum Stichtag Mieter die vertraglich geschuldeten Sicherheiten nicht geleistet haben, Verkäufer und Käufer gemeinsam ein Sperrkonto errichten. Der Kl. als Verkäufer verpflichtet sich, unverzüglich nach dem Stichtag auf dieses Sperrkonto den dann noch offenen Kautionsbetrag i. H. von voraussichtlich 20 780,67 Euro (so der derzeit offene Betrag) einzuzahlen. Der Käufer verpflichtete sich, nach dem Stichtag bei den Mietern die ausstehenden Mietsicherheiten geltend zu machen und diese Sicherheiten, soweit möglich, einziehen. Soweit der Käufer von Mietern infolgedessen Mietsicherheiten erhielt, war der entsprechende Betrag von dem Sperrkonto zu Gunsten der Verkäufer auszukehren. Die auf dem Sperrkonto für den jeweiligen Mieter eingezahlten Beträge sollten als Sicherheit zur vertragsgemäßen Erfüllung der Verpflichtungen des Mieters dienen, als ob dieser Betrag vom Mieter selbst eingezahlt worden ist. In der Anlage C zu dem Kaufvertrag wird auch die Kautio des Bekl. i. H. von 8180,67 Euro als fehlend bezeichnet. Die Kl. haben den noch offenen Kautionsbetrag auf ein Konto eingezahlt.

Nunmehr verlangen die Kl. als Verkäufer und frühere Eigentümer von den Beklagten die Zahlung einer Barkautio. Wird die Klage Erfolg haben?

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

#### A. Zulässigkeit der Klage

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage stellt sich lediglich die Frage, ob die Kl. **prozessführungsbefugt** sind. Fraglich könnte sein, ob sie überhaupt noch als Inhaber des geltend gemachten Kautionszahlungsanspruchs in Betracht kommen. Steht der Anspruch der Erwerberin als neue Eigentümerin zu, so wäre eine Prozessführungsbefugnis der Kl., die in eigenem Namen klagen, nur anzunehmen, wenn ein **Fall zulässiger Prozessstandschaft** vorliegt.

##### I. Eigenes Recht in eigenem Namen

Zunächst könnten die Kl. ein eigenes Recht in eigenem Namen geltend machen. Dies wäre aber nur der Fall, wenn ihnen der Kautionszahlungsanspruch noch zusteht.

##### 1. Anspruchsübergang auf die Erwerberin

Der mietvertragliche Anspruch der Kl. könnte gem. §§ 566 I, 578 BGB i. V. mit § 6 MV auf die Erwerberin übergegangen sein, so dass die Kl. nicht mehr Rechtsinhaberinnen wären.

„Gem. §§ 566 I, 578 BGB tritt der **Erwerber** eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks an Stelle des Vermieters **in** die sich während der Dauer seines Eigentums **aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein**. Mit dem Eigentumsübergang entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter, allerdings mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat (st. Rspr.; Senat, NZM 2000, 711 = NJW 2000, 2346 m. w. Nachw.).

Von § 566 BGB erfasst werden allerdings nur solche **Rechte und Pflichten**, die als **mietrechtlich** zu qualifizieren sind oder die in **untrennbarem Zusammenhang mit dem Mietvertrag** stehen. Der Erwerber tritt deshalb nicht in Rechte und Pflichten ein, die außerhalb des Mietverhältnisses liegen, selbst wenn sie als zusätzliche Vereinbarung im Mietvertrag geregelt sind (Senat, BGHZ 141, 160 = NZM 1999, 496 = NJW 1999, 1857 [1858 f.]; BGHZ 166, 125 = NJW 2006, 1800 Rn. 14 f. m. w. Nachw.; vgl. zur Schiedsgerichtsvereinbarung im Mietvertrag Senat, NZM 2000, 711 = NJW 2000, 2346; Stornel, MietR aktuell, 4. Aufl., Rn. I 195; Staudinger/Emmerich BGB [2011], § 566 Rn. 39 f.; Streyl, in: Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 566 Rn. 91 f. m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

Für die Frage, welche Rechte und Pflichten § 566 BGB unterfallen, ist daher auf den **materiellen Gehalt der jeweiligen Vertragsbestimmung** abzustellen.

„Danach ist die **Verpflichtung zur Leistung** der vereinbarten, aber noch nicht erbrachten **Kautio** als **mietrechtlich zu qualifizieren**. Denn sie dient der Sicherung von Ansprüchen des Vermieters aus dem Mietverhältnis und ist des halb **untrennbar mit dem Mietverhältnis verbunden**. Der Erwerber tritt folglich gem. § 566 BGB an Stelle des Veräußerers in den vor Eigentumsübergang entstandenen und fälligen Anspruch auf Leistung der Kautio ein (AG Köln, WuM 1981, 18; Häublein, in: Münch-Komm-BGB, 6. Aufl., § 566 Rn. 34, § 566 a Rn. 10; Staudinger/Emmerich, § 566 Rn. 4; Streyl, in: Schmidt-Futterer, § 566 Rn. 103, § 566 a Rn. 10; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 566 Rn. 53; Heile, in: Bub/Treier, Hdb. d. Geschäfts- u. Wohnraummiere, 3. Aufl., II Rn. 887; Kraemer, NZM 2001, 736 [742]; Börstinghaus, NZM 2004, 481 [485]; a. A. OLG Hamburg, ZMR 1997, 415 [416] = BeckRS 1997, 04024; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 566 Rn. 17).“ (BGH aaO)

Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Bekl. die Kautio zunächst geleistet hatten und nach der Rechtsprechung des BGH der **Anspruch auf Rückzahlung** einer geleisteten Kautio aus der konkret getroffenen Sicherungsabrede folgt (vgl. BGHZ 141, 160 = NZM 1999, 496 = NJW 1999, 1857 [1858]).

„Denn die zunächst geleistete Kautio ist auf Grund der Pfandfreigabeerklärung der Kl. **an den Bekl. zurückgeflossen**. Die Erwerberin konnte deshalb nicht in die durch die geleistete Sicherheit begründeten Rechte und Pflichten eintreten. Im Übrigen enthält § 566 a BGB jetzt eine Sonderregelung, nach der der **Erwerber kraft Gesetzes** in die durch eine vom Mieter geleistete Sicherheit begründeten Rechte und Pflichten eintritt und der **Veräußerer** nach Mietvertragsende – ohne die Einschränkung des § 566 II 2 BGB – **weiterhin subsidiär für die Rückerstattung** der geleisteten Sicherheit **haftet**.“ (BGH aaO)

## 2. Fälligkeit vor Eigentumswechsel

Allerdings könnte einem Übergang auf die Erwerberin entgegenstehen, dass der Anspruch auf **Bestellung der Sicherung bereits zur Zeit des Eigentumswechsels fällig** war (vgl. Streyl, in: Schmidt-Futterer, § 566 a Rn. 10 m. w. Nachw.), denn mit dem Eigentumsübergang und dem Entstehen eines neuen Mietvertrags mit dem Erwerber gem. § 566 BGB tritt hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche gegen den Mieter eine **Zäsur** ein.

„Die schon vorher entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche bleiben bei dem bisherigen Vermieter und nur die **nach dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels fällig werdenden Forderungen stehen dem Grundstückserwerber zu** (vgl. Senat, NZM 2005, 17 = NJW-RR 2005, 96; NJW 1989, 451; NZM 2004, 188 = NJW 2004, 851 [852] m. w. Nachw.).

Von der Zäsur werden jedoch grundsätzlich nur solche Ansprüche erfasst, die entweder während der Zeit, in der der Veräußerer Vermieter war oder in der der Erwerber Vermieter ist, entstanden und fällig geworden sind und die **dementsprechend nur einem von beiden zuzuordnen** sind.

Eine solche zeitliche **Zäsur gilt für einen schon vor Eigentumsübertragung entstandenen und fälligen Anspruch auf Leistung der Kautio nicht**. Zweck dieses Anspruchs ist die Sicherung aller Ansprüche des Vermieters während der gesamten Dauer des Mietvertrags. Dazu gehören auch die Ansprüche des Erwerbers aus dem mit gleichem Inhalt entstandenen Mietvertrag.“ (BGH aaO)

## 3. Zeitpunkt des Übergangs

Da es auf den Zeitpunkt der Fälligkeit des Kautionsanspruchs nicht ankommt, ist fraglich, wann und in welcher Höhe der Anspruch auf Leistung der Kautio auf den Erwerber übergeht. Dies ist umstritten.

**a) Übergang erst nach Befriedigung aller mietrechtlichen Ansprüche des Veräußerers**

„Nach einer Ansicht steht der Anspruch dem Veräußerer auch nach Eigentumsübergang trotz § 566 BGB so lange zu, **bis seine sämtlichen noch möglichen Forderungen aus dem Mietvertrag befriedigt sind**. Erst danach tritt der Erwerber in den dann noch bestehenden Anspruch ein (Staudinger/Emmerich, § 566 Rn. 4, 11; Palandt/Weidenkaff, Vorb. § 535 Rn. 122, § 566 Rn. 17; Scheuer, in: Bub/Treier, V Rn. 268; für § 566 a BGB OLG Frankfurt a. M., ZMR 2011, 870 = BeckRS 2011, 10901).“ (BGH aaO)

**b) Übergang mit dem Eigentum**

„Nach a. A. geht der Anspruch auf Sicherheitsleistung **mit dem Eigentumsübergang** in der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Höhe auf den Erwerber über (Häublein, in: MünchKomm-BGB, § 566 a Rn. 10, § 566 Rn. 34; Blank/Börstinghaus, § 566 a Rn. 3, § 566 Rn. 53; Kraemer, NZM 2001, 737 [742]; Börstinghaus, NZM 2004, 481 [485]). Dem Veräußerer steht wegen eines danach entstehenden Befriedigungsrechts kein eigener Anspruch auf Leistung der Sicherheit mehr zu.“ (BGH aaO)

**c) Anwendung auf den Fall**

Eine Streitentscheidung hat der BGH in seiner Entscheidung jedoch nicht vorgenommen.

„Die Frage kann hier offen bleiben, weil die Kl. unstreitig keinen eigenen Anspruch gegen den Bekl. mehr haben. Der Anspruch auf Leistung der Kautio ist deshalb gem. §§ 566, 578 BGB i. V. mit § 6 MV in vollem Umfang auf die Erwerberin übergegangen.“ (BGH aaO)

**d) Zwischenergebnis**

Der Kautionszahlungsanspruch ist daher auf die Erwerberin übergegangen, so dass die Kl. kein eigenes Recht mehr geltend machen können.

**II. fremdes Recht in eigenem Namen**

Die Kl. machen also ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend. Dies ist nur zulässig, wenn ein Fall zulässiger Prozessstandschaft vorliegt. Eine gesetzliche Prozessstandschaft kommt ersichtlich nicht in Betracht, allerdings könnte ein Fall gewillkürter Prozessstandschaft vorliegen.

„Nach ständiger Rechtsprechung des BGH darf jemand ein **fremdes Recht auf Grund** einer ihm von dem Berechtigten erteilten Ermächtigung **im eigenen Namen** im Prozess verfolgen, sofern er hieran ein **eigenes schutzwürdiges Interesse** hat (sog. gewillkürte Prozessstandschaft; vgl. BGH, NJW 2000, 738 = NZI 2000, 125 m. w. Nachw.).

Bei der gewillkürten Prozessstandschaft handelt es sich um eine **Prozessvoraussetzung**, die in jeder Lage des Verfahrens, auch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu prüfen ist. Dabei ist das RevGer. nicht an die Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden (BGH, NZI 2000, 125 = NJW 2000, 738; NJW 1994, 652 [653]; NJW 1988, 1585 [1587] = NJW-RR 1988, 805 L).“ (BGH aaO)

**1. Abtretbares Recht**

Abtretbar sind grundsätzlich alle Rechte, sofern die Abtretung nicht ausgeschlossen ist. Ausgeschlossen ist die Abtretung aber nur, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist (§ 399 BGB) oder wenn es sich um eine unpfändbare Forderung handelt (§ 400 BGB). Der Kautionsanspruch ist keine unpfändbare Forderung, allerdings könnte eine Abtretung nach § 399 BGB im Hinblick auf deren treuhänderische Zweckbindung unzulässig sein.

„Zwar dürfte die Abtretung eines Anspruchs auf Zahlung der Kautio an Dritte i. d. R. gem. § 399 BGB unwirksam sein, weil die Kautio **ausschließlich der Sicherung der Ansprüche des Vermieters aus dem Mietvertrag** dient (vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1991, 1416; OLG Düsseldorf, NZM 2001, 380 [382]; Kraemer, NZM 2001, 737 [740]). Es kann jedoch offen bleiben, ob hier ein Abtretungsverbot besteht. Denn ein solches stünde der Einziehungsermächtigung nur dann entgegen, wenn die Geltendmachung des Anspruchs durch Dritte dem **Zweck des Abtretungsverbots zuwiderliefe** (vgl. BGH, NJW 1999, 3707 [3708] m. w. Nachw.). Das ist hier nicht der Fall, weil durch die von den Kl. begehrte Leistung an die Erwerberin die **Kautio gerade ihrem Zweck**, nämlich der treuhänderischen Verwaltung durch den Vermieter, **zugeführt** wird.“ (BGH aaO)

## 2. Ermächtigung des Rechtsinhabers

Die Erwerberin müsste die Kl. auch zur gerichtlichen Geltendmachung ihres Anspruchs gegen den Bekl. auf Leistung der Kautio ermächtigt haben.

### a) Ermächtigung aus dem Kaufvertrag

Eine solche Ermächtigung könnte sich schon dem Kaufvertrag ergeben. Allerdings hat sich die Erwerberin in § 9 II Nr. 5 II des Kaufvertrages nur dazu verpflichtet, selbst bei den Mietern die ausstehenden Mietsicherheiten geltend zu machen, einzuziehen und den entsprechenden Betrag von dem Sperrkonto zu Gunsten der Kl. auszukehren. Von einer Ermächtigung der Kl. zur Geltendmachung dieser Forderungen ist keine Rede, so dass die vertragliche Regelung keine entsprechende Ermächtigung enthält.

### b) ausdrückliche Ermächtigung

*„Eine Ermächtigung folgt jedoch daraus, dass die von der **Erwerberin** bevollmächtigte Hausverwalterin der **Prozessführung durch die Kl. zugestimmt** hat. Zwar sind in der von der Erwerberin erteilten Hausverwaltungsvollmacht, die auch die Ermächtigung Dritter zur gerichtlichen Geltendmachung von Forderungen der Erwerberin umfasst, die Verwaltungsobjekte, auf die sich die Vollmacht bezieht, nicht ausdrücklich genannt. Aus verschiedenen zwischen den Kl. und der Erwerberin getroffenen Vereinbarungen ergibt sich jedoch, dass sich die **Hausverwaltungsvollmacht auch auf das Mietobjekt** bezieht. Sowohl in einer Vereinbarung, die die Erfüllung der Pflichten aus § 9 Nr. 5 II des notariellen Kaufvertrags zwischen der Erwerberin und den Kl. betrifft, als auch in der zur Sicherung der Ansprüche der Erwerberin gegen die Kl. mit dieser getroffenen Verpfändungsvereinbarung ist die **Hausverwalterin als Vertreterin der Erwerberin** aufgetreten. Daraus kann geschlossen werden, dass die Hausverwaltungsvollmacht sich auch auf das streitige Mietobjekt bezieht.“ (BGH aaO)*

## 3. eigenes schutzwürdiges Interesse

Die Kläger haben als frühere Eigentümer und Vermieter nach Eintritt der Erwerberin in die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag (§ 566 BGB) dieser gegenüber für die von dem Bekl. vertraglich geschuldete Kautio Sicherheit geleistet.

*„Die Erwerberin hat sich zur **Freigabe dieser Sicherheit** verpflichtet, soweit der Bekl. die ausstehende Kautio erbringt. Die Kl. haben somit ein eigenes rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der Rechtsverfolgung (vgl. BGH, GRUR 2008, 1108 = BeckRS 2008, 21196 Rn. 54 f., insoweit in NZM 2008, 902, nicht abgedr.; Musielak/Weth, ZPO, 9. Aufl., § 51 Rn. 27).“ (BGH aaO)*

Die Voraussetzungen für eine gewillkürte Prozessstandschaft liegen daher vor. Die Kl. sind prozessführungsbefugt. Sonstige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage bestehen nicht.

## B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die Bekl. die Zahlung einer Barkautio nach dem Mietvertrag schulden. Grundsätzlich war ohne weiteres die Erbringung einer Kautio geschuldet.

Der Anspruch auf Kautionsleistung ist auch nicht durch Erfüllung nach § 362 BGB untergegangen. Zwar war die Kautio zunächst durch die Verpfändung der Bundesschatzbriefe geleistet worden. Allerdings waren diese auf Bitten des Bekl. freigegeben worden. Damit ist der Kautionsanspruch wieder aufgelegt.

In der Freigabe ist auch kein Verzicht auf die Kautio zu sehen.

*„Die Kl. haben die Pfandfreigabe der von dem Bekl. zur Sicherheit verpfändeten Bundesschatzbriefe auf Bitten des Bekl. erklärt, weil diese fällig wurden und der Bekl. **zugesagt** hatte, er werde **in Kürze eine neue Sicherheit** beibringen; die Kl. könnten davon ausgehen, dass er ihnen die geschuldete Sicherheit selbstverständlich geben werde. Die Kl. hatten deshalb einen – nicht erfüllten – Anspruch auf Neuleistung der Kautio. In der **Pfandfreigabe** der Kl. kann somit erst recht **kein Verzicht** der Kl. auf die Kautio gesehen werden (vgl. BGH, NZM 2012, 303 = NJW-RR 2012, 214 [215]).“ (BGH aaO)*

**Ergebnis:** Die Klage ist begründet.

(BGH in ZfBR 2012, 550; Urteil vom 26.04.2012 – VII ZR 25/11)

1. Bei erhobener Klage und Widerklage kann über die Widerklage ein Teilurteil ergehen, wenn diese **selbstständig zur Endentscheidung reif** und von der Entscheidung über die Klage unabhängig ist.
2. Die dem Erlass eines Teilurteils entgegenstehende **Gefahr der Widersprüchlichkeit** kann in der Berufungsinstanz dadurch beseitigt werden, dass über die Vorfragen ein **Zwischenfeststellungsurteil** gemäß § 256 II ZPO ergeht.
3. Dass dem Widerkläger unter Berücksichtigung seines Sachvortrags ein anderer, bisher aber **nicht geltend gemachter prozessualer Anspruch** zustehen kann, steht dem Erlass eines Teilurteils über die Widerklage nicht entgegen.

**Fall:** Die Kl. verlangt von der Bekl. Bezahlung restlichen Architektenhonorars. Die Bekl. beansprucht widerklagend Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vorvertrags oder einer Punktation.

Die Bekl. beabsichtigte 2005 den Erwerb von Grundbesitz als Kapitalanlage. Die Überlegungen gingen dahin, das mit einem Vorderhaus bebaute Grundstück W. 23 in M. zu erwerben und dort ein Rückgebäude mit Tiefgarage zu errichten. Die Kl. erstellte insoweit für die Bekl. im September und November 2005 Renditeberechnungen, in denen sie bei einer Bruttogeschossfläche (BGF) von 891 m<sup>2</sup> bzw. 1.091 m<sup>2</sup> jeweils von 1.400 EUR pro Quadratmeter BGF inklusive Mehrwertsteuer sowie Baunebenkosten von 15% ausging. Am 10.11.2005 übersandte die Kl. der Bekl. den Entwurf eines Planungsvertrags. Darin sind als Planungsgrundlage Gesamtkosten für die rückwärtige Bebauung in Höhe von 1,8 Mio. EUR netto bei einer BGF von 1.091 m<sup>2</sup> benannt. Nach weiteren Verhandlungen schlossen die Parteien am 6/9. Dezember 2005 einen Generalplanungsvertrag. Unter Ziff. 1.0 fügte die Kl. nach „Die Bauleistungen für das Bauvorhaben sollen durch eine Generalunternehmervergabe vergeben und erstellt werden“ handschriftlich ein: „D. [sc. die Kl.] wird für den AG als Generalunternehmer tätig. Ein entsprechender Vertrag wird gesondert geschlossen. Die maßgeblichen Bestimmungen dieses Vertrags werden sodann entsprechend angepasst.“

Die Baugenehmigung für die von der Kl. erstellte Planung der Rückbebauung mit einer BGF von nunmehr 1.375 m<sup>2</sup> und der Tiefgarage wurde erst am 13.07.2007 erteilt. In der Folgezeit verhandelten die Parteien über den Abschluss eines Generalübernehmervertrags. Die Kl. wies darauf hin, dass sie die Leistungen nicht selbst erbringen könne, sondern insoweit eine mit ihr im Firmenverbund als Generalübernehmerin tätige Gesellschaft eingeschaltet werden müsse. In der Folgezeit entwickelten die Parteien unterschiedliche Vorstellungen hinsichtlich des zu vereinbarenden Gesamtwerklohns. Die Kl. unterbreitete der Bekl. unter dem 05.12.2007 ein Angebot über 3.172.315,34 EUR. Darin wurden unter anderem ein Generalübernehmerzuschlag von 12% und eine Preissteigerung von 17,5% seit 2005 beansprucht. Dieses Angebot nahm die Bekl. insbesondere wegen dieses Zuschlags und der Höhe der behaupteten Preissteigerung nicht an. Sie vertrat die Auffassung, sie habe mit der Kl. spätestens mit Abschluss des Generalplanungsvertrags einen Vorvertrag geschlossen, der auf den Abschluss eines Bauvertrags über die Errichtung des Rückgebäudes gegen Zahlung eines Werklohns von 1.400 EUR je Quadratmeter BGF und Baunebenkosten von 15% gerichtet sei. Nachdem die Kl. zum Abschluss eines dahingehenden Hauptvertrags zuzüglich einer von der Bekl. zugestandenen Preissteigerung nicht bereit war, kündigte diese den Architektenvertrag aus wichtigem Grund und ließ das Bauvorhaben von anderen Unternehmen ausführen.

Die Kl., die die Kündigung als freie Kündigung wertet, hat erstinstanzlich beantragt, die Bekl. zur Zahlung von 198.680,65 EUR nebst Zinsen zu verurteilen. Sie beansprucht für erbrachte Planungsleistungen eine Restvergütung von 109.380,95 EUR und für nicht erbrachte Leistungen 89.299,70 EUR. Die Bekl. hat widerklagend 1.094.415,89 EUR nebst Zinsen geltend gemacht. Bei diesem Betrag handelt es sich um die Differenz zwischen dem für die Errichtung des Rückgebäudes und der Tiefgarage gezahlten Werklohn von 3.601.439,47 EUR und dem Betrag von 2.507.023,58 EUR, der nach Auffassung der Bekl. an die Kl. zu zahlen gewesen wäre, wenn mit dieser ein den Bedingungen des behaupteten Vorvertrags entsprechender Bauvertrag geschlossen worden wäre.

Das LG hat mit Teilendurteil die Widerklage abgewiesen. Dagegen hat die Bekl. Berufung eingelegt. Die Kl. hat im Wege der Anschlussberufung beantragt festzustellen, dass kein bindender Vorvertrag über einen noch abzuschließenden Generalübernehmervertrag bezüglich des Bauvorhabens bestanden habe.

#### I. Voraussetzungen für ein Teilendurteil über eine Widerklage

Nach § 301 I 1 ZPO kann ein Teilendurteil kann ergehen, wenn von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine oder ist nur ein Teil eines Anspruchs oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif ist. Fraglich ist allerdings, unter welchen Voraussetzungen dies anzunehmen ist.

„Ein Teilurteil darf nur erlassen werden, wenn die **Gefahr widersprechender Entscheidungen**, auch infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht, **ausgeschlossen** ist. Im Rahmen des § 301 ZPO soll eine unterschiedliche Beurteilung von bloßen Urteilelementen, die nicht in Rechtskraft erwachsen, ausgeschlossen sein. Ein **Teilurteil** ist daher **unzulässig**, wenn es eine **Frage entscheidet**, die sich im weiteren Verfahren über die anderen Ansprüche **noch einmal stellen** kann (BGH, Urt. vom 13.04.2000 I ZR 220/97, NJW 2000, 3716; Urteil vom 05.12.2000 – VI ZR 275/99, NJW 2001, 760; Urteil vom 28.11.2002 – VII ZR 270/01, BauR 2003, 381 = NZBau 2003, 153 = ZfBR 2003, 250).“ (BGH aaO)

## II. Vorliegen der Voraussetzungen im vorliegenden Fall

Fraglich ist, ob das Vorliegen dieser Voraussetzungen hier angenommen werden kann.

„Das LG hat die Abweisung der Widerklage damit **begründet**, dass sich die Kl. **weder durch Vorvertrag noch durch Punktation dahingehend gebunden** habe, dass die Kosten des Generalübernehmers in den 1.400 EUR je Quadratmeter BGF enthalten seien. Diese Feststellung betrifft eine Vorfrage, die **auch für die verbleibende Honorarklage entscheidungserhebliche Bedeutung** haben kann. Denn bei einer entsprechenden Bindung hätte die Kl. möglicherweise Anlass zur Kündigung gegeben mit der Folge, dass ihr für die nicht erbrachten Leistungen keine Vergütung zustünde.“ (BGH aaO)

Die Gefahr der Widersprüchlichkeit war daher gegeben, so dass kein Teilendurteil über die Widerklage hätte ergehen dürfen.

## III. Beseitigung der Gefahr der Widersprüchlichkeit

Allerdings könnte diese Gefahr der Widersprüchlichkeit durch das **Zwischenfeststellungsurteil** des Berufungsgerichts beseitigt worden sein.

Nach § 256 II ZPO kann bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein **im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis**, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde. Hier hatte der Kläger beantragt festzustellen, dass kein bindender Vorvertrag über einen noch abzuschließenden Generalübernehmervertrag bezüglich des Bauvorhabens bestanden habe. Hierüber hat das Berufungsgericht ein Zwischenfeststellungsurteil erlassen.

„[Die] Gefahr der Widersprüchlichkeit in der Berufungsinstanz dadurch beseitigt werden, dass über die Vorfragen ein **Zwischenfeststellungsurteil gemäß § 256 II ZPO** ergeht, durch das die **Möglichkeit eines Widerspruchs** zwischen dem Teilurteil und dem Schlussurteil **ausgeräumt** wird (BGH, Urteil vom 28. November 2002 – VII ZR 270/01, aaO; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 301 Rn. 13 und Zöller/Heßler, aaO, § 525 Rn. 8). Ein solches Zwischenfeststellungsurteil hat das BerGer hier erlassen. Es hat **festgestellt**, dass **kein bindender Vorvertrag** bestand und damit, wie sich aus den Gründen ergibt, zugleich entschieden, dass sich aus dem Gesichtspunkt der Punktation ebenfalls **keine rechtsgeschäftlichen Bindungen** ergeben.“ (BGH aaO)

Grundsätzlich kann die Gefahr der Widersprüchlichkeit daher durch ein Zwischenfeststellungsurteil in der Berufung ausgeräumt werden.

## IV. Vorliegen eines Sonderfalls

Allerdings könnte hier ein Sonderfall vorliegen. Das Berufungsgericht hat hier angenommen, dass **unter den besonderen Umständen des Falles** trotz der Begründetheit des Zwischenfeststellungsantrags das Teilurteil nicht aufrechterhalten werden könne, weil der Bekl. im Rahmen der Widerklage wegen **Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht** ein Anspruch gemäß § 311 II, § 280 BGB zustehe. Allerdings war ein solcher Anspruch bislang noch gar nicht zum Gegenstand des Rechtsstreits gemacht worden.

„**Mit der Klage wird nach ständiger Rechtsprechung** des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 19. Dezember 1991 – IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 5 f.; Urteil vom 13.06.1996 – III ZR 40/96, NJW-RR 1996, 1276; Urteil vom 11.07.1996 – III ZR 133/95, NJW 1996, 3151; Urteil vom 06.05.1999 IX ZR 250/98, NJW 1999, 2118; Urteil vom 08.05.2007 – XI ZR 278/06, NJW 2007, 2560; Urteil vom 24.01.2008 – VII ZR 46/07, BauR 2008, 869 = NZBau 2008, 325 = ZfBR 2008, 360; Urteil vom 23.09.2008 XI ZR 253/07, NJW-RR 2009, 544; Urteil vom 21.10.2008 XI ZR 466/07, NJW 2009, 56) **nicht ein bestimmter materiell-rechtlicher Anspruch geltend gemacht**. Gegenstand des Rechtsstreits ist vielmehr der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgebehauptung aufgefasste **eigenständige prozessuale Anspruch**. Dieser wird bestimmt durch den **(Wider-)Klageantrag**, in dem sich die vom Kl. geltend gemachte Rechtsfolge konkretisiert, und durch den **Lebenssachverhalt** (Anspruchsgrund), aus dem der Kl. die begehrte **Rechtsfolge** herleitet. Zum Klagegrund sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtungsweise zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kl. zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht zu unterbreiten hat (BGH, Urteil vom 19.12.1991 – IX ZR 96/91; Urteil vom 08.05.2007 – XI ZR 278/06; Urteil vom 21.10.2008 – XI ZR 466/07, jeweils aaO).“ (BGH aaO)

Die Bekl. hat mit der Widerklage **Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung eines Vorvertrags** beansprucht. Sie hat nach dem Hinweis des BerGer, dass ihr allenfalls Ansprüche aus c. i. c. zustehen könnten, lediglich die Auffassung vertreten, dass auch bei Annahme derartiger Schadensersatzansprüche ein einheitlicher Lebenssachverhalt vorliege, der gemeinsam entschieden werden müsse. Fraglich ist, ob dies zutrifft.

*„Den beiden danach in Betracht kommenden Schadensersatzansprüchen liegt kein einheitlicher Lebenssachverhalt zugrunde. Die Bekl. hat von der Kl. Ersatz der Mehrkosten beansprucht, die ihr durch die Beauftragung anderer Unternehmer mit der Ausführung des Bauvorhabens entstanden sind. Gegenstand des Rechtsstreits war daher der Lebenssachverhalt, aus dem die Bekl. die begehrte Rechtsfolge herleitete. Die Bekl. hat ihren Schadensersatzanspruch darauf gestützt, dass sie mit der Kl. einen **Vorvertrag geschlossen** habe, diese der daraus resultierenden **Verpflichtung zum Abschluss eines entsprechenden Hauptvertrags** nicht nachgekommen sei und sie infolgedessen die geltend gemachten **zusätzlichen Kosten** habe tragen müssen. Die zur Begründung dieses Rechtsschutzbegehrens vorzutragenden Tatsachen unterscheiden sich von denjenigen, die für einen von dem BerGer angenommenen **Schadensersatz wegen Verletzung der vorvertraglichen Pflicht** der Kl., in ihre Renditeberechnungen die Kosten für den Generalübernehmer einzubeziehen, darzulegen sind. Während es für den von der Bekl. geltend gemachten **Schadensersatzanspruch statt der Leistung darauf ankommt**, ob sich die Parteien schon vor Abschluss des in Aussicht genommenen Bauvertrags **vertraglich binden wollten**, ist für den in Betracht kommenden **Schadensersatzanspruch wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten** entscheidend, ob die Kl. **schuldhaft die Verpflichtung verletzt** hat, bei den Renditeberechnungen einen Generalübernehmerzuschlag zu berücksichtigen und der Bekl. daraus **kausal ein Schaden erwachsen** ist.“*

*Die Bekl. hat auf die **Verletzung vorvertraglicher Pflichten gestützte Schadensersatzansprüche weder vor noch nach dem Hinweis des BerGer geltend gemacht**. Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung eines Vorvertrags und solche wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten haben unterschiedliche Voraussetzungen und erfordern dementsprechend auch unterschiedlichen Sachenvortrag. Der **Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung eines Vorvertrags** ist auf das positive Interesse gerichtet; die Bekl. wäre so zu stellen, wie sie stünde, wenn der Vorvertrag erfüllt, der Hauptvertrag also geschlossen worden wäre. Dagegen ist für den Anspruch auf Schadensersatz wegen **Verletzung vorvertraglicher Pflichten** darauf abzustellen, wie die Bekl. sich verhalten hätte, wenn sie zutreffend über sämtliche anfallenden Kosten informiert worden wäre und die Renditeberechnungen auf dieser Grundlage erstellt worden wären. Hierzu hat die Bekl., wovon auch das BerGer ausgeht, nichts vorgetragen. Sie hat ihren Anspruch auf Ersatz der durch die Beauftragung anderer Unternehmer entstandenen Mehrkosten vielmehr allein aus dem Umstand abgeleitet, dass die Kl. ihren Verpflichtungen aus einem Vorvertrag bzw. einer Punktation nicht nachgekommen sei.“ (BGH aaO)*

Es liegt daher **kein einheitlicher Lebenssachverhalt** vor, aus dem beide in Betracht kommenden Ansprüche hergeleitet werden könnten. Der Anspruch aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten ist daher **nicht Streitgegenstand geworden**. Ist dieser aber nicht auch Gegenstand des Rechtsstreits, kann es nicht darauf ankommen, dass sich eine gedachte Entscheidung über diesen Anspruch mit der Entscheidung im Teilendurteil widersprechen könnte.

### **Ergebnis:**

*„Da das BerGer mit der Feststellung, dass ein bindender Vorvertrag nicht bestand, die **Gefahr einer unterschiedlichen Beurteilung einer Klage und Widerklage betreffenden Vorfrage beseitigt** hat, war das die Widerklage als unbegründet abweisende Teilurteil zu bestätigen und damit die dagegen gerichtete Berufung der Bekl. zurückzuweisen.“ (BGH aaO)*

StPO

## Verfahrensverständigung Wegfall der Bindungswirkung

StPO

§ 257c III 4, IV 1

(BGH in NJW 2012, 3113; Urteil vom 21.06.2012 – 4 StR 623/11)

1. Die **Zustimmungserklärung der Staatsanwaltschaft zu dem Verständigungsvorschlag** des Gerichts ist als **gestaltende Prozessklärung unanfechtbar und unwiderruflich**.
2. Das **Entfallen der Bindungswirkung** der Verständigung für das Gericht nach § 257 c IV 1 StPO tritt **nicht kraft Gesetzes** ein, sondern **erfordert eine dahingehende gerichtliche Entscheidung**.

**Fall:** Das LG hat den umfassend geständigen Angekl. nach einer Verständigung (§ 257 c StPO) wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung und Beleidigung zu der Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Hiergegen richtete sich die zu Ungunsten des Angekl. eingelegte Revision der StA. Mit ihrer Verfahrensbeschwerde beanstandete die StA im Zusammenhang mit der Verständigung, dass das LG es unterlassen habe, sich im Urteil mit den Gründen für das Festhalten an der Verständigung auseinanderzusetzen, obwohl auf Grund neu in der Hauptverhandlung zu Tage getretener Umstände Veranlassung bestanden habe, sich nach § 257c IV StPO von der Verständigung zu lösen. Beanstandet wird, das LG habe trotz des von der StA erklärten Widerrufs der Zustimmung zu dem gerichtlichen Verständigungsvorschlag in den Urteilsgründen nicht ausgeführt, ob und aus welchen Gründen es an der Verständigung habe festhalten wollen. Die in der Hauptverhandlung neu zu Tage getretenen Umstände – die erheblichen psychischen Tatfolgen für die Nebenkl. und das erst im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung nach Intervention der StA erfolgte Eingeständnis des erzwungenen Analverkehrs durch den Angekl. – hätten der Strafkammer Anlass geben müssen, den der Verständigung zu Grunde gelegten Strafrahmen zu verlassen.

I. Nach der **Konzeption des § 257c StPO** kommt eine Verständigung über das Ergebnis des Verfahrens durch einen Vorschlag des Gerichts und die Zustimmungserklärungen des Angekl. sowie der StA zu Stande:

- Das **Gericht gibt** nach § 257c III 1 StPO den **Inhalt einer möglichen Verständigung bekannt** und macht dabei regelmäßig von der Möglichkeit Gebrauch, gem. § 257c III 2 StPO eine **Strafober- und Strafuntergrenze anzugeben** (vgl. BGH NSTZ 2011, 648; BGH StV 2012, 134).
- Für die in § 257c III 4 StPO als Vorschlag bezeichnete Bekanntgabe hat das Gericht das vom Angekl. im Rahmen der Verständigung **erwartete Prozessverhalten**, bei dem es sich in aller Regel um ein Geständnis handeln wird (§ 257c II 2 StPO), **genau zu bezeichnen** und unter antizipierender Berücksichtigung dieses Verhaltens und Beachtung der Vorgaben des materiellen Rechts eine **strafzumessungsrechtliche Bewertung des Anklagevorwurfs** vorzunehmen.

vgl. Entw. der BReg für ein Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, BT-Dr 16/12310, S. 14; Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, § 257c Rn 56

- Die Verständigung kommt gem. § 257c III 4 StPO zu Stande, wenn der **Angekl. und die StA dem gerichtlichen Verständigungsvorschlag zustimmen**.

II. Die **Zustimmungserklärung der StA** ist als **gestaltende Prozessklärung**.

vgl. Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., Einl. Rn 95, 102, 116) unanfechtbar und unwiderruflich (vgl. Niemöller/Schlothauer/Weider, § 257c Rn 28; Altvater, Festschr. f. Rissing-van Saan, 2011, S. 26; Meyer-Goßner, § 257c Rn 25)

Die StA hat auch dann von sich aus **keine Möglichkeit, die getroffene Verständigung mit der daraus resultierenden Bindungswirkung für das Gericht nachträglich zu Fall zu bringen**, wenn sie die Voraussetzungen des § 257c IV 1 und 2 StPO für ein Entfallen der Bindungswirkung als gegeben ansieht.

vgl. Niemöller/Schlothauer/Weider, § 257c Rn 39, 111; Altvater, Festschr. f. Rissing-van Saan, S. 26; Graf/Eschelbach, StPO, § 257c Rn 30; Velten, SK-StPO, 4. Aufl., § 257c Rn 25; Radtke/Hohmann, StPO, § 257c Rn 35



III. Das **Entfallen der Bindungswirkung** der Verständigung für das Gericht tritt ungeachtet des insoweit unklaren Wortlauts des § 257c IV 1 StPO **nicht kraft Gesetzes** von selbst ein, sondern **erfordert** eine dahingehende **gerichtliche Entscheidung**.

1. Die Prüfung, ob eine mit dem materiellen Recht in Einklang stehende Ahndung auch bei veränderter Beurteilungsgrundlage noch im Rahmen der getroffenen Verständigung möglich ist, liegt im **Verantwortungsbereich des Gerichts**.

*„Um ein materiell-rechtlich richtiges und gerechtes Urteil zu gewährleisten (BT-Dr 16/12310, S. 14), räumt § 257c IV StPO dem Gericht die Befugnis ein, sich unter den in § 257c IV 1 und 2 StPO geregelten Voraussetzungen aus der Bindung durch die Verständigung zu lösen. Das Abweichen von der Verständigung ist das Gegenstück zu dem gerichtlichen Verständigungsvorschlag und stellt sich der Sache nach als Widerruf der zum Bestandteil der Verständigung gewordenen Strafrahmenzusage dar. Dies macht eine entsprechende Entscheidung des Gerichts erforderlich (vgl. Niemöller/Schlothauer/Weider, § 257c Rn 113; BT-Dr 16/12310, S. 15; a. A. Altvater, Festschr. f. Rissing-van Saan, S. 24).“ (BGH aaO)*

2. Die Notwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidung folgt zudem aus der Regelung des **§ 257c IV 1 StPO**, die das Entfallen der Bindung an die Verständigung unter anderem davon abhängig macht, dass das Gericht wegen der veränderten Beurteilungsgrundlage zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist.

*„Für die danach erforderliche Überzeugungsbildung bedarf es zwingend einer gerichtlichen Entscheidung. Die Entscheidung über das Abweichen von der Verständigung ist nach § 257c IV 4 StPO unverzüglich mitzuteilen, um dem Angekl. und den weiteren Verfahrensbeteiligten – insbes. mit Blick auf das mit dem Entfallen der Bindung des Gerichts an die Verständigung gem. § 257c IV 3 StPO verknüpfte Verwertungsverbot für ein im Zuge der Verständigung abgelegtes Geständnis des Angekl. – die Möglichkeit zu geben, ihr Prozessverhalten auf die neue Verfahrenslage einzurichten (vgl. BT-Dr 16/12310, S. 15).“ (BGH aaO)*

3. Ein Abweichen von der Verständigung setzt u. a. voraus, dass das Gericht wegen der veränderten Beurteilungsgrundlage zu der Überzeugung gelangt, dass der **in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen** ist. Dies ist in § 257c IV 1 StPO ausdrücklich geregelt, gilt in gleicher Weise aber auch für die Fälle des § 257c IV StPO.

*„Gegenstand der in § 257c IV 2 StPO angesprochenen Prognose ist die strafzumessungsrechtliche Bewertung, die das Gericht bei seiner Zusage der Strafrahmengrenzen unter antizipierender Berücksichtigung des nach dem Inhalt des Verständigungsvorschlags erwarteten Prozessverhaltens des Angekl. vorgenommen hat. Von einem nicht der Prognose entsprechenden Verhalten des Angekl., das ein Abweichen von der Verständigung zu rechtfertigen vermag, kann daher nur dann die Rede sein, wenn das von der Erwartung abweichende tatsächliche Prozessverhalten aus der Sicht des Gerichts der Strafrahmenzusage die Grundlage entzieht.*

*Bei der Beantwortung der Frage, ob die in Aussicht gestellten Strafrahmengrenzen auch auf veränderter Beurteilungsgrundlage eine tat- und schuldangemessene Ahndung ermöglichen, kommt dem Gericht – wie auch sonst bei Wertungsakten im Bereich der Strafzumessung – ein weiter **Beurteilungsspielraum** zu, der erst überschritten ist, wenn der zugesagte Strafrahmen nicht mehr mit den Vorgaben des materiellen Rechts in Einklang zu bringen ist. Dies wäre etwa anzunehmen, wenn die Strafrahmenzusage sich unter Berücksichtigung von neu eingetretenen oder erkannten Umständen oder des tatsächlichen Prozessverhaltens des Angekl. soweit von dem Gedanken eines **gerechten Schuldausgleichs** entfernte, dass sie als unvertretbar erschiene. In diesem Fall wäre das Gericht jedenfalls aus Gründen sachlichen Rechts verpflichtet, von der getroffenen Verständigung abzuweichen. Da die Anforderungen des materiellen Strafrechts im Rahmen einer Verständigung nach § 257c StPO nicht disponibel sind (vgl. nur BT-Dr 16/12310, S. 7 ff., 13 f.), wäre ein auf der Grundlage der Verständigung ergehendes Urteil sachlich-rechtlich fehlerhaft.“ (BGH aaO)*

4. Ob in einem Festhalten an der Verständigung bei nach Maßgabe von § 257c IV 1 und 2 StPO unvertretbar gewordener Strafrahmenzusage zugleich ein **Verfahrensverstoß gegen § 257c IV StPO** läge, lässt BGH aaO dahinstehen.

*„Denn im vorliegenden Fall hat das LG den ihm im Rahmen des § 257c IV StPO zukommenden Beurteilungsrahmen nicht überschritten: Die Revision der StA zeigt keine nach § 257c IV 1 und 2 StPO neu in die strafzumessungsrechtliche Bewertung einzubeziehenden Umstände auf, die geeignet sind, die Vertretbarkeit der von der Strafkammer in ihrem Verständigungsvorschlag in Aussicht gestellten Strafober- und Strafuntergrenze in Frage zu stellen. Dies gilt sowohl für den Umstand, dass der Angekl. den gewaltsam erzwungenen Analverkehr erst im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung glaubhaft eingeräumt hat, als auch für die erheblichen psychischen Folgen der Tat für die Nebenkl.“ (BGH aaO)*

IV. **Ausführungen in den Urteilsgründen** zum Festhalten an oder Abweichen von der Verständigung sind **nicht erforderlich**.

„Während in dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums für ein Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren ursprünglich die Feststellung in den Urteilsgründen vorgesehen war, dass dem Urteil eine Verständigung zu Grunde liegt (vgl. RefE S. 6 f. in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Anh. 4), verlangt die Gesetz gewordene Regelung des § 267 III 5 StPO lediglich die Angabe, dass dem Urteil eine Verständigung (§ 257c StPO) vorausgegangen ist. Die Vorschrift soll auch für die Urteilsgründe Transparenz herstellen (vgl. BT-Dr 16/12310, S. 15). Die **Darstellung des Inhalts der Verständigung ist dabei nicht geboten**. Insoweit findet die **notwendige Dokumentation** gem. § 273 Ia 1 StPO **in der Sitzungsniederschrift** statt, welche die Grundlage einer vom RevGer. auf Verfahrensrüge hin ggf. vorzunehmenden Prüfung des Verfahrens nach § 257 c StPO bildet (vgl. BGH NStZ 2011, 170; BGH NStZ-RR 2011, 52; BGH NStZ 2010, 348).

Für das Abrücken von der Verständigung nach § 257c IV StPO verbleibt es mangels einer anderen gesetzlichen Regelung bei dem Grundsatz, dass **Verfahrensvorgänge im Urteil nicht zu erörtern** sind (vgl. BGH NJW 2009, 2612 = NStZ 2009, 648; BGH NStZ-RR 2007, 244; a. A. für § 257c IV Meyer-Goßner, § 267 Rn 23a; Velten, SK-StPO, § 257c Rn 41). Die Mitteilung nach § 257c IV 4 StPO über die Entscheidung zum Abgehen von der Verständigung und deren Gründe ist gem. § 273 Ia 2 StPO in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen und nimmt an dessen Beweiskraft teil.“ (BGH aaO)

(OVG Münster, NVwZ-RR 2012, 748; Urteil vom 13.07.2012 – 9 B 818/12)

1. In den Fällen des § 80 I 1 Nr. 1 VwGO ist die Stellung eines vorherigen **Aussetzungsantrags** an Behörde nach § 80 VI VwGO eine **Zugangsvoraussetzung** für das Verfahren nach § 80 V 1 VwGO.
2. Die Ablehnung des Aussetzungsantrags muss daher schon bei Einreichung des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz bei Gericht erfolgt sein. Die **nachträgliche Stellung** und Ablehnung ist unzureichend und **macht den Antrag nicht zulässig**.
3. Auch für die **Entbehrlichkeit** der Entscheidung über einen vorherigen Aussetzungsantrag an die Behörde nach § 80 VI 2 VwGO kommt es darauf an, dass die Entbehrlichkeitsgründe **schon bei Stellung des gerichtlichen Antrags** vorliegen.

**Fall** Die Ast. erhielt am 10.05.2012 einen Bescheid der Landeskasse über Gebühren. Am 17.05.2012 erhob die Ast. hiergegen Klage und beantragte gleichzeitig beim zuständigen Gericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Am 22.05.2012 ging der Ast. ein Mahnschreiben der Ag. zu. Am 21.06.2012 beantragte die Ast. bei der Ag. die Aussetzung der Vollziehung. Dies lehnte der Ag. mit Schreiben vom 27.06.2012 ab. Am 04.07.2012 erhielt die Klägerin dann eine Vollstreckungsankündigung. Ist der Antrag zulässig?

Der Antrag nach § 80 V VwGO ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen.

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, sofern keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegt. Eine Streitigkeit über öffentliche Gebühren ist ohne weiteres öffentlich-rechtlich. Da hier auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streitigen, ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlich. Mangels Vorliegen von Sonderzuweisungen ist daher der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

### II. Statthafte Antragsart

Das Verfahren nach § 80 V VwGO ist statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage einschlägig ist und um den Eintritt des Suspensiveffekts gestritten wird.

Der Gebührenbescheid ist ohne weiteres ein belastender Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG gegen den die Anfechtungsklage nach § 42 I 1 1. Alt. zu erheben ist. Der Suspensiveffekt entfällt bei öffentlichen Gebühren nach § 80 I 1 Nr. 1 VwGO von Gesetzes wegen, so dass ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 VwGO statthaft ist.

### III. vorheriger Aussetzungsantrag an die Behörde

Entfällt die aufschiebende Wirkung nach § 80 I 1 Nr. 1 VwGO, so ist nach § 80 VI VwGO vor Stellung des Antrags an das Gericht nach § 80 V 1 VwGO ein Aussetzungsantrag an die Behörde zu richten. Erst wenn die Behörde zuvor einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ganz oder zum Teil abgelehnt hat, ist der Antrag zulässig.

*„Bei diesem Erfordernis handelt es sich um eine nach Stellung des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes **nicht mehr nachholbare Zugangsvoraussetzung**, nicht lediglich um eine bloße Sachentscheidungs voraussetzung (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 13. 3. 2008 – 12 B 253/08, in: BeckRS 2008, 38445; OVG Münster Beschl. v. 24. 4. 2008 – 14 B 529/08, in: BeckRS 2008, 34792, Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. [2010], § 80 Rn. 180).“* (OVG Münster aaO)

Einen solchen Aussetzungsantrag hatte die Ast. bei Einreichung des Antrags beim Verwaltungsgericht am 17.05.2012 noch nicht gestellt. Die Aussetzung wurde erst mit Schriftsatz vom 21.06.2012 beantragt.

#### IV. Heilung des Fehlens der Ablehnung eines Aussetzungsantrags bei Antragstellung bei Gericht

Allerdings hat der Ag. über diesen Antrag entschieden und den Aussetzungsantrag zurückgewiesen. Fraglich ist, ob damit nun die Voraussetzungen des § 80 VI VwGO erfüllt sind.

*„Die Ablehnung mit Schreiben des Ag. vom 27.06.2012 hat – auf Grund der rechtlichen Einordnung des vorherigen verwaltungsbehördlichen Aussetzungsverfahrens als Zugangsvoraussetzung – nicht zur Folge, dass der Antrag nunmehr zulässig geworden wäre.“ (OVG Münster aaO)*

#### V. Entbehrlichkeit des Aussetzungsantrags

Allerdings könnte das Abwarten einer Entscheidung über einen vorherigen Aussetzungsantrag an die Behörde nach § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO entbehrlich gewesen sein.

Nach § 80 VI 2 VwGO ist ein solcher Antrag dann entbehrlich, wenn die Behörde über den Antrag ohne Mitteilung eines zureichenden Grundes in angemessener Frist sachlich nicht entschieden hat oder eine Vollstreckung droht. Da hier ein Antrag zuvor gar nicht gestellt war, kommt allenfalls in Betracht, dass die Vollstreckung drohte und die Ast. daher nicht verpflichtet war, sich um eine Aussetzung durch die Behörde zu bemühen.

##### 1. Mahnung der Landeskasse

*„Diese Ausnahmeregelung setzt voraus, dass der Vollstreckungsgläubiger **konkrete Vorbereitungsmaßnahmen** für die baldige Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen getroffen hat und aus der Sicht eines objektiven Betrachters die Vollstreckung so unmittelbar bevorsteht, dass es dem **Schuldner nicht zuzumuten** ist, zunächst bei der Behörde die Aussetzung der Vollziehung zu beantragen, statt unmittelbar bei Gericht um einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen. Eine **bloße Mahnung** ist allerdings **noch keine Vollstreckungsmaßnahme**; ihr kann nicht ohne Weiteres entnommen werden, dass unmittelbar nach Fristablauf tatsächlich Vollstreckungsmaßnahmen ergriffen werden (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 21. 5. 2010 – 7 B 356/10 m. w. Nachw.).*

*Dies zu Grunde gelegt reichte das Mahnschreiben der Landeskasse vom 22.05.2012 schon inhaltlich nicht aus, die Annahme einer drohenden Vollstreckung zu begründen.“ (OVG Münster aaO)*

##### 2. Vollstreckungsankündigung

Die Vollstreckungsankündigung vom 04.07.2012 hingegen erfüllt ohne weiteres die vorgenannten Voraussetzungen. Allerdings stammt diese aus der Zeit nach Stellung des Antrags beim Verwaltungsgericht.

*„Der **verfrüht** bei Gericht **gestellte** und deshalb nach § 80 VI 1 VwGO **unzulässige Antrag** wird durch eine spätere Vollstreckungsankündigung **nicht nachträglich zulässig**. Die erfolglose vorherige Stellung eines Aussetzungsantrags bei der Behörde nach § 80 VI 1 VwGO ist nur dann gem. § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO entbehrlich, wenn eine **Vollstreckung bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung droht** (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2010, 865 = DVBl 2010, 1242; i. E. ebenso: VGH Mannheim, VBIBW 2011, 238 = BeckRS 2011, 49104; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Sept. 2011, § 80 Rn. 507).*

*Aus dem **Regelungszusammenhang** der beiden Sätze des § 80 VI VwGO folgt, dass § 80 VI 2 VwGO als Ausnahme von dem in § 80 VI 1 VwGO geregelten Erfordernis eines vorherigen behördlichen Aussetzungsverfahrens dessen rechtliche Einordnung als **Zugangsvoraussetzung** teilt. Das muss, da das Gesetz keinen Anhaltspunkt für eine insoweit differenzierende Auslegung bietet, **gleichermaßen gelten für den in § 80 VI 2 Nr. 1 VwGO geregelten Fall**, dass zwar ein Aussetzungsantrag gestellt, von der Behörde aber noch nicht beschieden worden ist, wie für **den in § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO geregelten Fall einer drohenden Vollstreckung**. Dem systematischen Zusammenhang der gesetzlichen Regelung trägt die im Schrifttum ohne nähere Begründung vertretende Gegenmeinung (vgl. Funke-Kaiser, in: Bader u.a., VwGO, 5. Aufl. [2011], § 80 Rn. 130; Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl. [2012], § 80 Rn. 185), nicht Rechnung. Der Ast. bleibt es unbenommen, einen erneuten Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beim VG zu stellen (OVG Münster aaO)*

Die Ast. kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ein Aussetzungsantrag bei der Behörde nach § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO im Hinblick auf eine drohende Vollstreckung ausnahmsweise entbehrlich gewesen wäre

#### VI. Ergebnis

Es fehlt für die Zulässigkeit des Antrags nach § 80 V 1 VwGO eine Zugangsvoraussetzung, so dass der Antrag unzulässig ist.

(OVG Bautzen in LKV 2012, 365; Beschluss vom 21.03.2012 – 4 B 88/11)

1. Für die für die Interessenabwägung in einem Verfahren nach § 80 V 1 VwGO in den Blick zu nehmenden Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs gegen eine sofort vollziehbare Maßnahme, bei der auch die Rechtmäßigkeit von Regelungen einer Satzung in Rede steht, ist **kein Prüfungsmaßstab** anzulegen, der zum Ergebnis hätte, in dem vorläufigen Rechtsschutzverfahren **gleichsam eine Normenkontrollprüfung** i. S. d. § 47 VwGO durchzuführen.
2. Eine **Inzidentkontrolle einer Satzung**, die auch schwierige Fragen aufwirft, kann ohne eingehende Prüfung regelmäßig nicht erfolgen und ist **mit dem summarischen Charakter** des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens nach § 80 V 1 VwGO **nicht vereinbar**. In einem solchen Verfahren ist vielmehr regelmäßig von der Gültigkeit von Satzungsbestimmungen auszugehen, wenn sich diese nicht ersichtlich als rechtswidrig erweisen.

**Fall:** Mit Bescheid vom 20.09.2010 beanstandete der Ag. rechtsaufsichtlich die Beschlüsse des Gemeinderates der Ast. vom 25.03.2010 und 08.04.2010, die inhaltlich das Volumen des Steuersplittings zwischen der Ast. und der Beig. betreffen. In Ziff. 2 bis 4 traf der Ag. Regelungen zur Aufhebung der beanstandeten Beschlüsse, zur Bekanntmachung des Aufhebungsbeschlusses und zu einer möglichen Ersatzvornahme. Mit Ziff. 5 verpflichtete der Ag. die Ast., weiterhin die sich aus der Verbandssatzung des Zweckverbandes Gewerbegebiete ... ergebenden Zahlungen an die Beig. vorzunehmen; die Zahlungsmodalitäten wurden geregelt. Für den Fall der Nichtzahlung innerhalb der unter Ziff. 5 genannten Frist wurde die Ersatzvornahme auf Kosten der Ast. angedroht (Ziff. 6). In Ziff. 7 ordnete der Ag. die sofortige Vollziehbarkeit des Bescheides an. Einige Formulierungen des Bescheides stellte der Ag. mit Bescheid vom 11.11.2011 klar.

Auf den von der Ast. gestellten Antrag nach § 80 V VwGO stellte das VG mit Beschl. v. 01.04.2011 die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Ast. gegen die Nr. 1 bis 6 des Bescheides in Gestalt des Klarstellungsbescheides wieder her. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, dass der auf §§ 114 ff. SächsGemO gestützte Bescheid voraussichtlich rechtswidrig sei und somit für eine bloße Interessenabwägung kein Raum sei. Die Beanstandung der Beschlüsse des Gemeinderates der Ast. und die an die Ast. gerichtete Anordnung, an die Beig. die sich aus der Verbandssatzung ergebenden Zahlungen vorzunehmen, seien ermessensfehlerhaft. Sie beruhten auf der Annahme des Ag., der Zweckverband Gewerbegebiete ... sei hinsichtlich des Gewerbegebietes ... im Jahr 1994 wirksam (neu) gegründet worden. Diese Annahme sei unzutreffend, weil sich das Verbandsgebiet des Zweckverbandes mit der ihm übertragenen Aufgabe eines Planungsverbandes i. S. d. § 205 BauGB allein im Territorium der Ast. befinde. Aus § 205 BauGB ergebe sich aber, dass ein Planungs- oder Zweckverband unzulässig sei, wenn das Verbandsgebiet nur in einer Gemeinde liege. Demzufolge sei die Satzung über den Zweckverband Gewerbegebiete ... vom 30.11.1994 mit der zwischen den Beteiligten umstrittenen Regelung über die Verteilung von Steuereinnahmen insgesamt unwirksam. Hiergegen legte der Beigl. Beschwerde ein. Wird diese Erfolg haben?

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

## A. Zulässigkeit der Beschwerde

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Es liegt ohne weiteres eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vor, für die mangels Sonderzuweisung der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

### II. Zuständigkeit des Gerichts, § 146 I VwGO

Zuständig für eine Beschwerde gegen eine Entscheidung des erstinstanzlichen Verwaltungsgerichts ist nach § 146 I VwGO das OVG.

### III. Statthaftigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde ist nach § 146 IV VwGO statthaft gegen Beschlüsse des Verwaltungsgerichts nach § 80 V VwGO. Um einen solchen Beschluss wird hier gestritten, so dass die Beschwerde statthaft ist.

#### IV. Beschwerdebefugnis

Beschwerdebefugt sind alle Beteiligten des Ausgangsverfahrens. Der Beig. ist nach § 63 Nr. 3 VwGO Beteiligter

#### V. Beschwer

Der Beig. Ist durch den angefochtenen Beschluss beschwert, sofern er rechtlich nachteilig von der Entscheidung betroffen ist. Dies ist deshalb anzunehmen, weil die Zahlungen an ihn nun zumindest für die Dauer des Hauptsacheverfahrens nicht erfolgen werden.

#### VI. Beschwerdefrist

Für Beschwerden gegen Beschlüsse nach § 80 V VwGO gilt nach § 147 I 1 VwGO eine Beschwerdefrist von 2 Wochen. Von der Einhaltung kann hier ausgegangen werden.

#### VII. Beschwerdebegründungsfrist

Die Beschwerde ist nach § 146 I 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des angefochtenen Beschlusses zu begründen. Auch dies kann angenommen werden.

#### VIII. Postulationsfähigkeit, § 67 IV 1 VwGO

Vor dem OVG besteht Anwaltszwang, so dass die Postulationsfähigkeit des Beig. nur gegeben ist, wenn er sich von einem Rechtsanwalt vertreten lässt. Hiervon ist auszugehen.

### B. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn der angefochtene Beschluss rechtsfehlerhaft ergangen ist. Von der **Zulässigkeit des Aussetzungsantrags** nach § 80 V 1 VwGO wegen der nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO erfolgten Anordnung der sofortigen Vollziehung kann ausgegangen werden. Fraglich ist jedoch, ob das VG dem Antrag im Rahmen der Begründetheit zu Recht stattgegeben ist.

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, wenn die **formellen oder materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung** nicht vorliegen. Rechtsgrundlage hierfür ist § 80 II 1 Nr. 4 VwGO. Zuständig war der Ag. als Behörde, die den Grund-Verwaltungsakt – hier die Aufsichtsmaßnahme – erlassen hat. Vom Vorliegen der weiteren formellen Anforderungen, insbesondere einer nach § 80 III VwGO **ordnungsgemäßen Begründung**, kann ausgegangen werden, fraglich ist allerdings, ob die materiellen Voraussetzungen vorlagen. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung setzt voraus, dass ein **über das Erlassinteresse** am für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsakt **hinausgehendes Vollzugsinteresse** der Behörde besteht. Hierbei kommt es zum einen darauf an, ob überhaupt ein Erlassinteresse bestand, der zu vollziehende Verwaltungsakt also nach summarischer Prüfung rechtmäßig ist.

Ist dies nicht der Fall, kann schon kein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung bestehen, da es **kein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung rechtswidriger Verwaltungsakte** gegen kann. Andererseits führt die offensichtliche Rechtmäßigkeit nicht dazu, dass ohne weiteres auch ein besonderes Vollzugsinteresse anzunehmen ist, da der Gesetzgeber in § 80 I VwGO unabhängig von den Erfolgsaussichten den Suspensiveffekt eines Rechtsbehelfs anordnet und daher auch dessen Entziehung durch behördliche Entscheidung nicht allein von den Erfolgsaussichten abhängen kann. **Ist offen**, ob der Grundverwaltungsakt rechtswidrig ist oder nicht, hat eine **umfassende Interessenabwägung** zu erfolgen.

*„Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 80 V VwGO nimmt das Gericht eine **eigene Abwägung der widerstreitenden Vollzugs- und Aufschubinteressen** der Beteiligten vor. Dem Charakter des Eilverfahrens entsprechend kann das Gericht seine vorläufige Entscheidung im Regelfall nur auf der Grundlage einer **summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage** als wesentliches Element der Interessenabwägung treffen. Kann wegen der **besonderen Dringlichkeit** der Sache oder der **Komplexität der Rechtsfragen** keine Abschätzung über die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens getroffen werden, sind allein die **einander gegenüber stehenden Interessen zu gewichten** (vgl. BVerwG, Beschl. v. 22. 3. 2010 – 7 VR 1.10, juris, Rn. 13).“* (OVG Bautzen aaO)

## I. summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Nach Vorstehenden hat grundsätzlich zunächst eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu erfolgen. Die Hauptsache ist hier die aufsichtsbehördliche Maßnahme gegenüber der Gemeinde. Deren Rechtmäßigkeit hängt daher maßgeblich von der rechtlichen Bewertung der maßgeblichen Satzung ab. Fraglich ist daher, ob im Rahmen der summarischen Prüfung der *Erfolgsaussichten in der Hauptsache inzident die Rechtmäßigkeit der Satzung zu prüfen ist*.

*„Nach der Rechtsprechung des Senats ist bei den für die Interessenabwägung in einem Verfahren nach § 80 V 1 VwGO zunächst in den Blick zu nehmenden **Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs** gegen eine sofort vollziehbare Maßnahme, bei der – wie hier – auch die **Rechtmäßigkeit von Regelungen einer Satzung** in Rede steht, kein Prüfungsmaßstab anzulegen, der zum Ergebnis hätte, in dem vorläufigen Rechtsschutzverfahren gleichsam eine Normenkontrollprüfung i. S. d. § 47 VwGO durchzuführen. Eine **Inzidentkontrolle einer Satzung**, die auch schwierige Fragen aufwirft, **kann ohne eingehende Prüfung regelmäßig nicht erfolgen** und ist mit dem summarischen Charakter des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens nach § 80 V 1 VwGO nicht vereinbar. In einem solchen Verfahren ist vielmehr **regelmäßig von der Gültigkeit von Satzungsbestimmungen auszugehen**, wenn sich diese nicht ersichtlich als rechtswidrig erweisen (Beschl. v. 24.02.2006, SächsVBl 2006, 120).*

*Hier kann **nicht davon ausgegangen werden**, dass die **Satzung rechtswidrig** ist. Ob die von dem VG im Einzelnen angesprochenen Rechtmäßigkeitszweifel in der Sache berechtigt sind, bedarf keiner weiteren Erörterung im summarischen Verfahren. Die **Satzungsbestimmungen sind jedenfalls nicht ersichtlich rechtswidrig**. Im überschlägigen Verfahren lässt sich nicht beurteilen, ob die landesrechtlich im Grundsatz nach §§ 44, 46 SächsKomZG i. V. m. § 2 SächsGemO zugelassene Übertragbarkeit von kommunalen Planungsaufgaben auf einen Zweckverband durch § 205 VI i. V. m. I BauGB eingeschränkt sein könnte oder § 205 VI BauGB diese Übertragungsoption gerade ausdrücklich offenhält. Diese Entscheidung muss dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.“ (OVG Bautzen aaO)*

Da insofern eine summarische Inzidentprüfung der Satzung nicht zu erfolgen hat, kommt es nur darauf an, ob die Beanstandungsverfügung aufgrund anderer Mängel nach summarischer Prüfung rechtswidrig ist.

*„**Durchgreifende Mängel im Hinblick auf die Beanstandungsverfügung** selbst sind nicht ersichtlich. Auch insoweit überwiegt das öffentliche Interesse und das Interesse der Beig., bis zur Klärung in der Hauptsache wie bisher über die vereinbarten Einnahmen verfügen zu können.“ (OVG Bautzen aaO)*

## II. Interessenabwägung

Ist im Rahmen der summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache die rechtliche Bewertung offen, so hat eine **umfassende Interessenabwägung** stattzufinden. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO kann daher nur Bestand haben, wenn das Vollziehungsinteresse des Ag. das Aufschubinteresse des Ast. überwiegt.

*„Entgegen dem angefochtenen Beschluss ist hier nicht anzunehmen, dass das Suspensivinteresse der Ast. gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt und deshalb nach § 80 V 1 VwGO vorläufiger Rechtsschutz durch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die für sofort vollziehbar erklärte Beanstandungsverfügung zu gewähren wäre. Vielmehr **überwiegt das öffentliche Interesse** an dem angeordneten und ausreichend begründeten (...) Sofortvollzug, weil in dem vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht davon ausgegangen werden kann, dass die angefochtene Beanstandungsverfügung rechtswidrig ist.“ (OVG Bautzen aaO)*

## 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** **ZPO**  
**§§ 78, 79, 85 II** **Kein Erlöschen allein wegen Widerrufs der Anwaltszulassung**  
**(AG Ludwigslust in NJW-RR 2012, 1279; Urteil vom 07.06.2012 – 5 C 356/11)**

Mit dem **Widerruf der Anwaltszulassung des Bevollmächtigten** geht nicht ohne Weiteres das **Erlöschen der Prozessvollmacht** einher.

„Dies lässt sich auch nicht mit dem Argument begründen, der Fortbestand der Prozessvollmacht sei mit Blick auf das Bedürfnis, die Mandanten vor ungeeigneten Rechtsvertretern zu schützen, zu verneinen (vgl. BGHZ 166, 117 = NJW 2006, 2260).

Denn hierbei wird zum einen erneut an das Bestehen eines vorliegend **nicht geltenden Anwaltszwanges** angeknüpft (gegen das Erlöschen der Prozessvollmacht im Parteiprozess auf Grund des Zulassungswiderrufes daher VGH Mannheim NVwZ-RR 2002, 469). Zum anderen aber ist insbes. der (Fort-)Bestand einer Vollmacht auch im allgemeinen Zivilrecht nicht davon abhängig, dass der Vertretene gerade einen geeigneten Vertreter bevollmächtigt, sondern dies gehört vielmehr zum allgemeinen und mit der **Dispositionsfreiheit im Privatrecht** verbundenen Risiko. Der eingangs genannte Ansatz ließe sich i. Ü. eventuell noch rechtfertigen, wenn der Widerruf der Zulassung zur Anwaltschaft mit einer Anordnung der sofortigen Vollziehung dieser Verfügung im überwiegenden öffentlichen Interesse verbunden ist wegen schwerwiegender Verfehlungen des betreffenden Rechtsanwalts (so wohl bei BAG NJW 2007, 3226). Verzichtet ein Anwalt jedoch freiwillig und ohne einen entsprechenden Anlass der zuletzt genannten Art auf seine Zulassung, hat er jedenfalls bereits auf Grund seiner Ausbildung weiterhin die Befähigung zum Richteramt und es kann an jeglichen Anhaltspunkten dafür fehlen, dass er im Rahmen eines Parteiprozesses trotz nicht mehr bestehender Anwaltszulassung nicht doch als sachkundiger und befähigter Prozessvertreter auftreten kann.“ (AG Ludwigslust aaO)

Auch eine **ergänzende Vertragsauslegung** dahingehend, dass das Bestehen der einem Rechtsanwalt erteilten Prozessvollmacht für den Fall des Widerrufs von dessen Zulassung auflösend bedingt ist, kommt nicht in Betracht (wird ausgeführt).“ (AG Ludwigslust aaO)

**ZPO** **ZPO**  
**§§ 33, 147** **Drittwiderklage**  
**Eigenständigkeit**  
**(OLG Stuttgart in MDR 2012, 1186; Urteil vom 03.04.2012 – 101 U 6/11)**

Eine **als Drittwiderklage bezeichnete Klagschrift eines am Rechtsstreit bislang unbeteiligten Dritten** ist als **eigenständige Klage** zu behandeln. Das Gericht hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob der neue Rechtsstreit mit dem bereits anhängigen Rechtsstreit zu verbinden ist.

I. Auf eine solche Klagerhebung ist nach Ansicht des OLG Stuttgart aaO **§ 33 ZPO nicht anwendbar** (BGH NJW 2000, 1871).

„Es liegt vielmehr ein **Parteibeitritt** vor, der **nichts weiter als eine gewöhnliche Klagerhebung** bedeutet, an die sich die **unverbindliche Anregung** knüpft, das Gericht möge den neu begründeten Rechtsstreit mit dem bereits anhängigen verbinden und künftig über beide in einem gemeinsamen Verfahren verhandeln und entscheiden (BGH WM 1972, 784). Ein Widerklagantrag eines Dritten ist deshalb als **eigenständige Klage** zu behandeln, die mit der Anregung erhoben wird, den neuen mit dem bereits anhängigen Rechtsstreit nach § 147 ZPO zu verbinden (Musielak-Heinrich, ZPO, 7. Aufl., § 33 Rn 19; Stein/Jonas-Roth, ZPO, 22. Aufl., § 33 Rn 45; offen gelassen in BGH MDR 1985, 911). Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass die Privilegien der Widerklage und damit deren Rechtsfolgen aus §§ 261 II, 33 ZPO und § 12 II Nr. 1 GKG auf eine von einem Dritten erhobene „Widerklage“ nicht passen (Stein/Jonas-Roth aaO).“ (OLG Stuttgart aaO)

II. Nichts anderes gilt nach OLG Stuttgart aaO, wenn eine Widerklage eines Dritten über eine **Klageänderung** gestattet werden würde (vgl. BGHZ 40, 185; BGH MDR 1985, 911).

„Nachdem der Kläger in den Parteibeitritt der „Drittwiderklägerin“ nicht eingewilligt hat, ist die mit dem Parteibeitritt auf Seiten des Beklagten verbundene **Klageänderung nur zulässig, wenn** sie gem. § 263 ZPO **sachdienlich** ist. Die Sachdienlichkeit wird durch die **objektive Prozesslage**, nicht durch die subjektiven Interessen der Parteien oder gar des Gerichts bestimmt (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 29. Aufl., § 263 Rn 13). Sachdienlichkeit fehlt in der Regel, wenn mit dem neuen Anspruch ein völlig neuer Streitstoff eingeführt wird, bei dessen Beurteilung die bisherigen Prozessergebnisse nicht verwertet werden können. Vorliegend stehen die Streitgegenstände der „Widerklage“ der „Drittwiderklägerin“ nicht in einem ausreichenden tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhang mit den ursprünglichen Streitgegenständen der Klage und Widerklage des Bekl., so dass die Sachdienlichkeit eines Parteibeitritts der „Drittwiderklägerin“ abzulehnen ist.“ (OLG Stuttgart aaO)

**InsO** **InsO**  
**§ 93** **Einziehungs-/Prozessführungsbefugnis**  
**Insolvenzverwalter**  
**(BGH in NZI 2012, 858; Beschluss vom 12.07.2012 – IX ZR 217/11)**

I. Nach **§ 93 InsO** kann im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit die persönliche Haftung eines Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft während der Dauer des In-



solvenzverfahrens nur von dem Insolvenzverwalter der Gesellschaft geltend gemacht werden. Von dieser Regelung gehen zwei **Wirkungen** aus, die **Sperrwirkung** und die **Ermächtigungswirkung**:

1. Die **Sperrwirkung** besteht darin, dass die **Gläubiger nicht mehr gegen persönlich haftende Gesellschafter vorgehen können** und diese nicht mehr befreiend an die Gläubiger der Gesellschaft leisten können. Der Gläubiger kann während der Dauer des Insolvenzverfahrens einen Haftungsanspruch gegen persönlich haftende Gesellschafter weder durch Klage noch durch Zwangsvollstreckung durchsetzen (BGHZ 178, 171 = NZI 2009, 45).
  2. Die **Ermächtigungswirkung** verleiht dem Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gesellschaft die **treuhänderische Befugnis**, die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschafter gebündelt einzuziehen. Hierbei handelt es sich wie bei § 171 II HGB nicht um einen gesetzlichen Forderungsübergang. Der in Anspruch genommene Gesellschafter tilgt durch die Zahlung an den Insolvenzverwalter der Gesellschaft konkrete Gläubigerforderungen, deren Selbständigkeit durch die Verfahrenseröffnung unangetastet geblieben ist (BGHZ 178, 171 = NZI 2009, 45).
- II. Sperrwirkung und Ermächtigungswirkung begründen die alleinige **Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis** des Insolvenzverwalters für die Geltendmachung von Haftungsansprüchen der Gesellschaftsgläubiger gegen Gesellschafter.
1. Bei der gerichtlichen Geltendmachung der Gesellschafterhaftung wird der **Insolvenzverwalter als gesetzlicher Prozessstandschafter** der einzelnen Gläubiger tätig, weil der in Anspruch genommene Gesellschafter durch Zahlung an ihn konkrete Gläubigerforderungen zum Erlöschen bringt (BGH NZI 2006, 365 = WM 2006, 573; BGH WM 2007, 122; App, FK-InsO, 6. Aufl., § 93 Rn 1; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, § 93 Rn 11).

Die **Prozessführung** für die Einziehung von Forderungen gegen Gesellschafter **liegt** während der gesamten Verfahrensdauer allein **bei dem Insolvenzverwalter** (Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 93 Rn 3). Die Einziehungsermächtigung des Insolvenzverwalters umfasst damit auch die Prozessführungsbefugnis (Kayser, HK-InsO, 6. Aufl., § 93 Rn 50; Jaeger, InsO, § 93 Rn 72; Uhlenbruck, § 93 Rn 3). Im Umkehrschluss verlieren die Gesellschaftsgläubiger die Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis für die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen die Gesellschafter (Pohlmann, Hmb-InsO, 4. Aufl., § 93 Rn 26; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, § 93 Rn 11).

2. Die **Prozessführungsbefugnis** des Insolvenzverwalters als Verwalter der Masse **erstreckt sich** sowohl **auf Aktivprozesse** als auch **auf Passivprozesse** (Prütting/Gehrlein, ZPO, 4. Aufl., § 50 Rn 36).

*„Die dem Insolvenzverwalter in § 93 InsO vorbehaltene **Prozessführungsbefugnis** für die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen Gesellschafter **umfasst ebenso Aktivprozesse und Passivprozesse**. Ganz allgemein ist zur Prozessführung über Forderungen, welche die Gesellschafterhaftung betreffen, nur der Insolvenzverwalter befugt (Uhlenbruck, § 93 Rn 3). Ebenso wie der Gesellschaftsgläubiger gehindert ist, den Gesellschafter in Regress zu nehmen, fehlt umgekehrt dem Gesellschafter die Befugnis, sich durch die Klage gegen einen Gesellschaftsgläubiger seiner Haftung zu erwehren.“ (BGH aaO)*

GVG  
§§ 142, 145 II

### Amtsanwalt

GVG

**Übertragbarkeit von Verfahrensrechten der Staatsanwaltschaft**  
(BGH in StV 2012, 587; Beschluss vom 29.11.2011 – 3 StR 281/11)

In **Verhandlungen vor dem LG dürfen Amtsanwälten Verfahrensrechte der StA nicht übertragen werden** (hier: umfassendes Fragerecht).

*„Nach §§ 142 I Nr. 3, II, 145 II GVG dürfen Amtsanwälte das **Amt der StA nur bei den Amtsgerichten wahrnehmen**. In Verhandlungen vor den LG dürfen ihnen – unabhängig von ihrer persönlichen Qualifikation – Verfahrensrechte der StA nicht übertragen werden, auch nicht unter Aufsicht eines Staatsanwaltes (vgl. KK-Schmidt/Schoreit 6. Aufl., § 145 GVG Rn 6). Dies ergibt sich schon daraus, dass einem Rechtsreferendar gem. **§ 142 III GVG** im Einzelfall die Wahrnehmung der Aufgaben eines StA unter dessen Aufsicht beim LG übertragen werden kann, während eine **entsprechende gesetzliche Regelung für Amtsanwälte fehlt**.*

*Das gesetzliche Verbot für Amtsanwälte, Verfahrensrechte der StA vor den LG wahrzunehmen, darf nicht durch die Einräumung eines umfassenden Fragerechts in der Hauptverhandlung nach § 240 II 1 StPO umgangen werden. Der Vorsitzende kann nicht prozessbeteiligten Personen lediglich gestatten, einzelne Fragen unmittelbar an den Angekl., einen Zeugen oder einen Sachverständigen zu richten, wenn er dies nach pflichtgemäßem Ermessen im Interesse der Wahrheitsfindung für zweckmäßig hält und dadurch die berechtigten Interessen anderer Verfahrensbeteiligter nicht beeinträchtigt werden (LR-Becker, StPO, 26. Aufl., § 240 Rn 9). Die Einräumung des Fragerechts bezieht sich dabei aber stets auf einzelne Fragen; sie darf nicht zu einer Übertragung von gesetzlich nicht vorgesehenen generellen Teilnahme- und Fragerechten an einen **unzuständigen Amtsträger** führen. Dem steht nicht entgegen, dass nach teilweise vertretener Ansicht Amtsanwälte in Verfahren, die sie nicht selbständig bearbeiten dürfen, als Ermittlungsassistenten zur Unterstützung des Staatsanwalts herangezogen werden können (LR-Franke, StPO, 26. Aufl., § 142 GVG Rn 30). Denn im Falle einer solchen Zuarbeit verbleibt die Wahrnehmung der Rechte der Anklagebehörde bei dem sachbearbeitenden Staatsanwalt.“ (BGH aaO)*

StPO  
§ 33a

### Nachverfahren Unzulässigkeit der Beschwerde

StPO

(OLG Frankfurt a.M. in NSTZ-RR 2012, 315; Beschluss vom 05.08.2011 – 3 Ws 530/11)

Eine **Beschwerde gegen Entscheidungen nach § 33a StPO ist unstatthaft**.

- I. **Ob** im Nachverfahren gem. § 33a StPO die **Beschwerde nach § 304 StPO** gegen die Verwerfung oder Zurückweisung eines Antrags auf Nachholung rechtlichen Gehörs **statthaft ist, ist umstritten**.
- **Zum Teil** wird danach differenziert, ob im Nachverfahren eine sachliche Überprüfungsentscheidung getroffen wurde oder ob das Gesuch nach § 33a StPO aus formellen Gründen abgelehnt wird (vgl. nur Meyer-Goßner, 54. Aufl., § 33a Rn 10 m. w. Nachw.).
  - Es besteht **weitgehende Einigkeit**, dass bei einer sachlichen Überprüfungsentscheidung im Nachverfahren gem. § 33a StPO eine Beschwerde grundsätzlich ausgeschlossen ist (vgl. Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 33a Rn 26 m. w. Nachw.), denn das Rechtsmittel liefe bei Statthaftigkeit derartiger Rügen auf eine inhaltliche Nachprüfung der (neuerlichen) Sachentscheidung und damit im Ergebnis auf die Zulassung einer nach dem Gesetz (§ 310 StPO) gerade nicht eröffneten weiteren Beschwerde hinaus.
  - Die **heute wohl überwiegende Meinung** hält eine Beschwerde gegen eine Entscheidung nach § 33a StPO dann für zulässig, wenn das Gericht eine nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs oder eine Änderung der Entscheidung aus formellen Gründen ablehnt, d.h. gerade keine sachliche Überprüfungsentscheidung im Nachverfahren trifft (vgl. KG StraFo 2007, 241; a.A. auch in diesen Fällen: OLG Celle NJW 1968, 1391).
- II. **OLG Frankfurt a.M.** hat **bisher** vertreten, dass ein Fehler im Verfahren nach § 33a StPO, namentlich ein erneuter Verstoß gegen Art. 103 I GG die Beschwerde auch bei erneuter Sachentscheidung eröffnet (OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2005, 238).

Unter **Aufgabe dieser Rspr.** (vgl. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2002, 306; NStZ-RR 2003, 79; NStZ-RR 2005, 238) schließt sich OLG Frankfurt a.M. nunmehr der Auffassung des OLG Celle (NJW 1968, 1391) und des 2. Strafsenats des OLG Frankfurt a.M. (Beschl. V. 21. 1. 2009 – 2 Ws 193/08) an, nach der eine Beschwerde gegen jede Entscheidung im Verfahren nach § 33a StPO unstatthaft ist.

1. Die Vorschriften über die Sicherung des rechtlichen Gehörs (§§ 33a, 311a, 356a StPO) wollen einem Besch. in Fällen, in denen es gegen Entscheidungen eines Gerichtes keinen (weiteren) fachgerichtlichen Rechtsbehelf gibt, Gelegenheit zu einer Remonstration gegen die ohne Gewährung vorherigen rechtlichen Gehörs ergangenen Entscheidungen geben.

*„Den Gerichten soll damit eine **Gelegenheit zur Selbstkontrolle** ihrer fachgerichtlich nicht durch eine weitere Instanz überprüfbaren Entscheidung gegeben werden, weil es unter Verletzung des Grundrechts nach Art. 103 I GG Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen und geprüft hat. Eine solche Selbstkontrolle der eigenen Entscheidung stellt damit eine Art **Annexentscheidung** zur ursprünglichen unanfechtbaren Entscheidung dar, nicht jedoch eine neue, originäre Erstentscheidung. Deshalb kann auch die allgemeine Vorschrift des § 304 I StPO – nach der gerichtliche Entscheidungen mit der Beschwerde anfechtbar sind, soweit das Gesetz sie einer Anfechtung nicht ausdrücklich entziehe – für diese Annexentscheidung nicht herangezogen werden (vgl. OLG Celle NJW 1968, 1391). Die **besondere Eigenart des Nachverfahrens**, das der Gesetzgeber als einen Sonderrechtsbehelf nur für (mögliche) Verstöße gegen das grundrechtsgleiche Recht auf rechtliches Gehör eingeführt hat, schließt damit einen weiteren (zudem dann unbefristeten) Rechtszug gegen abschlägige Entscheidungen aus. I. Ü. ist bei einer Anwendung des § 304 I StPO die erwähnte Differenzierung der Beschwerdemöglichkeit zwischen der (nicht beschwerdefähigen) sachlichen Überprüfungsentscheidung und der (beschwerdefähigen) Ablehnung der Abänderung aus formellen Gründen – unabhängig von der praktischen Schwierigkeit der Einordnung – nicht immer überzeugend begründbar.“* (OLG Frankfurt a.M. aaO)

2. Eine **Beschwerdemöglichkeit** ist auch **aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geboten**.

*„Das BVerfG (BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924) hat vielmehr ausgeführt, dass stets die Möglichkeit genügt, eine behauptete Rechtsverletzung bei einem gerichtlichen Verfahrenshandeln einer einmaligen gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen. Begehe das RechtsbehelfsGer. einen Fehler im Zuge der Überprüfung, ob Art. 103 I GG bei der vorangegangenen gerichtlichen Verfahrensdurchführung beachtet worden sei, führe dies nicht zur erneuten Eröffnung des Rechtswegs. Das Risiko einer fehlerhaften Überprüfung sei wegen des ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten **Gebots der Rechtssicherheit** hinzunehmen (BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924 Rn).“* (OLG Frankfurt a.M. aaO)

3. **Ergebnis:** Bei der Versagung der Nachholung rechtlichen Gehörs – gleichgültig ob das durch Verwerfung des Antrags als unzulässig oder durch dessen Zurückweisung als unbegründet erfolgt – bleibt nur der Weg der Verfassungsbeschwerde (vgl. auch OLG Celle NJW 1968, 1391).

StPO  
§§ 137 II 1, 138 II

### Strafverteidigung (Unter-)Vollmacht

StPO

(OLG Jena in NStZ-RR 2012, 320; Beschluss vom 11.07.2012 – 1 SsRs 20/12)

- I. Die **Einwilligung des Betroffenen** ist **tragende Grundlage der Unterbevollmächtigung eines weiteren Verteidigers** durch den vom Betroffenen unmittelbar bevollmächtigten Verteidiger.

*„Die StPO enthält keine Vorschriften darüber, ob ein Verteidiger ermächtigt ist, die Verteidigung ganz oder teilweise auf einen andern Verteidiger durch Untervollmacht zu übertragen. § 139 StPO lässt das im Verhältnis eines Rechtsanwaltes zu einem Referendar zwar zu, ist aber seinem Inhalt nach mehr eine Ergänzung von § 138 II StPO als Ausdruck einer allgemeinen Regel (Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 138 Rn 19). Immerhin ist ihm zu entnehmen, dass das **Gesetz eine Unterbevollmächtigung nicht für unzulässig erachtet**. Dafür besteht auch keine Veranlassung. Zwar sind die **Anwaltsdienste im Zweifel persönlich zu leisten** (§ 675 i. V. mit §§ 613, 664, 665 BGB) und ist das Verhältnis zwischen Besch. und Anwalt ein **Vertrauensverhältnis**.*

*Es beruht jedoch auf dem **Willen des Besch.** Demzufolge kann, wenn dieser oder im Fall des § 137 II 1 StPO sein gesetzlicher Vertreter einwilligt, an der grds. Zulässigkeit einer Unterbevollmächtigung kein Zweifel sein. Dies wird mit Recht allgemein anerkannt (Lüderssen/Jahn, § 138 Rn 19 m. w. Nachw.). Die Einwilligung hat, was für § 137 I 2 StPO bedeutsam ist, den Charak-*

ter der Wahl eines weiteren Verteidigers, der – je nach dem Inhalt der Vereinbarung – für vereinzelte Verfahrensabschnitte oder für das ganze weitere Verfahren an die Stelle des zunächst gewählten Verteidigers tritt, häufiger aber diesen in der Weise unterstützen soll, dass er zwar nach außen auftritt, der ursprüngliche Verteidiger aber die Leitung der Verteidigung behält (Lüderssen/Jahn, § 138 Rn 19).

Auf Grund dieser Erwägungen ist die Einwilligung des Betr. die tragende Grundlage der Unterbevollmächtigung.“ (OLG Jena aaO)

- II. Will der unterbevollmächtigte Verteidiger als Unterbevollmächtigter handeln, muss er dies in der Begründungsschrift durch einen **Hinweis auf das Vertretungsverhältnis** deutlich zum Ausdruck bringen.

„Die bürgerlich-rechtlichen Grundsätze, wonach es beim Unterzeichnen des Vertreters mit seinem Namen genügt, wenn das Vertretungsverhältnis irgendwie aus dem übrigen Inhalt der Urkunde hervorgeht, findet wegen der **öffentlich-rechtlichen Natur des Strafprozesses** (hier: des Bußgeldverfahrens) keine Anwendung (KG JR 1974, 207 m. w. Nachw.). Denn im Revisions- und Rechtsbeschwerdeverfahren ist neben der Unterzeichnung der Begründungsschrift wesentliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der in ihr enthaltenen Erklärungen, dass der Unterzeichner die volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes übernimmt.

Wenn RA M als Unterbevollmächtigter hätte handeln wollen, hätte dies in der Begründungsschrift durch einen Hinweis auf das **Vertretungsverhältnis deutlich zum Ausdruck gebracht** werden müssen (KG JR 1974, 207; Hanack, § 345 Rn 22).“ (OLG Jena aaO)

StPO  
§ 147 I Alt. 2

**Besichtigungsrecht**  
Zulässigkeit der Beschränkung von Verteidigerrechten  
(OLG Karlsruhe in NJW 2012, 2742; Beschluss vom 29.05.2012 – 2 Ws 146/12)

StPO

- I. Im Gegensatz zu Akten (§ 147 I und IV 1 StPO) können **Beweismittel** – zu diesen zählen die Aufzeichnungen über die abgehörten Telefongespräche – **grds. nicht zur Einsichtnahme an den Verteidiger mitgegeben, sondern nach § 147 I Alt. 2 StPO nur am Ort ihrer amtlichen Verwahrung eingesehen bzw.** im Fall von Aufzeichnungen im Rahmen einer Telefonüberwachungsmaßnahme **abgehört werden**. Ein **Anspruch auf Überlassung von Beweismitteln bzw. auf Anfertigung von Kopien** der Beweismittel **steht dem Verteidiger grds. nicht zu** (vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2012, 12677; OLG Koblenz NStZ 1995, 611; Wessing, BeckOK-StPO, Stand: 01.02.2012, § 147 Rn 18).

Im Einzelfall kann aus Gründen des fairen Verfahrens bzw. angemessener Verteidigung oder unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensvereinfachung und Verfahrensbeschleunigung die Fertigung und Überlassung von Kopien sachgerecht und geboten sein (vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2012, 12677; OLG Frankfurt a. M. StV 2001, 611; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 147 Rn 117).

- II. Nach Auffassung des **OLG Karlsruhe aaO** liegen die Voraussetzungen hierfür bei der Telekommunikationsüberwachung jedoch nicht vor.

„Bei der Telekommunikationsüberwachung werden **sämtliche Gespräche ohne Differenzierung nach den Gesprächspartnern oder den Inhalten der Gespräche aufgezeichnet und anschließend ausgewertet**. Damit werden in aller Regel – und so auch hier – von der Telefonüberwachung **auch Gespräche mit oder zwischen Personen erfasst, die offensichtlich in keiner Weise mit der aufzuklärenden Tat in Verbindung stehen**. Des Weiteren besteht auch die Möglichkeit der Aufzeichnung von Gesprächen, die dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind. Da **bei der Telekommunikationsüberwachung keine mit vertretbarem Aufwand realisierbare Möglichkeit besteht, den erforderlichen Grundrechtsschutz für von der Maßnahme betroffene Dritte schon im Rahmen der Aufzeichnungen der Gespräche zu wahren**, und da der Grundrechtseingriff nicht nur in der Aufzeichnung und dem anschließenden Abhören der Gespräche besteht, sondern sich durch die Speicherung, Verwendung und Weitergabe der gewonnenen Informationen fortsetzt und vertieft (BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 = NStZ 2004, 270), muss **im Verlauf des weiteren Verfahrens darauf geachtet werden, dass der bestehende Grundrechtseingriff nicht weiter als erforderlich vertieft wird** (OLG Karlsruhe BeckRS 2012, 12677).“ (OLG Karlsruhe aaO)

- III. Bei der Frage der **Ausgestaltung des Besichtigungsrechts gem. § 147 I Alt. 2 StPO** ist demgemäß trotz vorgenommener Sicherungsmaßnahmen zu berücksichtigen, dass durch die Fertigung und Aushändigung von Kopien der vollständigen Telekommunikationsaufzeichnungen des Ermittlungskomplexes an den jeweiligen Verteidiger nicht nur der Eingriff in Persönlichkeits- und Datenschutzinteressen unbeteiligter Dritter vertieft, sondern auch die Einhaltung der die **Sicherung der Angemessenheit des Grundrechtseingriffs** dienenden Vorschriften insbes. hinsichtlich der Löschung der aufgezeichneten Gespräche (vgl. § 101 VIII StPO) erschwert wird (OLG Karlsruhe BeckRS 2012, 12677).

„Andererseits besteht für sämtliche Verteidiger vorliegend bereits seit einigen Wochen die Möglichkeit, sämtliche im vorliegenden Ermittlungskomplex aufgezeichneten Telefongespräche werktags zwischen 8.30 und 17 Uhr bei der Kriminalpolizei A. anzuhören. Zudem haben die Verteidiger nicht nur einen Anspruch, die Gespräche dort in Gegenwart eines Dolmetschers abzuhören, sondern auch ein Recht auf Anwesenheit des jeweils von ihnen verteidigten Angeklagten (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 147 Rn 19).

Der Senat geht ferner davon aus, dass den Verteidigern – anderenfalls wäre dies nunmehr organisatorisch sicherzustellen – auch die Möglichkeit eröffnet wird, die Audiodateien in A. allein in einem separaten Raum in Gegenwart eines Dolmetschers und des von ihnen verteidigten Angekl. abzuhören, um dabei insbes. direkt im Zusammenhang mit dem Abspielen von Dateien Fragen der Verteidigungsstrategie erörtern zu können. Dass ein derartig gewährleistetes **Besichtigungsrecht der Verteidiger zu Informationszwecken nicht ausreichend ist** und die Verteidigungsinteressen nur durch die Überlassung amtlicher Kopien gewahrt wären, vermag der Senat im Ergebnis nicht zu erkennen. Der zusätzliche Zeitaufwand, der dadurch entsteht, dass die Verteidiger für eine Inaugenscheinnahme der Audiodateien nach A. fahren müssten, stellt sich nicht als unzumutbar dar und ist angesichts der Bedeutung der Sache insbesondere auch nicht unverhältnismäßig.“ (OLG Karlsruhe aaO)

(OLG Stuttgart in NSTZ-RR 2012, 323; Beschluss vom 03.05.2012 – 4 Ws 66/12)

Die **mündliche Anhörung des Verurteilten** über die Aussetzung des Strafrestes **kann** nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts **in Form einer Videokonferenz durchgeführt werden**, wenn

- der **Verurteilte sich hiermit ausdrücklich** vor dem Anhörungstermin **einverstanden erklärt** hat und
  - er **darauf hingewiesen** worden ist, dass er **Anspruch auf eine mündliche Anhörung** hat.
- I. **Durch die mündliche Anhörung** gem. § 454 I 3 StPO soll sich das Gericht einen **unmittelbaren persönlichen Eindruck von dem Verurteilten verschaffen**, um den Sachverhalt umfassend aufzuklären. Die **Form der Anhörung bestimmt es nach** seinem **pflichtgemäßen Ermessen**. Dabei ist eine Videokonferenz grds. möglich, allerdings nur dann, wenn dem der **Zweck der mündlichen Anhörung nicht entgegensteht**, in der alle für die Aussetzungsfrage maßgeblichen Umstände zu erörtern sind.

Bei der Ermessensentscheidung sind vor allem die **Persönlichkeit des Verurteilten**, die **Vollzugsdauer**, die **Art der begangenen Straftat**, sein **Verhalten im Vollzug**, die **Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit** (§ 57 I 1 Nr. 2 StGB) und die **Entfernung der JVA vom Sitz des Gerichts** zu berücksichtigen. Auch ist zu bedenken, dass der Verurteilte befangen ist, dass Hemmungen auftreten und er das Gefühl hat, „gegen eine Wand zu reden“, da ein real existierendes menschliches Gegenüber fehlt. Es kann eine im Vergleich zu einer mündlichen Anhörung hinausgehende Nervosität auftreten. Darüber hinaus gehört zur umfassenden Aufklärung des Sachverhalts durch die StVK, dass sie sich von der Person des Verurteilten ein umfassendes Bild macht, wozu eine Videokonferenz nur eingeschränkt in der Lage ist.

Appl, KK-StPO, 6. Aufl., § 454 Rn 17a; zu allem grundlegend Esser NSTZ 2003, 464; OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2006, 357; OLG Karlsruhe Justiz 2005, 399; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl. § 454 Rn 34; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 454 Rn 36

*„Hieraus ergibt sich, dass der Ersatz der mündlichen Anhörung durch eine Videokonferenz vielfach in den Fällen nicht möglich sein wird, in denen es um die Aussetzung hoher Strafreste geht. Auch wird in aller Regel in den Verfahren, die unter § 454 II StPO fallen, eine Videokonferenz ausscheiden. Gleiches gilt, wenn besondere Schwierigkeiten erkennbar sind oder der Sachverhalt nicht hinreichend, auch nicht durch die Stellungnahme der JVA, aufgeklärt ist.“* (OLG Stuttgart aaO)

- II. In den Fällen, in denen hiernach eine audiovisuelle Vernehmung in Betracht kommt, **steht es dem Verurteilten frei** zu erklären, **dass er auf einer persönlichen Anhörung besteht** (vgl. OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2006, 357; OLG Karlsruhe Justiz 2005, 399).

*„Er ist zu befragen, ob er hiermit einverstanden ist. Angesichts der Bedeutung der mündlichen Anhörung genügt es nicht, wenn er sein Einverständnis mit diesem Verfahren erst während der Videokonferenz gibt, da er in dieser Situation vielfach nicht in der Lage sein wird, spontan zu bedenken, ob aus seiner Sicht bei dieser Form der Anhörung seine Rechte in ausreichender Weise gewahrt werden. Auch ist zu besorgen, dass sich manch Verurteilter scheuen mag, die faktisch bereits stattfindende Videovernehmung noch zu beenden, da er befürchten könnte, anderenfalls drohten ihm Nachteile bzw. er bringe das Gericht gegen sich auf. Vielmehr ist es notwendig, ihn vor dem Anhörungstermin, z.B. in der Nachricht vom Termin zur Anhörung, ausdrücklich zu befragen, ob er mit einer audiovisuellen Vernehmung einverstanden ist. Dabei ist er darauf hinzuweisen, dass er eine mündliche Anhörung verlangen kann. Ist er nicht sprachkundig, müssen die Fragen in die für ihn verständliche Sprache übersetzt werden. Reagiert er auf die Anfrage nicht, scheidet die Anhörung in Form einer Videokonferenz aus.“* (OLG Stuttgart aaO)

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2012, 766; Beschluss vom 07.02.2012 – DB A 78/10)

Die **Verletzung der** in § 30 S. 1 BDG geregelten **Pflicht zur abschließenden Anhörung des Beamten** ist ein **wesentlicher Verfahrensmangel i. S. des § 55 BDG**.

*„§ 30 S. 1 BDG sichert den Anspruch des Beamten auf rechtliches Gehör i. S. eines Rechts auf Information, Äußerung und Berücksichtigung (vgl. BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924; BVerfGE 108, 341 = NJW 2003, 3687 = NVwZ 2004, 334). Er ist zudem Ausprägung des Grundsatzes, dass der Beamte nicht zum bloßen Objekt des Disziplinarverfahrens gemacht werden darf. Dieses Verständnis des Anspruchs auf rechtliches Gehör indiziert, dass sich die Anhörung des Beamten auf das weitere Disziplinarverfahren auswirken und für dieses von Bedeutung sein kann. Entsprechend hat der Gesetzgeber die Pflicht zur abschließenden Anhörung als zwingende Verfahrensvorschrift ausgestaltet, die leerlaufen würde, wenn das Gericht die Verletzung dieser Pflicht als für das Ergebnis des gerichtlichen Disziplinarverfahrens nicht relevant einstufen würde (vgl.: BVerwGE 138, 263 = NJOZ 2012, 297).*

*Es kommt auch nicht darauf an, ob der vorliegende Mangel des behördlichen Disziplinarverfahrens im gerichtlichen Verfahren noch hätte beseitigt werden können, denn es geht nicht um die Frage, ob in einer ex-post-Betrachtung des gerichtlichen Verfahrens ein wesentlicher Verfahrensmangel als nachträglich geheilt angesehen werden kann. Zwar hat das Gericht zu prüfen, ob der Verfahrensmangel im gerichtlichen Verfahren geheilt werden kann (so bereits zu § 67 IV BDO: BVerwGE 93, 151 = NVwZ-RR 1992, 567), das BVerwG hat aber zu § 67 IV BDO, der Vorgängervorschrift des § 55 BDG, ausgeführt, dass die Prüfung des Verfahrens auf mögliche Verfahrensmängel am Anfang des gerichtlichen Verfahrens stehe. In diesem Zeitpunkt sei das Gericht bei jedem wesentlichen Verfahrensfehler gehalten, das Verfahren auszusetzen und damit sicherzustellen, dass alle für das vorgerichtliche Verfahren geregelten Verfahrensgarantien noch verwirklicht werden können (BVerwGE 93, 250). Daran ist auch für § 55 III BDG festzuhalten.“* (OVG Bremen aaO)

VwGO  
§ 40 I**Auskunftsbegehren des Insolvenzverwalters ggü. Finanzamt**  
Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

VwGO

(VG Trier in NVwZ-RR 2012, 783; Beschluss vom 26.06.2012 – 5 K 504/12)

**Begehrt ein Insolvenzverwalter** unter Bezugnahme auf § 4 I RhPflInformationsfreiheitsgesetz vom Finanzamt **Auskunft über Umsatzsteuer- und Körperschaftssteuervorgänge des Insolvenzschuldners** und macht insoweit geltend, er benötige die begehrten Auskünfte zur Aufarbeitung der wirtschaftlichen und steuerlichen Verhältnisse und zur Prüfung, welche ggf. anfechtbaren Zahlungen der Insolvenzschuldner geleistet habe, so ist für ein entsprechendes Klagebegehren der **Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO eröffnet**.

„Damit begehrt er i. S. von § 4 I 1 RhPflIFG Auskunft über bei dem Bekl. vorhandene amtliche Informationen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass das Berufen auf diese Anspruchsgrundlage i. S. der Rspr. des BVerwG offensichtlich aussichtslos ist. Insbes. steht der in § 4 II RhPflIFG geregelte Anwendungsvorrang anderer Rechtsvorschriften dem Begehren nicht offensichtlich entgegen. Derartige Vorschriften können weder der Abgabenordnung noch dem Insolvenzrecht entnommen werden.“

Was die Regelungen der Abgabenordnung betrifft, hat das BVerwG (BVerwG NVwZ 2012, 824 = NZI 2012, 684) ausgeführt, dass ein gegenüber dem Finanzamt geltend gemachter Informationsanspruch eines Insolvenzverwalters, der einen Anfechtungsanspruch durchsetzen wolle, vom Regelungsbereich der Abgabenordnung nicht umfasst werde. Der Gesetzgeber habe sich beim Erlass der Abgabenordnung nur mit der Frage befasst, ob der Bet. eines steuerrechtlichen Verfahrens nach dem Vorbild des § 29 VwVfG einen Anspruch auf Akteneinsicht haben solle. Einen solchen auf ein laufendes Steuerverfahren bezogenen Anspruch mache der Insolvenzverwalter, der einen Anfechtungsanspruch durchsetzen wolle, jedoch nicht geltend. Er handele nicht in Erfüllung der steuerlichen Pflichten des Insolvenzschuldners und um dessen Rechte zu wahren. Er sei vielmehr **im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger tätig**, zu deren Gunsten Zahlungen des Insolvenzschuldners im Wege der Anfechtung zur Insolvenzmasse gezogen werden sollten; dabei handele es sich um ein eigenständiges Rechtsverhältnis zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Finanzamt. Ausgehend vom vorliegenden Klagebegehren, die **wirtschaftlichen und steuerlichen Verhältnisse der Insolvenzschuldnerin aufarbeiten** zu wollen und insoweit zu prüfen, ob ggf. Anfechtungsansprüche vorhanden sind, handelt auch der Kl. nicht in Erfüllung der steuerlichen Pflichten der Insolvenzschuldnerin, so dass sein Begehren nicht i. S. von § 4 II 1 RhPflIFG vorrangig durch die Abgabenordnung geregelt ist.

Die Vorschriften der InsO, die die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse im Insolvenzverfahren und Informationsansprüche der Bet. untereinander regeln, stehen dem Anspruchsbegehren des Kl. ebenfalls nicht vorrangig entgegen, da sie gerade nicht den Zugang zu amtlichen Informationen regeln.“ (VG Trier aaO)

BRAO  
§§ 73 II Nr. 1, 74, 112a I**Rechtswegeröffnung**

öfR

Streitigkeit zwischen Rechtsanwalt und Rechtsanwaltskammer

(VGH Mannheim in DÖV 2012, 856; Beschluss vom 26.07.2012 – 9 S 882/11)

**Auseinandersetzungen zwischen einem Rechtsanwalt und der Rechtsanwaltskammer** im Vorfeld von Maßnahmen des Vorstands nach §§ 73 II Nr. 1, 74 BRAO fallen in die **Zuständigkeit des Anwaltsgerichtshofs** nach § 112a I BRAO

„§ 17a V GVG ist **in einem solchen Fall nicht anwendbar**, weil andernfalls die in § 17a IV 3 GVG eingeräumte Möglichkeit, die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs auch im Fall ihrer Bejahung durch das Gericht erster Instanz durch das Rechtsmittelgericht prüfen zu lassen, aufgrund eines Verfahrensfehlers des Gerichts abgeschnitten würde (vgl. BVerwG NJW 1994, 956; VGH Baden-Württemberg NVwZ-RR 1997, 325; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 17a GVG Rn 30 m. w. Nachw.).“

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 30.07.2009 (BGBl. I S. 2449) am 01.09.2009 regelt die neu eingefügte Vorschrift des § 112a I BRAO die grds. Zuständigkeit des Anwaltsgerichtshofs für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nach der Bundesrechtsanwaltsordnung oder daraus abgeleiteten Rechts, soweit nicht in den Fällen des § 112a II BRAO der BGH zuständig ist (vgl. Feurich/Weyland, Kommentar zur BRAO, 8. Auflage 2012, § 112a Rn 7). Von dieser weitgespannten Zuständigkeit i. S. einer **Generalklausel** sind alle Streitigkeiten umfasst, die aus Anwendung der Bundesrechtsanwaltsordnung und der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen und Satzungen resultieren und die nicht ausdrücklich dem Anwaltsgericht oder einem anderen Gericht zugewiesen sind (vgl. BGH NJW 2011, 2303).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist vorliegend der Rechtsweg zum Anwaltsgerichtshof eröffnet. Die Bet. streiten über die Reichweite der der Bekl. nach der Bundesrechtsanwaltsordnung eingeräumten Befugnisse (wird ausgeführt). Anders als das Verwaltungsgericht meint, steht der Annahme einer verwaltungsrechtlichen Anwaltssache in diesem Fall nicht entgegen, dass die Bekl. noch keine Missbilligung des Verhaltens des Klägers ausgesprochen hat. In diesem Zusammenhang hat der BGH zur **umfassenden Zuständigkeit des Anwaltsgerichtshofs** ausgeführt:

„Das ergibt sich nicht nur aus dem **Wortlaut des § 112a I BRAO**, der die Rechtswegzuständigkeit des Anwaltsgerichtshofs als Regelfall („soweit nicht“) behandelt. Auch die aus den Gesetzesmaterialien ersichtliche **Intention des Gesetzgebers** belegt die weitgespannten Kompetenzen des Anwaltsgerichtshofs. Die Zuständigkeitsregelung des § 112a I BRAO beschränkt sich nicht darauf, die bisher in verschiedenen Einzelnormen ausdrücklich geregelten Rechtswegzuweisungen zum Anwaltsgerichtshof (§§ 37 ff., 90, 91, 163, 191, 223 BRAO a. F.) in einer Vorschrift zusammenzufassen (BT-Drucks. 16/11385 S. 40). Vielmehr soll der Anwaltsgerichtshof nach dem Willen des Gesetzgebers auch zuständig sein für die **Gewährung von Rechtsschutz gegen hoheitliches Verwaltungshandeln, das nicht in die Form eines Verwaltungsaktes gekleidet**, gleichwohl aber geeignet ist, in die berufsrechtlich begründeten Rechte und Pflichten der Beteiligten einzugreifen oder sie einzuschränken (BT-Drucks. 16/11385 aaO).“ (VGH Mannheim aaO)

## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. **Rebler:** Die Haftung bei Verkehrsunfällen mit Tieren (MDR 2012, 1208)

Kommt es im Straßenverkehr zu einem Unfall mit einem Tier, hängen die Fragen einer **Schadensersatzmöglichkeit** in starkem Maße auch **von der Art des Tieres ab**: Für ein **Haustier**, das als „Luxustier“ gehalten wird, haftet der Tierhalter nach der Gefährdungshaftung des § 833 S. 1 BGB; handelt es sich dagegen um ein **Nutztier**, besteht für den Halter die Möglichkeit, sich zu exkulpieren. - Bei einem Unfall ist zur Ermittlung einer Haftungsquote die **Betriebsgefahr des Kfz der Tiergefahr gegenüberzustellen**; bei einem großen Tier wird hier i. d. R. die Tiergefahr weit überwiegen. - Kommt es zu einem **Auffahrunfall**, weil der Vordermann wegen eines Tieres bremsen muss, steht auch der Tierhalter i. d. R. noch in der Haftung. - Bei einem **Wildunfall** gibt es keinen, Tierhalter“, der Kfz-Halter ist auf Ersatz durch seine Kasko-Versicherung angewiesen; diese ist auch dann in der Pflicht, wenn eine Kfz-Führer einen (größeren) Tier ausweicht und es dadurch zu einem Schaden am Kfz kommt.

#### 2. **Franke/Strnad:** Zum zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch bei sexuellem Missbrauch (FamRZ 2012, 1539)

Die **geltende Verjährungsfrist** von **drei Jahren** für deliktische Ansprüche ist **bei sexuellem Missbrauch viel zu kurz**; zu prüfen ist daher vor allem, wann die Verjährung begann (§ 199 I BGB) und ob sie durch höhere Gewalt gehemmt war (§ 206 BGB). - Für **ältere Fälle** ist es wichtig, dass u. E. auch familienrechtliche Anspruchsgrundlagen mit ehemals dreißigjähriger Verjährungsfrist einschlägig sein können. - Der **Gesetzgeber** plant zwar, die Verjährungsfrist auf 30 Jahre zu verlängern; dies wird jedoch keine Rückwirkung haben. - Der **Schadensersatzanspruch erfasst** nach allgemeinen Regeln den **materiellen sowie den immateriellen Schaden**. - **Prozessual** kann eine **offene Teilklage sinnvoll** sein, auf ausreichende Bestimmtheit des Streitgegenstandes ist zu achten. - Auch bei mehreren Verletzungshandlungen kann ein einheitliches Schmerzensgeld im Rahmen der Teilklage gefordert werden.

#### 3. **Erger/Gräler:** Die Verarbeitungsklausel (NJOZ 2012, 1865)

Geht man mit dem **BGH und der h. L.** vom **subjektivierten Herstellerbegriff** aus, so zeigen sich nach Auffassung der Autoren ganz erhebliche **Konstruktionsschwierigkeiten**: Zunächst sei es schon zweifelhaft, im Rahmen der Auslegung aus Sicht eines objektiven Beobachters auch ein subjektives Moment einzubeziehen. - Völlig ad absurdum werde diese Ansicht aber bei der Existenz mehrerer Hersteller geführt: Hier soll der objektive Beobachter zu dem Schluss kommen, dass mehrere Personen gemeinsam herstellen, obwohl sie untereinander meist in keinerlei Verbindung stehen. - Seine Inkonsequenz offenbart der BGH allerdings nach Ansicht der Autoren bei widersprüchlichen Verarbeitungsklauseln, indem er auf den objektiven Beobachter praktisch verzichtet; vielmehr solle umgedeutet, ausgelegt, hypothetische Willen erforscht und Interessen abgewogen werden, um die Eigentumsteile der gesicherten Lieferanten zu bestimmen. - All das ist nach Auffassung der Autoren aber mit der Behauptung, § 950 BGB sei nicht dispositiv, sondern der Herstellerbegriff sei nur der Auslegung zugänglich, nicht mehr vereinbar, denn hier werde unter dem Deckmantel des subjektivierten Herstellerbegriffs eine Parteivereinbarung über die Wirkungen des § 950 BGB geprüft. - Auf Grund dieser Inkonsequenz sei die Annahme, dass **§ 950 BGB dispositiv** sei, die einzig Richtige: Eine bloße Abbedingung gäbe keinen Sinn, sodass zugestanden werden müsse, dass Lieferanten und Hersteller die Wirkungen des § 950 BGB beliebig lenken können; diesen Vereinbarungen könnte dann noch im Rahmen der Sittenwidrigkeit in bestimmten Maße Grenzen gesetzt werden: Etwa könnte man überlegen, Geldkreditgeber anders zu behandeln als Warenkreditgeber; ähnliche Erwägungen werden auch bei anderen Sicherungsmitteln im Rahmen der §§ 138, 242 BGB angestellt.

#### 4. **Hampe/Köhlert:** Branchenverzeichnisse im Internet - Arglistige Täuschung durch wettbewerbswidrige Formularschreiben? (MMR 2012, 722)

**Problemstellung:** Mit formularmäßig aufgemachten, amtlich wirkenden Schreiben versuchen Betreiber von Online-Branchenverzeichnissen vermehrt unaufmerksame Unternehmer und Selbstständige zum Abschluss von Verträgen mit langen Laufzeiten über die entgeltliche Eintragung in diese Verzeichnisse zu bewegen; es stellt sich jedoch die Frage, ob durch das Zurücksenden dieser Formularschreiben **überhaupt ein schuldrechtlicher Vertrag zu Stande kommt**; selbst wenn dies der Fall ist, verbleibt die Frage der Möglichkeit einer Anfechtung des Vertrags wegen eines Irrtums oder wegen einer arglistigen Täuschung. - Mangelt es demjenigen, der ein Angebot über die entgeltliche Eintragung in ein Branchenverzeichnis durch das Unterschreiben und Rücksenden eines Formularschreibens annimmt, an dem Bewusstsein eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben, liegt schon keine wirksame Willenserklärung vor, da der Versender der Formularschreiben in besonderer Weise auf die Unachtsamkeit des adressierten Unternehmens spekuliert und damit kein schutzwürdiges Vertrauen in diese Annahme haben kann. - Unter Zugrundelegung einer wirksamen Annahme des Angebots, ist die **Willenserklärung** jedenfalls **sowohl nach § 119 I BGB als auch nach § 123 I BGB anfechtbar**; wird die Willenserklärung über die Annahme wirksam angefochten, ist der **Vertrag als von Anfang an nichtig** anzusehen, § 142 I BGB. - Für den Fall der Anfechtung nach § 119 I BGB wird des Weiteren auch **kein Ersatz des Vertrauensschadens gem. § 122 I BGB** fällig, da sich der Anbietende nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dann nicht auf ein

schutzwürdiges Vertrauen berufen kann, § 122 II i.V.m. § 242 BGB. – In einem **aktuellen Urteil** hat der **BGH** zumindest im Hinblick auf die Entgeltklausel Klarheit geschaffen und entschieden, dass **überraschende Entgeltklauseln**, mit welchen der Adressat von Angebotsschreibern über eine Eintragung in ein Branchenverzeichnis im Internet nicht zu rechnen braucht, **gem. § 305c I BGB nicht Vertragsbestandteil** werden; damit sind auch darauf gestützte Zahlungsforderungen von Anfang an unbegründet (NJOZ 2012, 433).

5. **Schwarz**: Steuerberaterhaftung bei unterlassener Aufklärung über die Insolvenzantragspflicht bei Insolvenzreife einer GmbH/AG (NZI 2012, 869)

Bei der Frage nach der **Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung** befindet sich der Steuerberater in einem problematischen Spannungsverhältnis: Auf der einen Seite besteht die Gefahr, dass er einen Mandanten verliert, wenn er zur Insolvenzantragstellung rät; auf der anderen Seite setzt er sich einer möglichen Haftung aus, wenn er dem Mandanten von der Insolvenzantragstellung abrät oder eine Beratung pflichtwidrig unterlässt, obwohl Insolvenzreife bereits eingetreten ist; auch die Beratung zu einer voreiligen Insolvenzantragstellung kann einen Haftungstatbestand zu Lasten des Steuerberaters auslösen. – In diesem Spannungsverhältnis muss der Steuerberater seine Beratungsleistung erbringen; dabei ist immer zu beachten, dass eine **Beratungsleistung nie vor-schnell erbracht** werden sollte; ggf. sollte auf einen externen Berater verwiesen und eine insolvenzrechtliche Beratung abgelehnt werden. – Die Überprüfung der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung bedarf einer **eingehenden Analyse unter Berücksichtigung der von der Rspr. zu beachtenden Kriterien** bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung eines Unternehmens; schließlich kann nur dazu geraten werden, der **Aufklärungspflicht** beim sog. einfachen Steuerberatervertrag durch eine **schriftliche Dokumentation** nachzukommen; ggf. sollte Vorsorge getroffen werden, dass eine mündliche Unterredung nicht zugleich als eine Prüfvereinbarung über eine Insolvenzantragsverpflichtung ausgelegt wird; wie dies zu erfolgen hat, hängt selbstverständlich von den Umständen des Einzelfalls ab; möglicherweise sollte der **Mandant schriftlich bestätigen**, dass mit der Unterredung **keine Prüfleistungen i. S. der BGH-Rspr. erbracht** und **keine verbindlichen Auskünfte erteilt** worden sind; es besteht auch die Möglichkeit der Vereinbarung eines Haftungsausschlusses, wobei allerdings die Rspr. und die Vorschriften des BGB zum generellen Haftungsausschluss gem. §§ 305 ff BGB zu beachten sind.

## II. Strafrecht

1. **Höher**: Der Betrug bei Ersatzansprüchen im Personenschaden – Rechtsfolgen bei falschem Vortrag des Geschädigten (NZV 2012, 457)

Die **klassische Einteilung nach fingierten, manipulierten, gestellten und provozierten Schadenfällen** hat auch im Personenschaden seine Rechtfertigung. – Die Recherche nach anderweitigen Verträgen aus dem Bereich der Personenversicherung und die **Weitergabe und Verwertung von persönlichen Gesundheitsdaten** setzt nach **§ 203 StGB** die **Zustimmung des Betroffenen** und nach dem BDSG eine den Formerfordernissen nach § 4a BDSG angepasste Erklärung desselben voraus; die Verwertung und Sammlung auch von sensiblen Gesundheitsdaten durch den Schadenversicherer ist nach § 28 VI Nr. 3 BDSG zulässig. – Die **zum Sachschaden entwickelten Grundsätze**, wonach ein Anspruch insgesamt als unschlüssig zurückgewiesen werden kann, wenn der Anspruchsteller keine Differenzierung zu Vorschäden vornimmt, **sind bedingt auch auf den Personenschaden anwendbar**. – Ein **Verstoß gegen die Wahrheitspflicht** nach § 138 ZPO hat **Einfluss auf die Beweiswürdigung nach §§ 286, 287 ZPO**; dem betrügerischen Anspruchsteller stehen Beweiserleichterungen nach § 287 ZPO nur eingeschränkt zu. – Bei falschem Vortrag ist dem Geschädigten der **Beweis durch eigene Parteianhörung nach § 448 ZPO verwehrt**. – Die Mitwirkungspflicht des Geschädigten nach §§ 119, 120 begründet keine wirksame Abwehr gegen betrügerisches Verhalten; die Bindungswirkung kann bei einem Verstoß gegen § 119 II VVG entfallen; der Haftpflichtversicherer muss sorgfältig prüfen, ob er einen laufenden Prozess des Anspruchstellers gegen den Versicherungsnehmer aufnimmt. – **Betrügerisches Verhalten des Geschädigten** kann nur **Einfluss auf die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes** haben, aber nicht als Strafe zu einer Reduzierung des Schmerzensgeldes führen. – Regulierungsaufwendungen können als Schadensersatz oder nach einem Prozess bei ausreichender Prozessbezogenheit im Rahmen der Kostenfestsetzung geltend gemacht werden.

2. **Magnus**: Der Gewaltbegriff der Nötigung (§ 240 StGB) im Lichte der neuesten BVerfG-Rspr. (NSTZ 2012, 538)

## III. Öffentliches Recht

1. **Griebel**: Entschädigungsansprüche bei Aktienkursverlusten infolge staatlichen Handelns? (DÖV 2012, 868)

**Problemstellung**: Staatliche Eingriffe in Aktiengesellschaften, etwa in Gestalt von Enteignungen, können immer auch Implikationen für deren Anteilseigner haben; nicht selten erleiden diese als Folge der staatlichen Maßnahme Wertverluste ihrer Aktien; vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit in solchen Situationen eine **staatliche Entschädigungspflicht gegenüber den betroffenen Aktionären** besteht; während die einzelne Rechtsposition geschützt ist, **endet der Schutz im Hinblick auf den Wert des Aktienrechts**: Die **freiwillige Risikobereitschaft**, die in dem Halten eines dem schnellen Wertverlust am Markt unterliegenden Rechts zum Ausdruck kommt, findet auch dann keine rechtliche Absicherung, wenn der Staat selbst ganz konkret in Gestalt einer

das Unternehmen enteignenden Maßnahme eingreift. - In der **Gesamtbetrachtung** scheint es dabei auch adäquat, das **Risiko** von (mutmaßlich) **staatlich verursachten Kursverlusten dem Anteilseigner aufzuerlegen**; es wäre unangemessen, den Staat in einem Bereich für entschädigungspflichtig zu halten, der nicht nur von **spekulativen Risikogeschäften geprägt** wird, sondern auch insgesamt von einer solchen **Fülle an Einflussfaktoren** des (Aktien-) Marktes bestimmt wird, dass eine Bewertung der jeweiligen Effekte kaum möglich erscheint. - Wer sich wie im Falle von Aktien Rechtspositionen zulegt, die **Wertschwankungen aufgrund von Markteinflüssen** unterliegen, muss die sich daraus ergebenden Folgen nicht nur dann tragen, wenn staatliches Handeln generell zu den Wertbestimmungsfaktoren hinzutritt, sondern auch dann, wenn dieses in Gestalt von konkreten Maßnahmen sehr spezifisch Einfluss auf den Markt nimmt; so gibt es **keinen Schutz vor negativen Marktreaktionen auf die staatliche Ausübung von Hoheitsrechten bzw. Steuerungsmaßnahmen**. - Jede andere Lösung würde dem Staat als Repräsentant der Gemeinschaft zudem ein Belastungsrisiko auferlegen, das nicht zu kalkulieren wäre; es wäre auch nicht vertretbar, die Allgemeinheit dafür aufkommen zu lassen, dass sich bei einem Anteilseigner ein eingegangenes Risiko verwirklicht; eine **Entschädigungspflicht würde** zudem die **wirtschaftliche Lenkungs-fähigkeit**, gerade auch in Krisensituationen, in einer Weise **begrenzen**, die nicht wünschenswert wäre; aus diesen Gründen erscheint es nach Auffassung des Autors rechtspolitisch nicht sinnvoll, hier mit gesetzgeberischen Initiativen im Sinne von Aktionären tätig zu werden.

## 2. **Skrzypczak/Hörich**: Verbot öffentlichen Betens in der Schule? (LKV 2012, 449)

Bespr. der Entsch. **BVerfG LKV 2012, 27**, wonach einem Schüler unter besonderen Umständen das öffentliche Beten auf dem Schulflur rechtmäßig untersagt werden kann. - Ein Verbot öffentlichen Betens an der Schule kann nach Ansicht der Autoren jedoch nur unter engen Voraussetzungen ergehen: Zum einen ist ein einfachgesetzliches Verbot des öffentlichen Betens als **Erziehungsmaßnahme** denkbar, zum anderen kann es als Erziehungsmaßnahme festgelegt werden und dann als **Verwaltungsakt** ergehen; in beiden Varianten ist das **Verbot** inhaltlich und zeitlich **an das Vorliegen einer qualifizierten Gefahr für den Schulfrieden geknüpft**. - Im Verfahrensverlauf müssen die Umstände des Verbots genau ermittelt werden: Ein öffentliches Gebet kann nur dann verboten werden, wenn dem Schüler eine Verantwortlichkeit für eine Schaffung oder eine weitere Verschärfung einer Konfliktlage an der Schule nachgewiesen werden kann; durch diese Einschränkungen ist gewährleistet, dass die Beschränkung der Grundrechte nur ultima ratio sein kann, um einen **geordneten Unterrichtsablauf** in der Schule herzustellen.

## 3. **Krüger**: Versammlungsfreiheit in privatisierten öffentlichen Räumen (DÖV 2012, 837)

Bespr. der „Fraport“-**Entscheidung des BVerfG** (NJW 2011, 1201) zur Versammlungsfreiheit auf dem Frankfurter Flughafen

## 4. **Dahm/Peters**: Aktuelle Fragen des Versammlungsrechts – Rechtsprechungsübersicht (LKV 2012, 443)

## 5. **Müller-Franken**: Der Schuldentilgungsfonds aus Sicht des Europarechts wie des Verfassungsrechts (NVwZ 2012, 1201)

Die **Errichtung eines Schuldentilgungsfonds überschreitet das Recht des Bundestags**, über sein Budgetrecht zu disponieren; die Möglichkeit, ein solches Instrument einzuführen, besteht auch nicht im Wege einer **Verfassungsänderung**, da hierdurch die Identität des GG aufgegeben würde (Art. 79 III GG); es bedürfte daher einer neuen Verfassung, in deren Rahmen Deutschland sein Budgetrecht auf die Europäische Union überträgt. - Damit käme es, wie auch bei den klassischen Eurobonds, auf die Frage an, ob die verfassten Organe, also hier Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat, das Recht besitzen, auf der Basis des GG den Prozess zum Erlass einer Verfassung einzuleiten, welche die **Schranken des Art. 79 III GG** übersteigt; das BVerfG hat in seiner Lisbon-Entscheidung seine Bereitschaft gezeigt, dem Schlussartikel des GG (Art. 146 GG) eine die Organe des verfassten Staates von den Grenzen der Verfassungsänderung dispensierende Ermächtigung zu entnehmen.

## IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

### 1. **Keller**: Brennpunkt Beendigung der beruflichen Zusammenarbeit (BRAK Mitt. 2012, 204)

**Endet die berufliche Zusammenarbeit** durch Auflösung der Sozietät oder durch das Ausscheiden eines Sozius, sind zur Wahrung des Grundsatzes der **Freiheit der Anwaltswahl** die **Mandanten darüber zu befragen, wer künftig das Mandat fortführen soll**. - Spricht sich der Mandant für die Fortführung des Mandats durch den auscheidenden Sozius aus, tritt dieser im Wege der **Vertragsübernahme** anstelle der Abwicklungsgesellschaft bzw. der Altsozietät in den Anwaltsvertrag ein. - Dem **angestellten Rechtsanwalt** oder dem **freien Mitarbeiter** stehen, wenn sie als Scheinsozius nach außen hervorgetreten sind, **die gleichen Rechte wie einem (echten) Gesellschafter zu**. - Für den Zeitpunkt der Beendigung der beruflichen Zusammenarbeit ist es zulässig, **nachvertragliche Wettbewerbsverbote** und **Mandantenschutzklauseln** zu vereinbaren; diese sind am Maßstab des § 138 BGB zu messen und nur dann wirksam, wenn sie räumlich, zeitlich und gegenständlich das zulässige Maß nicht überschreiten; während eine zeitliche Überschreitung des rechtlich Zulässigen im Wege der geltungserhaltenden Reduktion auf ein zulässiges Maß zurückgeführt werden kann, hat eine räumliche oder gegenständliche Überschreitung der Klausel deren Nichtigkeit zur Folge.

### 2. **Jungk/Chab/Grams**: Pflichten und Haftung des Anwalts – eine Rechtsprechungsübersicht (BRAK Mitt. 2012, 208)



3. **Borgmann:** Die Rspr. des BGH zum Anwaltshaftungsrecht von Juli 2011 bis Juli 2012 (NJW 2012, 3217)
4. **Henssler/Deckenbrock:** Renaissance der objektiven Interessenbestimmung beim Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen? (NJW 2012, 3265)

Die **Interessenlage der Parteien** ist rein subjektiv aus Sicht der Mandanten zu bestimmen. - Ein **Tätigkeitsverbot** setzt einen **tatsächlich zwischen den Mandanten bestehenden Interessengegensatz** voraus; **ehemalige oder potenzielle Interessenkonflikte unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des § 43a IV BRAO**. - Die subjektive Interessenbestimmung führt nicht dazu, dass das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen im Hinblick auf den Einzelanwalt disponibel ist; ob überhaupt kollidierende Interessen bestehen oder ob ein Anwalt im Einverständnis mit den betroffenen Parteien interessengegensätzlich tätig wird, bedeutet einen gravierenden Unterschied. - Für die Anwaltschaft bieten die offenen Fragen rund um das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und die damit verbundene Rechtsunsicherheit ein **hohes Gefahrenpotenzial**: Der betroffene Anwalt befindet sich in den **zahlreichen Grenzfällen**, die es im Hinblick auf § 43a IV BRAO gibt, in einer Zwickmühle: Hegt er selbst erhebliche Zweifel, ob das Berufsrecht eine Ablehnung oder gar Niederlegung des Mandats erfordert, oder wird er mit dem Vorwurf einer berufsrechtswidrigen Vertretung konfrontiert, wird es aus Gründen der Vorsicht oft angezeigt sein, auf das Mandat zu verzichten, um so jedenfalls kein weiteres berufsrechtliches Risiko einzugehen. - Selbst eine **Anfrage bei der zuständigen Rechtsanwaltskammer** verspricht keine Sicherheit, weil stets eine wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage durch den Prozessgegner droht und die über diese Klage entscheidenden Gerichte an die Einschätzung der Kammern nicht gebunden sind; in Divergenzfällen dürfte den betroffenen Anwälten allerdings **kein Verschuldensvorwurf** zu machen sein.

5. **Kilger/Prossliner:** Das Recht der berufsständischen Versorgung seit dem Jahr 2010 (NJW 2012, 3347)
6. **Christl:** Einstweilige Anordnungen nach dem FamFG – Risiken und Strategien (NJW 2012, 3334)

Die **einstweilige Anordnung** ergeht nach dem FamFG **grds. unabhängig von einem Hauptsacheverfahren** und **unbefristet**, ausgenommen sind Gewaltschutzanordnungen und Anordnungen zum Ehegattenunterhalt bei Eintritt der rechtskräftigen Scheidung; diese starke Wirkung erfordert **materiell-rechtliche Einschränkungen nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip**. - Die unbefristete Geltung der einstweiligen Anordnung führt beim Unterhalt zu wirtschaftlichen Risiken, insbes. bei abweichender Hauptsacheregulung; beim Sorgerecht besteht besonders das **Risiko einer faktischen Präjudizierung der Hauptsache**. - Auf Antragstellerseite ist Zurückhaltung mit der Einleitung eines deckungsgleichen Hauptsacheverfahrens geboten, auch aus Kostengründen und zur Vermeidung des **Vorwurfs der Mutwilligkeit** des Vkh-Antrags; auf Antragsgegnerseite ist die Erzwingung des Hauptsacheverfahrens die stärkste Waffe gegen eine „zählebige“ einstweilige Anordnung wegen deren weitgehender Unanfechtbarkeit und der Unselbstständigkeit des Abänderungsverfahrens als Fortsetzung des summarischen Verfahrens wegen einstweiliger Anordnung.

# Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

## Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

### I. Schutzbereich

Beim Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist zwischen 3 verschiedenen Sphären zu unterscheiden (sog. **Sphärentheorie**).

#### 1. Intimsphäre

- Innere Gedanken- und Gefühlswelt, Sexualbereich
- Verletzung bei Veröffentlichung von Privatbriefen oder Tagebüchern

#### 2. Privatsphäre

- Leben im häuslichen Bereich, im Familienkreis, Privatleben
- Verletzung bei unverlangter E-Mail-Zusendung, Tonbandaufnahmen ohne Zustimmung, verfälschte Darstellung der Lebensweise in den Medien, Verwendung von Name oder Bild für die Werbung, diffamierende Äußerungen

#### 3. Individualsphäre

- Schutz des Selbstbestimmungsrechts
- Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Recht auf Resozialisierung, Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

### II. Eingriff

Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt bei jeder Belastung durch eine staatliche Maßnahme vor. Hierbei kommt es für den Bereich des Art. 2 I GG nicht darauf an, ob dieser Eingriff unmittelbar oder mittelbar erfolgt

### III. Rechtfertigung

Nach der Sphärentheorie ist auch für die Anforderungen an eine Eingriffsrechtfertigung zwischen den verschiedenen Sphären zu unterscheiden.

#### 1. Intimsphäre

Die Intimsphäre ist dem staatlichen Zugriff grundsätzlich entzogen. Ausnahmen gibt es allenfalls im Zusammenhang mit Kapitaldelikten.

#### 2. Privatsphäre

Greift eine Maßnahme in die engste Privatsphäre ein, wird ein letztlich unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung betroffen. Eingriffe im Bereich der Privatsphäre sind nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig.

#### 3. Individualsphäre

Bei Eingriffen in die Individualsphäre bestehen im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die geringsten Anforderungen einer Rechtfertigung.

Allerdings ist der Kernbereich der Ehre ist grundsätzlich jedem Eingriff entzogen.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung

### Öffentliches Recht

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

<b>Land:</b> <b>Rh-Pf</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>Präs. LSG F</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>20.09.2012</b>
------------------------------	--	---

**Zur Person:**

Hinsichtlich der Person F kann uneingeschränkt auf das Vorprotokoll verwiesen werden. Es handelt sich bei ihm wirklich um einen sehr angenehmen Prüfer, der einem die Prüfungsangst nimmt und niemandem schaden möchte.

**Zur Prüfung:**

F schilderte folgenden Fall: Die Frau des Bundespräsidenten möchte sich karitativ einbringen und hat eine Stiftung für notleidende Kinder und deren Eltern gegründet. Zu deren Gunsten veranstaltet sie im Schloss Bellevue in Berlin eine Kochsendung „Heim und Herd“. Die Kochsendung wird vor laufenden Kameras live zusammen mit einem Promi-Koch veranstaltet und im Fernsehen übertragen. Bereits 3 derartige Kochsendungen wurden ausgestrahlt. In jeder Sendung äußert sich die Gattin des Bundespräsidenten kritisch über die Politik der Bundesregierung, z.B. hinsichtlich der Familienpolitik und der Handelspolitik der EU. Darüber hinaus ist sie der Meinung Frauen gehören als gute Hausfrauen an den Herd.

Die Bundesregierung ist über die Kochsendung „not amused“ und tritt nach der 3. Kochsendung an den Bundespräsidenten heran, der doch bitte mäßigend auf seine Frau einwirken sollte. Der Bundespräsident ist darüber verärgert. Er ist der Ansicht, dass seine Gattin Grundrechte in Anspruch nehmen könne. I. Ü. handele es sich bei seiner Ehefrau um eine emanzipierte Frau, die sich von ihm, dem Bundespräsidenten, nichts sagen lasse.

Die Bundesregierung möchte nun erreichen, dass sichergestellt wird, dass politische Äußerungen nur getätigt werden, wenn sie zuvor mit der Bundesregierung abgestimmt wurden. Sie strengt ein Verfahren vor dem BVerfG gegen die Frau des Bundespräsidenten an. Mit Erfolg?

F wollte zunächst wissen, um welches Verfahren es sich dabei handeln könnte. Wir nannten das Organstreitverfahren gem. Art. 93 Nr. 1 GG i. V. m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG. Im Rahmen des § 63 BVerfGG diskutierten wir, ob die Frau des Bundespräsidenten taugliche Antragsgegnerin des Organstreitverfahren sein kann, was wir wegen des Wortlauts der Norm und mangels spezieller Regelungen im GG verneinten. F wollte dann wissen, wo die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass des BVerfGG zu finden sei – Art. 94 II GG.

Danach fragte er uns, ob das Verfahren der Bundesregierung nun unzulässig sei oder ob eine andere Möglichkeit bestehe, das angestrebte Ziel doch noch zu erreichen. Wir kamen auf die Idee, das Organstreitverfahren gegen den Bundespräsidenten selbst zu richten, der zur Einwirkung auf seine Frau verpflichtet sein könnte. F ließ uns nun diese Variante durchprüfen. Wir kamen zunächst auf die Stellung des Bundespräsidenten im Grundgesetz gem. Art. 54 ff GG im Allgemeinen zu sprechen und haben dann diskutiert, ob ein Nichteinwirken einem Unterlassen i. S. d. § 64 BVerfGG gleichgestellt werden kann.

Im Zusammenhang mit dieser Diskussion kamen wir auf die Repräsentationsfunktion des Bundespräsidenten, seine Pflicht zur Loyalität auch der Bundesregierung gegenüber und auf die generelle Zurechnungsproblematik derartiger Meinungsäußerungen zu sprechen. Wir kamen zu dem Ergebnis, dass sich die „First Lady“ (nach diesem Ausdruck/Titel hat F während der Prüfung konkret gefragt) auf die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 I GG berufen kann, da sie selbst nicht Trägerin öffentlicher Gewalt ist. Insoweit kann vom Bundespräsidenten auch nicht verlangt werden, dass dieser auf seine Frau einwirkt, da diese sich mit ihren Äußerungen im Rahmen des rechtlich zulässigen bewegt. Wir bemängelten jedoch den Umstand, dass die Kochsendungen in Räumlichkeiten des Schlosses Bellevue abgehalten werden und der Bundespräsident dort das Hausrecht ausübt. Da es sich bei dem Schloss um einen Ort der politischen Willensbildung handelt, kamen wir zu dem Ergebnis, dass sich aufgrund der öffentlich-rechtlichen Hausgewalt des Bundespräsidenten eine Pflicht ergibt, seine Frau von derartigen, der Politik der Bundesregierung zuwider laufenden Äußerungen abzuhalten, denn die

First Lady kann Kochsendungen auch an einem anderen Ort drehen. Mit diesem Ergebnis war F einverstanden.

Er fragte zum Ende dieses Falles noch nach den weiteren Prozessvoraussetzungen eines Organstreitverfahrens nach §§ 63 ff. BVerfGG (lässt sich ohne Wissen zur Not auch aus dem Gesetz ablesen: insbes. §§ 64, 23 BVerfGG). Im Rahmen der 6-monatigen Erhebungsfrist gem. § 64 III BVerfGG kamen wir noch darauf zu sprechen, ob einem Antrag der Bundesregierung entgegen steht, dass diese erst einschritt, nachdem bereits 3 Kochsendungen ausgestrahlt worden waren und die Gattin des Bundespräsidenten bereits in der ersten Sendung Kritik an der Politik äußerte (Stichwort „Kenntnis“). Wir verneinten dies, da jedenfalls 6 Monate seit der ersten Sendung noch nicht vorbei seien.

Letztlich wollte F noch wissen, um was für einen Anspruch es sich bei einem erfolgreichen Organstreitverfahren handelt: Gem. § 67 BVerfGG handelt es sich um einen Feststellungsspruch („Es wird festgestellt, dass...“). Einen Tenor ließ er von einem Kandidaten exemplarisch auf den Fall bezogen ausformulieren.

Viel Glück!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Zivilrecht

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

<b>Land:</b> Hessen	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> RA`in S	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 21.09.2012
------------------------	---	--

#### Zur Person:

Frau S ist Rechtsanwältin und auf das private Baurecht und Immobilienrecht spezialisiert. S ist eine sehr angenehme freundliche Prüferin, vor der man keine Angst haben muss. Sie lächelt freundlich und gibt Gelegenheit zum Nachdenken und Nachfragen, sollte man etwas nicht verstanden haben.

#### Zur Prüfung:

S teilte ein Foto aus, auf dem zwei Nachbargrundstücke abgebildet waren, die teils durch eine Mauer, teils durch Baumwuchs als Grenzverlauf von einander getrennt waren. Zu dem Bild schilderte sie uns folgenden Fall: Danach ist das linke Grundstück seit 25 Jahren im Eigentum eines Ehepaares, die das Grundstück auch bewohnen (den späteren Mandanten) und das rechte Grundstück ist seit 10 Jahren im Eigentum von 3 Personen, nämlich einer Mutter und ihren zwei Söhnen. Sowohl die Mutter als auch einer der beiden Söhne wohnen nicht auf dem Grundstück, nur ein Sohn. Bevor die Mutter mit ihren beiden Söhnen das Grundstück erworben hatte, hatten die jetzigen Nachbarn, also die Eheleute, mit den Voreigentümern eine schriftliche Vereinbarung getroffen, wonach die Bäume auf der Grundstücksgrenze regelmäßig 1x im Jahr zurückgeschnitten werden müssen und eine Höhe von 8 m nicht überschreiten dürfen. Derzeit sei der streitgegenständliche Baum 4 m hoch und auch dieses Jahr wieder durch die Eheleute zurückgeschnitten worden. Nichtsdesto trotz begehre die Mutter von den Eheleuten die Beseitigung des Baumes. Diese kämen nun als Mandanten zu uns und wollten rechtlichen Rat haben. Wie ist vorzugehen?

Wir schlugen vor, zunächst Einsicht im Grundbuch zu nehmen und die Eigentumsverhältnisse zwischen der Mutter und ihren zwei Söhnen zu überprüfen. Darüber hinaus diskutierten wir, welches Interesse die Mutter, die ja selbst auf dem Grundstück nicht wohnt, nach 10 Jahren an der Beseitigung des Baumes haben könnte (Stichwort Verwirkung, §242 BGB).

Danach nannten wir als Anspruchgrundlage für das Beseitigen des Baumes § 1004 BGB und in diesem Zusammenhang § 906 II BGB hinsichtlich der Duldungspflicht der Nachbarn. In Bezug auf die in § 906 II BGB genannte „ortsüblichen Benutzung“ kamen wir auf das Hessische Nachbarrechtsgesetz, genau §§ 38 ff. NachbRG zu sprechen. Wir fanden heraus, dass auch hier gem. § 43 NachbarRG ein Beseitigungsanspruch durch die Nachbarn der Eheleute geltend gemacht werden kann, kamen jedoch zu dem Ergebnis, dass wegen § 43 I 2 NachbarRG, wonach die Beseitigung innerhalb von 3 Jahren klageweise hätte geltend gemacht werden müssen, ein solcher Anspruch bereits ausgeschlossen ist. Ferner handelt es sich bei § 43 NachbarRG um eine öffentlich-rechtliche Norm, die zivilrechtliche Ansprüche wie etwa aus § 1004 BGB nicht berührt. S wollte dann etwas zu dem Verhältnis von §§ 38 ff. NachbRG zu §§ 1004, 906 BGB wissen. Wir kamen zu dem Ergebnis, dass §§ 38 ff. NachbRG zur Auslegung der ortsüblichen Benutzung im Rahmen von § 906 II BGB herangezogen werden können.

Danach wollte S wissen, was wir den Mandanten prozessual raten würden. Wir schlugen vor, eine negative Feststellungsklage gem. § 256 ZPO zu erheben, um feststellen zu lassen, dass eine Beseitigungspflicht der Eheleute nicht besteht.

Danach wandelte S den Fall ab und sagte, die Mandanten hätten erfahren, dass die Nachbarn den Baum am nächsten Tag fällen wollen. Was wir ihnen raten würden? Wir kamen auf das Thema einstweilige Verfügung gem. § 935 ff. ZPO zu sprechen. Einer der Prüflinge regte zusätzlich die Information der zuständigen Polizei an. Weiter kamen wir auf einen Einigungsversuch vor einer Gütestelle gem. § 15 a Nr. 2 EGZPO zu sprechen. Wir diskutierten ausführlich das Verhältnis des landesrechtlichen Schlichtungsverfahrens in Hessen nach § 1 ff GüSchlG Hessen (Nr. 104 c Schönfelder, Ergänzungsband) zum Erkenntnisverfahren nach der ZPO und kamen zu dem Ergebnis, dass ein derartiger außergerichtlicher Schlichtungsversuch nicht zwingend der Beantragung einer einstweiligen Verfügung voraus gehen muss. Denn anderenfalls könnte Eilrechtsschutz bei derartigen Nach-

barstreitigkeiten nicht gewährleistet werden.

Weiter kamen wir erneut auf die Frage zu sprechen, woraus sich eine Klagebefugnis der Mutter als Miteigentümerin des Nachbargrundstücks ergeben könnte und diskutierten in diesem Zusammenhang die Bruchteilsgemeinschaft gem. §§ 741 ff BGB zwischen der Mutter und ihren Söhnen und die Notgeschäftsführungsbefugnis gem. § 744 II BGB. S wollte dann noch wissen, wem die einstweilige Verfügung und wem die Klage zugestellt werden müsste. Wir schlugen vor, die einstweilige Verfügung wegen der Eilbedürftigkeit an alle Eigentümer, nämlich die Mutter und ihre beiden Söhne zu senden, Klage jedoch nur gegenüber der Mutter zu erheben, da sonst mangels Eilbedürftigkeit ein zu großes Kostenrisiko für die Mandanten besteht. In diesem Zusammenhang kamen wir noch auf das Thema Streitgenossenschaft gem. §§ 59 ff. ZPO zu sprechen.

Viel Erfolg!

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

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

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

## Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3  
Protokollwissen

**Protokolle anfordern!**

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

**ZA lesen!**

1/3  
unbekannter Stoff

**Phantasie zeigen! ▀**

## Was kostet das?

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

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

### Bearbeitungskosten

**Einbehalt für Fertigung von Eigenprotokollen** (Erstattung nach Einreichung der Eigenprotokolle)

**Versandkosten** (entfallen bei Abholung im Verlag oder Übermittlung per E-Mail)

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!**

**Weitere Informationen unter: [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de)**

