



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

36. Jahrg.

April 2011

Heft 04

---

**Aus dem Inhalt:**

- OLG Celle:** Ersitzung eines abhanden gekommenen Bildes
- BVerfG:** Verfassungsmäßigkeit des Gewaltbegriffs bei Sitzblockaden
- VGH Mannheim:** zulässige Personenfeststellung zur Gefahrenabwehr
- BGH:** Grenzen konkludent nachgeholter Berufungszulassung
- LG Hamburg:** Beschlagnahme nach sog. "Internal Investigations"
- VG Düsseldorf:** Vollstreckung der Schulpflicht
- BVerwG:** Präklusion von Einwendungen beim Normenkontrollantrag



#### **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 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Änderungen des Schwarzgeldbekämpfungsgesetzes .....	1
---	---

### Brandaktuell

BGH: Haftung für den Verlust von Reisegepäck (Höchstbetrag gilt pro Person, nicht pro Gepäckstück) .....	3
---	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

OLG Celle: Ersitzung eines abhanden gekommenen Bildes (Anforderungen an die Sorgfaltspflicht) .....	4
BGH: Beschädigung eines geleasteten Fahrzeugs (kein Anspruch des Leasinggebers aus § 7 I StVG) .....	8

#### Strafrecht

BVerfG: Sitzblockade (BGH-Rspr. zum Gewaltbegriff ist verfassungsgemäß) .....	10
BGH: Gesundheitsgefährdende Brandstiftung (Gebäudebegriff) .....	14

#### öffentl. Recht

BVerwG: Stellplatzanlage im unbeplanten Innenbereich (Einfügen in die nähere Umgebung) .....	16
VGH Mannheim: Personenfeststellung zur Gefahrenabwehr (Zulässigkeit einer Sistierung) .....	20

#### Kurzauslese I

OLG Düsseldorf: Schönheitsreparaturen (unwirksame „verkaptete“ Fachhandwerkerklausel) .....	24
LG Freiburg: Bereicherungsanspruch (kurze Verjährungsfrist im Mietrecht) .....	24
BGH: Unfallflucht (unvorsätzliches Verlassen des Unfallorts) .....	25
OLG Nürnberg: Beleidigung (heimliches voyeuristisches Verhalten) .....	25
OLG Frankfurt: Nötigung (durch Blockieren eines Fahrzeugs) .....	25
BGH: räuberische Erpressung (Vermögensnachteil bei nicht gedecktem Konto) .....	26
OLG Celle: Untreue (missbräuchliche Verwendung einer Tankkarte) .....	26
BVerwG : Kaminofen (keine Feuerstätte i.S.d. § 2 Nr. 12 der 1. BImSchV) .....	26
OVG Berlin-Bbg: Dienstaufsichtsbeschwerde (zulässiger materieller Bestandteil einer Personalakte) .....	27
OVG Lüneburg: Rundfunkgebührenpflicht (Gebührenfreiheit für nicht ausschließlich privat genutzten PC) .....	27

## Entscheidungen Verfahrensrecht

### Zivilrecht

BGH:	Grenzen konkludent-nachgeholter Berufungszulassung (Unterschreitung des Berufungswertes und Fehlen der Zulassung).....	28
BGH:	Verletzung des rechtlichen Gehörs (Nichtladung eines abweichenden Zweitgutachters).....	31

### Strafrecht

LG Hamburg:	Zeugnisverweigerungsrecht (Auswirkungen auf Beschlagnahme von Interviewprotokollen).....	34
-------------	---	----

### öffentl. Recht

VG Düsseldorf:	Vollstreckung der Schulpflicht (unmittelbarer Zwang gegen Schüler) .....	37
BVerwG:	Präklusion bei Normenkontrollantrag (Geltendmachung von Einwendungen im Verwaltungsverfahren).....	40

### Kurzauslese II

BAG:	richterliche Hinweispflicht (unzureichende Berufungsbegründung) .....	44
OLG Naumburg:	verschuldete Fristversäumung (Fristverlängerungsgesuch).....	44
BGH:	verschuldete Fristversäumung (unterlassene Überprüfung der Uhrzeit am Faxgerät).....	44
OLG Celle:	Berufung (Erforderlichkeit einer Beschwer).....	45
OLG Celle:	Klageerzwingungsantrag (erforderlicher Inhalt).....	45
OLG Düsseldorf:	Urteilsabsprache (kein Ausschluss der Berufung zu Lasten des Angekl.).....	46
OLG Frankfurt:	Beweiswürdigung („Aussage gegen Aussage“).....	46
BGH:	Revisionsgrund (fehlende richterliche Unterschrift).....	47
BAG:	verspäteter Schriftsatz (Eingang nach Schluss der mdl. Verhandlung aber vor Urteilsverkündung).....	47
VGH Mannheim:	Rechtskraft eines Gebührenbescheids (Ablösung durch endgültigen Bescheid).....	47
BVerwG:	Vereinsrechtliche Verbotsverfügung (Klagebefugnis einer Gruppierung, die kein Verein ist).....	48
OVG Bautzen:	Rechtsbehelf gegen Kostenentscheidung (keine aufschiebende Wirkung).....	49

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

LG Berlin:	Erfolgshonorar (unwirksame Vereinbarung bei PKH-Anspruch des Mandanten).....	50
OLG Nürnberg:	Beratungsgebühr (nicht nach außen auftretender Rechtsanwalt).....	51
KG:	Terminsgebühr (bei Entscheidung ohne mündliche Verhandlung).....	52

OLG Dresden:	Reisekostenerstattungsanspruch (Kanzlei und Zweigstelle).....	52
<b>Aus der Praxis</b>		
LG Osnabrück:	irreführende Werbung („Haus der Anwälte“).....	54
OLG Frankfurt a.M.:	Altersdiskriminierung (Altersgrenze für Notare).....	55
BGH:	Zustellung an Rechtsanwalt (Zulässigkeit).....	55
BGH:	Einkommensermittlung im PKH-Prüfungsverfahren (keine Berücksichtigung einer Geldstrafe).....	56
OVG Bremen:	PKH-Bewilligung (bei Zulassung der Berufung).....	56
BGH:	Gesellschaft bürgerlichen Rechts (parteiliche Vereinigung i.S. der PKH-Vorschriften).....	57
<b>Steuern</b>		
VGH Mannheim:	Erläss der Grundsteuer (bei Minderung des Rohertrags).....	58
BFH:	Arbeitsmittel (Bücher eines Lehrers).....	58
Nds FG:	Zusammenveranlagung (nicht bei eingetragener Lebenspartnerschaft).....	59
<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....		61
<b>Mandantenbrief</b> .....		65



## Aus der Gesetzgebung

### Änderungen des Schwarzgeldbekämpfungsgesetzes

Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung von Geldwäsche und Steuerhinterziehung (Schwarzgeldbekämpfungsgesetz) v. 17.03.2011, In-Kraft-Treten (voraussichtlich) im Mai 2011

#### I. Allgemeines

Am 17.03.2011 hat der Bundestag den Entwurf des Schwarzgeldbekämpfungsgesetzes verabschiedet (BT-Drucksache 17/5067 (neu). Voraussichtlich im April 2011 wird der Bundesrat darüber abschließend beraten, so dass das Gesetz bereits im Mai in Kraft treten könnte.

Das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz soll insbes. eine **Neuregelung der Selbstanzeige** bringen, um in Zukunft das planvolle Vorgehen von Steuerhinterziehern nicht mehr mit Strafbefreiung zu belohnen. Da sich das Rechtsinstitut selbst in der Vergangenheit jedoch grds. bewährt hat, wird daran festgehalten, aber verhindert, dass es als Instrument der Steuerhinterziehung benutzt wird.

Neben den Neuerungen im Steuerstrafrecht wird es auch **Änderungen beim Tatbestand der Geldwäsche im StGB** geben: Marktmanipulation, Insiderhandel und Produktpiraterie werden Vortaten der Geldwäsche. Damit wird dem internationalen Standard der Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) Rechnung getragen und der Wirtschaftsstandort Deutschland noch wirksamer als bisher vor Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung geschützt.

#### II. Die Neuregelungen im Einzelnen

##### 1. Keine gestückelte Selbstanzeige

Künftig muss eine **Selbstanzeige umfassend alle Hinterziehungssachverhalte darstellen**, damit Straffreiheit eintritt. Sie darf sich **nicht nur als Teilselbstanzeige** auf bestimmte Steuerquellen beziehen. Strafbefreiung erhält damit nur noch derjenige, der **alle noch verfolgbareren Steuerhinterziehungen der Vergangenheit vollständig offenbart**. Unrichtige oder unvollständige Angaben müssen gegenüber der Finanzbehörde berichtigt, ergänzt oder unterlassene Angaben nachgeholt werden (§ 371 I AO).

Damit bringt die Selbstanzeige nur dann Straffreiheit, wenn die Besteuerungsgrundlagen aller strafrechtlich **bisher noch nicht verjährten Besteuerungszeiträume erfasst** sind. Eine wirksame Selbstanzeige liegt nur noch dann vor, wenn **alle Besteuerungsgrundlagen zutreffend nacherklärt** werden (§ 371 II Nr. 3 AO). Straffreiheit wird somit nicht mehr gewährt, wenn von den bisher verschwiegenen Besteuerungsgrundlagen bewusst nur ausgewählte Sachverhalte nacherklärt werden, weil nur deren Aufdeckung unmittelbar befürchtet wird.

Danach ist es für eine wirksame Selbstanzeige erforderlich, dass alle nicht verjährten Steuerstraftaten einer Steuerart - z.B. der Einkommensteuer - vollständig offenbart werden. Dann tritt die strafbefreiende Wirkung - vorbehaltlich der weiteren Bedingungen - für die verkürzte Steuer Einkommensteuer selbst dann ein, wenn Sachverhalte zur Umsatzsteuer nicht offen gelegt werden sollten.

##### 2. Zeitpunkt der Selbstanzeige

Der **Zeitpunkt, bis zu dem eine strafbefreiende Selbstanzeige noch möglich ist, wird vorverlegt**. Bislang reichte es, dass sich der Steuersünder bis zum Beginn der steuerlichen Prüfung beim Finanzamt selbst anzeigte. Künftig tritt eine Straffreiheit im Falle der Selbstanzeige nicht mehr ein, wenn dem Täter oder seinem Vertreter eine Prüfungsanordnung bereits bekannt gegeben worden ist (Ausschlussgrund gem. § 371 II Nr. 1a AO).

### 3. Aufschlag bei hohen Summen

**Straffreiheit** soll **nicht mehr** eintreten, wenn bei einer der offenbarten Taten ohnehin die **Entdeckung droht**. Außerdem soll die **Strafbefreiung nur bis** zu einer **Hinterziehungssumme von 50.000 €** gelten. Um bei höheren Summen Anreize zur Selbstanzeige zu schaffen, soll von Strafverfolgung abgesehen werden, wenn neben der Entrichtung von Steuer und Hinterziehungszinsen eine **freiwillige Zahlung von 5 % der jeweiligen einzelnen verkürzten Steuer zu Gunsten der Staatskasse** geleistet wird.

### 4. Anwendungszeitpunkt

Die **Neuregelungen** sind **ab dem Tag nach der Gesetzesverkündung anzuwenden**, sodass für vor diesem Zeitpunkt eingegangene Selbstanzeigen § 371 AO in seiner derzeitigen Fassung gilt. Also tritt zunächst weiterhin im Umfang der berichtigten, ergänzten oder nachgeholt (gestückelten) Angaben Straffreiheit ein und insoweit entfällt der Aufschlag von 5 % bei hohen Summen. Dieser **Vertrauensschutz** sorgt dafür, dass für bereits erstattete Teilselbstanzeigen der bei Abgabe bestehende Status der Straffreiheit insoweit erhalten bleibt und eine später eingereichte ergänzende Selbstanzeige als erstmalige Selbstanzeige gewertet wird.

## Brandaktuell

**MÜ**  
**Art. 22**

**Haftung für den Verlust von Reisegepäck**  
**Höchstbetrag gilt pro Person, nicht pro Gepäckstück**  
**(BGH in Pressemitteilung Nr. 42/2011 vom 15.03.2011;**  
**Urteil vom 15.03.2011 – X ZR 99/10)**

**ZivilR**

**Fall:** Die Klägerin verlangt von dem beklagten Luftfahrtunternehmen aus eigenem und abgetretenem Recht Schadensersatz für den Verlust von Reisegepäck.

Sie war am 31.08.2008 mit einem von der Beklagten durchgeführten Flug zusammen mit ihrem Lebensgefährten von Frankfurt am Main nach Malaga geflogen. Dabei ging die von der Klägerin als Reisegepäck aufgebene Golfreisetasche verloren. Nach dem Vortrag der Klägerin befand sich in der Tasche außer ihrer eigenen auch die Golfausrüstung ihres Lebensgefährten.

Das Luftfahrtunternehmen hatte den Schaden gegenüber der Klägerin in Höhe von 1.000,00 € beglichen. Die Regulierung des weiteren Schadens in Höhe von 750,00 € hat es unter Hinweis auf den Haftungshöchstbetrag nach Art. 22 II 1 Montrealer Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28. Mai 1999 (MÜ) abgelehnt. Es ist der Auffassung, dass der Haftungshöchstbetrag von 1.000,00 € pro Reisendem sich auf das von dem Reisenden aufgebene Gepäckstück beziehe. Bei Zerstörung, Verlust oder Beschädigung von aufgegebenem Reisegepäck sei Anspruchsberechtigter nach Art. 17 II 1 MÜ derjenige, der das Gepäck aufgegeben und dadurch zum Objekt des Luftbeförderungsvertrags gemacht habe. Dabei müsse eine Verbindung zwischen dem Reisenden und dem Gepäck gegeben sein. Diese Zuordnung werde durch den nach Art. 3 Abs. 3 MÜ vom Luftfrachtführer auszuhändigenden Gepäckschein dokumentiert. Zwar müsse auch ein Passagier, der Eigentum im Gepäck eines Mitreisenden verloren habe, Schadensersatzansprüche gegenüber dem Luftfrachtführer geltend machen können. Er könne aber keinen Ersatz mehr verlangen, wenn der Mitreisende, der das betreffende Gepäckstück aufgegeben habe, für den Verlust bereits die höchstmögliche Entschädigung nach den Vorschriften des MÜ erhalten habe.

Der Ersatzanspruch nach Art. 17 II 1 MÜ steht aber nach Auffassung des BGH nicht nur demjenigen Reisenden zu, der die Aufgabe seines Gepäcks durch einen Gepäckschein nach Art. 3 Abs. 3 MÜ dokumentieren kann.

*„Da der **Gepäckschein** als **Legitimationspapier** nach § 808 BGB nicht den Anspruch auf Herausgabe des aufgegebenen Reisegepäcks verbrieft, kann auch die Geltendmachung des Ersatzanspruchs bei Verlust des Gepäcks nicht an die Vorlage eines Gepäckscheins geknüpft werden. Der Anspruch nach Art. 17 II 1 MÜ steht daher **auch einem Reisenden zu, der ihm gehörende Gegenstände in einem Gepäckstück eines anderen Mitreisenden in die Obhut des Luftfrachtführers gegeben hat.***

*Dabei ist der Anspruch auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Haftungshöchstgrenze nach Art. 22 II MÜ mit der Befriedigung der Ansprüche des Reisenden, der das verloren gegangene Gepäckstück aufgegeben hat, bereits ausgeschöpft ist. Art. 22 II 1 MÜ bemisst die Haftungshöchstgrenze nach seinem Wortlaut ausdrücklich je Reisenden.“* (BGH aaO)

Die Klägerin kann daher die Zahlung weiterer 750,00 € verlangen.

**Art. 22 MÜ - Haftungshöchstbeträge bei Verspätung sowie für Reisegepäck und Güter**

(2) Bei der Beförderung von Reisegepäck haftet der Luftfrachtführer für Zerstörung, Verlust, Beschädigung oder Verspätung nur bis zu einem Betrag von 1000 Sonderziehungsrechten je Reisenden; diese Beschränkung gilt nicht, wenn der Reisende bei der Übergabe des aufgegebenen Reisegepäcks an den Luftfrachtführer das Interesse an der Ablieferung am Bestimmungsort betragsmäßig angegeben und den verlangten Zuschlag entrichtet hat. In diesem Fall hat der Luftfrachtführer bis zur Höhe des angegebenen Betrags Ersatz zu leisten, sofern er nicht nachweist, dass dieser höher ist als das tatsächliche Interesse des Reisenden an der Ablieferung am Bestimmungsort.

**Art. 17 MÜ - Tod und Körperverletzung von Reisenden –Beschädigung von Reisegepäck**

(2) Der Luftfrachtführer hat den Schaden zu ersetzen, der durch Zerstörung, Verlust oder Beschädigung von aufgegebenem Reisegepäck entsteht, jedoch nur, wenn das Ereignis, durch das die Zerstörung, der Verlust oder die Beschädigung verursacht wurde, an Bord des Luftfahrzeugs oder während eines Zeitraums eingetreten ist, in dem sich das aufgebene Reisegepäck in der Obhut des Luftfrachtführers befand.

**Art. 3 MÜ – Reisende und Reisegepäck**

(3) Der Luftfrachtführer hat dem Reisenden für jedes aufgebene Gepäckstück einen Beleg zur Gepäckidentifizierung auszuhändigen.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 937

### Ersitzung eines abhanden gekommenen Bildes Anforderungen an Sorgfaltspflicht (OLG Celle, GRUR-RR 2011, 24 Urteil vom 17.09.2010 - 4 U 30/08)

BGB

1. Ist dem früheren Besitzer die Sache gestohlen worden bzw. abhandengekommen, trifft den Ersitzenden die **volle Beweislast** hinsichtlich sämtlicher Voraussetzungen der Ersitzung nach § 937 BGB.
2. Bei dem **Erwerb einer wertvollen Sache** sind im Rahmen der Sorgfaltspflicht von dem Erwerber die
  - Art und Gestaltung des Erwerbsgeschäfts,
  - die Höhe des Preises,
  - die Veräußerungssituation,
  - die Person des Veräußerers,
  - dessen geschäftliche und fachspezifische Erfahrung
 zu berücksichtigen.
3. Auch die verkehrsübliche Abwicklung des Geschäfts in der betreffenden Branche ist bei der Beurteilung der Erwerbssituation von Bedeutung.

**Fall:** Die Kl. verlangt von dem beklagten Land die Herausgabe des Gemäldes „Il Miracolo di Sant' Antonio“ von Giovanni Battista Tiepolo. Die Kl. hatte das Gemälde geerbt und es lange Jahre in ihrer Wohnung in Paris hängen gehabt. Dort wurde es Ende 1978/Anfang 1979 während einer Abwesenheit der Kl. gestohlen. Im Jahre 1985 hat dann das beklagte Land das Gemälde von Madame de P (Streitverkündete) erworben, die dieses ihrerseits Anfang der 1980er Jahre von einem Herrn G gekauft hatte, wobei hierauf französisches Recht Anwendung findet.

Die Eigentumsverhältnisse an dem Gemälde sind zwischen den Parteien streitig, und die Parteien streiten insbesondere darum, ob das beklagte Land anlässlich des Erwerbs auf eine einwandfreie Herkunft vertrauen durfte bzw. auf Grund verschiedener Umstände ein begründetes Misstrauen angebracht gewesen wäre, das einem redlichen Eigentumserwerb entgegenstand.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass das beklagte Land zwar die Voraussetzungen eines Eigentumserwerbs von der Verkäuferin des Gemäldes gem. § 929 BGB nicht dargelegt habe und eine Eigentumsvermutung gem. § 1006 BGB zu Gunsten des beklagten Landes auch nicht angenommen werden könne, wenn der Kl. als früheren Besitzerin das Gemälde gestohlen worden wäre. Es spreche auch Einiges für die Eigentümerstellung der Kl. und die Entwendung des Bildes, jedoch komme es auf diese Fragen nicht an, weil das beklagte Land das Eigentum durch Ersitzung gem. § 937 I BGB erworben habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Kl., die ihren Herausgabeanspruch weiterverfolgt. Sie beantragt, den Bekl. zu verurteilen, das Gemälde „Il Miracolo di Sant' Antonio“ von Giovanni Battista Tiepolo (Öl auf Leinwand, 48 x 29 cm) an sie herauszugeben. Besteht ein Herausgabeanspruch?

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 985 BGB ergeben. Dann muss die Kl. Eigentümer des Bildes und das bekl. Land Besitzer ohne Besitzrecht sein.

#### I. Eigentum der Klägerin

##### 1. ursprünglicher Eigentümer

*„Ursprünglicher Eigentümer des Gemäldes war seit 1929 E M, zu dessen Kunstsammlung das Bild gehörte, und der im Jahr 1956 verstorben ist. Das Gemälde, das während des Zweiten Weltkrieges unter den Schutz des italienischen Staates als Kunstwerk von besonderer Bedeutung gestellt worden war, wurde 1946 dem Eigentümer E M wieder ausgehändigt. Nach dem Tod des E M, fiel das Gemälde in dessen Nachlass und die Kl., eine Tochter des E M, wurde Eigentümerin des Bildes. Dies steht zur Überzeugung des Senats aus folgenden Erwägungen fest: [Wird ausgeführt.]“ (OLG Celle aaO)*

##### 2. Eigentümerstellung der Klägerin

*„Das Eigentum der Kl. leitet sich jedenfalls aus § 1006 II BGB ab, wonach die Eigentumsvermutung auch zu Gunsten des früheren Besitzers gilt. Entgegen des Wortlauts dieser Vorschrift wird nicht vermutet, mit dem Verlust des Eigenbesitzes sei auch das Eigentum verlorengegangen, vielmehr gilt seit dem Besitzerwerb die allgemeine Rechtsfortdauerungsvermutung (Medicus, in: MünchKomm, 4. Aufl. [2004], § 1006 BGB Rn 20; BGH, NJW 1995, 1292 = BB 1995, 276; BGHZ 161, 90 = NJW 2005, 359). Die Kl., die nur den*

früheren Besitz an dem Gemälde beweisen muss, nicht hingegen die den Eigentumserwerb begründenden Tatsachen, hat **bewiesen**, dass sich das **Gemälde bis Ende 1978 in der Wohnung der Kl. in Paris befand**, mithin sie den Besitz innehatte. [Wird ausgeführt.]“ (OLG Celle aaO)

### 3. Eigentumsverlust der Klägerin

Die Klägerin könnte ihr Eigentum jedoch wieder verloren haben.

#### a) Eigentumsverlust an Madame des P wegen rechtsgeschäftlichen Erwerbs

Ein möglicher Eigentumserwerb von Madame de P richtet sich nach französischem materiellem Recht, da diese das Gemälde Anfang 1980 in Frankreich erwarb.

„Nach Art. 1583 CC geht das **Eigentum mit formloser Einigung** zwischen dem Verkäufer und dem Käufer über; einer besonderen dinglichen Einigung und Übergabe bedarf es nicht. Insoweit ist dem französischen Recht das Abstraktionsprinzip des deutschen Rechts fremd (Ferid/Sonnenberger, Das französische ZivilR, 2. Aufl. [1986], Bd. 2, § 3b Rn 3b 109, § 2g Rn 201ff.). Allerdings erwirbt **auch nach französischem Recht der Erwerber im Falle des unfreiwilligen Verlusts einer Sache kein Eigentum zu Lasten des wahren Eigentümers. Vielmehr hat dieser im Falle des Abhandenkommens seines Eigentums einen Revindikationsanspruch gegenüber dem bösgläubigen Dritten**, d.h. dem Besitzer (Ferid/Sonnenberger, § 3b Rn 3b 109; OLG Koblenz, NJW-RR 2003, 1563). **Geschützt wird indessen der gutgläubige Erwerber einer abhandengekommenen beweglichen Sache auf Grund der Vorschrift des Art. 2276 CC (früher Art. 2279 CC), gegenüber dem der Anspruch nur drei Jahre lang geltend gemacht werden kann. Auf den Gutglaubensschutz kann sich aber nach französischem Recht nur der Erwerber berufen, der zum Zeitpunkt der Besitzerlangung der berechtigten Auffassung sein darf, er schließe mit dem wahren Eigentümer einen Vertrag ab. Umstände, die einen Verdacht an der Berechtigung des Veräußerers auslösen müssen, verhindern den guten Glauben des Erwerbers. Damit wird dieser – im Ergebnis wie nach deutschem Recht gem. § 932 II BGB – durch grobe Fahrlässigkeit von dem Eigentumserwerb ausgeschlossen**, und Art. 2276 CC greift nicht ein mit der weiteren Folge, dass der bisherige Eigentümer sein Eigentum behält (Ferid/Sonnenberger, § 3b Rn. 21).“ (OLG Celle aaO)

Da feststeht, dass der Kl. das Gemälde entwendet worden ist, kann Madame de P lediglich dann Eigentümerin an dem Gemälde geworden sein, wenn sie zum Zeitpunkt des Erwerbs gutgläubig war.

„Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass die Verkäuferin Madame de P **zahlreiche Verdachtsmomente** haben musste, die darauf hindeuten, dass es sich bei dem Gemälde um gestohlene Ware bzw. Fehlerware handeln könnte, mithin anlässlich ihres Erwerbs nicht im guten Glauben war. [wird ausgeführt].“ (OLG Celle aaO)

Madame de P war daher nicht gutgläubig und konnte daher nicht gutgläubig Eigentum erwerben.

#### b) Eigentumsverlust an das beklagte Land

##### aa) Eigentumsvermutung zugunsten des beklagten Landes

Zugunsten des beklagten Landes könnte dessen Eigentum nach § 1006 I 1 BGB vermutet werden. Dies ist allerdings nach § 1006 I 2 BGB ausgeschlossen, weil der Kl. das Gemälde auf Grund eines Diebstahlsereignisses Ende 1978/Anfang 1979 abhandengekommen ist

„Eine zu Gunsten der Bekl. sprechende **Eigentumsvermutung** aus § 1006 I 1 BGB ist damit **widerlegt** (vgl. Lenders, in: juris-PK, BGB, 3. Aufl. [2006], § 1006 Rn. 6). **Beweispflichtig** für die Widerlegung der Eigentumsvermutung, mithin für das Diebstahlsereignis, ist **zwar die Kl.** Jedoch dürfen im Hinblick auf die Unzuverlässigkeit des Schlusses von Besitz auf Eigentum an die Widerlegung der Vermutung **keine allzu hohen Anforderungen** gestellt werden, so dass entsprechende **Beweiserleichterungen zuzubilligen** sind (Medicus, in: MünchKomm, § 1006 BGB Rn. 22; BVerwG, NJW 2003, 689 = LKV 2002, 468). Notwendig, aber ausreichend ist daher, dass Umstände bewiesen werden, die das **Eigentum des früheren Besitzers wahrscheinlicher erscheinen lassen als das Eigentum des gegenwärtigen Besitzers** (BVerwG, NJW 2003, 689 = LKV 2002, 468). Hier kommen der Kl. **Beweiserleichterungen durch die Führung eines Indizienbeweises** zugute, da der Diebstahlsnachweis kaum umfänglich, vor allem nicht nach so langer Zeit zu führen ist. Der Senat ist auf Grund folgender Umstände davon überzeugt, dass das Gemälde anlässlich eines Einbruchs in der Wohnung der vormaligen Kl. Ende 1978/Anfang 1979 entwendet wurde: [Wird ausgeführt.]“ (OLG Celle aaO)

**bb) Eigentumserwerb nach § 929 BGB**

Das beklagte Land könnte das Eigentum aber von der Verkäuferin Madame de P erworben haben. Darlegungs- und beweispflichtig ist insofern das beklagte Land, welches sich auf den Eigentumserwerb berufen will. Dies setzt neben einer entsprechenden Einigung über den Eigentumsübergang, zu der widersprüchlich vorgetragen wurde, voraus, dass Madame de P verfügungsberechtigte Eigentümerin war. Dies war jedoch nach den obigen Ausführungen nicht der Fall.

**cc) Eigentumserwerb durch Ersitzung nach § 937 BGB**

Das beklagte Land könnte jedoch das Eigentum durch Ersitzung nach § 937 BGB erlangt haben. Nach § 937 I BGB wird jemand dann Eigentümer einer beweglichen Sache, wenn er sie 10 Jahre in Eigenbesitz hat, also sie in dem Glauben besitzt, Eigentümer zu sein. Allerdings ist der Eigentumserwerb nach § 937 II BGB ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zusteht.

**(1) Beweispflicht**

„Beweispflichtig dafür, dass ein bösgläubiger Eigentumserwerb nicht vorliegt, ist das **beklagte Land**. Zwar trägt grundsätzlich der Erwerber nur die Beweislast für den Eigenbesitz und den Zeitablauf gem. § 937 I BGB, während die **Bösgläubigkeit eine Einwendung** ist, die **grundsätzlich vom Gegner zu beweisen** ist (Baldus, in: MünchKomm, 4. Aufl. [2004], § 937 BGB Rn. 44). Der Entscheidung des BGH vom 19.12.1994 (NJW 1995, 1292 = BB 1995, 276) lässt sich jedoch entnehmen, dass in dem Fall, in dem dem **früheren Besitzer die Sache gestohlen** bzw. abhandengekommen ist und für den folglich die **Eigentumsvermutung des § 1006 II BGB gilt**, die er der Eigentumsvermutung des gegenwärtigen Besitzers aus § 1006 I BGB entgegenhalten kann, den **Ersitzenden die volle Beweislast** hinsichtlich sämtlicher Voraussetzungen des § 937 BGB trifft. Nach der zitierten Entscheidung muss auf Grund der **Rechtsdauervermutung des Besitzes** der auf Herausgabe verklagte Besitzer beweisen, dass der frühere Besitzer sein Eigentum an der Sache trotz des dieser in Folge des Abhandenkommens anhaftenden Makels z.B. nach § 937 BGB verloren hat. Vor dem Hintergrund des in den §§ 932, 935 BGB zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willens, den **Eigentümer einer gestohlenen Sache unter den besonderen Schutz des Gesetzes zu stellen** und deshalb einen gutgläubigen Erwerb hieran generell auszuschließen, ist diese Beweislastverteilung nachvollziehbar und richtig.“ (OLG Celle aO)

**(2) Begriff der Bösgläubigkeit**

„Unter der gem. § 937 II BGB erforderlichen **groben Fahrlässigkeit** wird ein Handeln verstanden, bei dem die erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen **in ungewöhnlich großem Maß verletzt** worden ist und bei dem dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall **jedem hätte einleuchten** müssen (st. Rspr. z.B. BGHZ 10, 14 = NJW 1953, 1139; BGHZ 77, 277 = NJW 1980, 2245; BGH, NJW 1994, 2022 = NZV 1994, 312). Die diese Definition ausfüllenden inhaltlichen Kriterien entsprechen denen, die im Rahmen des Gutgläubenserwerbs gem. § 932 BGB entwickelt worden sind (vgl. hierzu Oechsler, in: MünchKomm, § 932 BGB Rn 32ff.). Zu berücksichtigen sind danach die **Art und Gestaltung des Erwerbsgeschäfts**, wie z.B. die Höhe des Preises (BGH, NJW-RR 1987, 1456) sowie die Veräußerungssituation (Oechsler, in: MünchKomm, § 932 BGB Rn 34). Weiteres Kriterium ist die Person des Erwerbers wie z.B. dessen **geschäftliche oder fachspezifische Erfahrung**, an die entsprechend höhere oder niedrigere Anforderungen hinsichtlich seiner Sorgfaltspflicht zu stellen sind (Oechsler, in: MünchKomm, § 932 BGB Rn 36). Von Bedeutung ist ferner die **Legitimation des Veräußerers** sowie dessen Erklärungen, hinsichtlich derer eine kritische Würdigung des Erwerbers erwartet wird (BGH, MDR 1973, 44 = NJW 1972, 1673 L; Oechsler, in: MünchKomm, § 932 BGB Rn. 38). Entscheidend sind ferner **sonstige erkennbare Umstände in der Person des Veräußerers**, z.B. ob dieser bekannt oder unbekannt in der maßgeblichen Branche ist (Oechsler, in: MünchKomm, § 932 Rn 40). Auch die **verkehrsübliche Abwicklung des Geschäfts** in der betreffenden Branche ist bei der Beurteilung der Erwerbssituation von Bedeutung, wobei allerdings branchen- oder verkehrsübliche Schlampereien oder Leichtsinn keinen Anlass darstellen, die grobe Fahrlässigkeit zu verneinen (BGHZ 53, 29 = NJW 1970, 241 = JZ 1970, 187; Oechsler, in: MünchKomm, § 932 BGB Rn 35). Über diese Kriterien hinaus kann im Einzelfall eine **Nachforschungspflicht des Erwerbers** hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse an dem zu erwerbenden Gegenstand entstehen. Solche Nachprüfungs- und Erkundigungspflichten sind jedenfalls im Falle einer **konkreten Verdachtsituation** erforderlich, in der sich dann eine

Bösgläubigkeit ergibt, wenn der Erwerber einem sich **aufdrängenden objektiven Verdacht nicht nachgeht** und eine gebotene Aufklärung unterlässt (BGH, JZ 1973, 27; BGH, NJW 1994, 2022 = NZV 1994, 312; OLG Celle, OLG-Report 2004, 70; Oechsler, in: MünchKomm, § 932 BGB Rn. 42, 47). Dabei begründen insbesondere **verkehrstypische Gefahrensituationen**, zu denen die Veräußerung besonders wertvoller Gegenstände, vor allem **Kunstgegenstände** jeglicher Art, zählt, Rückfragen zu den Eigentumsverhältnissen an der Sache (Oechsler, in: MünchKomm, § 932 BGB Rn 48).“ (OLG Celle aaO)

### (3) Anwendung auf den Fall

„Unter Beachtung der bei der Prüfung eines grob fahrlässigen Verhaltens genannten Kriterien hatte das beklagte Land durchaus **Anlass**, sich über die **Eigentumsverhältnisse** an dem streitgegenständlichen Gemälde **Gewissheit zu verschaffen**, weil sich dem Landesmuseum namentlich in der Person des Zeugen Dr. T offensichtliche Zweifel an der Verfügungsberechtigung der Verkäuferin aufdrängen mussten.

#### (a) Referenzen der Verkäuferin

„Der Sachverständige ist zu dem Ergebnis gelangt, dass sich das beklagte Land auf das **Risiko eines Erstkontakts** eingelassen hat. Nach dem Ergebnis der weiteren Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz steht nunmehr fest, dass das beklagte Land die **Person** und die Tätigkeit der Verkäuferin **nicht mit der gebotenen Sorgfalt überprüft** und sich leichtfertig auf einen Kontakt mit Madame de P eingelassen hat. [wird ausgeführt]“ (OLG Celle aaO)

#### (b) Umstände des Exportes aus Frankreich

„Dem beklagten Land ist ferner im Zusammenhang mit dem Export des Gemäldes aus Frankreich nach Deutschland ein **mindestens grob fahrlässiges Verhalten** vorzuwerfen. Um die erforderliche **Exportlizenz** hat sich weder die Verkäuferin noch das Niedersächsische Landesmuseum bemüht. Nach den Ausführungen des Sachverständigen wäre für eine **Exporterlaubnis aus Frankreich** der Louvre in Paris als zuständige Kulturbehörde zuständig gewesen und voraussichtlich wäre eine solche Exporterlaubnis auch problemlos zu erreichen gewesen. Jedenfalls habe es in der Vergangenheit bei Gemälden, die in Paris für Berlin angekauft worden seien, keine Probleme mit der staatlichen Genehmigung gegeben. Im vorliegenden Fall ist dies indessen fraglich, da das **Gemälde beim Louvre als gestohlen gemeldet** war. Es bestand daher im Falle der Einholung einer Exportlizenz eine Chance bzw. begründete Gefahr, dass das als gestohlen gemeldete Bild aufgefallen wäre. Jedenfalls hatte das beklagte Land auch insoweit kein weiteres Interesse an der Klärung der Herkunft des Gemäldes. Nach den Ausführungen des Sachverständigen wären zum damaligen Zeitpunkt **Zollpapiere erforderlich** gewesen, und es hätte eine **Einfuhrumsatzsteuer** entrichtet werden müssen. Im Ergebnis ist insoweit festzuhalten, dass das beklagte Land **bewusst die erforderlichen Formalitäten bei der Ausfuhr des Gemäldes aus Frankreich umgangen** hat, um keine Zweifel an der einwandfreien Herkunft des Gemäldes zu wecken.“ (OLG Celle aaO)

#### (c) Gesamtbetrachtung

„Zusammenfassend hat sich das beklagte Land **in besonders leichtfertiger Weise** auf einen **risikoreichen Kontakt mit der ihm als seriöse Kunsthändlerin nicht bekannten Madame de P** eingelassen und seine **Nachforschungspflichten** hinsichtlich der Herkunft des Gemäldes und der Eigentumsverhältnisse **grob vernachlässigt**. Die Vorgänge im Zusammenhang mit der Ausfuhr des Gemäldes aus Frankreich sowie der nachfolgende teilweise unwahre Sachvortrag in diesem Rechtsstreit lassen nur den Schluss zu, dass das Niedersächsische Landesmuseum ein wertvolles Gemälde günstig erwerben wollte und dabei eine **illegale Herkunft des Gemäldes in Kauf genommen** hat. Jedenfalls hat es durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfaltspflichten in grob fahrlässiger Weise verhindert, vor dem Erwerb des Gemäldes dessen legale Herkunft zu klären.“ (OLG Celle aaO)

## II. Ergebnis

Das beklagte Land war i.S.d. § 937 II BGB bösgläubig und konnte das Eigentum nicht durch Ersitzung erlangen. Auch sonstige Eigentumserwerbstatbestände liegen nicht vor. Die Kl. ist Eigentümerin des Bildes geblieben. Das beklagte Land hat das Bild in Besitz ohne sich auf ein Besitzrecht berufen zu können. Die Voraussetzungen des § 985 BGB für einen Herausgabeanspruch der Klägerin liegen also vor.

**Beschädigung eines geleasteten Fahrzeugs**  
**kein Anspruch des Leasinggebers aus § 7 I StVG**  
 (BGH in r+s 2011, 132; Urteil vom 07.12.2010 - VI ZR 288/09)

1. Eine Haftung nach § 7 I StVG tritt nur ein, wenn das Schadensereignis dem **Betrieb eines Kfz** nach dem Schutzzweck der Gefährdungshaftung **zugerechnet werden kann**.
2. Unter der „Sache“, für deren Beschädigung er bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 7 I StVG im Übrigen haftet, ist **nur eine vom Fahrzeug verschiedene Sache** zu verstehen, nicht dagegen das Fahrzeug selbst
3. Der Leasinggeber und Eigentümer des Kfz hat gegen den Leasingnehmer und Halter des Kfz bei einer Beschädigung dieses Fahrzeugs keinen Anspruch aus § 7 Abs. 1 StVG

**Fall:** B hat bei L ein Fahrzeug geleast. Am 29.07.2006 kommt es zu einem Verkehrsunfall. Hierbei wurde das von B geleaste Fahrzeug durch ein Fahrzeug beschädigt, welches bei der K haftpflichtversichert war. Die Unfallursache konnte im Verfahren nicht geklärt werden.

L hat daraufhin Schadensersatzansprüche gegen K geltend gemacht, die von dieser vollständig reguliert wurden. Sie begehrt nunmehr von B die Erstattung von 50 % der Regulierungskosten mit der Begründung, es handle sich um einen Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 II BGB, sie handle daher aus übergegangenem Recht. L hätte gegen B ein Anspruch auf Erstattung von 50 % des Schadens zugestanden, der nunmehr wegen der vollständigen Regulierung durch K auf sie übergegangen sei. Besteht ein solcher Anspruch?

Ein Anspruch der K gegen B könnte sich aus § 426 II BGB i.V.m. § 7 I StVG ergeben. Dann müsste B der L wegen der Beschädigung des Fahrzeugs beim Betrieb nach § 7 I StVG haften. Die Frage, ob der Halter eines Kfz dem Eigentümer gegenüber aus § 7 Abs. 1 StVG auf Ersatz eines Schadens am Kfz haftet, wird in Literatur und Rspr. nicht einheitlich beantwortet.

### I. verschuldensunabhängige Haftung nach § 7 I StVG

„Das BG meint unter Hinweis auf ein Urt. des Senats v. 22.03.1983 und eine im Schrifttum vertretene Auffassung, im Fall der Beschädigung eines geleasteten Fahrzeugs könne der vom Halter verschiedene **Eigentümer** des Kfz den **Leasingnehmer** als dessen Halter aus § 7 StVG **in Anspruch nehmen** (vgl. BGH v. 22.03.1983 – VI ZR 108/81, BGHZ 87, 133 = r+s 83, 116; Greger, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, 3. Aufl., § 7 StVG Rn. 218; Wussow/Baur, *UHR*, 15. Aufl., Kap. 17 Rn. 31, 95). Dass die Gefährdungshaftung (anders als bei Mithaltern) eingreife, obwohl das **schädigende Fahrzeug zugleich die beschädigte Sache** sei, finde seinen Grund in der von den Beteiligten vorgenommenen Aufspaltung von rechtlicher und faktischer Herrschaftsgewalt (Greger, aaO). Die **Haftung aus § 7 StVG** ergebe sich nämlich nicht aus Eigentum, sondern aus der **durch den Betrieb** eines Kfz **hervorgerufenen Gefährdung anderer Rechtsgüter**. Eine Einschränkung der Halterhaftung dahingehend, dass Ansprüche des Eigentümers der beschädigten Sache dann ausgeschlossen sein sollen, wenn die Beschädigung durch den Halter des Fahrzeugs beim Betrieb desselben hervorgerufen worden sei, ergebe sich aus § 7 StVG nicht.“ (BGH aaO)

### II. nur verschuldensabhängige Haftung des Leasingnehmers

„Nach anderer Auffassung soll der Leasinggeber den Leasingnehmer für **Schäden am geleasteten Fahrzeug** nur dann in Anspruch nehmen können, wenn den Leasingnehmer ein **Verschulden** trifft. Deshalb stehe dem regulierenden Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer kein Gesamtschuldnerausgleich gegenüber dem nur aus dem Gesichtspunkt der **Gefährdungshaftung** mithaftenden Halter und Leasingnehmer zu. Die Haftung des Halters nach § 7 I StVG erstrecke sich nicht auf das von ihm gehaltene Fahrzeug selbst. Unter der „Sache“, für deren Beschädigung er bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 7 I StVG im Übrigen hafte, sei **nur eine vom Fahrzeug verschiedene Sache** zu verstehen, **nicht dagegen das Fahrzeug selbst** (vgl. Geyer, *NZV* 05, 565, 568; Greger, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, 4. Aufl., § 3 Rn 252; Heß, *NZV* 07, 610, 611f.; Hohloch, *NZV* 92, 1, 5; König in *Hentschel/König/Dauer, StraßenverkehrsR*, 40. Aufl., § 7 StVG Rn 16a; van Bühren/Lemcke, *Anwalts-Handbuch VerkehrsR*, 2003, Teil 2 Rn 237, 250f. und *ZfS* 02, 327; Müller in *Himmelreich/Halm, Handbuch des Fachanwalts VerkehrsR*, 3. Aufl., Kap. 6 Rn 338; Nugel, *NZV* 09, 313, 315; Schmitz, *NJW* 94, 301).“ (BGH aaO)

### III. Auffassung des BGH

Der BGH folgt nunmehr unter **Aufgabe** seiner sich aus dem Senatsurteil vom 22.03.1983 ergebenden **Auffassung** dem letztgenannten Ansatz.

#### 1. Zurechnung zum Betrieb des Kraftfahrzeugs

„Die Haftung nach § 7 I StVG umfasst **alle durch den Kfz-Verkehr beeinflussten Schadensabläufe**. Es genügt, dass sich eine von dem Kfz ausgehende Gefahr ausgewirkt hat und das Schadensgeschehen in dieser Weise durch das Kfz mitgeprägt worden ist (vgl. BGH v. 18.01.2005 – VI ZR 115/04, r+s 05, 303 =

VersR 05, 566; v. 26.04.2005 – VI ZR 168/04, r+s 05, 348 = VersR 05, 992, jew. m.w.N.). Ob dies der Fall ist, muss mittels einer am **Schutzzweck der Haftungsnorm** orientierten wertenden Betrachtung beurteilt werden (vgl. BGH v. 23.05.1978 – VI ZR 150/76, BGHZ 71, 212, 209; v. 02.07.1991 – VI ZR 6/91, BGHZ 115, 84; v. 18.01.2005 – VI ZR 115/04, aaO; v. 26.04.2005 – VI ZR 168/04, aaO; v. 05.10. 2010 – VI ZR 286/09, r+s 11, 34 = juris, Rn 24).“ (BGH aaO)

Die Haftung wird mithin **nicht schon** durch jede Verursachung eines Schadens begründet, der im **weitesten Sinne im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Kfz** ausgelöst worden ist.

„Eine Haftung tritt vielmehr erst dann ein, wenn das Schadensereignis dem **Betrieb eines Kfz** nach dem Schutzzweck der Gefährdungshaftung **auch zugerechnet werden kann**. An diesem auch im Rahmen der Gefährdungshaftung erforderlichen Zurechnungszusammenhang fehlt es, wenn die Schädigung nicht mehr eine spezifische Auswirkung derjenigen Gefahren ist, für die die Haftungsvorschrift den Verkehr schadlos halten will (vgl. BGH v. 27.01.1981 – VI ZR 204/79, BGHZ 79, 259; v. 06.06.1989 – VI ZR 241/88, BGHZ 107, 359; v. 02.07.1991 – VI ZR 6/91, aaO; v. 01.12.1981 – VI ZR 111/80, r+s 82, 33 = VersR 82, 243; v. 26.04.2005 – VI ZR 168/04, aaO).“ (BGH aaO)

## 2. Haftung nur für eine vom Fahrzeug verschiedene Sache

Der BGH folgt nun der **ganz überwiegend im Schrifttum vertretenen Auffassung**, wonach sich nach dem Schutzzweck die Haftung des Halters nach § 7 I StVG nicht auf das von ihm gehaltene Fahrzeug selbst erstreckt.

„Unter der „Sache“, für deren Beschädigung er bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 7 I StVG im Übrigen haftet, ist **nur eine vom Fahrzeug verschiedene Sache** zu verstehen, nicht dagegen das Fahrzeug selbst. Die verschärfte Haftung des Kfz-Halters bezweckt nur, **Dritte** vor den ihnen aufgezwungenen Gefahren des Kfz-Betriebs zu schützen (vgl. Aml. Begründung zu § 3 des Gesetzesentwurfs über den Verkehr mit Kfz, Verhandlungen des Reichstages 1909 Bd. 248, 5599; BGH v. 13.07.1971 – VI ZR 245/69, VersR 71, 1043; Greger, aaO, 4. Aufl., § 3 Rn 4). Damit wäre eine **Haftung des Leasingnehmers** gegenüber dem Leasinggeber **alleine aufgrund dessen Eigentums** nicht zu vereinbaren. Anders als etwa in dem Fall, dass der Eigentümer und Leasinggeber durch den Betrieb des Fahrzeugs körperlich geschädigt wird (vgl. Greger, aaO, Rn 252), greift hier der Schutzzweck des § 7 I StVG nicht ein, Dritte vor den ihnen aufgezwungenen Gefahren des Kfz-Betriebs zu schützen.“ (BGH aaO)

## 3. Berücksichtigung von Besonderheiten beim Leasingverhältnis

Fraglich ist jedoch, ob dieses Auffassung nicht dem Urteil des erkennenden Senats v. 10.07.2007 (VI ZR 199/06, BGHZ 173, 182 = r+s 07, 435) widerspricht. In diesem Urteil hat der Senat nur entschieden, dass sich ein **Leasinggeber**, der Eigentümer aber nicht Halter des Leasing-Kfz ist, im Rahmen der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs nach § 823 BGB wegen Verletzung seines Eigentums am Leasingfahrzeug bei einem Verkehrsunfall **weder ein Mitverschulden des Leasingnehmers oder des Fahrers** des Leasingfahrzeugs **noch dessen Betriebsgefahr anspruchsmindernd zurechnen lassen muss**.

„Diese Entscheidung betrifft mithin nur den **Schadenersatzanspruch des Eigentümers aus § 823 BGB**. In diesem Fall des vom Fahrer des Leasingfahrzeugs oder dem Halter mitverschuldeten Unfalls besteht zwischen diesen und dem „gegnerischen“ Fahrer, Halter oder Kfz-Haftpflichtversicherer im Verhältnis zum Leasinggeber ein Gesamtschuldverhältnis, so dass dann nach – ungekürzter – Regulierung der Ansprüche des Leasinggebers aus § 823 BGB der Gesamtschuldnerausgleich gem. § 426 BGB vorgenommen werden kann. Bestehen hingegen wegen **nicht nachweisbaren Verschuldens** nur Ansprüche des Leasinggebers aus Gefährdungshaftung i.S.d. § 7 StVG, muss er sich im Haftungssystem des StVG das Verschulden des Fahrers des Leasingfahrzeugs bereits bei der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gegen den Unfallgegner nach §§ 9, 17 StVG, § 254 BGB anspruchsmindernd zurechnen lassen. In diesem Fall sind nämlich anders als im Fall des Senatsurt. v. 10.07.2007 die Sondervorschriften des StVG für die Gefährdungshaftung anwendbar (vgl. Heß, aaO., 611; van Bühren/Lemcke, Anwalts-Handbuch VerkehrsR, Teil 2, Rn 223; Müller, aaO., Rn 306).

Wird der Anspruchsgegner bzw. sein Haftpflichtversicherer nur aus § 7 Abs. 1 StVG in Anspruch genommen, ist mithin keine Notwendigkeit für den Gesamtschuldnerausgleich gegeben.“ (BGH aaO)

Eine Haftung der B nach § 7 StVG besteht daher nicht.

## 4. Haftung nach sonstigen Vorschriften

„Das Berufungsurteil ist auch nicht deswegen im Ergebnis richtig, weil sich ein Schadenersatzanspruch des Leasinggebers gegen den Leasingnehmer unter Umständen aus § 280 BGB oder §§ 823ff. BGB ergeben könnte, da eine **Pflichtverletzung** des früheren Bekl. zu 1 **nicht festgestellt** ist. Der Unfallhergang konnte nicht aufgeklärt werden.“ (BGH aaO)

**Sitzblockade**  
**BGH-Rspr. zum Gewaltbegriff ist verfassungsgemäß**  
**(BVerfG in FD-Strafrecht 2011, 316193; Beschluss vom 07.03.2011 – 1 BvR 388/05)**

Die sog. **Zweite-Reihe-Rspr. des BGH zum Gewaltbegriff im Nötigungstatbestand**, wonach ein Demonstrant wegen einer Sitzblockade auf einer öffentlichen Straße nach § 240 StGB strafbar sein kann, weil er den ersten aufgrund von psychischem Zwang anhaltenden Autofahrer und sein Fahrzeug bewusst als Werkzeug benutzt, um ein physisches Hindernis für die nachfolgenden Autofahrer zu errichten, **ist verfassungsgemäß**.

**Fall:** Der Bf. nahm im Frühjahr 2004 aus Protest gegen den sich abzeichnenden Irak-Krieg an einer Sitzblockade mit rund 40 Demonstranten auf einer Zufahrt zu einem US- Luftwaffenstützpunkt teil. Das AG verurteilte ihn deshalb wegen Nötigung (§ 240 StGB) zu einer Geldstrafe. Die dagegen gerichtete Berufung des Bf. verwarf das LG mit der Begründung, die Sitzblockierer hätten gegenüber den Fahrzeugführern ab der zweiten Reihe Gewalt ausgeübt, da diese durch die vor ihnen anhaltenden Fahrzeuge an der Weiterfahrt gehindert worden seien. Ihr Handeln sei auch rechtswidrig gewesen, denn die Demonstranten hätten mit ihrer Sitzblockade Aufmerksamkeit für bestimmte politische Zwecke erregen wollen.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde wendet sich der Bf. gegen die Entscheidung des LG. Er ist der Auffassung, die vom LG herangezogene sog. Zweite-Reihe-Rspr. des BGH zum Gewaltbegriff in § 240 I StGB sei mit Art. 103 II GG nicht vereinbar. Außerdem habe das LG im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung der wertsetzenden Bedeutung des Art. 8 GG nicht hinreichend Rechnung getragen: Der Schutzbereich des Art. 8 GG werde nicht schon dadurch verlassen, dass es zu Behinderungen Dritter komme, seien diese auch gewollt und nicht nur in Kauf genommen. Maßgebend sei das mit der Sitzblockade verfolgte Anliegen, für den Protest gegen den deutschen Beitrag zur US-amerikanischen Kriegsführung öffentliche Aufmerksamkeit zu erregen. Das LG habe die Erwägungen des AG zum örtlichen Selbstbestimmungsrecht der Demonstranten nicht korrigiert, obwohl das Betreten der Fahrbahn wesentliches Kennzeichen einer Sitzblockade sei und grds. auch Sitzblockaden von der Versammlungsfreiheit geschützt seien. Das LG habe überdies den Sachbezug der Aktion verkannt. Die Aktion selbst sei zudem nicht besonders belastend gewesen. Sie sei im Voraus bekannt gegeben worden und habe nur wenige Minuten gedauert. Feststellungen zu der Dauer der Aktion, der Verantwortlichkeit der Polizeikräfte und zu den Ausweich- und Umleitungsmöglichkeiten der Fahrzeugführer fehlten. Er rügt daher u.a. eine Verletzung des aus Art. 103 II GG folgenden Analogieverbots sowie der Versammlungsfreiheit gem. Art. 8 I GG.

I. Der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Beschluss des LG verstößt nicht gegen das aus **Art. 103 II GG** folgende Analogieverbot.

1. Die Norm des § 240 StGB selbst ist hinsichtlich der hier allein einschlägigen Gewaltalternative mit Art. 103 II GG vereinbar (vgl. BVerfGE 73, 206; BVerfGE 92, 1; BVerfGE 104, 92).
2. **Auslegung und Anwendung der einschlägigen Strafvorschriften** durch das LG anhand der vom BGH entwickelten sog. Zweite-Reihe-Rspr. (vgl. BGHSt 41, 182; BGHSt 41, 231) **verstoßen nicht gegen das Analogieverbot des Art. 103 II GG**.

- a) Nach **Art. 103 II GG** darf eine **Tat nur bestraft** werden, **wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war**, bevor die Tat begangen wurde. Für die Rspr. folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung.

Dabei ist „**Analogie**“ **nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen**. Ausgeschlossen ist jede Auslegung einer Strafbestimmung, die den Inhalt der gesetzlichen Sanktionsnorm erweitert und damit Verhaltensweisen in die Strafbarkeit einbezieht, die die Tatbestandsmerkmale der Norm nach deren möglichem Wortsinn nicht erfüllen. Der mögliche Wortsinn des Gesetzes zieht der richterlichen Auslegung eine Grenze, die unübersteigbar ist (vgl. BVerfGE 85, 69; BVerfGE 92, 1; BVerfGE 105, 135). Da Art. 103 II GG Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten verlangt, ist dieser Wortsinn aus der Sicht des Bürgers zu bestimmen (vgl. BVerfGE 47, 109; BVerfGE 64, 389; BVerfGE 73, 206; BVerfGE 92, 1).

- b) Das **BVerfG** vertritt die Auffassung, dass eine auf jegliche physische Zwangswirkung verzichtende Auslegung des § 240 I StGB mit Art. 103 II GG unvereinbar ist (vgl. BVerfGE 92, 1).

Für die Konstellation einer Sitzblockade auf einer öffentlichen Straße mit Demonstranten auf der einen und einem einzigen Fahrzeugführer auf der anderen Seite stellte es fest, dass eine das Tatbestands-

merkmal der Gewalt bejahende Auslegung die Wortlautgrenze des § 240 I StGB überschreitet, wenn das inkriminierte Verhalten des Demonstranten lediglich in körperlicher Anwesenheit besteht und die Zwangswirkung auf den Genötigten nur psychischer Natur ist (vgl. BVerfGE 92, 1).

In der Folgezeit entwickelte der **BGH** anlässlich von Sitzblockaden auf öffentlichen Straßen mit Demonstranten auf der einen und einem ersten Fahrzeugführer sowie einer Mehrzahl von sukzessive hinzukommenden Fahrzeugführern auf der anderen Seite die sog. **Zweite-Reihe-Rspr.** (vgl. BGHSt 41, 182; BGHSt 41, 231; nachfolgend bestätigt durch: BGH NJW 1995, 2862; BGH NSTZ-RR 2002, 236).

Nach Auffassung des BGH benutzt ein Demonstrant bei einer Sitzblockade auf einer öffentlichen Straße den ersten aufgrund von psychischem Zwang anhaltenden Fahrzeugführer und sein Fahrzeug bewusst als Werkzeug zur Errichtung eines physischen Hindernisses für die nachfolgenden Fahrzeugführer (vgl. BGHSt 41, 182). Diese vom zuerst angehaltenen Fahrzeug ausgehende physische Sperrwirkung für die nachfolgenden Fahrzeugführer sei den Demonstranten zurechenbar (vgl. BGHSt 41, 182).

- c) Gemessen an diesen zu Art. 103 II GG entwickelten Maßstäben, **hält sich die Zweite-Reihe-Rspr. des BGH im fachgerichtlichen Wertungsrahmen und ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.**

Die Zweite-Reihe-Rspr. begegnet unter dem Aspekt des Art. 103 II GG jedenfalls mit Rücksicht auf § 25 I Alt. 2 StGB keinen Bedenken.

- aa) Danach ergibt sich die **Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens der Demonstranten** gem. § 240 I StGB i. E. nicht aus deren unmittelbarer Täterschaft durch eigenhändige Gewaltanwendung, sondern aus **mittelbarer Täterschaft** durch die ihnen zurechenbare Gewaltanwendung des ersten Fahrzeugführers als Tatmittler gegenüber den nachfolgenden Fahrzeugführern.

vgl. BGHSt 41, 182; vgl. ebenfalls in diesem Sinne: Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, § 240 Rn 21; MüKo-StGB/Gropp/Sinn, 1. Aufl. 2003, § 240 Rn 48; Hoyer JuS 1996, 200; Hruschka NJW 1996, 160; Priester, Festschrift für Günter Bemann, 1997, S. 362; Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 240 Rn 11

**Diese Auslegung der strafbarkeitsbegründenden Tatbestandsmerkmale „Gewalt durch einen anderen“ sprengt nicht die Wortsinn- und Analogieverbote.**

*„Die vom BVerfG für die Annahme von Gewalt i. S. von § 240 I StGB geforderte **physische Zwangswirkung** liegt in dieser Konstellation vor: Dies gilt zwar nicht für das Verhältnis von den Demonstranten zu dem ersten Fahrzeugführer, wohl aber für das Verhältnis von dem ersten Fahrzeugführer zu den nachfolgenden Fahrzeugführern. Indem der erste Fahrzeugführer aus Rücksicht auf die Rechtsgüter der Demonstranten abbremst, zwingt er den nachfolgenden Fahrzeugführer zur Vermeidung eines Aufpralls und damit zur Schonung eigener Rechtsgüter anzuhalten. Das erste Fahrzeug in der Reihe bedeutet für den nachfolgenden Fahrzeugführer ein unüberwindbares physisches Hindernis i. S. des Beschlusses des BVerfG (vgl. BVerfGE 104, 92). Dass im Verhältnis von Demonstranten zu dem ersten Fahrzeugführer keine physische, sondern allein eine psychische Zwangswirkung vorliegt, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang, da die **Einflussnahme eines mittelbaren Täters auf den Tatmittler** durchaus **allein psychischer Natur** sein darf. Für die Fahrzeugführer der zweiten und nachfolgenden Reihen begründet es keinen Unterschied, ob die das Hindernis bildende erste Reihe dort von den Fahrzeugführern selbst abgestellt wurde (so in BVerfGE 104, 92) oder aufgrund von psychischer Einflussnahme Dritter entstand.“ (BVerfG aaO)*

- bb) Auch die der **strafbarkeitsbegründenden Zurechnung** zugrunde liegende Annahme, dass die Demonstranten über hinreichende Tatherrschaft beziehungsweise **Willen zur Tatherrschaft** verfügen, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

*„Die Demonstranten versetzen den ersten Fahrzeugführer mit dem Betreten der Fahrbahn, ohne dass es weiterer (Inter-)Aktion bedarf, gezielt in ein **rechtliches Dilemma**, das dieser aufgrund der von der Rechtsordnung auferlegten strafbewehrten Pflichten etwa nach §§ 212, 224, 226 StGB zum Schutz von Leib und Leben nicht anders als nach dem Willen der Demonstranten durch einen **Eingriff in die Willensbetätigungsfreiheit der nachfolgenden Fahrzeugführer** auflösen kann. Sie sind damit unmittelbar für das **Strafbarkeitsdefizit des ersten Fahrzeugführers im Verhältnis zu den nachfolgenden Fahrzeugführern** in Form des rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB verantwortlich. Die Figur der mittelbaren Täterschaft durch einen gerechtfertigt handelnden Tatmittler ist in Rspr. (vgl. BGHSt 3, 4; BGHSt 10, 306) und Schrifttum*

*allgemein anerkannt (vgl. nur Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 25 Rn 26; Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 25 Rn 5a; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 25 Rn 4; Randt, Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, 1997, S. 47 ff.; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2000, S. 163 ff.). Dass die Auslegung, wonach derjenige, der eine Situation herbeiführt, die ein gerechtfertigtes Verhalten ermöglicht, auch für dieses Verhalten als mittelbarer Täter haftet (vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21. Abschnitt Rn 81; Kindhäuser, StGB, LPK, 4. Aufl. 2010, § 25 Rn 27), die Grenze des Wortsinns überschreitet, ist nicht ersichtlich. Auch nach der **Parallelwertung in der Laiensphäre** ist es durchaus nachvollziehbar, dass ein Verhalten wie das der Demonstranten, welches dazu führt, dass sich Fahrzeuginsassen zwischen den Fahrzeugen von Vorder-, Hinter- und Nebenmann sowie unter Umständen Leitplanke, Seitenstreifen (vgl. § 18 VII - IX, § 49 I Nr. 18 StVO) oder anderen parkenden Fahrzeugen eingekleimt wiederfinden, wegen des durch die physische Zwangswirkung herbeigeführten Nötigungserfolgs im Sinne von § 240 I StGB i. V. mit § 25 I Alt. 2 StGB tatbestandsmäßig sein kann. Sofern sich Bedenken gegen die Auslegung und Anwendung der Verwerflichkeitsklausel in § 240 II StGB durch die Fachgerichte ergeben, ist diese anhand des materiellen Grundrechts der Versammlungsfreiheit zu überprüfen (vgl. BVerfGE 104, 92).“ (BVerfG aaO)*

II. Die Verfassungsbeschwerde ist jedoch im Hinblick auf die Rüge der Verletzung des Art. 8 I GG begründet, denn die angegriffene Entscheidung des LG verletzt den Bf. in seinem **Grundrecht der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG**.

1. Der **Schutzbereich** der Versammlungsfreiheit ist eröffnet.

- a) Eine Versammlung ist eine **örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung** (vgl. BVerfGE 104, 92; BVerfGK 11, 102). Dazu gehören auch solche Zusammenkünfte, bei denen die Versammlungsfreiheit zum Zwecke plakativer oder aufsehenerregender Meinungskundgabe in Anspruch genommen wird (vgl. BVerfGE 69, 315; BVerfGE 87, 399). Der **Schutz ist nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird**, sondern umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen, darunter auch Sitzblockaden (vgl. BVerfGE 73, 206; 87, 399; 104, 92). Bei einer Versammlung geht es darum, dass die Teilnehmer nach außen - schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umgangs miteinander oder die Wahl des Ortes - im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen (vgl. BVerfGE 69, 315).
- b) Eine **Versammlung verliert den Schutz des Art. 8 GG grds. bei kollektiver Unfriedlichkeit**. Unfriedlich ist danach eine Versammlung, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden, nicht aber schon, wenn es zu Behinderungen Dritter kommt, seien diese auch gewollt und nicht nur in Kauf genommen (vgl. BVerfGE 73, 206; BVerfGE 87, 399; 104, 92). Der Schutz des Art. 8 GG besteht zudem unabhängig davon, ob eine Versammlung anmeldepflichtig und dementsprechend angemeldet ist (vgl. BVerfGE 69, 315; BVerfGK 4, 154; 11, 102). Er endet mit der rechtmäßigen Auflösung der Versammlung (vgl. BVerfGE 73, 206).

2. Das LG hat den Versammlungscharakter der Zusammenkunft, an welcher der Bf. teilgenommen hat, mit verfassungsrechtlich nicht tragfähigen Gründen verneint.

*„Soweit das LG darauf abstellt, dass die Demonstranten sich nicht auf die Versammlungsfreiheit berufen könnten, weil ihre Aktion der **Erregung von Aufmerksamkeit** gedient habe, hat es den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit verkannt: Der Umstand, dass die gemeinsame Sitzblockade der öffentlichen Meinungsbildung galt - hier: dem **Protest** gegen die militärische Intervention der US-amerikanischen Streitkräfte im Irak und deren Unterstützung durch die BRD -, macht diese erst zu einer Versammlung i. S. des Art. 8 I GG.*

*Versteht man die Ausführungen des LG dahin, dass es zum Ausdruck habe bringen wollen, die Demonstranten hätten mithilfe der Aktion zu einer selbsthilfeähnlichen Durchsetzung eigener konkreter Forderungen angesetzt, erweisen sich diese Erwägungen ebenfalls verfassungsrechtlich als nicht tragfähig: Den der Entscheidung des LG zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen des AG sowie den eigenen rechtlichen Erwägungen des LG lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, die auf das Vorliegen einer solchen konkreten, vor Ort durchsetzbaren Forderung auf Seiten der Demonstranten deuten.*

*Begreift man die Ausführungen des LG dahin, dass der Aktion der Schutz des Art. 8 I GG deshalb abzusprechen sei, weil die Demonstranten sich unfriedlicher Mittel i. S. des Art. 8 I GG bedient hätten, halten sie einer verfassungsrechtlichen Prüfung ebenfalls nicht stand: Der Entscheidung des LG sowie den zugrunde*

liegenden tatsächlichen Feststellungen des AG ist nicht zu entnehmen, dass es bei der Aktion zu Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen gekommen ist und die Versammlung hierüber insgesamt einen durch Aggressionen geprägten unfriedlichen Charakter gewonnen hat. Dass die Aktion von Einsatzkräften der Polizei aufgelöst wurde, schadet nicht, da das LG seine Entscheidung jedenfalls auch auf ein Verhalten des Bf. gestützt hat, das in dem Zeitraum vor der Auflösung lag (vgl. BVerfGE 104, 92).“ (BVerfG aaO)

3. In dem angegriffenen Beschluss des LG liegt ein **nicht gerechtfertigter Eingriff in die Versammlungsfreiheit** des Bf., denn den sich aus Art. 8 I GG ergebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen wird der angegriffene Beschluss des LG nicht gerecht: Zum einen hat es nicht sämtliche zu berücksichtigenden Gesichtspunkte in die Abwägung eingestellt, zum anderen die zugunsten des Bf. streitenden Umstände unter Überschreitung des den Fachgerichten zukommenden Abwägungsspielraums fehlerhaft gewichtet.

„Die Ausführungen des LG unterliegen bereits im Ausgangspunkt **verfassungsrechtlichen Bedenken**. [Es] hat bei der Abwägung den **Zweck der Sitzblockade, Aufmerksamkeit zu erregen** und so einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten, als einen für die Verwerflichkeit der Tat sprechenden Gesichtspunkt zulasten des Beschwerdeführers gewertet, obwohl dieses sogar den **sachlichen Schutzbereich des Art. 8 I GG eröffnet** und damit eine Abwägung zwischen der Versammlungsfreiheit und den hierdurch betroffenen Rechtsgütern Dritter überhaupt erst erforderlich macht. Des Weiteren hat das LG verkannt, dass der **Kommunikationszweck** nicht erst bei der Strafzumessung, sondern im Rahmen der Verwerflichkeitsklausel gem. § 240 II StGB, mithin bereits bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit, zu berücksichtigen ist.

Verfassungsrechtlich zu beanstanden ist des Weiteren, dass das LG bei der Abwägung die **Dauer der Aktion**, deren **vorherige Bekanntgabe**, die **Ausweichmöglichkeiten** über andere Zufahrten, die **Dringlichkeit des blockierten Transports** sowie die **Anzahl der von ihr betroffenen Fahrzeugführer** gänzlich außer Betracht gelassen hat.

Schließlich hat das LG mit verfassungsrechtlich nicht tragfähiger Begründung den **Sachbezug zwischen dem Protestgegenstand und den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen** verneint: Der Argumentation des LG, dass die unter Umständen betroffenen US-amerikanischen Staatsbürger und Soldaten die Irakpolitik der US-amerikanischen Regierung nicht beeinflussen könnten, so dass die Aktion von ihrem **Kommunikationszweck** her betrachtet ungeeignet gewesen sei, scheint die Annahme zugrunde zu liegen, dass ein derartiger Sachbezug nur dann besteht, wenn die Versammlung an Orten abgehalten wird, an denen sich die verantwortlichen Entscheidungsträger und Repräsentanten für die den Protest auslösenden Zustände oder Ereignisse aktuell aufhalten oder zumindest institutionell ihren Sitz haben. Eine derartige Begrenzung auf Versammlungen im näheren Umfeld von Entscheidungsträgern und Repräsentanten würde jedoch die Inanspruchnahme des Grundrechts der Versammlungsfreiheit mit unzumutbar hohen Hürden versehen und dem Recht der Veranstalter, grds. selbst über die ihm als symbolträchtig geeignet erscheinenden Orte zu bestimmen, nicht hinreichend Rechnung tragen. Überdies besteht vorliegend umso weniger Anlass an dem Sachbezug zwischen dem Protestgegenstand der Aktion und den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen zu zweifeln, als sich unter den betroffenen Fahrzeugführern nicht nur US-amerikanische Staatsbürger, sondern auch Mitglieder der US-amerikanischen Streitkräfte befanden, die, wenn nicht in die unmittelbare Durchführung, so doch jedenfalls in die Organisation der kritisierten militärischen Intervention im Irak eingebunden waren.“ (BVerfG aaO)

(BGH in NJW 2011, 1090; Beschluss vom 17.11.2011 – 2 StR 399/10)

Ist das „**Gebäude**“ i. S. von §§ 306 a II, 306 I Nr. 1 StGB im Einzelfall zugleich ein „Wohngebäude“, dann **müssen** zur Vollendung des Auffangtatbestands der schweren Brandstiftung **nicht notwendigerweise auch Wohnräume von der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen** sein.

**Fall:** Der Angekl. setzte kurz nach 11:30 Uhr in einem Wohnblock in Erfurt in zwei Kellerräumen auf dem Boden liegende Textilien und andere herumliegende Gegenstände in Brand. Er wusste, dass sich Mieter im Hause aufhielten, die durch Rauchentwicklung gefährdet oder verletzt werden konnten; dies nahm er jedoch billigend in Kauf. Er wollte das Gebäude zumindest teilweise zerstören. Tatsächlich kam es zur Verbrennung von Teilen der Kellerboxen und ihres Inhalts, zur Verschmörung von Stromleitungen im Keller, zur Zerstörung von Kellertüren und zur Verrußung von Kellerräumen. Dadurch entstand ein Sachschaden im Wert von mehr als 10.000 €. Acht Personen in den Wohnräumen des Hauses erlitten Rauchvergiftungen und mussten deswegen behandelt werden. Ein konkretes Motiv des Angekl. bei der Brandlegung konnte nicht festgestellt werden.

Der Angekl. könnte sich wegen einer **schweren Brandstiftung nach § 306a II StGB** strafbar gemacht haben.

I. Die Regelung des § 306a StGB greift ein, wenn ein **Objekt i. S. von § 306 I StGB in Brand gesetzt oder durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört** wird und der Täter – wie hier – dadurch **einen anderen Menschen in die Gefahr einer Gesundheitsschädigung bringt**.

1. **Durch Brandlegung** wird die **gänzliche oder teilweise Zerstörung** des Objekts **dann verursacht, wenn diese auf einer tatbestandsrelevanten Handlung beruht**. Es muss sich ein mit der Brandlegung **typischerweise geschaffenes Risiko im Zerstörungserfolg verwirklicht** haben, wozu auch Verrußungsschäden am Brandstiftungsobjekt zu zählen sind, wie sie hier vom Angekl. verursacht wurden.

Dadurch liegt im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes auch ein teilweises Zerstören des Gebäudes vor.

Der **Normzweck** gestattet hier ebenfalls die Anwendung von § 306a II StGB, obwohl für die Vollendung von § 306a I StGB für den Fall des Zerstörens eines Wohngebäudes vorauszusetzen ist, dass **auch Wohnräume von der Zerstörungswirkung der Brandlegung betroffen** sind.

*„§ 306 a II StGB besitzt durch die Verweisung auf Objekte nach § 306 I StGB einen anderen Bezugspunkt als § 306 a I StGB. Dies wirkt sich auf die Auslegung des Begriffs des teilweisen Zerstörens des Objekts aus.“ (BGH aaO)*

2. Im Hinblick auf die hohe Strafdrohung des § 306a StGB muss nach der BGH-Rspr. ein **„teilweises Zerstören“ von Gewicht** vorliegen (vgl. BGHSt 48, 14 = NJW 2003, 302 = NStZ 2003, 204; BGH NStZ 2007, 270; NStZ 2008, 519).

Dies ist nur dann der Fall, wenn

- das **Tatobjekt für eine nicht unbeträchtliche Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar** gemacht wird, ferner wenn
- ein für die ganze Sache **nötiger Teil unbrauchbar** wird oder wenn
- **einzelne Bestandteile der Sache**, die für einen **selbstständigen Gebrauch** bestimmt und eingerichtet sind, **vollständig vernichtet** werden.

Auch für die Qualifikation des § 306 a II StGB ist diese **einschränkende Auslegung des Merkmals des teilweisen Zerstörens von Gewicht** vorauszusetzen; allerdings ist sie mit Blick auf die Bezugsobjekte des § 306 I StGB rechtsgutsspezifisch zu verstehen.

3. Da die **verschiedenen Räumlichkeiten** eines Gebäudes in aller Regel **ganz unterschiedlichen Zwecken** dienen (z. B. als Wohnung, Arbeitsstätte oder Lagerraum), stellt

sich die Frage, welcher Teil von einer ganz oder teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen sein muss, um die Tatbestände der §§ 306 ff. StGB zu erfüllen.

- a) Einerseits ist der von § 306a II StGB in Bezug genommene Katalog der Brandstiftungsobjekte nach § 306 I StGB von demjenigen in § 306a I StGB qualitativ zu unterscheiden; andererseits nennt § 306a II StGB das **zusätzliche Merkmal der Gefahr einer Gesundheitsschädigung für einen anderen Menschen**.

Lässt § 306a I StGB bereits die **Verursachung einer abstrakten Gefahr für Leib oder Leben von Menschen** im Einzelfall genügen, weil die teilweise Zerstörung u. a. von Wohngebäuden ein generell hohes Gefährdungspotenzial für Menschen einschließt, so wird in § 306a II StGB bei der teilweisen Zerstörung von Objekten, die nicht zum Wohnen oder zum ständigen Aufenthalt von Menschen bestimmt oder geeignet sind, zusätzlich eine **konkrete Gefahr für die Gesundheit von Menschen vorausgesetzt** (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 306 a Rn 10, 11).

- b) **Gesetzgeberischer Zweck der Auffangregelung** ist es, **auch bei Brandlegungen mit geringeren Objektschäden** im Fall einer konkreten Gesundheitsgefährdung für Menschen **dieselbe Strafdrohung** auszusprechen, **wie sie in § 306a I StGB** bereits für Fälle einer abstrakten Gefährdung genannt wird (vgl. BT-Dr 13/8587, S. 19 f.; BT-Dr 13/9064, S. 22).

Ist das betroffene „Gebäude“ i. S. von § 306a II i. V. mit § 306 I Nr. 1 StGB zugleich ein „Wohngebäude“, wie es der insoweit enger gefasste § 306a I StGB als Brandstiftungsobjekt voraussetzt, dann müssen **zur Vollendung des Auffangtatbestands nicht notwendigerweise auch Wohnräume von der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen** sein. Es **genügt** hier, **wenn ein anderer funktionaler Gebäudeteil**, wie ein Kellerraum, **für nicht unerhebliche Zeit nicht bestimmungsgemäß gebraucht werden kann**, sofern durch die typischen Folgen der Brandlegung, wie Rauch- und Rußentwicklung, auch eine konkrete Gefährdung der Gesundheit eines Menschen verursacht wird.

*„Nach der Brandlegung in dem Wohnblock durch den Angekl. wurden mehrere Kellerräume durch Verußung für nicht unerhebliche Zeit in dem bestimmungsgemäßen Zweck als Versorgungs- und Aufbewahrungsräume unbrauchbar. Die Stromleitungen mussten erneuert werden, die Rußschäden waren zu beseitigen und die verbrannten Kellertüren zu ersetzen; der Reparaturaufwand verursachte erhebliche Kosten. Der Senat entnimmt dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen, dass die Schadensbeseitigung nicht unerhebliche Zeit in Anspruch nahm. Dieser Objektschaden, zu dem eine konkrete Gefährdung von Menschen durch die Folgen der Brandlegung hinzukam, genügt zur Anwendung von § 306 a II StGB.“ (BGH aaO)*

- II. **Ergebnis:** Der Angekl. hat tateinheitlich mit der schweren Brandstiftung eine vorsätzliche Körperverletzung gem. § 223 I StGB begangen.

**Stellplatzanlage im unbeplanten Innenbereich**  
**Einfügen in die nähere Umgebung**

(BVerwG in NVwZ 2011, 436; Urteil vom 16.09.2010 - 4 C 7/10)

1. Im Sinne des § 34 II BauGB in der Baunutzungsverordnung „**bezeichnet**“ sind nur solche Baugebiete, für die die Baunutzungsverordnung die **Art der zulässigen Nutzung selbst regelt**. Sondergebiete i. S. des § 11 BauNVO erfüllen diese Voraussetzung nicht, weil nach § 11 II 1 BauNVO die Gemeinde die Art der zulässigen Nutzung festzusetzen hat.
2. Die **Größe oder die Anordnung vorhandener Stellplätze** ist **kein geeignetes Kriterium** dafür, ob sich eine geplante Stellplatzanlage nach der Art der baulichen Nutzung gem. § 34 I BauGB in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt.
3. § 12 I BauNVO gilt nicht nur für Stellplätze, die als Nebenanlagen einer Hauptnutzung zugeordnet sind, sondern **auch** für solche, die **keine funktionale Zuordnung** zu einer Hauptnutzung aufweisen.

**Fall:** Die Bet. streiten um die Verpflichtung der Bekl. zur Erteilung einer Baugenehmigung.

Die Kl. betreibt auf dem Hafengelände von Norddeich eine Schiffswerft. Mit Datum vom 20.01.2005 beantragte sie die Erteilung einer Baugenehmigung zur Nutzung ihrer Bootslagerhalle als Parkhaus für ca. 250 Kraftfahrzeuge in den Sommermonaten und zum Bau von schotterunterlegten Parkplätzen für ca. 750 Kraftfahrzeuge auf der ca. 110 m tiefen, zwischen der Bootslagerhalle und dem östlichen Hafenschutzdamm gelegenen, Freifläche. Die geplanten Stellplätze sind für die Fahrzeuge von Gästen der Inseln Juist und Norderney vorgesehen, die mit den im Hafen ablegenden Fährschiffen vom Festland übersetzen wollen.

Die am 02.06.2005 erhobene Untätigkeitsklage hat das VG abgewiesen, weil das einheitlich nach § 35 II BauGB zu beurteilende Vorhaben die Entstehung einer Splittersiedlung befürchten lasse und deshalb den öffentlichen Belang des § 35 III 1 Nr. 7 BauGB beeinträchtige. Das OVG hat die von ihm zugelassene Berufung zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Die Kl. habe keinen Anspruch auf Erteilung der beantragten Baugenehmigung. Dabei könne offenbleiben, ob der Hafenschutzdeich geeignet sei, einen Innenbereich vom Außenbereich abzugrenzen; denn das Vorhaben sei weder nach § 34 BauGB noch nach § 35 BauGB genehmigungsfähig. Besteht ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung?

Ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung besteht nur, wenn das Bauvorhaben mit allen maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu vereinbaren ist. Hier stellt sich die Frage, ob es überhaupt planungsrechtlich zulässig ist. Da kein Bebauungsplan vorhanden ist und sich die planungsrechtliche Zulässigkeit daher nicht nach § 30 BauGB beurteilt, kommt es darauf an, ob das Vorhaben im Innenbereich nach § 34 BauGB oder im Außenbereich nach § 35 BauGB liegt.

**I. bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB**

Das Vorhaben könnte nach § 34 BauGB planungsrechtlich zulässig sein. Dann müsste jedoch der Anwendungsbereich der Norm eröffnet sein, also ein im Zusammenhang bebauter Ortsteil nach § 34 I BauGB vorliegen, sich das Vorhaben in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt und die Erschließung gesichert ist.

**1. Vorliegen eines Bebauungszusammenhangs**

§ 34 BauGB setzt nach seinem ersten Absatz für seine Anwendbarkeit voraus, dass die Fläche, auf der ein Vorhaben errichtet werden soll, innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile liegt.

*„Diese Voraussetzung bestimmt räumlich den Umfang des unbeplanten Innenbereichs und dient gleichzeitig dessen **Abgrenzung zum Außenbereich**. Nach gesicherter Rechtsprechung reichen Bebauungszusammenhänge des unbeplanten Innenbereichs stets so weit, wie die aufeinanderfolgende Bebauung trotz vorhandener Baulücken **nach der Verkehrsauffassung den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt** (vgl. etwa BVerwGE 31, 20 [21]; BVerwGE 41, 227 [233 f.] = NJW 1973, 1014; BVerwGE 75, 34 = NVwZ 1987, 406 = NJW 1987, 1656 L, und BVerwG, NVwZ 1991, 64 = NJW 1991, 1969 L = ZfBR 1990, 293; BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BBauG/BauGB Nr. 127 = NVwZ-RR 1989, 4). Wie eng die Aufeinanderfolge von Baulichkeiten sein muss, um sich als zusammenhängende Bebauung darzustellen, ist nicht nach geografisch-mathematischen Maßstäben, sondern auf Grund einer **umfassenden Würdigung der tatsächlichen örtlichen Gegebenheiten** einzelfallbezogen zu entscheiden (BVerwGE 28, 268 [272], und BVerwG, BRS 50 Nr. 72, S. 164 = NVwZ 1991, 879).“ (BVerwG aaO)*

Die Kl. nimmt für sich in Anspruch, dass § 34 BauGB auf ihr Vorhaben Anwendung finde. Sie teilt die Auffassung des VG, dass ihre Bootshalle am Bebauungszusammenhang teilnehme, meint aber, dass der Bebauungszusammenhang nicht an der Rück(Nord-Ost)-Seite der Halle ende, sondern sich bis zum östlichen Hafenschutzdeich erstrecke.

„Nach dem Berufungsurteil bleibt bereits **offen**, ob es zutrifft, dass die Bootslagerhalle noch **Bestandteil eines Bebauungszusammenhangs** ist. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, könnte der Senat nicht beurteilen, ob dies auch für die sich daran **anschließende Freifläche** gilt, die für die Außenstellplätze vorgesehen ist. Zwar endet der Bebauungszusammenhang in aller Regel am letzten Baukörper (BVerwG, BRS 25 Nr. 38, und BVerwG, BRS 27 Nr. 56; BVerwG, NVwZ 1999, 763 = NJW 1999, 3573 L) örtliche Besonderheiten können es aber rechtfertigen, dem **Bebauungszusammenhang noch bis zu einem Geländehindernis**, einer Erhebung oder einem Einschnitt (Damm, Böschung, Fluss, Waldrand o. Ä.) ein oder mehrere Grundstücke zuzuordnen, die unbebaut sind (BVerwG, NVwZ 1991, 879; BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 191 = NVwZ-RR 1999, 105, und BVerwG, Beschl. v. 17.01.2005 – 4 B 3/05, BeckRS 2005, 22688). Um dies zu beurteilen, bedarf es einer „**echten Wertung und Bewertung des konkreten Sachverhalts**“ durch den Tatrichter (BVerwGE 31, 20 [21]).“ (BVerwG aaO)

Es bleibt daher offen, ob das Grundstück sich noch im oder schon außerhalb des Bebauungszusammenhangs befindet. Möglicher Weise ergibt sich die Unzulässigkeit der Vorhabens jedoch schon aus anderen Aspekten.

## 2. Einfügen in die nähere Umgebung

Für die Frage, ob sich das Vorhaben in die nähere Umgebung einfügt, kommt es zunächst darauf an, ob der festgestellte Bebauungszusammenhang einem der Baugebiete der BauNVO entspricht. Ist dies der Fall, so beurteilt sich die Zulässigkeit der Vorhabens hinsichtlich der Art der Nutzung gem. § 34 II BauGB allein nach den Vorgaben der BauNVO. Anderenfalls hat nach § 34 I BauGB eine einzelfallbezogene Prüfung stattzufinden.

### a) Anwendung des § 34 II BauGB

Fraglich ist daher zunächst, ob der Bebauungszusammenhang einem der in der BauNVO geregelten Baugebiete entspricht.

„Das OVG hat es für möglich gehalten, dass das Baugrundstück in einem **faktischen Hafengebiet** und damit in einem Sondergebiet i. S. des § 11 BauNVO liegt, einen **Rückgriff** auf § 11 BauNVO im Rahmen des § 34 II BauGB aber aus Rechtsgründen **ausgeschlossen**. Dem ist beizupflichten. Im Sinne des § 34 II BauGB „bezeichnet“ sind Baugebiete nicht schon dann, wenn sie in der Baunutzungsverordnung namentlich genannt sind. Da § 34 II BauGB auf der Rechtsfolgenseite „**allein**“ auf die nach der Baunutzungsverordnung zulässigen Arten der baulichen Nutzung verweist, können zu den bezeichneten **Baugebieten im Sinne des Tatbestandes** auch nur diejenigen Baugebiete gehören, für die die **Baunutzungsverordnung die zulässige Art der baulichen Nutzung selbst regelt**. Sondergebiete nach § 11 BauNVO gehören dazu nicht. Die Vorschrift trifft die Entscheidung, welche Anlagen allgemein zulässig, unzulässig oder ausnahmsweise zulassungsfähig sind, nicht selbst, sondern verlangt sie nach ihrem Absatz 2 Satz 1 vom Planungsträger. Dies gilt auch für die in Absatz 2 Satz 2 aufgelisteten Sondergebiete und namentlich die Hafengebiete (BVerwG, BRS 49 Nr. 15, S. 32 = NVwZ 1990, 257). Ob es rechtlich zulässig wäre, faktische Sondergebiete für Einkaufszentren und den großflächigen Einzelhandel anzuerkennen (vgl. dazu BVerwG, BRS 55 Nr. 174, S. 479 f. = NVwZ 1994, 285; bejahend OVG Berlin-Brandenburg, BRS 73 Nr. 83, S. 420 = NVwZ-RR 2008, 770 L = NJOZ 2008, 2517 = BeckRS 2008, 33967 [Einkaufszentrum]), bedarf hier keiner Entscheidung.“ (BVerwG aaO)

§ 34 II BauGB ist daher nicht anwendbar.

### b) Einfügen in die nähere Umgebung nach § 34 I BauGB

Die Zulässigkeit des Vorhabens hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung beurteilt sich daher nach § 34 I BauGB.

#### aa) Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit von Stellplätzen

„Im Ausgangspunkt zutreffend hat das OVG angenommen, dass sich ein Vorhaben in der Regel in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt, wenn es sich **innerhalb des aus seiner Umgebung hervorgehenden Rahmens** hält (BVerwGE 55, 369 [385] = NJW 1978, 2564; st. Rspr.). Als richtig unterstellt werden mag auch seine Ansicht, dass die **geplante Nutzungsart** in der maßgeblichen Umgebung **bereits verwirklicht** sein muss (vgl. dazu BVerwG, BRS 47 Nr. 63 = NVwZ 1987, 884).

Nicht berücksichtigt hat es jedoch, dass bei der Frage, ob ein Vorhaben nach der Art der baulichen Nutzung den Rahmen der Umgebungsbebauung einhält, von der **Typisierung von Nutzungen in der Baunutzungsverordnung als einer insoweit sachverständigen Konkretisierung allgemeiner städtebaulicher Grundsätze** auszugehen (BVerwGE 68, 360 [368] = NJW 1984, 1771 = NVwZ 1984, 582 L, und BVerwGE 75, 34 [42] = NVwZ 1987, 406 = NJW 1987, 1656 L) und somit auf die Vorschriften des ersten Abschnitts (§§ 1–15) der **Baunutzungsverordnung als Auslegungs- oder Orientierungshilfe zurückzugreifen** ist (so schon BVerwGE 32, 31 [36]). Auf diesem Versäumnis beruht sein Irrtum, dass das umstrittene Vorhaben mit den

vorhandenen Stellplätzen im „eigentlichen“ Hafengebiet nach der Art der baulichen Nutzung nicht vergleichbar ist.“ (BVerwG aaO)

Es kommt daher darauf an, welche Vorgaben die Baunutzungsverordnung für Stellplatzanlagen macht.

„Die **Zulässigkeit von Stellplätzen** und den ihnen gleich gestellten Garagen, zu denen auch Parkhäuser zu zählen sind (Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Okt. 2010, § 12 BauNVO Rn 33), **regelt § 12 BauNVO.**“ (BVerwG aaO)

Nach § 12 I BauNVO sind Stellplätze und Garagen in allen Baugebieten zulässig, soweit sich aus den Absätzen 2–6 nichts Anderes ergibt. Nach § 12 VI BauNVO ist es zwar zulässig, Stellplätze und Garagen dem Umfang nach zu beschränken. Dies ist allerdings nur durch eine entsprechende Festsetzung in einem Bebauungsplan möglich.

„Das vom OVG gewählte Differenzierungskriterium der unterschiedlichen räumlichen Ausdehnung (**Anordnung und Größe**) von Stellplatzanlagen ist ansonsten in § 12 BauNVO nicht angelegt und kann bei der Prüfung des § 34 I BauGB, soweit es um die Art der Nutzung geht, nicht herangezogen werden. § 12 II BauNVO ordnet an, dass Stellplätze und Garagen in Kleinsiedlungsgebieten, reinen Wohngebieten und allgemeinen Wohngebieten sowie Sondergebieten, die der Erholung dienen, nur für den durch die zugelassene Nutzung verursachten Bedarf zulässig sind. Stellplätze und Garagen für einen **darüber hinausgehenden, außerhalb des Baugebiets ausgelösten Bedarf** sind allein in den übrigen, nicht in § 12 II genannten Gebieten zulässig. **In diesen Gebieten erlaubt § 12 I BauNVO nicht nur Einstellplätze, die als Nebenanlagen einer Hauptnutzung zugeordnet sind, wie beispielsweise Kundenparkplätze für einen Gewerbebetrieb, sondern auch solche, die keine funktionale Zuordnung zu einer Hauptnutzung aufweisen. Darunter fallen gewerblich betriebene Einstellplätze, die – wie vorliegend geplant – außerhalb öffentlicher Verkehrsflächen errichtet und Dritten gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden sollen** (vgl. OVG Münster, BRS 63 Nr. 89 = NVwZ-RR 2001, 646; Stock, Rn 35).

Der Grundsatz des § 12 I BauNVO und die Einschränkung des § 12 II BauNVO knüpfen an die unterschiedliche **Störempfindlichkeit und Schutzbedürftigkeit von Baugebieten**, die vorwiegend dem Wohnen und der Erholung dienen, und den übrigen Baugebieten an. Zur Bewahrung des gebietstypischen Immissionsniveaus sollen in den Baugebieten, die in § 12 II BauNVO genannt sind, die mit dem Kraftfahrzeugverkehr unvermeidlich einhergehenden Störungen auf das Maß begrenzt werden, das sich aus dem Bedarf der im Gebiet zugelassenen Nutzungen ergibt (BVerwGE 47, 144 [150] = NJW 1975, 841, und BVerwGE 127, 231 [233 f.] = NVwZ 2007, 585). Für § 34 I 1 BauGB gibt die Systematik des § 12 I und II BauNVO deshalb nichts her, wenn – wie vorliegend – in der **maßgeblichen Umgebung keine Nutzungen** ausgeübt werden, die i. S. des § 12 II BauNVO **schutzwürdig** sind.“ (BVerwG aaO)

## bb) Unzulässigkeit im Einzelfall

Wenn demnach die allgemeinen planungsrechtlichen Vorgaben eingehalten werden, so stellt sich die Frage, ob man nicht gleichwohl im Rahmen einer Einzelfallprüfung zur Unzulässigkeit kommen kann.

### (1) Gebot der Rücksichtnahme

„Hält sich ein Vorhaben – wie hier jedenfalls nach der Art der Nutzung – im vorgefundenen Rahmen, so **fügt** es sich **gleichwohl nicht ein**, wenn es gegen das **Gebot der Rücksichtnahme** verstößt (BVerwGE 55, 369 [386] = NJW 1978, 2564).

Das **Gebot der Rücksichtnahme** dient dem **Schutz der sonstigen**, d. h. vor allem: der in der unmittelbaren Nähe des Vorhabens **vorhandenen, Bebauung** vor nicht hinnehmbaren Beeinträchtigungen (BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BBauG Nr. 45, S. 118, und BVerwGE 55, 369 [386] = NJW 1978, 2564); es hebt auf die gegenseitige Verflechtung der baulichen Situation benachbarter Grundstücke ab und will einen **angemessenen Ausgleich** schaffen, der dem einen das ermöglicht, was für ihn unabweisbar ist, und den anderen vor unzumutbaren Belästigungen oder Benachteiligungen schützt (BVerwG, BRS 38 Nr. 186, S. 412).“ (BVerwG aaO)

Dass das Vorhaben der Kl. gegen das Gebot der Rücksichtnahme verstoßen könnte, ist nicht ersichtlich. Dem angefochtenen Urteil lässt sich nichts dafür entnehmen, dass der mit dem Vorhaben verbundene Zu- und Abgangsverkehr unzumutbare Umgebungsbelastungen erzeugen würde.

### (2) Auslösen städtebaulicher Spannungen

„Der Prüfungsansatz des OVG, ein Vorhaben, das den Rahmen einhält, sei unzulässig, wenn es geeignet sei, **städtebauliche Spannungen auszulösen**, ist mit Bundesrecht nicht vereinbar.

*Auf die **Eignung zur Auslösung städtebaulicher (bodenrechtlicher) Spannungen** kommt es nur an, wenn es um die Beurteilung der Zulässigkeit eines Vorhabens geht, das den aus der Umgebung ableitbaren Rahmen überschreitet (BVerwGE 55, 369 [386] = NJW 1978, 2564).“ (BVerwG aaO)*

Das Gebot der Rücksichtnahme ist mit dem Verbot der Begründung oder Erhöhung bodenrechtlich beachtlicher Spannungen nicht in jeder Beziehung identisch.

*„Bodenrechtlich beachtliche und **bewältigungsbedürftige Spannungen** sind demgegenüber dadurch gekennzeichnet, dass das Vorhaben die **vorhandene Situation** in bauplanungsrechtlich relevanter Weise **verschlechtert, stört oder belastet** und das Bedürfnis hervorruft, die Voraussetzungen für seine Zulassung unter Einsatz der Mittel der Bauleitplanung zu schaffen (BVerwGE 55, 369 [386 f.] = NJW 1978, 2564; BVerwG, BRS 62 Nr. 101). Zwar wird ein Vorhaben, das gegenüber der Nachbarschaft „rücksichtslos“ ist, auch städtebaulich relevante Spannungen hervorrufen. Umgekehrt ist aber nicht jedes Vorhaben, das bodenrechtlich beachtliche Spannungen begründet oder erhöht und deshalb ein Planungsbedürfnis auslöst, gleichzeitig rücksichtslos.*

*Auf die Auslösung städtebaulicher Spannungen hätte das OVG zu Recht abgestellt, wenn das Vorhaben nach dem **Maß der baulichen Nutzung den Umgebungsrahmen überschritte**. Ob das der Fall ist, kann der Senat indes nicht beurteilen. Der Rahmen wird nämlich nicht nur, wie die Bekl. meint, durch die vorhandenen einzeiligen Kfz-Stellplätze, sondern durch die **gesamte Bebauung in der näheren Umgebung** abgesteckt.“ (BVerwG aaO)*

### 3. Sicherung der Erschließung

*„Ob die Erschließung des Vorhabens gesichert ist, kann der Senat ebenfalls nicht beantworten. Das OVG hat zwar die **Frage aufgeworfen**, ob die Straßen im Hafengebiet dem vorhabenbedingten Zu- und Abgangsverkehr gewachsen sind, zu ihr jedoch **keine Feststellungen getroffen**, sondern sich insoweit auf Vermutungen beschränkt. Sollte die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens von der Sicherung der Erschließung abhängen, wird das OVG die erforderlichen Ermittlungen anzustellen haben. Als rechtlicher Maßstab gilt:*

*Nicht jede Zunahme der Verkehrsbelastung mit der Folge von Wartezeiten gefährdet die Sicherung der Erschließung des dafür ursächlichen Vorhabens. Die Erschließung wäre allerdings dann nicht gesichert, wenn das Vorhaben zu einer solchen Belastung der Zuwegung führen würde, dass die **Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs** nicht nur in Spitzenzeiten ohne zusätzliche Erschließungsmaßnahmen **nicht mehr gewährleistet wäre** (BVerwGE 75, 34 [44 f.] = NVwZ 1987, 406 = NJW 1987, 1656 L). Im unbeplanten Innenbereich sind nämlich nur solche Vorhaben zulässig, die sich **mit der vorhandenen Erschließung abfinden können**.“ (BVerwG aaO)*

Die baurechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB kann daher mit den vorliegenden Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden.

## II. bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 BauGB

Sofern kein Bebauungszusammenhang nach § 34 BauGB vorliegt, ist das Vorhaben nach § 35 BauGB zu beurteilen. Da ein Privilegierungstatbestand nach § 35 I BauGB ausscheidet, kommt es nach §§ 35 II, III BauGB darauf an, ob ein öffentlichen Belang beeinträchtigt wird. Es könnte die Gefahr eine Splittersiedlung nach § 35 III 1 Nr. 7 BauGB bestehen.

*„Sollte sich das OVG der Ansicht des VG anschließen, dass die Bootslagerhalle dem Innenbereich, der Parkplatz im Freien aber dem Außenbereich zuzuordnen ist, wird es das Vorhaben, falls dieses tatsächlich nur einheitlich beurteilt werden kann, insgesamt an § 35 BauGB zu messen und dabei zu bedenken haben, dass sich der **Außenstellplatz selbst nicht unter den Begriff der Splittersiedlung** subsumieren lässt; denn eine Siedlung setzt die Existenz von Gebäuden voraus, die wenigstens zum gelegentlichen Aufenthalt von Menschen bestimmt sind (BVerwGE 67, 33 [38] = NJW 1983, 2716 = NVwZ 1983, 739 L). Allerdings kann die Errichtung einer nicht zum Aufenthalt von Menschen bestimmten baulichen Anlage, die die Ausweitung einer in der Splittersiedlung ausgeübten oder auszuübenden Nutzung ermöglicht, die **Splittersiedlung verfestigen** (BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 215). Als Bestandteil eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils wäre die **Bootshalle** indes **keine Keimzelle einer Splittersiedlung**, weil Splittersiedlung und im Zusammenhang bebauter Ortsteil einen Gegensatz bilden (Roesser, in: BerIKomm-BauGB, Stand: Okt. 2010, § 35 Rn 84). Anliegen des § 35 III 1 Nr. 7 BauGB ist es, eine zusammenhanglose oder sonst unorganische Streubebauung im Außenbereich zu verhindern (BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 123, S. 17 = NJW 1976, 1855). Wenn ein Vorhaben, das für sich allein den Begriff der Splittersiedlung nicht erfüllt, nach der Vorschrift missbilligt wird, liegt das daran, dass die Splittersiedlung, der es funktional und räumlich zugeordnet ist und deren Verfestigung sie befürchten lässt, ihrerseits missbilligt wird. Das kann aber nur der Fall sein, wenn die Splittersiedlung im Außenbereich liegt.“ (BVerwG aaO)*

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2011, 231, Urteil vom 14.12.2010 - 1 S 338/10)

1. Wer sich in engem zeitlichem Zusammenhang mit vorherigen Ausschreitungen an einem **widerrechtlich auf einer öffentlichen Straße** entzündeten Feuer aufhält, kann unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls jedenfalls als **Anscheinsstörer** angesehen werden.
2. Die **Personenfeststellung** kann ein geeignetes Mittel zur Gefahrenabwehr sein, weil sie potenzielle Störer aus ihrer Anonymität reißen und so **von der Begehung von (weiteren) Störungen** abhalten kann.
3. Vom **Umfang** her umfasst die Personenfeststellung alle, aber auch nur diejenigen Angaben über eine Person, die es ermöglichen, sie von anderen Personen zu unterscheiden und Verwechslungen auszuschließen. Die Vorlage eines **gültigen Personalausweises** oder Passes **genügt in jedem Fall**, sofern keine konkreten Anhaltspunkte für dessen Fälschung, Verfälschung oder sonstige Unstimmigkeiten wie etwa der Verdacht des unrechtmäßigen Besitzes vorliegen.
4. Die Personenfeststellung nach § 26 BWPoIG erfordert bei Vorlage eines **gültigen Ausweispapiers** regelmäßig **keinen Datenabgleich mit polizeilichen Dateien**.

**Fall:** Am 01.05.2008 fand in F. das so genannte Sp.-Fest statt. Für dieses Fest war die W.-Straße zwischen Se.- und B.-Straße mit Genehmigung der Stadt F. von 11 bis 24 Uhr gesperrt. Nach 22 Uhr versammelten sich mehr als 100 Personen im Bereich W.-Straße Ecke B.-Straße, aus deren Mitte heraus auf der Fahrbahn ein großes Feuer entzündet wurde, das bis gegen 2 Uhr morgens durch Nachlegen insbesondere von Holz in Brand gehalten wurde. Gegen 2:25 Uhr wurde eine männliche Person, die von der Polizei als Hauptverursacher des Feuers angesehen wurde, in einiger Entfernung von der Feuerstelle festgenommen. Die Kl. befand sich in der Zeit zwischen 2:15 Uhr und 2:25 Uhr in unmittelbarer Nähe des Feuers. Zu diesem Zeitpunkt schritten Polizeibeamte, die das Geschehen bis dahin aus einiger Entfernung beobachtet hatten, gegen die um das Feuer herumstehenden Personen ein.

Im Zuge dessen wurden die Kl., nachdem sie der Polizei auf Aufforderung ihren Personalausweis ausgehändigt hatte, auf das etwa 300 m entfernte Polizeirevier F.-Nord mitgenommen. Dort wurden ihre Personalien mit dem Inhalt polizeilicher Dateien abgeglichen, Lichtbilder von ihr gefertigt und sie wurde körperlich durchsucht. Die Kl. durfte das Polizeirevier gegen 3:05 Uhr wieder verlassen. Am 26.05.2008 hat die Kl. Klage zum VG erhoben, zu deren Begründung sie vorgetragen hat: Über die polizeilichen Maßnahmen gegen sie sei in der regionalen Presse berichtet worden. Sie fühle sich daher in ihrem beruflichen Ansehen als Lehrerin und Stadträtin beschädigt. Die gegen sie ergriffenen Maßnahmen seien rechtswidrig. Die Voraussetzungen für die Personenfeststellung seien nicht erfüllt. Denn von ihr sei keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgegangen. Sie habe das Feuer weder entzündet noch Brennmaterial nachgelegt. Als sie an die Feuerstelle gekommen sei, habe das Feuer bereits seit mehreren Stunden gebrannt, ohne dass die Polizei eingeschritten sei. Eine von dem Feuer ausgehende Störung der öffentlichen Ordnung sei ihr deshalb nicht zuzurechnen. Wird die Klage Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit der Klage

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

*„Entscheidend ist, ob das **Schwergewicht des polizeilichen Handelns** auf der **Strafverfolgung** oder auf der **Gefahrenabwehr** liegt. Für die Abgrenzung der beiden Aufgabengebiete ist maßgebend, wie sich der konkrete Sachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage des Betroffenen bei natürlicher Betrachtungsweise darstellt (BVerwGE 47, 255 = NJW 1973, 893; BVerwGE 66, 192 = NJW 1983, 772 = NVwZ 1983, 286 L; VGH Mannheim, VBIBW 1989, 16). Hier erfolgte die Personenfeststellung nach den übereinstimmenden Bekundungen der Bet. **primär zum Zweck der Gefahrenabwehr**. Der Bekl. hat die Personenfeststellung ausschließlich auf die Ermächtigungsgrundlage des § 26 BWPoIG gestützt.“* (VGH Mannheim aaO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist daher nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

### 2. statthafte Klageart

Es könnte eine Fortsetzungsfeststellungsklage einschlägig sein.

*„Bei der **Personenfeststellung** nach § 26 BWPoIG handelt es sich um eine **polizeiliche Standardmaßnahme**, die ihrer Rechtsnatur nach ein **Verwaltungsakt** ist (vgl. Würtenberger/Heckmann, BWPolizeiR, 6. Aufl., Rn 315 ff., 334; Rachor, in: Lisken/Denninger, Hdb. d. PolizeiR, 4. Aufl., F Rn 29 ff., 32; Drews/ Wa-*

cke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., S. 215 f.). Die Klage ist, da sich der streitige Verwaltungsakt bereits **vor Klageerhebung** mit Abschluss der Personenfeststellung **erledigt** hat (§ 43 II BadWürttVwVfG), in analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO als **Fortsetzungsfeststellungsklage** statthaft (st. Rspr.; BVerwGE 26, 161 [165]; 49, 36 = NJW 1975, 2158; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2004, 572 = VBIBW 2004, 214; BeckRS 2005, 27788 = VBIBW 2005, 431).“ (VGH Mannheim aaO)

### 3. Klagebefugnis

„Als Adressatin der angegriffenen Maßnahme ist die Kl. klagebefugt (§ 42 II VwGO analog). [Wird ausgeführt.]“ (VGH Mannheim aaO)

### 4. besonderes Feststellungsinteresse

Die Klägerin muss ein schutzwürdiges Interesse daran haben, die Gerichte mit dem schon erledigten Verwaltungsakt zu befassen, obwohl von ihm keine Rechtswirkungen mehr ausgehen.

„Die Kl. hat auch das erforderliche Feststellungsinteresse, das in den Fällen einer vorprozessualen Erledigung mit dem in § 43 I VwGO vorausgesetzten Interesse identisch ist (vgl. BVerwGE 109, 203 = NVwZ 2000, 63) und anerkennenswerte schutzwürdige Belange rechtlicher, wirtschaftlicher und ideeller Natur umfasst (vgl. BVerwGE 74, 1). Das berechnete Interesse der Kl. an der von ihr begehrten Feststellung ergibt sich jedenfalls aus der erstrebten **Rehabilitation**. Ein solches Interesse ist nach einer erledigten polizeilichen Maßnahme dann als berechnete anzuerkennen, wenn mit ihr ein Eingriff in **grundrechtlich geschützte Rechtspositionen** verbunden und sie geeignet war, das Ansehen des Betroffenen in der Öffentlichkeit herabzusetzen (vgl. VGH Mannheim, BeckRS 2010, 52002 = VBIBW 2010, 468; BVerwG, NVwZ 1991, 270; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., § 113 Rn 142 m.w.N.; VGH München, BayVBl 1993, 429). Dies ist hier zu bejahen, nachdem die in die **allgemeine Handlungsfreiheit** und in das Recht auf **informationelle Selbstbestimmung** eingreifende Personenfeststellung Gegenstand einer öffentlichen Berichterstattung in der Regionalpresse unter voller Namensnennung und unter Hervorhebung der Stellung der Kl. als Stadträtin war.“ (VGH Mannheim, aaO)

Die Klage ist mithin zulässig.

## II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die gegenüber der Klägerin ergriffenen Maßnahmen rechtswidrig waren.

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Die Maßnahmen sind auf der Grundlage von § 26 BWPoIG ergangen.

vgl. § 13 BayPAG, § 21 BlnASOG, § 12 BbgPoIG, § 11 BremPoIG, § 12 HambSOG, § 18 HessSOG, § 29 MVSOG, § 13 NdsSOG, § 12 NWPoIG, § 10 RHIPfPOG, § 10a SaarlPoIG, § 19 SächsPoIG, § 20 LSASOG, § 181 SHVwG, § 14 ThürPAG

### 2. formelle Rechtswidrigkeit

„Gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Personenfeststellung bestehen keine Bedenken. Die Zuständigkeit des Polizeivollzugsdienstes folgt aus § 60 III BWPoIG. Eine Anhörung der Kl. war nach § 28 II Nr. 1 BWVwVfG entbehrlich. Weil der Verwaltungsakt mündlich erlassen wurde, war auch keine Begründung erforderlich (vgl. § 39 I BWVwVfG).“ (VGH Mannheim aaO)

### 3. materielle Rechtswidrigkeit

#### a) Personenfeststellung

Fraglich ist, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 26 I BWPoIG für eine Personenfeststellung vorlagen und die Rechtsfolge von der Norm gedeckt ist.

#### aa) Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen

Die Polizei kann nach § 26 I Nr. 1 BWPoIG die Identität einer Person feststellen, um im einzelnen Falle eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren oder eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen.

#### (1) Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

„Hier war bereits eine Störung der öffentlichen Sicherheit eingetreten, die zum Zeitpunkt des Einschreitens der Polizei noch anhält. Zutreffend hat das VG ausgeführt, dass das **Feuer auf der öffentlichen Straße** und der Zustand der mit Glasscherben, Flaschen und anderen Gegenständen übersäten Abschnitte der W.- und B.-Straße eine **noch anhaltende Störung der öffentlichen Sicherheit** darstellte, die ein polizeiliches Einschreiten mit dem Ziel

der Störungsbeseitigung erforderte. Zudem bestand die Gefahr, dass weitere Personen an die Feuerstelle zurückkehren und das Feuer in Gang halten bzw. an anderen Orten neue Feuer entzünden.“ (VGH Mannheim)

## (2) Störereigenschaft der Klägerin

„Die Personenfeststellung nach § 26 I Nr. 1 BWPoIG darf **nur gegenüber einem Störer** nach §§ 6, 7 BWPoIG getroffen werden, gegenüber dem Nichtstörer nach § 9 BWPoIG nur unter den qualifizierten Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes (Wolf/Stephan/Decker, BWPoIG, 6. Aufl., § 26 Rn 11; Belz/Mußmann, BWPoIG, 7. Aufl., § 26 Rn 5; Würtenberger/Heckmann, § 26 Rn 324).“ (VGH Mannheim aaO)

Es ist allerdings nicht nachgewiesen, dass die Klägerin die Gefahr gesetzt hat. Sie könnte auch nur eine unbeteiligte Person gewesen sein. Hierauf kommt es allerdings nicht allein an. Die Klägerin könnte auch als **Anscheinstörerin** angesehen werden.

„**Verhaltensstörer** i.S.d. § 6 BWPoIG ist **auch der Anscheinstörer**. Anscheinstörer ist, wer ex post betrachtet nicht wirklich eine Gefahr verursacht, aber ex ante betrachtet bei einem fähigen, besonnenen und sachkundigen Polizeibeamten den **Eindruck der Gefahrverursachung erweckt** (Rachor, in: Lisken/Denninger, L Rn 42). Die **herrschende Meinung** versteht unter einem Anscheinstörer eine Person, die entweder durch ihr Verhalten eine Anscheinsgefahr oder hinsichtlich einer real bestehenden Gefahr durch ihr Verhalten einen **Verursacherschein gesetzt** hat (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, 602 = DÖV 1990, 572 m.w.N.; Belz/Mußmann, § 6 Rn 10). [Wird ausgeführt.]

Das VG hat zutreffend ausgeführt, dass das **Feuer von Personen**, die sich um die Feuerstelle versammelt hatten, gegen 22 Uhr entzündet und bis gegen 2 Uhr **unterhalten** wurde. Von den um das Feuer versammelten Personen waren Aggressionen gegenüber sich nähernden Polizeibeamten ausgegangen (Werfen von Bierflaschen und anderen Gegenständen). Als die Kl. gegen 2:15 Uhr an der Feuerstelle angetroffen wurde, war **für Außenstehende nicht zweifelsfrei erkennbar**, wie lange sie sich dort bereits befand und ob sie zu dem Kreis der Personen gehörte, der für die Störung der öffentlichen Sicherheit verantwortlich war. [Wird ausgeführt.]“ (VGH Mannheim aaO)

Die Voraussetzungen für eine Personenfeststellung lagen daher vor.

## bb) Ermessen

Die Vornahme der Personenfeststellung steht im Ermessen der Polizei. Bei der Ausübung des Ermessens muss die Polizei insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten. Die Maßnahme muss daher geeignet, erforderlich und angemessen gewesen sein, um Störung und Gefahr zu beseitigen.

### (1) Geeignetheit

„Die Personenfeststellung war zur Gefahrenabwehr geeignet. Der potenzielle Störer wird durch die Feststellung seiner Personalien **aus der Anonymität gerissen** und weiß, dass er fortan für jede weitere ihm zuzurechnende Störung **verantwortlich gemacht werden kann** (vgl. VGH München, BayVBl 1993, 429). Die Personenfeststellung ist daher ein geeignetes Mittel, potenzielle Störer von der Begehung weiterer Störungen abzuhalten.

Hier ging es darum, das **weitere Unterhalten des Feuers** und das etwaige **Entzünden weiterer Feuer** sowie die befürchtete Störung der Löscharbeiten durch weitere Ausschreitungen – etwa Flaschenwürfe – **zu unterbinden**. Es liegt nahe, dass derartige Störungen eher aus der Anonymität heraus verübt werden und dass ein potenzieller Störer, dessen Personalien festgestellt sind, sich weiterer Störungen, die ihn dann dem Risiko der Strafverfolgung aussetzen, eher enthalten wird.“ (VGH Mannheim aaO)

### (2) Erforderlichkeit

Die Personenfeststellung muss auch erforderlich gewesen sein; es darf also kein milderes Mittel gleicher Eignung geben.

„Entgegen der Auffassung der Kl. wäre eine **bloße Gefährderansprache** oder ein auf die polizeiliche Generalklausel gestützter **Platzverweis kein gleichermaßen geeignetes Mittel** zur Gefahrenabwehr bzw. Störungsbeseitigung gewesen. Zwar wäre ein isolierter Platzverweis möglicherweise zur Räumung der Feuerstelle ebenso geeignet gewesen, doch hätte dann die **ex ante** in nicht zu beanstandender Weise prognostizierte Gefahr bestanden, dass die des Platzes Verwiesenen sich in die umliegenden Straßen begeben, in denen sich noch Gäste des Straßenfestes und voraussichtlich auch zahlreiche der Personen aufhielten, die sich zuvor um das Feuer aufgehalten und die Störungen der öffentlichen Sicherheit ver-

ursacht hatten, und dort Verbündete für eine **Rückkehr an den Ort des Feuers** zu suchen und zu finden, so dass es dann zu einer in jedem Fall zu vermeidenden Konfrontation mit den inzwischen vor Ort tätigen Polizeibeamten hätte kommen können. Bei einem isolierten, nicht mit einer Personenfeststellung einhergehenden Platzverweis wäre den des Platzes Verwiesenen **weiterhin ein Handeln aus der Anonymität heraus möglich gewesen**, was eine zugleich effektive und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrende Gefahrenabwehr bzw. Störungsbeseitigung wiederum erschwert hätte.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Personenfeststellung war somit auch erforderlich.

### (3) Angemessenheit

Der mit der Personenfeststellung verbundene Eingriff muss in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung des Schutzgutes gestanden haben.

„Angesichts des mit der bloßen Personenfeststellung verbundenen geringfügigen Eingriffs in die Rechtssphäre des Betroffenen (vgl. Wolf/Stephan/Deger, § 26 Rn 11; Würtenberger/Heckmann, Rn 328; Rachor, in: Lisken/Denninger, F Rn 375) war diese Maßnahme schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Personenfeststellung war daher rechtmäßig.

### b) Sistierung

Nach § 26 II 3 BWPoIG kann die Polizei bei Vorliegen der Voraussetzungen für einen Personenfeststellung den Betroffenen auch festgehalten und zur Dienststelle bringen, wenn die Identität auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann.

„Die Vorschrift erlaubt die so genannte **Sistierung**, die eine Freiheitsbeschränkung i. S. des Art. 2 II 2, 104 I GG darstellt, etwa dann, wenn die Personenfeststellung an Ort und Stelle unangemessen oder unmöglich ist, weil der Betroffene sich strikt weigert, das Publikum aufgebracht ist oder eine unfriedliche Menge die Beamten behindert oder bedroht (Wolf/Stephan/Deger, § 26 Rn 26; ähnlich: Belz/Mußmann, § 26 Rn 29). Die Voraussetzungen („nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten“) decken sich mit denen des § 163 b I 2 StPO. Sie stellen eine **gesetzliche Konkretisierung des Übermaßverbotes** dar und sollen sicherstellen, dass ein Eingriff in die persönliche Freiheit nur in Fällen erfolgt, in denen er **zur Feststellung der Identität unerlässlich** ist (vgl. BVerfG, NVwZ 1992, 767 m.w.N.; NSTZ-RR 2006, 381). Verhältnismäßigkeit bedeutet bei Freiheitsbeschränkungen zur Identitätsfeststellung für alle Maßnahmen, die über das bloße Anhalten und die Aufforderung, sich auszuweisen, hinausgehen, dass Anhaltspunkte für eine konkrete Gefährdungslage gegeben sein müssen (Degenhart, in: Sachs, GG, 5. Aufl., Art. 104 Rn 17). Vom Umfang her umfasst die Personenfeststellung **alle, aber auch nur diejenigen Angaben** über eine Person, die es ermöglichen, sie **von anderen Personen zu unterscheiden und Verwechslungen auszuschließen**.

Die **Vorlage eines gültigen Personalausweises** oder Passes genügt in jedem Fall, sofern keine konkreten Anhaltspunkte für dessen Fälschung, Verfälschung oder sonstige Unstimmigkeiten wie etwa der Verdacht des unrechtmäßigen Besitzes vorliegen (vgl. Rachor, in: Lisken/Denninger, F Rn 373; Wolf/Stephan/Deger, § 26 Rn 26; Griesbaum, in: KK-StPO, 6. Aufl., § 163 b Rn 13 m.w.N.; BVerfG, NVwZ 1992, 767). Ein **Datenabgleich mit polizeilichen Dateien**, wie er hier auf dem Polizeirevier durchgeführt wurde, ist danach **regelmäßig nicht Bestandteil der Personenfeststellung** nach § 26 BWPoIG, sondern ein sich an die Personenfeststellung anschließender **selbstständiger Folgeeingriff**, der nach Maßgabe des § 39 BWPoIG zulässig ist.“ (VGH Mannheim aaO)

Daran gemessen folgt hier die Rechtswidrigkeit der Sistierung schon daraus, dass die Personenfeststellung bereits am Ort des Geschehens erfolgt war. Die Kl. hatte den Polizeibeamten auf entsprechende Aufforderung ihren gültigen Personalausweis ausgehändigt. Konkrete Anhaltspunkte für dessen Fälschung, Verfälschung oder sonstige Unstimmigkeiten lagen nicht vor.

„Der in der mündlichen Verhandlung vor dem VG als Zeuge vernommene Polizeikommissar S hatte nach Vorlage des Ausweises keine Zweifel an der Identität der Kl. Die Identität der Kl. war folglich durch ihren Personalausweis zweifelsfrei belegt. Ein Datenabgleich zum Zweck der Identitätsfeststellung war bei dieser Sachlage nicht erforderlich. Ob die **Voraussetzungen für einen selbstständigen Datenabgleich** nach § 39 BWPoIG vorgelegen haben, kann der Senat offen lassen, weil allein zum Zweck des Datenabgleichs eine **Sistierung in jedem Fall unzulässig** ist. § 39 I 4 BWPoIG räumt der Polizei nur die Befugnis ein, den Betroffenen für die Dauer des Datenabgleichs anzuhalten. Ein Sistierungsrecht hat die Polizei nach § 39 BWPoIG nicht.“ (VGH Mannheim aaO)

Die Sistierung war demnach rechtswidrig.

**Ergebnis:** Die zulässige Klage wird teilweise Erfolg haben.

## 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

### Schönheitsreparaturen

BGB

§§ 307, 535

#### unwirksame „verkappte“ Fachhandwerker-Klausel

(OLG Düsseldorf in NJW 2011, 1011; Urteil vom 09.12.2010 – 10 U 66/10)

Die **formulärmäßige Klausel** in einem Miet-/Pachtvertrag **„Der Mieter ist verpflichtet, Schönheitsreparaturen laufend auf eigene Kosten fachgerecht durchführen zu lassen, sobald der Grad der Abnutzung dies nach der Art des Gewerbebetriebs bzw. der vertraglichen Nutzung erfordert.“** ist wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam.

- I. Der **VIII. Zivilsenat des BGH** (NJW 2010, 2877 = NZM 2010, 615 = GE 2010, 1045) hat entschieden, dass eine AGB in einem Wohnraummietvertrag, wonach es dem Mieter obliegt, die Schönheitsreparaturen „ausführen zu lassen“, den Mieter unangemessen benachteiligt und deshalb unwirksam ist, wenn sie bei kundenfeindlichster Auslegung dem Mieter dadurch die Möglichkeit der kostensparenden Eigenleistung nimmt, dass sie als Fachhandwerkerklausel verstanden werden kann.

Der VIII. Zivilsenat begründet dies u. a. damit, die zur Verkehrssitte gewordene Praxis einer Überwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter sei auch dadurch geprägt, dass der Mieter die ihm übertragenen Schönheitsreparaturen in Eigenleistung ausführen könne.

Dieser Gesichtspunkt sei für die Beurteilung der Angemessenheit nicht zuletzt deshalb bedeutsam, weil auf diese Weise die übernommenen Pflichten für den Mieter überschaubar und in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen kalkulierbar werden und er durch Ansparen Vorsorge treffen sowie sich durch Eigenleistungen Kosten ersparen kann. Werde deshalb dem Mieter – bei Zugrundelegung der kundenfeindlichsten Auslegung der Vornahmeklausel – die Möglichkeit einer Vornahme der Schönheitsreparaturen in Eigenleistung genommen, verliere die Überwälzung dieser Arbeiten am Maßstab des § 307 II Nr. 1 BGB ihre innere Rechtfertigung. Das gelte umso mehr, als Schönheitsreparaturen ihrer Natur nach nicht zwingend die Ausführung durch eine Fachfirma bedingen und deshalb auch ein Vermieter nicht verpflichtet wäre, im Rahmen seiner Instandhaltungspflichten die Schönheitsreparaturen durch Vergabe an Dritte ausführen zu lassen, sondern nur ein bestimmtes Arbeitsergebnis, nämlich eine fachgerechte Ausführung in mittlerer Art und Güte (§ 243 I BGB), schulde.

- II. Nach **BGH aaO** gilt diese **Rspr. des VIII. Zivilsenats** auch für den **Gaststättenmiet-/pachtvertrag**.

„Hieran gemessen sieht der Senat auch unter Berücksichtigung einer **allgemein geringeren Schutzbedürftigkeit eines Geschäftsraummieters** keinen überzeugenden Grund, für den Bereich der Geschäftsraummiete der Rspr. des VIII. Zivilsenats nicht zu folgen: Die vereinbarte „Ausführungsklausel“ ist bei der Prüfung ihrer Angemessenheit nach einem generalisierenden objektiven Maßstab auch im Bereich der gewerblichen Miete **mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar, weil sie den Mieter mit Renovierungsverpflichtungen belastet, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen** und die auch von dem Vermieter, wäre er selbst zur Vornahme der Schönheitsreparaturen verpflichtet, nicht verlangt werden könnte. **Auch der gewerbliche Mieter schuldet grds. nur eine fachgerechte Ausführung in mittlerer Art und Güte** (§ 243 I BGB), die er ohne Weiteres auch ohne Beauftragung eines Fachbetriebs in Eigenleistung erbringen kann. Außerdem kann der Vermieter nur ein Interesse an einer fachgerechten Ausführung haben; diesem Interesse wird aber auch im gewerblichen Mietrecht durch die Ausführung der Arbeiten in Wege der Eigenleistung genügt, wenn sie fachgerecht sind. Hierzu sind aber viele Mieter selbst oder mit Hilfe ihrer Mitarbeiter in der Lage.

Gegenteiliges lässt sich der eine abweichende Individualvereinbarung betreffenden Entscheidung BGHZ 85, 267 = NJW 1983, 446 nicht entnehmen. Soweit im Schrifttum angenommen wird, dass Fachhandwerkerklauseln im gewerblichen Mietrecht einer AGB-Kontrolle standhalten (vgl. Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Aufl., Kap. 13 Rn 204; Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung u. Rückbau, 3. Aufl., I Rn 35; Heinrichs NZM 2005, 201), liegen diese Ausführungen zeitlich vor der Entscheidung des XII. Zivilsenats und dem darin grds. vorgenommenen Paradigmenwechsel in Bezug auf die Schutzbedürftigkeit auch des gewerblichen Mieters. Soweit Wolf/Eckert/Ball (Hdb. d. gewerbli. Miet-, Pacht- u. LeasingR, 10 Aufl., Rn 420) aus der Entscheidung BGHZ 105, 71 = NJW 1988, 2790 ableiten, dass Klauseln, die eine „fachgerechte“ oder „fachmännische“ Ausführung verlangen, nur etwas zur Qualitätserwartung des Vermieters besagen, ohne die fachmännische Eigenleistung auszuschließen, ist diese Auffassung jedenfalls bei einer Klausel mit dem Zusatz „ausführen zu lassen“ durch die Entscheidung des VIII. Zivilsenats (NJW 2010, 2877 = NZM 2010, 615) überholt.“ (BGH aaO)

BGB

### Bereicherungsanspruch

BGB

§§ 548 II, 812 I

#### kurze Verjährungsfrist im Mietrecht

(LG Freiburg in ZMR 2011, 209; Urteil vom 15.07.2010 – 3 S 102/10)

- I. Auch der **bereicherungsrechtliche Anspruch des Mieters wegen Schönheitsreparaturen**, die er aufgrund einer **unwirksamen Renovierungsklausel** erbracht hat, **unterliegt der kurzen Verjährung** gem. § 548 II BGB.

„§ 548 II BGB umfasst nach seinem Wortlaut **alle Aufwendungen des Mieters auf die Mietsache**, nicht nur solche mit Fremdgeschäftswilligen, sondern auch bereicherungsrechtliche Ansprüche wegen einer aufgrund vermeintlicher Verpflichtung durchgeführten Endrenovierung. Dieser Bereicherungsanspruch unterliegt damit zwar einer kürzeren Verjährung als der Anspruch auf Rückgewähr von Mietüberzahlungen, dies ist aber, obwohl es sich bei der Vornahme von Schönheitsreparaturen wirtschaftlich um Mietzinszahlung handelt, gerechtfertigt im Hinblick auf den **Rechtsgedanken des § 548 II BGB**, weil hier eben der **Zustand der Mietsache zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung ein entscheidender Gesichtspunkt** ist. Nur

bei Aufwendungsersatzansprüchen, die keinen Bezug zum Mietverhältnis mehr haben, sondern nur zufällig parallel neben dem Vertragsverhältnis bestehen, ist der Anwendungsbereich des § 548 II BGB überschritten; ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Wendet man somit auf rechtsgrundlos erbrachte Renovierungsarbeiten § 548 II BGB an, so führt dies auch nicht zu Fraktionen im Hinblick auf die oftmals schon während der Mietzeit vom Mieter geleisteten Schönheitsreparaturen; diesbzgl. Bereicherungsansprüche des Mieters verjähren dann nicht etwa - wie sich bei wortgetreuer Anwendung des § 548 II BGB ergibt - bis zur Vertragsbeendigung zunächst überhaupt nicht und dann innerhalb von 6 Monaten; vielmehr ist in solchen Fällen interessengerechterweise die Regelverjährung gem. § 195 BGB bzw. die Verjährung gem. § 548 II BGB ab Vornahme der Reparatur anzuwenden.“ (LG Freiburg aaO)

- II. Der Anwendung des § 548 II BGB steht hier auch nicht entgegen, dass der **Rückforderungsanspruch** auf diese Weise **verjähren kann, ehe der Mieter sich seines Anspruchs überhaupt bewusst wird**.

„Dass der Mieter sich bei der Durchführung der vermeintlich geschuldeten Endrenovierung seines Erstattungsanspruchs nicht bewusst ist, unterscheidet die vorliegende Konstellation zwar von anderen, unter § 548 II BGB fallenden Aufwendungs-Fällen. Jedoch differenziert § 548 II BGB nicht nach bekannten und unbekanntem Ansprüchen. Eine solche **Einschränkung ist auch im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Norm nicht geboten**, denn dieser besteht vor allem darin, dass alle Ansprüche, bei denen es auf den Zustand der Wohnung ankommt, einer kurzfristigen Klärung zugeführt werden sollen. Die Konsequenz, dass der Anspruch somit verjährt sein kann, ehe er vom Gläubiger überhaupt bemerkt wird, ist im Interesse der zügigen Herstellung von Rechtsklarheit hinzunehmen, zumal derartiges der Rechtsordnung auch sonst nicht fremd ist (z.B. beim Auftreten versteckter Mängel nach Ablauf der Gewährleistungsfrist).“ (LG Freiburg aaO)

---

<b>StGB</b> § 142 I Nr. 1, II Nr. 2	<b>Unfallflucht</b> unvorsätzliches Verlassen des Unfallorts (BGH in NSTZ 2011, 209; Beschluss vom 15.11.2010 – 4 StR 413/10)	<b>StGB</b>
--	---	-------------

Das **Entfernen nicht vom Unfallort selbst, sondern von einem anderen Ort**, an dem der Täter erstmals von dem Unfallereignis erfahren hat, **erfüllt nicht den Tatbestand des § 142 I Nr. 1 StGB**. Auch eine Strafbarkeit nach § 142 II Nr. 2 StGB scheidet in einem solchen Fall aus, weil das unvorsätzliche Verlassen des Unfallorts nicht vom Gesetzeswortlaut erfasst ist.

„Entgegen einer in Rspr. (vgl. OLG Düsseldorf NZV 2008, 107) und Lit. (vgl. Blum NZV 2008, 495; Laschewski NZV 2007, 444, 448) vertretenen Ansicht sieht der Senat keine Veranlassung, die **gefestigte obergerichtl. Rspr. zum Begriff des Unfallorts** (vgl. OLG Stuttgart NZV 1992, 327; OLG Karlsruhe NSTZ 1988, 409; OLG Köln NZV 1989, 197, 198) zu modifizieren, um auf diese Weise Fälle strafrechtlich zu erfassen, in denen der Täter nachträglich auf den Unfall hingewiesen wird und sich dennoch weiter entfernt (vgl. OLG Hamburg NZV 2009, 301; Schönke/Schröder, § 142 Rn 43; Fischer, § 142 Rn 52).“ (BGH aaO)

---

<b>StGB</b> § 185	<b>Beleidigung</b> heimliches voyeuristisches Verhalten (OLG Nürnberg in NSTZ 2011, 217; Beschluss vom 03.11.2010 – 1 StOLGSs 219/10)	<b>StGB</b>
----------------------	---	-------------

Wer **andere Personen zum Objekt seines heimlichen voyeuristischen Vorgehens macht**, tut damit – ungeachtet der sexuellen Motivation – regelmäßig **nicht gleichzeitig kund, der oder die Betroffene weise** einen ihre Ehre **mindernden Mangel an personalem Geltungswert auf**.

„Sexuelle oder sexualbezogene Handlungen und Belästigungen fallen nur dann unter diese Vorschrift, wenn besondere Umstände einen **selbstständigen beleidigenden Charakter** erkennen lassen; es kann nicht ein (bloßes) „sexuelles Verhalten“ als Ehrverletzung bestraft werden, sondern allein eine darin unter Umständen enthaltene (ausdrückliche und konkludente) Äußerung, in der eine – vom Täter gewollte – **herabsetzende Bewertung des Opfers** zu sehen ist (vgl. Fischer, 57. Aufl. 2010, § 185 Rn 11, 11a). Demzufolge wird eine Beleidigung als nicht gegeben angesehen bei bloßen Belästigungen oder Taktlosigkeiten und regelmäßig nicht bei (sexuell motiviertem) heimlichen Beobachten oder Belauschen.

Mit letzterer Fallgestaltung ist vorliegender Fall vergleichbar: Nur erfolgte hier das Beobachten nicht unmittelbar, sondern mittelbar unter Zuhilfenahme eines Mobiltelefons. Der auf Heimlichkeit bedachte **Angekl. wollte gerade keinen Kontakt** zur Person der Geschädigten **aufnehmen und gab deshalb** dieser gegenüber **nicht (auch nicht konkludent) seine Missachtung kund**.“ (BGH aaO)

---

<b>StGB</b> § 240	<b>Nötigung</b> durch Blockieren eines Fahrzeugs (OLG Frankfurt a.M. in NSTZ-RR 2011, 110; Urteil vom 23.11.2010 – 2 Ss 274/10)	<b>StGB</b>
----------------------	---	-------------

Stellt sich der Täter dem herannahenden Kraftfahrer lediglich für 30 Sekunden in den Weg und **zwingt ihn allein durch seine körperliche Anwesenheit zum Anhalten**, liegt **keine Gewalt i.S. des § 240 I StGB** vor.

„Die Annahme einer tatbestandsmäßigen Gewalt scheidet aus, wenn die **Handlung lediglich in körperlicher Anwesenheit besteht** und die **Zwangswirkung** auf den Betr. **nur psychischer Natur** ist (BVerfGE 92, 1ff. = NJW 1995, 1141 = NSTZ 1995, 275; BGHSt 41, 231ff. = NJW 1996, 203 = NZV 1995, 493; OLG Düsseldorf NJW 1999, 2912).

So verhielt es sich hier: Eine physische Gewalteinwirkung auf den Zeugen war nicht gegeben. Der Angekl. versperrte dem Zeugen, selbst wenn dieser wegen ihm sein Motorrad anhalten musste, ohne direkte körperliche Einwirkung lediglich für etwa 30 Sekunden den Weg und gab diesen unmittelbar wieder frei, nachdem der Zeuge ihn fragte, ob er – der Angekl. – ihn schlagen wolle (vgl. auch BGH NSTZ-RR 2002, 236).

I. Ü. würde es auch an einer Verwerflichkeit der Tathandlungen i.S. des § 240 II StGB fehlen. Diese liegt vor, wenn die Nötigungshandlung zu dem angestrebten Zweck unter Berücksichtigung aller Umstände so anstößig ist, dass es als grober Angriff auf die

Entschlussfreiheit anderer der Zurechtweisung mit den Mitteln des Strafrechts bedarf (OLG Düsseldorf NJW 1999, 2912). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.“ (BGH aaO)

StGB  
§§ 253, 255

**räuberische Erpressung**  
**Vermögensnachteil bei nicht gedecktem Konto**  
(BGH in NSTz 2011, 212; Urteil vom 30.09.2010 – 3 StR 294/10)

StGB

**Erzwingt der Täter** nach der Wegnahme der Bankkarte vom Berechtigten die **Preisgabe der PIN**, so liegt **keine vollendete räuberische Erpressung** vor, **wenn mangels Deckung des Kontos des Opfers Geldabhebungen nicht möglich sind**, die Gefahr eines Vermögensnachteils also nicht besteht.

„Durch das Abpressen der PIN [ist] dem **Vermögen des Genötigten kein Nachteil zugefügt** worden. Zwar kann die Kenntnis von den geheimen Zugangsdaten zu einem Bankkonto jedenfalls dann das Vermögen des Opfers beeinträchtigen, wenn sich der Täter zudem im Besitz der zugehörigen Bankkarte befindet und ihm deshalb die jederzeitige Zugriffsmöglichkeit auf den Auszahlungsanspruch des Berechtigten gegenüber der die Karte akzeptierenden Bank eröffnet ist (BGH NSTz-RR 2004, 333). **Voraussetzung für die Zufügung eines Vermögensnachteils ist jedoch, dass durch die zusätzlich erlangte Kenntnis von der Geheimzahl mit wirtschaftlichen Nachteilen für das Vermögen des Genötigten bzw. des betroffenen Bankinstituts erstlich zu rechnen ist** (vgl. BGH NSTz-RR 2000, 234). Nach den Feststellungen war dies nicht der Fall. Vielmehr war die Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des Opfers oder der die Karten ausgebenden Bankinstitute von vorneherein ausgeschlossen, da mangels Deckung der Konten des Zeugen Geldabhebungen nicht möglich waren, mithin die Gefahr eines Vermögensverlusts nicht bestand. Da die Angekl. dies nicht wussten, stellt sich das Abpressen der PIN lediglich als Versuch der besonders schweren räuberischen Erpressung dar.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 266

**Untreue**  
**missbräuchliche Verwendung einer Tankkarte**  
(OLG Celle in NSTz 2011, 218; Beschluss vom 05.11.2010 – 1 Ws 277/10)

StGB

Die **missbräuchliche Verwendung einer sog. Tankkarte**, die dem Kraftfahrer von seinem Arbeitgeber zur Betankung der Arbeitsfahrzeuge überlassen wird, **stellt keine Untreue i.S.d. § 266 StGB dar**.

„Zwar haben die Angekl. nach gegenwärtiger Beurteilung die ihnen eingeräumte **Befugnis, ihren Arbeitgeber mittels Einsatz der Tankkarten finanziell zu verpflichten, missbraucht**, in dem sie mehrfach Lkw von fremden Fahrern gegen Barzahlung durch Einsatz der überlassenen Tankkarten betankt haben. Der **Tatbestand des § 266 I StGB verlangt aber darüber hinaus, dass den Befugnisinhaber eine inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen trifft**. Eine solche Voraussetzung ist zwar dem Wortlaut des § 266 I StGB nicht unmittelbar zu entnehmen. Sie entspricht aber der Rspr. und der h. M. in der Lit. (vgl. schon BGHSt 1, 186 und die Nachw. bei Fischer, § 266 Rn 6ff.). Zudem ist diese den Tatbestand konkretisierende und präzisierende Auslegung auch aus verfassungsrechtlichen Gründen aufgrund der konzeptionell weiten und unscharfen Fassung des § 266 StGB erforderlich, um nicht einen Verstoß gegen Art. 103 II GG annehmen zu müssen (vgl. BVerfG StV 2010, 564). Die Pflicht, einen Vertrag zu erfüllen, genügt danach als solche ebenso wenig wie die allgemeine vertragliche Nebenpflicht (vgl. §§ 241 II, 242, 311 II BGB), auf die (Vermögens-) Interessen des Partners Rücksicht zu nehmen; der bloße Vertragsbruch soll nicht unter Strafe stehen. Ob es sich bei den einer Person übertragenen Aufgaben um Angelegenheiten handelt, denen die Bedeutung der Wahrnehmung von Vermögensinteressen zukommt, ist demnach im Wege einer Gesamtbetrachtung zu entscheiden. Von **maßgeblicher Bedeutung** ist dabei in erster Linie, **ob die fremdnützige Vermögensfürsorge den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung bildet und ob dem Verpflichteten bei deren Wahrnehmung ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit, mit anderen Worten die Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung** innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums **verbleibt** (vgl. BGHSt 1, 186; 3, 289; 4, 170; 13, 315; weitere Nachw. bei Fischer aaO, Rn 29).

Dies zugrunde gelegt kann bei der missbräuchlichen Verwendung einer Tankkarte eines Arbeitnehmers gegenüber einem Arbeitgeber, auf dessen Kosten er an Vertragstankstellen Kraftstoff zu dienstlichen Zwecken mit der Karte erwerben kann, von einer qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht nicht die Rede sein (vgl. Schönke/Schröder, § 266 Rn 26a.E.; AG Eggenfelden NSTz-RR 2009, 139; a.A. LG Dresden NSTz 2006, 633). Wie die Kammer zutreffend ausgeführt hat, ist es nicht ersichtlich, dass die Angekl. durch die überlassenen Tankkarten eine Art Vermögensverwaltung [des Arbeitgebers] übernommen haben und im Rahmen eingeräumter Entscheidungsspielräume selbständig und eigenverantwortlich über wesentliche Einzeldispositionen i. S. eines „auch anders handeln dürfen“ (vgl. BGH NSTz 1982, 201) entscheiden konnten. Die Angekl. hatten eine solche Selbständigkeit nicht. Denn ihr **Handeln war bei jeder einzelnen Transportfahrt in allen Einzelheiten vorgegeben** (wird ausgeführt). Eine **über die genannten Tätigkeiten hinausgehende Dispositionsbefugnis über die Tankkarten stand den Angekl. nicht zu**. Dass sie gehalten waren, von den Tankkarten nur dann Gebrauch zu machen, wenn sie ihre dienstlich überlassenen Lkw nach näherer Weisung an bestimmten Tankstellen betanken mussten, führt jedenfalls zu keiner anderen Beurteilung. Der Verstoß gegen die Pflicht, sich vertragsgemäß zu verhalten, ist als solche noch keine Untreue (vgl. BGHSt 22, 190; 24, 386).“ (BGH aaO)

1. BImSchV  
§§ 2 Nr. 12, 4 IV

**Kaminofen**  
**keine Feuerstätte i.S. d. § 2 Nr. 12 der 1. BImSchV**  
(BVerwG in NVwZ 2011, 306; Beschluss vom 16.11.2010 – 7 B 41/10)

öffR

Eine **Feuerstätte** wird i. S. von **§ 2 Nr. 12 der 1. BImSchV** „bestimmungsgemäß offen betrieben“, wenn sie nach ihren **Konstruktionsmerkmalen** und nach dem **Inhalt der Betriebsanleitung** auf einen **Betrieb mit offenem Feuerraum ausgelegt** ist. Ob Kaminöfen auf Grund ihrer technischen Konstruktion unter den Begriff des „offenen Kamins“ fallen, richtet sich nach den jeweiligen Konstruktionsmerkmalen und dem Inhalt der Betriebsanleitung.

„Der Begriff „offener Kamin“ [ist] sowohl in § 2 Nr. 10b der VO über Kleinf Feuerungsanlagen (BGBl I, 490) als auch in § 2 Nr. 12 der VO über kleine und mittlere Feuerungsanlagen (1. BImSchV, BGBl I, 38) als „Feuerstätte für feste Brennstoffe, die bestimmungsgemäß offen betrieben werden kann“, definiert. Dabei beschreibt der Begriff „offen“ Feuerstätten mit einem **offenen Feuerraum**, d. h. solche Feuerstätten, die **nicht über eine geschlossene Brennkammer verfügen**. Hierzu gehören auch Öfen mit einer nicht selbstständig schließenden Feuerraumtür. Durch den offenen Feuerraum und die dadurch bedingte geringe Verbrennungstemperatur

kann es zu einer „nicht vollkommenen“ Verbrennung des Brennstoffes mit Ruß-, Qualm- und Geruchsbildung kommen. Offene Kamine dürfen daher nach § 4 IV der 1. BImSchV nur gelegentlich betrieben werden. „Bestimmungsgemäß offen“ kann eine Feuerungsanlage dann betrieben werden, wenn sie darauf nach ihrer technischen Konzeption ausgelegt ist. Ob dies der Fall ist, lässt sich nicht generell für alle Kaminöfen beantworten, sondern richtet sich nach den jeweiligen Einzelfallumständen, namentlich nach den Konstruktionsmerkmalen und dem Inhalt der Betriebsanleitung.“ (BVerwG aaO)

---

BeamtStG  
§ 50 S. 3

**Dienstaufsichtsbeschwerde**  
**zulässiger materieller Bestandteil einer Personalakte**  
(OVG Berlin-Bbg in NVwZ-RR 2011, 244; Beschluss vom 16.12.2010 – 12 M 21/20)

BeamtenR

Ein **Beschwerdevorgang**, der das Verhalten eines Beamten betrifft, ist **nur dann materieller Bestandteil der Personalakte**, wenn sich die **Dienstaufsichtsbeschwerde** als **begründet** erweist.

„Unterlagen, die in einem inneren Zusammenhang mit dem Beamtenverhältnis stehen, [sind] grds. in materieller Hinsicht Bestandteil der Personalakte, und zwar unabhängig davon, ob der Dienstherr sie zur Personalakte im formellen Sinn genommen hat (zum materiellen Personalaktenbegriff vgl. auch: Fürst in: GKÖD, BeamtenR des Bundes und der Länder, Bd. II, K § 90 BGG, Rn 4). In Bezug auf Dienstaufsichtsbeschwerden ist jedoch insoweit – auch unter Berücksichtigung des Fürsorge- und Schutzgedankens – eine **Differenzierung geboten** (so auch: Schnellenbach, BeamtenR in der Praxis, 6. Aufl., Rn 500). Danach ist ein Beschwerdevorgang, der das Verhalten eines Beamten betrifft, nur dann materieller Bestandteil der Personalakte und dementsprechend zur Personalakte zu nehmen, wenn sich die **Beschwerde als begründet erweist**. Anderenfalls verbleiben Beschwerdeschreiben, Vermerke und Antwortschreiben **allein in der Sachtakte über die Dienstaufsichtsbeschwerde**. Dieses Vorgehen entspricht offensichtlich auch der Praxis des Ag., der Dienstaufsichtsbeschwerdevorgänge nicht von vornherein als Bestandteil der Personalakte des jeweiligen Beamten ansieht.“ (OVG Berlin-Bbg aaO)

---

RGebStV  
§ 5 III 1

**Rundfunkgebührenpflicht**  
**Gebührenfreiheit für nicht ausschließlich privat genutzten PC**  
(OVG Lüneburg - in NVwZ-RR 2011, 283; Beschluss vom 03.01.2011 – 4 LA 342/10)

öfFR

**Neuartige Rundfunkempfangsgeräte im nicht ausschließlich privaten Bereich sind nach § 5 III 1 RGebStV von der Rundfunkgebührenpflicht freigestellt, wenn auf dem Grundstück, dem diese Geräte zuzuordnen sind, ein anderes Rundfunkgerät zum Empfang bereitgehalten wird.** Unerheblich ist dabei, ob dieses andere Rundfunkgerät ausschließlich privat oder auch beruflich/gewerblich genutzt wird.

- I. Gem. § 5 III 1 RGebStV ist für neuartige Rundfunkempfangsgeräte (insbesondere Computer, die Rundfunkprogramme ausschließlich über Angebote aus dem Internet wiedergeben können) im nicht ausschließlich privaten Bereich keine Rundfunkgebühr zu entrichten, wenn
  - die Geräte ein und demselben Grundstück oder zusammenhängenden Grundstücken zuzuordnen sind und
  - andere Rundfunkempfangsgeräte dort zum Empfang bereitgehalten werden.
- II. Nach dem **klaren und unmissverständlichen Wortlaut dieser Regelung** ist also für neuartige, nicht ausschließlich privat genutzte Rundfunkempfangsgeräte dann keine Rundfunkgebühr zu entrichten, wenn auf demselben Grundstück bereits ein anderes Rundfunkgerät zum Empfang bereitgehalten wird, wobei es ohne Belang ist, ob es sich hierbei um ein (auch) gewerblich/beruflich oder ausschließlich privat genutztes Gerät handelt.

„Denn der **Zusatz „im nicht ausschließlich privaten Bereich“** bezieht sich ersichtlich **nur auf die neuartigen Rundfunkempfangsgeräte** und nicht auch auf die unter 2. genannten anderen Rundfunkempfangsgeräte auf dem betr. Grundstück. Auch meint die Ortsbezeichnung „dort“ im letzten Satzteil nicht den „nicht ausschließlich privaten Bereich“, sondern das unmittelbar zuvor unter 1. genannte Grundstück, dem alle Geräte, also die „neuartigen Rundfunkempfangsgeräte“ und die „anderen Rundfunkempfangsgeräte“, zuzuordnen sein müssen. Aus diesen Gründen ist es nach dem Wortlaut des § 5 III 1 RGebStV ausgeschlossen, den Zusatz „im nicht ausschließlich privaten Bereich“ als „vor die Klammer gezogenes“, auch andere Rundfunkempfangsgeräte auf dem Grundstück betreffendes Tatbestandsmerkmal zu verstehen.

Eine **Auslegung des § 5 III 1 RGebStV entgegen seinem eindeutigen Wortlaut dahingehend, dass die Gebührenfreiheit für neuartige Rundfunkempfangsgeräte im nicht ausschließlich privaten Bereich nur dann greift, wenn das auf dem Grundstück vorhandene andere Rundfunkgerät nicht ausschließlich privat genutzt wird, kommt nach Auffassung des Senats von vornherein nicht in Betracht.** Das gilt umso mehr, als weder die **Gesetzsystematik und Sinn und Zweck des § 5 III 1 RGebStV noch die Gesetzesmaterialien konkrete Anhaltspunkte für eine derartige Auslegung bieten** (wird ausgeführt).“ (OVG Lüneburg aaO)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 511

### Grenzen konkludent-nachgeholter Berufungszulassung Unterschreitung des Berufungswertes und Fehlen der Zulassung

ZPO

(BGH in NJW 2011, 926; Urteil vom 10.02.2011 – III ZR 338/09)

1. Zur Entscheidung über die **Zulassung der Berufung** ist grundsätzlich nur das **erstinstanzliche Gericht** berufen.
2. Wurde kein Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt, so stellt das **Schweigen** des Urteils jedenfalls **keine konkludente Zulassung** dar.
3. Die **Zulassung der Revision** kann eine **konkludente nachträgliche Zulassung der Berufung** durch das Berufungsgericht darstellen, wenn es zu einer nachträglichen Zulassung befugt ist.
4. Diese Befugnis besteht dann, wenn das erstinstanzliche Gericht von einer **Statthaftigkeit der Berufung aufgrund der Beschwer** ausgegangen ist und daher keine Entscheidung über die Zulassung getroffen hat.
5. Der **Streitwert für die Auskunftsklage und die Beschwer** des zur Auskunft verurteilten Beklagten fallen in aller Regel so **erheblich auseinander**, dass für die Annahme, der erstinstanzliche Richter habe auf Grund seiner Streitwertfestsetzung keinen Anlass gehabt, über die Zulassung der Berufung zu befinden, kein Raum ist.

**Fall:** Der Kl. nahm den bekl. Rechtsanwalt auf Auskunftserteilung und hilfsweise auf Zahlung einer Entschädigung in Anspruch. Der Bekl. schaltete im November 2006 in einer überregionalen Tageszeitung eine Stellenanzeige, mit der er für einen dort nicht näher bezeichneten Wirtschaftsverband einen Volljuristen oder eine Volljuristin zur Verstärkung der Geschäftsführung suchte. Das erwartete persönliche Bewerberprofil enthielt neben weiteren Bedingungen die Vorgabe „Alter bis 35 Jahre“. Der 1952 geborene Kl. bewarb sich erfolglos auf die ausgeschriebene Stelle. Der Kl. begehrt die Verurteilung des Bekl. zur Erteilung der Auskunft über dessen Auftraggeber und hilfsweise zur Zahlung einer Entschädigung nach § 15 AGG. Er ist der Auffassung, die Ausschreibung widerspreche in Bezug auf das vorgegebene Höchstalter § 7 I und § 11 AGG.

Die Klage hat mit ihrem Hauptantrag beim AG Erfolg gehabt. Dieses hat sein Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt, ohne eine Sicherheitsleistung oder eine Abwendungsbefugnis nach § 711 ZPO anzuordnen, und den Streitwert auf 1200 Euro festgesetzt. Die gegen das Urteil gerichtete Berufung des Bekl. hat das LG, das die Wertfestsetzung des AG für das Berufungsverfahren übernommen hat, zurückgewiesen (LG Münster, Urf. v. 5. 11. 2009 – 8 S 90/09, BeckRS 2011, 4482). Mit seiner vom BerGer. wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassenen Revision verfolgte der Bekl. seinen Abweisungsantrag weiter. Mit Erfolg?

Die zulässige Revision wird Erfolg haben, wenn sie begründet ist. Dies ist der Fall, wenn das Berufungsurteil fehlerhaft ist. Fraglich ist daher, ob die Berufung zulässig und begründet war.

Die Berufung ist nach § 511 II ZPO nur statthaft, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,00 € übersteigt oder das Gericht des ersten Rechtszuges die Berufung im Urteil zugelassen hat. Das Berufungsgericht hat nach § 522 ZPO von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

#### I. Prüfungsbefugnis des Revisionsgerichts

Fraglich ist jedoch, ob auch das Revisionsgericht die Statthaftigkeit der Berufung nach sachlicher Entscheidung des Berufungsgerichts noch im Revisionsverfahren zu prüfen hat.

*„Die Zulässigkeit der Berufung ist eine **Prozessvoraussetzung**, von der das gesamte weitere Verfahren nach Einlegung der Berufung, also auch noch das Verfahren in der Revisionsinstanz, in seiner Gültigkeit und Rechtswirksamkeit abhängt. Sie ist deshalb auch vom RevGer. unabhängig von den Anträgen der Parteien von Amts wegen zu prüfen (z. B. BGH, NJW 2008, 218 Rn 8; NJW-RR 2006, 1044 Rn 23; BGHZ 102, 37 [38] = NJW 1988, 268; BGHZ 6, 369 [370] = NJW 1952, 1137; Wenzel, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 557 Rn 26; Musielak/Ball, ZPO, 7. Aufl., § 557 Rn 15; Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., § 557 8; s. auch Senat, NJW 1976, 1940 zum Einspruch gegen ein Versäumnisurteil). Dabei hat es den für die Frage der Zulässigkeit der Berufung maßgebenden Sachverhalt selbstständig festzustellen und zu würdigen, ohne an Feststellungen des BerGer. gebunden zu*

*sein* (Senat, NJW 1976, 1940; BGHZ 6, 369 = NJW 1952, 1137; BGHZ 30, 112 [114] = NJW 1959, 1587; Musielak/Ball, § 557 Rn. 5).“ (BGH aaO)

## II. Statthaftigkeit der Berufung nach § 511 II Nr. 1 ZPO

Die Berufung ist nach § 511 II Nr. 1 ZPO statthaft, wenn der Beschwerdewert von 600,00 € überschritten wird. Das Landgericht hat hier bei seiner Entscheidung den Streitwert des erstinstanzlichen Verfahrens als Beschwerdewert angenommen. Träfe dies zu, so wäre die Berufung nach § 511 II Nr. 1 ZPO statthaft.

*„Nach ständiger Rechtsprechung des BGH bemisst sich der gem. §§ 2, 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzende Beschwerdewert für das Rechtsmittel der zur Auskunftserteilung verurteilten Partei nach ihrem Interesse, die Auskunft nicht erteilen zu müssen. Dabei ist im Wesentlichen darauf abzustellen, welchen Aufwand an Zeit und Kosten die Erteilung der Auskunft erfordert und ob die verurteilte Partei ein schützenswertes Interesse daran hat, bestimmte Tatsachen vor dem Gegner geheim zu halten (BGH, Beschl. v. 28.10.2010 – III ZB 28/10, BeckRS 2010, 27752; BGH, NJW 2008, 2036 = FamRZ 2008, 1336 Rn 8; BGHZ 164, 63 [66] = NJW 2005, 3349; BGHZ 128, 85 [87] = NJW 1995, 664).“ (BGH aaO)*

### 1. Beschwer für Aufwand

*„Der Aufwand, den der Bekl. zur Erteilung der ihm abverlangten Auskunft haben würde, ist mit einem Betrag von deutlich unter 100 Euro zu veranschlagen.“ (BGH aaO)*

### 2. Beschwer für Geheimhaltungsinteresse

Eine weitere Beschwer könnte sich für den Bekl., der Rechtsanwalt ist, jedoch daraus ergeben, dass er nach § 43a II BRAO zur Geheimhaltung verpflichtet ist und gleichwohl Auskunft über ein Mandatsverhältnis erteilen soll.

*„Das im vorliegenden Rechtsstreit umstrittene, nach Ansicht des Bekl. aus § 43 a II BRAO folgende Geheimhaltungsinteresse vermag keine nennenswerte, zur Erreichung des erforderlichen Mindestwerts auch nur annähernd ausreichende zusätzliche Beschwer zu begründen. Zwar kommt es im Rahmen der Beschwer nicht darauf an, ob das Geheimhaltungsinteresse materiell-rechtlich dem Auskunftsanspruch entgegensteht, sondern es genügt, wenn schützenswerte wirtschaftliche Interessen des zur Auskunft Verpflichteten gefährdet werden können. Dies kommt etwa in Betracht, wenn in der Person des Auskunftsbegehrenden die Gefahr begründet ist, dieser werde von den ihm offenbarten Tatsachen über den Rechtsstreit hinaus in einer Weise Gebrauch machen, die schützenswerte wirtschaftliche Interessen des zur Auskunft Verpflichteten gefährden könnte (BGH, Beschl. v. 28.10.2010 – III ZB 28/10, BeckRS 2010, 27752; BGH, Beschl. v. 08.12.1993 – IV ZB 14/93). Andererseits stellen, wie der BGH auch in Bezug auf einen Auskunftsanspruch entschieden hat, Drittbeziehungen keinen aus dem Urteil fließenden Nachteil dar und bleiben deshalb als reine Fernwirkung nicht nur für den Streitgegenstand und die daran zu orientierende Bemessung des Streitwerts, sondern gleichermaßen für die Beschwer außer Betracht (BGH, Beschl. v. 28.10.2010 – III ZB 28/10, BeckRS 2010, 27752; BGH, NJW 1997, 3246). Dies trifft auch für den vorliegenden Sachverhalt zu. Dessen ungeachtet hätte der Bekl. durch die Erteilung der ihm abverlangten Auskunft im Verhältnis zu seiner Mandantschaft ohnehin keine Nachteile zu befürchten, da er hierzu – auch im Hinblick auf § 43 a II BRAO – infolge der Verurteilung berechtigt ist.“ (BGH aaO)*

Der Beschwerdewert für eine Statthaftigkeit nach § 511 II Nr. 1 ZPO ist daher nicht erreicht.

## III. Statthaftigkeit der Berufung nach § 511 II Nr. 2, IV ZPO

Die Berufung könnte aber nach erfolgter Zulassung statthaft sein.

### 1. Zulassung durch das AG

Das AG hat keine ausdrückliche Entscheidung über die Zulassung der Berufung getroffen.

*„Hat – wie im Streitfall – keine Partei die Zulassung beantragt, ist eine ausdrückliche Entscheidung entbehrlich; das Schweigen im Urteil bedeutet zumindest in diesem Fall Nichtzulassung (Wöstmann, in: HandKomm-ZPO, 4. Aufl., § 511 Rn 31; Lemke/Schneider, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 511 Rn 45; Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO, § 511 Rn 86; Zöller/Heßler, § 511 Rn 39).“ (BGH aaO)*

Auch eine konkludente Zulassung durch das AG kommt daher nicht in Betracht.

### 2. Zulassung durch das LG

Auch das LG hat keine ausdrückliche Entscheidung über die Zulassung der Revision getroffen.

*„Allerdings kann unter Umständen die – hier erfolgte – Zulassung der Revision durch das BerGer. als eine konkludente nachgeholte Zulassung der Berufung auszulegen sein. Angesichts dessen, dass die Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 II ZPO und die Gründe für die Zulassung der Berufung gem.*

§ 511 IV 1 Nr. 1 ZPO identisch sind, kann davon auszugehen sein, dass das BerGer. die Voraussetzungen für die Zulassung der Berufung ebenso als erfüllt angesehen und demgemäß die Berufung als zulässig behandelt hätte, wenn ihm die Notwendigkeit einer Entscheidung hierüber bewusst gewesen wäre (BGH, NJW 2008, 218 Rn 13).“ (BGH aaO)

Die Zulassung der Revision kann allerdings im vorliegenden Fall nur dann als nachträglich Entscheidung über die Zulassung der Berufung angesehen werden, wenn das Berufungsgericht hierzu befugt war. Die Entscheidung über die Zulassung der Berufung ist, wie sich aus § 511 IV 1 ZPO ergibt, grundsätzlich dem Gericht des ersten Rechtszugs vorbehalten.

„Nach der Rechtsprechung des BGH muss das BerGer. die Entscheidung über die Zulassung der Berufung **nachholen**, wenn das erstinstanzliche Gericht hierzu **keine Veranlassung** gesehen hat, weil es den **Streitwert auf über 600 Euro festgesetzt** hat und deswegen von einem entsprechenden Wert der Beschwer der unterlegenen Partei ausgegangen ist, aber das Gericht des zweiten Rechtszugs diesen Wert nicht für erreicht hält (BGH, NJW 2011, 615 = MDR 2011, 124; NJW-RR 2010, 1582 Rn 3; WuM 2008, 615 = BeckRS 2008, 13574 Rn 13; WuM 2008, 614 = BeckRS 2008, 13573 Rn 5; NJW 2008, 218 Rn 12). In dieser Fallgestaltung kann dem **Schweigen des erstinstanzlichen Urteils** über die Zulassung des Rechtsmittels nicht entnommen werden, das Gericht habe die Berufung nicht zugelassen, denn es **konnte** – von seinem Standpunkt zum Streitwert aus folgerichtig – **davon ausgehen**, diese sei bereits gem. § 511 I Nr. 1 ZPO statthaft und somit eine Entscheidung **über die Zulassung der Berufung entbehrlich**.“ (BGH aaO)

Fraglich ist daher, ob eine Entscheidung über die Zulassung der Berufung im erstinstanzlichen Urteil allein deshalb unterblieben ist, weil das Gericht davon ausgegangen ist, dass eine Entscheidung hierüber wegen der Höhe der Beschwer entbehrlich ist.

„Zwar hat der Amtsrichter den **Streitwert auf 1200,00 € festgesetzt**. Allerdings versagt dies als Anknüpfungspunkt für die Annahme, das erstinstanzliche Gericht sei deswegen von einer entsprechenden Beschwer des Bekl. und mithin vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 511 II Nr. 1 ZPO ausgegangen.

Bei der **Auskunftsklage** fallen der Streitwert und die Beschwer des zur Auskunft verurteilten Bekl. in aller Regel auseinander. Der **Streitwert** richtet sich nach dem **Interesse** des Kl. **an der Erteilung der Auskunft**. Dieses ist nach einem gem. § 3 ZPO zu schätzenden Teilwert des Anspruchs zu bemessen, dessen Durchsetzung die verlangte Information dienen soll (z. B. Musielak/Heinrich, § 3 Rn 23 Stichwort: Auskunft; Zöller/Herget, § 3 Rn 16 Stichwort: Auskunft; jew. m. w.N.; vgl. auch BGH, NJWE-FER 1999, 250 = FamRZ 1999, 1497; NJW 1997, 1016 = FamRZ 1997, 546; jew. m. w.N.).

Demgegenüber richtet sich die **Beschwer** des zur Erteilung der Auskunft verurteilten Bekl. – was das BerGer. bei seiner nicht näher erläuterten, an die Streitwertfestsetzung des AG anknüpfenden Wertfestsetzung für das Berufungsverfahren ersichtlich übersehen hat – nach den oben unter II 2 dargestellten, hiervon **gänzlich verschiedenen Kriterien**. Dementsprechend kann der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung für eine Auskunftsklage nichts zur Bemessung der Beschwer des unterlegenen Bekl. entnommen werden. Damit scheidet auch die Annahme aus, das Gericht des ersten Rechtszugs sei auf Grund der Festsetzung des Streitwerts einer solchen Klage auf mehr als 600,00 € davon ausgegangen, die Beschwer des zur Auskunft verurteilten Bekl. habe einen entsprechenden Wert, so dass die Voraussetzungen des § 511 II Nr. 1 ZPO erfüllt seien und kein Anlass für eine Entscheidung über die Zulassung der Berufung bestehe.“ (BGH aaO)

Überdies ergibt sich aus der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit in dem erstinstanzlichen Urteil, dass das AG von der offensichtlichen Unanfechtbarkeit seines Urteils ausging.

„Das Gericht hat dieses **für vorläufig vollstreckbar erklärt**, ohne eine **Abwendungsbefugnis** anzuordnen, obgleich es in seinen Gründen auf „§ 707 Nr. 11 ZPO“ – gemeint war offensichtlich § 708 Nr. 11 ZPO – Bezug genommen hat. In den Fällen des § 708 Nr. 11 ZPO ist gem. § 711 ZPO auszusprechen, dass der Schuldner – hier der Bekl. – die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abwenden darf, wenn nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Dies soll nach § 713 ZPO nur unterbleiben, wenn die Voraussetzungen, unter denen ein Rechtsmittel gegen das Urteil stattfindet, unzweifelhaft nicht vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die **Beschwer der unterliegenden Partei unterhalb der Wertgrenze des § 511 II Nr. 1 ZPO** liegt und die Berufung nicht zugelassen wird. Der der Sache nach erfolgten Anwendung dieser Bestimmung ist bei objektiver Betrachtung zu entnehmen, dass das AG diese Voraussetzungen für erfüllt erachtet hat (vgl. zur Bedeutung der Vollstreckbarkeitsentscheidung für die Auslegung, ob eine Entscheidung über die Zulassung der Berufung vorliegt, BGH, NJW-RR 2010, 934 = FamRZ 2010, 964 Rn 20).“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Da aus den vorstehenden Gründen nicht davon ausgegangen werden kann, das erstinstanzliche Gericht habe über die Zulassung der Berufung nicht befunden, bestand für das Gericht des zweiten Rechtszugs keine Möglichkeit mehr, diese Entscheidung – durch die Zulassung der Revision konkludent – nachzuholen. Die Revision wird keinen Erfolg haben.

**Verletzung des rechtlichen Gehörs**  
**Nichtladung eines abweichenden Zweitgutachters trotz Antrag**  
(BGH in ZfBR 2011, 247; Beschluss vom 07.12.2010 - VIII ZR 96/10)

1. Hat das BerGer einen anderen Sachverständigen als das erstinstanzliche Gericht eingeschaltet und beurteilt dieser die Beweisfrage anders als der frühere Gutachter, hat es zumindest dem **Antrag einer Partei auf Ladung dieses (neuen) Sachverständigen** zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens **zu entsprechen**.
2. Dies gilt **auch** dann, wenn es das **zuletzt eingeholte Gutachten für überzeugend** hält und selbst keinen weiteren Erläuterungsbedarf sieht.
3. Auch die **Nichtberücksichtigung relevanter Zeugenaussagen** in den Entscheidungsgründen stellt eine revisionsrechtlich zu beachtende Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.
4. Ein Verstoß gegen diese Pflicht verletzt den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör und führt im Rahmen des § 544 VII ZPO zur **Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits** an das BerGer.

**Fall:** Die Parteien streiten um die Rückabwicklung eines Fahrzeugkaufs. Am 23.04.2005 kaufte der Kl. bei der beklagten Vertragshändlerin ein fabrikneues Fahrzeug der Marke M. zum Preis von 26.900 EUR. Die Auslieferung des Personenkraftwagens erfolgte am 26.04.2005. Der Kl. gab sein Altfahrzeug, einen S. T., in Zahlung. Den verbleibenden Kaufpreis finanzierte er in Höhe von 21.000 EUR und entrichtete den Restbetrag in bar.

Am 20.08.2006 erlitt das Fahrzeug bei einer Fahrleistung von 55.000 Kilometern einen Motorschaden. Die Bekl., zu deren Werkstatt der Wagen geschleppt worden war, teilte dem Kl. mit, der – nach ihrer Ansicht aufgrund einer unzureichenden Ölversorgung defekt gewordene – Motor müsse ausgetauscht werden; die hierfür anfallenden und vom Kl. zu tragenden Reparaturkosten beliefen sich voraussichtlich auf etwa 8.500 EUR. Der Kl. ließ daraufhin das Fahrzeug in einer unabhängigen Werkstatt instand setzen.

Kurze Zeit später, am 10.10.2006, trat bei einem Tachostand von 58.000 km erneut ein Motorschaden am Fahrzeug auf. Auch dieser Schaden wurde in der schon im August 2006 eingeschalteten Werkstatt behoben. Für beide Reparaturen stellte die Werkstatt dem Kl. Kosten in Höhe von 5.474 EUR in Rechnung. Im März 2007 blieb das Fahrzeug erneut, dieses Mal bei einem Kilometerstand von 66.000, liegen. Seit diesem Zeitpunkt befindet sich das Fahrzeug in unrepariertem Zustand auf dem Gelände der genannten Werkstatt.

Hierauf hat der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag mit der Begründung erklärt, das Fahrzeug weise erhebliche Mängel auf; insbesondere seien die eingebauten Kolben untauglich für ein solches Fahrzeug. Im Hinblick auf den erklärten Rücktritt hat der Kl. unter Berücksichtigung einer anzurechnenden Nutzungsvergütung für gefahrene Kilometer die Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 15.004,24 EUR (nebst Zinsen) Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs verlangt. Daneben hat er die Feststellung des Annahmeverzugs der Bekl. und Ersatz der von ihm verauslagten Reparaturkosten in Höhe von 5.474 EUR (nebst Zinsen) begehrt.

Das LG hat der Klage nach Anhörung von Zeugen und nach Erhebung eines Sachverständigenbeweises stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG nach Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens das Urteil der ersten Instanz abgeändert und die Klage abgewiesen. Die Revision hat es nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Kl. mit seiner Nichtzulassungsbeschwerde. Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt, das BerGer habe es unter Missachtung des Anspruchs des Kl. auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) unterlassen, dem Antrag des Kl. auf Ladung der in erster und in zweiter Instanz bestellten Sachverständigen zu entsprechen. Ist die Nichtzulassungsbeschwerde begründet?

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet, wenn die Rechtssache **grundsätzliche Bedeutung** hat oder die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 II ZPO).

Über diese gesetzlich geregelten Zulassungsgründe hinaus ist die Revision nach der Rechtsprechung des BGH aber auch dann zuzulassen, wenn **schwere Verfahrensverstöße** von verfassungsrechtlicher Relevanz vorliegen. Die Revision ist danach insbesondere dann zuzulassen, wenn das Berufungsurteil unter Verstoß gegen das Verfassungsgebot des **gesetzlichen Richters** (Art. 101 I 2 GG) ergangen ist oder auf der Verletzung der Grundrechte auf **Gewährung rechtlichen Gehörs** (Art. 103 I GG), auf **wirkungsvollen Rechtsschutz** (Art. 2 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) oder auf ein **objektiv willkürfreies Verfahren** (Art. 3 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) beruht (vgl. Musielak-Ball, ZPO, 8. Auflage 2011, § 543, Rn. 9b). Die Zulassung wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs hat zwischenzeitlich in § 544 VII ZPO Eingang gefunden.

## I. Verweigerung des rechtlichen Gehörs wegen Nichtladung des Zweitgutachters

Im vorliegenden Fall kommt ein Verstoß gegen die Gewährung des rechtlichen Gehörs wegen der Weigerung in Betracht, in zweiten Gutachter zum Verhandlungstermin persönlich zur Erläuterung seines Gutachtens zu laden.

### 1. Voraussetzungen für Anspruch auf Ladung des Zweitgutachters

Es könnte ein Anspruch auf Ladung eines Gutachters zur Erörterung seines Gutachtens im Termin, wenn die beantragende Partei ihren Erläuterungsbedarf darlegt. Fraglich ist, ob das Gericht hiervon absehen kann, wenn es selbst einen solchen Erläuterungsbedarf nicht sieht.

„Die von einer Partei beantragte Ladung eines Sachverständigen ist grundsätzlich auch dann erforderlich, wenn das Gericht – wie hier – das schriftliche Gutachten für überzeugend hält und keinen weiteren Erläuterungsbedarf sieht. Zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs nach §§ 397, 402 ZPO hat die Partei einen **Anspruch darauf**, dass sie dem Sachverständigen die **Fragen**, die sie zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält, **zur mündlichen Beantwortung vorlegen** kann (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 07.10.1997 – VI ZR 252/96, NJW 1998, 162 unter II 2 a; Beschluss vom 22.05.2007 – VI ZR 233/06, NJW-RR 2007, 1294 Rn. 3; Senatsbeschluss vom 14.07.2009 – VIII ZR 295/08, NJW-RR 2009, 1361 Rn. 10). Dieses Antragsrecht besteht **unabhängig von** der nach § 411 Abs. 3 ZPO im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts stehenden **Möglichkeit, von Amts wegen das Erscheinen eines Sachverständigen zum Termin anzuordnen** (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 10.07.1952 – IV ZR 15/52, BGHZ 6, 398, 400, 401; vom 27.02.1957 – IV ZR 290/56, BGHZ 24, 9, 14; vom 07.10.1997 – VI ZR 252/96, aaO; vom 29. Oktober 2002 – VI ZR 353/01, NJW-RR 2003, 208 unter II 1; Beschluss vom 05.09.2006 – VI ZR 176/05, WuM 2006, 634 Rn. 3; Senatsbeschluss vom 14.07.2009 – VIII ZR 295/08, aaO). **Beschränkungen** des Antragsrechts können sich allenfalls aus dem – hier nicht vorliegenden – Gesichtspunkt des **Rechtsmissbrauchs oder der Prozessverschleppung** ergeben (BGH, Urteile vom 27.02.1957 – IV ZR 290/56, aaO; vom 29.10.2002 – VI ZR 353/01, aaO; Beschluss vom 22. Mai 2007 – VI ZR 233/07, aaO; Senatsbeschluss vom 14.07.2009 – VIII ZR 295/08, aaO).“ (BGH aaO)

Die Ladung des Sachverständigen könnte jedoch von der Konkretisierung des Erläuterungsbedarfs durch die antragstellende Partei abhängen.

„Von der Partei, die einen Antrag auf Ladung eines Sachverständigen stellt, kann **nicht verlangt** werden, dass sie die Fragen, die sie an den Gutachter zu richten beabsichtigt, im Voraus **konkret formuliert** (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 05.09.2006 – VI ZR 176/05, aaO, und vom 22.05.2007 – VI ZR 233/06, aaO). Es ist auch **nicht erforderlich**, dass ein **Erläuterungsbedarf** von der Partei **konkret dargetan** wird. Vielmehr genügt es, wenn sie **allgemein angibt, in welcher Richtung** sie durch ihre Fragen eine **weitere Aufklärung** herbeizuführen wünscht (BGH, Urteil vom 27.02.1957 – IV ZR 290/56, aaO S. 15; Beschlüsse vom 05.09.2006 – VI ZR 176/05, aaO, und vom 22.05.2007 – VI ZR 233/06, aaO). Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn ein Sachverständiger nicht als Erstgutachter eingeschaltet wurde, sondern ein weiteres Gutachten erstattet hat (vgl. zum Fall eines Ergänzungsgutachtens BGH, Beschluss vom 22.05.2007 – VI ZR 233/06, aaO).“ (BGH aaO)

### 2. Anwendung auf den Fall

Die beiden Sachverständigen haben die technische Eignung des untersuchten Kolbens für den vorhandenen Dieselmotor unterschiedlich beurteilt. Während der in erster Instanz beauftragte Gutachter den Kolben in aufbautechnischer und struktureller Hinsicht als unzureichend bewertet und den aufgetretenen Kolbenschaden hierauf zurückgeführt hat, ist der im Berufungsverfahren bestellte Sachverständige zu der Einschätzung gelangt, der beschädigte Kolben weise weder einen Konstruktions- noch einen Materialfehler auf; die festgestellten Beschädigungen seien auf eine atypische Verbrennung verbunden mit einem hohen Druckanstieg und einer übermäßigen Wärmeeinleitung im Bereich des Bodens zurückzuführen.

„Schon angesichts dieser Sachlage hätte sich das BerGer der für den Kl. ungünstigen Auffassung des in zweiter Instanz bestellten Sachverständigen nur dann anschließen dürfen, wenn es zuvor die zwischen den beiden Gutachtern bestehenden Streitpunkte mit diesem erörtert hätte (vgl. für den Fall sich widersprechender Auffassungen von Privat- und Gerichtsgutachter BGH, Beschluss vom 27. Januar 2010 – VII ZR 97/08, BauR 2010, 931 Rn. 9 m.w.N.).

Das BerGer hätte daher dem im Anwaltsschriftsatz vom 25.01.2010 (**rechtzeitig**) **gestellten Antrag** des Kl. auf ergänzende mündliche Anhörung des im Berufungsverfahren tätig gewordenen Sachverständigen zu den dort aufgeworfenen Fragen ohne weiteres entsprechen müssen. Dabei hätte es insbesondere durch mündliche Befragung dieses Gutachters klären müssen, **auf welche Anknüpfungstatsachen sich die unterschiedlichen Bewertungen** der beiden Sachverständigen zur technischen Eignung des Kolbens stützen und ob deren Beurteilungen auf belastbaren Fakten beruhen.

Außerdem hätte es dem Kl. **Gelegenheit geben müssen, ergänzende Stellungnahmen** des im Berufungsverfahren bestellten Gutachters zu den weiter von der Klägerseite aufgeworfenen Fragen **herbeizu-**

*führen, vor allem, ob weitere Untersuchungen (etwa Auslesung des noch vorhandenen Steuergerätes; Materialprüfung) verwertbare Erkenntnisse versprechen und auf welche Anknüpfungstatsachen sich die Einschätzung des Sachverständigen stützt, als mögliche Schadensursache komme auch ein so genanntes Chip-Tuning in Betracht.“ (BGH aaO)*

### 3. Ladung des Erstgutachters

*„Unter Umständen kann zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Kl. (Art. 103 Abs. 1 GG) auch eine Anhörung des in erster Instanz bestellten Sachverständigen geboten sein (vgl. etwa BGH, Beschl. vom 22. Mai 2007 – VI ZR 233/06, aaO Rn. 2 f.). Zwar erstreckt sich die Pflicht, auf Antrag der Prozessparteien den (gerichtlichen) Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, nicht auf einen früheren Sachverständigen, dessen Gutachten der Tatrichter für ungenügend erachtet und deshalb zum Anlass genommen hat, gemäß § 412 I ZPO einen anderen Sachverständigen zu beauftragen (BGH, Urteil vom 04.11.2010 – III ZR 45/10, juris Rn. 36). Im vorliegenden Fall ist indessen schon nicht erkennbar, dass das BerGer die Beauftragung eines weiteren Sachverständigen auf die Vorschrift des § 412 I ZPO gestützt hat. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, ist der frühere Sachverständige zu laden, wenn und soweit dies zur weiteren Sachaufklärung, insbesondere zur Behebung von Lücken und Zweifeln, erforderlich ist (BGH, Urteil vom 04.11.2010 – III ZR 45/10, aaO Rn. 37).“ (BGH aaO)*

## II. Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen Missachtung von Zeugenaussagen

Zur Gewährung des rechtlichen Gehörs gehört es auch, das Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere dann, wenn es sich eine Partei zu Eigen macht, bei der Entscheidung und ihrer Begründung zu berücksichtigen. Auch die Missachtung von Ergebnissen der Beweisaufnahme kann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellen.

*„Ferner hat das BerGer das Grundrecht des Kl. auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) dadurch missachtet, dass es sich mit den Angaben der in erster Instanz gehörten Zeugin L. zur Frage von Tuningmaßnahmen in der angefochtenen Entscheidung nicht auseinandergesetzt hat. Der verfassungsrechtlich verbürgte Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs ist verletzt, wenn sich aus den Umständen klar ergibt, dass das Gericht nicht seiner Pflicht nachgekommen ist, entscheidungserhebliches Vorbringen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dies ist der Fall, wenn das Gericht zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, trotz entsprechenden Parteivortrags in den Entscheidungsgründen nicht Stellung nimmt (BGH, Beschluss vom 27.01.2010 – VII ZR 97/08, aaO Rn. 8 m.w.N.). Da eine Partei sich regelmäßig ein für sie günstiges Beweisergebnis zu Eigen macht, verletzt das Übergehen eines solchen Beweisergebnisses regelmäßig den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör, sofern es entscheidungserheblich ist (BGH, Beschluss vom 10.11.2009 – VI ZR 325/08, NJW-RR 2010, 495 Rn. 6). Das BerGer hat die Ursache des Kolbenschadens in einer Verbrennungsstörung gesehen. Als Ursachen hierfür hat der im Berufungsverfahren bestellte Sachverständige mangelhafte Injektoren oder eine Leistungssteigerung in Form eines Chip-Tunings in Betracht gezogen. Dem hat sich das BerGer angeschlossen, ohne auf die Bekundungen der Zeugin L., wonach in der Besitzzeit des Kl. keine Tuningmaßnahmen vorgenommen worden seien, einzugehen.“ (BGH aaO)*

**Ergebnis:** Das angefochtene Urteil beruht auf den aufgezeigten Gehörsverletzungen. Denn es ist nicht auszuschließen, dass das BerGer bei der gebotenen Klärung der Schadensursachen zu einer anderen Beurteilung des Falles gekommen wäre. Das Urteil ist daher aufzuheben, und die Sache ist an das BerGer zurückzuverweisen.

StPO

**Zeugnisverweigerungsrecht**

StPO

§§ 160a, 97 I

**Auswirkungen auf Beschlagnahme von Interviewprotokollen**

(LG Hamburg in NJW 2011, 942; Beschluss vom 15.10.2010 – 608 Qs 18/10)

1. Es besteht **kein Beschlagnahmeverbot** (§ 97 I StPO) für **Ergebnisse unternehmensinterner Ermittlungen**, die von einer Rechtsanwaltskanzlei im Auftrag des Unternehmens selbst durchgeführt worden sind; § 160 a StPO a. F. ändert hieran nichts.
2. Ein **strafprozessuales Verwertungsverbot für Aussagen von Mitarbeitern im Rahmen von unternehmensinternen Ermittlungen besteht** trotz des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare“ **nicht**.

**Fall:** Gegen die Vorstandsmitglieder einer deutschen Universalbank wurde ein Ermittlungsverfahren u. a. wegen des Verdachts der Untreue betrieben, da sie einem finanziellen Engagement unter Eingehung unvertretbarer finanzieller Risiken für die Bank zugestimmt und hierdurch einen Millionenverlust verursacht haben sollen.

Zur näheren Aufklärung der Vorgänge hatte der Aufsichtsrat der Bank die Anwaltssozietät X mit einer internen Untersuchung (sog. „Internal Investigation“) zur Frage möglicher Pflichtverletzungen durch Mitglieder des Vorstands beauftragt. Im Rahmen dieses Mandats führten Rechtsanwälte der Sozietät - unter Zusage der Vertraulichkeit - Gespräche mit derzeitigen und früheren Mitarbeitern, darunter auch den Besch., oder nahmen von diesen schriftliche Stellungnahmen entgegen. Als Ergebnis der internen Untersuchung erstellte die X ein Rechtsgutachten, das auch der Staatsanwaltschaft zugeleitet wurde. Die Staatsanwaltschaft hatte im Rahmen des Ermittlungsverfahrens die Sozietät aufgefordert, u. a. die Protokolle der geführten Interviews sowie in diesem Zusammenhang entstandene vorbereitende Unterlagen herauszugeben. Obwohl der Aufsichtsrat beschlossen hatte, die Sozietät von der berufsrechtlichen und vertragsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Staatsanwaltschaft zu entbinden, lehnte die X die Herausgabe unter Hinweis auf die Vertraulichkeitszusage gegenüber Interviewpartnern schriftlich ab, bot sie aber für das Vorliegen eines Beschlagnahmebeschlusses ausdrücklich an. Daraufhin beantragte die Staatsanwaltschaft bei dem zuständigen AG die Durchsuchung der Geschäfts-, Büro- und sonstigen Betriebsräume der X zu dem Zweck, sämtliche Unterlagen aufzufinden und sicherzustellen, die ihr von Arbeitnehmern und ehemaligen Arbeitnehmern der Bank für die Erstellung des o. g. Rechtsgutachtens zur Verfügung gestellt worden waren, darunter Dateien, Vernehmungsprotokolle und weitere in diesem Zusammenhang erstellte Aufzeichnungen.

Das AG sandte diesen Antrag zunächst unerledigt unter Hinweis auf die für den Fall des Erlasses eines gerichtlichen Beschlagnahmebeschlusses zugesicherte Herausgabebereitschaft an die Staatsanwaltschaft zurück. Nachdem die Sozietät der Staatsanwaltschaft eine DVD im versiegelten Umschlag übergeben hatte, hielt die Staatsanwaltschaft gegenüber dem AG nur noch den Beschlagnahmeantrag für die Interviewprotokolle aufrecht.

Zu prüfen ist, ob die **Voraussetzungen einer Beschlagnahme nach §§ 94, 98 StPO** vorliegen.

- I. Gegen die Besch. besteht auf Grund der bisherigen Ermittlungen der **Verdacht der Untreue in einem besonders schweren Fall**, §§ 266 I und II, 263 III Nr. 1 Var. 1 StGB.
- II. Bei den von der Sozietät X im Rahmen der Erstellung des von der Bank beauftragten Rechtsgutachtens angefertigten **Interviewprotokollen, Dateien und handschriftlichen Aufzeichnungen**, die Gegenstand der angefochtenen Beschlagnahmeanordnung sind, handelt es sich um **Beweismittel i. S. des § 98 StPO**.

*„Für die Einstufung eines Gegenstands als Beweismittel ist seine sog. „potenzielle Beweisbedeutung“ erforderlich und ausreichend, es kommt mithin allein darauf an, ob ein Gegenstand zu Untersuchungszwecken verwendet werden „kann“ (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, § 94 Rn 6). Unerheblich ist demgegenüber, ob die „Beweiserheblichkeit“ eines Gegenstands schon vor der Beschlagnahmeanordnung feststeht.*

*Nach diesen Grundsätzen ist vorliegend eine potenzielle Beweisbedeutung der Interviewprotokolle und damit im Zusammenhang stehender Aufzeichnungen und Dateien offenkundig gegeben, da der Gegenstand der von der Sozietät X durchgeführten Befragungen auch Gegenstand der strafrechtlichen Ermittlungen im vorliegenden Verfahren ist.*

*Dem steht auch nicht entgegen, dass das unter Verwendung dieser Beweismittel von der Sozietät X erstellte Rechtsgutachten bereits der StA vorliegt, da sich der Inhalt der Protokolle, Dateien und Aufzeichnungen von dem – naturgemäß durch Zusammenfassungen, Schlussfolgerungen und Auslassungen geprägten – Gutachten unterscheiden und deshalb zusätzliche Beweisbedeutung haben kann.“ (LG Hamburg aaO)*

- III. Hinsichtlich der Protokolle über Befragungen von Mitarbeitern der Bank und damit in Zusammenhang stehender weiterer Beweismittel besteht ferner **kein Beschlagnahmeverbot**.

1. Ein **Beschlagnahmeverbot** ergibt sich insbes. nicht aus §§ 97 I Nr. 3, 53 I 1 Nr. 3 StPO.

- a) Nach § 97 I Nr. 3 StPO **unterliegen der Beschlagnahme** solche **Gegenstände nicht, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht** der in § 53 I 1 Nr. 1–3 b StPO genannten Personen **erstreckt**. Nach § 53 I 1 Nr. 3 StPO sind zur Verweigerung des Zeugnisses u. a. Rechtsanwälte über das berechtigt, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut oder bekannt geworden ist.

Entgegen ihrem umfassenden Wortlaut ist die **Regelung in § 97 I Nr. 3 StPO** auch **nicht** dahingehend **einschränkend auszulegen**, dass das Beschlagnahmeverbot nicht das allgemeine Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts aus § 53 I 1 Nr. 3 StPO i. S. einer ebenso umfassenden Freistellung von der Beschlagnahme widerspiegelt. Vielmehr ist § 97 I Nr. 3 StPO dahingehend einschränkend auszulegen, dass allein das Vertrauensverhältnis des Beschuldigten im Strafverfahren zu einem von ihm in Anspruch genommenen Zeugnisverweigerungsberechtigten durch ein Beschlagnahmeverbot geschützt sein soll. Dieses Verständnis der Vorschrift ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

vgl. BVerfG NSTZ-RR 2004, 83; Meyer-Goßner, § 97 Rn 10; Nack, KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 97 Rn 1; Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 2004, § 97 Rn 21; offengelassen in BGHSt 43, 300 = NJW 1998, 840 = NSTZ 1998, 471, zur Frage der Beschlagnahme von Krankenakten Dritter im Strafverfahren

*„Die genannte Zielrichtung der Vorschrift lässt sich insbes. den Regelungen in § 97 I Nr. 1 u. 2 StPO entnehmen, die ausdrücklich allein auf den Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Besch. und Zeugnisverweigerungsberechtigtem ausgerichtet sind. Als Ergänzung dieser Regelungen kommt § 97 I Nr. 3 StPO der Sinn zu, den Anwendungsbereich des Beschlagnahmeverbots auf „andere Gegenstände“ als die in Abs. 1 Nr. 1 u. 2 genannten zu erweitern, nicht dagegen der Zweck, das Beschlagnahmeverbot nunmehr umfassend und unter Einschluss am Strafverfahren nicht direkt beteiligter Dritter zu erweitern, wodurch die Ausdifferenzierung des für den Beschuldigten geltenden Beschlagnahmeschutzes aus Abs. 1 Nr. 1 und 2 teilweise unterlaufen würde (vgl. hierzu auch Löwe/Rosenberg, § 97 Rn 21).“* (LG Hamburg aaO)

- b) Auch soweit die **Interviewpartner**, auf deren Auskünfte sich die hier streitgegenständlichen Beweismittel beziehen, selbst Besch. sind, kommt ihnen der Schutz eines aus §§ 97 I Nr. 3, 53 I 1 Nr. 3 StPO folgenden Beschlagnahmeverbots nicht zu.

*„Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die Besch. schon deshalb nicht an dem von dem Beschlagnahmeverbot bezweckten Schutz vor unbeeinträchtigter Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts teilhaben, weil nicht sie persönlich, sondern die **Bank Auftraggeberin des Mandats** war, in dessen Zusammenhang die fraglichen Beweismittel entstanden sind. Ein solches Verständnis der Vorschrift, wonach sich das durch die Regelung **geschützte Vertrauensverhältnis zwischen einem Berufsgeheimnisträger und einer juristischen Person nicht auf deren Organe erstreckt**, hat allerdings das BVerfG für **verfassungsrechtlich unbedenklich** gehalten (BVerfG NSTZ-RR 2004, 83).“* (LG Hamburg aaO)

- c) Vorliegend kommt es hierauf allerdings nicht an, da die Besch. nicht nur nicht Auftraggeber des Mandats sind, sondern darüber hinaus zwischen ihnen und der Sozietät X im Zusammenhang mit der Erstellung des von der Bank in Auftrag gegebenen Rechtsgutachtens auch **kein „mandatsähnliches Vertrauensverhältnis“** entstanden ist, aus dem sich eine Schutzwirkung des § 97 StPO zu Gunsten der Besch. ergeben könnte.

*„Die Annahme eines solchen mandatsähnlichen Vertrauensverhältnisses zu den Besch. liegt vorliegend auf Grund der **Zielrichtung des Mandats** fern. Der Zweck der Inanspruchnahme der Sozietät X durch die Bank bestand darin, die Interessen der Bank gegenüber den an der Transaktion „O“ beteiligten Vorstandsmitgliedern – mithin gegenüber den Besch. – im Hinblick auf etwaige Schadensersatz- oder sonstige Ansprüche zu vertreten, weshalb das Mandat auch in Vertretung des Vorstands durch den Aufsichtsrat (§ 112 AktG) erteilt wurde. Nach der Natur des Mandats befanden sich die Besch. gegenüber der Sozietät X gerade nicht in einer dem Auftraggeber vergleichbaren, „ratsuchenden“ Stellung. Vielmehr waren sie selbst im Hinblick auf mögliches Fehlverhalten Gegenstand der Untersuchung.*

*[Zudem] wäre das Vorgehen der beteiligten Rechtsanwälte der Sozietät X – wären sie auch gegenüber den Besch. i. S. eines mandatsähnlichen Verhältnisses für deren dem Zweck des Mandats zuwiderlaufendes Interesse, von der H nicht zivilrechtlich in Anspruch genommen zu werden, beratend oder durch sonstigen Beistand tätig geworden – nur noch schwer von einem die Voraussetzungen eines **Parteiverrats nach § 356 StGB** erfüllenden Verhalten abzugrenzen.*

Vor diesem Hintergrund hatten die Rechtsanwälte der Sozietät X sich des Aufbaus eines „mandatsähnlichen Vertrauensverhältnisses“ gegenüber den Besch. schon nach dem Zweck ihres Mandats zu enthalten. Die Strafkammer hat auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Rechtsanwälte der Sozietät X gegen diesbezügliche Pflichten verstoßen haben.

I. Ü. reicht allein die Zusicherung einer vertraulichen Behandlung der Interviewinhalte nach außen hin für den Aufbau eines den Schutz vor strafprozessualen Zugriff nach § 97 StPO gebietenden mandatsähnlichen Verhältnisses zu den Befragten nicht aus: Eine „mandatsähnliche“ Vertrauensbeziehung, deren Gegenstand das von § 97 StPO geschützte Interesse der Besch. sein müsste, sich ohne Furcht vor strafrechtlicher Verfolgung anwaltlichen Beistands zu bedienen, konnte allein hierdurch offensichtlich nicht entstehen. I. Ü. kommt auch eine privatrechtliche Disposition über die Zulässigkeit strafprozessualer Maßnahmen im Wege von „Zusagen“ abseits der gesetzlichen Regelungen ersichtlich nicht in Frage.“ (LG Hamburg aaO)

2. Eher fernliegend ist schließlich die Auffassung, aus dem bei den befragten Interviewpartnern potenziell bestehenden **Konflikt zwischen arbeitsvertraglicher Auskunftspflicht** gegenüber der von der Bank beauftragten Sozietät X **und dem Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“** könne sich in Anwendung des in § 97 I InsO (vgl. hierzu auch § 393 AO) zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens ein Verwertungsverbot und im Vorgriff auf dieses ein Beschlagnahmeverbot hinsichtlich der Dokumentation der entsprechenden Auskünfte ergeben.

„Der Gedanke, dass die Staatsgewalt den Gesetzesunterworfenen nicht durch sanktionsbewehrte Mitwirkungs- und Auskunftspflichten zur Selbstbelastung zwingen und deren Inhalt anschließend strafrechtlich gegen ihn verwenden darf, ist auf den vorliegenden Fall, in dem sich Privatpersonen in (arbeits-)vertragliche Bindungen begeben haben, die sie **zur Offenbarung möglicherweise auch strafbaren Verhaltens verpflichten**, ersichtlich nicht anwendbar. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, dass auch der Einhaltung arbeitsvertraglicher Pflichten für den Betroffenen durchaus erhebliche, mitunter existenzielle Bedeutung zukommen kann, sondern vielmehr darauf, dass die entstehende Konfliktlage in diesen Fällen nicht von einer im Widerspruch zum Nemo-tenetur-Grundsatz stehenden gesetzlichen Auskunftspflichtung, sondern von einer **vom Betroffenen freiwillig eingegangenen vertraglichen Verpflichtung zur möglichen Selbstbelastung** ausgeht.“ (LG Hamburg aaO)

3. Die **Beschlagnahmeanordnung** ist schließlich auch **nicht** deshalb **unverhältnismäßig** i. S. mangelnder Erforderlichkeit, weil ein milderes Mittel der Beweissicherung zur Verfügung gestanden hätte, namentlich die Bank angekündigt hatte, sich um die Zustimmung der befragten Personen zur Herausgabe der Unterlagen zu bemühen.

„Ersichtlich blieb und bleibt die Beschlagnahmeanordnung in dem Umfang erforderlich, in dem solche Einverständniserklärungen nicht vorliegen. Eine Verpflichtung, die Ergebnisse der angekündigten Bemühungen abzuwarten, ist der gesetzlichen Regelung der Beschlagnahme fremd und war i. Ü. auch durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schon deshalb nicht geboten, weil die Sozietät X bereits von der StA aufgefordert worden war, die streitgegenständlichen Beweismittel herauszugeben, was diese zunächst verweigerte. Bis zum Erlass des amtsgerichtlichen Beschlusses bestand nach dieser Aufforderung mehr als ausreichende Gelegenheit, die Vorfragen einer etwaigen freiwilligen Herausgabe abschließend zu klären.“ (LG Hamburg aaO)

#### IV. Der Beschlagnahmeanordnung steht auch die in § 160 a II StPO geforderte **besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung** nicht entgegen.

1. Nach § 160 a II StPO ist, soweit durch eine Ermittlungsmaßnahme eine in § 53 I 1 Nr. 3 StPO genannte Person betroffen wäre und dadurch voraussichtlich Erkenntnisse erlangt würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, diese Tatsache im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit besonders zu berücksichtigen, wobei i. d. Regel nicht von einem **Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses** auszugehen ist, wenn das Verfahren keine Straftat von erheblicher Bedeutung betrifft.
2. Da nach § 160 a V StPO die Vorschriften der §§ 97–100 c VI StPO unberührt bleiben, dürfte § 160 a II StPO im vorliegenden Fall bereits im Lichte des Schutzzwecks des § 97 I StPO dahingehend auszulegen sein, dass es der **besonderen Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht bedarf**, da die **Grenzen des aus § 97 StPO folgenden Beschlagnahmeverbots durch § 160 a StPO nicht verändert werden sollen**, sondern §§ 97 ff. StPO der Regelung des § 160 a StPO als Spezialregelung vorgehen (vgl. Meyer-Goßner, § 160 a Rn 17).
3. I. Ü. wäre die Beschlagnahme aber auch unter den gesteigerten Anforderungen des § 160 a II StPO vor dem Hintergrund des einen **potenziellen Untreueschaden in Millionenhöhe** umfassenden Tatverdachts verhältnismäßig.

(VG Düsseldorf in NVwZ-RR 2011, 236 Urteil vom 09.11.2010 - 18 K 3176/10)

1. Bei der Durchsetzung der Schulpflicht ist zwischen Maßnahmen gegen den Schüler und Maßnahmen gegen die Eltern zu unterscheiden.
2. Die **Verantwortlichkeit der Eltern** zur Einwirkung auf ihre Kinder kann durch ein Zwangsgeld durchgesetzt werden, nicht jedoch durch die Zuführung des Kindes zur Schule. Die Vollstreckung gegen die Eltern kann **nur im gestreckten Verfahren** erfolgen.
3. Die Zuführung des Kindes zur Schule stellt eine **Maßnahme gegenüber dem Kind** zur Durchsetzung von dessen Schulpflicht dar.

**Fall:** Die Kl. ist die Mutter des 1997 geborenen Schülers E. Mit Bescheid vom 11.01.2010 forderte die Ganztags Hauptschule J.-Straße in L. die Kl. unter Anordnung der sofortigen Vollziehung auf, ihren Sohn zu veranlassen, wieder am Unterricht teilzunehmen. In den Gründen heißt es: „E fehle seit dem 05.10.2009 unentschuldig im Unterricht. Nachdem verschiedene andere Maßnahmen nicht zu einer nachhaltigen Verhaltensänderung geführt hätten, sei die Kl. darauf aufmerksam zu machen, dass sie verpflichtet sei, dafür zu sorgen, dass das Kind am Unterricht und an den sonstigen Veranstaltungen der Schule regelmäßig teilnehme“. Zugleich kündigte die Schule an, dass sie bei der Ordnungsbehörde die zwangsweise Zuführung zur Schule beantragen werde, falls E nicht innerhalb von drei Unterrichtstagen nach Zustellung des Bescheides seiner Teilnahmeverpflichtung nachkomme. Gegen diesen Bescheid wurde keine Klage erhoben. Mit Verfügung vom 30.04.2010 setzte der BeKl. gegen die Kl. das Zwangsmittel des unmittelbaren Zwangs fest. Die Kl. hat am 14.05.2010 Klage erhoben. Wird diese Erfolg haben?

### I. Zulässigkeit der Klage

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist gegen eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung ohne weiteres eröffnet. Bei der Festsetzung handelt nach h.M. um einen belastenden VA § 35 S. 1 VwVfG, der mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann, wobei die Kl. als Adressatin nach der Adressatentheorie ohne weiteres klagebefugt ist. Eines Vorverfahrens bedurfte es nach § 6 Abs. 1 NWAGVwGO nicht. Die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen ohne Weiteres vor. Die Klage ist zulässig.

### II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die Festsetzung des unmittelbaren Zwangs rechtswidrig ist und die Kl. in ihren Rechten verletzt.

#### 1. Rechtswidrigkeit der Festsetzung des unmittelbaren Zwangs

Die Festsetzung des unmittelbaren Zwangs bedarf als Verwaltungsakt einer Ermächtigungsgrundlage und muss **formell wie materiell den gesetzlichen Vorgaben entsprechen**.

##### a) Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist hier schon das Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage.

Grundsätzlich obliegt den minderjährigen Schülern eine **Schulpflicht**, für deren **Einhaltung die Eltern** nach § 41 I 2 NWSchulG **verantwortlich** sind. Nach § 41 V NWSchulG können Eltern von der Schulaufsichtsbehörde durch Zwangsmittel gem. §§ 55 bis 65 Verwaltungsvollstreckungsgesetz NRW zur Erfüllung ihrer Pflichten gemäß Absatz 1 angehalten werden. Eine zwangsweise Zuführung des Schulpflichtigen zur Schule ist hingegen in § 41 IV 1 NWSchulG vorgesehen. Hierfür wird auf §§ 66 bis 75 NwVwVG verwiesen.

Im vorliegenden Fall ist aber zu berücksichtigen, dass zunächst eine **Aufforderung an die Kl.** ergeht, ihren Pflichten nach § 41 I NWSchulG nachzukommen, dann aber die Festsetzung des **unmittelbaren Zwangs gegen den Schüler** erfolgt.

Die Vorschrift unterscheidet **zwischen der Schulpflicht des Schülers einerseits** (§ 34 ff. NWSchulG: Pflichtenkreis des Schülers) und der Verantwortung **der Eltern**, dafür zu sorgen, dass der Schüler regelmäßig am Unterricht teilnimmt, indem sie entsprechend auf ihn einwirken, andererseits (§ 41 I 2 NWSchulG: Pflichtenkreis

der Eltern) dabei sieht sie differenzierende Regelungen zur zwangsweisen Durchsetzung der jeweiligen Verpflichtung vor:

#### aa) Durchsetzung der Schulpflicht gegen Schüler

Soweit es um die Durchsetzung der Schulpflicht geht, bestimmt § 41 IV 1 NWSchulG, dass der Schüler auf Ersuchen der Schule oder der Schulaufsichtsbehörde von der zuständigen Ordnungsbehörde zwangsweise der Schule zugeführt werden kann; dieses Verfahren richtet sich nach den §§ 66 bis 75 NWVwVG, also nach den speziellen Vorschriften über die **Anwendung unmittelbaren Zwangs**.

Die von § 41 IV 1 NWSchulG in Bezug genommenen §§ 66 bis 75 NWVwVG regeln die Anwendung unmittelbaren Zwangs. Dabei sieht § 69 I 1 NWVwVG vor, dass **unmittelbarer Zwang vor seiner Anwendung anzudrohen** ist. Dass auch eine **Festsetzung** erfolgen muss, lässt sich den §§ 66 bis 75 NWVwVG dagegen nicht entnehmen. Die Festsetzung ist vielmehr in § 64 NWVwVG geregelt. Sie gehört zu den – allgemeinen – Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der §§ 55 bis 65 NWVwVG für die Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassen (erster Unterabschnitt des Zweiten Abschnitts des Gesetzes). Diese Vorschriften werden von § 41 IV 1 NWSchulG **nicht für anwendbar erklärt**.

*„Dass sich hieraus **keine planwidrige Regelungslücke** ergibt, also auch eine entsprechende Anwendung des § 64 NWVwVG ausscheidet, folgt aus der Systematik des § 41 NWSchulG. Die dargelegten differenzierenden Regelungen zur Durchsetzung der Pflichten des Schülers einerseits und der Eltern andererseits schließen es aus, in der **fehlenden Inbezugnahme** der §§ 55 bis 65 NWVwVG durch § 41 IV 1 NWSchulG ein **Versehen** des Gesetzgebers zu erblicken. Vielmehr lässt die Systematik des § 41 NWSchulG nur den Schluss zu, dass das **gestreckte Verfahren nach §§ 55 ff. NWVwVG** bei der zwangsweisen Durchsetzung der gesetzlichen Schulpflicht durch **Zuführung des Schülers zur Schule nicht zur Anwendung kommen soll**. Vollstreckt wird insoweit kein Verwaltungsakt, sondern die Schulpflicht als eine **unmittelbar kraft Gesetzes** bestehende und nicht der Konkretisierung bedürftige Verpflichtung (vgl. §§ 34 ff. NWSchulG). Der von den allgemeinen Vorschriften über Androhung und Festsetzung (§§ 63 f. NWVwVG) bezweckten Warnfunktion wird durch die pädagogische Einwirkung nach § 41 III NWSchulG Genüge getan. Nach letztgenannter Vorschrift sind Lehrkräfte und Schulleitung verpflichtet, Schüler, die die Schulpflicht nicht erfüllen, zum regelmäßigen Schulbesuch anzuhalten.*

*Nur für den Fall, dass die **pädagogische Einwirkung erfolglos** bleibt, sieht § 41 IV NWSchulG die **zwangsweise Durchsetzung der Schulpflicht** vor. Damit wird dem Schüler hinreichend Gelegenheit gegeben, die Schulpflicht freiwillig zu erfüllen. Dementsprechend sieht auch die Nr. 3.41 des Runderlasses des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 04.02.2007 vor, dass eine **förmliche Androhung oder Festsetzung der zwangsweisen Vorführung** nach §§ 63 f. NWVwVG **nicht erforderlich** ist. Soweit es unter Nr. 3.3 des Runderlasses gleichwohl heißt, die zwangsweise Zuführung gem. § 41 IV NWSchulG sei für den Fall anzudrohen, dass der Schulpflichtige nicht innerhalb von drei Unterrichtstagen seiner Teilnahmepflicht nachkommt, bezieht sich dies auf die **schriftliche Aufforderung der Schule gegenüber den Eltern** und ist nicht als förmliche Zwangsmittelandrohung i. S. des § 63 NWVwVG – die seitens der Vollzugsbehörde erfolgen müsste – gemeint.“ (VG Düsseldorf aaO)*

Es fehlt daher an einer Rechtsgrundlage für die Festsetzung des unmittelbaren Zwangs gegen den Schüler.

#### bb) Durchsetzung der Elternpflicht

*„Soweit es darum geht, die Eltern dazu anzuhalten, dafür zu sorgen, dass ihr Kind regelmäßig zur Schule geht, ist § 41 V NWSchulG einschlägig, der vorsieht, dass auch gegenüber den Eltern Zwangsmittel (nämlich Zwangsgeld, vgl. Nr. 3.62 des Runderlasses des Ministeriums für Schule und Weiterbildung vom 04.02.2007 angewendet werden können) zuständig hierfür ist die Schulaufsichtsbehörde; das Verfahren richtet sich nach den §§ 55 bis 65 NWVwVG, also nach den **allgemeinen Vorschriften über das gestreckte Vollstreckungsverfahren**.“ (VG Düsseldorf aaO)*

Ermächtigungsgrundlage für eine Festsetzungsverfügung gegen die Kl. ist daher § 41 V NWSchulG i.V.m. § 64 NWVwVG.

#### b) formelle Rechtswidrigkeit

Zuständig für die zwangsweise Durchsetzung der Elternpflicht ist nach § 41 V NWSchulG die Schulaufsichtsbehörde. Hier hat jedoch die Schule selbst gehandelt,

die jedoch für die Vollstreckung der Elternpflichten gar nicht zuständig ist. Die Festsetzung ist daher schon formell rechtswidrig,

**c) materielle Rechtswidrigkeit**

Vollstreckungshandlungen müssen sich gegen den Ordnungspflichtigen richten. Das ist hier die Kl. Nur diese war mit Bescheid der Schule vom 11.01.2010 verpflichtet worden (nämlich dahingehend, ihren Sohn zu veranlassen, wieder regelmäßig am Unterricht teilzunehmen).

*„Die Festsetzungsverfügung bezweckt ausweislich ihrer Begründung die Durchsetzung dieser der Kl. persönlich obliegenden Verpflichtung. Die Anwendung unmittelbaren Zwangs gegen ihren Sohn scheidet daran, dass der Sohn nicht für seine Mutter haftet. Die abweichende Sichtweise des Bekl. **vermischt** die oben dargestellten **Pflichtenkreise der Eltern** einerseits **und des Schülers** andererseits. Zur Durchsetzung der Elternpflichten ist das Verfahren nach § 41 IV NWSchulG der falsche Weg; durch **unmittelbaren Zwang in Form der Zuführung des Schülers** zur Schule kann die eine unvertretbare Handlung betreffende – Verpflichtung der Eltern, ihr **Kind zur Teilnahme am Unterricht zu veranlassen**, naturgemäß nicht vollstreckt werden.*

*In Betracht kommt insoweit lediglich ein Vorgehen nach § 41 V NWSchulG mit Androhung und Festsetzung von Zwangsgeld; hierfür wäre, wie erwähnt, die Schulaufsichtsbehörde zuständig.“ (VG Düsseldorf aaO)*

Die Festsetzungsverfügung ist damit in jedem Fall rechtswidrig.

**2. Rechtsverletzung der Kl.**

Der rechtswidrige Verwaltungsakt verletzt die Kl. auch ohne weiteres zumindest in ihrem Grundrecht aus Art. 2 I GG.

**Ergebnis:** Die Anfechtungsklage ist zulässig und nach § 113 I 1 VwGO auch begründet. Sie wird Erfolg haben.

(BVerwG in ZfBR 2011, 152; Urteil vom 18.11.2010 - 4 CN 3/10)

1. **Präklusionsvorschriften** sind vor dem Hintergrund des Gebotes **effektiven Rechtsschutzes** verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn
  - ein **legitimer Zweck** verfolgt wird,
  - die **Obliegenheiten** und **Rechtsfolgen erkennbar** sind und
  - der Rechtsschutz **nicht unzumutbar erschwert** wird.
2. Die Präklusion nach § 47 IIa VwGO setzt voraus, dass das Beteiligungsverfahren ordnungsgemäß erfolgt ist und auf die **Folgen der Nichtgeltendmachung** von Einwendungen **hingewiesen** wurde.
3. Ein Normenkontrollantrag ist auch dann nach § 47 IIa VwGO **unzulässig**, wenn der Antragsteller im Rahmen der öffentlichen Auslegung Einwendungen nicht oder nicht rechtzeitig geltend gemacht hat, die sich **der planenden Gemeinde nach Lage der Dinge aufdrängen** mussten.

**Fall:** Die Ast. wandten sich gegen den Bebauungsplan Nr. 14 „Osterreinen – Forggenseestraße“ der Ag. Sie sind – zusammen mit weiteren Personen – Miteigentümer des im Plangebiet gelegenen Grundstücks mit der Flurstücksbezeichnung A, das mit mehreren Wohngebäuden bebaut ist. An das Grundstück grenzen südlich zwei hintereinander liegende Grundstücke (Flst. A und A) an, für die der Bebauungsplan je ein Baufenster festsetzt.

Die öffentliche Auslegung des Plans wurde am 11.10.2007 durch Anschlag an der Gemeindetafel öffentlich bekannt gemacht. In der Bekanntmachung heißt es u. a.:

*In der Zeit der Auslegungsfrist können alle Bürger den Planentwurf mit Begründung einsehen und Anregungen (schriftlich oder zur Niederschrift) vorbringen. Es wird darauf hingewiesen, dass nicht fristgerecht abgegebene Stellungnahmen bei der Beschlussfassung unberücksichtigt bleiben können. Weiter wird darauf hingewiesen, dass ein Antrag nach § 47 VwGO unzulässig ist, soweit mit ihm Einwendungen geltend gemacht werden, die vom Antragsteller im Rahmen der Auslegung nicht oder verspätet geltend gemacht wurden, aber hätten geltend gemacht werden können.*

Die Ast. haben während des Auslegungszeitraums (19.10. bis 19.11.2007) keine Einwendungen erhoben. Am 10.12.2007 beschloss der Rat der Ag. den Bebauungsplan als Satzung. Die Schlussbekanntmachung erfolgte am 18.01.2008.

Die Ast. haben am 15.01.2009 Normenkontrollantrag gestellt. Sie halten den Bebauungsplan für abwägungsfehlerhaft. Der Rat der Ag. habe weder in Rechnung gestellt, dass die Bebauung, die auf den südlich gelegenen Grundstücken ermöglicht werde, ihnen die an dieser Stelle besonders eindrucksvolle Aussicht auf den Forggensee sowie die dahinterliegende Bergkulisse einschließlich des Schlosses Neuschwanstein nehme, noch berücksichtigt, dass die beiden Grundstücke in einem Landschaftsschutzgebiet lägen. Ist der Antrag zulässig?

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

In Betracht kommt ein Antrag beim Verwaltungsgericht, wenn nach § 40 I 1 VwGO eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt.

Hier wird um öffentliches Baurecht auf der Ebene des einfachen Rechts gestritten, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

### II. **statthafte Antragsart**

Fraglich ist, in welchem Verfahren eine Prüfung des Bebauungsplanes möglich ist. Bei einem Bebauungsplan handelt es sich nach § 10 I BGB um eine Satzungen. Satzungen nach dem BauGB können nach § 47 I Nr. 1 VwGO mit dem Normenkontrollverfahren angegriffen werden. Der Normenkontrollantrag ist daher statthaft.

### III. **zuständiges Gericht**

Für den Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO ist das **OVG / der VGH in erster Instanz** zuständig.

#### IV. Antragsbefugnis, § 47 II 1 VwGO

Die Antragsbefugnis kommt nach § 47 II VwGO natürlichen oder juristischen Person zu, soweit diese eine aktuelle oder **in absehbarer Zeit mögliche Rechtsverletzung** geltend machen. Die Antragsbefugnis der Antragsteller als natürlicher Person hängt daher davon ab, ob sie aktuell oder jedenfalls in absehbarer Zeit in seinen Rechten verletzt sein können.

Die Ast. machen hier Abwägungsdefizite geltend. Diese privaten Belange der Ast. sind in § 1 VII BauGB als abwägungsrelevante Belange genannt. Sie können sich daher auf eine Rechtsverletzung durch den Bebauungsplan berufen und sind antragsbefugt.

#### V. Frist, § 47 II 1 VwGO

Der Normenkontrollantrag muss nach § 47 II 1 VwGO binnen eines Jahres nach Bekanntmachung eingereicht werden. Diese Frist ist hier eingehalten worden.

#### VI. Präklusion, § 47 IIa VwGO

Der Antrag einer natürlichen oder juristischen Person, der einen Bebauungsplan zum Gegenstand hat, ist nach § 47 IIa VwGO unzulässig, wenn nur Einwendungen geltend gemacht werden, die im Rahmen der öffentlichen Auslegung (§ 3 II BauGB) oder im Rahmen der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit (§ 13 II Nr. 2 und § 13a II Nr. 1 BauGB) nicht oder verspätet geltend gemacht wurden, aber hätten geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

##### 1. ordnungsgemäßes Beteiligungsverfahren

Der Eintritt der Präklusion setzt jedoch zunächst voraus, dass das Beteiligungsverfahren ordnungsgemäß erfolgt ist.

Die öffentliche Auslegung des Planentwurfs (§ 3 II 1 BauGB) und die ortsübliche Bekanntmachung ihres Orts und ihrer Dauer (§ 3 II 2 Halbs. 1 BauGB) sind durch Anschlag an der Gemeindetafel bekannt gemacht worden. Fraglich ist, ob dies als ordnungsgemäßes Beteiligungsverfahren angesehen werden kann.

*„Das Baugesetzbuch regelt nicht, welche Art der Bekanntmachung ortsüblich ist, sondern überlässt dies dem Landes- oder Ortsrecht. Soweit der VGH in Anwendung von Landes- oder Ortsrecht entschieden hat, dass die Ag. die Auslegung des Planentwurfs mittels eines Aushangs an der Gemeindetafel habe bekannt machen dürfen, ist der Senat hieran gebunden (§ 173 VwGO i. V. mit § 560 ZPO). Zu prüfen hat er jedoch, ob das **Landes- bzw. Ortsrecht** mit dem grundgesetzlich verankerten **Rechtsstaatsgebot vereinbar** ist.*

*Dieses Gebot verlangt in seiner Ausprägung als Gebot zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes, dass die **Möglichkeit, einen ausgelegten Planentwurf zur Kenntnis zu nehmen**, nicht unverhältnismäßig oder unzumutbar eingeschränkt sein darf (BVerwGE 104, 337 [341] = NVwZ 1998, 847; BVerwG, Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 187 = BeckRS 2007, 22284 Rn 6). Ein Verstoß dagegen ist weder dargelegt noch ersichtlich. Bekanntmachungen durch Anschlag an einer (einzigen) Verkündungstafel sind grundsätzlich mit dem Rechtsstaatsgebot vereinbar (BVerwG, Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 187 = BeckRS 2007, 22284 Rn 5). Auch vorliegend ist die Wahl dieser Art der Bekanntmachung nicht zu beanstanden. Es sind **keine Anhaltspunkte** dafür **erkennbar**, dass die Ag. im Hinblick auf die örtlichen Gegebenheiten (Größe und räumliche Ausdehnung des Gemeindegebiets, Siedlungsstruktur, innergemeindliche Verkehrsverbindungen und -beziehungen) **weitere Möglichkeiten zur Kenntnisnahme** der ortsüblichen Bekanntmachung hätte eröffnen müssen. Die Ag. musste sich auch nicht deshalb für eine andere Form der Bekanntmachung etwa über das Internet entscheiden, weil sich etliche Eigentümer von Grundstücken im Gemeindegebiet nur zeitweilig dort aufhalten. Es ist deren Sache, sich über die Art der Bekanntmachung sie möglicherweise betreffender örtlicher Angelegenheiten zu informieren und z. B. bei längeren Abwesenheitszeiten in geeigneter Weise, insbesondere durch die Beauftragung dritter Personen, dafür Sorge zu tragen, dass sie von Bekanntmachungen Kenntnis erhalten (vgl. OVG Hamburg, NVwZ-RR 2001, 83).“ (BVerwG aaO)*

Das Beteiligungsverfahren ist daher ordnungsgemäß erfolgt.

##### 2. Hinweis auf Präklusion

Die Präklusion hängt nach § 47 IIa VwGO davon ab, dass auf die Präklusionsfolgen bei der Öffentlichkeitsbeteiligung hingewiesen wurde.

„Auf die Rechtsfolge des § 47 II a VwGO sind die Ast. im Rahmen der Bekanntmachung der Auslegung des Planentwurfs hingewiesen worden. Der Umstand, dass der Hinweis vom Text der Vorschrift abweicht und sich stattdessen am Wortlaut des § 3 II 2 Halbs. 2 BauGB orientiert, steht dem Eintritt der Präklusionswirkung gem. § 47 II a VwGO nicht entgegen. Zur Begründung verweist der Senat auf die Gründe seiner Entscheidung vom 27. 10. 2010 – 4 CN 4/09, BeckRS 2010, 56157, die diesem Urteil in Abschrift beigelegt ist.“ (BVerwG aaO)

Die Einwendungen, die die Ast. im Normenkontrollverfahren dem umstrittenen Bebauungsplan entgegengehalten haben, hätten sie bereits anlässlich der öffentlichen Auslegung geltend machen können

### 3. Nichtwendung der Präklusionsregelung

Möglicher Weise ist die Präklusionsregelung aber deshalb nicht anwendbar, weil es nur um solche Einwendungen geht, welche die Gemeinde auch von Amts wegen hätte berücksichtigen müssen. Fraglich ist daher, ob sich die Präklusionswirkung nur auf solche Belange bezieht, welche von der planenden Stelle nicht ohne weiteres als abwägungsrelevant ersichtlich waren. Der Wortlaut des § 47 IIa VwGO trifft eine Differenzierung zwischen ersichtlich abwägungsrelevanten Belangen und solchen, die nur auf Einwendung Betroffener erkennbar sind, nicht.

„Der Verzicht auf diese Differenzierung ist nach **Sinn und Zweck** der Norm beabsichtigt. Die Regelung hat zum Ziel, die jeweiligen Interessen rechtzeitig dem Abwägungsmaterial hinzuzufügen und im Hinblick auf die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen Plangeber und den Verwaltungsgerichten zu verhindern, dass **sachliche Einwendungen ohne Not erst im gerichtlichen Verfahren** geltend gemacht werden (BT-Dr 16/2496, S. 18). Dieses Ziel ist nicht nur für den Fall relevant, dass abwägungsbeachtliche Belange **erst auf Grund ihrer Geltendmachung** durch Betroffene für die Gemeinde **sichtbar** werden. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass auch auf der Hand liegende Belange von der Gemeinde übersehen und nicht – wie geboten – in die Abwägung eingestellt werden. Mit der Forderung, dass solche Belange im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung ebenfalls geltend zu machen sind, will der Gesetzgeber eine **lückenlose Zusammenstellung des Abwägungsmaterials** gewährleisten und das öffentliche Interesse an der Vermeidung von – der Investitions- und Rechtssicherheit abträglichen – Abwägungsfehlern schützen (vgl. BT-Dr 16/2496, S. 11). Auch hätte § 47 II a VwGO keinen eigenständigen, über den bisherigen Rechtszustand hinausgehenden Regelungsgehalt, wenn er nur Einwendungen erfasste, mit denen für die Gemeinde nicht sichtbare, der Planung widerstehende Belange geltend gemacht würden. Bereits vor Inkrafttreten des § 47 IIa VwGO zum 01.01.2007 hatte der Senat die Unzulässigkeit eines Normenkontrollantrags wegen fehlender Antragsbefugnis (§ 47 II 1 VwGO) angenommen, wenn der Ast. einen Verstoß gegen das Abwägungsgebot wegen der **Missachtung oder Fehlgewichtung eines Belangs** rügte, der für die Gemeinde bei der Entscheidung über den Bebauungsplan **nicht erkennbar** war (vgl. BVerwG, NVwZ 2004, 1120). Eine weitergehende Bedeutung kommt der Präklusionsnorm des § 47 IIa VwGO mithin nur dann zu, wenn sie **auch Einwendungen einschließt**, die sich **aufdrängende Belange** zum Gegenstand haben. Anhaltspunkte dafür, dass sich der Gesetzgeber auf die Bestätigung der Senatsrechtsprechung beschränken wollte, sind nicht ersichtlich.“ (BVerwG aaO)

### 4. kein Verstoß gegen das Gebot des effektiven Rechtsschutzes

Allerdings könnte eine Auslegung des § 47 IIa VwGO, die sämtliche Einwendungen einbezieht, verfassungsrechtlich unzulässig sein, weil sie schwere Verstöße gegen § 1 VII BauGB legalisiert und deshalb mit Art. 19 IV und 103 I GG nicht vereinbar sein könnte.

#### a) Vorgaben für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Präklusionsregelungen

„In der **Rechtsprechung des BVerwG** ist geklärt, dass der **Ausschluss von Einwendungen**, die in einem behördlichen Verfahren nicht oder verspätet erhoben worden sind, in einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren sowohl im Hinblick auf das **Gebot effektiven Rechtsschutzes** (Art. 19 IV GG) als auch im Hinblick auf die **Eigentumsgarantie** (Art. 14 I GG) – der Schutzbereich des Art. 103 I GG ist nicht betroffen – unbedenklich ist, wenn der Gesetzgeber damit ein **legitimes Ziel** verfolgt, die **Obliegenheit zur Mitwirkung** im behördlichen Verfahren für den betroffenen Bürger **typischerweise erkennbar** und nicht geeignet ist, den gerichtlichen **Rechtsschutz zu vereiteln oder in unzumutbarer**, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise **zu erschweren** (BVerwG, Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 119, S. 137, und BVerwG, Buchholz 445.3 Landeswasserrecht Nr. 4 Rn 7).“ (BVerwG aaO)

**b) Anwendung auf den Fall****aa) Verfolgung eines legitimen Zwecks**

„Das Ziel des § 47 IIa VwGO, die jeweiligen Interessen rechtzeitig dem Abwägungsmaterial zuzuführen und im Hinblick auf die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen Plangeber und den Verwaltungsgerichten zu verhindern, dass sachliche Einwendungen ohne Not erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden, ist legitim.“ (BVerwG aaO)

**bb) Erkennbarkeit der Obliegenheiten und Rechtsfolgen**

„Auf Grund der in § 3 II 2 Halbs. 2 BauGB und § 47 II a VwGO normierten Hinweispflichten ist sichergestellt, dass die betroffenen Bürger sowohl über ihre Obliegenheit zur Erhebung von Einwendungen im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung als auch über die Folgen der Nichtbeachtung informiert werden.“ (BVerwG aaO)

**cc) keine unzumutbare Erschwerung des Rechtsschutzes**

„Eine unverhältnismäßig hohe Hürde für die Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes richtet § 47 IIa VwGO nicht auf. **Weder** die Obliegenheit, überhaupt **Einwendungen zu erheben**, noch die **einmonatige Frist** des § 3 II 2 Halbs. 2 i. V. mit Abs. 2 S. 1 BauGB, binnen derer die Einwendungen zu erheben sind, **erschweren** den Zugang zum Gericht **in unzumutbarer Weise**. Dies liegt an den geringen Anforderungen, die an Einwendungen zu stellen sind. Einwendungen sind sachliches, auf die Verhinderung oder die Modifizierung des Plans abzielendes Gegenvorbringen (vgl. BVerwGE 60, 297 [300] = NJW 1981, 359). Sie müssen zwar erkennen lassen, in welcher Hinsicht aus Sicht des Einwendenden Bedenken gegen die in Aussicht genommene Planung bestehen könnten, und so konkret sein, dass die Gemeinde erkennen kann, in welcher Weise sie bestimmte Belange einer näheren Betrachtung unterziehen soll (vgl. BVerwG, NVwZ 2008, 678 [679]). Der Betroffene kann sich jedoch darauf beschränken, **in groben Zügen** darzulegen, welche **Beeinträchtigungen er befürchtet**. Eine weitergehende Begründung darf ihm ebenso wenig abverlangt werden wie eine rechtliche Einordnung seiner Einwendungen (vgl. BVerwGE 131, 316 = NVwZ 2009, 109 Rn 36).“ (BVerwG aaO)

**5. kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz**

„Dass derjenige Antragsteller, der im Rahmen der öffentlichen **Auslegung Einwendungen hätte geltend machen können**, dies aber nicht oder nicht rechtzeitig getan hat, anders behandelt wird als derjenige, der aus welchen Gründen auch immer im Rahmen der öffentlichen Auslegung **keine Einwendungen geltend machen konnte**, bezieht seine **sachliche Rechtfertigung** daraus, dass in dem einen Fall das Schweigen zurechenbar ist, in dem anderen dagegen nicht.“ (BVerwG aaO)

§ 47 II a VwGO verstößt daher nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG.

**Ergebnis:** § 47 IIa VwGO erfasst auch Einwendungen, die sich der planenden Gemeinde nach Lage der Dinge hätten aufdrängen müssen. Die Ast. sind mit ihren Einwendungen präkludiert. Der Antrag ist unzulässig.

## 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  
§§ 520, 139

### richterliche Hinweispflicht unzureichende Berufungsbegründung (BAG in NZA 2011, 62; Urteil vom 19.10.2010 – 6 AZR 118/10)

ZPO

Liegt in der **Berufungsbegründung keine** den Anforderungen des § 520 ZPO **genügende Auseinandersetzung mit den Gründen des angegriffenen Urteils vor, verlangt § 139 ZPO vom Gericht nicht, die Partei auf diesen Mangel der Berufung hinzuweisen**. Dies gilt auch dann, wenn die Partei um die Erteilung eines solchen Hinweises bittet.

„Das BerGer. hat gem. § 139 III ZPO **auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen**. Dazu gehört auch die Frage der form- und fristgerechten Einlegung und Begründung der Berufung (§ 522 I ZPO). Eine solche Verpflichtung kommt vor allem bei offenkundigen Versehen (vgl. BGH NJW 1991, 2081 für das versehentliche Unterlassen des Beifügens einer Ablichtung des angefochtenen Urteils) oder rein formalen Bedenken (vgl. BAG NZA 2008, 432 = NJOZ 2008, 1409 zum Hinw. auf die Umdeutung einer wegen Unterschreitung der Berufungsgrenze unzulässigen Berufung in eine zulässige Anschlussberufung; BGH VersR 1976, 192 zur Hinweispflicht bei Zweifeln über den rechtzeitigen Eingang einer Berufungsbegründungsschrift) in Betracht. Erfolgt jedoch eine Auseinandersetzung mit einer der beiden das Urteil selbständig tragenden Gründe des angegriffenen Urteils **auch nicht andeutungsweise, sondern wird ausschließlich durch die gänzlich unsubstanzierte Bezugnahme auf ein nach Auffassung des Berufungsführers dem Gericht bekanntes Urteil ersetzt, verlangt § 139 ZPO von dem Gericht nicht, die Partei auf diesen Mangel der Berufung hinzuweisen, auch wenn diese wie hier um die Erteilung eines solchen Hinweises bittet. Unkenntnis oder Missachtung der formalen Anforderungen an die Berufung kann nicht durch die Bitte um einen Hinweis ersetzt werden**. Im Gegenteil würde sich das Gericht mit einem solchen Hinweis über das Prozessrecht hinwegsetzen, sich zum Berater des Berufungsführers machen und diesem zu Lasten des Berufungsgegners bei seiner Prozessführung helfen. Eine solche prozessordnungswidrige Verfahrensweise wäre mit der gebotenen Neutralität und Äquidistanz des Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligten nicht vereinbar (vgl. BVerfG NJW 1994, 1210; BGHZ 156, 269 = NJW 2004, 164).

Auch im Hinblick auf das in § 139 II ZPO normierte **Verbot einer Überraschungsentscheidung** war kein Hinweis geboten. **Das Ausbleiben von Hinweisen**, für die nach § 139 I bzw. III ZPO kein Raum besteht, **macht eine Entscheidung nicht überraschend** i. S. des § 139 II ZPO (BGHZ 156, 269 = NJW 2004, 164).“ (BAG aaO)

ZPO  
§ 233

### verschuldete Fristversäumung Fristverlängerungsgesuch (OLG Naumburg in BeckRS 2010, 30191; Beschluss vom 28.10.2010 – 5 U 92/10)

ZPO

Eine **Partei verschuldet die Nichteinhaltung der Berufungsbegründungsfrist** i. S. von § 233 ZPO, **wenn ihr Prozessbevollmächtigter wenige Minuten vor Fristablauf versucht, die zwanzigseitige Berufungsschrift dem Berufungsgericht per Telefax zu übermitteln, statt auf gleichem Wege ein kurzes Fristverlängerungsgesuch anzubringen**.

„Der Prozessbevollmächtigte der Bekl. bei dem Absenden eines 20-seitigen Telefax um 23.53 Uhr und damit nur sechs bis sieben Minuten vor Fristablauf nicht begründet darauf vertrauen, dass die Übertragung bis 0.00 Uhr beendet werden würde. Mangels Kenntnis von der Leistungsfähigkeit des Empfangsgerätes konnte er nicht davon ausgehen, dass der Schriftsatz mit einer bestimmten Geschwindigkeit übertragen wird, deren Einhaltung erforderlich gewesen wäre, damit die Frist eingehalten wird. Diesbzgl. ist ein **Vertrauen** darauf, dass der Schriftsatz in einer Geschwindigkeit von wesentlich weniger als 30 Sekunden pro Seite übertragen wird, **nicht schutzwürdig** (BGH NJW 2005, 678). Hier hätte sogar eine Geschwindigkeit von weniger als 18 Sekunden pro Seite erreicht werden müssen, um die Frist einzuhalten. Dass der Prozessbevollmächtigte der Bekl. nach seinem Vorbringen später in der Lage war, teilweise den gleichen Schriftsatz in deutlich kürzerer Zeit an andere Faxgeräte zu übermitteln als an das Empfangsgerät des OLG Naumburg, entlastet ihn nicht. Die Übertragungsdauer des hier eingesetzten Faxgerätes mit etwa 24 Sekunden pro Seite ist keinesfalls überlang. Der Prozessbevollmächtigte konnte nicht erwarten, dass ein schnelleres Gerät im Einsatz ist. I. Ü. bestehen für eine überlange, durch einen Fehler in der Funktion des Empfangsgerätes begründete Übermittlungsdauer keinerlei Anhaltspunkte.

Sah sich der Prozessbevollmächtigte der Bekl. daher in der Situation, dass der Schriftsatz wegen der Computerprobleme nur verzögert fertiggestellt werden konnte und dass bei sorgfältiger Betrachtung die fristwahrende Übermittlung der vollständigen Berufungsbegründung an das OLG nicht mehr sicher gestellt werden konnte, hätte er per Telefax einen Antrag auf Fristverlängerung stellen müssen. Ein solcher Antrag hätte zweifelsfrei in der bis 0.00 Uhr zur Verfügung stehenden Zeit noch an das Gericht übermittelt werden können. Die notwendige eingehendere Begründung des Antrages hätte in einem gesonderten Schriftsatz nach Fristablauf nachgereicht werden können.“ (OLG Naumburg aaO)

ZPO  
§ 233

### verschuldete Fristversäumung unterlassene Prüfung der Uhrzeit am Faxgerät (BGH in MDR 2011, 380; Beschluss vom 27.01.2011 – III ZB 55/10)

ZPO

Soll bei der Ermittlung der genauen Uhrzeit zum Zwecke der Wahrung der Frist allein die Anzeige des in der Anwaltskanzlei verwendeten Faxgerätes ausreichend sein, muss diese Anzeige zuverlässig die maßgebliche Zeit wiedergeben. Ist dieses Faxgerät technisch nicht dafür ausgelegt, selbstständig einen stetigen Abgleich mit der gesetzlichen

Zeit vorzunehmen, muss der Rechtsanwalt dafür Sorge zu tragen, dass regelmäßig eine Überprüfung der Zeiteinstellung am Faxgerät stattfindet.

„Für die Frage, ob ein Schriftsatz noch rechtzeitig bei Gericht eingegangen ist, ist die gesetzliche Zeit i. S. der §§ 1 und 2 des Gesetzes über die Zeitbestimmung (BGBl I, 1110 [1262]) maßgebend (BGH NJW 2003, 3487). Wenn ein Rechtsanwalt die Fristen bis zu den letzten Minuten vor Ablauf des für die Berechnung der Frist maßgeblichen Tages ausnutzen will, hat er durch entsprechende Vorkehrungen zur Wahrung seiner erhöhten Sorgfaltspflicht dafür Sorge zu tragen, dass die technischen Voraussetzungen für eine Fristwahrung gegeben sind. Dies bedingt, dass dem korrekten Erfassen der maßgeblichen Zeit besondere Bedeutung zukommt. Hierauf ist deswegen besonderes Augenmerk zu richten. Soll bei der Ermittlung der genauen Uhrzeit zum Zwecke der Wahrung der Frist allein die Anzeige eines Faxgerätes ausreichend sein, muss diese Anzeige zuverlässig die maßgebliche Zeit wiedergeben. Wenn deshalb ein Gerät in Gebrauch ist, das technisch nicht dafür ausgelegt ist, selbstständig einen stetigen Abgleich mit der gesetzlichen Zeit vorzunehmen, gehört es zur anwaltlichen Sorgfalt, dass regelmäßig eine Überprüfung der Zeiteinstellung am Faxgerät stattfindet. Ansonsten kann, worauf das BerGer. zu Recht hingewiesen hat, durch Bedienungsfehler, wegen eines Stromausfalls oder wegen üblicher Ungenauigkeit bei langen Zeitabläufen die vom Faxgerät angezeigte Zeit in erheblicher Weise von der tatsächlich rechtlich maßgebenden Zeit abweichen.“ (BGH aaO)

ZPO  
§ 511

**Berufung**  
**Erforderlichkeit einer Beschwer**

ZPO

(OLG Celle in MDR 2011, 449; Beschluss vom 03.11.2010 – 10 UF 237/10)

Eine **Berufung der erstinstanzlich obsiegenden Prozesspartei, mit der ausschließlich eine andere inhaltliche Begründung der Klageabweisung erstrebt wird, ist unzulässig.**

„**Zulässigkeitsvoraussetzung** eines (Berufungs-) Rechtsstreits nach der ZPO ist die **Beschwer des Rechtsmittelführers**, die nicht allein im Kostenpunkt bestehen darf (BGH MDR 2007, 801); für einen Bekl. liegt die Beschwerde, die ihn zur Einlegung des Rechtsmittels berechtigt, in dem Betrag oder in dem Wert seiner Verurteilung (BGH aaO), wobei allein der rechtskräftige Inhalt des angefochtenen Urteils maßgeblich ist (BGH MDR 2007, 1093). **Wird die Klage abgewiesen, ist der Bekl. grds. nicht beschwert** (MüKo-ZPO/Rimmelspacher, Vor § 511 ff. Rn 58); nur in **besonderen Ausnahmefällen** kann eine Beschwerde des Bekl. bei Klageabweisung vorliegen, wenn der Inhalt der Entscheidung hinter seinem Rechtsschutzziel zurückbleibt, weil die Klage als zur Zeit unbegründet statt endgültig abgewiesen wird oder ihr nur eine beschränkte materielle Rechtskraftwirkung zukommt (vgl. Wieczorek/Schütte3-Gerken, ZPO Vor § 511 Rn 30). Ein Rechtsmittel ist stets unzulässig, wenn der Rechtsmittelführer selbst zu erkennen gibt, dass er sich nicht gegen den Entscheidungssatz wendet, sondern sich lediglich durch die Begründung beschwert fühlt (OLG Düsseldorf MDR 1979, 956; vgl. auch OLG Celle OLGZ 1979, 194; OLG Köln Rpfleger 1986, 184).“ (OLG Celle aaO)

StPO  
§ 172 III 1

**Klageerzwingungsantrag**  
**erforderlicher Inhalt**

StPO

(OLG Celle in ZAP 2011, 188; Beschluss vom 27.04.2010 – 2 Ws 102/10)

- I. Welche **konkreten Anforderungen an den Inhalt eines Klageerzwingungsantrags** sich aus den gesetzlichen Vorgaben des § 173 III 1 StPO ergeben, wird **in der Rspr. der OLG nicht vollständig einheitlich beurteilt.**

Nach **BGH aaO** muss der **Klageerzwingungsantrag inhaltlich so gestaltet sein, dass er das Gericht in die Lage versetzt, allein auf seiner Grundlage** ohne zusätzliches Studium der Akten **zu beurteilen, ob** bei unterstellter Beweisbarkeit der vorgetragenen Tatsachen ein **genügender Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage besteht**. Dazu bedarf es einer in sich **geschlossenen und aus sich heraus verständlichen Darstellung des Sachverhaltes**, aus dem sich der hinreichende Tatverdacht gegen den Besch. ergeben soll.

„Dieses Erfordernis des Antrags im Klageerzwingungsverfahren ist mit dem Verfassungsrecht vereinbar und stellt sich nicht als eine Voraussetzung dar, die den Zugang zum Gericht in einer Art. 19 IV GG (oder inhaltsgleiche Bestimmungen des Landesverfassungsrechts) verletzenden, unzumutbaren und durch Sachgründe nicht zu rechtfertigende Weise erschweren würde (siehe BVerfG NJW 2000, 1027; BerlVerfGH NJW 2004, 2728; SächsVerfGH NJW 2004, 2729).

Die notwendige geschlossene Sachdarstellung im Antrag hat ihren Grund nämlich gerade auch in dem zu Gunsten des Besch. zu berücksichtigenden **Beschleunigungsgebot** (BVerfG NJW 1993, 382; BVerfG NJW 2000, 1027; BerlVerfGH NJW 2004, 2728). Zugleich dient das Erfordernis der aus sich heraus verständlichen Sachverhaltsdarstellung dem **Schutz der Oberlandesgerichte vor einer Überlastung durch unsachgemäße und unsubstantiierte Anträge** (BVerfG NJW 2004, 1585; BVerfG NSTZ 2007, 272) und verfolgt damit **justizökonomische Zwecke**. Beide vorgenannten Aspekte rechtfertigen es auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht, dass der Antrag im Klageerzwingungsverfahren das OLG in die Lage versetzen muss, einen genügenden Anlass zur Klageerhebung ohne einen Rückgriff auf die Ermittlungsakten zu beurteilen.“ (BGH aaO)

- II. Diese Anforderungen sind nicht gewahrt, wenn in einem Klageerzwingungsantrag auf Schriftstücke und Aktenbestandteile Bezug genommen wird und erst die Kenntnisnahme von diesen dazu führen würde, den notwendigen Antragsinhalt zu vervollständigen. Denn in diesem Fall würden die Gerichte gezwungen, sich aus der Antragschrift und den in Bezug genommenen Schriftstücken die Partien herauszusuchen, aus denen sich der für die Beurteilung des hinreichenden Tatverdachts relevante Sachverhalt ergibt.

„Solche **Bezugnahmen**, auch wenn sie als Anlagen beigefügte Schriftstücke oder Aktenbestandteile betreffen, **sind dementsprechend lediglich dann für die Zulässigkeit des Antrages unschädlich, wenn sie lediglich der Erläuterung des bereits aus sich heraus uneingeschränkt verständlichen und geschlossenen Antragsvorbringens dienen** (OLG Celle NSTZ 1997, 406). Wie bereits angesprochen genügt dagegen eine Bezugnahme dann den Zulässigkeitsanforderungen des § 172 III 1 StPO nicht, falls erst die Kenntnisnahme vom Inhalt des in Bezug Genommenen zu einer nachvollziehbaren und geschlossenen Sachverhaltsdarstellung führen würde. Denn es ist im Hinblick auf den **Zweck des Klageerzwingungsverfahrens** und auch den

**Schutz der OLG vor unsachgemäßen Anträgen auf gerichtliche Entscheidung** nicht die Aufgabe der befassten Strafsenate, sich aus den Akten oder auch nur den der eigentlichen Antragschrift beigefügten Anlagen die Partien herauszusuchen, aus denen sich der für die Beurteilung des hinreichenden Tatverdachts oder im Sonderfall des "Ermittlungserzwingungsantrags" des

Anfangsverdachts bedeutsame Sachverhalt einschließlich der zu seiner Feststellung erforderlichen Beweismittel ergibt (Berl-VerfGH NJW 2004, 2728; OLG Celle NSTz 1997, 406 m.w.N.).

Vor dem Hintergrund des Zwecks des Klageerzwingungsverfahrens, den aus dem **Beschleunigungsgebot** resultierenden Anforderungen sowie auch und erst recht angesichts der mit den notwendigen Antragsinhalt verfolgten justizökonomischen Zwecken müssen die für die begrenzte Zulässigkeit von Bezugnahmen auf Anlagen des Klageerzwingungsantrages anerkannten, verfassungsrechtlich unbedenklichen Grundsätze auch für den Fall gelten, dass umfängliche Schriftstücke oder Teile des Akteninhalts nicht als Anlagen dem Antrag beigelegt, sondern durch Fotokopie oder auf anderen technischem Wege in die Antragschrift selbst eingefügt werden (OLG Celle NSTz 1997, 406; Löwe/Rosenberg, StPO § 172 Rn 156 aE.; ebenso Berl. VerfGH NJW 2004, 2728). Die Übertragbarkeit der für den zulässigen Umfang auf Anlagen des Antrags maßgeblichen Grundsätze auf in den Antrag "integrierte" Schriftstücke und Aktenbestandteile ist jedenfalls dann gegeben, wenn auch die technische Einbeziehung von Schriftstücken oder Aktenbestandteilen lediglich dazu führt, dass sich das Oberlandesgericht aus dem dann formal einheitlichen Antrag im Klageerzwingungsverfahren die Partien herausuchen muss, aus denen sich der zur Beurteilung des genügenden Anlasses zur Klageerhebung maßgebliche Sachverhalt ergibt (Nachw. wie zuvor).“ (BGH aaO)

StPO  
§§ 257 c, 302

**Urteilsabsprache**  
**kein Ausschluss der Berufung zu Lasten des Angekl.**  
(OLG Düsseldorf in StV 2011, 80; Beschluss vom 06.10.2010 – III 4 RVs 60/10)

StPO

I. **Durch eine Urteilsabsprache ist die Staatsanwaltschaft nicht daran gehindert, Berufung auch zu Lasten des Angekl. einzulegen.**

„Indes ergibt sich dies nicht aus § 35 a S. 2 StPO, wonach der Betroffene darüber zu belehren ist, dass er in jedem Fall frei in seiner Entscheidung ist, ein Rechtsmittel einzulegen: Aus Sinn und Zweck des § 35 a StPO folgt, dass die Staatsanwaltschaft nicht Betroffene i. S. dieser Vorschrift ist. Denn diese bedarf keiner Belehrung durch das Gericht. Eine Belehrung ist vielmehr sogar unangebracht, da die Staatsanwaltschaft selbst über umfängliche Rechtsmittelkenntnisse verfügt.

Jedoch ergibt sich die **Befugnis zur Rechtsmitteleinlegung aus § 302 I 2 StPO**: Danach ist ein Rechtsmittelverzicht ausgeschlossen, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist. Unzweifelhaft darf die Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten Rechtsmittel trotz vorangegangener Verständigung einlegen. Dass eine Rechtsmitteleinlegung zulasten des Angekl. ausgeschlossen wäre, lässt sich weder dem Wortlaut der Norm noch den Gesetzesmaterialien entnehmen (BT-Dr. 16/11736 vom 27.01.2009, S. 7). Der **Gesetzgeber hat vielmehr bewusst die Rechtsmitteleinlegung nicht einschränken wollen**, um dem Rechtsmittelgericht die **Möglichkeit der sichernden Kontrolle** einzuräumen, den Verfahrensablauf bei der Verständigung zu überprüfen. Dies war ihm wichtig, da die Verständigung in den strafrechtlichen Grundsatz der amtswegigen Aufklärung des Sachverhalts eingreift und deshalb Ausnahmecharakter haben sollte. Die Staatsanwaltschaft muss bei einer Rechtsverletzung ggf. eine korrigierende Entscheidung durch eine höhere Instanz herbeizuführen können. An die Absprache in erster Instanz kann das höherrangige Gericht schon deshalb nicht gebunden sein, weil es an der Verständigung nie beteiligt war.“ (OLG Düsseldorf aaO)

II. **Das aufgrund einer Verständigung erklärte Geständnis unterliegt einem Beweisverwertungsverbot durch das Berufungsgericht.**

„Eine den Angekl. beschwerende Abänderung des Urteils [darf] nicht ohne weiteres erfolgen, wenn ein Übereinkommen i. S. des § 257 c StPO oder womöglich eine unzulässige Absprache in erster Instanz erfolgt ist. Wenn die Grundlage des Geständnisses - die Verständigung - entfallen ist, darf auch das Geständnis keinen Bestand mehr haben, und zwar auch nicht für die nächste Instanz. Das Geständnis unterliegt in diesem Fall einem Beweisverwertungsverbot. Dies ergibt sich für die in gesetzlich zulässiger Weise zustande gekommene Abrede aus § 257 IV 3 StPO, wonach ein Verwertungsverbot hinsichtlich des abgelegten Geständnisses des Angekl. besteht, wenn das Gericht sich von der Absprache lösen will. Dies hat in entsprechender Anwendung der Vorschrift auch für das Gericht höherer Instanz zu gelten. **Anderenfalls würde Sinn und Zweck der Norm nämlich konterkariert.**

Soweit die Absprache nicht den Formalien des § 257 c StPO entspricht, verbietet zumindest der in Art. 6 I 1 MRK manifestierte **Grundsatz des fairen Verfahrens** die Geständnisverwertung. Dem fair-trial-Grundsatz widerspräche es, wenn Gericht, StA und Angekl. sich auf einen bestimmten Strafrahmen verständigt hätten, der Angekl. mit Rücksicht darauf ein Geständnis abgibt, das Gericht absprachegemäß verurteilt, die Staatsanwaltschaft sodann aber gegen das Urteil Rechtsmittel mit dem Ziel einer höheren Bestrafung einlegt, welche dann - letztlich auf der Grundlage des erstinstanzlichen Geständnisses - erfolgt.“ (OLG Düsseldorf aaO)

StPO  
§ 261

**Beweiswürdigung**  
**„Aussage gegen Aussage“**  
(OLG Frankfurt a.M. in StV 2011, 12; Beschluss vom 06.11.2009 – 1 Ss 390/08)

StPO

Auch wenn die **Aussage eines Angekl. gegen die Aussagen von vier Zeugen** steht, die sämtlich demselben "Lager" zuzuordnen sind, ist es erforderlich, dass das Tatgericht die von den Zeugen in der Hauptverhandlung getätigten **Aussagen inhaltlich wiedergibt, die Entstehung und Entwicklung der Aussagen aufklärt, die Aussagekonstanz untersucht** und im Einzelnen durch die Mitteilung nach der früheren Aussagen belegt.

„Aus § 261 StPO ergibt sich die **Verpflichtung des Tatrichters, den festgestellten Sachverhalt, soweit er bestimmte Schlüsse zugunsten oder zuungunsten des Angekl. nahelegt, i. V. mit den sonst festgestellten Tatsachen erschöpfend zu würdigen**. Die Gesamtwürdigung aller in der Hauptverhandlung festgestellten wesentlichen Tatsachen ist in den Urteilsgründen darzulegen, wobei auch die Einlassung des Angekl. und die Aussage der Zeugen mitzuteilen und unter Berücksichtigung der erhobenen Beweise in nachvollziehbarer Weise eingehend zu würdigen sind (vgl. Meyer-Goßner, StGB, § 267 Rn 12 m. w. N.). Insbes. wenn Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung im Wesentlichen davon abhängt, welchen Angaben das Gericht folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seinen Überlegungen mit einbezogen hat.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

(BGH in ZAP2011, 237; Beschluss vom 01.04.2010 – 3 StR 30/10)

Der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 7 StPO ist gegeben, wenn das Urteil innerhalb der in § 275 I 2 StPO bezeichneten Frist nicht vollständig zu den Akten gebracht worden ist. Ein vollständiges schriftliches Urteil liegt erst dann vor, wenn sämtliche an ihm beteiligten Berufsrichter seinen Inhalt gebilligt und dies mit ihrer Unterschrift bestätigt haben.

„Die Vorsitzende der Strafkammer hat das Urteil nicht unterschrieben, es trägt lediglich die Unterschrift der beisitzenden Richterin. Da die fehlende Unterschrift auch nicht innerhalb der Frist des § 275 I 2 StPO nachgeholt wurde, ist das Urteil nicht fristgerecht zur Akte gebracht worden.

Das in § 275 II 1 StPO formulierte Gebot, dass das Urteil von den mitwirkenden Berufsrichtern zu unterschreiben ist, lässt es nicht zu, dass die den Urteilstext abschließende Unterschrift durch eine an anderer Stelle der Akte befindliche Unterschrift des mitwirkenden Richters ersetzt wird (vgl. OLG Düsseldorf NSTE Nr. 1 zu § 275 StPO; vgl. für den nicht unterschriebenen Eröffnungsbeschluss OLG Hamm StV 2001, 331; OLG Frankfurt StV 1992, 58 f.). Auch durch eine unter die Zustellverfügung gesetzte Unterschrift übernimmt [eine Richterin] nicht zweifelsfrei die Verantwortung für den Inhalt des in der Akte befindlichen, an der vorgesehenen Stelle aber nicht von ihm unterschriebenen Urteils.“ (BGH aaO)

(BAG in DB 2011, 308 = NZA 2011, 229; Beschluss vom 14.12.2010 – 6 AZN 986/10)

Ein Verstoß gegen den Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG liegt grds. nicht vor, wenn die Partei es ohne sachlichen Grund versäumt hat, ihren Sachvortrag in der mündlichen Verhandlung dem Gericht zur Kenntnis zu bringen und dies nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit einem nicht nachgelassenen Schriftsatz nachholen will. Die auf die unzureichende Kenntnisnahme des Parteivortrags gestützte Rüge der Verletzung des Anspruchs aus Art. 103 I GG dient nicht dazu, rechtliches Gehör zu ersetzen, das sich die Partei in zumutbarer Weise unter Nutzung ihrer prozessualen Möglichkeiten in der mündlichen Verhandlung hätte verschaffen können.

- I. Das Gericht muss auch Vorbringen in einem erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung, aber noch vor Verkündung der Entscheidung eingereichten Schriftsatz beachten, insbes. wenn damit nur Rechtsausführungen nachgeschoben werden. Es muss darüber hinaus prüfen, ob die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen ist. Das gilt auch dann, wenn das Urteil nach Beratung und Abstimmung bereits gefällt (§ 309 ZPO), aber noch nicht verkündet ist.
- II. Art. 103 I GG verpflichtet das entscheidende Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (st. Rspr. seit BVerfGE 11, 218).

„Das Gebot des rechtlichen Gehörs soll als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die vom Fachgericht zu treffende Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, die ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben (BVerfGE 60, 247).

Die auf unzureichende Kenntnisnahme des Parteivortrags gestützte Rüge der Verletzung des Art. 103 I GG dient jedoch nicht dazu, rechtliches Gehör zu ersetzen, das sich die Partei in zumutbarer Weise unter Nutzung ihrer prozessualen Möglichkeiten in der mündlichen Verhandlung hätte verschaffen können. Ein Verstoß gegen Art. 103 I GG liegt darum grundsätzlich nicht vor, wenn die Partei es ohne sachlichen Grund versäumt hat, Sachvortrag in der mündlichen Verhandlung dem Gericht zur Kenntnis zu bringen und dies nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit einem nicht nachgelassenen Schriftsatz nachholen will (vgl. BAGE 128, 13 = NZA 2009, 396 = NJW 2009, 1693, für die Rüge der unzureichenden Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung; BFH BFH/NV 2008, 2030; vgl. zum Subsidiaritätsgrundsatz bei der Gehörsrüge allgemein BGH NZI 2010, 692 = MDR 2010, 948).“ (BAG aaO)

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2011, 210; Urteil vom 12.10.2010 – 2 S 2555/09)

Ein im Rahmen eines Dauerbenutzungsverhältnisses ergehender Vorausleistungsbescheid wird in seinem festsetzenden Teil durch den endgültigen Gebührenbescheid abgelöst. Die Ablösung tritt bereits mit dem wirksamen Erlass des endgültigen Gebührenbescheids ein und ist zudem auch nicht von der Fortexistenz dieses Bescheids abhängig.

- I. Die Frage, ob die einen Vorausleistungsbescheid ablösende Wirkung des endgültigen Abgabenbescheids von dessen Bestandskraft abhängt, wird in der Rspr. unterschiedlich beantwortet.
  1. Für das Beitragsrecht wird überwiegend angenommen, dass sich das Behaltendürfen der gezahlten Vorausleistung vom Zeitpunkt des Erlasses des endgültigen Beitragsbescheids allein nach diesem Bescheid beurteile und weder von seiner sofortigen Vollziehbarkeit noch von seiner Fortexistenz abhängig sei.

OVG NRW KStZ 2009, 154; BayVGH BayVBI 2007, 533; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl., § 21 Rn 39; das Gleiche wird vom OVG Thüringen (Beschluss v. 29.06.2001 - 4 ZEO 917/97 - juris) für das Gebührenrecht vertreten

2. Diese Auffassung entspricht der des **BFH** (BFHE 178, 11; BFHE 143, 101) über das Verhältnis zwischen dem endgültigen Einkommensteuerbescheid und einem Vorauszahlungsbescheid: Danach verliert der Vorauszahlungsbescheid seine Wirkung spätestens in dem Zeitpunkt, in dem der Steuerbescheid für den entsprechenden Veranlagungszeitraum wirksam bekanntgegeben worden ist, da ab diesem Zeitpunkt hinsichtlich der Steuerfestsetzung allein der Einkommensteuerbescheid maßgebend sei. Der Jahressteuerbescheid könne zwar geändert oder aufgehoben werden. Er könne aber nicht mit der Wirkung aufgehoben werden, dass an seine Stelle wieder die Festsetzungen des Vorauszahlungsbescheids maßgeblich würden.
  3. Demgegenüber hat **VGH Mannheim** (Urteil vom 27.04.1989 - 2 S 2043/87 - juris) entschieden, dass der Vorauszahlungsbescheid als Rechtsgrundlage für die geleistete Zahlung wieder Rechtswirksamkeit erlange, wenn der endgültige Beitragsbescheid mit Wirkung ex tunc zurückgenommen werde, da in Folge der Rücknahme der ursprüngliche Rechtszustand in vollem Umfang wiederhergestellt werde. Er hat dementsprechend angenommen, die mit dem Erlass des den endgültigen Beitragsbescheids eintretende Ablösung des Vorauszahlungsbescheids als Rechtsgrundlage für die geleisteten Zahlungen sei von der Fortexistenz des endgültigen Beitragsbescheids abhängig.
  4. In Übereinstimmung damit vertritt das **OVG Schleswig** (NVwZ-RR 2009, 627) für das Straßenausbaubeitragsrecht die Meinung, der Rechtsstreit über die Anfechtung eines Vorauszahlungsbescheids erledige sich nicht durch das Wirksamwerden des Bescheids über den endgültigen Beitrag. Denn werde der endgültige Bescheid in einem Widerspruchs- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahren aufgehoben, wirke dies auf den Zeitpunkt seines Erlasses zurück und sei der Bescheid als nicht erlassen zu behandeln. Damit entfalle rückwirkend die Ablösungswirkung und wirke die Festsetzung des Vorauszahlungsbescheids fort.
- II. **VGH Mannheim aaO** schließt sich bei der Frage nach dem Verhältnis zwischen Vorausleistungsbescheid und endgültigen Gebührenbescheid im Rahmen eines Dauerbenutzungsverhältnisses (§ 15 KAG) der Auffassung an, wonach ein Vorausleistungsbescheid in seinem festsetzenden Teil durch den endgültigen Heranziehungsbescheid bereits mit dem wirksamen Erlass dieses Bescheids abgelöst wird, ohne dass es auf den Eintritt der Unanfechtbarkeit ankommt.

*„Nach § 15 KAG kann durch Satzung bestimmt werden, dass auf die Gebührenschild im Rahmen eines Dauerbenutzungsverhältnisses angemessene Vorauszahlungen zu leisten sind. Bei diesen Zahlungen handelt es sich um **vorläufige Leistungen auf die künftige Gebührenschild**, die mit der später nach dem Entstehen der Gebührenschild festzusetzenden Gebühr zu verrechnen sind. Aus dem Wesen der Vorauszahlung ergibt sich, dass bei ihrer Festsetzung das voraussichtliche Maß der Inanspruchnahme der Einrichtung durch den Pflichtigen zugrunde zu legen ist, das seinerseits unter Berücksichtigung des bisherigen Umfangs der Benutzung festzulegen ist. Die Vorauszahlungen können danach nur aufgrund einer regelmäßig auf dem Ergebnis der letzten Veranlagung beruhenden Prognose festgesetzt werden. Das steht der Annahme entgegen, dass mit der Aufhebung des endgültigen Gebührenbescheids, mit dem auf der Grundlage des nunmehr feststehenden Umfangs der Benutzung die Gebührenschild bestimmt wird, wieder die Festsetzungen des Vorauszahlungsbescheids maßgeblich würden. Der nur vorläufige Charakter der in einem Vorausleistungsbescheid prognostisch bestimmten Höhe der Gebührenschild rechtfertigt vielmehr den Schluss, dass ein solcher Bescheid in seinem festsetzenden Teil durch den endgültigen Heranziehungsbescheid bereits mit dem wirksamen Erlass dieses Bescheids abgelöst wird. Darauf, ob der endgültige Heranziehungsbescheid bereits Bestandskraft erlangt hat, kommt es somit nicht an.“* (VGH Mannheim aaO)

VwGO  
§ 42 II

**Vereinsrechtliche Verbotsverfügung**  
**Klagebefugnis einer Gruppierung, die kein Verein ist**  
(BVerwG in NVwZ 2011, 372; Beschluss vom 19.07.2010 – 6 B 20/10)

VwGO

Eine **Gruppierung, die die Merkmale des Vereinsbegriffs** i. S. von Art. 9 I GG und § 2 I VereinsG **nicht erfüllt, aber als Verein** und deshalb rechtswidrig **mit einer vereinsrechtlichen Verfügung belegt wird**, wird durch sie in ihren Rechten verletzt und **kann diese Verfügung** gleichwohl in zulässiger Weise **anfechten**.

- I. Nach der **gefestigten Rspr. des BVerwG**, von der auch das OVG ausdrücklich ausgeht, ist **zur Anfechtung des Verbots einer Vereinigung regelmäßig nur die verbotene Vereinigung befugt, nicht hingegen ein einzelnes Mitglied**.

*„Die **Verbotsverfügung betrifft nicht die individuelle Rechtsstellung natürlicher Personen, sondern die Rechtsstellung der verbotenen Vereinigung als einer Gesamtheit von Personen**. Sofern das Vereinsverbot Rechte verletzt, können dies nur Rechte der verbotenen organisierten Personengesamtheit sein. Diese ist ungeachtet ihrer Rechtsform nach § 61 Nr. 2 VwGO beteiligungsfähig und wird im Rechtsstreit gem. § 62 III VwGO durch ihren Vorstand vertreten (BVerwG NVwZ 2002, 80; BVerwG = NVwZ 2004, 887).*

*Auf die **Klage einer als solche in Anspruch genommenen „Vereinigung“** ist grds. auch zu klären, ob die Voraussetzungen des Vereinsbegriffs nach § 2 I VereinsG erfüllt sind (BVerwG NVwZ 2002, 80). Nur ausnahmsweise und kumulativ zu dem Anfechtungsrecht der „Vereinigung“ können auch einzelne Personen, zu deren Händen eine Verbotsverfügung ergangen ist, nach § 42 II VwGO zur Anfechtung dieser Verfügung befugt sein, wenn sie geltend machen, die Existenz eines Vereins sei von vornherein ausgeschlossen und die Verfügung betreffe sie daher in ihrer persönlichen Rechtsstellung (BVerwG NVwZ 2002, 80).“* (BVerwG aaO)

- II. Der **Schutz aus Art. 2 I GG** kann nicht nach Art. 19 III GG einer „Vereinigung“ versagt werden, die ein an sie gerichtetes vereinsrechtliches Verbot unter Berufung darauf angreift, dass sie die Merkmale eines Vereins i. S. des Art. 9 I GG und des § 2 I VereinsG nicht erfülle.

*„Denn eine solche „Vereinigung“ weist, da sie ansonsten schwerlich Ziel einer Maßnahme nach dem Vereinsgesetz wäre, jedenfalls in Ansätzen eine organisatorische Verfestigung auf und ist, soweit es um die Frage ihrer Vereinseigenschaft geht, **Zuordnungsobjekt einer rechtlichen Regelung**, so dass eine Grundrechtsberechtigung der Organisation zur Abrundung*

des Freiheitsschutzes der hinter ihr stehenden Individuen anzunehmen ist (vgl. zu diesen Kriterien: Maunz/Dürig, GG III, Stand: Jan. 2010, Art. 19 III Rn 41; Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 19 Rn 65).“ (BVerwG aaO)

VwGO  
§ 80

**Rechtsbehelf gegen Kostenentscheidung**  
**keine aufschiebende Wirkung**

VwGO

(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2011, 225; Beschluss vom 25.09.2010 – 4 B 214/10)

Ein **Rechtsbehelf** gegen eine der Sachentscheidung beigefügte **Kostenentscheidung entfaltet keine aufschiebende Wirkung**.

- I. Die **aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage entfällt bei der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten**, § 80 II 1 Nr. 1 VwGO. Bei den erhobenen Gebühren und Auslagen handelt es sich um Kosten i. S. dieser Vorschrift (vgl. § 1 I 1 SächsVwKostG).
- II. **OVG Bautzen aaO** sieht **keinen Anlass** dafür, **im Falle einer mit einer Sachentscheidung verbundenen Kostenentscheidung** die Vorschrift des **§ 80 II 1 Nr. 1 VwGO** dahingehend **eng auszulegen**, dass sich die eventuelle aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs gegen die Sachentscheidung auf die Kostenentscheidung erstreckt.

„Während § 22 I SächsVwKostG des Bundes die Kostenentscheidung mit dem rechtlichen Schicksal der Sachentscheidung verknüpft (Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Nov. 2009, § 80 Rn 119 m. w. Nachw.), **findet sich eine entsprechende Regelung in § 23 SächsVwKostG gerade nicht**.

Damit ist es **nicht erforderlich**, in diesem Fall **von dem Grundsatz des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO abzuweichen**. Ebenso wie in allen anderen Anwendungsfällen dieser Vorschrift ist der Kostenschuldner unabhängig von der Einlegung eines Rechtsbehelfes zunächst gehalten, die angeforderten Kosten vorläufig zu bezahlen. Falls er mit seinem Rechtsbehelf gegen die Kostenerhebung obsiegt, werden zu Unrecht gezahlte Beträge zurückerstattet. Für die Dauer des Verfahrens steht der Behörde der eingeforderte Betrag zur Verfügung. Damit werden insbes. **Rechtsbehelfe erschwert, die den ausschließlichen Zweck der Erreichung eines Zahlungsaufschubes zulasten der Behörde verfolgen**. Die **Belange des Kostenschuldners**, die möglicherweise für eine vorläufige Verschonung von der Zahlungspflicht sprechen, **werden über § 80 IV 3 und V VwGO in ausreichendem Maße geschützt**.

Der Senat schließt sich daher der in der jüngeren Rspr. überwiegend vertretenen Auffassung an, dass ein Rechtsbehelf gegen eine der Sachentscheidung beigefügte Kostenentscheidung keine aufschiebende Wirkung entfaltet (vgl. VGH Mannheim NJOZ 2006, 497; VGH Kassel BeckRS 2005, 26860 jew. m. w. Nachw.; ebenso Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 80 Rn 61 m. w. Nachw.).“ (OVG Bautzen aaO)

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

RVG  
§ 4a I 1

**Erfolgshonorar**  
**unwirksame Vereinbarung bei PKH-Anspruch des Mandanten**  
(LG Berlin in AnwBI 2011, 150; Urteil vom 02.12.2010 – 10 O 238/10)

RVG

Die **Vereinbarung eines Erfolgshonorars ist unwirksam, wenn der Mandant Anspruch auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe** hat.

- I. Gem. **§ 49b II 1 BRAO i. V. m. § 4a I 1 RVG** darf ein **Erfolgshonorar** für eine anwaltliche Tätigkeit nur für den Einzelfall und **nur dann vereinbart werden, wenn der Mandant aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse** bei verständiger Betrachtung **ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten werden würde**.

Diese gesetzliche Regelung geht auf eine **Entscheidung des BVerfG** zurück, wonach das bis dahin uneingeschränkt geltende Verbot von Erfolgshonoraren insoweit mit der gem. Art. 12 GG gewährleisteten Berufsfreiheit unvereinbar sein sollte, als keine Ausnahme für den Fall vorgesehen war, dass der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsabhängigen Vergütung besonderen Umständen in der Person des Mandanten Rechnung tragen wollte, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen (BVerfGE 117, 163 = NJW 2007, 979).

Veröffentlichte Rspr. zu der am 01.07.2008 in Kraft getretenen Neuregelung liegt bislang nicht vor. Nach den Gesetzesmaterialien ist die Bestimmung aber eher eng auszulegen.

**Maßgeblich** für die in diesem Zusammenhang anzustellende Bewertung sind **ausschließlich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Mandanten**, nicht entscheidend ist seine besondere Risikoscheu (Mayer/Kroiß, RVG, 4. Aufl. 2009, § 4a Rn 30; Hartmann, Kostengesetze, 40. Aufl. 2010, § 4a RVG Rn 18).

- II. Ein **Ausnahmefall**, der die Vereinbarung eines Erfolgshonorars rechtfertigt, kann danach insbes. dann vorliegen, wenn ein Rechtssuchender aufgrund seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse keinen Anspruch auf Prozesskosten- oder Beratungshilfe hat (BVerfGE 117, 163 = NJW 2007, 979). Dies gilt namentlich dann, wenn das Vermögen des Betroffenen die einschlägigen Freigrenzen übersteigt, der **Mandant** aber gleichwohl **befürchten muss, im Falle eines Prozessverlustes sein** - etwa zur Altersvorsorge bestimmtes - **Vermögen vollständig zu verlieren** (Mayer/Kroiß aaO, § 4a Rn 33).

1. Dass es insoweit allerdings nicht allein auf die **subjektiven Befürchtungen des Mandanten** ankommen kann, hat der Gesetzgeber unmissverständlich klargestellt, indem er die **Zulässigkeit der Vereinbarung** eines Erfolgshonorars ausdrücklich **von einer „verständigen Würdigung“ abhängig** gemacht hat.

*„Es reicht deshalb nicht aus, wenn der Auftraggeber erklärt, er werde ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars sein Recht nicht verfolgen. Vielmehr muss sich die Entscheidung für die Vereinbarung eines Erfolgshonorars bei einer objektivierenden „verständigen Betrachtung“ unter Berücksichtigung aller Umstände als nachvollziehbar und plausibel erweisen (Gerold/Schmidt/Mayer, RVG, 19. Aufl. 2010, § 4a Rn 7 f.) Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat zunächst der um den Abschluss einer erfolgsabhängigen Vergütungsvereinbarung angegangene Rechtsanwalt zu beurteilen. Kommt er zum Ergebnis, dass dies nicht der Fall ist, muss er den Abschluss der Vereinbarung ablehnen bzw. darf seinem Mandanten eine entsprechende Vereinbarung nicht vorschlagen.“* (LG Berlin aaO)

2. Nach diesen Grundsätzen **steht der Einschätzung**, dass der Mandant bei einer verständigen Betrachtung aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten worden wäre, bereits **der Umstand entgegen, dass** nicht ausgeschlossen werden kann, dass ihm auf seinen Antrag hin **Prozesskostenhilfe für das beabsichtigte Klageverfahren bewilligt worden wäre**.

*„[Der Rechtsanwalt darf] sich nicht mit der formularmäßig abverlangten Erklärung des [Mandanten] begnügen, wonach dieser nicht damit rechne, Prozesskostenhilfe zu erhalten. Vielmehr hätte er sich zumindest in groben Zügen einen Überblick über dessen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse verschaffen müssen, um beurteilen zu können, ob bei einer „verständigen Betrachtung“ die Voraussetzungen für den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung nach § 4a I 1 RVG vorliegen. Zwar mag es zutreffen, dass ein Rechtsanwalt insoweit nicht verpflichtet ist, die Angaben seines Mandanten in tatsächlicher Hinsicht nachzuprüfen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass er sich eine tatsächliche Bewertungsgrundlage verschaffen muss, um das Vorliegen der Voraussetzungen einer erfolgsabhängigen Vergütungsvereinbarung tatsächlich auch beurteilen zu können.“* (LG Berlin aaO)

(OLG Nürnberg in NJW 2011, 621; Urteil vom 26.07.2010 – 14 U 220/10)

**Entwirft ein Rechtsanwalt für seinen Mandanten ein Mahnschreiben, ohne selbst nach außen in Erscheinung zu treten, so löst diese Tätigkeit keine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG, sondern allenfalls eine Beratungsgebühr nach § 34 RVG aus.**

I. Die **Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG** entsteht für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information und für die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags (Vorb. 2.3 III VV RVG).

1. Sie **entsteht nicht, soweit sich die Tätigkeit des Anwalts auf die Erteilung eines Rats oder einer Auskunft beschränkt** (§ 34 RVG; vgl. Hartmann, Kostengesetze, 39. Aufl., Nr. 2300 VV RVG Rn 10).

*„§ 34 genießt insoweit gegenüber Nr. 2300 VV RVG Vorrang (Gerold/Schmidt/Mayer, RVG, 19. Aufl., Nr. 2300, 2301 VV RVG Rn 2). Letzteres ist der Fall, wenn der Rechtsanwalt auftragsgemäß nur im Innenverhältnis zum Mandanten beratend tätig wird, also kein anderes Geschäft, vor allem keine Vertretung des Mandanten mit der Beratung verbunden ist (OLG Düsseldorf MDR 2009, 1420). In der Formulierung „für das Betreiben des Geschäfts“ kommt demgegenüber zum Ausdruck, dass es sich um die Gebühr handelt, nach der grds. die außergerichtliche Vertretung abzurechnen ist (s. hierzu auch BGH NJW 2007, 2050), man spricht insoweit auch generell von der „Betriebsgebühr“ (Gerold/Schmidt/Mayer, Nr. 2300, 2301 VV RVG Rn 13; Riedel/Sußbauer, RVG, 9. Aufl., VV RVG Teil 2 Rn 25; Göttlich/Mümmeler/Rehberg, RVG, 3. Aufl., „Geschäftsgebühr“ Anm. 2). Es kommt somit darauf an, ob der Rechtsanwalt auftragsgemäß auch nach außen wirken soll (OLG Düsseldorf MDR 2009, 1420; AG Hamburg-Altona NJOZ 2009, 356 = AGS 2008, 166).“ (OLG Nürnberg aaO)*

2. Ein solches **Wirken nach außen** oder gar eine Vertretung **liegt nicht vor, wenn der Rechtsanwalt auftragsgemäß lediglich ein** vom Auftraggeber selbst zu unterzeichnendes **Schreiben oder eine sonstige einseitige Erklärung entwirft.**

*„Nr. 2300 VV RVG fordert nach einhelliger Meinung ein Mehr gegenüber der Ratserteilung. Ein solches Mehr liegt nicht bereits dann vor, wenn der Rechtsanwalt ein Schreiben des Mandanten „vorformuliert“. Dies stellt lediglich einen Rat an den Mandanten dar, ein Schreiben zu verfassen und welchen Inhalt dieses haben soll. Eine solche Anwaltstätigkeit ist nicht – wie typischerweise bei einer Vertretung – nach außen gerichtet.“ (OLG Nürnberg aaO)*

II. Allerdings wird in der **Kommentarlit.** und teilweise auch in der **Rspr.** vertreten, Nr. 2300 VV RVG erfordere nicht, dass der Rechtsanwalt nach außen hervortritt (Gerold/Schmidt/Mayer, Nr. 2300, 2301 VV RVG Rn 13; ders., § 34 RVG Rn 14) oder der Auftrag dahin geht, nach außen tätig zu werden (Riedel/Sußbauer, VV Teil 2 Rn 27).

Sobald es also zu einer Tätigkeit komme, die über einen mündlichen oder schriftlichen Rat oder eine Auskunft hinausgehe, entstehe eine Gebühr nach Nr. 2300 VV RVG (Hartmann, Nr. 2300 VV RVG Rn 7; Riedel/Sußbauer, VV RVG Teil 2 Rn 27). Eine solche über einen bloßen Rat hinausgehende Tätigkeit liege bereits dann vor, wenn der Rechtsanwalt ein Schreiben des Mandanten an den Gegner entworfen hat, ohne selbst schon nach außen hervorzutreten (so auch LG Mönchengladbach AGS 2009, 163; Gerold/Schmidt/Mayer, Nr. 2300, 2301 VV RVG Rn 13; Mayer/Kroiß, RVG, 3. Aufl., Vorb. 2.3. Rn 8; Riedel/Sußbauer, VV RVG Teil 2 Rn 27; wohl auch Göttlich/Mümmeler/Rehberg, „Geschäftsgebühr“ Anm. 4.1, 5. 2).

III. **Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden**, obwohl sie der Rechtslage vor Inkrafttreten des RVG am 01.07.2004 entspricht.

*„Nach der vorher geltenden Regelung des § 118 I Nr. 1 BRAGO erhielt der Rechtsanwalt die Geschäftsgebühr für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information, des Einreichens, Fertigens oder Unterzeichnens von Schriftsätzen oder Schreiben und des Entwerfens von Urkunden. Im Gegensatz hierzu enthält Vorb. 2.3 III VV RVG das Entwerfen einer Urkunde nicht mehr, sondern lässt die Geschäftsgebühr über das Betreiben des Geschäfts (einschließlich der Information) hinaus nur noch für die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags entstehen. Um eine solche Tätigkeit handelt es sich beim Entwerfen eines Schriftsatzes zweifellos nicht.“ (OLG Nürnberg aaO)*

Gleichwohl bejaht die Kommentarlit. auch für diesen Fall das Entstehen der Geschäftsgebühr. Sie stützt sich teilweise darauf, dass der Gesetzesbegründung kein Hinweis zu entnehmen sei, dass nur dann Nr. 2300 VV RVG (in der früheren Fassung Nr. 2400 VV RVG) anwendbar sein soll, wenn die herzustellende Urkunde ein Vertrag ist, nicht aber eine einseitige Willenserklärung (so Gerold/Schmidt/Mayer, Nr. 2300, 2301 VV RVG Rn 13 unter Bezugnahme auf BT-Dr 15/1971, S. 206 f.).

1. Diese Ansicht, wonach die alte Gesetzesfassung „stillschweigend“ weitergelten soll, steht weder im Einklang mit dem **Wortlaut und der Systematik des Gesetzes** noch mit den **gesetzgeberischen Motiven.**

*„Der Vorschrift des § 118 I Nr. 1 BRAGO ließ sich entnehmen, dass das Entwerfen von Urkunden zum Betreiben des Geschäfts gehörte („einschließlich ... des Entwerfens von Urkunden“). Eine solche Formulierung enthält die an deren Stelle tretende Vorb. 2.3 III zum VV RVG nicht mehr. Die dort enthaltene Tatbestandsalternative „und für die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags“ ist enger als die frühere Regelung „einschließlich ... des Entwerfens von Urkunden“. Dass die Mitwirkung bei der Vertragsgestaltung zusätzlich („Betreiben ... und ... Mitwirken ...“) aufgenommen worden ist, liegt offenbar darin begründet, dass für diese Art der Tätigkeit ausnahmsweise eine Geschäftsgebühr anfallen soll, obgleich der Anwalt hierbei nicht unbedingt nach außen tätig werden muss. Sollte das „Betreiben des Geschäfts“ nach wie vor auch das Entwerfen von Urkunden umfassen, hätte es der gesonderten Aufnahme der engeren Tatbestandsalternative „für die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags“ nicht bedurft. Deren grammatikalische Anfügung durch das Wort „und“ an die Tätigkeitsbeschreibung „Betreiben des Geschäfts“ spricht vielmehr dafür, dass es sich um etwas anderes, zusätzliches handelt. Anderenfalls hätte sich eine Verknüpfung wie bei den Tätigkeitsbeispielen des § 118 I Nr. 1 BRAGO mittels des Wortes „einschließlich“ angeboten (vgl., auch AG Hamburg-Altona NJOZ 2009, 356).*

*Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass § 118 I Nr. 1 HS 2 BRAGO in **negativer Abgrenzung** bestimmte, dass der Anwalt die Geschäftsgebühr nicht für einen Rat oder eine Auskunft erhält. Alles andere unterfiel dem Begriff „Betreiben des Geschäfts“. Die Vorb. 2.3 III zum VV RVG enthält eine solche Negativabgrenzung nicht. Auch hieraus ist zu schließen,*

dass das RVG den Anfall einer Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG nur noch für diejenigen Fälle vorsieht, in denen der Anwalt nach außen tätig wird (so auch AG Hamburg-Altona NJOZ 2009, 356).“ (OLG Nürnberg aaO)

2. Diese Auslegung kann sich systematisch darauf stützen, dass die **Geschäftsgebühr ausdrücklich unter der Überschrift „Vertretung“ in Abschnitt 3 des VV RVG geregelt** ist und schließlich historisch durch die Begründung des Regierungsentwurfs zum RVG bestätigt wird.

„Dort wird zur früheren Nr. 2400 VV RVG, die der Nr. 2300 VV RVG in der seit dem 01.07.2006 geltenden (durch Art. 5 I KostRMoG, BGBl I, 718, geänderten) Fassung entspricht, ausgeführt: „Die vorgeschlagene Regelung soll an die Stelle des § 118 BRAGO treten, soweit dieser für die außergerichtliche Vertretung anwendbar ist.“ (BT-Dr 15/1971, S. 206; Hervorhebungen durch den Senat). Demgemäß heißt es in der **Gesetzesbegründung** zu Teil 2, (damaliger) Abschnitt 4 des Vergütungsverzeichnisses: „In diesem Abschnitt sollen nahezu alle Fälle der außergerichtlichen Vertretung ... zusammengefasst werden.“ (BT-Dr 15/1971, S. 206). Die Gesetzesbegründung stellt damit ausdrücklich auf die außergerichtliche Vertretung ab. Eine solche liegt gerade dann nicht vor, wenn der Rechtsanwalt auftragsgemäß nicht nach außen auftreten soll, um die Gegenseite nicht dazu zu verleiten, ihrerseits einen Rechtsanwalt zu beauftragen.

Diese Auslegung steht im **Einklang mit der Neuordnung des Vergütungsrechts durch das RVG**, die u. a. zum Wegfall der Besprechungsgebühr führte: Der Gesetzgeber sah diese als hinderlich für eine außergerichtliche Erledigung einer Angelegenheit an, da die Anspruchsgegner häufig den Griff zum Telefon scheuten, weil durch ein Telefonat mit dem Anwalt des Gegners die Gebühr ausgelöst wurde (BT-Dr 15/1971, S. 207). **Das Entfallen der Besprechungsgebühr sollte durch die Geschäftsgebühr ausgeglichen werden:** „Die künftig allein anfallende Gebühr soll das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information und der Teilnahme an Besprechungen sowie das Mitwirken bei der Gestaltung eines Vertrags abgelden. Eine Besprechungsgebühr ist nicht mehr vorgesehen. (...) Der erweiterte Abgeltungsbereich der Geschäftsgebühr erfordert eine andere Einordnung der unterschiedlichen außergerichtlichen Vertretungsfälle in den zur Verfügung stehenden größeren Gebührenrahmen.“ (BT-Dr 15/1971, S. 207).“ (OLG Nürnberg aaO)

3. Schließlich wird in der **Gesetzesbegründung** die Geschäftsgebühr als außergerichtliche Verfahrensgebühr bezeichnet (BT-Dr 15/1971, S. 147, li. Sp. unten), was ebenfalls dafür spricht, dass der gebührenauslösende Auftrag an den Rechtsanwalt dahin gehen muss, dass dieser nach außen tätig wird.

„Dies stellt auch **keine unbillige Beeinträchtigung des Vergütungsinteresses des Rechtsanwalts** dar: Wenn dessen Tätigkeit auftragsgemäß intern bleibt, dennoch aber einen einer externen Tätigkeit vergleichbaren Aufwand erfordert (wie es beim Entwurf eines Schreibens für den Mandanten der Fall sein kann), bleibt – entsprechend der gesetzgeberischen Intention (vgl. BT-Dr 15/1971, S. 147, re. Sp.) – dem Rechtsanwalt die Möglichkeit, hierfür mit dem Mandanten eine angemessene Gebühr gem. § 34 I 1 RVG zu vereinbaren.“ (OLG Nürnberg aaO)

VV RVG  
Nr. 3104

**Terminsgebühr**  
**bei Entscheidung ohne mündliche Verhandlung**  
(KG in FamRZ 2011, 591; Beschluss vom 08.11.2010 – 19 WF 183/10)

RVG

Wird in einer **Familienstreitsache im Einverständnis der Beteiligten** oder gem. § 307 ZPO (Anerkenntnis) **ohne mündliche Verhandlung entschieden, entsteht eine Terminsgebühr** für den Rechtsanwalt.

„Dem steht nicht entgegen, dass tatsächlich keine mündliche Verhandlung in der Sache erfolgt ist. Nach Abs. 1 Nr. 1 der Anmerkung zu Nr. 3104 VV-RVG entsteht die Terminsgebühr auch dann, wenn in einem Verfahren mit vorgeschriebener mündlicher Verhandlung im Einverständnis mit den Beteiligten oder gem. § 307 ZPO ohne mündliche Verhandlung entschieden wird. Dem Kostenfestsetzungsbeschluss liegt eine Kostenentscheidung zugrunde, die in einer Familienstreitsache ergangen ist. In dieser wäre ungeachtet des Anerkenntnisses mündlich zu verhandeln gewesen. Dies folgt aus § 113 I 2 FamFG, der § 128 I ZPO für anwendbar erklärt, nach dem über den „Rechtsstreit“ mündlich zu verhandeln ist.

Es ergibt sich nichts anderes daraus, dass § 113 I FamFG ebenfalls auf § 128 IV ZPO verweist, wonach Entscheidungen des Gerichts, die nicht Urteile sind, ohne mündliche Verhandlungen ergehen können, soweit nichts anderes bestimmt ist. Zwar ergehen auch die Endentscheidungen in Familienstreitsachen gem. § 116 I FamFG durch Beschluss, jedoch ist damit **nicht zugleich der Grundsatz aufgehoben, dass in diesen Sachen zumindest in erster Instanz ein Termin zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen ist**. Allein daraus, dass stets durch Beschluss zu entscheiden ist, kann nicht auf einen Fall einer freigestellten mündlichen Verhandlung geschlossen werden (siehe auch Volpert RVGreport 2010, 287). Dies folgt nicht zuletzt aus einem **Umkehrschluss zu § 68 III FamFG**. Dieser eröffnet allein dem Beschwerdegericht die Möglichkeit, von der Durchführung eines Termins bzw. einer mündlichen Verhandlung abzusehen. Zudem betrifft der Anwendungsbereich des § 128 IV ZPO i. d. R. im Rechtsstreit zu treffende Nebenentscheidungen, nicht aber Endentscheidungen in der Hauptsache.“ (KG aaO)

VV RVG  
Nr. 7003

**Reisekostenerstattungsanspruch**  
**Kanzlei und Zweigstelle**  
(OLG Dresden in Rpfleger 2011, 240; Beschluss vom 07.06.2010 – 2 Ws 93/10)

RVG

Von dem **Begriff „Kanzlei“** i. S. der Vorbem. zu Teil 7 VV RVG wird auch die **Zweigstelle einer Rechtsanwaltskanzlei erfasst**. **Fahrtkosten** für eine Geschäftsreise zu einem Ziel innerhalb der Gemeinde, in der die Zweigstelle unterhalten wird, **können deshalb nicht gem. Nr. 7003 VV RVG erstattet werden**.

- I. Mit dem **Gesetz zur Stärkung der Selbstverwaltung der Rechtsanwaltschaft** vom 27.03.2007 (BGBl I, 358) wurde § 28 BRAO, der bis dahin das Verbot der Errichtung einer Zweigstelle mit Erlaubnisvorbehalt vorsah, aufgehoben.

**§ 27 II BRAO** wurde durch das Gesetz dahingehend neu gefasst, dass der Rechtsanwalt die Errichtung einer Zweigstelle unverzüglich der Rechtsanwaltskammer anzuzeigen hat und die Errichtung einer Zweigstelle im Bezirk einer anderen Rechtsanwaltskammer auch dieser Rechtsanwaltskammer anzuzeigen ist.

Weitergehende, mit der Aufhebung des Zweigstellenverbots einhergehende Regelungen, insbes. solche des RVG, hat der Gesetzgeber nicht getroffen. Auch die daraufhin geführte Diskussion über die Folgen der Aufhebung des Zweigstellenverbots sowie das Verhältnis zwischen Kanzlei und Zweigstelle (vgl. Dahns NJW 2007, 1553; ders. NJW-Spezial 2009, 654; Horn BRAK-Mitt 2007, 94; Hartung AnwBI 2007, 438; Römermann AnwBI 2007, 609; Hommerich/Kilian AnwBI 2009, 712) hat keinen Anlass zu weiterer gesetzgeberischer Tätigkeit gegeben.

- II. Die **BORA** schreibt lediglich vor, dass der Rechtsanwalt verpflichtet ist, die für seine Berufsausübung erforderlichen sachlichen, personellen und organisatorischen Voraussetzungen vorzuhalten (§ 5 BORA).

Nach **einer Auffassung** soll damit verdeutlicht werden, dass **Zweigstellen qualitativ eine Zweitzkanzlei sind** und die bisherigen an eine Kanzlei zu stellenden Voraussetzungen somit auch für Zweigstellen gelten (Dahns NJW-Spezial 2009, 654). Nach **anderer Ansicht** sei die **Zweigstelle etwas Nachgeordnetes**, setze schon logisch eine Hauptstelle voraus und sei im Gegensatz zur Abhaltung auswärtiger Sprechstage eine ständige, räumlich gebundene Einrichtung (Horn BRAK-Mitt 2007, 95).

- III. Die Bezeichnung der Zweigstelle als „Zweitzkanzlei“ trägt jedoch nicht ausreichend dem Umstand Rechnung, dass der Rechtsanwalt gem. **§ 27 I BRAO** verpflichtet ist, im Bezirk der Rechtsanwaltskammer, deren Mitglied er ist, eine Kanzlei einzurichten und zu unterhalten.

*„Gem. Abs. 2 S. 1 der Vorschrift hat der Rechtsanwalt die Verlegung seiner Kanzlei der Rechtsanwaltskammer unverzüglich anzuzeigen. Bereits die gesetzliche Regelung zeigt deshalb, dass der Rechtsanwalt nur eine Kanzlei unterhalten kann. Diese Auffassung wird auch belegt durch die Abgrenzung in § 29a BRAO, der ausdrücklich von weiteren „Kanzleien“ in anderen Staaten spricht. Die Zweigstelle ist daher zwar nicht zwingend als der Kanzlei nachgeordnet, jedoch als unselbstständiger Bestandteil der Kanzlei anzusehen, die der Rechtsanwalt gegenüber der Rechtsanwaltskammer nach § 27 I BRAO mitgeteilt hat. Die Unselbstständigkeit der Zweigstelle zeigt sich insbes. auch darin, dass es im Belieben des Rechtsanwalts steht, in welchem Umfang er von seiner jeweiligen beruflichen Niederlassung Gebrauch macht. Eine bestimmte Anwesenheitsquote des Rechtsanwalts an dem einem oder dem anderen Ort fordert das Berufsrecht nicht. Damit lässt sich in aller Regel auch objektiv nicht feststellen, welche Kanzlei die „Kanzlei“ im engeren Sinne und welche die Zweigstelle ist (Römermann AnwBI 2007, 609).“*

*Damit wird vom Wortlaut des RVG nicht nur die Kanzlei im engeren Sinne gem. § 27 BRAO, sondern die Gesamtheit der Kanzlei – bestehend aus Hauptstelle und Zweigstellen – umfasst. Ein entgegenstehender Gesetzeszweck, der Anlass zu einer teleologischen Reduktion geben könnte, ist nicht ersichtlich. Auch ein bestimmter Wille des Gesetzgebers ist nicht erkennbar. Mit der Aufhebung des § 28 BRAO war auch keine Änderung des RVG notwendig, weil bereits die alte Rechtslage die Einrichtung von Zweigstellen, wenn auch unter Erlaubnisvorbehalt, vorsah. Schließlich findet auch die teilweise in der Literatur vertretene Auffassung, es komme darauf an, ob der Rechtsanwalt am Tag des Termins in seiner Zweigstelle Sprechstunden abhalte (Gerold/Schmidt-Madert, RVG, 18. Aufl., Nr. 7003, 7004 VV RVG Rn 8), im Gesetz keine Stütze.“ (OLG Dresden aaO)*

## Aus der Praxis

UWG

§§ 5 I 2 Nr. 3, 8

### irreführende Werbung „Haus der Anwälte“

RA/Nt

(LG Osnabrück in AnwBl 2011, 295; Urteil vom 22.12.2010 – 1 O 2937/10)

**Fall:** Die Verfügungskl. betreibt eine Partnerschaftsgesellschaft mit acht Rechtsanwälten und ist damit in N. die Rechtsanwaltskanzlei mit den meisten Rechtsanwälten. Daneben gibt es in N. mindestens zwei Kanzleien mit vier Rechtsanwälten sowie mehrere Kanzleien mit drei und weniger Rechtsanwälten.

Der Verfügungsbekl. betreibt eine Kanzlei, in der neben ihm noch ein weiterer Rechtsanwalt tätig ist. Sie befindet sich im Erdgeschoss eines zweistöckigen Gebäudes; es ist der Einzug eines weiteren Rechtsanwalts in das Obergeschoss geplant, der als Partner aus der von der Verfügungskl. betriebenen Partnerschaftsgesellschaft ausscheidet.

Seit dem 30.11.2010 hat der Verfügungsbekl. an der Vorderfront seines Kanzleigebäudes in grau-metallfarbenen Lettern die Inschrift „Das Haus der Anwälte“ angebracht, das Kanzleischild des Verfügungsbekl. nimmt dabei ungefähr die Hälfte des Schildes in Anspruch. Die Inschrift „Das Haus der Anwälte“ sowie das Schild mit dem Kanzleinamen des Verfügungsbeklagten sind durch einen weißfarbenen Querbalken getrennt, der sich von dem Eingangsbereich des Gebäudes bis zum rechtsseitigen Ende der Vorderfront erstreckt. Bei Dunkelheit sind die Lettern der Inschrift hell erleuchtet, während das durch zwei Bodenstrahler beleuchtete Kanzleischild wesentlich dunkler erscheint.

Die Bezeichnung des Hauses des Verfügungsbekl. als „**Das Haus der Anwälte**“ beinhaltet eine **irreführende Angabe über die geschäftlichen Verhältnisse der dort ansässigen Rechtsanwälte** und stellt somit gem. § 5 I 2 Nr. 3 UWG eine **irreführende geschäftliche Handlung** dar.

- I. Eine Angabe ist dann **irreführend**, wenn sie den angesprochenen Verkehrskreisen einen **unrichtigen Eindruck vermittelt** (Pieper/Ohly/Sosnitzka, UWG, 5. Aufl. (2010), § 5 Rn 107). Das bemisst sich maßgeblich danach, wie der angesprochene Verkehr die beanstandete Angabe aufgrund ihres **Gesamteindrucks** versteht. Dabei ist auf das Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers abzustellen, der der Inschrift die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (BGH NJW 2005, 2229). Es ist jedoch nicht erforderlich, dass die Angabe von allen angesprochenen Verkehrskreisen in einem irreführenden Sinn verstanden wird. Vielmehr reicht es aus, wenn das bei nicht unerheblichen Teilen der Verkehrskreise eintritt.
- II. Die **Verwendung des Begriffs „Haus“ i. V. mit dem bestimmten Artikel** wird von nicht unerheblichen Teilen der Verkehrskreise **als Hinweis auf eine bestimmte Vielfalt und Qualität** der in diesem Gebäude angebotenen Rechtsberatung **verstanden**.

*„Dem Verfügungsbekl. ist zwar zuzugeben, dass die Bezeichnung „Haus“ im Laufe der Zeit einen Bedeutungswandel erfahren hat und heute nicht mehr ausnahmslos und unabhängig von dem konkreten Verwendungszusammenhang als Bezeichnung für ein Unternehmen verstanden wird, das durch die Breite und Vielgestaltigkeit seines Sortiments, durch sachkundiges Personal und durch die aufgrund des Umsatzes bestehende Größe den Durchschnitt der örtlichen Konkurrenz überragt (vgl. dazu auch Köhler/Bornkamp, UWG, 27. Aufl. (2009), § 5 UWG Rn 5, 24). Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass in einigen Zusammensetzungen wie „Möbelhaus“, „Kaufhaus“ oder „Warenhaus“ die **traditionelle Bedeutung** noch weiter durchscheint. In diesem Zusammenhang ist auch der Begriff des **Ärztshauses** zu nennen, der von nicht unwesentlichen Teilen des Verkehrs als Kennzeichnung für ein Haus verstanden wird, in dem sich mehrere Arztpraxen befinden.*

*Bei der vorliegend zu beurteilenden Bezeichnung kommt hinzu, dass die Verwendung des bestimmten Artikels von nicht unwesentlichen Verkehrsteilen als **Hinweis auf eine gewisse Herausgehobenheit der angebotenen Rechtsberatung** verstanden werden kann: Wenngleich der bestimmte Artikel in der Inschrift nicht mit einem Superlativ wie „das beste“, „das erste“ oder „das einzige“ oder mit einem anderen Eigenschaftswort empfehlenden Charakters verbunden ist, so schwingt in der Bezeichnung „Das Haus der Anwälte“ doch die **Bedeutung von „schlechthin“** mit. Zur Überzeugung der Kammer steht daher fest, dass die Verwendung des Begriffes „Haus“ i. V. mit dem bestimmten Artikel bei nicht unwesentlichen Teilen der angesprochenen Verkehrskreise die Vorstellung hervorruft, dass in dem so bezeichneten Gebäude mehrere Rechtsanwaltskanzleien mit einer Vielzahl von Rechtsanwälten ansässig sind.*

*Darüber hinaus ist die Bezeichnung „Das Haus der Anwälte“ auch geeignet, bei nicht unwesentlichen Teilen der angesprochenen Verkehrskreise die Vorstellung zu wecken, dass die in dem so bezeichneten Gebäude ansässigen Rechtsanwaltskanzleien in bestimmter Weise miteinander kooperieren, etwa dergestalt, dass bei komplexen, mehrere Rechtsgebiete umfassenden Rechtsfragen mehrere spezialisierte Rechtsanwälte aus den unterschiedlichen, in dem Gebäude ansässigen Kanzleien zusammenarbeiten. Dieser durch die verwendete Bezeichnung bei nicht unwesentlichen Teilen der Verkehrskreise geweckten Erwartung wird die Kanzlei des Verfügungsbeklagten, die im Entscheidungszeitpunkt lediglich zwei Rechtsanwälte umfasst, nicht gerecht. Die Kammer vermag auch nicht zu erkennen, dass sich insoweit durch den Einzug der Einzelkanzlei von Rechtsanwalt Dr. d. Le. in das Gebäude etwas Wesentliches ändert.“ (LG Osnabrück aaO)*

- III. Die bei nicht unwesentlichen Verkehrsteilen durch die Bezeichnung „Das Haus der Anwälte“ hervorgerufene **Fehlvorstellung über den Umfang des beworbenen Rechtsberatungsangebotes** ist auch **dazu geeignet, die Marktentscheidung** der betreffenden Verbraucher **in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen**.

*„Der Umfang der angebotenen Rechtsberatung ist für die Entscheidung der angesprochenen Verkehrskreise, die angebotene Rechtsberatung in Anspruch zu nehmen, **wichtig**, da mit einer Vielzahl von Rechtsanwälten i. d. R. auch eine **größere Bandbreite der Spezialisierung** einhergeht, die bei der Bearbeitung von komplexen, mehrere Rechtsgebiete umfassenden Rechtsfragen hilfreich sein kann. Dabei ist es für die **wettbewerbliche Relevanz** unerheblich, ob der Verbraucher nach dem Bemerkens seines Irrtums die zunächst getroffene Entscheidung revidiert. Es reicht aus, dass sein Irrtum dazu führt, dass er sich mit dem Angebot des Werbenden näher auseinandersetzt. Auch die Irreführung, die nur zu einem **Anlockeffekt** führt, wird von dem Verbot des § 5 UWG erfasst (Hefermehl/Köhler/Bornkamp aaO, § 5 UWG Rn 2, 192 f.).“ (LG Osnabrück aaO)*

- IV. Die Bezeichnung „Das Haus der Anwälte“ ist zudem auch deshalb irreführend, weil die ohne jede Einschränkung, wie z.B. einem Namenszusatz o.ä., verwendete **Bezeichnung sehr allgemein und absolut** wirkt.

„Vor diesem Hintergrund kann sie bei nicht unwesentlichen Teilen der angesprochenen Verkehrskreise die Vorstellung hervorrufen, dass das so bezeichnete Gebäude der **Sitz einer lokalen oder regionalen Stände- oder Interessenvertretung von Rechtsanwälten** ist. Zutreffend verweist der Verfügungskl. in diesem Zusammenhang auf das in N. ansässige „Haus des Handwerks“, bei dem es sich um eine Einrichtung der Kreishandwerkerschaft handelt, die die Interessenvertretung der Handwerker beherbergt. Auch der Begriff „Ärztelhaus“ ist in diesem Zusammenhang zu nennen, der verschiedentlich der Kennzeichnung der regionalen Niederlassungen der ärztlichen Körperschaften und Verbände dient (vgl. dazu Hanseatisches OLG WRP 1982, 278). Die von dem Verfügungsbekl. verwendete **Inschrift ist den Bezeichnungen „Haus des Handwerks“ und „Ärztelhaus“ sehr ähnlich**, wobei die Vorstellung, sie diene der Bezeichnung für etwas in N. Einzigartiges wie dem Sitz der anwaltlichen Stände- oder Interessenvertretung, durch die zweifache Verwendung des bestimmten Artikels noch wesentlich gefördert wird.

Auch die vorgenannte **Fehlvorstellung ist geeignet, die Marktentscheidung der Verbraucher** in wettbewerblich relevanter Weise zu **beeinflussen**. Denn durch sie kann bei nicht unwesentlichen Teilen der angesprochenen Verkehrskreise der Eindruck entstehen, dass es sich bei der Kanzlei des Verfügungsbekl. um eine **besonders ausgewählte Kanzlei** handelt, weil sie in demselben Gebäude wie die Stände- oder Interessensvertretung der Anwälte ansässig ist. Diese Vorstellung ist geeignet, den durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher dazu zu bewegen, das Rechtsberatungsangebot des Verfügungsbekl. in Anspruch zu nehmen.“ (LG Osnabrück aaO)

BNotO  
§§ 47, 48a

### Altersdiskriminierung Altersgrenze für Notare

RA/Nt

(OLG Frankfurt a.M. in MDR 2011, 328; Urteil vom 07.10.2010 – 2 Not 8/10)

Die **altersmäßige Begrenzung des Notaramtes stellt keinen Akt der Altersdiskriminierung** dar und ist zudem auch **verfassungsgemäß**.

- I. Die vom Gesetzgeber eingeführte altersmäßige Begrenzung des Notaramtes verletzt einen Notar nicht in einem solchem Maß in seinen Rechten, dass an eine Nichtigkeit der Norm zu denken wäre.

Die Regelung in **§§ 47 Nr. 1, 48a BNotO**, wonach das Amt des Notars mit Erreichen der Altersgrenze von 70 Jahren erlischt, ist **mit dem Grundgesetz vereinbar**, wie das BVerfG bereits entschieden hat (vgl. BVerfG NJW 2008, 1212 und DNotZ 1993, 260).

- II. Die Vorschriften **§§ 47, 48 a BNotO verstoßen auch nicht gegen das aus der Richtlinie 2000/78/EG des Rates** zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf **folgende Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters**.

„Eine unmittelbare Benachteiligung liegt dann vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes (hier: das Alter) eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die **unmittelbare Benachteiligung scheidet hier schon deswegen aus, weil alle Notare von ihr betroffen sind**. § 48a BNotO privilegiert den Notar gegenüber vergleichbaren Amtsträgern, weil die Altersgrenze um fünf Jahre höher liegt als das allgemeine Rentenalter oder die Altersgrenze im öffentlichen Dienst.

Die in vergleichbarer Situation befindlichen übrigen Amtsträger - Beamte, Richter und Soldaten - scheidet früher aus dem Amt und sind nicht besser gestellt.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- III. Eine **mittelbare Benachteiligung liegt gleichfalls nicht vor**.

„Diese wäre zu bejahen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Der von in diesem Zusammenhang gezogene **Vergleich zu Rechtsanwälten**, für die eine Altersbegrenzung nicht gilt, **greift bereits deshalb nicht, weil der Kl. selbst Rechtsanwalt ist und es ihm unbenommen bleibt, diesen Beruf weiter auszuüben**. Er ist **gegenüber dieser Berufsgruppe nicht benachteiligt**.

Nach den Ausführungen des BVerfG in der bereits zitierten Entscheidung, denen sich der Senat anschließt, besteht im Gegensatz zu der Rechtsanwaltschaft bei Notaren i. Ü. ein überwiegendes **öffentliches Interesse an dem Bestehen einer Altersgrenze**. Die gesetzliche Altersgrenze dient der Aufrechterhaltung der Altersstruktur dieses Berufs. Die nachrückenden Generationen müssen an der Verteilung der Ämter beteiligt sein, um eine kontinuierliche Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten.

Ein Notar kann auch nicht bis zum Eintritt **individueller Gebrechlichkeit** im Amt bleiben, weil dieses Amt mit einer hohen Verantwortung für fremde Rechtsgüter von erheblichem Wert verbunden ist. Die körperlichen und geistigen Kräfte lassen im Alter zunehmend nach, wenn auch in unterschiedlichem Maße. Eine **ständige Überprüfung der über 70 Jahre alten Notare auf fortbestehende Leistungsfähigkeit** wäre für die Justizverwaltung **nicht durchführbar**.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

BORA  
§ 12

### Zustellung an Rechtsanwalt Zulässigkeit

BORA

(BGH in NJW 2011, 1005; Urteil vom 08.02.2011 – VI ZR 311/09)

Solange **kein Verfahren anhängig** ist, besteht **keine rechtliche Verpflichtung**, nur noch **mit dem beauftragten Rechtsanwalt zu korrespondieren** und ein Mahnschreiben statt der Partei dem von ihr beauftragten Rechtsanwalt zuzustellen. Eine solche **Verpflichtung lässt sich weder aus § 172 ZPO noch aus § 12 BORA ableiten**.

„Nach § 172 I ZPO hat die Zustellung in einem anhängigen Verfahren an den für den Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten zu erfolgen. Nach ihrem **eindeutigen Wortlaut und Sinn** ist die **Vorschrift nur auf ein bereits anhängiges gerichtliches Verfahren bezogen** und sagt nichts über die Frage des richtigen Zustellungsadressaten bei außergerichtlichen Streitigkeiten aus.

§ 12 BORA verbietet es zwar einem Rechtsanwalt grds., ohne Einwilligung des gegnerischen Rechtsanwalts mit dessen Mandanten unmittelbar Verbindung aufzunehmen oder zu verhandeln. Zweck des Verbots sind der Schutz des gegnerischen Rechtsanwalts vor Eingriffen in dessen Mandatsverhältnis, der Schutz des gegnerischen Mandanten und der Schutz der Rechtsprechung vor der Belastung mit Auseinandersetzungen, die ihren Grund in Einlassungen der von ihrem Rechtsanwalt nicht beratenen Partei finden. Trotz dieses **Schutzzwecks** kommt sie als Anspruchsgrundlage für den Kl. aber nicht in Betracht, weil diese **berufsrechtliche Vorschrift nur die beteiligten Rechtsanwälte, nicht jedoch die von ihnen vertretenen Mandanten verpflichtet** (vgl. BGH NJW 2003, 3692 = VersR 2004, 402 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

ZPO  
§ 115

**Einkommensermittlung im PKH-Prüfungsverfahren**  
**keine Berücksichtigung einer Geldstrafe**  
(BGH in FamRZ 2011, 554; Beschluss vom 12.01.2011 – XII ZB 181/10)

ZPO

- I. Die auf eine **Geldstrafe** zu zahlende Rate ist **bei der Einkommensermittlung** gem. § 115 I 3 Nr. 4 ZPO **nicht zu berücksichtigen**.

„Die Berücksichtigung einer Geldstrafe bei der Einkommensermittlung führt jedenfalls in denjenigen Fällen zu unangemessenen Ergebnissen i. S. von § 115 I 3 Nr. 4 ZPO, in denen der Bedürftige dadurch **im Ergebnis Prozesskosten erspart und damit letztlich die Staatskasse für seine Geldstrafe bzw. einen Teil hiervon aufkäme**. Ein solches **Ergebnis wäre mit Sinn und Zweck der Geldstrafe nicht vereinbar** und kann daher auch **nicht prozesskostenhilferechtlich angemessen sein**.“ (BGH aaO)

- II. Die Nichtberücksichtigung der Geldstrafe **darf indes nicht dazu führen, dass dem Bedürftigen der Zugang zu den Gerichten versperrt wird**.

„Die Prozesskostenhilfe soll das **verfassungsrechtliche Gebot der Rechtsschutzgleichheit** verwirklichen, indem sie Bemittelte und Unbemittelte in den Chancen ihrer Rechtsverfolgung gleichstellt (BVerfG NVwZ 2004, 334). Auch der armen Partei darf die Prozessführung nicht unmöglich gemacht werden. Das wäre aber zu befürchten, wenn ohne zureichende staatliche Prozesskostenhilfe das Existenzminimum einer Partei unterschritten würde (BVerfG NJW 1988, 2231 = FamRZ 1988, 1139).

Dem steht der **Sinn und Zweck einer Geldstrafe** nicht entgegen: Danach hat der Verurteilte als „Strafübel“ zwar spürbare wirtschaftliche Einbußen hinzunehmen. Die Strafe bezweckt hingegen nicht, ihm den Zugang zu den Gerichten im Falle einer – nicht mutwilligen (vgl. § 114 S. 1 ZPO) – Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung zu versperren.

Ebenso muss sichergestellt werden, dass der Bedürftige bei Nichtberücksichtigung der auf die Geldstrafe gezahlten Raten nicht Gefahr läuft, die Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen zu müssen. Dieses Risiko bestünde aber, **wenn die (höheren) Zahlungen auf die Prozesskosten dazu führten, dass er die Raten für die Geldstrafe nicht mehr – vollständig – aufbringen könnte** (vgl. § 43 StGB).

Den vorstehenden Bedenken tragen jedoch die Vorschriften des § 42 StGB i. V. mit § 459 a StPO hinreichend Rechnung: Danach kann der Bedürftige bei einer – auch im Lichte der von ihm verurteilten Strafe – nicht mehr zumutbaren wirtschaftlichen Belastung eine entsprechende Zahlungserleichterung bei der Vollstreckungsbehörde, also der StA (§ 451 I StPO), erreichen (ebenso OLG Karlsruhe FamRZ 2008, 1541).“ (BGH aaO)

ZPO  
§ 115 II

**PKH-Bewilligung**  
**bei Zulassung der Berufung**  
(OVG Bremen in NJW 2011, 1018; Beschluss vom 01.12.2010 – 2 S 14/10)

ZPO

Eine **Klage hat hinreichende Aussicht auf Erfolg** i. S. des Prozesskostenhilferechts, **wenn das Gericht, das über die Prozesskostenhilfe zu entscheiden hat, die Berufung bereits wegen grds. Bedeutung zugelassen hat**.

„Prozesskostenhilfe [muss] nicht immer schon dann gewährt werden, wenn die entscheidungserhebliche Rechtsfrage noch nicht höchstrichterlich geklärt ist. Die Ablehnung der Gewährung kann ungeachtet des Fehlens einschlägiger höchstrichterlicher Rspr. gerechtfertigt sein, wenn die Rechtsfrage angesichts der gesetzlichen Regelung oder im Hinblick auf Auslegungshilfen, die von bereits vorliegender Rechtsprechung bereitgestellt werden, ohne Schwierigkeiten beantwortet werden kann (vgl. nur BVerfG NJW 2008, 1060).

Daran gemessen hatte die Klage hinreichende Erfolgsaussichten (wird ausgeführt).

Die hinreichenden Erfolgsaussichten der Klage durften aber allein aus dem Grunde nicht verneint werden, weil das VG die Berufung wegen grds. Bedeutung der Sache nach § 124 a I i. V. mit § 124 II Nr. 3 VwGO zugelassen hat. Damit hat das VG zum Ausdruck gebracht, dass nach seiner Auffassung **die für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Rechtsfrage** über die Bedeutung für den zu entscheidenden konkreten Fall hinaus **wesentliche Bedeutung für die einheitliche Auslegung und Anwendung des Rechts oder für die Fortbildung des Rechts** hat (vgl. Kopp, VwGO, 15. Aufl., § 132 Rn 9).

Kommt einer Rechtsfrage diese Bedeutung zu, so läuft es dem **Gebot der Rechtsschutzgleichheit** zuwider, dem Unbemittelten wegen fehlender Erfolgsaussichten seines Begehrens Prozesskostenhilfe vorzuenthalten, denn **Rechtsfragen**, die nach Auffassung des entscheidenden Gerichts zur Einheit der Rechtsordnung oder der Rechtsfortbildung klärungsbedürftig sind, **sind nicht im Nebenverfahren der Prozesskostenhilfe zu entscheiden**. Ansonsten würde der unbemittelten Partei die Möglichkeit genommen, ihren Rechtsstandpunkt im Hauptsacheverfahren darzustellen und von dort aus in die höhere Instanz zu bringen (vgl. BVerfG NJW 2008, 1060). In einem solchen Fall kann dem Rechtsschutzsuchenden auch nicht vorgeworfen werden, er hätte seine Prozessaussichten unvernünftig abgewogen und das Kostenrisiko vernachlässigt.“ (OVG Bremen aaO)

(BGH in DB 2011, 583 = NZG 2011, 343; Beschluss vom 10.02.2011 – IX ZB 145/09)

## I. Eine als GbR geführte Rechtsanwaltssozietät ist eine parteifähige Vereinigung i. S. des Prozesskostenhilferechts.

„Die Vorschrift des § 116 S.1 ZPO knüpft die Gewährung von Prozesskostenhilfe für juristische Personen und parteifähige Vereinigungen an **besondere rechtliche Voraussetzungen**. Zu den parteifähigen Vereinigungen gehören neben der oHG und der KG (§§ 124 I, 161 II HGB) insbes. die nicht rechtsfähigen Vereine (§ 50 II ZPO; vgl. bereits BGH NZG 2007, 826 = NJW 2008, 69 = WM 2007, 1932).

Infolge der ihr durch die Rspr. zugebilligten Rechtsfähigkeit (BGHZ 146, 341 ff. = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056) ist auch die GbR, die durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, als parteifähige Vereinigung i. S. des § 116 S. 1 Nr. 2 ZPO anzusehen (vgl. OLG Dresden MDR 2008, 818; MüKo-ZPO/Motzer, 3. Aufl., § 116 Rn 20; Zöller/Geimer, ZPO, 27. Aufl., § 116 Rn 11 a; Musielak/Fischer, ZPO, 7. Aufl., Rn 11; Prütting/Gehrlein/Völker/Zempel, ZPO, 2. Aufl., § 116 Rn 16). Als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts erweist sich die klagende Rechtsanwaltssozietät somit als parteifähige Vereinigung. Es wäre mit dem **eindeutigen Wortlaut des § 116 S. 1 Nr. 2 ZPO** nicht zu vereinbaren, Rechtsanwaltssozietäten im Unterschied zu anderen GbR vom Geltungsbereich der Vorschrift freizustellen. Eine solche Rechtsanwendung würde überdies mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 I GG) kollidieren, weil selbst juristische Personen und parteifähige Vereinigungen, die gemeinnützige Zwecke verfolgen, der Regelung des § 116 S. 1 Nr. 2 ZPO unterliegen (BGHZ 101, 18 = NJW 1987, 2865 = KostRspr. ZPO § 116 Nr. 7; KG NJOZ 2007, 55; Musielak/Fischer, § 116 Rn 18).“ (BGH aaO)

## II. Die Durchsetzung von Gebührenforderungen rechtsberatender Berufe berührt jedoch keine allgemeinen Interessen, sodass Prozesskostenhilfe gleichwohl nicht zu bewilligen ist.

„Der Gesetzgeber hat die Gewährung von Prozesskostenhilfe an juristische Personen oder parteifähige Vereinigungen durch § 116 S. 1 Nr. 2 ZPO in Einklang mit der Verfassung an das **spezielle Erfordernis** geknüpft, dass die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde. Diese Beschränkung trägt den besonderen Verhältnissen der juristischen Personen und rechtsfähigen Vereinigungen Rechnung. Diese Rechtsformen bieten den dahinter stehenden Personen wirtschaftliche Vorteile, bei Kapitalgesellschaften zusätzlich eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen. Die Rechtsträgerschaft parteifähiger Vereinigungen ist an ein ausreichendes Gesellschaftsvermögen gebunden. Dieses ist die Voraussetzung sowohl für ihre Gründung als auch für ihre weitere Existenz. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung bilden für Gesellschaften Insolvenzgründe. Mit der Insolvenzeröffnung werden die Vereinigungen aufgelöst. Die Vereinigungen besitzen demnach nur dann eine von der Rechtsordnung anerkannte Existenzberechtigung, wenn sie in der Lage sind, ihre Ziele aus eigener Kraft zu verfolgen (BT-Dr 8/3068, S. 26, unter Hinweis auf BVerfGE 35, 348 ff. = NJW 1974, 229). Vor diesem Hintergrund will die Regelung des § 116 S. 1 Nr. 2 ZPO Vorsorge dagegen treffen, dass mittellose Vereinigungen wirtschaftliche Interessen auf Kosten der Allgemeinheit verwirklichen (OLG Hamburg MDR 1988, 782; MüKo-ZPO/Motzer, § 116 Rn 25).

Der Anwendungsbereich der Vorschrift beschränkt sich mithin auf Sachverhalte, die **größere Kreise der Bevölkerung oder des Wirtschaftslebens ansprechen und soziale Wirkungen nach sich ziehen** können (BGHZ 25, 183 = NJW 1957, 1636; BGH NJW 1986, 2058; BGH NJW-RR 1990, 474). Ein allgemeines Interesse kann angenommen werden, wenn außer den an der Führung des Rechtsstreits wirtschaftlich Bet. ein erheblicher Kreis von Personen durch die Unterlassung der Rechtsverfolgung in Mitleidenschaft gezogen würde (BFH RPflegler 1993, 290). Danach läuft die Unterlassung der Rechtsverfolgung allgemeinen Interessen zuwider, **wenn die Vereinigung ohne die Durchführung des Rechtsstreits gehindert wäre, der Allgemeinheit dienende Aufgaben zu erfüllen**. Gleiches kann gelten, wenn von der Durchführung des Prozesses die Existenz eines Unternehmens abhängt, an dessen Erhaltung wegen der großen Zahl von Arbeitsplätzen ein allgemeines Interesse besteht (BGHZ 25, 183 = NJW 1957, 1636; BGH NJW 1991, 703, im Anschluss an BT-Dr 8/3068, S. 26 f.). Der Gesichtspunkt der **Existenzsicherung eines Unternehmens** greift jedoch nicht durch, wenn die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hat und ihre Liquidation ohnehin zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen wird (BFH RPflegler 1993, 290; OLG Hamm NJW-RR 1989, 382). Die Unterlassung der Rechtsverfolgung kann auch dann allgemeinen Interessen zuwiderlaufen, wenn eine **große Zahl von Kleingläubigern betroffen** ist (BGH NJW 986, 2058; NJW 1991, 703). **Allein die Gemeinnützigkeit einer Vereinigung begründet noch kein allgemeines Interesse an der Rechtsverfolgung** (BGHZ 101, 18 = NJW 1987, 2865 = KostRspr. ZPO § 116 Nr. 7; KG NJOZ 2007, 55; Musielak/Fischer, § 116 Rn 18). Ohne Bedeutung ist das – bereits im Rahmen des § 114 S. 1 ZPO zu berücksichtigende – Einzelinteresse an einer richtigen Entscheidung (BGHZ 25, 183 = NJW 1957, 1636; BGH NJW 1965, 585). Ebenso wenig reicht der Umstand aus, dass bei der Entscheidung des Rechtsstreits Rechtsfragen von allgemeiner Bedeutung zu beantworten sind (BGH NJW 1965, 585; NJW-RR 1990, 474). Außer Betracht hat schließlich zu bleiben, ob die Vereinigung auf der Grundlage eines ihr günstigen Urteils in die Lage versetzt wird, rückständige Steuern und Abgaben zu begleichen (OLG Köln JurBüro 1985, 1259; VersR 1989, 277).

Berücksichtigt man alle hier in Betracht kommenden Umstände, läuft die Unterlassung der Rechtsverfolgung durch die Kl. keinen allgemeinen Interessen zuwider (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

## Steuerrecht

GrStG  
§ 33 I

### Erllass der Grundsteuer bei Minderung des Rohertrags

SteuerR

(VGH Mannheim in NVwZ 2011, 314; Urteil vom 02.12.2010 – 2 S 1729/10)

Der **Erlass der Grundsteuer wegen einer Minderung des Rohertrags** gem. § 33 I GrStG **setzt nicht voraus, dass die Ertragsminderung auf atypischen und vorübergehenden Umständen beruht**.

- I. Das **BVerwG** hat allerdings in seiner früheren Rspr. zu § 33 GrStG a. F. (BVerwG NVwZ-RR 1992, 93) angenommen, dass die Voraussetzungen eines Grundsteuererlasses wegen Minderung des normalen Rohertrags eines Grundstücks nur erfüllt sein könnten, wenn die Minderung des Rohertrags auf vorübergehend vorliegende Umstände zurückgehe, die im Vergleich zu den vom Gesetz erfassten Regelfällen atypisch seien.

Es hat daraus weiter geschlossen, dass zu einem Erlass nach § 33 GrStG nur solche Ertragsminderungen führen könnten, die von erkennbar vorübergehender Natur seien. Auf dieser Grundlage hat das BVerwG ferner entschieden, die Ertragsminderung eines Grundstücks, die darauf zurückgehe, dass die auf dem Grundstück befindlichen Wohnungen wegen des strukturell bedingten Überangebots in einer Gemeinde nicht vermietbar seien, rechtfertige keinen Grundsteuererlass (BVerwGE 114, 132 = NVwZ 2001, 1415 = NJW 2002, 529).

- II. Auf die an dieser Rspr. geäußerte Kritik des **BFH** (BFHE 213, 390 = NJW 2007, 800) hat jedoch das BVerwG seine Auffassung inzwischen geändert und sich der Auffassung des BFH angeschlossen, dass ein **Grundsteuererlass gem. § 33 I GrStG nicht nur bei atypischen und vorübergehenden Ertragsminderungen** in Betracht komme, **sondern auch strukturell bedingte Ertragsminderungen von nicht nur vorübergehender Natur erfassen könne** (BVerwG ZKF 2007, 211). Der BFH hat seine Kritik an der Auffassung des BVerwG u. a. damit begründet, dass die Beschränkung des § 33 I GrStG auf atypische und nur vorübergehende Ertragsminderungen eine teleologische Reduktion der Vorschrift darstelle, die nicht nur nicht geboten sei, sondern gerade diejenigen Steuerpflichtigen um die Steuerentlastung bringe, die besonders auf sie angewiesen seien. Er hat dabei außerdem darauf hingewiesen, dass den Eigentümern leerstehender Räume auch mit einer neuen Hauptfeststellung unter Berücksichtigung gesunkener Wertverhältnisse nur geringfügig geholfen wäre, weil dies lediglich eine Minderung der Bezugsgröße der üblichen Miete bewirkte, aber einen völligen Einnahmeausfall unberücksichtigt ließe.

Der Beschluss des BVerwG kann vor diesem Hintergrund in Übereinstimmung mit dem BFH (BFH/NV 2008, 407) und dem OVG Bautzen (SächsVBI 2010, 121 = BeckRS 2010, 46550) nur so verstanden werden, dass auch das BVerwG nunmehr der Meinung ist, ein Grundsteuererlass setze nicht voraus, dass die Ertragsminderung auf atypischen und nur vorübergehenden Umständen beruhe (a. M. OVG Münster BeckRS 2009, 39224).

- III. Diese Auslegung des § 33 I GrStG erscheint **VGH Mannheim aaO** i. Ü. aus den vom BFH (BFHE 213, 390 = NJW 2007, 800) angeführten Gründen auch allein sachgerecht; sie entspricht zudem offensichtlich dem **Willen des Gesetzgebers**.

*„Der Gesetzgeber knüpft den Erlass der Grundsteuer außer an ein bestimmtes Maß der Minderung des Rohertrags des Grundstücks zum einen an die Voraussetzung, dass der **Steuerschuldner die Minderung des Rohertrags nicht zu vertreten hat**, und zum anderen daran, dass die Ertragsminderung für den Erlasszeitraum weder durch Fortschreibung des Einheitswerts berücksichtigt werden kann noch bei rechtzeitiger Stellung des Antrags auf Fortschreibung hätte berücksichtigt werden können. Dafür, dass der Gesetzgeber eine darüberhinausgehende Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm durch weitere ungeschriebene Tatbestandsmerkmale beabsichtigt hätte, ist nichts zu erkennen.*

*Was § 33 GrStG in seiner hier maßgeblichen Fassung des Jahressteuergesetzes 2009 betrifft, kommt hinzu, dass die mit diesem Gesetz vorgenommene **Novellierung der Vorschrift** erfolgte, **um die in Folge der geänderten Rspr. des BVerwG zu erwartenden Grundsteuererlässe in Grenzen zu halten** (vgl. die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Bundestags, BT-Dr 16/11055, S. 1, 3). In den Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats (BR-Dr 545/1/08, S. 102 f.) wird dabei außer auf den Beschluss des BVerwG aaO ausdrücklich auch auf das Urteil des BFH (BFH/NV 2008, 407 = BeckRS 2007, 25012783) hingewiesen. Der BFH hat in diesem Urteil im Hinblick auf den Beschluss des BVerwG die Meinung geäußert, dass damit alle **Differenzierungen** nach typischen oder atypischen, nach strukturell bedingten oder nicht strukturell bedingten, nach vorübergehenden oder nicht vorübergehenden Ertragsminderungen und nach den verschiedenen Möglichkeiten, diese Merkmale zu kombinieren, **hinfällig** seien. § 33 GrStG i. d. F. des Jahressteuergesetzes 2009 verlangt deshalb eine Ertragsminderung von mindestens 50% (bisher 20%) und sieht als Rechtsfolge – von dem in Abs. 1 S. 2 genannten Sonderfall abgesehen – einen Erlass der Grundsteuer in Höhe von nur 25% (bisher vier Fünfteln des Prozentsatzes der Minderung) vor. Eine „Anreicherung“ des Tatbestands der Vorschrift durch zusätzliche Voraussetzungen nach dem Beispiel der früheren Rspr. des BVerwG ist dabei unterblieben. Der Gesetzgeber hat sich damit das im Urteil des BFH vom 24.10.2007 (BeckRS 2007, 25012783) geäußerte Verständnis der Vorschrift zu eigen gemacht. Der Senat hält deshalb an seinen bisherigen, mit der früheren Auffassung des BVerwG übereinstimmenden Rspr. (vgl. u. a. BVerwG VBIBW 2006, 321 = BeckRS 2006, 22464) nicht länger fest.“ (VGH Mannheim aaO)*

EStG  
§ 9 I 3 Nr.6

### Arbeitsmittel Bücher eines Lehrers

SteuerR

(BFH in NJW 2011, 799; Beschluss vom 29.06.2010 – 24 U 212/09)

**Arbeitsmittel sind Wirtschaftsgüter, die unmittelbar zur Erledigung der dienstlichen Aufgaben dienen.** Hierzu können auch Zeitschriften und Bücher zählen, wenn die Literatur ausschließlich oder zumindest weitaus überwiegend beruflich genutzt wird.

- I. **Nicht abziehbar sind Aufwendungen für die Lebensführung**, die die wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt, auch wenn sie zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgen (§ 12 Nr. 1 S. 2 EStG).

**Anschaffungskosten** können dann uneingeschränkt als Werbungskosten berücksichtigt werden, wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer den **Gegenstand weitaus überwiegend beruflich verwendet**. Daraus folgt, dass es für die Abziehbarkeit von Aufwendungen für beruflich genutzte Gegenstände, die auch privat genutzt werden können, bei der Entscheidung, ob nicht abziehbare Aufwendungen für die Lebenshaltung vorliegen, im Allgemeinen weniger auf den objektiven Charakter des angeschafften Gegenstands ankommt, sondern vielmehr auf die **Funktion des Gegenstands im Einzelfall**, also den **tatsächlichen Verwendungszweck** (BFHE 205, 220 = BStBl II 2004, 958 = NJW 2004, 1685; BFH BFH/NV 2005, 2185). Bei einem gemischt genutzten Gegenstand ist nach den Grundsätzen des Großen Senats des BFH im Beschluss vom 21. 9. 2009 (BFHE 227, 1 = BStBl II 2010, 672 = NJW 2010, 891) eine Aufteilung in Betracht zu ziehen.

- II. Diese allgemeinen Grundsätze gelten auch, wenn zu entscheiden ist, ob Bücher als Arbeitsmittel eines Lehrers zu würdigen sind (BFHE 134, 299 = BStBl II 1982, 67 = BeckRS 1981, 22005894; BFH BFH/NV 1986, 401; BFH/NV 1990, 564).

*„Nach der Entscheidung des Senats (BFHE 106, 59 = BStBl II 1972, 723 = BeckRS 1972, 22001574) sind pauschale Feststellungen hierzu nicht ausreichend. Um Arbeitsmittel verneinen zu können, genügt es nicht, dass das FG für die Gesamtheit der angeschafften Bücher feststellt, es handele sich um Bücher, die auch von zahlreichen Steuerpflichtigen gekauft würden, die keine berufliche Verwendung dafür hätten (zu dieser Argumentation auch BFHE 227, 1 = BStBl II 2010, 672 = NJW 2010, 891). Es muss nach dieser Entscheidung vielmehr für jedes Buch einzeln untersucht werden, ob es sich um einen Gegenstand der Lebensführung oder um ein Arbeitsmittel handelt. Dabei kommt es auf die Verwendung des Buches gerade im Streitfall an (BFHE 106, 59 = BStBl II 1972, 723 = BeckRS 1972, 22001574; BFH BFH/NV 1990, 564; BFH/NV 1991, 598). Erst wenn diese Untersuchungen zu keinem eindeutigen Ergebnis führen, kann der objektive Charakter der Werke, der vom FG im Einzelnen darzustellen und zu würdigen ist, den Ausschlag geben.“ (BFH aO)*

EStG  
§§ 26, 26b

**Zusammenveranlagung**  
**nicht bei eingetragener Lebenspartnerschaft**  
(Nds FG in ZAP 2011, 293; Urteil vom 28.04.2010 – 2 K 380/09)

SteuerR

- I. **Eingetragene Lebenspartner** können **keine Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer** beanspruchen, weil der Gesetzgeber dieses Verfahren in §§ 26, 26b EStG ausdrücklich auf Ehegatten beschränkt hat.

1. Der **Ausschluss der Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft** von der Anwendung der **Regelungen über das Ehegattensplitting** ist nach Auffassung des Nds FG aaO **nicht verfassungswidrig**.

- a) Die Vorschriften der §§ 26, 26b EStG stehen **nicht in Widerspruch zu Art. 3 GG oder anderen grundgesetzlichen Normen**.

Wird durch eine Norm eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten, verletzt sie den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG.

BVerfGE 55, 72; BVerfG NJW 1981, 271; BVerfGE 84, 197; BVerfG NJW 1991, 2272; BVerfGE 100, 195; BVerfG NJW 1999, 2357; BVerfGE 107, 205; BVerfG NJW 2003, 1381; BVerfGE 109, 96; BVerfG NJW 2004, 2371, st. Rspr.

Art. 3 I GG gebietet, dass hinsichtlich der **Ungleichbehandlung** an ein **sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungsmerkmal** angeknüpft wird. Zur Begründung einer Ungleichbehandlung von Personengruppen reicht es nicht aus, dass der Normgeber ein seiner Art nach geeignetes Unterscheidungsmerkmal berücksichtigt hat. Vielmehr muss auch für das Maß der Differenzierung ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung bestehen, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht anführen lässt.

vgl. BVerfGE 81, 208; BVerfG NJW 1990, 2189; BVerfGE 88, 87; BVerfG NJW 1993, 1517; BVerfGE 93, 386; BVerfG NVwZ-RR 1996, 674

- b) Ein **vergleichbarer innerer Bezug** – wie bei der Hinterbliebenenversorgung – **fehlt aber gerade im Einkommensteuerrecht**, so dass insoweit **kein gesteigertes Rechtfertigungsbedürfnis** im oben genannten Sinne besteht. Übernimmt ein Normgeber in ein Regelwerk einen konsistenten Normenkomplex aus einem anderen Regelwerk und weicht dabei im Hinblick auf eine Einzelnorm ab, so liegt ein Verstoß gegen Art. 3 I GG besonders nahe. Zwar kann eine systemwidrige Ausnahme für sich genommen keinen Gleichheitsverstoß begründen. Es bedarf aber eines plausiblen Grundes für die Ausnahme.

vgl. BVerfGE 68, 237; BVerfG NJW 1985, 727; BVerfGE 81, 156; BVerfG NJW 1990, 1230; BVerfGE 85, 238; BVerfG NJW 1992, 1815

*„Angleichende Regelungen für eingetragene Lebenspartner und Ehegatten bestehen im Einkommensteuergesetz indes nicht. Vielmehr sehen die Vorschriften der § 26 i. V. m. § 32a V EStG eine Tarifbegünstigung ausschließlich für Eheleute vor. Auch in anderen Vorschriften (z. B. § 10 I Nr. 1 EStG, § 32 VI 2 EStG) wird ausschließlich auf Ehegatten, nicht auf eingetragene Partner einer Lebenspartnerschaft abgestellt. Somit besteht hin-*

sichtlich der Vorschriften des Einkommensteuergesetzes und insbes. des § 26 EStG eine andere Interessenlage als in dem Sachverhalt, der dem o. g. Beschluss des BVerfG aaO zugrunde lag.“ (Nds FG aaO)

- c) **Zwischen beiden Gruppen** – Eheleute einerseits und eingetragene Lebenspartner andererseits – **bestehen zudem Unterschiede** von solcher Art und solchem Gewicht, dass diese die ungleiche Behandlung rechtfertigen.

„Der gem. § 32a V EStG Ehegatten vorbehaltene **Splittingtarif knüpft** zudem nicht unmittelbar an das Geschlecht der Ehepartner, sondern **an das gem. Art. 6 I GG unter den besonderen Schutz des Staates gestellte Institut der Ehe an**. Dass verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften, die sich nicht für die Ehe entschieden haben, nicht in den Genuss des Splittingtarifs kommen, verdeutlicht dies. Da aber gleichgeschlechtlichen Personen nach § 1 I 1 LPartG allein die eingetragene Lebenspartnerschaft eröffnet und ihnen damit in verfassungsrechtlich zulässiger Weise die Ehe verschlossen bleibt, weil ihr als Wesensmerkmal die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner innewohnt und sie deshalb nur mit einem Partner des jeweils anderen Geschlechts geschlossen werden kann, ist es unter diesem – bevölkerungspolitischen – Aspekt nicht zu beanstanden, wenn das Splittingverfahren des § 32a V EStG und die ihm zugrunde liegende Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer an das durch Art. 6 I GG unter den besonderen Schutz des Staates gestellte Institut der verschiedengeschlechtlichen Ehe anknüpft. Es besteht damit ein **innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung durch die genannten Vorschriften des Einkommensteuergesetzes**. Der Gesetzgeber, nicht aber die Gerichte, sind – hinsichtlich der hier relevanten Differenzierung bei der Zusammenveranlagung – dazu befähigt, diese zu beseitigen.“ (Nds FG aaO)

2. Die **Versagung der Zusammenveranlagung für eingetragene Lebenspartner verstößt weder gegen europarechtliche Bestimmungen noch gegen Grundrechte der EU**.

„Ein strenger Kontrollmaßstab bei einer auf die sexuelle Orientierung bezogenen Ungleichbehandlung, der sich dem bei anderen Diskriminierungsverboten geltenden Maßstab annähert, entspricht zwar der Rechtsentwicklung im Europarecht. Sowohl Art. 13 EG wie Art. 21 I der Charta der Grundrechte der EU **beziehen die sexuelle Ausrichtung in den Kreis der Diskriminierungsverbote ein**. Auch in der Rspr. des EGMR werden **für Unterscheidungen, die sich auf die sexuelle Orientierung gründen, genauso „ernstliche Gründe“ als Rechtfertigung gefordert**, wie für solche, die sich auf das Geschlecht gründen (EGMR ÖJZ 2004, 36 m. w. N.). Aufgrund der o. g. Erwägungen **liegen indes ausreichende ernstliche Gründe für eine Differenzierung vor**.“ (Nds FG aaO)

3. Ebenso wenig ist das in **Art. 14 EMRK** völkerrechtlich verankerte **allgemeine Diskriminierungsverbot** verletzt.

„Nach dieser Vorschrift ist der „Genuss“ der in der EMRK anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung insbes. wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten. Da das **Recht auf Wahl der einkommensteuerlichen Zusammenveranlagung mit der Folge der Anwendung des Splittingtarifs kein von der EMRK anerkanntes Recht** darstellt, ist die Versagung dieses Rechts für den Kl. als eingetragenen Lebenspartner nicht völkerrechtswidrig (BFH BFH/NV 2006, 1297).“ (Nds FG aaO)

- II. Eine **entsprechende Anwendung dieser Vorschriften ist nicht möglich, weil** der Gesetzgeber **keine unbeusste Regelungslücke** gelassen hat. Davon ist auch dann auszugehen, wenn der Gesetzgeber eingetragene Lebenspartner hinsichtlich der gegenseitigen Unterhaltspflichten Ehegatten gleichstellt.

„Eine die analoge Anwendung des § 26 I EStG rechtfertigende Gesetzeslücke ist auch nicht dadurch entstanden, dass eingetragene Lebenspartner hinsichtlich der gegenseitigen Unterhaltspflichten Ehegatten gleichgestellt worden sind. Denn der **Gesetzgeber hat eingetragenen Lebenspartnern bewusst die Möglichkeit, zwischen Zusammenveranlagung und getrennter Veranlagung zu wählen, nicht eingeräumt**. Selbst in dem gescheiterten Entwurf des LPartErgG war nur vorgesehen, dass der Partner mit den höheren Einkünften Unterhaltsleistungen mit einem bestimmten Betrag als Sonderausgaben abziehen kann, wenn der andere Partner die fiktiven Unterhaltsleistungen als sonstige Einkünfte versteuert – sog. Realsplitting – (BT-Drs. 14/3751, S. 34). Die **gesetzgebenden Körperschaften haben somit eingetragene Lebenspartner bewusst nicht nur von der Zusammenveranlagung, sondern auch vom Realsplitting ausgeschlossen**.“ (Nds FG aaO)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. Kollmann: AGB: Nicht nur theoretische Probleme (in) der Praxis (NJOZ 2011, 625)

Der **AGB-Begriff und die strenge Inhaltskontrolle von AGB** auch im unternehmerischen Verkehr (so z.B. auch im Bereich der Haftungsklauseln) stellen in Kombination mit dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion ein **schwerwiegendes Problem** dar, **welches für Unternehmen, die das deutsche Recht anwenden müssen** (oder gar nicht aus dem deutschen Recht fliehen wollen), **zu kaum kalkulierbaren Risiken führt**, denn ein Ausweg ist im Rahmen des deutschen Rechts kaum je gegeben. - Dabei ist es auch ziemlich gleichgültig, ob man auf der Verkäufer- oder Einkäuferseite steht und ob man „groß oder klein“ ist: Werden vom deutschen Gesetz abweichende Regelungen benötigt, stößt man sehr schnell auf die Grenzen des AGB-Rechts; wer grenzüberschreitend tätig ist, spürt dies sofort bei der Durchstellung von Verträgen, die einem ausländischen Recht unterliegen. - Das **AGB-Recht**, wie es sich in der aktuellen Rechtsprechung darstellt, **genügt den Anforderungen der unternehmerischen Praxis an verlässliche und hinreichenden Spielraum gewährende Vertragsregelungen** daher **nicht**, dies gilt **insbes.** bei Verträgen zwischen deutschen Unternehmen, umso mehr aber **im grenzüberschreitenden Bereich**; eine klare Änderung des rechtlichen Rahmens ist sowohl bei dem AGB-Begriff (Stichwort: Einbeziehungskontrolle) als auch bei der Inhaltskontrolle erforderlich.

#### 2. Mankowski: Nachbesserung und Verbesserung beim Kauf (NJW 2011, 1025)

Der **Nacherfüllungsanspruch des § 439 BGB verleiht dem Käufer eine verhältnismäßig starke Rechtsposition**: Der Verkäufer muss erhebliche Anstrengungen unternehmen, um den geschuldeten Zustand der Mangel- und Fehlerfreiheit zu erreichen; er hat die hierfür erforderlichen Aufwendungen grds. selbst zu tragen; weitgehend ungeklärt ist aber, welche Rechtsfolgen oder vermögensmäßigen Ausgleichsansprüche entstehen, wenn die pflichtgemäß vorgenommene Nachbesserung in eine echte und eigentliche Verbesserung der Kaufsache umschlägt; dazu kommt es, wenn die Sache nach der Reparatur werthaltiger oder sonst „besser“ geworden ist. - Die **unverlangte „Verbesserung“** durch den Verkäufer im Rahmen einer Nachbesserung **muss der Käufer nicht vergüten**; soweit den Verkäufer eine Nachbesserungspflicht trifft, hat dieser nach § 439 II BGB die nötigen Kosten bis zur **Opfergrenze des § 439 III BGB** zu tragen. - Soweit die „Verbesserung“ über die Nachbesserungspflicht hinausgeht, greift § 241a BGB ein; dieser schließt auch Bereicherungsansprüche des Verkäufers ein; obendrein würde es sich um eine **aufgedrängte Bereicherung** handeln. - **Stimmt der Kunde der „Verbesserung“ ausdrücklich zu**, so liegt ein **erweiternder Änderungsvertrag** vor; der Kunde ist dann verpflichtet, die „Verbesserung“ zu bezahlen; eine solche **Zustimmung liegt jedoch nicht bereits im Begleichen einer Rechnung**.

#### 3. Lembke: Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern (NZA 2011, 319)

Das geplante „Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes“ sieht **neue Rechte für Leiharbeitnehmer** vor, die der Leiharbeitnehmer gegenüber dem Entleiher vor den ArbG einklagen kann; der Leiharbeitnehmer erhält einen **Anspruch gegen den Entleiher auf Unterrichtung über sämtliche offenen Stellen in allen Betrieben des Entleiherunternehmens** (§ 13a AÜG-E) und auf **Gewährung von Zugang zu den** beim Entleiher **existierenden Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten** unter den gleichen Bedingungen wie die übrigen beim Entleiher tätigen Arbeitnehmer (§ 13b AÜG-E). - **Verstöße dagegen können künftig als Ordnungswidrigkeit sanktioniert werden** (§ 16 I Nr. 9 u. 10 AÜG-E). - In einem zweiten Schritt ist geplant, eine **Lohnuntergrenze** für die Zeitarbeit im AÜG zu definieren, die dann „alle Arbeitnehmer der Branche vor Dumpinglöhnen aus europäischen Nachbarländern schützen“ soll; insoweit stehen weitere Änderungen im AÜG ins Haus.

#### 4. Lüderitz/Pawlak: Das Annahmeverzugsrisiko des Arbeitgebers (NZA 2011, 313)

Bespr. der Entsch. **BVerfG NZA 2010, 1004** - Der **Arbeitgeber hat nur beschränkte Auskunftsansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer bei dessen Arbeitsunfähigkeit während des Annahmeverzugs**; wer als Arbeitgeber freistellt, sollte dies – jedenfalls unter Annahmeverzugsgesichtspunkten – unwiderruflich und unter Anrechnung von Zwischenverdienst tun. - (Kündigungsrechtlich oftmals gebotene) **Änderungskündigungen ohne Entgeltreduzierungen** bieten den Vorteil fehlenden Annahmeverzugs, weil Arbeitnehmer die Änderung i. d. R. zumindest unter Vorbehalt annehmen. - Das **Angebot eines Prozessarbeitsverhältnisses reduziert das Annahmeverzugsrisiko** deutlich und kann – richtig eingesetzt – nicht nur bei betriebsbedingten Kündigungen (bei einer Ablehnung des Arbeitnehmers) ein probates Mittel zur Schaffung böswillig unterlassenen Zwischenerwerbs sein; vor allem sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer außergerichtlich anschreiben und so **Bewerbungsdruck** ausüben und erreichen, dass der Arbeitnehmer sich nicht erfolgreich auf fehlende Böswilligkeit beruft; sogar die Hilfe bei der Stellensuche und die frühzeitige Erteilung eines Zwischenzeugnisses können sich für den Arbeitgeber im Einzelfall so „auszahlen“, denn je früher der Arbeitnehmer eine neue Stelle findet, desto geringere Abfindungszahlungen lassen sich im Vergleichswege aushandeln; wer also als Arbeitgeber neben der im Streit stehenden Beendigung das Annahmeverzugsrisiko stets im Blick hat, kann das **Prozessrisiko senken** und damit auch offene Bestandschutzstreitigkeiten zu wirtschaftlich vertretbaren Konditionen beenden.

5. **Ganter:** Die Rspr. des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2010 (NZI 2011, 209)
6. **Weber:** Google „Street View“ und ähnliche Geo-Datendienste im Internet aus zivilrechtlicher Sicht (NJOZ 2011, 673)

Die Veröffentlichung von Fotos im Internet, die die Außenansicht von Häusern nebst Straßennamen und Hausnummer zeigen und die mit anderen Fotos so verbunden werden können, dass ganze Fotofolgen entstehen, die z.B. Stadtrundgänge ermöglichen, könnte unter mehreren Gesichtspunkten gegen zivilrechtliche Normen verstoßen; dasselbe gilt, wenn auf diesen Fotos zudem eine einzelne Person oder ihr Kraftwagen individualisierbar abgebildet werden. - Das **Fotografieren von Häusern und Grundstücken im öffentlichen Raum und ohne Betreten des Privatgrundstücks verletzt weder das Eigentum noch den Besitz oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Berechtigten**; dies gilt auch dann, wenn mit der Veröffentlichung des Bildes im Internet zugleich Straße und Hausnummer bekannt gemacht werden; für den Namen des Berechtigten (Eigentümers, Mieters) trifft dies jedoch nur zu, wenn diese Angabe ohne Weiteres auch für den vor Ort anwesenden Betrachter zu Tage tritt. - Als **Rechtsfolge** kommt – im genannten **Ausnahmefall** – wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes auch hier nur das bereits angeführte **Unkenntlichmachen (des Namens)** und unter den genannten weiteren Voraussetzungen eine **Geldentschädigung** in Betracht.

7. **Paal/Guggenberger:** Falschparken, Parkkrallen und private Rechtsdurchsetzung (NJW 2011, 1036)

**Problemstellung:** Die zivilrechtliche Zulässigkeit des Abschleppens von unberechtigterweise auf Privatparkplätzen abgestellten Fahrzeugen durch die Berechtigten (oder durch auf deren Geheiß Tätige) und die unmittelbar dadurch ausgelösten Ersatzansprüche sind ausführlich diskutiert sowie durch die – höchstrichterliche – Rspr. weitgehend geklärt; nicht geklärt sind dagegen bislang jene Konstellationen, in denen private Parkplatzberechtigte, d. h. Eigentümer oder berechtigte Besitzer, das falsch geparkte Fahrzeug aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschleppen können oder wollen; wo etwa die Einfahrt zu eng, die Garage zu verwinkelt oder die lichte Höhe des Gebäudes zu gering ist und ein Abschleppen deshalb nicht in Betracht kommt, wird zunehmend vor allem von Abschleppunternehmern zum Einsatz von Parkkrallen geraten – und dieser Rat auch in die Tat umgesetzt; es stellt sich daher die Frage, ob und inwieweit der Einsatz von Parkkrallen durch Private überhaupt rechtlich zulässig ist. - Der **Einsatz von Parkkrallen ggü. unberechtigterweise auf Privatparkplätzen abgestellten Fahrzeugen ist unzulässig**, denn der Einsatz von Parkkrallen kann weder durch Besitzkehr, Selbsthilfe, Notwehr, Einwilligung noch durch sonstige schuldrechtliche Verhältnisse gerechtfertigt werden; der Parkplatzberechtigte ist darauf verwiesen, seine **Ansprüche im gerichtlichen Verfahren geltend zu machen**. - Die Kosten der ersten vergeblichen Anfahrt kann der Geschädigte jedenfalls dann ersetzt verlangen, wenn die Unmöglichkeit des Abschleppens des Fahrzeugs nicht offensichtlich war; ein Ersatz von darüber hinausgehenden Kosten kommt dagegen nicht in Betracht; als Handlungsoption steht dem Berechtigten zunächst ein **Beseitigungsanspruch** zur Seite; **bei Wiederholungsgefahr** kann ferner ein **Unterlassungsanspruch** gegeben sein, für den hinsichtlich des Inhalts und der Feststellung der Wiederholungsgefahr zwischen dem Fahrer und dem Halter unterschieden werden muss. - **Sowohl der Beseitigungs- als auch der Unterlassungsanspruch können im vorläufigen Rechtsschutz gesichert werden.**

## II. Strafrecht

1. **Trück:** Die revisionsrechtliche Einordnung der Rüge rechtsfehlerhafter Anwendung des Richtervorbehalts bei Durchsuchung und Blutprobenentnahme (NStZ 2011, 202)

Der **Richtervorbehalt gem. §§ 105 I 1, 81a II StPO** und das aus einem Verstoß evt. folgende **Verwertungsverbot** sind nicht dem sachlichen Recht zuzuordnen; die Beanstandung von Rechtsfehlern mit der Revision hat daher im Wege der Verfahrensrüge zu erfolgen. - Im Hinblick auf die Tendenz der Rspr., entsprechende Verstöße auch auf die Sachrüge hin zu überprüfen, empfiehlt sich indes die **Erhebung einer kombinierten Sach- und Verfahrensrüge**; zudem wird damit dem Revisionsgericht die Möglichkeit eröffnet, diesbzgl. Ausführungen in den Urteilsgründen zur Begründung der Verfahrensrüge (ergänzend) heranzuziehen; die **Widerspruchslösung** ist auch in diesem Bereich anzuwenden; bei einer Blutprobenentnahme sind die fehlende Einwilligung und der entsprechende Vortrag hierzu zu beachten.

2. **Steinberg/Stam:** Der Tötungsvorsatz in der Revision des BGH (NStZ 2011, 177)
3. **Putzke:** Rechtsprechungsänderung zu § 261 StGB und Neues zum Nachteilsbegriff bei § 266 (StV 2011, 176)  
Bespr. der Entsch BGH StV 2010, 359
4. **Habetha:** Übergehen „unwahrscheinlicher“ Beweisanträge ohne Ablehnungsgrund (StV 2011, 239)  
Bespr. der Entsch BGH StV 2011, 207

## III. öffentliches Recht

1. **Prehn:** Das Finanzierungsmodell „Bürgerdarlehen“ als gangbarer Weg aus finanziellen Engpässen der Kommunen? (DÖV 2011, 174)

**Problemstellung:** Es stellt sich die Frage, ob das von einigen Gemeinden in Deutschland bereits praktizierte sog. Bürgerdarlehen mit den rechtlichen Vorgaben des Kreditwesengesetzes vereinbar ist und ob mit einem solchen Finanzierungsmodell ein erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft von Seiten der Gemeinde betrieben wird. - Das **Kreditwesengesetz** ist de lege lata **auch auf Kommunen anwendbar**; das Finanzierungsmodell des **Bürgerdarlehens**, bei dem Gemeindebürger ihrer Gemeinde zur Bewältigung finanzieller Engpässe Darlehen gewähren, stellt für die Gemeinde ein **erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft i. S. v. § 1 I 2 Nr. 1, 2. Alt. KWG** dar. - Umgekehrt dürfte für den Gemeindebürger, der seiner Gemeinde lediglich ein oder auch mehrere Darlehen gewährt, **kein erlaubnispflichtiges Kreditgeschäft i. S. v. § 1 I 2 Nr. 2 KWG** vorliegen, da es zumeist an der Gewerbsmäßigkeit fehlen oder der Umfang dieser Geschäfte objektiv keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern wird. - **Ohne Erlaubnis betriebene Bank- oder Finanzdienstleistungsgeschäfte sind grds. wirksam** und nicht nach § 134 BGB nichtig: Die **Erlaubnispflicht richtet sich nur gegen den Betreiber bzw. das Institut** und dies auch **erst ab einem bestimmten Geschäftsumfang**, nicht jedoch gegen den Geschäftspartner selbst; auch die Erfüllung des Straftatbestands gem. § 54 I Nr. 2 KWG ändert hieran nichts, da demjenigen, der ein unerlaubtes Bankgeschäft betreibt, ein **Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 314 BGB** zusteht. - Das sog. Bürgerdarlehen wird sich aufgrund der rechtlichen Vorgaben in Zukunft nicht als gangbares Finanzierungsmodell durchsetzen können; eine **Alternative zum Bürgerdarlehen wären** möglicherweise **Bürgeranleihen** (Inhaberschuldverschreibungen), die jedoch deutlich teurer und aufwändiger sind und entsprechende Rechtsberatung erfordern.

2. **Schenke:** Neuestes zur Konkurrentenklage (NVwZ 2011, 321)

Bespr. der Entsch. **BVerwG NVwZ 2011, 358**

3. **Lindner:** Dürfen Beamte doch streiken? (DÖV 2011, 305)

Das beamtenverfassungsrechtliche, unmittelbar in Art. 33 V GG verankerte **Streikverbot für Beamte begegnet weder EMRK- noch EU-rechtlichen Bedenken**: Auch nach dem jüngsten Urteil des EGMR vom 21.04.2009 verstößt das Streikverbot für Beamte in der Bundesrepublik Deutschland nicht gegen Art. 11 EMRK. - Die Gruppe der Beamten ist eine formalgesetzlich abgrenzbare Gruppe der Angehörigen des öffentlichen Dienstes in Deutschland; ihre **besondere Funktion im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaates** und die damit verbundene **besondere Rechte- und Pflichtenstellung** stellt zudem ein hinreichendes materielles Abgrenzungskriterium dar, das eine Herausnahme der Beamten (i. S. des dt. Beamtenrechts) aus dem von Art. 11 EMRK verbürgten Streikrecht rechtfertigt. - Die **EU hat für das Arbeitskämpfrecht keine Rechtsetzungskompetenz** (Art. 153 V AEUV); die Regelung des Arbeitskämpfrechts und damit auch die Frage des Streikrechts obliegt der alleinigen Rechtsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten, die auch durch Art. 28 GRCh nicht unterlaufen werden darf, Art. 51 II GRCh).

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

1. **Ey:** Die Rspr. des BGH zum Unterhaltsrecht in 2010 (FPR 2011, 121)

2. **Reinken:** Die Rspr. der Oberlandesgerichte zum Unterhaltsrecht in 2010 (FPR 2011, 125)

3. **Graba:** Probleme bei der Abänderung von Unterhaltstiteln (FPR 2011, 158)

Die **Rechtskraft der Entscheidung über künftig fällig werdenden Unterhalt** nach § 258 bzw. die Bindung an einen gerichtlichen Unterhaltsvergleich **kann aus Billigkeitsgründen im Abänderungsverfahren** nach § 238 FamFG bzw. § 239 FamFG **durchbrochen werden**, wenn die Verhältnisse bei Aktualisierung des Anspruchs verändert sind; für eine Abänderungsantrag, statt eines Zusatzantrags nach § 258 ZPO, ist nur dann Raum, wenn der gesamte Unterhaltsanspruch titulierte ist; dafür spricht allgemein die Vermutung, auch bei der Jugendamtsurkunde. - Der BGH hat indes nicht auf diesen Gesichtspunkt abgestellt, sondern auf die fehlende Rechtskraft, und die Ansicht vertreten, dass ein Erstverfahren einzuleiten ist, wenn in einem Vergleich Unterhalt für einen bestimmten Zeitraum vereinbart und für einen Folgezeitraum verneint wurde, der nunmehr verlangt wird. - Die strittige Frage, auf welche Verhältnisse für eine Veränderung beim Anerkenntnis- und beim Versäumnisurteil abzustellen ist, hat der BGH dahin entschieden, dass die **tatsächliche Lage maßgeblich** ist; die Abänderbarkeit einer Entscheidung unterscheidet sich von der eines Vergleichs dadurch, dass die Rechtskraft nach der Verfahrensvorschrift des § 238 II FamFG nur wegen nachträglich entstandener Umstände und grds. nur für die Zukunft nach § 238 III FamFG (mit dort aufgeführten Ausnahmen) durchbrochen werden kann; dagegen kann ein nicht rechtskraftfähiger Titel (Vergleich, vollstreckbare Urkunde), **für dessen Abänderung das materielle Recht gilt** (§ 239 II FamFG), auch wegen bei Titelerrichtung vorliegender Umstände und rückwirkend abgeändert werden, insbes. bei einem Vertrag nach den Regeln der Geschäftsgrundlage (§ 313 II BGB). - Die **teleologische Reduktion von § 238 II FamFG** sollte, jedenfalls in einem zulässig eröffneten Abänderungsverfahren, geprüft werden, um eine grobe Unbilligkeit zu vermeiden, die etwa eintreten kann, wenn ein fiktives Einkommen wegen Obliegenheitsverletzung „auf ewig“ zugerechnet wird. - Die **Präklusionsbestimmung des § 238 II FamFG** bei Umständen, auf die im Vorverfahren die Befristung des Aufstockungsunterhalts hätte gestützt werden können, wird vom BGH auch insoweit angewandt, als er die Ansicht vertritt, dass § 1578b BGB kein neues Recht enthält, sondern nur die Grundsätze seiner früheren Rspr. zu § 1573 V BGB a.F. lediglich gesetzlich klarstellt. - **§ 36 EGZPO enthält keinen neuen Abänderungsrechtsbehelf**; der Rechtsgedanke, dass bei vertraglich festgelegtem und bei tituliertem Unterhalt eine Vertrauensschutz gegenüber einer Befristung des Aufstockungsunterhalts nach § 1578b BGB bestehen kann, ist bereits bei den umfassenden Billigkeitserwägungen nach dieser Vorschrift zu berücksichtigen.

4. **Schmitt:** Rechtsschutzversicherung: Zur Ersatzfähigkeit von Anwaltsgebühren für die Einholung der Deckungszusage als Rechtsverfolgungskosten im Lichte der Rspr. des BGH (r + s 2011, 148)

Ein **Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten** besteht **nur dann, wenn die Anspruchsanmeldung bei der eigenen Versicherung der Wiederherstellung des beeinträchtigten Rechtsgutes gilt**; dies gilt damit insbes. für Sachversicherungen, Kaskodeckungen oder Unfallpolicen, wenn also die im wesentlichen inhaltsgleiche Forderung bei vom Geschädigten für sich abgeschlossenen Eigenschadenversicherer wie auch beim gegnerischen Haftpflichtversicherer geltend gemacht werden könnte, da der Schädiger daraus keinen Vorteil ziehen können soll. - Eine Rechtsschutzversicherung ist davon ganz grds. zu unterscheiden: Durch diese Deckung wird gerade nicht das beeinträchtigte Rechtsgut wiederhergestellt, auch wird die Rechtsverfolgung berechtigter Ansprüche de jure nicht befördert; die Erfolgsaussichten hängen in keiner Weise von einer etwaigen Deckungszusage oder -versagung ab, sondern einzig und allein von dem zu Grunde liegenden Geschehen und der daraus resultierenden materiell-rechtlichen Lage. - Auch der entstandene **Schaden des Geschädigten wird durch die Rechtsschutzversicherung nicht berührt**: Berechtigte Schadenersatzansprüche müssen allein vom Schädiger befriedigt werden, unberechtigte werden auch von der Rechtsschutzversicherung nicht getragen; das Risiko, dass ein Gericht erhobene Forderungen als unbegründet zurückweist und sich das Prozess(kosten)risiko realisiert, ist vom konkreten Schadenereignis als haftungsauslösendem Umstand unabhängig; dieses Risiko muss der Geschädigte selbst tragen und kann es **nicht auf den Schädiger abwälzen**. - **Kern einer Rechtsschutzdeckung ist** erkennbar die **Minderung des finanziellen Risikos im Falle des Unterliegens**, also gerade dann, wenn ein Erstattungsanspruch gar nicht in Rede steht; bei der Verfolgung berechtigter Ansprüche übernimmt die Police allenfalls eine völlig untergeordnete Zwischenfinanzierungsfunktion, deren gebührenauslösende Klärung über die Eintrittspflicht indes nicht den skizzierten Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung für eine Erstattung gerecht wird. - Der **Rechtsschutzversicherte kann daher die anwaltlichen Kosten für die Einholung der Deckungszusage nur bei Verzug oder pflichtwidriger Deckungsablehnung des Versicherers von diesem ersetzt bekommen**; soweit er nicht selbst um Deckungsbestätigung nachsucht, kann er diese **Kosten** indes **nicht auf den Schädiger überwälzen**.

Überreicht durch:

# Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

April 2011

## A. Aus der Gesetzgebung

### Änderungen des Schwarzgeldbekämpfungsgesetzes

Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung von Geldwäsche und Steuerhinterziehung (Schwarzgeldbekämpfungsgesetz) v. 17.03.2011, In-Kraft-Treten (voraussichtlich) im Mai 2011

#### I. Allgemeines

Am 17.03.2011 hat der Bundestag den Entwurf des Schwarzgeldbekämpfungsgesetzes verabschiedet (BT-Drucksache 17/5067 (neu). Voraussichtlich im April 2011 wird der Bundesrat darüber abschließend beraten, so dass das Gesetz bereits im Mai in Kraft treten könnte.

Das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz soll insbes. eine **Neuregelung der Selbstanzeige** bringen, um in Zukunft das planvolle Vorgehen von Steuerhinterziehern nicht mehr mit Strafbefreiung zu belohnen. Da sich das Rechtsinstitut selbst in der Vergangenheit jedoch grds. bewährt hat, wird daran festgehalten, aber verhindert, dass es als Instrument der Steuerhinterziehung benutzt wird.

Neben den Neuerungen im Steuerstrafrecht wird es auch **Änderungen beim Tatbestand der Geldwäsche im StGB** geben: Marktmanipulation, Insiderhandel und Produktpiraterie werden Vortaten der Geldwäsche. Damit wird dem internationalen Standard der Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) Rechnung getragen und der Wirtschaftsstandort Deutschland noch wirksamer als bisher vor Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung geschützt.

#### II. Die Neuregelungen im Einzelnen

##### 1. Keine gestückelte Selbstanzeige

Künftig muss eine **Selbstanzeige umfassend alle Hinterziehungssachverhalte darstellen**, damit Straffreiheit eintritt. Sie darf sich **nicht nur als Teilselbstanzeige** auf bestimmte Steuerquellen beziehen. Strafbefreiung erhält damit nur noch derjenige, der **alle noch verfolgbareren Steuerhinterziehungen der Vergangenheit vollständig offenbart**. Unrichtige oder unvollständige Angaben müssen gegenüber der Finanzbehörde berichtigt, ergänzt oder unterlassene Angaben nachgeholt werden (§ 371 I AO).

Damit bringt die Selbstanzeige nur dann Straffreiheit, wenn die Besteuerungsgrundlagen aller strafrechtlich **bisher noch nicht verjährten Besteuerungszeiträume erfasst** sind. Eine wirksame Selbstanzeige liegt nur noch dann vor, wenn **alle Besteuerungsgrundlagen zutreffend nacherklärt** werden (§ 371 II Nr. 3 AO). Straffreiheit wird somit nicht mehr gewährt, wenn von den bisher verschwiegenen Besteuerungsgrundlagen bewusst nur ausgewählte Sachverhalte nacherklärt werden, weil nur deren Aufdeckung unmittelbar befürchtet wird.

Danach ist es für eine wirksame Selbstanzeige erforderlich, dass alle nicht verjährten Steuerstraftaten einer Steuerart - z.B. der Einkommensteuer - vollständig offenbart werden. Dann tritt die strafbefreiende Wirkung - vorbehaltlich der weiteren Bedingungen - für die verkürzte Steuer Einkommensteuer selbst dann ein, wenn Sachverhalte zur Umsatzsteuer nicht offen gelegt werden sollten.

## 2. Zeitpunkt der Selbstanzeige

Der **Zeitpunkt**, bis zu dem eine **strafbefreiende Selbstanzeige** noch **möglich ist, wird vorverlegt**. Bislang reichte es, dass sich der Steuersünder bis zum Beginn der steuerlichen Prüfung beim Finanzamt selbst anzeigte. Künftig tritt eine Straffreiheit im Falle der Selbstanzeige nicht mehr ein, wenn dem Täter oder seinem Vertreter eine Prüfungsanordnung bereits bekannt gegeben worden ist (Ausschlussgrund gem. § 371 II Nr. 1a AO).

## 3. Aufschlag bei hohen Summen

**Straffreiheit** soll **nicht mehr** eintreten, wenn bei einer der offenbarten Taten ohnehin die **Entdeckung droht**. Außerdem soll die **Strafbefreiung nur bis** zu einer **Hinterziehungssumme von 50.000 €** gelten. Um bei höheren Summen Anreize zur Selbstanzeige zu schaffen, soll von Strafverfolgung abgesehen werden, wenn neben der Entrichtung von Steuer und Hinterziehungszinsen eine **freiwillige Zahlung von 5 % der jeweiligen einzelnen verkürzten Steuer zu Gunsten der Staatskasse** geleistet wird.

## 4. Anwendungszeitpunkt

Die **Neuregelungen** sind **ab dem Tag nach der Gesetzesverkündung anzuwenden**, sodass für vor diesem Zeitpunkt eingegangene Selbstanzeigen § 371 AO in seiner derzeitigen Fassung gilt. Also tritt zunächst weiterhin im Umfang der berichtigten, ergänzten oder nachgeholt (gestückelten) Angaben Straffreiheit ein und insoweit entfällt der Aufschlag von 5 % bei hohen Summen. Dieser **Vertrauensschutz** sorgt dafür, dass für bereits erstattete Teilselbstanzeigen der bei Abgabe bestehende Status der Straffreiheit insoweit erhalten bleibt und eine später eingereichte ergänzende Selbstanzeige als erstmalige Selbstanzeige gewertet wird.

## B. Aus der Rechtsprechung

BGB  
§§ 548 II, 812 I

### Bereicherungsanspruch kurze Verjährungsfrist im Mietrecht

BGB

(LG Freiburg in ZMR 2011, 209; Urteil vom 15.07.2010 – 3 S 102/10)

- I. Auch der **bereicherungsrechtliche Anspruch des Mieters wegen Schönheitsreparaturen**, die er **aufgrund** einer **unwirksamen Renovierungsklausel** erbracht hat, **unterliegt der kurzen Verjährung** gem. § 548 II BGB.

*„§ 548 II BGB umfasst nach seinem Wortlaut alle Aufwendungen des Mieters auf die Mietsache, nicht nur solche mit Fremdgeschäftsführungswillen, sondern auch bereicherungsrechtliche Ansprüche wegen einer aufgrund vermeintlicher Verpflichtung durchgeführten Endrenovierung. Dieser Bereicherungsanspruch unterliegt damit zwar einer kürzeren Verjährung als der Anspruch auf Rückgewähr von Mietüberzahlungen, dies ist aber, obwohl es sich bei der Vornahme von Schönheitsreparaturen wirtschaftlich um Mietzinszahlung handelt, gerechtfertigt im Hinblick auf den Rechtsgedanken des § 548 II BGB, weil hier eben der Zustand der Mietsache zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung ein entscheidender Gesichtspunkt ist. Nur bei Aufwendungsersatzansprüchen, die keinen Bezug zum Mietverhältnis mehr haben, sondern nur zufällig parallel neben dem Vertragsverhältnis bestehen, ist der Anwendungsbereich des § 548 II BGB überschritten; ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Wendet man somit auf rechtsgrundlos erbrachte Renovierungsarbeiten § 548 II BGB an, so führt dies auch nicht zu Friktionen im Hinblick auf die oftmals schon während der Mietzeit vom Mieter geleisteten Schönheitsreparaturen; diesbzgl. Bereicherungsansprüche des Mieters verjähren dann nicht etwa - wie sich bei wortgetreuer Anwendung des § 548 II BGB ergibt - bis zur Vertragsbeendigung zunächst überhaupt nicht und dann innerhalb von 6 Monaten; vielmehr ist in solchen Fällen interessengerechterweise die Regelverjährung gem. § 195 BGB bzw. die Verjährung gem. § 548 II BGB ab Vornahme der Reparatur anzuwenden.“* (LG Freiburg aaO)

- II. Der Anwendung des § 548 II BGB steht hier auch nicht entgegen, dass der **Rückforderungsanspruch** auf diese Weise **verjähren kann, ehe der Mieter sich seines Anspruchs überhaupt bewusst wird**.

*„Dass der Mieter sich bei der Durchführung der vermeintlich geschuldeten Endrenovierung seines Erstattungsanspruchs nicht bewusst ist, unterscheidet die vorliegende Konstellation zwar von anderen, unter § 548 II BGB fallenden Aufwendungs-Fällen. Jedoch differenziert § 548 II BGB nicht nach bekannten und unbekanntem Ansprüchen. Eine solche **Einschränkung ist auch im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Norm nicht geboten**, denn dieser besteht vor allem darin, dass alle Ansprüche, bei denen es auf den Zustand der Wohnung ankommt, einer kurzfristigen Klärung zugeführt werden sollen. Die Konsequenz, dass der Anspruch somit verjährt sein kann, ehe er vom Gläubiger überhaupt bemerkt wird, ist im Interesse der zügigen Herstellung von Rechtsklarheit hinzunehmen, zumal derartiges der Rechtsordnung auch sonst nicht fremd ist (z.B. beim Auftreten versteckter Mängel nach Ablauf der Gewährleistungsfrist).“* (LG Freiburg aaO)

StGB  
§ 142 I Nr. 1, II Nr. 2

## Unfallflucht unvorsätzliches Verlassen des Unfallorts

StGB

(BGH in NStZ 2011, 209; Beschluss vom 15.11.2010 – 4 StR 413/10)

Das **Entfernen nicht vom Unfallort selbst, sondern von einem anderen Ort**, an dem der Täter erstmals von dem Unfallereignis erfahren hat, **erfüllt nicht den Tatbestand des § 142 I Nr. 1 StGB**. Auch eine Strafbarkeit nach § 142 II Nr. 2 StGB scheidet in einem solchen Fall aus, weil das unvorsätzliche Verlassen des Unfallorts nicht vom Gesetzeswortlaut erfasst ist.

*„Entgegen einer in Rspr. (vgl. OLG Düsseldorf NZV 2008, 107) und Lit. (vgl. Blum NZV 2008, 495; Laschewski NZV 2007, 444, 448) vertretenen Ansicht sieht der Senat keine Veranlassung, die gefestigte obergerichtl. Rspr. zum Begriff des Unfallorts (vgl. OLG Stuttgart NZV 1992, 327; OLG Karlsruhe NStZ 1988, 409; OLG Köln NZV 1989, 197, 198) zu modifizieren, um auf diese Weise Fälle strafrechtlich zu erfassen, in denen der Täter nachträglich auf den Unfall hingewiesen wird und sich dennoch weiter entfernt (vgl. OLG Hamburg NZV 2009, 301; Schönke/Schröder, § 142 Rn 43; Fischer, § 142 Rn 52).“ (BGH aaO)*

RGebStV  
§ 5 III 1

## Rundfunkgebührenpflicht Gebührenfreiheit für nicht ausschließlich privat genutzten PC

(OVG Lüneburg - in NVwZ-RR 2011, 283; Beschluss vom 03.01.2011 – 4 LA 342/10)

öfFR

**Neuartige Rundfunkempfangsgeräte im nicht ausschließlich privaten Bereich sind nach § 5 III 1 RGebStV von der Rundfunkgebührenpflicht freigestellt, wenn auf dem Grundstück, dem diese Geräte zuzuordnen sind, ein anderes Rundfunkgerät zum Empfang bereitgehalten wird.** Unerheblich ist dabei, ob dieses andere Rundfunkgerät ausschließlich privat oder auch beruflich/gewerblich genutzt wird.

- I. Gem. § 5 III 1 RGebStV ist für neuartige Rundfunkempfangsgeräte (insbesondere Computer, die Rundfunkprogramme ausschließlich über Angebote aus dem Internet wiedergeben können) im nicht ausschließlich privaten Bereich keine Rundfunkgebühr zu entrichten, wenn
  - die Geräte ein und demselben Grundstück oder zusammenhängenden Grundstücken zuzuordnen sind und
  - andere Rundfunkempfangsgeräte dort zum Empfang bereitgehalten werden.
- II. Nach dem **klaren und unmissverständlichen Wortlaut dieser Regelung** ist also für neuartige, nicht ausschließlich privat genutzte Rundfunkempfangsgeräte dann keine Rundfunkgebühr zu entrichten, wenn auf demselben Grundstück bereits ein anderes Rundfunkgerät zum Empfang bereitgehalten wird, wobei es ohne Belang ist, ob es sich hierbei um ein (auch) gewerblich/beruflich oder ausschließlich privat genutztes Gerät handelt.

*„Denn der Zusatz „im nicht ausschließlich privaten Bereich“ bezieht sich ersichtlich nur auf die neuartigen Rundfunkempfangsgeräte und nicht auch auf die unter 2. genannten anderen Rundfunkempfangsgeräte auf dem betr. Grundstück. Auch meint die Ortsbezeichnung „dort“ im letzten Satzteil nicht den „nicht ausschließlich privaten Bereich“, sondern das unmittelbar zuvor unter 1. genannte Grundstück, dem alle Geräte, also die „neuartigen Rundfunkempfangsgeräte“ und die „anderen Rundfunkempfangsgeräte“, zuzuordnen sein müssen. Aus diesen Gründen ist es nach dem Wortlaut des § 5 III 1 RGebStV ausgeschlossen, den Zusatz „im nicht ausschließlich privaten Bereich“ als „vor die Klammer gezogenes“, auch andere Rundfunkempfangsgeräte auf dem Grundstück betreffendes Tatbestandsmerkmal zu verstehen.“*

*Eine Auslegung des § 5 III 1 RGebStV entgegen seinem eindeutigen Wortlaut dahingehend, dass die Gebührenfreiheit für neuartige Rundfunkempfangsgeräte im nicht ausschließlich privaten Bereich nur dann greift, wenn das auf dem Grundstück vorhandene andere Rundfunkgerät nicht ausschließlich privat genutzt wird, kommt nach Auffassung des Senats von vornherein nicht in Betracht. Das gilt umso mehr, als weder die Gesetzessystematik und Sinn und Zweck des § 5 III 1 RGebStV noch die Gesetzesmaterialien konkrete Anhaltspunkte für eine derartige Auslegung bieten (wird ausgeführt).“ (OVG Lüneburg aaO)*

ESTG  
§§ 26, 26b

## Zusammenveranlagung nicht bei eingetragener Lebenspartnerschaft

(Nds FG in ZAP 2011, 293; Urteil vom 28.04.2010 – 2 K 380/09)

SteuerR

- I. **Eingetragene Lebenspartner können keine Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer beanspruchen, weil der Gesetzgeber dieses Verfahren in §§ 26, 26b EStG ausdrücklich auf Ehegatten beschränkt hat.**
  1. Der **Ausschluss der Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft** von der Anwendung der Regelungen über das **Ehegattensplitting** ist nach Auffassung des Nds FG aaO **nicht verfassungswidrig**.
    - a) Die Vorschriften der §§ 26, 26b EStG stehen nicht **in Widerspruch zu Art. 3 GG oder anderen grundgesetzlichen Normen**.

Wird durch eine Norm eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten, verletzt sie den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG.

BVerfGE 55, 72; BVerfG NJW 1981, 271; BVerfGE 84, 197; BVerfG NJW 1991, 2272; BVerfGE 100, 195; BVerfG NJW 1999, 2357; BVerfGE 107, 205; BVerfG NJW 2003, 1381; BVerfGE 109, 96; BVerfG NJW 2004, 2371, st. Rspr.

Art. 3 I GG gebietet, dass hinsichtlich der Ungleichbehandlung an ein **sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungsmerkmal** angeknüpft wird. Zur Begründung einer Ungleichbehandlung von Personengruppen reicht es nicht aus, dass der Normgeber ein seiner Art nach geeignetes Unterscheidungsmerkmal berücksichtigt hat. Vielmehr muss auch für das Maß der Differenzierung ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung bestehen, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht anführen lässt.

vgl. BVerfGE 81, 208; BVerfG NJW 1990, 2189; BVerfGE 88, 87; BVerfG NJW 1993, 1517; BVerfGE 93, 386; BVerfG NVwZ-RR 1996, 674

- b) Ein **vergleichbarer innerer Bezug** – wie bei der Hinterbliebenenversorgung – **fehlt** aber gerade im **Einkommensteuerrecht**, so dass insoweit **kein gesteigertes Rechtfertigungsbedürfnis** im oben genannten Sinne besteht. Übernimmt ein Normgeber in ein Regelwerk einen konsistenten Normenkomplex aus einem anderen Regelwerk und weicht dabei im Hinblick auf eine Einzelnorm ab, so liegt ein Verstoß gegen Art. 3 I GG besonders nahe. Zwar kann eine systemwidrige Ausnahme für sich genommen keinen Gleichheitsverstoß begründen. Es bedarf aber eines plausiblen Grundes für die Ausnahme.

vgl. BVerfGE 68, 237; BVerfG NJW 1985, 727; BVerfGE 81, 156; BVerfG NJW 1990, 1230; BVerfGE 85, 238; BVerfG NJW 1992, 1815

*„Angleichende Regelungen für eingetragene Lebenspartner und Ehegatten bestehen im Einkommensteuergesetz indes nicht. Vielmehr sehen die Vorschriften der § 26 i. V. m. § 32a V EStG eine Tarifbegünstigung ausschließlich für Eheleute vor. Auch in anderen Vorschriften (z. B. § 10 I Nr. 1 EStG, § 32 VI 2 EStG) wird ausschließlich auf Ehegatten, nicht auf eingetragene Partner einer Lebenspartnerschaft abgestellt. Somit besteht hinsichtlich der Vorschriften des Einkommensteuergesetzes und insbesondere des § 26 EStG eine andere Interessenlage als in dem Sachverhalt, der dem o. g. Beschluss des BVerfG aaO zugrunde lag.“ (Nds FG aaO)*

- c) **Zwischen beiden Gruppen** – Eheleute einerseits und eingetragene Lebenspartner andererseits – **bestehen** zudem **Unterschiede** von solcher Art und solchem Gewicht, dass diese **die ungleiche Behandlung rechtfertigen**.

*„Der gem. § 32a V EStG Ehegatten vorbehaltene Splittingtarif knüpft zudem nicht unmittelbar an das Geschlecht der Ehepartner, sondern an das gem. Art. 6 I GG unter den besonderen Schutz des Staates gestellte Institut der Ehe an. Dass verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften, die sich nicht für die Ehe entschieden haben, nicht in den Genuss des Splittingtarifs kommen, verdeutlicht dies. Da aber gleichgeschlechtlichen Personen nach § 1 I 1 LPartG allein die eingetragene Lebenspartnerschaft eröffnet und ihnen damit in verfassungsrechtlich zulässiger Weise die Ehe verschlossen bleibt, weil ihr als Wesensmerkmal die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner innewohnt und sie deshalb nur mit einem Partner des jeweils anderen Geschlechts geschlossen werden kann, ist es unter diesem – bevölkerungspolitischen – Aspekt nicht zu beanstanden, wenn das Splittingverfahren des § 32a V EStG und die ihm zugrunde liegende Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer an das durch Art. 6 I GG unter den besonderen Schutz des Staates gestellte Institut der verschiedengeschlechtlichen Ehe anknüpft. Es besteht damit ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung durch die genannten Vorschriften des Einkommensteuergesetzes. Der Gesetzgeber, nicht aber die Gerichte, sind – hinsichtlich der hier relevanten Differenzierung bei der Zusammenveranlagung – dazu befähigt, diese zu beseitigen.“ (Nds FG aaO)*

2. Die **Versagung der Zusammenveranlagung für eingetragene Lebenspartner verstößt weder gegen europarechtliche Bestimmungen noch gegen Grundrechte der EU**.

*„Ein strenger Kontrollmaßstab bei einer auf die sexuelle Orientierung bezogenen Ungleichbehandlung, der sich dem bei anderen Diskriminierungsverboten geltenden Maßstab annähert, entspricht zwar der Rechtsentwicklung im Europarecht. Sowohl Art. 13 EG wie Art. 21 I der Charta der Grundrechte der EU beziehen die sexuelle Ausrichtung in den Kreis der Diskriminierungsverbote ein. Auch in der Rspr. des EGMR werden für Unterscheidungen, die sich auf die sexuelle Orientierung gründen, genauso „ernstliche Gründe“ als Rechtfertigung gefordert, wie für solche, die sich auf das Geschlecht gründen (EGMR ÖJZ 2004, 36 m. w. N.). Aufgrund der o. g. Erwägungen liegen indes ausreichende ernstliche Gründe für eine Differenzierung vor.“ (Nds FG aaO)*

3. Ebenso wenig ist das in Art. 14 EMRK völkerrechtlich verankerte **allgemeine Diskriminierungsverbot** verletzt.

*„Nach dieser Vorschrift ist der „Genuss“ der in der EMRK anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung insbes. wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten. Da das Recht auf Wahl der einkommensteuerlichen Zusammenveranlagung mit der Folge der Anwendung des Splittingtarifs kein von der EMRK anerkanntes Recht darstellt, ist die Versagung dieses Rechts für den Kl. als eingetragenen Lebenspartner nicht völkerrechtswidrig.“ (Nds FG aaO)*

- II. Eine **entsprechende Anwendung dieser Vorschriften ist nicht möglich, weil** der Gesetzgeber **keine unbeusste Regelungslücke** gelassen hat. Davon ist auch dann auszugehen, wenn der Gesetzgeber eingetragene Lebenspartner hinsichtlich der gegenseitigen Unterhaltspflichten Ehegatten gleichstellt.

*„Eine die analoge Anwendung des § 26 I EStG rechtfertigende Gesetzeslücke ist auch nicht dadurch entstanden, dass eingetragene Lebenspartner hinsichtlich der gegenseitigen Unterhaltspflichten Ehegatten gleichgestellt worden sind. Denn der Gesetzgeber hat eingetragenen Lebenspartnern bewusst die Möglichkeit, zwischen Zusammenveranlagung und getrennter Veranlagung zu wählen, nicht eingeräumt. Selbst in dem gescheiterten Entwurf des LPartErgG war nur vorgesehen, dass der Partner mit den höheren Einkünften Unterhaltsleistungen mit einem bestimmten Betrag als Sonderausgaben abziehen kann, wenn der andere Partner die fiktiven Unterhaltsleistungen als sonstige Einkünfte versteuert – sog. Realsplitting – (BT-Drs. 14/3751, S. 34). Die gesetzgebenden Körperschaften haben somit eingetragene Lebenspartner bewusst nicht nur von der Zusammenveranlagung, sondern auch vom Realsplitting ausgeschlossen.“ (Nds FG aaO)*

# Protokolle

## für die mündliche Prüfung

### Warum Prüfungsprotokolle?

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

### Wie läuft das ab?

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

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

### Was können Sie sonst noch tun?

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

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

### Was kostet das?

- **Selbstabholer: 79,00 € (09:00 – 16:00 Uhr)**  
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung: 84,00 € (inkl. Porto und Verpackungskosten)**  
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung als pdf-Dateien per E-Mail: 85,00 €** (Rücksendung der Protokolle entfällt; 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)  
(Preise auch bzgl. Eilversand vgl. [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de))

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

