



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

34. Jahrg.

Mai 2009

Heft 05

---

Aus dem Inhalt:

- EuGH:** Schuldnerverzug bei Banküberweisung
- BGH:** Geiselnahme bei der Bundeswehr
- BVerfG:** Außerkraftsetzung des BayVersG
- BGH:** Mediation hemmt nicht Berufungsbegründungsfrist
- BGH:** Vollstreckungsschutzantrag in der Insolvenz des Schuldner
- BGH:** Belehrungsverstoß
- VGH Mannheim:** wiederholende Verfügung oder Zweitbescheid



#### **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

Dienstrechtsneuordnung.....	1
-----------------------------	---

### Brandaktuell

BVerfG: Beschränkung auf Ehedoppelname mit dem GG vereinbar (kein Verstoß gegen den Schutz der Ehe) .....	4
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

EuGH: Schuldnerverzug bei Banküberweisung (Zeitpunkt der Gutschrift maßgebend).....	5
OLG Karlsruhe: Zugriff des Vermieters auf verpfändetes Bankguthaben (Unstreitigkeit des Anspruchs keine Voraussetzung) .....	8

#### Strafrecht

BGH: Geiselnahme bei der Bundeswehr (Rechtfertigungsirrtum) .....	10
BGH: Geldwäsche (Bestechung als Vortat).....	16

#### öffentl. Recht

BVerfG: Übersichtsaufnahmen und Bußgelder (einstw. Außerkraftsetzung der Regelungen des BayVersG) .....	18
--	----

#### Kurzauslese I

OLG Frankfurt: Leasingvertrag (Rückabwicklung folgt dem Rücktrittsrecht).....	26
BGH: erfolglose Nachbesserung (Beweislast).....	26
BGH: Mittäter (Verpflichtung zum Schadensersatz).....	27
BGH: Beteiligungsversuch (Verbrechen / Vergehen).....	27
BGH: sexuelle Nötigung (Ausnutzung der schuldlosen Lage des Opfers).....	27
BGH: Tötungsvorsatz (Schütteln eines Kleinkindes).....	28
VG Aachen: Datenschutz (unzulässige Ausweiskontrolle bei Besuchen in der JVA).....	28
OVG Hamburg: waffenrechtliche Zuverlässigkeit (Berücksichtigung ausländischer Strafurteile).....	29
OVG Koblenz: Dauerwerbesendungen (Kennzeichnungspflicht) .....	30

### Entscheidungen Verfahrensrecht

#### Zivilrecht

BGH: Mediation in der Berufung (keine Hemmung der Berufungsbegründungsfrist) .....	32
BGH: Vollstreckungsschutzantrag (in der Insolvenz des Schuldner) .....	34

**Strafrecht**

BGH:	Belehrungsverstoß (Verwertbarkeit von Angaben bei unterlassener „qualifizierter“ Belehrung).....	37
------	--	----

**öffentl. Recht**

VGH Mannheim:	wiederholende Verfügung oder Zweitbescheid (Entscheidung über Wiederaufgreifensantrag) .....	39
VGH München	hinreichende Bestimmtheit eines VA (bei Rückforderung einer Subvention).....	41

**Kurzauslese II**

BGH:	Berufungsbegründungspflicht (Verlängerung bei mehreren Berufungsführern) .....	44
BGH:	Berufungsbegründungsfrist (Berechnung bei Verlängerung).....	44
KG:	vorläufige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils (Vorabentscheidung des Berufungsgerichts).....	44
BAG:	Beklagtenbezeichnung (Rubrumsberichtigung).....	45
BGH:	Durchsuchungsbeschluss (Begründungserfordernis).....	45
OLG Jena:	Pflichtverteidiger (Wahlanwalt steht einer Pflichtverteidigerbestellung entgegen) .....	46
BVerwG:	Aussagegenehmigung für Soldaten (Rechtsweg).....	46
OVG Bremen:	Verfahrensaussetzung (bei Verfassungsbeschwerde).....	46
OVG Lüneburg:	Berufungszulassung (kein „Nachschieben“ der Bezeichnung des Zulassungsgrundes).....	47

**Speziell für Rechtsanwälte und Notare****Gebühren und Kosten**

OLG Celle:	Vertreter des Pflichtverteidigers (Gebührenansprüche).....	48
LG M.-gladbach:	Beratungshilfevergütung (Kindesunterhalt und Umgang Sind zwei Angelegenheiten).....	48
OLG Jena:	Pauschvergütung (Verfahrensverbinding).....	49
OVG Lüneburg:	Geschäfts-/Verfahrensgebühr (Anrechnung trotz fehlender Gebühreuzahlung) .....	49
OLG Hamm:	Prozesskostenhilfe (Kürzung der Verfahrensgebühr).....	49
OLG München:	Anwaltswechsel (keine Anrechnung der Geschäfts- auf die Verfahrensgebühr).....	50
KG:	Hausratsache (Terminsgebühr auch ohne mündliche Verhandlung).....	50
OLG Saarbrücken:	Prozesskostenhilfe (auch für Aufhebung einer Scheinehe).....	50
OLG Düsseldorf:	Beratungshilfe (Rechtsmittel).....	51
VG Schleswig:	Gebührenermäßigung (Klagerücknahme nach mündlicher Verhandlung).....	52

**Aus der Praxis**

LG Köln:	Werbung mit DEKRA-Zertifikat (unzulässig).....	53
OLG Düsseldorf:	Honorarvereinbarung (Wirksamkeit).....	53

BAG:	Prozessvollmacht (Fortbestehen nach Verfahrensunterbrechung wegen Insolvenzeröffnung).....	54	
BGH:	Restschuldbefreiung (Auskunftspflichtverletzung ohne Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung) .....	55	
BAG:	Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlung (betriebliche Übung).....	56	
LG Naumburg:	titulierter Unterhalt (Verjährung).....	56	
OLG Zweibrücken:	Unterhaltsverzicht (zulässige Vollstreckung aus Unterhaltstitel).....	57	
BGH:	Regulierung eines Kfz-Schaden (Berücksichtigung von Bruttoreparaturkosten).....	57	
BGH:	Restwertermittlung (Berücksichtigung von Angeboten des „Internetmarktes“).....	57	
OLG Düsseldorf:	Kostenerstattungsanspruch (Klagerücknahme).....	58	
OLG Frankfurt a.M.:	Befangenheitsantrag (verweigerter Terminverlegung).....	58	
OLG Köln:	Abänderungsklage (Präklusionswirkung eines Unterhaltsurteils).....	59	
BGH:	Berufungsbegründungsfrist (bei Urteilsergänzung nach Ablauf der Berufungsfrist).....	59	
BGH:	Rechtsbeschwerde (Zulässigkeit bei Verletzung des rechtlichen Gehörs).....	59	
OLG Düsseldorf:	Telefonieren auf Seitenstreifen (unzulässig).....	60	
BVerfG:	Untersuchung im Intimbereich (Zulässigkeit).....	60	
BVerwG:	Vertretungszwang (Rücknahme einer persönlich eingelegten Beschwerde).....	61	
 <b>Steuern</b>			
BFH:	Steuerfestsetzungsverfahren (Bindungswirkung einer tatsächlichen Verständigung).....	62	
BVerwG:	Zweitwohnungssteuer (Studentenwohnung).....	63	
BGH:	Steuerberaterhaftung (Anwendung des Anscheinsbeweises).....	63	
 <b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....			65
 <b>Mandantenbrief</b> .....			69



## Aus der Gesetzgebung

### Das Dienstrechtsneuordnungsgesetz

Gesetz zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts vom 05.02.2009 – DNeuG (BGBl I, 160)

#### I. Allgemeines

Mit dem Dienstrechtsneuordnungsgesetz werden die geltenden Regelungen für Status, Besoldung und Versorgung der Beamten, Richter und Soldaten im Bundesbereich neu gefasst und fortentwickelt.

Die Neuregelungen des Gesetzentwurfs werden nur für die Empfängerinnen und Empfänger von Besoldungs- und Versorgungsbezügen des Bundes gelten. Die Beamten, Richter sowie Versorgungsempfänger der Länder und Gemeinden werden in Konsequenz der ersten Stufe der Förderalismuskommission nicht erfasst; für sie gilt das bisherige Recht unverändert weiter, soweit es nicht durch Landesrecht abgelöst wird.

#### II. Die Neuregelungen im Überblick

##### 1. Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit des öffentlichen Dienstes

Im Bundesbundesbeamtengesetz werden die Möglichkeiten erweitert, Bewerber mit langjähriger geeigneter Berufserfahrung außerhalb des öffentlichen Dienstes in einem höheren Amt als dem Eingangsamt einzustellen. Für alle Laufbahnen werden einheitliche Probezeiten eingeführt und die Anforderungen an die Bewährung in der Probezeit stärker am Leistungsprinzip ausgerichtet.

- Das Laufbahnsystem wird neu gestaltet. Es bietet die Grundlagen für eine drastische Reduzierung der bestehenden Laufbahnen.
- Jede Berufsqualifikation bzw. jeder Hochschulabschluss kann künftig einer Laufbahn zugeordnet werden.
- Die Entwicklungen im Hochschulbereich (sog. Bologna-Prozess) werden durch Anerkennung von Bachelor- und Masterabschlüssen berücksichtigt.
- Bewerber mit verwaltungsexternen und -internen Qualifikationen werden gleichgestellt.
- Bewerber mit geeigneter Berufserfahrung oder besonderen Qualifikationen können ohne Beteiligung des Bundespersonalausschusses in einem höheren Amt als dem Eingangsamt eingestellt werden.

##### 2. Stärkung des Leistungsprinzips

- Die Probezeit wird für alle Laufbahnen einheitlich auf drei Jahre festgelegt; die Anforderungen an die Bewährung während der Probezeit werden erhöht.
- Das jährliche Budget für die Leistungsbezahlung in Höhe von 31 Mio. Euro wird im Bundesbesoldungsgesetz festgeschrieben; es ist verbunden mit einer Pflicht, es für die Honorierung von Spitzenleistungen zu nutzen.
- Die Prämie für Teamleistungen wird erhöht.

##### 3. Abschaffung des Senioritätsprinzips in der Besoldung und neue Grundgehaltstabellen ab 1. Juli 2009

- Das bisher bestehende Senioritätsprinzip im Besoldungssystem, in dem der Gehaltszuwachs an das steigende Lebensalter gebunden war, wird abge-

schaft. Künftig orientiert sich die Gehaltsentwicklung an Leistung und Erfahrung.

- Die Grundgehaltstabelle der Besoldungsordnung A wird neu gestaltet. Das bisherige System des sog. Besoldungsdienstalters wird durch eine altersunabhängige, an beruflichen Dienstzeiten orientierte Tabellenstruktur mit einheitlich acht Stufen ersetzt.
- Der Aufstieg in den Stufen des Grundgehaltes erfolgt nach Erfahrungszeiten im Zwei-, Drei- und Vierjahresrhythmus; damit wird der zu Beginn der beruflichen Tätigkeit in der Regel schnellere Erfahrungszuwachs berücksichtigt. Berufliche Erfahrungen innerhalb und außerhalb des öffentlichen Dienstes sowie zusätzliche Qualifikationen werden angerechnet und können zu einem Stufeneinstieg in einer höheren Stufe führen.
- Für den Aufstieg kommt es auf Leistung an. Nicht anforderungsgerechte Leistungen können zu einem Verbleiben in der bisherigen Stufe des Grundgehaltes führen.
- Bei den Soldaten werden die Besonderheiten ihres Werdegangs berücksichtigt.
- Die neue Grundgehaltstabelle der Besoldungsordnung A hält am bisherigen Bezüge- und Einkommensniveau fest.
- Die Grundgehaltstabellen der einzelnen Besoldungsordnungen werden vereinfacht: Bislang separat ausgewiesene Beträge und die bisher als Jahresbetrag gezahlte Jahressonderzahlung („Weihnachtsgeld“) werden in das Grundgehalt integriert. Für den derzeit gezahlten Teil der Sonderzahlung wird dies zum 1. Juli 2009, dem Stichtag der Einführung der neuen Grundgehaltstabellen, wirksam. Für den Teil der Sonderzahlung, der von 2006 bis 2010 als Beitrag der Beamten und Versorgungsempfänger zur Haushaltskonsolidierung verwandt wird, wird dies zum 1. Januar 2011 wirksam.

#### **4. Ausbau familienfreundlicher Regelungen**

Das DNeuG baut die bestehenden familienfreundlichen Beschäftigungsbedingungen aus:

- Die Höchstdauer für eine Beurlaubung ohne Besoldung bei Kinderbetreuung oder Pflege von Angehörigen wird von 12 auf 15 Jahre erhöht. Damit werden die Rahmenbedingungen für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf verbessert.
- Um auch Beamten mit Familienpflichten eine Ausbildung zu ermöglichen, ist Teilzeit während des Vorbereitungsdienstes möglich.
- Insgesamt dürfen sich Elternzeit, Teilzeit und Telearbeit im beruflichen Fortkommen nicht nachteilig auswirken.
- Im Interesse familienfreundlicher Rahmenbedingungen wird zur Berücksichtigung der Situation kinderreicher Beamtenfamilien der sog. Kinderzuschlag für dritte und weitere Kinder um jeweils 50 Euro erhöht.

#### **5. Anpassung an demographischen Wandel**

- Die Regelaltersgrenze für die Beamten des Bundes wird ab 2012 stufenweise um 2 Jahre von 65 auf 67 Jahre erhöht. Die Anhebung ist 2029 abgeschlossen.
- Die besonderen Altersgrenzen der Polizeivollzugsbeamten des Bundes, der Feuerwehr der Bundeswehr sowie der Berufssoldaten werden ebenfalls um 2 Jahre angehoben.
- Beamte mit 45 Dienstjahren können weiterhin mit dem 65. Lebensjahr ohne Abschlag in den Ruhestand treten.



- Die Altersgrenze, bei deren Erreichen Beamten auf eigenen Antrag in den Ruhestand versetzt werden können (Antragsaltersgrenze), bleibt unverändert bei 63 Jahren. Der maximale Versorgungsabschlag kann künftig 14,4 % des Ruhegehaltes betragen.
- Zur Vermeidung von Frühpensionierungen werden die Maßnahmen zur Aufrechterhaltung und Wiederherstellung der Dienstfähigkeit der Beamten verstärkt, der Grundsatz „Rehabilitation vor Versorgung“ wird verbindlich festgeschrieben.

#### **6. Weitere Maßnahmen**

- Beamte haben künftig einen gesetzlichen Anspruch auf eine Versorgungsauskunft.
- Die Regelungen zu den Hinzuverdienstgrenzen für Ruhestandbeamte werden entsprechend dem Rentenrecht angepasst.
- Die Berücksichtigung von Hochschulausbildungszeiten in der Versorgung der Beamten wird wirkungsgleich zu den entsprechenden Rentenmaßnahmen begrenzt.
- Eine Revisionsklausel stellt sicher, dass sich gesetzliche Rente und Beamtenversorgung des Bundes auch künftig parallel entwickeln.

## Brandaktuell

**BGB**                    **Beschränkung auf Ehedoppelpname mit GG vereinbar**                    **VerfG**  
 § 1355 IV                    **auch bei formal unwirksamer Kündigung**  
 (BVerfG in Pressemitteilung Nr. 47/2009; Urteil vom 05.05.2009 –1 BvR 1155/03)

§ 1355 IV 4 BGB sieht vor, dass Ehegatten bei der Eheschließung durch Erklärung gegenüber dem Standesamt einen **gemeinsamen Familiennamen** und damit Ehenamen **bestimmen** sollen. Dabei können sie zwischen dem **Geburtsnamen** oder den **bisher geführten Namen der Frau oder des Mannes** wählen. Wählen sie keinen gemeinsamen Ehenamen, trägt **jeder** Ehegatte nach der Eheschließung **seinen Namen** weiter. Entscheiden sich die Ehegatten für einen **Ehenamen**, dann kann der Ehegatte, dessen Name nicht zum Ehenamen bestimmt wurde, den eigenen **Namen dem Ehenamen** als Begleitname **vorstellen** oder **anfügen**.

Diese Möglichkeit wird in § 1355 IV 2, 3 BGB jedoch für den Fall, dass die **Ehegatten** schon **Träger von Mehrfachnamen** sind, **ausgeschlossen** beziehungsweise eingeschränkt: Wird ein schon aus **mehreren Namen bestehender Name eines Ehegatten zum Ehenamen bestimmt**, dann darf der andere Ehegatte seinen Namen dem Ehenamen **nicht als Begleitname anfügen**. Besteht dagegen der nicht zum Ehenamen bestimmte Name aus mehreren Namen, dann kann nur einer dieser Namen dem Ehenamen als Begleitname hinzugefügt werden.

Auch der Schutz der Ehe (Art. 6 I 1 GG), die Berufsfreiheit (Art. 12 I 1 GG) und der Gleichheitssatz (Art. 3 I 1 GG) sind durch diese gesetzliche Regelung nicht beeinträchtigt.

„§ 1355 IV 2 BGB verfolgt ein **legitimes gesetzgeberisches Ziel**. Der Gesetzgeber hat bei seiner Konzeption des Familiennamensrechts dem Namen mehrere Funktionen gegeben. Zum einen soll der Namensträger die Möglichkeit erhalten, sich selbst im Namen zu finden und Ausdruck zu geben. Zum anderen hat das Namensrecht die Funktion, den Namensträger familial klar zuzuordnen sowie dem **Namen seine Identifikationskraft zu erhalten** und auch in der Generationenfolge zu sichern. Um dies zu erreichen, hat der Gesetzgeber rechtliche Regelungen getroffen, die die Bildung von **Doppel- und Mehrfachnamen weitgehend zurückdrängen sollen**. Die Norm folgt dem **Anliegen, Namen** zu bilden, die einerseits auch im **Rechts- und Geschäftsverkehr praktikabel** sind und andererseits in nachfolgenden Generationen nicht zu Namensketten führen.“

### I. Schutz des Namensrechts, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

„Der durch § 1355 IV 2 BGB erfolgende Eingriff in das von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I geschützte Namensrecht des Ehegatten ist verhältnismäßig. **Praktikabilitätsgründe reichen zwar nicht aus**, die Regelung zu rechtfertigen. Das gesetzgeberische Anliegen hat aber gereicht, **Mehrfachnamen, die über Doppelnamen hinausgehen, generell auszuschließen, um dem Namen seine identifikationsstiftende Funktion zu bewahren**.

Schließlich ist die Einschränkung des § 1355 IV 2 BGB auch zumutbar, weil der Gesetzgeber im Rahmen seiner namensrechtlichen Konzeption den Ehegatten ... eine große Variationsmöglichkeit belassen hat, die ihnen erlaubt, auch ihrem Bedürfnis nach Ausdruck der eigenen Identität nachzukommen.“

### II. Schutz der Ehe, Art. 6 I GG

„§ 1355 IV 2 BGB verletzt auch nicht Art. 6 I GG. Die Norm gebietet nicht die Wahl eines einheitlichen Ehenamens; sie unterstützt allerdings den Wunsch von Ehegatten, ihre Zusammengehörigkeit in einem gemeinsamen Ehenamen zum Ausdruck bringen zu können. Diesem Anliegen hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er den Ehegatten die Möglichkeit eröffnet hat, einen ihrer bisher geführten Namen zum Ehenamen zu bestimmen.“

### III. Berufungsfreiheit, Art. 12 I GG

„Gegen Art. 12 I GG verstößt die Regelung ebenfalls nicht. § 1355 IV 2 BGB kommt **keine berufsregelnde Tendenz** zu. Wenn die Wahl eines Ehenamens zu einer selbst gewünschten Änderung des bisherigen Namens eines Ehegatten führt mit der Folge, dass dann sein bisher geführter Name entfällt, liegt darin **keine eingriffsgleiche Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit**. Denn es bleibt dem betroffenen Ehegatten unbenommen, keinen Ehenamen zu bestimmen und seinen bisherigen Namen weiterzuführen, oder bei Wahl eines Ehedoppelpnamens jedenfalls als berufliche Bezeichnung unter seinem bisherigen Namen weiter aufzutreten.“

### IV. Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 I GG

„Schließlich ist auch Art. 3 I 1 GG nicht verletzt. Abgesehen davon, dass hier ungleiche Sachverhalte vorliegen, die der Gesetzgeber entsprechend auch ungleich behandeln kann, gibt es für diese ungleiche Behandlung mit dem gesetzgeberischen **Anliegen, Namensketten zu vermeiden**, einen **hinreichenden Grund**, der diese Ungleichbehandlung rechtfertigt.“

## Entscheidungen materielles Recht

**BGB**  
**§ 288**

### Schuldnerverzug bei Banküberweisung Zeitpunkt der Gutschrift maßgebend

**SR AT**

(EuGH in ZMR 2009, 262, Urteil vom 03.04.2008 – C-306/06)

1. Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie 2000/35/EG steht der derzeit **herrschenden Auffassung entgegen**, dass für den Eintritt des Zahlungsverzugs bei Geldschulden, welche durch Banküberweisung getilgt werden, auf die **Vornahme der Überweisungshandlung durch den Schuldner** und nicht auf die Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers ankomme.
2. Dem Schuldnerschutz ist dadurch Rechnung getragen, dass **Verzugszinsen nur bei Verantwortlichkeit des Schuldners** zu zahlen sind, so dass bei in der Sphäre der Bank liegende Bearbeitungsverzögerungen zwar nicht den Eintritt des Verzugs hindern, jedoch keine Verzugszinsen geschuldet werden.
3. Nimmt der Schuldner die **Überweisungshandlung so spät** vor, dass selbst bei **regelmäßigen Abläufen** nicht mit einer rechtzeitigen Gutschrift auf dem Gläubigerkonto zu rechnen ist, so kann dieser **Verzugszinsen beanspruchen**.

**Fall:** Die 01051 Telekom nimmt die Deutsche Telekom auf Zahlung von Verzugszinsen in Anspruch. Grundlage ist ein im Jahr 2001 geschlossener Fakturierungs- und Inkassovertrag, der in Ziffer 8 folgende Klausel enthält:

*„Der Vertragspartner kann jeweils in der Mitte und am Ende eines Kalendermonats in einer Rechnung die von ihm gelieferten und von der Deutschen Telekom als fakturierbar erkannten Nettoentgelte zu den Leistungen zuzüglich Umsatzsteuer mit der Deutschen Telekom abrechnen .... Der Rechnungsbetrag muss spätestens 30 Tage nach dem Zugang der Rechnung auf dem in der Rechnung angegebenen Konto gutgeschrieben oder verrechnet sein.“*

Die 01051 Telekom ist der Auffassung, dass es für die Frage, ob sie Verzugszinsen beanspruchen könne, auf den Zeitpunkt der Gutschrift auf ihrem Konto ankomme. Die Deutsche Telekom hingegen meint, dass die rechtzeitige Vornahme der Überweisungshandlung ausreichend sei.

Das LG Bonn hat der Klage teilweise stattgegeben und ausgeführt, dass die von der Deutschen Telekom geschuldete Leistung nicht nur in der Vornahme der Überweisung des zu zahlenden Betrags, sondern in dessen Gutschrift auf dem Konto von 01051 Telekom bestanden habe. Diese Schlussfolgerung ergebe sich zwingend aus Art. 3 Abs.1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie 2000/35, wonach der Gläubiger berechtigt sei, bei Zahlungsverzug Zinsen insoweit geltend zu machen, als er den fälligen Betrag "nicht rechtzeitig erhalten" habe. Entgegen der bisher in Deutschland vorherrschenden Auslegung werde der Zahlungsverzug somit nicht durch die verspätete Durchführung des Zahlungsauftrags, sondern dadurch begründet, dass der Gläubiger den geschuldeten Betrag verspätet erhalte.

Das OLG Köln hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Steht eine nationale Regelung, dass es für die den Eintritt des Schuldnerverzugs vermeidende oder den eingetretenen Schuldnerverzug beendende, per Banküberweisung abgewickelte Zahlung nicht auf den Zeitpunkt der Gutschrift des Betrags auf dem Gläubigerkonto, sondern auf den Zeitpunkt des von dem Schuldner bei ausreichender Kontodeckung oder entsprechendem Kreditrahmen erteilten und von der Bank angenommenen Überweisungsauftrags ankommt, in Einklang mit Art. 3 Abs.1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie 2000/35?

**Artikel 3 der Richtlinie 2000/35/EG lautet auszugsweise:**

#### **Zinsen bei Zahlungsverzug**

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen folgendes sicher:
  - a) Zinsen gemäß Buchstabe d) sind ab dem Tag zu zahlen, der auf den vertraglich festgelegten Zahlungstermin oder das vertraglich festgelegte Ende der Zahlungsfrist folgt.
  - b) Ist der Zahlungstermin oder die Zahlungsfrist nicht vertraglich festgelegt, so sind Zinsen, ohne dass es einer Mahnung bedarf, automatisch zu zahlen:

- i) 30 Tage nach dem Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung beim Schuldner oder,
    - ii) wenn der Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung unsicher ist, 30 Tage nach dem Zeitpunkt des Empfangs der Güter oder Dienstleistungen, oder
    - iii) wenn der Schuldner die Rechnung oder die gleichwertige Zahlungsaufforderung vor dem Empfang der Güter oder Dienstleistungen erhält, 30 Tage nach dem Empfang der Güter oder Dienstleistungen, oder .....
  - c) Der Gläubiger ist berechtigt, bei Zahlungsverzug Zinsen insoweit geltend zu machen, als er
    - i) seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt hat und
    - ii) den fälligen Betrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, dass der Schuldner für die Verzögerung nicht verantwortlich ist.
- I. Nach den gesetzlichen Bestimmungen der **§§ 269, 270 BGB**, in der ihnen durch die nationale **Rspr.** und **Literatur** gegebenen Ausprägung, reicht es zur Abwendung einer den Eintritt des Verzugs vermeidenden oder aber dessen Beendigung herbeiführenden **Zahlung einer Geldschuld** aus, dass der **Schuldner** das zur Übermittlung des Geldes **seinerseits Erforderliche** getan hat (BGHZ 44, 178 [179] = NJW 1966, 46; BGH, NJW 1964, 499; OLG Köln, NJW-RR 1990, 285; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 270 Rn 6f.m.w.N.).
- II. Das OLG Köln hat diese Rechtsauffassung nun zur Überprüfung durch den EuGH gestellt. Anknüpfungspunkt ist hierbei Art. 3 Abs. 1 Buchst. B Ziffer i.

In Art. 3 Abs. 1 Buchst. b Ziffer i, die bei fehlender vertraglicher Festlegung gilt, sieht die Richtlinie eine Zahlungsfrist von 30 Tagen vor. Zugleich ist in Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie vorgesehen, dass der Gläubiger berechtigt ist, gegenüber dem Schuldner Zinsen insoweit geltend zu machen, als er den fälligen Betrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, dass der Schuldner für die Verzögerung nicht verantwortlich ist.

### 1. Zeitpunkt des Verzugesintritts

*„Aus dem Wortlaut letzterer Bestimmung ergibt sich ausdrücklich, dass die Zahlung des Schuldners im Hinblick auf die Fälligkeit von Verzugszinsen als verspätet angesehen wird, wenn der Gläubiger nicht rechtzeitig über den **geschuldeten Betrag verfügt**. Bei einer durch Banküberweisung abgewickelten Zahlung versetzt aber nur die **Gutschrift** des geschuldeten Betrags **auf dem Konto** des Gläubigers diesen in die Lage, über diesen Betrag zu verfügen.“*

*Diese Auslegung wird durch die **verschiedenen Sprachfassungen** der Richtlinie 2000/35 gestützt, die übereinstimmend auf einen Erhalt des geschuldeten Betrags innerhalb der Zahlungsfrist abstellen. Dies gilt insbesondere für die Begriffe ‚erhalten‘, ‚received‘, ‚recu‘ und ‚ricevuta‘ in der deutschen, der englischen, der französischen und der italienischen Sprachfassung der Richtlinie 2000/35.“*

*Im Übrigen ergibt sich klar aus den **vorbereitenden Arbeiten zu der Richtlinie**, dass der **Begriff ‚erhalten‘** nicht zufällig in die Richtlinie gelangt ist, sondern vom Gemeinschaftsgesetzgeber **bewusst gewählt** worden ist.*

*Außerdem steht die Auslegung, wonach die **Gutschrift** des geschuldeten Betrags **auf dem Konto** des Gläubigers das für die Zahlung **entscheidende Kriterium** ist, da sie auf den Zeitpunkt abstellt, zu dem der geschuldete Betrag diesem **Gläubiger sicher zur Verfügung** steht, in Einklang mit dem von der Richtlinie 2000/35 verfolgten Hauptziel, wie es u. a. aus ihren Erwägungsgründen 7 und 16 hervorgeht, nämlich dem **Schutz des Inhabers einer Geldforderung**.*

*Hinzuzufügen ist schließlich, dass eine solche Lesart von Art.3 Abs. 1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie durch die **Auslegung des Gerichtshofs in anderen Bereichen** des Gemeinschaftsrechts bestätigt erscheint. So ist der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu entnehmen, dass die **Gutschrift auf dem Konto der Eigenmittel** der Europäischen Gemeinschaften **das entscheidende Kriterium** für die Feststellung ist, ob ein Mitgliedstaat, der der Kommission einen bestimmten Geldbetrag zur Verfügung zu stellen hat, seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist und er folglich zur **Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet** ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12.06.2003 - C-363/00 -, Kommission/Italien, Slg. 2003, 1-5767, Rdn.42, 43 und 46). (EuGH aaO)*

Mithin ist der Zeitpunkt, der für die Beurteilung maßgeblich ist, ob eine Zahlung durch Banküberweisung im Rahmen eines Geschäftsvorgangs als rechtzeitig bewirkt anzusehen ist, so dass für die Forderung keine Verzugszinsen nach die-

ser Bestimmung zu zahlen sind, der Zeitpunkt, zu dem der geschuldete Betrag auf dem Konto des Gläubigers :geschrieben wird.

## 2. Zinsanspruch nur bei Verantwortlichkeit des Schuldner

„Dieses Ergebnis kann durch das Vorbringen insbesondere - finnischen Regierung, wonach eine derartige Auslegung von Art.3 Abs.1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie 2000/35 dazu führen würde, dem **Schuldner in unangemessener Weise die Gefahr für die Bearbeitungsfristen von Bankgeschäften** aufzuerlegen, nicht in Frage gestellt werden.

Insoweit genügt die Feststellung, dass diese **Bestimmung am Ende gerade vorsieht**, dass der **Schuldner nicht für Verzögerungen verantwortlich** gemacht werden kann, die **ihm nicht zugerechnet werden** können. Mit anderen Worten, Richtlinie 2000/35 selbst schließt die Zahlung von Verzugszinsen in den Fällen aus, in denen der Zahlungszug nicht die Folge des Verhaltens eines Schuldners ist, den üblicherweise für die Durchführung einer Banküberweisung erforderlichen Fristen sorgfältig Rechnung ragen hat.

Im Übrigen ist es, wie die tschechische Regierung bemerkt, im Geschäftsverkehr üblich, dass Vorschriften oder Vertragsbestimmungen die für die Durchführung von Banküberweisungen erforderlichen Fristen regeln, so dass ein Schuldner in der Lage ist, solche Fristen vorzusehen und daher das Entstehen von Verzugszinsen zu vermeiden.“ (EuGH aaO)

## 3. Beantwortung der Frage

„Nach alledem ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass Art.3 Abs.1 Buchst. c Ziffer ii der Richtlinie 2000/35 dahin auszulegen ist, dass bei einer Zahlung durch Banküberweisung der geschuldete Betrag dem Konto des Gläubigers **rechtzeitig gutgeschrieben** sein muss, wenn das Entstehen von Verzugszinsen vermieden oder beendet werden soll.“ (EuGH aaO)

**BGB Zugriff des Vermieters auf verpfändetes Bankguthaben MietR**  
**§§ 535, 551 Unstreitigkeit der Forderung keine Voraussetzung**  
 (OLG Karlsruhe in NJW-RR 2009, 514; Beschluss vom 18. 8. 2008 - 8 W 34/08)

1. **Nach Beendigung** des Mietverhältnisses hat die Kautions nicht nur Sicherungs-, sondern **auch Verwertungsfunktion**.
2. Wird die Sicherheit durch **Verpfändung eines Bankguthabens geleistet**, darf der **Vermieter** bei beendetem Mietverhältnis grundsätzlich auf die verpfändete Forderung **zugreifen**. Das **setzt nicht voraus**, dass die Ansprüche des Vermieters **unstreitig** sind. Ausreichend ist vielmehr, dass der Vermieter eine Abrechnung über die von ihm geltend gemachten Ansprüche aufstellt und diese mit der Mietsicherheit verrechnet.
3. Falls der Vermieter **zu Unrecht** auf die Mietsicherheit zugreift, ist der **Mieter** auf seinen **Rückforderungsanspruch** zu § 551 BGB angewiesen.

**Fall:** M und V haben einen Mietvertrag abgeschlossen. Statt Zahlung einer Mietkaution wurde ein Bankguthaben verpfändet. Nach Beendigung des Mietverhältnisses teilt V dem M mit, dass er wegen angeblicher noch offener Forderungen aus dem Mietverhältnis auf die verpfändete Forderung zugreifen will. Hiergegen beantragt M den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit der Begründung, dass dem Vermieter keine weiteren Forderungen gegen ihn zustünden und deshalb ein Zugriff auf die als Mietkaution verpfändete Forderung unzulässig sei. Er beantragt dem V bei Meidung eines Ordnungsgelds, ersatzweise Ordnungshaft, aufzugeben, es zu unterlassen, das zum Zwecke der Mietsicherheit verpfändete Guthaben von einem näher bezeichneten Sparkonto einzuziehen. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn sowohl ein Verfügungsanspruch als auch ein Verfügungsgrund für diese Sicherungsverfügung bestehen.

### I. Verfügungsanspruch

Ein Verfügungsanspruch besteht, wenn V nicht berechtigt ist, wegen der streitigen Forderung aus dem beendeten Mietverhältnis auf das ihm verpfändete Bankguthaben zuzugreifen. Fraglich ist daher, ob eine Mietkaution, die dem Vermieter als Sicherheit dient, seinem Zugriff nur für unstreitige Forderungen unterliegt und bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage zwischen den Vertragsparteien ein Zugriff unzulässig ist.

*„Zu Unrecht berufen sich die Ast. für ihren Standpunkt auf die Entscheidung des BGH vom 1. 7. 1987 (BGHZ 101, 244 [251] = NJW 1987, 2372). Zutreffend ist zwar, dass dort ausgeführt ist, die Kautions diene der Sicherung der Ansprüche des Vermieters. Dieser solle sich wegen seiner Forderungen, insbesondere wegen seiner **nach Beendigung des Vertrags noch bestehenden Ansprüche**, aus der Kautions auf einfache Weise, nämlich durch **Aufrechnung gegen den Rückzahlungsanspruch des Mieters**, befriedigen können.*

*Das **bedeutet aber nicht**, dass die **Forderung**, auf die der Vermieter sich zur Rechtfertigung der Verwertung der Kautions beruft, **unstreitig sein muss**. Gerade wenn die Kautions ihren Zweck erfüllen soll, dem Vermieter - nach Beendigung des Mietverhältnisses - die Möglichkeit zu geben, sich wegen noch bestehender Ansprüche auf einfache Weise befriedigen zu können, muss ihm die **Kautions als Instrument zur schnellen Durchsetzung seiner Ansprüche** zur Verfügung stehen (Schneider, in: Müller/Walther, Miet- und PachtR, C § 551 Rn 199). Dieser Zweck würde vereitelt, wenn der Vermieter zunächst die Klärung streitiger Ansprüche in einem Rechtsstreit herbeiführen müsste (Kluth/Grün, NZM 2002, 1015 [1016]). **Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat die Kautions nicht nur Sicherungs-, sondern auch Verwertungsfunktion**. Ebenso wie bei der Barkautions darf deshalb der Vermieter - bei beendetem Mietverhältnis - grundsätzlich auf die verpfändete Forderung zugreifen (Schneider, in: Müller/Walther, C § 551 Rn 199; LG Potsdam, GE 2007, 1253 = BeckRS 2008, 02455; Kluth/Grün, NZM 2002, 1015; a.A. LG Darmstadt, ZMR 2005, 194; LG Wuppertal, NJW-RR 2004, 1309 = NZM 2004, 298).*

***Voraussetzung** ist allerdings, dass der Vermieter bei Beendigung des Mietverhältnisses eine **Abrechnung über seine noch offenen Forderungen** aufstellt und diese von der Kautions abzieht. Hier ergibt sich bereits aus dem Vortrag der Ast., dass die Vermieter noch eine offene Mietzinsforderung in Höhe von (15 x 235 Euro =) 3.525 Euro beanspruchen, die die Höhe des verpfändeten Guthabens übersteigt. Damit tragen die Ast. selbst die Voraussetzungen für eine - vorläufige - Inanspruchnahme der Mietkaution vor.*

Bei dieser Ausgangslage wäre es **Sache der Ast. gewesen**, vorzutragen und im vorliegenden Verfahren **glaubhaft zu machen**, dass der **Zugriff auf die Kautionszahlung unberechtigt** ist. Das ist nicht geschehen; denn entgegen der Auffassung der Ast. reicht hierfür nach dem dargelegten Maßstab nicht aus, dass die Forderung, auf die sich der Vermieter beruft, streitig ist (Kluth/Grün, NZM 2002, 1015 [1017]).“ (OLG Karlsruhe aaO)

## II. Verfügungsgrund

Ein Verfügungsgrund für eine Sicherungsverfügung besteht, wenn die Gefahr besteht, dass Anspruch nach der Klage undurchsetzbar ist.

„Die Ast. meinen, bereits die Tatsache, dass die **Mietsicherheit ‚vor der Zeit‘** eingezogen werde, begründe die **abstrakte Gefahr**, dass Gläubiger der Vermieter auf die Kautionszahlung Zugriff nähmen und dadurch eine Rückgängigmachung der Vermögensverschiebung gefährdeten. Das müsse angesichts des bloßen Sicherungscharakters der Kautionszahlung als Verfügungsgrund ausreichen. Dieser Argumentation ist das AG zu Recht nicht gefolgt. Abgesehen davon, dass die Ast. - wie oben ausgeführt - die **Verwertungsfunktion der Kautionszahlung**, die diese nach Beendigung des Mietverhältnisses gewinnt, nicht berücksichtigen, **reicht die abstrakte Gefahr einer Vermögensgefährdung als Grund für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht aus**, vielmehr müsste es für die Ast. unzumutbar sein, sie auf eine Klärung der Rechtslage in einem Hauptsacheverfahren zu verweisen. **Selbst wenn also der Zugriff der Ag. auf die Kautionszahlung rechtswidrig** wäre, müsste den Ast. der **Verlust der verpfändeten Forderung** oder ein sonstiger schwerwiegender Nachteil **drohen**, um den Erlass einer auf ein Unterlassungsgebot gerichteten einstweiligen Verfügung zu rechtfertigen (vgl. OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 1991, 174 [175] für die Inanspruchnahme einer Bürgschaft). Hierfür ergibt sich aus dem Vortrag der Ast. nichts.“ (OLG Karlsruhe aaO)

WStG

**Geiselnahmeübung bei der Bundeswehr**

StrafR

§§ 30 I, 31 I, 5 I

**Rechtfertigungsirrtum**

(BGH in NJW 2009, 1360; Urteil vom 14.01.2009 – 1 StR 158/08)

1. Der Irrtum eines Bundeswehrsoldaten, sein Verhalten sei durch gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften oder einen rechtmäßigen Befehl gerechtfertigt, unterfällt dem besonderen Schuldausschließungsgrund des § 5 I WStG.
3. § 30 WStG kann mit § 224 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen: § 30 WStG geht nur der Regelung des § 223 StGB vor, enthält aber keine alle Körperverletzungsdelikte ausschließende Sonderregelung.

**Fall:** Die Angekl. waren einer reinen Ausbildungskompanie für Rekruten der Bundeswehr, tätig, die in der Coesfelder Freiherr-vom-Stein-Kaserne stationiert war. Am 08./09.06.2004 beteiligten sie sich an einer „Geiselnahmeübung“ in der allgemeinen Grundausbildung für etwa 80 Rekruten. Der Angekl. E nahm zudem am 24./25.08.2004 erneut an einer derartigen Übung teil. Die erste „Geiselnahmeübung“ hatten zwei anderweitig verfolgte Zugführer mit Genehmigung des ebenfalls gesondert verfolgten Kompaniechefs eingeführt, obwohl dies die geltende Anweisung für die Truppenausbildung Nr. 1 nicht vorsah und derartige Übungen ausschließlich an drei festgelegten Bundeswehrstandorten - wozu die Kaserne in Coesfeld nicht gehörte - mit speziell geschulten Ausbildern durchgeführt wurden.

Bei der ersten Übung im zweiten Quartal 2004, von der die Rekruten vorher nicht informiert wurden, waren die Angekl. K, F, H und E mit zwei weiteren Ausbildern für das „Überfallkommando“ eingeteilt. Gemeinsam überfielen sie die in Gruppen aufgeteilten Rekruten, entwaffneten sie, verbanden ihnen die Augen und fesselten ihnen die Hände mit Kabelbindern auf den Rücken. Dabei erlitten die Rekruten teilweise Schmerzen und trugen Druckstellen davon. So zog etwa der Angekl. E bei einem Rekruten die Kabelbinder bewusst fester zu, so dass sie zu stramm saßen.

Der Angekl. F stellte nach einem solchen Überfall einem gefesselten und mit verbundenen Augen auf dem Bauch liegenden Soldaten seinen rechten Fuß auf den Rücken. Dabei hielt er in der rechten Hand sein Gewehr, streckte die linke Faust in die Höhe und ließ sich so fotografieren.

Nach den einzelnen Überfällen wurden die Rekruten bei dieser Übung jeweils zu einer Sandgrube gebracht. Dort führte der Angekl. H mit ihm zugeteilten Hilfsausbildern ein „Verhör“ durch. Bei dieser vom Angekl. H geleiteten Befragung mussten die Rekruten unter anderem mit verbundenen Augen Liegestützen oder Kniebeugen machen, es wurden Scheinerschießungen durchgeführt und teilweise wurde den Soldaten mit einer Kübelspritze Wasser in den gewaltsam geöffneten Mund oder in die Nase gepumpt, so dass sie zum Teil keine Luft mehr bekamen. Vereinzelt wurde Rekruten auch Wasser in die zuvor geöffnete Hose gepumpt, teilweise danach auch Sand in die Hose zwischen die Beine geworfen. Ein Soldat wurde vom Angekl. H anschließend als „Bettnässer“ verhöhnt. Auch der Angekl. E beteiligte sich an der Befragung eines Rekruten in der Sandgrube. Dabei fasste er ihn an den Haaren, zog seinen Kopf nach hinten und drohte mit seiner Erschießung.

Die weitere Übung im dritten Quartal 2004, an der der Angekl. E ebenfalls teilnahm, lief ähnlich ab. Er begleitete hierbei seine Gruppe auf dem nächtlichen Orientierungsmarsch zu dem Ort des Überfalls. Anschließend wurden die Rekruten mit einem Transporter zu einem Kasernenblock gebracht, in dessen Keller dieses Mal das „Verhör“ stattfand. Der Angekl. E beteiligte sich am „Abladen“ der Rekruten von einem Transporter, indem er die Soldaten, deren Augen nach wie vor verbunden waren, aufforderte, von der Ladekante zu springen. Dadurch sollte bei den Rekruten Angst und Unsicherheit erzeugt werden. Während der Befragung wurde einer der Rekruten fest auf Arme, Beine und Rücken geschlagen. Teilweise wurden die Rekruten mit Wasser nass gemacht beziehungsweise übergossen und mussten Zwangshaltungen einnehmen. Einem Rekruten wurde ein Eimer über den Kopf gestülpt.

- I. Zu prüfen ist zunächst, ob sich die Angekl. K, F und H wegen **gefährlicher Körperverletzung nach § 224 StGB** strafbar gemacht haben.
  1. Dies setzt zunächst voraus, dass sich die am Überfall beteiligten Angekl. K, F und H das **Geschehen in der Sandgrube zurechnen** lassen müssen, und dass es insofern einen **gemeinsamen Tatplan** gegeben hat.
    - a) Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als **Mittäter** begeht, ist nach den gesamten Umständen des konkreten Falls in wertender Betrachtung zu beurteilen.



**Wesentliche Anhaltspunkte** hierfür sind:

- der Grad des eigenen **Tatinteresses**,
- der **Umfang der Tatbeteiligung** sowie
- die **Tatherrschaft** oder jedenfalls der **Wille hierzu**, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen.

st. Rspr., vgl. nur BGH, BGHR § 25 Abs. 2 Mittäter 13 m.w.N.

Zwar **haftet jeder Mittäter für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines** - zumindest bedingten - **Vorsatzes**, ist also für den Erfolg nur insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht, so dass ihm ein **Exzess der anderen nicht zur Last fällt**. Jedoch werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Einzelfalls gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er diese sich nicht besonders vorgestellt hat. Ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seiner Tatgenossen gleichgültig ist (vgl. BGH BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 32 m.w.N.).

Dabei kann bei einem **mehraktigen Geschehen** Täter auch derjenige sein, welcher nicht sämtliche Akte selbst erfüllt. Es genügt, wenn er auf der Grundlage gemeinsamen Wollens einen die Tatbestandsverwirklichung fördernden Beitrag leistet (vgl. BGH, BGHR StGB § 25 Abs. 2 Willensübereinstimmung 3).

- b) Vorliegend wussten die Angekl. K, F und H auf Grund einer **vorangegangenen Ausbilderbesprechung**, dass die u. a. von ihnen ausgeführten Überfälle der Ermöglichung der nachfolgenden Befragungen dienten, die „etwa so wie in H. ablaufen“ sollten.

Zudem **wussten sämtliche Beteiligten** - insbesondere auf Grund ihrer eigenen Ausbildung bei der Bundeswehr und wie das Fehlen einer Nachfrage zeigt -, **dass die Verhöre** - wie auch bei den Geiselnahmeübungen im Rahmen der „Einsatzbezogenen Zusatzausbildung“ - jeweils **unter psychischen und physischen Belastungen erfolgen sollten**, um bei den Rekruten Stress zu erzeugen.

*„Auch wenn weitere Einzelheiten dazu von den Beteiligten nicht erörtert wurden und die Angekl. K, F und H nicht wussten, was in der Sandgrube letztlich im Einzelnen geschah, liegt es nahe, dass es zu erheblichen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit der Rekruten kommen würde. Jedenfalls legt die gemeinsame Erörterung der Geiselnahmeübung ohne weitere Nachfrage zu den Einzelheiten im Zusammenhang mit der nachfolgenden aktiven Beteiligung der Angekl. K, F und H an dieser Übung nahe, dass ihnen die genaue Vorgehensweise bei den Verhören in der Sandgrube zumindest gleichgültig war.“ (BGH aaO).*

- c) **Absprachegemäß** haben die Angekl. K, F und H die **Verhöre und auch die damit einhergehenden erheblichen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit** der Rekruten dadurch **ermöglicht**, dass sie diese überfallen, entwaffnet, gefesselt und zur Sandgrube verbracht haben. Dabei hatten sie bezüglich der konkreten Ausgestaltung dieses Teils der Übung freie Hand.

*„Die Beiträge des „Überfallkommandos“ und derjenigen, die das Verhör durchführten, ergänzten sich - dem Tatplan entsprechend - arbeitsteilig. Die Feststellungen drängen zu der Annahme, dass die Angekl. K, F und H bei ihrem eigenen Handeln bei den Überfällen - insbesondere auf Grund der im Rahmen der Ausbildung ansonsten unüblichen nicht nur kurzzeitigen Fesselung mit Kabelbindern und der teils gewaltsamen Überwältigungen - die erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens der Rekruten zumindest **billigend in Kauf genommen** haben. Die in diesem Zusammenhang festgestellte körperliche Misshandlung der Rekruten wäre dann von ihrem Willen umfasst. Die Vorgehensweise bei den Überfällen und die damit zusammenhängenden Beeinträchtigungen für die Rekruten unterschieden sich nicht wesentlich von denjenigen bei den Geschehnissen bei den späteren Befragungen. Allein die Steigerung der Intensität einzelner Handlungen bei den Verhören - wie etwa dem Pumpen von Wasser in Mund und Nase bis zur Atemnot - bewirkt nicht, dass die Geiselnahme*

meübung insgesamt eine andere, von diesen Angekl. nicht mehr vorgestellte Qualität der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit gehabt hätte. Aufgetretene Exzesse sind lediglich im Rahmen des Schuldumfangs der einzelnen Beteiligten von Bedeutung.“ (BGH aaO).

- d) Dabei ist **zwischen dem Überfall einerseits und dem Verhör andererseits nicht zu differenzieren**, denn das Überwältigen der Rekruten ermöglichte erst das anschließende Verhör und bildete einen **unverzichtbaren Bestandteil der insgesamt unzulässigen Geiselnahmeübung**.

Die an dieser Übung beteiligten Angekl. K, F und H müssen sich deshalb die **Geschehnisse der gesamten Übung zurechnen** lassen, soweit sie von dem gemeinsam gefassten Tatplan gedeckt sind und es sich nicht um einzelne Exzesse handelte.

„Jedenfalls die von den Rekruten in der Sandgrube auszuführenden Zwangshaltungen, Kniebeugen, Liegestütze, das Haltenmüssen von Baumstämmen und die Scheinerschießungen stimmen nach den Urteilsfeststellungen nach Art und Intensität der Beeinträchtigung mit den Vorgehensweisen bei den zulässigen Geiselnahmeübungen, die unter anderem in Hammelburg durchgeführt werden, überein, so dass dies nahe liegend **vom gemeinsamen Tatplan gedeckt** und somit den Angekl. K, F und H zurechenbar war.“ (BGH aaO).

2. Auch das Geschehen bei den **Überfällen** ist den Angekl. **zuzurechnen**.

„Wie bereits dargelegt, haftet jeder Mittäter im Rahmen seines - zumindest bedingten - Vorsatzes für das Handeln der anderen. Dabei werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Einzelfalls gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat.

So verhält es sich hier: Vereinbarungsgemäß „überfielen“, entwaffneten und fesselten die Angekl. K, F und H mit drei (weiteren) Ausbildern die unvorbereiteten Rekruten. Bei einem - schon auf Grund der nicht vorhersehbaren Reaktionen der Soldaten - derart **unkontrollierbaren Geschehen** liegt es gleichfalls nahe, dass die Beteiligten selbstverständlich damit rechneten, dass sich Soldaten zur Wehr setzen und es zu tätlichen, auch schmerzhaften Auseinandersetzungen - wie etwa mit dem Zeugen L - kommt. In diesem Fall hätten die Angekl. K, F und H insofern jedenfalls mit bedingtem Vorsatz gehandelt und müssten sich damit diese Geschehnisse zurechnen lassen. Dabei kommt es nicht darauf an, dass sie selbst an der konkreten Auseinandersetzung mit dem einzelnen, betroffenen Rekruten nicht beteiligt waren.“ (BGH aaO).

3. Die Beteiligung an der gegenständlichen Geiselnahmeübung durch die Angekl. K, F und H stellt auch eine **körperliche Misshandlung i.S. des § 30 I WStG, §§ 223 I, 224 I Nr. 4 StGB** dar.

- a) Der **Begriff der Misshandlung** des § 30 WStG setzt ebenso wie der Tatbestand des § 223 I StGB eine **üble und unangemessene Einwirkung auf den Körper des Verletzten** voraus, die dessen **körperliches Wohlbefinden mehr als bloß unerheblich beeinträchtigt** (BGHSt 14, 269 = NJW 1960, 1477).

Die Beurteilung der Erheblichkeit bestimmt sich dabei nach der Sicht eines objektiven Betrachters - nicht nach dem subjektiven Empfinden des Betroffenen - und richtet sich insbesondere nach Dauer und Intensität der störenden Beeinträchtigung (vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB, 77. Aufl., § 223 Rn 4a).

- b) An diesen Maßstäben gemessen stellen bereits das **Überfallen und Überwältigen der Rekruten**, ihre Fesselung mit Kabelbindern über einen erheblichen Zeitraum, das Verbinden ihrer Augen, ihr Verladen auf die Ladefläche eines Pritschenwagens und der anschließende unzulässige Transport zur Sandgrube, bei dem die nach wie vor gefesselten Soldaten mit verbundenen Augen teils übereinander lagen und in keiner Weise während der Fahrt gesichert waren, sowie die hierbei teilweise verabreichten Schläge jeweils für sich genommen eine erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens dar.
- c) Erst recht beeinträchtigte die **Geiselnahmeübung in ihrer Gesamtheit** - sprich der Überfall und das sich anschließende Verhör der Rekruten das körperliche Wohlbefinden der Rekruten mehr als bloß unerheblich.

„Die Rekruten wurden dieser „Behandlung“ über einen Zeitraum von jedenfalls 30 Minuten unterzogen. Zum Teil waren sie während der gesamten Zeit mit den Kabelbindern gefesselt. Teilweise mussten sie zusätzlich über erhebliche Zeiträume in anstrengenden Zwangspositionen (etwa mit weit vorgebeugtem Oberkörper einem Kameraden gegenüber kniend) verharren (vgl. zur körperlichen Misshandlung durch Zwangshaltungen bereits RMG [Entscheidungen d. Reichsmilitärgerichts] 3, 119) oder kräftezehrende Übungen (Liegestütze, Kniebeugen, Halten von Baumstämmen) absolvieren, obwohl sie überwiegend auf Grund der vorangegangenen körperlichen Anstrengungen sowieso bereits am Ende ihrer körperlichen Möglichkeiten waren und damit die auferlegten Aufgaben und die übrige Behandlung als bloße Quälerei empfinden mussten.“ (BGH aaO).

- d) Die Geiselnahmeübung ist auch eine **üble und unangemessene Einwirkung auf den Körper** der betroffenen Rekruten, da sie offensichtlich **den geltenden Dienstvorschriften zuwiderlief** und es an einem **rechtmäßigen Befehl** fehlte.

aa) Ob eine **üble, unangemessene, sozialwidrige Behandlung** gegeben ist, entscheidet sich nach dem **Wesen des militärischen Dienstes**, der seiner Natur nach hohe körperliche Anforderungen an den Soldaten stellt. Mutet ein Vorgesetzter im Rahmen seiner allgemeinen Befugnisse und zu Zwecken der Ausbildung einem Soldaten besondere Anstrengungen zu und **verstößt** er dabei **nicht offensichtlich gegen gesetzliche Bestimmungen, rechtmäßige Dienstvorschriften und Befehle**, so **fehlt es an einer Misshandlung** (BGHSt 14, 269 = NJW 1960, 1477).

„Nach Art. 1 I GG ist die Würde des Menschen unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. Dies gilt auch für die Gewährleistung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 GG. Diese Gebote bilden die Grundlage der **Wehrverfassung der Bundesrepublik Deutschland** (vgl. § 10 IV SG) und **bedürfen im militärischen Bereich besonderer Beachtung**. Nach der eindeutigen Regelung des § 6 S. 1 SG hat der Soldat die gleichen staatsbürgerlichen Rechte wie jeder andere Staatsbürger. Gemäß § 6 S. 2 SG werden die **grundrechtlichen Garantien lediglich im Rahmen der Erfordernisse des militärischen Dienstes durch seine gesetzlich begründeten Pflichten beschränkt**. Die körperliche Integrität der Untergebenen innerhalb der Bundeswehr genießt einen hohen Stellenwert. Es gilt der **Grundsatz**, dass ein **Vorgesetzter seine Untergebenen niemals anfassen darf, außer es steht zur unmittelbaren Durchsetzung eines rechtmäßigen Befehls kein anderes Mittel zur Verfügung** (vgl. BVerwGE 113, 272 = NVwZ-RR 1999, 321 = NVwZ 1999, 774).“ (BGH aaO).

- bb) Vorliegend stellt die Durchführung der Geiselnahmeübung einen klaren **Verstoß gegen die geltenden Vorschriften der Bundeswehr und die Grundrechte der betroffenen Rekruten** dar.

„Eine praktische Übung „Geiselnahme/Verhalten in Gefangenschaft“ ist und war auch zur Tatzeit **nach den geltenden Ausbildungsregeln der Bundeswehr** für die dreimonatige Grundausbildung der Rekruten nicht vorgesehen und damit mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage **nicht zulässig**. Eine derartige Übung kam ausschließlich im Rahmen der „Einsatzbezogenen Zusatzausbildung“ für diejenigen Soldaten auf Zeit, freiwillig länger Dienende oder Berufssoldaten, die ihre Ausbildung bereits abgeschlossen hatten und vor einem Auslandseinsatz standen, in Betracht. Selbst diese **Spezialübung** darf ausschließlich an drei besonderen Bundeswehrstandorten durchgeführt werden. Vorschriftsgemäß hat dem praktischen Teil eine Unterrichtseinheit mit **psychologischer Betreuung** vorauszugehen. Eine tätliche Konfrontation mit den Soldaten oder gar eine Fesselung findet nicht statt. Zudem können die Soldaten die Übung, auf die sie vorbereitet worden sind, durch ein Handzeichen jederzeit beenden.

Obleich unzulässig, wurden aber nicht einmal diese Standards für die Durchführung derartiger Spezialübungen beachtet: Eine vorbereitende Unterrichtseinheit fand nicht statt. Die ohnehin zumeist erschöpften Rekruten wurden nach rund 24-stündigem Dienst und einem kräftezehrenden nächtlichen Orientierungsmarsch außergewöhnlichen, bei solchen Spezialübungen nicht zulässigen zusätzlichen physischen Belastungen (etwa in Form des gewaltsamen Überwältigens mit tätlichen Auseinandersetzungen, der Fesselung oder des ungesicherten Transports auf einem Pritschenwagen), aber auch **psychischen Belastungen** ausgesetzt und damit in ihrem **Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit verletzt**. Dies **verstieß evident gegen gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften und Befehle**, § 10 IV SG.“ (BGH aaO).

4. Fraglich ist jedoch, ob die Angekl. K, F und H sich in einem den Vorsatz ausschließenden **Tatbestandsirrtum gem. § 16 I StGB** befanden, weil sie von der Rechtmäßigkeit der Übung ausgegangen sind.

Der Irrtum eines Untergebenen in der Bundeswehr, sein Verhalten sei durch gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften oder einen rechtmäßigen Befehl gerechtfertigt, unterfällt dem **besonderen Schuldausschließungsgrund des § 5 I WStG**.

- a) **§ 11 II 1 SG** verbietet den Gehorsam gegenüber einem Befehl, wenn der Untergebene dadurch eine Straftat begeht. Ein solcher **strafrechtswidriger Befehl ist unverbindlich** (vgl. BGHSt 19, 231 = NJW 1964, 933; Erbs/Kohlhaas, 172. Lfg., § 5 WStG Rn 2).

Ein Befehl, dem die Verbindlichkeit fehlt, kommt lediglich als **Entschuldigungsgrund** in Betracht. Der Untergebene, der eine strafrechtswidrige Weisung ausführt, handelt tatbestandsmäßig und rechtswidrig, selbst wenn er an die Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit der Anordnung glaubt (vgl. Jescheck/Weigend, StrafR AT, 5. Aufl., § 46 I.2 m.w.N.).

Gem. **§ 11 II 2 SG und § 5 I WStG trifft einen Untergebenen, der auf Befehl eine rechtswidrige Tat begeht**, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, **eine Schuld aber nur dann, wenn er erkennt, dass es sich um eine rechtswidrige Tat handelt**, oder dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist (vgl. BGHSt 19, 231 = NJW 1964, 933).

- b) **Erkennen** verlangt hierbei **positive Kenntnis, sicheres Wissen** (vgl. BGHSt 22, 223 = NJW 1968, 2345 [zu § 47 Militärstrafgesetzbuch - MStGB]). Erkennt der Untergebene die Strafrechtswidrigkeit des Befehls nicht, beurteilt er sie unzutreffend oder hat er insoweit Zweifel, so handelt er nur dann schuldhaft, wenn die Strafrechtswidrigkeit nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist. **§ 17 StGB ist im Rahmen des § 5 WStG angesichts der ausdrücklichen Regelung der militärischen Befehlsverhältnisse nicht anwendbar** (BGHSt 5, 239 = NJW 1954, 401; BGHSt 22, 223 = NJW 1968, 2345).

*„Der Begriff „offensichtlich“ ist objektiv zu verstehen. Er umfasst das, was jedermann ohne weiteres Nachdenken erkennt, was jenseits aller Zweifel liegt (vgl. BGH, BGHR WStG § 5 I Schuld 2). Abzustellen ist damit auf die **Erkenntnisfähigkeit eines gewissenhaften, pflichtbewussten Durchschnittssoldaten**. Beurteilungsgrundlage für diesen sind allerdings die dem Täter subjektiv bekannten Umstände - und zwar nicht nur die allgemeinen Tatumstände, sondern alle für die Beurteilung des Sachverhalts bedeutsamen Umstände - wie etwa die Kenntnis von vorangegangenen Ereignissen, von Befehlen, Belehrungen, Dienstvorschriften und dergleichen (Schölz/Lingens, WStG, 4. Aufl., § 5 Rn 13; Erbs/Kohlhaas, § 5 WStG Rn 10). Auch wenn einem Untergebenen regelmäßig keine Sachverhaltsprüfungspflicht obliegt (vgl. BGH, BGHR WStG § 5 I Schuld 2) und er grundsätzlich zu unverzüglichem Gehorsam verpflichtet ist, so muss er dennoch Gegenvorstellung erheben oder den Gehorsam verweigern, wenn er auf Grund der ihm bekannten Umstände der Überzeugung ist oder er ohne den berechtigten Vorwurf der Rechtsblindheit die Überzeugung haben müsste, dass der Befehl strafrechtswidrig ist (vgl. Stauf, in: Nomos-Erläuterungen z. Deutschen BundesR, § 5 WStG; BGHSt 19, 231 = NJW 1964, 933).*

*Die **Diskussion unter den Ausbildern über eine Änderung der AnTrA1 in Bezug auf eine künftige Zulässigkeit von Geiselnahmeübungen in der Grundausbildung legt den Schluss nahe, dass die Strafrechtswidrigkeit der Übung und der diesbezüglichen „Genehmigung“ des Kompaniechefs für die Beteiligten jedenfalls offensichtlich i.S. des § 5 I WStG war**. Dies gilt umso mehr, als Art und Weise der Durchführung von den der bei der „Einsatzbezogenen Zusatzausbildung“ geltenden Standards abwichen, was die Beteiligten auf Grund ihrer eigenen Ausbildung wussten. Für diesen Fall hätten die Angekl. K, F und H den strafrechtswidrigen, unverbindlichen Befehl nicht ausführen dürfen.“ (BGH aaO).*

- II. Der Überfall, das Verbinden der Augen, die Fesselung und das Verladen der Rekruten auf den Pritschenwagen könnte zudem eine **entwürdigende Behandlung i.S.d. § 31 I WStG** darstellen.

1. **Entwürdigende Behandlung** ist **jedes Verhalten eines Vorgesetzten gegenüber einem Untergebenen, das dessen Stellung als freie Persönlichkeit nicht unerheblich in Frage stellt**, das die **Achtung nicht unerheblich beeinträchtigt**, auf die der Untergebene allgemein als Mensch in der sozialen Gesellschaft und im besonderen als Soldat innerhalb der soldatischen Gemeinschaft Anspruch hat. Der Untergebene darf **keiner Behandlung ausgesetzt werden, die ihn zum bloßen Objekt degradiert und seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt** (BayObLG NJW 1970, 769; Schölz/Lingens, § 31 Rn 3; Stauf, in: Nomos-Erläuterungen z. Deutschen BundesR, § 31 WStG).

Ob eine entwürdigende Behandlung vorliegt, beurteilt sich, wenn die Handlung nicht bereits wegen ihres absolut entwürdigenden Charakters unter § 31 I WStG fällt, auf Grund einer **Gesamtwürdigung aller Tatumstände** (BayObLG, NJW 1970, 769; Erbs/Kohlhaas, § 31 WStG Rn 3; Schölz/Lingens, § 31 Rn 4).

2. Daran gemessen **unterfällt** jedenfalls die **Geiselnahmeübung** in ihrer Gesamtheit **dem Tatbestand des § 31 I WStG**.

*„Insbesondere die Fesselung der Rekruten (vgl. dazu Schölz/Lingens, § 31 Rn 5), das Verbinden ihrer Augen, das Verladen der Rekruten „wie Ware“ auf die Ladefläche eines Pritschenwagens, die auf den Helm verabreichten Schläge, um für Ruhe zu sorgen, das Hinknienlassen sowie die schikanösen Zwangshaltungen und Ausdauerübungen, die den nach fast 24-stündigem Dienst und einem anstrengenden Nachtmarsch ohnehin zumeist erschöpften Rekruten befohlen wurden, schließlich die angedrohten (teils mit angesetzter Waffe) und vorgetäuschten Erschießungen (vgl. dazu Dau, in: Erbs/Kohlhaas, § 31 WStG Rn 4) stellen entwürdigende Behandlungen dar, welche zumindest bei einem Soldaten auch zu einer nahezu panischen Angst führten. Dies alles erniedrigte die Rekruten zum bloßen Objekt.“ (BGH aaO).*

3. Eine **rechtfertigende Wirkung** ergibt sich auch nicht daraus, dass die betroffenen Rekruten **ausdrücklich oder konkludent** in die gegenständliche unzulässige Geiselnahmeübung **eingewilligt** hätten.

*„Denn §§ 30, 31 WStG schützen nicht allein das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit bzw. der Würde des Untergebenen, sondern auch die Disziplin und Ordnung in der Bundeswehr. Die ehr- und körperverletzende Behandlung durch Vorgesetzte stellt einen Verstoß gegen die in Art. 1 I 2 GG normierte Verpflichtung aller staatlichen Gewalt zum Schutze der Menschenwürde und der durch Art. 2 II 1 GG gewährleisteten körperlichen Unversehrtheit dar. Von dieser Verpflichtung kann der für den Staat handelnde Amtsträger oder Bedienstete durch das subjektive Einverständnis des Individualgrundrechtsträgers nicht freigestellt werden (vgl. BVerwG NJW 2001, 2343; Erbs/Kohlhaas, § 30 WStG Rn 10).“ (BGH aaO).*

### III. Konkurrenzen

**§ 30 WStG** kann mit **§ 224 StGB** in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen: § 30 WStG geht nur § 223 StGB vor, enthält aber keine alle Körperverletzungsdelikte ausschließende Sonderregelung.

*„Dies folgt schon daraus, dass das allgemeine Strafrecht gerade in den schwereren Fällen der Untergebenenmisshandlung nicht durch das Wehrstrafgesetz gemildert werden darf (vgl. BGH NJW 1970, 1332; Schölz/Lingens, § 30 Rn 28; a.A.: Erbs/Kohlhaas, § 30 WStG Rn 18; Arndt, Grundriss d. WehrstrafR, 2. Aufl., S. 218).“ (BGH aaO).*

StGB  
§ 261 I 1

**Geldwäsche**  
**Bestechung als Vortat**

StGB

(BGH; Beschluss vom 18.02.2009 – 1 StR 4/09)

1. Im Rahmen der Strafbarkeit des § 261 I 1 StGB **rührt** bei der Bestechung gem § 334 StGB als Vortat auch das **Bestechungsgeld, das der Bestechende zahlt, aus der Tat her**.
2. Ein **Gegenstand** ist dann als **bemakelt i.S. des § 261 I StGB** anzusehen, wenn er sich bei einer **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** im Sinne eines Kausalzusammenhangs **auf die Vortat zurückführen lässt**

**Fall:** Die Angekl. wirkte von 1999 bis 2002 an der Zahlung von Bestechungsgeldern in Höhe von rund 1,15 Mio. € an ihren Bruder, einen Amtsträger im georgischen Transportministerium, mit. Dabei leisteten die in Deutschland ansässigen Firmen B. und F. an den Bruder der Angekl. Zuwendungen, aufgrund derer dieser pflichtwidrig auf die Vergabe von georgischen CEMT-Genehmigungen Einfluss nahm, die die beiden Unternehmen im internationalen Straßentransport nutzten und dadurch Wettbewerbsvorteile erzielten. Die Angekl. stellte in Kenntnis des Verwendungszwecks ihre deutschen Bankkonten zur Verfügung, nahm die dorthin überwiesenen Bestechungsgelder für ihren Bruder in Empfang und verfügte nach dessen Weisungen darüber, indem sie Überweisungen auf diverse andere Konten tätigte oder Beträge in bar abhob und weiterleitete. Dies tat die Angekl. in erster Linie, um ihren Bruder zu unterstützen.

Die Angekl. könnte sich der **Geldwäsche** schuldig gemacht haben, § 261 I 1, 2 Nr. 2a, II Nr. 2, § 3 StGB.

I. Die **Bestechung des georgischen Amtsträgers** ist gem. §§ 334 I, 335 II Nr. 1, Nr. 3 StGB i.V.m. Art. 2 § 1 und § 4 IntBestG als **Vortat i.S.d. § 261 I StGB** zu werten.

1. Der vom Bruder der Angekl. nach georgischem Recht erfüllte Straftatbestand der **Annahme von Bestechungsgeldern** („Accepting Bribes“ - Art. 338 of Criminal Code of Georgia [in der englischen Übersetzung]) stellt eine **Vortat gem. § 261 I StGB** dar, denn nach § 261 VIII StGB stehen den in § 261 I und II StGB bezeichneten Gegenständen solche gleich, die aus einer im Ausland begangenen Tat der in Abs. 1 der Vorschrift bezeichneten Art herrühren, wenn die Tat - wie vorliegend - auch am Tatort mit Strafe bedroht ist. An die aus dieser Vortat zweifelsohne herrührenden Gegenstände (die Bestechungsgelder) knüpfen die Tathandlungen der Geldwäsche an.

Auch hat sich die Angekl. durch die von ihr verwirklichten Tathandlungen nach georgischem Recht der „**Komplizenschaft**“ („Accomplice“ - Art. 24 Nr. 3, Art. 25 of Criminal Code of Georgia [in der englischen Übersetzung]) **zur Annahme von Bestechungsgeldern** („Accepting Bribes“ - Art. 338 of Criminal Code of Georgia [in der englischen Übersetzung]) strafbar gemacht.

2. Zudem ist durch die in § 261 IX 2 StGB enthaltene Konkurrenzregel die **Bestechung des georgischen Amtsträgers** nach § 334 I, § 335 II Nr. 1 und Nr. 3 StGB i.V.m. Art. 2 § 1 und § 4 IntBestG **auch als Vortat i. S. des § 261 I StGB** zu werten.

a) § 261 IX 2 StGB beinhaltet zum einen

- einen **persönlichen Strafausschließungsgrund** und zum anderen
- eine **Konkurrenzregel**, die eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche immer dann ausschließt, wenn der Geldwäscher bereits an der Vortat beteiligt ist, also täterschaftlich gehandelt oder an ihr teilgenommen hat.

Demnach geht auch die Beihilfe zur Vortat der Anschlussstat vor, wenn Beihilfe- und Geldwäschehandlung identisch sind (vgl. BGH NJW 2000, 3725).

Dies setzt jedoch tatsächlich eine Strafbarkeit wegen Beteiligung an der Vortat voraus und beurteilt sich anhand einer konkreten Betrachtungsweise nach deutschem Recht.

*„Denn Ziel der Regelung des § 261 IX 2 StGB ist die Vermeidung von Doppelbestrafungen in den Fällen, in denen der Vortäter Geldwäschehandlungen vornimmt (BTDrucks. 13/8651 S. 11; 13/6620 S. 7; BGH NJW 2000, 3725; MüKo-StGB/Neuheuser, § 261 Rn 41). Das Ver-*

*bot der Doppelbestrafung nach Art. 103 III GG ist jedoch auf die Verurteilungen durch denselben Staat beschränkt und gilt daher - soweit keine bi- oder multilateralen Übereinkommen bestehen - bei ausländischen Verurteilungen nicht (vgl. Fischer, StGB, 56. Aufl., § 51 Rn 16).“ (BGH aaO).*

- b) Vor dem Hintergrund dieses Gesetzeszwecks ist daher bei der Beurteilung, ob der Täter der Geldwäsche sich zugleich wegen der Vortat strafbar i.S.d. § 261 IX 2 StGB gemacht hat, **allein auf das deutsche Recht abzustellen.**

*„Da das Tätigwerden der Angekl. nach deutschem Recht ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Geldwäsche strafbar ist, kommt die Konkurrenzregel des § 261 IX 2 StGB nicht zum Tragen. Auf die nach georgischem Recht gegebene Strafbarkeit der Angekl. wegen ‚Komplicität‘ (‚Accomplice‘ - Art. 24 Nr. 3, Art. 25 of Criminal Code of Georgia [in der englischen Übersetzung]) - zur Annahme von Bestechungsgeldern (‚Accepting Bribes‘ - Art. 338 of Criminal Code of Georgia [in der englischen Übersetzung]) durch ihren Bruder kommt es hierbei nicht an.“ (BGH aaO).*

- II. **BGH aaO** teilt auch nicht die Auffassung, wonach bei der Bestechung als Vortat die Bestechungsgelder als Tatmittel nicht aus der Vortat „herrühren“ und somit nicht von § 261 StGB erfasst werden.

allgemein zu der Ansicht, nach der die instrumenta sceleris nicht unter § 261 StGB fallen - vgl. etwa MüKo-StGB/Neuheuser, § 261 Rn 44; Ruhmannseder in BeckOK-StGB, § 261 Rn 16 jeweils m.w.N.

1. Der **Gesetzgeber** hat weder im **Wortlaut der Vorschrift des § 261 StGB** noch in den **Gesetzesmaterialien** klare Konturen für Inhalt und Grenzen des Tatbestandsmerkmals „herrühren“ geschaffen, sondern hat die Ausfüllung dieses Merkmals der Rechtsprechungspraxis überlassen.

zum Meinungsstand über die Auslegung dieses Begriffs vgl. Voß, Die Tatobjekte der Geldwäsche 2006 S. 30 ff.; Barton NSTZ 1993, 159.

*„Allerdings zeigt schon der verwendete Begriff, dass der Anspruchsgegenstand nicht notwendig unmittelbar aus der Vortat stammen muss (vgl. Hoyer in SK-StGB, 116. Lfg., § 261 Rn 1, 10). Nach seinem **allgemeinen Wortsinn** bedeutet der Begriff „Herrühren“ lediglich „stammt von etwas her, leitet sich von etwas her, hat seine Ursache in etwas“ (vgl. Brockhaus-Wahrig, Deutsches Wörterbuch -3. Bd. 1981, S. 512). Gleiches ergibt sich aus dem englischen Originaltext des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20.12.1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (BGBl II 1993, 1137 ff.), mit dem sich die Bundesregierung verpflichtet hatte, Geldwäsche unter Strafe zu stellen.*

*Hier lautet die maßgebliche Formulierung „is derived from“ (vgl. BGBl II 1993, 1136, 1138, 1140, 1142), was ebenfalls bedeutet „sich von etwas ableiten/herleiten“. Demnach genügt es grundsätzlich, wenn zwischen dem Gegenstand und der Vortat ein Kausalzusammenhang besteht, wenn also der Gegenstand seine Ursache in der rechtswidrigen Tat hat (vgl. auch BTDrucks. 12/3533 S. 12). Indes ist es nicht zwingend, dass der Täter den Gegenstand aus der für ihn strafbaren Handlung erlangt. Im Falle der Bestechung nach § 334 StGB ist vielmehr der bezahlte Bestechungslohn ein inkriminierter Gegenstand, der der Geldwäsche unterfällt.“ (BGH aaO).*

2. Dieses Begriffsverständnis steht auch im Einklang mit dem **Willen des Gesetzgebers**, den **staatlichen Zugriff auf illegale Vermögenswerte zu gewährleisten** und deren Einschleusen in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zu verhindern (vgl. BTDrucks. 12/989 S. 26; BGHSt 50, 347, 354 m.w.N.).

*„Geschützt werden soll die Aufgabe der **staatlichen Rechtspflege**, die Wirkungen von Straftaten zu beseitigen (BTDrucks. 12/3533 S. 11). Das Bedürfnis nach Bestrafung der Geldwäsche ist auch international im Grundsatz allgemein anerkannt und durch die staatsvertragliche Verpflichtung der Bundesrepublik zur Einführung eines diesbezüglichen Straftatbestandes vom deutschen Gesetzgeber vorausgesetzt worden (BGHSt 50, 347). Das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel kann aber nur dann effektiv erreicht werden, wenn die Vorschrift des § 261 StGB wirtschaftliche Transaktionen im Zusammenhang mit den Katalogtaten weitgehend erfasst und daraus resultierende wirtschaftliche Vorteile abgeschöpft werden. In den Fällen der Bestechung (und nicht nur der Bestechlichkeit) - insbesondere eines ausländischen Amtsträgers - ist daher der gezahlte Bestechungslohn in den Bereich des § 261 StGB einbezogen.“ (BGH aaO).*

3. Diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Herrühren“ verstößt auch nicht gegen das **Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG**.

*„Da das Tatbestandsmerkmal schon im Hinblick auf die Funktion der Norm als Auffangtatbestand (vgl. BGHSt 50, 347) eine weite Auslegung zulässt, ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, unter dem Herrühren eines Gegenstandes aus der Vortat zu verstehen, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zwischen dem Gegenstand und der Vortat ein Kausalzusammenhang bestehen, der Gegenstand seine Ursache also in der rechtswidrigen Tat haben, sich aus dieser ableiten lassen muss.“ (BGH aaO).*

GG **Übersichtsaufnahmen und Bußgelder** VerfR  
 Art. 8 I, 19 III **einstw. Außerkraftsetzung der Regelungen des BayVersG**  
 (BVerfG in NVwZ 2009, 441; Beschluss vom 17. 2. 2009 - 1 BvR 2492/08)

1. Auch **Personenvereinigungen**, die keine juristischen Personen sind, sind hinsichtlich der in Art. 8 GG gewährleisteten Versammlungsfreiheit beschwerdefähig, sofern sie eine **festgefügte Struktur** haben und **auf gewisse Dauer angelegt** sind.
2. Die **Gesetzesverfassungsbeschwerde** ist ohne vorherige fachgerichtliche Kontrolle zulässig, wenn ohne Vollzugakt bereits ein Eingriff in den Rechtskreis vorliegt oder die **Heimlichkeit der Maßnahmen** eine gerichtliche Kontrolle ausschließt.
3. § 32 BVerfGG setzt bei **offenem Ausgang der Verfassungsbeschwerde** eine umfangreiche Folgenabwägung voraus. Geht es hierbei um die **Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes** sind **besonders strenge Maßstäbe anzulegen**. Das BVerfG darf hiervon **nur mit größter Zurückhaltung** Gebrauch machen.
4. Verbindet sich die **Wahrnehmung des Versammlungsrechts** mit einem schwer kalkulierbaren Risiko persönlicher Sanktionen, so kommt es zu **Einschüchterungseffekte**, welche das Gemeinwohl beeinträchtigen.
5. **Übersichtsaufzeichnungen** sind nach dem heutigen Stand der Technik für die Aufgezeichneten **immer ein Grundrechtseingriff**, da auch in Übersichtsaufzeichnungen nach dem Stand der heutigen Technik die **Einzelpersonen in der Regel individualisierbar** mit erfasst sind.

**Fall:** Die Bf. beehrten mit ihrem Eilantrag, das Bayerische Versammlungsgesetz (BayVersG) vom 22.07.2008 (GVBl S. 421) als Ganzes, mit Ausnahme von Art. 15 II Nrn. 1a und 2 sowie - bezogen hierauf - Abs. 3 BayVersG, bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde einstweilen außer Kraft zu setzen. Im Zuge der Föderalismusreform ging die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht vom Bund auf die Länder über (vgl. das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.08.2006, BGBl I, 2034). Mit dem am 01.10.2008 in Kraft getretenen Bayerischen Versammlungsgesetz hat der Freistaat Bayern von dieser Kompetenz als erstes Bundesland Gebrauch gemacht.

Die Bf. sind Landesverbände von Gewerkschaften, Parteien und anderen nichtstaatlichen Organisationen, die regelmäßig Versammlungen veranstalten. Sie rügen eine Verletzung der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG sowie - bezogen auf Art. 9, 10 und 13 V und VI BayVersG - des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG.

Die maßgeblichen Vorschriften lauten:

**Art. 9 Datenerhebung, Bild- und Tonaufzeichnungen, Übersichtsaufnahmen und -aufzeichnungen**

- (1) <sup>1</sup>Die Polizei darf bei oder im Zusammenhang mit Versammlungen personenbezogene Daten von Teilnehmern erheben und Bild- und Tonaufzeichnungen anfertigen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. <sup>2</sup>Die Maßnahmen dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.
- (2) <sup>1</sup> Die Polizei darf Übersichtsaufnahmen von der Versammlung und ihrem Umfeld zur Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes anfertigen. <sup>2</sup> Sofern es zur Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens erforderlich ist, darf die Polizei auch Übersichtsaufzeichnungen anfertigen. <sup>3</sup>Diese dürfen auch zu Zwecken der polizeilichen Aus- und Fortbildung genutzt werden. <sup>4</sup>Die Identifizierung einer auf den Aufnahmen oder Aufzeichnungen abgebildeten Person ist nur zulässig, soweit die Voraussetzungen nach Abs. 1 vorliegen.
- (3) Für Maßnahmen nach Abs. 1 und 2 gilt Art. 30 Abs. 3 des Polizeiaufgabengesetzes (PAG) entsprechend.
- (4) <sup>1</sup>Die nach Abs. 1 oder 2 erhobenen Daten und Bild-, Ton- und Übersichtsaufzeichnungen sind nach Beendigung der Versammlung oder zeitlich und sachlich damit unmittelbar im Zusammenhang stehender Ereignisse unverzüglich zu löschen oder zu vernichten, soweit sie nicht benötigt werden
  1. zur Verfolgung von Straftaten oder
  2. Im Einzelfall zur Gefahrenabwehr, weil die betroffene Person verdächtig ist, Straftaten bei oder im Zusammenhang mit der Versammlung vorbereitet oder begangen zu haben, und deshalb zu besorgen ist, dass von dieser Person erhebliche Gefahren für künftige Versammlungen ausgehen.



<sup>2</sup>Nach Abs. 2 Satz 2 angefertigte Übersichtsaufzeichnungen dürfen darüber hinaus aufbewahrt werden, soweit sie zur Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens benötigt werden. <sup>3</sup>Erhobene Daten sowie Bild-, Ton- und Übersichtsaufzeichnungen, die aus den in Satz 1 Nr. 2 oder in Satz 2 genannten Gründen nicht gelöscht oder vernichtet wurden, sind spätestens nach Ablauf von einem Jahr seit ihrer Entstehung zu löschen oder zu vernichten, es sei denn, sie werden inzwischen zur Verfolgung von Straftaten benötigt. <sup>4</sup>Eine Pflicht zur Löschung oder Vernichtung besteht nicht für nach Abs. 2 Satz 2 gefertigte Übersichtsaufzeichnungen, soweit diese zu Zwecken der polizeilichen Aus- und Fortbildung verwendet werden; die Identifizierung einer auf diesen Übersichtsaufzeichnungen abgebildeten Person ist nach Ablauf von einem Jahr seit Entstehung der Aufzeichnungen abweichend von Abs. 2 Satz 4 nicht mehr zulässig.

- (5) Die Befugnisse zur Erhebung personenbezogener Daten nach Maßgabe der Strafprozessordnung und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten bleiben unberührt.

#### Art. 21 Bußgeldvorschriften

Mit Geldbuße bis zu dreitausend Euro kann belegt werden, wer

1. entgegen Art. 3 Abs. 3 Ort, Zeit, Thema oder den Namen des Veranstalters einer Versammlung nicht angibt,
2. entgegen Art. 4 Abs. 3 Satz 1 oder 3 keine geeigneten Maßnahmen ergreift oder die Versammlung nicht oder nicht rechtzeitig für beendet erklärt, ...
7. entgegen Art. 7 Abs. 2 an einer Versammlung teilnimmt, ...
13. entgegen Art. 13 Abs. 1 Satz 1 eine Anzeige nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,
14. entgegen Art. 13 Abs. 2 Satz 3 eine Mitteilung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig macht, ...

Wegen der weiteren Vorschriften wird auf den Text des BayVersG verwiesen.

Wie wird das Bundesverfassungsgericht entscheiden?

#### A. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

Das BVerfG kann nach § 32 I BVerfGG im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die Verfassungsbeschwerde erweise sich von vornherein als insgesamt unzulässig oder offensichtlich unbegründet (vgl. BVerfGE 112, 284 [291] = NJW 2005, 1179).

##### I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist nach Art. 93 Nr. 4a GG, 13 Nr. 8a GG grundsätzlich statthaft, da die Beschwerdeführer sich als Bürger gegen ein Gesetz als staatliche Maßnahme wendet, welches nach §§ 90 I, 95 1 BVerfGG ein tauglicher Beschwerdegegenstand ist. Auch von der Einhaltung der Jahresfrist des § 93 BVerfGG für eine Gesetzesverfassungsbeschwerde ist auszugehen. Fraglich ist allerdings, ob die Beschwerdebefugnis gegeben ist.

Der Beschwerdeführer muss behaupten, in einem seiner **Grundrechte** oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte **verletzt zu sein**.

##### 1. Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern.

Dazu müssen die **beschwerdeführenden Vereinigungen** aber überhaupt **Träger von Grundrechten** sein können.

Nach Art. 19 III GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Allerdings

handelt es sich bei den Beschwerdeführern allesamt um **nicht rechtsfähige Personenvereinigungen**.

„Die Bf. können sich als Personenvereinigungen gem. Art. 19 III GG auf Art. 8 I GG berufen. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Grundrecht seinem Wesen nach auf Personenvereinigungen anwendbar ist, ist in erster Linie darauf abzustellen, ob es **nur individuell oder auch korporativ betätigt werden kann** (vgl. BVerfGE 42, 212 [219] = NJW 1976, 1735).

**Kennzeichnend für die in Art. 8 GG gewährleistete Versammlungsfreiheit ist das kollektive Element der Grundrechtsausübung**, da sie Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung ist (vgl. BVerfGE 69, 315 [342f.] = NJW 1985, 2395). Daher treten häufig **Personenvereinigungen** als Veranstalter von Versammlungen auf und sind insoweit hinsichtlich des Art. 8 I GG **beschwerdefähig**. Das gilt auch für Personenvereinigungen, die keine juristischen Personen sind, sofern sie eine **festgefügte Struktur** haben und **auf gewisse Dauer angelegt** sind (vgl. VGH München, NJW 1984, 2116 = NVwZ 1984, 659; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG I, 2. Aufl. [2004], Art. 8 Rn 56). Bei den Bf. ist dies der Fall.“ (BVerfG aO)

Die Bf. haben auch sachlich eine **mögliche Grundrechtsverletzung hinreichend substantiiert** geltend gemacht.

„Sie legen eingehend dar, durch Art. 3 III i.V.m. Art. 21 Nr. 1, Art. 4 III i.V.m. Art. 21 Nr. 2, Art. 7 II i.V.m. Art. 21 Nr. 7, Art. 13 I und II (hierüber mittelbar auch durch Art. 2 I und Art. 10 III) i.V.m. Art. 21 Nrn. 13 und 14 BayVersG sowie Art. 9 II bis IV BayVersG in ihrer Versammlungsfreiheit verletzt zu sein.“ (BVerfG aaO)

## 2. Unmittelbare Betroffenheit

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sind.

### a) Selbstbetroffenheit

Sie ist immer dann **ohne nähere Darlegung** anzunehmen, wenn die Norm, die gerichtliche Entscheidung oder der Einzelakt sich **an den Beschwerdeführer selbst richtet**.

Dies ist bei den veranstalterbezogenen Vorschriften ohne weiteres der Fall. Fraglich ist aber, ob die Beschwerdeführer auch auf die leiter- und teilnehmerbezogenen Vorschriften selbst grundrechtsbetroffen sind. Hier ist im Hinblick auf die Frage der Selbstbetroffenheit grundsätzlich zwischen den Rechten einer Vereinigung und den Rechten ihrer Mitglieder zu trennen.

„Die **Rechte ihrer Mitglieder** wachsen einer **Vereinigung** in der Regel **nicht auch als eigene zu**. Für das **Versammlungsrecht** sind hier indes **Besonderheiten** anzuerkennen.

Die Rechte von Veranstalter, Leiter und Teilnehmern einer Versammlung sind in spezifischer Weise miteinander verschränkt. So ist einerseits die **Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit** seitens der einzelnen Bürger **von vornherein nur mit anderen zusammen möglich** und dabei regelmäßig auf eine Koordination angewiesen. Hierbei kommt dem **Veranstalter** der Versammlung eine **hervorgehobene Bedeutung** zu (wird ausgeführt). Umgekehrt sind die Rechte des Veranstalters durch die Rechte und Pflichten des Versammlungsleiters und der Teilnehmer bestimmt. ... Wechselseitige Einflüsse bestehen auch zwischen den Rechten und Pflichten von Veranstalter und Teilnehmern (wird ausgeführt). Von daher ist den Bf. als Veranstaltern nicht versagt, sich auch gegen die an den Leiter und die Versammlungsteilnehmer gerichteten Vorschriften zu wenden (vgl. ebenso Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. [2000], Art. 8 Rn 10). Durch die in Frage stehenden Vorschriften des Art. 4 III, 7 II, 9 II bis IV und 16 BayVersG sind die Bf. damit selbst in ihrer Versammlungsfreiheit betroffen.“ (BVerfG aaO)

### b) unmittelbare Betroffenheit

„Grundsätzlich muss ein Beschwerdeführer, der sich gegen Rechtsvorschriften wendet, welche rechtsnotwendig oder auch nur der tatsächlichen Verwaltungspraxis nach einen **besonderen Vollzugsakt voraussetzen, zunächst diesen Akt angreifen und den hiergegen eröffneten Rechtsweg erschöpfen, bevor er Verfassungsbeschwerden erheben kann** (vgl. BVerfGE 1, 97 [102f.] = NJW 1952, 297; st. Rspr., zuletzt BVerfGE 101, 54 [74] = NJW 2000, 1471; BVerfGE 109, 279 [306] = NJW 2004, 999 = NVwZ 2004, 851 L).

**Nicht verlangt** werden kann das jedoch dann, wenn die angegriffenen Rechtsvorschriften den Beschwerdeführer unmittelbar betreffen, d.h., wenn sie **ohne** das Dazwischentreten eines weiteren **Vollzugsakts** bereits **in den Rechtskreis des Beschwerdeführers einwirken** und es ihm **nicht möglich oder zuzumuten ist**, hiergegen zunächst **Rechtsschutz vor den Fachgerichten zu suchen**. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Beschwerdeführer von der Maßnahme **keine Kenntnis** erlangt, weil sie heimlich erfolgt (vgl. BVerfGE 30, 1 [16f.] = NJW 1971, 275; BVerfGE 67, 157 [169f.] = NJW 1985, 121; BVerfGE 100, 313 [355] = NJW 2000, 55 = NVwZ 2000, 185 L; BVerfGE 109, 279 [306f.] = NJW 2004, 999 = NVwZ 2004, 851 L), oder wenn Vorschriften eine Verpflichtung begründen, die unmittelbar als solche mit einer Geldbuße oder Strafe bewehrt ist (vgl. BVerfGE 20, 283 [290] = NJW 1967, 291; BVerfGE 46, 246 [256]; BVerfGE 81, 70 [82f.] = NJW 1990, 1349; BVerfGE 97, 157 [165] = NJW 1998, 1385 = NVwZ 1998, 608 L).“ (BVerfG aaO)

Soweit sich die Rügen gegen die der Strafbewehrung in Art. 21 BayVersG zugrunde liegenden Vorschriften Art. 3 III, 4 III, 7 II und 13 I und II (hierüber mittelbar auch Art. 2 I, Art. 10 III) BayVersG richten, begründen diese Vorschriften unmittelbare Rechtspflichten, die ohne das Erfordernis eines dazwischen tretenden Verwaltungsakts nach Art. 21 Nrn. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG bußgeldbewehrt sind. Nach § 30 OWiG können dabei auch Personenvereinigungen mit einer Geldbuße belegt werden. Eines Umsetzungsaktes bedarf es daher nicht.

„Auch die Rüge bezüglich des **Art. 9 I bis IV BayVersG** ist nicht wegen fehlender Unmittelbarkeit der Grundrechtsbetreffenheit unzulässig. Die dort geregelten Maßnahmen können gem. Art. 9 III BayVersG i.V. mit Art. 30 III 2 BayPAG unter Umständen **heimlich erfolgen**, so dass **fachgerichtlicher Rechtsschutz nicht in allen Fällen gewährleistet** ist.“ (BVerfG aaO)

### c) **Gegenwärtigkeit**

Der Beschwerdeführer muss **aktuell noch betroffen** sein, eine in der Zukunft liegende Betroffenheit reicht hingegen nicht aus.

Aus den vorstehenden Gründen ist bei dem BayVersG schon von einer gegenwärtigen Betroffenheit auszugehen. .

Wegen der vorstehenden Vorschriften ist die Verfassungsbeschwerde daher zulässig.

„Hinsichtlich der übrigen Vorschriften ist die Verfassungsbeschwerde dem gegenüber unzulässig. Zwar erstreckt sich der Antrag der Bf. auf grundsätzlich das gesamte Bayerische Versammlungsgesetz, jedoch fehlt es hinsichtlich weiterer Vorschriften an einem substantiierten Vorbringen. Nicht Gegenstand des einstweiligen Anordnungsverfahrens sind weiterhin Art. 15 II Nrn. 1a und 2 sowie - hierauf bezogen - Art. 15 III BayVersG, die die Bf. in ihrem Antrag ausdrücklich von ihren Angriffen ausnehmen.“ (BVerfG aaO)

## II. **Begründetheit der Verfassungsbeschwerde**

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht offensichtlich unbegründet. Die angegriffenen Vorschriften werfen Rechtsfragen auf, die sich aus der bisherigen Rechtsprechung nicht ohne weiteres beantworten lassen.

„Das Bayerische Versammlungsgesetz versteht sich als **Verwirklichung eines eigenständigen rechts- und ordnungspolitischen Konzepts**, das gezielt dem Versammlungsrecht eigene Akzente verleihen will. Es knüpft zwar vielfach an bestehende Regelungen an, sucht hierbei aber mit den im vorliegenden Verfahren angegriffenen Normen bewusst, diese weiterbildend zu konkretisieren und bisher offene Streitfragen zu klären. Dabei stellt es in verschiedenen Regelungen **erhöhte Anforderungen an die Veranstaltung von Versammlungen**. So sind die Bekanntmachungs- und Anzeigepflichten ausführlicher und formalisierter gestaltet als nach bisher geltendem Recht, die Anforderungen an die Versammlungsleitung erhöht, ein allgemeines Militanzverbot eingeführt, der **Katalog für polizeiliche Beobachtungs- und Dokumentationsmaßnahmen erweitert** sowie daran anknüpfend **zahlreiche neue Ordnungswidrigkeitstatbestände** unmittelbar für Verstöße gegen gesetzliche Ge- und Verbote in das Versammlungsrecht aufgenommen worden. All diese Regelungen **betreffen unmittelbar die Ausübung des durch Art. 8 I GG gewährleisteten Versammlungsrechts** und werfen verfassungsrechtliche Fragen auf, die noch nicht abschließend geklärt sind.“ (BVerfG aaO)

## III. **Folgenabwägung**

Kann, wie hier, nicht festgestellt werden, dass die Verfassungsbeschwerde insgesamt von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist und muss der **Aus-**

gang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens folglich als offen angesehen werden, sind die **Folgen**, die eintreten würden, wenn die **einstweilige Anordnung nicht erginge**, die Verfassungsbeschwerde später aber Erfolg hätte, gegen die **Nachteile** abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte **einstweilige Anordnung erlassen** würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgebracht werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben (vgl. BVerfGE 117, 126 [135] = NVwZ 2007, 324).

„Wird die **Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes** begehrt, ist bei der Folgenabwägung ein **besonders strenger Maßstab anzulegen** (vgl. BVerfGE 3, 41 [44]; BVerfGE 104, 51 [55] = NJW 2001, 2457; BVerfGE 112, 284 [292] = NJW 2005, 1179; BVerfGE 117, 126 [135] = NVwZ 2007, 324). Das BVerfG darf von seiner Befugnis, das Inkrafttreten eines Gesetzes zu verzögern oder ein in Kraft getretenes Gesetz wieder außer Kraft zu setzen, **nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen**, da der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist. Ein Gesetz darf deshalb nur dann vorläufig außer Kraft gesetzt werden, wenn die **Nachteile**, die mit seiner Geltung nach **späterer Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit** verbunden wären, **ganz besonderes Gewicht haben und in Ausmaß und Schwere deutlich die Nachteile überwiegen**, die im Falle der vorläufigen Außerkraftsetzung eines sich als verfassungsgemäß erweisenden Gesetzes einträten (vgl. BVerfGE 104, 23 [27f.] = NJW 2001, 3253; BVerfGE 112, 284 [292] = NJW 2005, 1179; BVerfGE 117, 126 [135] = NVwZ 2007, 324). Bei dieser Folgenabwägung sind die Auswirkungen auf alle von dem Gesetz Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur Folgen, die sich für die Bf. ergeben (vgl. BVerfGE 112, 284 [292] = NJW 2005, 1179).“ (BVerfG aaO)

Nach diesen Maßstäben ist dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung teilweise stattzugeben.

## 1. Aussetzung der Anwendung der Art. 21 Nrn. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG

### a) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Anwendung

Von **besonderem Gewicht** sind die Nachteile, die sich aus einer vorläufigen Anwendung der Bußgeldvorschriften des Art. 21 Nrn. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG ergeben. Sie sind so erheblich, dass sie auch die strengen Voraussetzungen für eine vorläufige Außerkraftsetzung eines Gesetzes erfüllen.

„Die genannten Vorschriften erheben den **Verstoß gegen weit reichende versammlungsrechtliche Mitwirkungspflichten und Verbote zu einer Ordnungswidrigkeit**. ... Durch die Sanktionierung ihrer Verletzung als Ordnungswidrigkeiten werden diese Pflichten zu einer unmittelbar aus sich heraus bewehrten Rechtspflicht. **Unabhängig von der Bedeutung** des jeweiligen Verstoßes für die Durchführung der konkreten Versammlung kann jeder Verstoß gegen diese Pflichten **staatliche Sanktionen auslösen**. Zwar setzt die **Ahndung einer Ordnungswidrigkeit** gem. § 10 OWiG grundsätzlich **Vorsatz** voraus. Dies lässt jedoch unberührt, dass die sanktionsbewehrten Rechtspflichten nach strafrechtlichen Grundsätzen als solche grundsätzlich von jedermann erkannt werden müssen und ein **Verbotsirrtum in der Regel als vermeidbar und damit unbeachtlich gilt**.

Damit liegt die **Verantwortung für die vollständige Kenntnis dieser Pflichten**, die Erfassung ihrer Bedeutung im Einzelfall und die Ableitung der sich aus ihnen ergebenden Folgen ohne jeden Vorbehalt **bei dem Bürger**. **Fehlentscheidungen** werden ohne weitere Mahnung oder Warnung **unmittelbar sanktioniert**. Mit der Veranstaltung, Leitung oder Teilnahme an einer Versammlung verbindet sich so das Risiko, wegen Fehler und Fehleinschätzungen *ex post* mit einer Geldbuße belegt zu werden.

Die Verhängung einer **Geldbuße** bedeutet dabei die Verhängung einer **repressiven Sanktion**, verbunden mit dem **staatlichen Tadel rechtswidrigen vorwerfbaren Fehlverhaltens** (vgl. § 1 I OWiG). ... Dabei kann eine Geldbuße in Höhe von bis zu 3000 Euro gem. Art. 21 BayVersG eine empfindliche Belastung darstellen. Überdies wird die Belegung mit einer Geldbuße für ein Verhalten bei einer früheren Versammlung in der Praxis zur Stützung verwaltungsrechtlicher **Gefahrenprognosen** herangezogen, so dass sich hieraus auch für die künftige Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit weit reichende Folgen ergeben können.“ (BVerfG aaO)

Die Wirkung der Bußgeldbewehrung unterscheidet sich damit grundlegend von der Statuierung allein verwaltungsrechtlicher Pflichten und Verbote.

„Diese werden gegenüber dem Bürger **grundsätzlich** auf der Grundlage eines **Verwaltungsakts** durchgesetzt. Was in der jeweiligen Situation für den Einzelnen verbindlich ist, wird damit zunächst **einzelfallbezogen festgestellt** und dem Bürger, Rechtsklarheit schaffend und mit **Rechtsmitteln überprüfbar**, vor Augen gehalten. Die jeweiligen Rechtspflichten werden so durch die Verwaltung **für den Einzelnen konkretisiert**, ohne dass ein Schuldvorwurf erhoben

wird. Das Risiko der Unkenntnis oder der Fehleinschätzung von Rechtspflichten angesichts der jeweiligen Umstände wird dem Bürger damit weitgehend genommen. Diese **rechtsstaatliche Funktion des Verwaltungsakts** ist gerade in Bezug auf die hier in Rede stehenden Pflichten - unbeschadet der erst im Hauptsacheverfahren zu entscheidenden Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit - von Bedeutung. Denn diese sind vom Gesetzgeber **teils detailgenau ausdifferenziert, teils konkretisierungsbedürftig offen ausgestaltet** und setzen damit fachliche Kenntnisse oder adäquate Situationseinschätzungen voraus. Dass sich darüber **Unsicherheiten und Fehleinschätzungen** hinsichtlich der im Einzelfall geltenden Anforderungen auch **für Bürger** ergeben können, die sich **rechtstreu verhalten wollen, liegt nicht fern.**" (BVerfG aaO)

Die Anwendbarkeit von Bußgeldvorschriften, die den Verstoß gegen diese Pflichten zur Ordnungswidrigkeit erheben, wäre ein Nachteil von ganz besonderem Gewicht.

„Verbindet sich die **Wahrnehmung des Versammlungsrechts** in dieser Weise mit einem **schwer kalkulierbaren Risiko persönlicher Sanktionen**, drohte dies der Inanspruchnahme eines elementaren demokratischen Kommunikationsgrundrechts die Unbefangenheit zu nehmen. Damit verbundene **Einschüchterungseffekte wiegen** auch für die Zeit bis zur Hauptsacheentscheidung **schwer.**" (BVerfG aaO)

## b) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Außerkraftsetzung

Demgegenüber sind die Nachteile einer vorläufigen Außerkraftsetzung der fraglichen Bußgeldbestimmungen nicht von vergleichbarem Gewicht.

„Zwar **entfällt** mit ihrer Nichtanwendbarkeit für die Übergangszeit ihre **abschreckende Funktion**. Die **versammlungsrechtlichen Pflichten** selbst bleiben durch die Außerkraftsetzung allein der Bußgeldbewehrung jedoch **unberührt**. Ebenso wenig wie nach alter Rechtslage drohen diese deshalb in faktischer Hinsicht leer zu laufen. **Falls erforderlich** sind sie vielmehr weiterhin **nach Maßgabe des Verwaltungsvollstreckungsrechts durchsetzbar**. Im Übrigen kann ihre Verletzung vor allem Bedeutung im Rahmen von Entscheidungen nach Art. 15 I BayVersG, gegebenenfalls in Verbindung auch mit Art. 14 I und II BayVersG gewinnen. Die versammlungsrechtliche Grundkonzeption des Gesetzgebers zur Gewährleistung eines den Sicherheitsanforderungen genügenden Versammlungsrechts wird durch eine Außerkraftsetzung allein der Bußgeldnormen nicht berührt.“ (BVerfG aaO)

## 2. keine Aussetzung der Anwendung der den Bußgeldvorschriften zu Grunde liegenden verwaltungsrechtlichen Ge- und Verbote

### a) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Anwendung

„Allerdings sind die **Nachteile**, die eine vorläufige Anwendbarkeit zur Folge hat, auch insoweit **noch erheblich**: So wird den Veranstaltern die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit durch die Erweiterung und Formalisierung der Bekanntmachungs- und Anzeigepflichten, die nicht nach Größe und Gefahrenpotenzial der Versammlung unterscheiden, erheblich erschwert. Das gilt insbesondere für den Katalog des Art. 13 I und II BayVersG. Den Bürger trifft danach nicht nur eine Anzeigepflicht hinsichtlich der äußeren Kerninformationen der Versammlung, sondern auch eine Pflicht zur Mitteilung ihres genauen Ablaufs und möglicherweise auch ihres Inhalts. Der Veranstalter kann damit auch inhaltlich hinsichtlich seiner **Freiheitswahrnehmung detailliert erklärungs-pflichtig** werden. Weiterhin steht er in der Pflicht, sich zum Zwecke einer behördlichen Geeignetheitsprüfung bereits frühzeitig auf den genauen Ablauf und den organisatorischen Rahmen festzulegen und hierbei zahlreiche personenbezogene Daten der Ordner und des Versammlungsleiters mitzuteilen. Auch sind an die von situationsbezogenen Einschätzungen abhängigen Pflichten nach Art. 4 III BayVersG, der für den Leiter nicht nur Obliegenheiten, sondern eine **echte Ordnungsverantwortung begründet**, und nach Art. 7 II BayVersG Nachteile geknüpft, die auch unabhängig von der Bußgeldbewehrung erheblich sind. Sollten sich diese **Pflichten ganz oder zum Teil als verfassungswidrig erweisen**, wäre deren vorläufige Anwendung ein Nachteil, der die **persönliche Wahrnehmung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit** erheblich behinderte und auch eine **Beeinträchtigung der demokratischen Funktion des Versammlungsrechts zur Folge hätte.**" (BVerfG aaO)

### b) Relevanz der Nachteile bei einer vorläufigen Nichtanwendung

Diese Nachteile haben jedoch nicht ein solches Gewicht, dass sie gegenüber den Nachteilen, die mit einer Außerkraftsetzung dieser Vorschriften verbunden wären, überwiegen.

„Denn mit einer Außerkraftsetzung dieser Normen wäre nicht nur ein vorläufiger Verlust an routinemäßiger Vereinfachung und Effizienzsteigerung durch frühzeitige wie vollständige Vorabinformation der Verwaltungsbehörden verbunden, sondern würden **zentrale Grundlagen**

zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit sowie der Friedlichkeit von Versammlungen betroffen. Da das Versammlungsgesetz des Bundes durch eine vorläufige Aussetzung nicht wieder aufleben würde, **fehlte es** dem Bayerischen Versammlungsrecht **bis zur Entscheidung über die Hauptsache an zentralen Vorschriften**, wie etwa schon generell an einer Anzeigepflicht. Damit wäre eine **sichere Wahrnehmung des Versammlungsrechts zumindest erheblich gefährdet**. Das BVerfG müsste wenigstens einige der angegriffenen Vorschriften durch eine gerichtliche Anordnung ersetzen. Das aber kann allenfalls in Sonderkonstellationen gerechtfertigt sein, die hier nicht gegeben sind. Durch die vorläufige Außerkraftsetzung der Bußgeldbewehrung sind die Nachteile der angegriffenen Vorschriften vielmehr so weit aufgefangen, dass in Respekt vor der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eine weitergehende einstweilige Anordnung in Bezug auf Art. 3 III, 4 III, 7 II und 13 I und II BayVersG nicht geboten ist.“ (BVerfG aaO)

### 3. Teilweise Aussetzung des Art. 9 II und IV BayVersG

Eine Folgenabwägung ergibt hier, dass die Nachteile einer vorläufigen Anwendbarkeit die Nachteile einer - sachlich beschränkten - vorläufigen Außerkraftsetzung überwiegen.

#### a) Relevanz der Nachteile bei vorläufiger Anwendung

Die Nachteile der uneingeschränkten vorläufigen Anwendbarkeit von Art. 9 II und IV BayVersG sind gravierend:

„Bei **jeder Versammlung** muss jeder Teilnehmer damit rechnen, dass das gesamte Geschehen an eine Leitstelle **übermittelt** und zugleich **aufgezeichnet** wird. Art. 9 II 1 BayVersG erlaubt zunächst **Übersichtsaufnahmen** (Kamera-Monitor-Übertragungen) **von jeder Versammlung unabhängig von deren Größe und Gefahrenpotenzial, auch in geschlossenen Räumen**, soweit dies nur dem Ziel der ‚Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes‘ dient. Dass aus dieser Zielsetzung irgendeine tatbestandliche Begrenzung folgt oder folgen soll, ist nicht ersichtlich. Auch die **Anfertigung von Übersichtsaufzeichnungen** nach Art. 9 II 2 BayVersG ist der Polizei **praktisch immer erlaubt**. Die gesetzliche Maßgabe, nach der die Übersichtsaufzeichnung zur ‚Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens‘ erforderlich sein muss, begrenzt diese Befugnis nicht, da eine Auswertung des Polizeieinsatzes als solche rechtlich immer zulässig und auf eine Fixierung der Aufnahmen notwendigerweise auch angewiesen ist. Der Sache nach ermächtigt Art. 9 II 2 BayVersG zu einer **anlasslosen Bildaufzeichnung des gesamten Versammlungsgeschehens**.

Dabei ist die Anfertigung solcher Übersichtsaufzeichnungen nach dem heutigen Stand der Technik für die Aufgezeichneten **immer ein Grundrechtseingriff**, da auch in Übersichtsaufzeichnungen die **Einzelpersonen** in der Regel **individualisierbar** mit erfasst sind (vgl. Brenneisen/Wilksen, VersammlungsR, 3. Aufl. [2007], S. 236; Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, 15. Aufl. [2008], S. 245f., 252; Kniesel/Poscher, in: Lisken/Denninger, Hdb. d. PolizeiR, 4. Aufl. [2007], J Rn 372; Köhler/Dürig-Friedl, Demonstrations- und VersammlungsR, 4. Aufl. [2001], § 12a Rn 3, 8). Sie können, ohne dass technisch weitere Bearbeitungsschritte erforderlich sind, **durch schlichte Fokussierung erkennbar gemacht** werden, so dass einzelne Personen identifizierbar sind. Ein **prinzipieller Unterschied** zwischen **Übersichtsaufzeichnungen** und **personenbezogenen Aufzeichnungen** besteht diesbezüglich, jedenfalls nach dem Stand der heutigen Technik, **nicht**.“ (BVerfG aaO)

Eine so weite Befugnis zur Erstellung von Übersichtsaufzeichnungen führt zu gewichtigen Nachteilen.

„Sie begründet für Teilnehmer an einer Versammlung das **Bewusstsein**, dass ihre **Teilnahme** und die **Form ihrer Beiträge** unabhängig von einem zu verantwortenden Anlass **festgehalten** werden können und die so gewonnenen Daten über die konkrete Versammlung hinaus **verfügbar bleiben**. Dabei handelt es sich überdies um **sensible Daten**. In Frage stehen Aufzeichnungen, die die gesamte - möglicherweise emotionsbehaftete - **Interaktion der Teilnehmer optisch fixieren** und geeignet sind, **Aufschluss über politische Auffassungen** sowie **weltanschauliche Haltungen** zu geben. Das Bewusstsein, dass die Teilnahme an einer Versammlung in dieser Weise festgehalten wird, kann **Einschüchterungswirkungen** haben, die zugleich auf die **Grundlagen der demokratischen Auseinandersetzung** zurückwirken. Denn wer damit rechnet, dass die Teilnahme an einer Versammlung behördlich registriert wird und dass ihm dadurch persönliche Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf die Ausübung seines Grundrechts verzichten. **Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl**, weil die kollektive öffentliche Meinungskundgabe eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten demokratischen und freiheitlichen Gemeinwesens ist (vgl. BVerfGE 65, 1 [43] = NJW 1984, 419 = NVwZ 1984, 167).

Die **Schwere des Grundrechtseingriffs** einer **anlasslosen Datenerhebung** nimmt dabei mit der **Möglichkeit der Nutzung der Daten** für Folgeeingriffe in Grundrechte der Betroffenen zu

(vgl. BVerfGE 120, 378 [403] = NJW 2008, 1505). .. Zwar ist eine Identifikation einzelner Personen nur zulässig, wenn die strengerer Voraussetzungen des Art. 9 I BayVersG vorliegen (Art. 9 II 4 BayVersG). ... Die **maßgebliche Belastung** der Übersichtsaufzeichnungen liegt jedoch darin, dass die gesamten Versammlungsdaten gem. Art. 9 IV BayVersG auch über die konkrete Versammlung hinaus verfügbar gehalten werden, unter Umständen sogar **zeitlich unbegrenzt**. Die Übersichtsaufzeichnungen werden damit zu einem **Datenvorratsspeicher**, auf den über die Aufarbeitung des aufgezeichneten Versammlungsgeschehens hinaus allgemein zur Verfolgung von Straftaten und zur Gefahrenabwehr bei künftigen Versammlungen zurückgegriffen werden kann.

Auch **nachträglich** kann damit eine **zunächst unauffällige Teilnahme** an einer Versammlung aufgegriffen, **neu interpretiert** und zum **Anknüpfungspunkt weiterer Maßnahmen** gemacht werden, ohne dass dieses gesetzlich klar und sachhaltig begrenzt würde.

Die **Identifizierung einer abgebildeten Person** ist insoweit zwar **auf ein Jahr** beschränkt. Eine solche allein auf die Datennutzung bezogene Befristung **hebt die durch die unbefristete Speicherung begründete Beeinträchtigung des Betroffenen jedoch nicht auf**. Denn technisch bleiben die Daten verfügbar, und trotz der hindernisfreien Identifizierbarkeit von Einzelpersonen in Übersichtsaufzeichnungen **sieht das Gesetz** hiergegen eine **nachvollziehbare und strukturelle Sicherung nicht** vor. Angesichts der Streubreite der erhobenen Daten trägt dies dazu bei, dass sich hierdurch das **Risiko des Missbrauchs und ein Gefühl des Überwachterdens verfestigen** kann (vgl. BVerfGE 107, 299 [328] = NJW 2003, 1787; BVerfGE 115, 320 [354f.] = NJW 2006, 1939; BVerfGE 120, 378 [402] = NJW 2008, 1505).“ (BVerfG aaO)

## b) Relevanz der der Nachteile bei vorläufiger Nichtanwendung

„Die vorläufige Hinnahme hierdurch begründeter **Einschüchterungseffekte** hat im Rahmen der Folgenabwägung auch bei Anlegung besonders strenger Maßstäbe **höheres Gewicht** als die Nachteile einer einstweiligen Außerkraftsetzung dieser Vorschriften. So sind die Nachteile eines teilweisen Verzichts auf Übersichtsaufzeichnungen für die Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens jedenfalls dann von geringerem Gewicht, wenn von einer Versammlung keine erheblichen Gefahren ausgegangen sind. Auch der vorläufige Verlust der Nutzungsmöglichkeit der Aufzeichnungen für die polizeiliche Aus- und Fortbildung, für die auch auf viele andere Mittel zurückgegriffen werden kann, wiegt die Nachteile der anlasslosen Datenbevorratung nicht auf. Dasselbe gilt aber auch für den - vom Gesetzgeber selbst nicht als Ziel, sondern nur als Anschlussnutzungseffekt vorgesehenen - Rückgriff auf die Übersichtsaufzeichnungen für die Strafverfolgung und die Abwehr künftiger versammlungsspezifischer Gefahren.“ (BVerfG aaO)

## c) Umfang der Nichtanwendung

Angesichts der besonders strengen Anforderungen an die vorläufige Außerkraftsetzung von Gesetzen ist allerdings nicht eine vollständige Außerkraftsetzung des Art. 9 II und IV BayVersG geboten.

„Für eine vorläufige Regelung reicht es - in Anknüpfung an die herrschende Auffassung zu § 12a VersG (vgl. Brenneisen/Wilksen, VersammlungsR, 3. Aufl. [2007], S. 237; Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, 15. Aufl. [2008], S. 246; Köhler/Dürig-Friedl, Demonstrations- und VersammlungsR, 4. Aufl. [2001], § 12a Rn 3, 8; Hase, in: Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, VersammlungsR, 1992, § 12a Rn 21; Kniesel/Poscher, in: Lischen/Denninger, Hdb. d. PolizeiR, 4. Aufl. [2007], J Rn 372) - aus, die Anfertigung von Übersichtsaufzeichnungen nach Art. 9 II 2 BayVersG unter die Bedingungen des Art. 9 I BayVersG zu stellen.

**Übersichtsaufzeichnungen** sind danach **nur zulässig**, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von der Versammlung **erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen**. Im Ergebnis können bei Versammlungen, von denen nach diesen Maßstäben eine Gefahr ausgeht, mittels Übersichtsaufzeichnungen auch die Bilddaten von rechtstreuen Versammlungsteilnehmern erhoben werden. Dies bleibt ein **gewichtiger Nachteil**, ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes jedoch im **Respekt vor dem Gesetzgeber** hinzunehmen. Durch die einstweilige Anordnung ist jedoch sicherzustellen, dass Teilnehmer nicht fürchten müssen, ihre Teilnahme werde über die konkrete Versammlung hinaus anlasslos festgehalten, und dass die Daten nicht für Zwecke genutzt werden, die mit der Versammlung in keinem Zusammenhang stehen. Es ist deshalb anzuordnen, dass eine **Auswertung der Daten unverzüglich** zu erfolgen hat. Soweit die Daten nach dieser Auswertung nicht in Bezug auf einzelne Personen zur Verfolgung von Straftaten im Zusammenhang mit der aufgezeichneten Versammlung oder zur Abwehr künftiger versammlungsspezifischer Gefahren nach Maßgabe des Art. 9 IV 1 Nr. 2 BayVersG benötigt werden, müssen sie **spätestens innerhalb von zwei Monaten gelöscht oder zumindest irreversibel anonymisiert** werden.“ (BVerfG aaO)

## Kurzauslese I

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

BGB

### Leasingvertrag

BGB

§§ 313, 346 ff.

#### Rückabwicklung folgt dem Rücktrittsrecht

(OLG Frankfurt a.M. in OLG R 2009, 157; Urteil vom 14.01.2009 – 17 U 223/08)

Die Rückabwicklung von Leasingverträgen richtet sich seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nach dem Rücktrittsrecht und nicht mehr nach Bereicherungsrecht.

„Die Maßgeblichkeit des Rücktrittsrechts [ergibt sich] aus der eindeutigen Regelung des § 313 III 1 BGB, wonach der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten kann, wenn bei einem Fehlen der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist. Danach haben die Parteien die von ihnen empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren (§ 346 I BGB).

Dem steht nicht entgegen, dass nach § 313 III 2 BGB bei Dauerschuldverhältnissen an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung tritt: Zwar ist es richtig, dass eine Kündigung grundsätzlich nur ex nunc wirkt, so dass bei wörtlicher Anwendung des § 313 III 2 BGB im Falle von Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung ex tunc auch dann ausgeschlossen wäre, wenn die Geschäftsgrundlage nicht erst während der Vertragslaufzeit weggefallen ist, sondern wie im Falle der Wandlung des Kaufvertrages wegen einer zur Zeit der Übergabe an den Leasingnehmer mangelhaften Leasing Sache von Anfang an gefehlt hat (so Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl. 2004, Rn 1851). Doch zwingt § 313 III 2 BGB nicht zu der Annahme, dass bei Dauerschuldverhältnissen ausnahmslos ein Kündigungsrecht an die Stelle des Rücktrittsrechts tritt. Ein Rücktrittsrecht kommt nach der Rspr. zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen vielmehr auch dann in Betracht, wenn ein berechtigtes Interesse der Partner besteht, bereits erbrachte Leistungen rückgängig zu machen oder wenn eine vollständige Rückabwicklung unschwer möglich und nach der Interessenlage sachgerecht ist (BGH NJW 2002, 1870; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl. 2009, § 314 Rn 12). An der bisherigen Rspr. sollte die Neufassung des § 313 III BGB ebenso wie die des § 314 BGB ausweislich der Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz insofern aber gerade nichts ändern (BT-Drucks. 14/6040, S. 176 f. Vgl. auch Wolf/Eckert/Ball aaO, Rn 1851 m. w. N.).

Die Interessenlage, bei der hiernach ein Rücktritt durch das Kündigungsrecht gem. § 313 II 2 BGB nicht ausgeschlossen wird, besteht gerade dann, wenn die überlassene Sache von vornherein mangelhaft ist. Dadurch, dass der Leasingnehmer aufgrund der ihm abgetretenen Rechte des Leasinggebers dem Verkäufer gegenüber wirksam vom Vertrag gemäß § 437 Nr. 2 BGB zurücktrat, fehlte dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage i. S. von § 313 II BGB von Anfang an (vgl. BGHZ 109, 139; Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl. 2009, § 535 Rn 58).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO).

BGB

### erfolglose Nachbesserung

BGB

§§ 440 S.2, 363

#### Beweislast

(BGH in NJW 2009, 1341; Urteil vom 11.02.2009 – VIII ZR 274/07)

Der Käufer, der die Kaufsache nach einer Nachbesserung des Verkäufers wieder zurückerhalten hat, trägt die Beweislast für das Fehlschlagen dieser Nachbesserung. Bleibt daher nach der Nachbesserung ungeklärt, ob das erneute Auftreten des Mangels auf der erfolglosen Nachbesserung des Verkäufers oder aber auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach erneuter Übernahme durch den Käufer beruht, so geht dies zu Lasten des Käufers.

„Der Senat hat bereits entschieden, dass den Käufer die Darlegungs- und Beweislast für die einen Sachmangel begründenden Tatsachen trifft, wenn er die Kaufsache entgegengenommen hat (BGHZ 159, 215 = NJW 2004, 2299; BGH NJW 2006, 434). Diese - aus § 363 BGB folgende - Beweislastverteilung gilt gleichermaßen, wenn der Käufer die Kaufsache nach einer erfolgten Nachbesserung wieder entgegengenommen hat. In diesem Fall muss der Käufer das Fortbestehen des Mangels, mithin die Erfolglosigkeit des Nachbesserungsversuchs, beweisen. Es entspricht auch allgemeiner Auffassung in der Lit., dass der Käufer die Beweislast für die Voraussetzungen der in § 440 BGB vorgesehenen Tatsachen trägt, die die Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung begründen (vgl. MüKo-BGB/Westermann, 5. Aufl., § 440 Rn 13; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, § 440 Rn 34; Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, 2. Aufl., § 440 Rn 43).

Auch § 440 S. 2 BGB greift nicht zu Gunsten der Kl. ein: Aus dieser Vorschrift lässt sich nichts dafür herleiten, dass - entgegen der oben dargelegten Beweislastverteilung - die Bekl. beweisen müsste, dass der zweite Nachbesserungsversuch Erfolg hatte und dass dementsprechend der fünf Wochen nach der zweiten Reparatur und erneuten Übernahme des Fahrzeugs durch die Kl. zum dritten Mal aufgetretene Mangel durch einen Einbruchversuch verursacht worden ist.

Der Umstand, dass nach einer Beweisaufnahme unklar bleibt, auf welcher Ursache ein erneut aufgetretener Mangel beruht, kann von vornherein kein sonstiger Umstand i.S. des § 440 S. 2 BGB sein. Sonstige Umstände i.S. des § 440 S. 2 BGB sind solche, die Anlass geben können, ein Fehlschlagen der Nachbesserung erst bei mehr oder schon bei weniger als zwei erfolglosen Nachbesserungsversuchen anzunehmen (vgl. BT-Dr 14/6040, S. 234). Diese Frage stellt sich hier nicht: Hier geht es vielmehr um die Beweislastverteilung hinsichtlich der Ursache des erneuten Auftretens eines Mangels nach zweimaliger vorausgegangenener Nachbesserung durch den Verkäufer. Bleibt in einem solchen Fall ungeklärt, ob das erneute Auftreten des Mangels auf einer erfolglosen Nachbesserung des Verkäufers oder auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach erneuter Übernahme durch den Käufer beruht, so geht dies zu Lasten des Käufers.“ (BGH aaO).



StGB  
§ 46a**Mittäter**  
Verpflichtung zum Schadensersatz

StGB

(BGH in NSTZ-RR 2009, 133; Beschluss vom 17.12.2008 – 1 StR 664/08)

**Wiedergutmachung i. S. des § 46a StGB darf nicht mit dem zivilrechtlichen Schadensersatz gleichgesetzt werden;** vorausgesetzt wird vielmehr ein **kommunikativer Prozess zwischen Täter und Opfer**. Die Annahme eines solchen kommunikativen Prozesses liegt jedoch dann nahe, wenn die Beteiligten letztlich erfolgreiche Vergleichsverhandlungen geführt haben.

„Der Angekl. hat einen nicht unerheblichen Teil des verursachten Schadens ersetzt. In diesem Zusammenhang ist zu sehen, dass er die Vergleichssumme aufbrachte, obgleich im selben Zeitraum der Wegfall der Aufträge der Versicherung erhebliche Einnahmeverluste für seine Firma mit sich brachte und diese dadurch in **wirtschaftliche Schwierigkeiten** geriet. Auch angesichts des Umstandes, dass die Familie seinerzeit das zweite Kind erwartete, hat der Angekl. durch den **freiwilligen Einsatz von Vermögen** seinen Willen zur Schadenswiedergutmachung dokumentiert. Unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation seiner Firma war die von ihm erbrachte **Leistung** auch **erheblich** (vgl. BGH NJW 2001, 2557 = NSTZ 2002, 364). Dass der Angekl. im Verhältnis zur Versicherung weniger als die Hälfte des Bestechungsschadens ersetzt hat, ändert hieran deswegen nichts, weil der gesondert verfolgte **ehemalige Mitarbeiter** der Versicherung **ebenfalls Schadensersatz geleistet** hat und zudem der Angekl. von ihm zu den Provisionszahlungen letztlich nur durch die Drohung veranlasst wurde, ansonsten würden keine Aufträge mehr erteilt, und auch die Initiative von Anfang an von diesem Mitarbeiter ausging.“ (BGH aaO).

StGB  
§ 30 II**Beteiligungsversuch**  
Verbrechen / Vergehen

StGB

(BGH in NJW 2009, 1221; Urteil vom 04.02.2009 – 2 StR 165/08)

**Für die Einordnung der gem. § 30 StGB beabsichtigten Tat als Verbrechen oder Vergehen kommt es auch in Fällen des Sich-Bereiterklärens zur Anstiftung gem. § 30 II StGB nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf die des Anzustiftenden an.**

- I. Eine Strafbarkeit nach der Tatbestandsalternative des § 30 II StGB setzt die vom ernstlichen Willen getragene Einigung mehrerer Personen voraus, an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mittäterschaftlich, also nicht nur als Gehilfen, mitzuwirken (BGH NSTZ 1988, 406; NSTZ 1993, 137; NSTZ-RR 2002, 74; Fischer, StGB, 56. Aufl., § 30 Rn 12).

Für die rechtliche Einordnung der beabsichtigten Tat als Vergehen oder Verbrechen kommt es dabei nicht nur für die vollendete, sondern auch für die i.S. des § 30 StGB in Aussicht genommene Anstiftung nicht auf die Person des Anstifters, sondern auf diejenige des Anzustiftenden an. Fehlt dem Anstifter selbst das strafscharfende besondere persönliche Merkmal, das nach seiner Kenntnis bei der von ihm anzustiftenden Person vorliegen würde, so führt dies nicht zum Entfallen der rechtlichen Bewertung der Tat als Verbrechen. Rechtsfolge ist vielmehr die Bestrafung dessen, der sich zur Anstiftung bereit erklärt hat, aus dem Strafrahmen des Grund- an Stelle desjenigen des Qualifikationsstatbestands.

- II. Von diesen durch BGHSt 6, 308 = NJW 1954, 1693 zu § 49a StGB a.F. entwickelten Grundsätzen (vgl. auch BGHSt 4, 17 = NJW 1953, 634; BGHSt 14, 353 = NJW 1960, 1727) abzurücken, besteht auch für die **Nachfolgeregelung des § 30 StGB** keine Veranlassung.

„Für sie spricht vor allem auch der **Wortlaut und der Strafgrund des § 30 StGB**, der nicht gefährliche Täter, sondern besonders gefährliche Taten erfassen soll“ (BGH aaO).

Vgl. auch Hoyer, in: SK-StGB, § 30 Rn 21; Frister, StrafR AT, 3. Aufl., S. 414f.; Jescheck/Weigend, Lehrb. d. StrafR, 5. Aufl., § 65 I 4; Stratenwerth/Kuhlen, StrafR AT I, 5. Aufl., § 12 Rn 173; i.E. ähnl. m. differenzierender Begr. Roxin, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 30 Rn 40ff.; ders., StrafR AT II, § 28 Rn 26ff.; zur Gegenauffassung vgl. u.a. Fischer, § 30 Rn 5f.; Schöne/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 30 Rn 14; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 30 Rn 2, MüKo-StGB/Joecks, § 30 Rn 18, Zaczyk, in NK-StGB, 2. Aufl., § 30 Rn 29; Maurach/Gössel/Zipf, StrafR AT II, 7. Aufl., § 53 Rn 29; Jakobs, StrafR AT, 2. Aufl., 27. Abschn. Rn 6.

StGB  
§ 177 I Nr.3**sexuelle Nötigung**  
Ausnutzung der schutzlosen Lage des Opfers

StGB

(BGH in NSTZ 2009, 263 Beschluss vom 11.06.2008 – 5 StR /08)

- I. **Voraussetzung** für die Annahme einer schutzlosen Lage i.S.d. § 177 I Nr. 3 StGB ist, dass das Opfer die Tat aus Angst vor Gefahren für Leib oder Leben über sich ergehen lässt,

- weil es sich in einer **hilflosen Lage** befindet und
- ihm ein **Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos** erscheint.

- II. Die **Angst des Opfers vor der Zufügung anderer Übel reicht hierfür nicht aus.**

„Voraussetzung für die Annahme [einer schutzlosen Lage] ist, dass das Opfer die Tat aus Angst vor Gefahren für Leib oder Leben über sich ergehen lässt, weil es sich in einer hilflosen Lage befindet und ihm Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos erscheint (BGHSt 51, 280; 50, 359). Dabei reicht es aus, wenn die **Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers** in einem solchen Maße **verringert** sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist (BGHR StGB § 177 I Schutzlose Lage 5, 7, 8).

Darüber hinaus ist nicht dargelegt, dass sich das Opfer aus Angst vor körperlicher Beeinträchtigung nicht gegen den Täter zur Wehr gesetzt hat: Nach den Feststellungen war die Nebenkl. verängstigt, da sie fürchtete, „anschaffen gehen“ zu müssen. Das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens einer schutzlosen Lage erfasst aber nur solche Fälle, in denen ein möglicher Widerstand aus Angst vor körperlichen Gewalthandlungen unterbleibt. Es genügt hingegen nicht, dass das Opfer dies aus Angst vor der Zufügung anderer Übel unterlässt (BGHSt 51, 280; vgl. auch BGH NStZ 2003, 533).“ (BGH aaO).

StGB  
§ 212

### Tötungsvorsatz Schütteln eines Kleinkindes

StGB

(BGH in NStZ 2009, 264; Urteil vom 03.06.2008 – 1 StR 59/08)

In „Schüttelfällen“ fehlt häufig ein **bedingter Tötungsvorsatz**; anders kann es sich jedoch bei äußerst heftigem Schütteln nach konkreten Hinweisen auf Lebensgefahren beim Umgang mit dem Kopf eines Kleinkindes verhalten.

„Der Senat verkennt nicht, dass nach **forensischer Erfahrung** in „Schüttelfällen“ ein derartiger Vorsatz vielfach nicht festgestellt ist (vgl. zusammenfassend Schneider NStZ 2004, 202; vgl. auch Schneiders/Schröder, Das Schütteltrauma - eine häufig unbekannte Form der Kindesmisshandlung, Kriminalistik 2005, 734, 735 in Fn 9). Allein dass ein bestimmtes Ergebnis nicht fern liegt, schließt jedoch nicht aus, dass der Täter im Einzelfall auch rechtsfehlerfrei zu einem anderen Ergebnis kommen kann (vgl. BGH Urteil vom 12.06.2007 - 1 StR 73/07; zum Tötungsvorsatz beim Schütteltrauma vgl. BGH Urteil vom 07.12.1999 - 1 StR 538/99).

Hier stützt die StrK die Annahme eines Tötungsvorsatzes nicht allein auf das vorliegend „äußerst heftige“ und „sehr schnelle“ Schütteln, sondern auch etwa darauf, dass der Angekl. wiederholt und von unterschiedlichen Personen darauf hingewiesen worden war, dass man bei Kindern „ganz besonders auf den Kopf achten müsse, nachdem diese ihren Kopf noch nicht selbst halten könnten“, und dass „so ein Genick schnell gebrochen sei“.

[Es erscheint] jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass der Täter in derartigen Fällen zu schütteln aufhört, weil das **Kind still geworden ist und er deshalb sein eigentliches Ziel erreicht** hat: Das Fatale bei dem **Schütteltrauma** ist, dass der von dem Täter/der Täterin intendierte Erfolg, dass der Säugling endlich aufhört zu schreien, aufgrund der Schädigungen sofort eintritt“ (Schneiders/Schröder aaO, 735).

Der Angekl. wusste beim Schütteln, dass dieses tödliche Folgen haben konnte, und nahm dies billigend in Kauf: In tatsächlicher Hinsicht unterscheidet sich eine solche Gewalthandlung von vielen anderen Gewalthandlungen insoweit, als ihre **Auswirkungen nicht ohne weiteres äußerlich erkennbar** sind; ebenso wenig muss der **tödliche Erfolg** in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der todesverursachenden Handlung stehen, sondern er **kann auch etliche Tage später noch eintreten**. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, an welche realen Gesichtspunkte die Annahme anknüpfen könnte, der Angekl. habe bei Beendigung des Schüttelns geglaubt, dass die von ihm beim Schütteln noch für möglich gehaltenen Folgen jetzt doch nicht eintreten sollten. Auch er selbst hat sich weder innerhalb noch außerhalb des Verfahrens je in diesem Sinne geäußert. Bei einer solchen Beweislage sind präzise Feststellungen über eine sog. innere Tatsache - also darüber, was der Angekl., ohne dies erkennbar werden zu lassen, geglaubt oder nicht geglaubt hat - offenbar nicht möglich.“ (BGH aaO).

GG  
Art. 2 I, 1 I

### Datenschutz unzulässige Ausweiskontrolle bei Besuchen in der JVA

öfFR

(VG Aachen in AnwBl 2009, 306; Urteil vom 18.06.2008 – 8 K 2513/03)

Das **Scannen und Speichern der Daten eines Personalausweises oder Passes** anlässlich des Besuches einer JVA ist **unzulässig**.

„Die Verwendung der maschinenlesbaren Ausweis- oder Passdaten eines Ausweisinhabers bzw. Passinhabers stellt einen **Eingriff in dessen Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“** dar. Das BVerfG hat mit seinem „**Volkszählungsurteil**“ (BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419 = DVBl 1984, 128 = DÖV 1984, 156) klargestellt, dass unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung der Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG umfasst wird. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grds. selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“). Einschränkungen dieses Rechts sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig und bedürfen einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprechen muss.

Die danach **erforderliche gesetzliche Rechtsgrundlage für die hier streitbefangene Verwendung der maschinenlesbaren Ausweis- oder Passdaten von Ausweisinhabern bzw. Passinhabern**, die die JVA B. besuchen wollen, **gibt es nicht**: Die Handhabung der JVA ist insbesondere nicht nach **§ 3a II PAuswG** (oder der gleichlautenden Vorschrift des **§ 17 II PassG**) erlaubt. Um einen **nur bestimmten Behörden erlaubten Abruf** nach Abs. 1 der Vorschrift geht es vorliegend nicht. Abruf bedeutet nämlich, dass mit Hilfe des automatischen Auslesens Daten aus anderen Datenbanken (polizeilicher Fahndungsbestand) erschlossen, also Daten daraus durch das Auslesen erschlossen werden (im Einzelnen dazu Süßmuth/Koch, Erl. zu § 3 a PAuswG, Rn 17 ff., ebenso die Kommentierung von Ehmann/Brunner, Pass- und Ausweisrecht, zu § 17 PassG). Vielmehr geht es vorliegend um das in § 3a II PAuswG geregelte Speichern beim automatischen Lesen.

[Nach] § 3a II PAuswG [ist es] **generell verboten, Daten in Dateien zu speichern, wenn sie durch Verwendung der Lesezone des Passes beim automatischen Lesen gewonnen wurden**. Eine - und die einzige - Ausnahme stellt nach der derzeitigen Gesetzeslage die Speicherung beim Lesen aufgrund des § 163d StPO unter den dort genannten Voraussetzungen dar (vgl. im Einzelnen Ehmann/Brunner, Pass- und Ausweisrecht, § 17 PassG, Rn 11, 12; Süßmuth/Koch, Erl. zu § 3 a PAuswG, Rn 26; Meyer-Goßner, StPO-Kommentar, § 163 d, Rn 12). Hieraus folgt, dass die streitbefangene Praxis nämlich das Speichern personenbezogener Daten beim automatischen Lesen des Personalausweises in Dateien, an den Pforten von Justizvollzugsanstalten, nicht erlaubt ist.“ (VG Aachen aaO).

(OVG Hamburg in NJW 2009, 1367; Beschluss vom 03.09.2008 – 3 So 55/08)

**Ausländische Strafurteile** gehören **nicht** zu den Verurteilungen, die gem. § 5 I Nr. 1 WaffG die **waffenrechtliche Zuverlässigkeit ausschließen**. Dies gilt auch für die regelhafte Vermutung der Unzuverlässigkeit in Anknüpfung an strafrechtliche Verurteilungen gem. § 5 II Nr. 1 WaffG.

- I. Gem. **§ 45 II 1 WaffG** ist eine Erlaubnis nach dem Waffengesetz zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die zur Versagung hätten führen müssen. Voraussetzung für die Erteilung einer Erlaubnis ist nach § 4 I Nr. 2 WaffG die persönliche Zuverlässigkeit (§ 5 WaffG) des Ast.; der nachträgliche Wegfall dieser Zuverlässigkeit führt somit zum Widerruf der Erlaubnis.
- II. Nach **§ 5 I Nr. 1b WaffG** besitzen Personen die erforderliche Zuverlässigkeit nicht, die rechtskräftig verurteilt worden sind wegen vorsätzlicher Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, wenn seit dem Eintritt der Rechtskraft der letzten Verurteilung zehn Jahre noch nicht verstrichen sind.

*„Der Wortlaut von § 5 I Nr. 1 WaffG lässt jedoch keinen Aufschluss zu, ob auch Verurteilungen ausländischer Strafgerichte umfasst sein sollen. Soweit in lit. a der Norm allerdings von der Verurteilung „wegen eines Verbrechens“ die Rede ist, dürfte diese Regelung allein deutsche Strafurteile meinen können, da die insoweit einzig in Betracht kommende Legaldefinition in § 12 I StGB sich nur auf deutsche Strafnormen beziehen kann.“ (BGH aaO).*

- III. Auch i. V. mit **§§ 56 I 1, 54 BZRG** lässt sich nicht darauf schließen, dass ausländische Strafurteile die Wertung fehlender waffenrechtlicher Zuverlässigkeit nach § 5 I Nr. 1 WaffG begründen können sollen.

1. Gem. **§ 56 I 1 BZRG** werden nach § 54 BZRG **im Bundeszentralregister eingetragene strafrechtliche Verurteilungen ausländischer Gerichte** „bei der Anwendung dieses Gesetzes“ **wie Eintragungen von Verurteilungen durch deutsche Gerichte im Bundesgebiet behandelt**.

*„Die Verurteilung des Kl. ist zwar gem. § 54 BZRG im Bundeszentralregister eingetragen. Das BeschwGer. hält es aber für zweifelhaft, dass aus der Bestimmung des § 56 I BZRG gleichsam eine für die gesamte deutsche Rechtsordnung geltende Tatbestandswirkung folgen soll, die eine vorbehaltlose Gleichsetzung ausländischer Strafurteile mit deutschen Strafurteilen geböte. Gegen eine derart weitgehende Wirkung spricht bereits der Wortlaut von § 56 I 1 BZRG, der die Gleichbehandlung deutscher und ausländischer Strafurteile ausdrücklich darauf beschränkt, dass dies „bei der Anwendung dieses Gesetzes“ (also des BZRG) zu gelten hat. Ein verbindliches Ausfüllen sämtlicher Normen der deutschen Rechtsordnung, die Rechtsfolgen an strafrechtliche Verurteilungen knüpfen, liegt angesichts dessen nicht nahe. Gemeint sein dürfte eher die registerliche Behandlung von Eintragungen seitens der Registerbehörde, etwa im Hinblick auf die Tilgung von Eintragungen (§§ 45ff. BZRG) oder auf die Erteilung von Auskünften (§§ 41ff. BZRG).“ (BGH aaO).*

2. Gegen eine aus § 56 I 1 BZRG folgende materielle Ausstrahlung im Bundeszentralregister eingetragener Verurteilungen ausländischer Strafgerichte in das gesamte deutsche Recht spricht weiter der Umstand, dass **andere deutsche Gesetze es ausdrücklich zulassen, an ausländische Verurteilungen negative Rechtsfolgen zu knüpfen** (vgl. § 66 IV 5 StGB).

*„Dies wäre nicht notwendig, wenn sich aus § 56 I 1 BZRG eine generelle Gleichbehandlung deutscher und ausländischer Strafurteile im deutschen Recht ergäbe. Dem entspricht es, dass auch die Kommentierung (soweit sie sich mit dem Thema der Verwertbarkeit ausländischer Verurteilungen beschäftigt) zu § 53 Nr. 1 AufenthG (zwingende Ausweisung von Ausländern nach Verurteilungen zu Strafen in dort genannter Höhe) annimmt, Verurteilungen durch ausländische Strafgerichte seien insoweit nicht heranzuziehen, weil die zwingende Rechtsfolge der Ausweisung in alleiniger Anknüpfung an ein bestimmtes Strafmaß ihren Sinn und Zweck nur durch ihren Bezug zu einem bestimmten (dem deutschen) Strafstandard erhalte (vgl. Renner, AuslR, 8. Aufl. 2005, § 53 AufenthG Rn 6; Discher, in: GK-AufenthG, Stand: Jan. 2007, § 53 Rn 83).“ (BGH aaO).*

3. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Anforderungen in **§ 54 BZRG** für die Eintragungsfähigkeit ausländischer Verurteilungen im Bundeszentralregister, da diese Voraussetzungen keine hinreichenden Rückschlüsse auf den Grad der Vergleichbarkeit der ausländischen Verurteilung (insb. des dort verhängten Strafmaßes) mit dem Strafstandard der Bundesrepublik Deutschland erlauben.

*„Auch die darüber hinaus für eine Eintragung vorausgesetzte Einhaltung eines völkerrechtlich geforderten Mindestmaßes elementarer **Verfahrensgerechtigkeit** (fair trial) und der Vereinbarkeit der Verurteilung mit elementaren Grundsätzen des deutschen Verfassungsrechts (vgl. dazu BVerfG NJW 1988, 1462; KG, Beschl. v. 24.01.2000 - 4 VAs 39/99; Götz/Tolzmann, BZRG, 4. Aufl. 2000, § 54 Rn 37ff.) dürften einen zu groben Filter darstellen, um zwingend von der Verurteilung und deren Strafmaß auf die Unzuverlässigkeit des Verurteilten nach Maßgabe des deutschen Verwaltungsrechts schließen zu können.“ (BGH aaO).*

4. Ebenfalls zweifelhaft erscheint es, dass im vorliegenden Fall gem. der **Regelvermutung des § 5 II Nr. 1a WaffG** auf die fehlende waffenrechtliche Zuverlässigkeit des Kl. geschlossen werden kann.

- a) Nach dieser Bestimmung besitzen die erforderliche Zuverlässigkeit in der Regel Personen nicht, die wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilt worden sind, wenn seit dem Eintritt der Rechtskraft der letzten Verurteilung fünf Jahre noch nicht verstrichen sind. Auch insoweit bestehen Bedenken, diese Vorschrift auf ausländische Strafverurteilungen zu beziehen:

*„Auch hier gilt, dass der Wortlaut keinen Aufschluss vermittelt, dass unter „Verurteilungen“ auch solche ausländischer Strafgerichte zu verstehen sein sollen. Soweit in lit. b von einer „fahrlässigen gemeinge-*

fährlichen Straftat“ die Rede ist, dürfte damit an das deutsche Strafrecht angeknüpft werden (vgl. §§ 15, 306ff. StGB); **die in lit. c aufgeführten Gesetze sind eindeutig solche des deutschen Rechts.** Dass über die „vorsätzliche Straftat“ in lit. a die Tür zur Regelvermutung der Unzuverlässigkeit wegen ausländischer Verurteilungen geöffnet werden soll, erscheint vor diesem Hintergrund wenig nahe liegend, zumal die im deutschen Strafrecht wichtige Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit (vgl. § 15 StGB) nicht in allen ausländischen Strafrechtsordnungen von vergleichbarer Begrifflichkeit und Bedeutung sein muss.“ (BGH aaO).

- b) Auch bei der in **§ 5 II Nr. 1 WaffG** vorgeschriebenen **regelhaften Vermutung der Unzuverlässigkeit** in Anknüpfung an strafrechtliche Verurteilungen spricht einiges dafür, dass diese Anknüpfung ihre Tragfähigkeit aus dem Bezug zu einem bestimmten Strafstandard ableiten dürfte.

„Ob ein Gericht eine Freiheits- oder Geldstrafe verhängt bzw. ob es eine Jugendstrafe ausspricht oder es bei Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmitteln bewenden lässt, richtet sich nach den Wertungen und Vorgaben des jeweiligen Strafrechts (vgl. §§ 46, 47 StGB, §§ 5, 9ff., 13ff., 17ff. JGG). Angesichts dessen bestehen im Bereich der regelhaft vorgegebenen Unzuverlässigkeitsvermutungen wegen strafrechtlicher Verurteilungen (die nicht nur im Waffenrecht vorkommen, vgl. etwa die Regelungen in §§ 33c II 2, 33d III 2, 33i II Nr. 1, 34b IV Nr. 1 und 34c II Nr. 1 GewO) im Hinblick auf die Anknüpfung an ausländische Verurteilungen ähnliche Bedenken wie bei der in § 5 I Nr. 1 WaffG zwingend vorgeschriebenen Unzuverlässigkeitsvermutung.

Zwar erschiene es vom rechtlichen Ansatz her auch als denkbar, die Vergleichbarkeit des Strafrechts und der Strafprozessordnung des betreffenden ausländischen Staats mit der deutschen Rechtsordnung im Rahmen der Prüfung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von § 5 II Nr. 1 WaffG zu prüfen und daran anknüpfend gegebenenfalls einen Ausnahmefall anzunehmen. Eine solche Vorgehensweise dürfte allerdings mit der durch § 5 II Nr. 1 WaffG vorgegebenen Prüfung schwerlich zu vereinbaren sein.

Die Waffenbehörde und die Verwaltungsgerichte sollen bei der Anwendung dieser Bestimmung grundsätzlich von der Richtigkeit der Verurteilung und den ihr zu Grunde liegenden tatsächlichen Feststellungen ausgehen dürfen; allenfalls in Sonderfällen gilt anderes, etwa wenn offensichtlich ist, dass die Verurteilung auf einem Fehler beruht (vgl. BVerwG, GewArch 1992, 314). Die Prüfung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses durch die Waffenbehörden und die Verwaltungsgerichte wird ausgelöst, wenn (vorgetragene oder sonst bekannte) besondere Umstände der Tatbegehung entgegen der regelhaften Bewertung durch den Gesetzgeber darauf hindeuten könnten, dass der Verurteilte sich trotz der zu Grunde liegenden Verfehlung als in waffenrechtlicher Hinsicht zuverlässig erweisen wird (vgl. Hinze, WaffenR, Stand: Febr. 2005, § 5 WaffG Rn 38). Auch dieses Prüfungsschema knüpft inhaltlich an Verurteilungen deutscher Strafgerichte an; die **Vornahme rechtsvergleichender Untersuchungen zu strafrechtlichen und strafprozessualen Standards zwecks Prüfung der Frage, ob ein Ausnahmefall vorliegen könnte, dürfte diesen Rahmen sprengen.**“ (BGH aaO).

RStV  
§ 7 V 2

## Dauerwerbesendungen Kennzeichnungspflicht

öffR

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2009, 332; Beschluss vom 03.11.2008 – 2 B 10957/08)

**Dauerwerbesendungen im Fernsehen sind nach Maßgabe des § 7 V 2 RStV mit einem Begriff zu kennzeichnen, der den Werbecharakter leicht und unmissverständlich erkennbar macht.** Diesen Anforderungen genügt die Verwendung der Bezeichnung als „(Dauer-)Werbesendung“, nicht aber diejenige als „Promotion“.

- I. Nach **§ 7 VI 2 RStV** müssen Dauerwerbesendungen zu Beginn als Dauerwerbesendung angekündigt und während ihres gesamten Verlaufs als solche gekennzeichnet werden.
- II. Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob die vorgenannte Regelung schon ihrem Wortlaut nach die Einblendung des Begriffs „Dauerwerbesendung“ vorschreibt. Denn auch dann, wenn die Verwendung des Begriffs „Promotion“ nicht schon aus diesen Gründen ausgeschlossen ist, folgt seine Unzulässigkeit aus einer am **Sinn und Zweck des § 7 V 2 RStV** orientierten Auslegung.
  1. Der damit beabsichtigte **Schutz des Fernsehzuschauers** und folglich der Allgemeinheit vor einer Täuschung über den werbenden Charakter des fraglichen Programmteils (vgl. BGHZ 110, 278 = NJW 1990, 3199) verlangt eine Kennzeichnung, die gerade auch einem Zuschauer, der sich in eine solche bereits laufende Sendung einschaltet, deren **Eigenschaft als Werbung** nicht nur unmissverständlich, sondern zugleich leicht erfassbar, d.h. **ohne kognitiven Aufwand**, erschließt (vgl. OVG Berlin-Brandenburg R & R 2008, 770; VGH München, Beschl. v. 15. 10. 2008 - 7 CS 08.2309).

„Der Umstand, dass bei Dauerwerbesendungen der Werbecharakter erkennbar im Vordergrund steht, führt hingegen zu keinen geringeren Anforderungen an die Kennzeichnungspflicht. Zum einen ist dies gerade Tatbestandsvoraussetzung des § 7 V 2 RStV, zum anderen besteht die besondere Verwechslungsgefahr in der redaktionellen Aufmachung bspw. als Koch- oder Informationssendung, die eine eindeutige Hervorhebung erforderlich macht.“ (OVG Koblenz aaO).

2. Diesen Anforderungen **genügt die Kennzeichnung als „Promotion“ nicht.**

„Um ihren Bedeutungsgehalt als ‚Werbung‘ zu erfassen, muss sich der Zuschauer zunächst vergegenwärtigen, ob mit ihr der lateinische, in Deutschland vor allem mit der Verleihung der Doktorwürde verbundene Begriff der ‚Promotion‘ oder die englische Bezeichnung ‚promotion‘ gemeint ist. Des Weiteren muss er in einem zweiten Schritt dem **englischen Begriff ‚promotion‘** die richtige Bedeutung zuordnen. So kann dieser nicht nur mit

‚Werbung‘, sondern u.a. auch mit ‚Beförderung‘ und ‚Förderung‘ übersetzt werden. Mag auch im vorliegenden Fall das Verständnis ‚Verleihung der Doktorwürde‘ oder ‚Beförderung‘ fern liegen, so besteht gerade in den Fällen, in denen der Kennzeichnung ‚Promotion‘ der Name des beworbenen Herstellers vorangestellt ist, bei der möglichen Übersetzung als ‚Förderung‘ die Gefahr der Mehrdeutigkeit, weil danach nicht erkennbar ist, ob durch die Sendung der benannte Hersteller oder umgekehrt die Sendung durch diesen gefördert wird. Damit aber **droht eine Verwechslung mit dem Sponsoring**, welches sich von der Dauerwerbesendung darin unterscheidet, dass der Inhalt der Sendung redaktionell unabhängig und daher gerade keine Werbung ist. Des Weiteren ist neben der Gefahr einer Fehlübersetzung diejenige zu berücksichtigen, dass Fernsehzuschauer die Einblendung zwar optisch wahrnehmen, hiermit aber nichts assoziieren (vgl. OVG Berlin-Brandenburg K & R 2008, 770; VGH München, Beschluss vom 15.10.2008 - 7 CS 08.2309).

Auch wenn ein Großteil insbesondere der jüngeren Zuschauer mit Anglizismen wie demjenigen der ‚Promotion‘ vertraut sein mag, so bleibt die **Eignung dieses Begriffs**, auch die der englischen Sprache nicht mächtigen Zuschauer unmissverständlich und leicht auf den Werbecharakter hinzuweisen, auf Grund der vorstehenden Ausführungen **zweifelhaft**. Diesen Zweifeln hingegen begegnet die Kennzeichnung mit den Begriffen ‚Dauerwerbesendung‘ oder ‚Werbesendung‘ nicht, weil diese aus sich heraus leicht verständlich und damit offenkundig geeignet sind, den Schutzzweck des § 7 V RStV zu erfüllen. Die Beschränkung hierauf findet ihre Rechtfertigung zudem darin, dass sich der Zuschauer andernfalls unter Umständen einer Vielzahl unterschiedlicher Kennzeichnungen ausgesetzt sehen würde und jeweils beurteilen müsste, ob diese eine unterschiedliche Bedeutung hätten und welcher der in § 7 RStV geregelten Formen von Fernsehwerbung sie jeweils zuzuordnen sind. Gerade die **Vielfalt der Werbeformen im Fernsehen erfordert eindeutige Begriffe zu deren Abgrenzung**. Die in den Werberichtlinien vorgesehene Standardisierung erhöht die Erkennungsgenauigkeit, weil sich der Zuschauer auf eine bestimmte Form der Kennzeichnung verlassen und deshalb umgekehrt darauf vertrauen kann, dass es sich nicht um Werbung handelt, wenn die Sendung nicht entsprechend gekennzeichnet ist (vgl. OVG Berlin-Brandenburg R & R 2008, 770; VGH München, Beschluss vom 15.10.2008 - 7 CS 08.2309).

Soweit sich die Ast. auf die Verwendung von Anglizismen - auch zur Kennzeichnung von Werbung - im Rundfunkstaatsvertrag beruft, verkennt sie, dass diese sich entweder an den mit den Fachbegriffen vertrauten Rechtsanwender richten oder aber - wie im Fall des sog. ‚Teleshopping‘, § 45a II RStV - Werbeformate betreffen, für die sich in der deutschen Alltagssprache kein Begriff entwickelt hat. Die Benennung bzw. Verwendung von ‚Promotion‘ als Synonym für ‚Werbung‘ in Wörterbüchern und Veröffentlichungen indiziert gleichfalls nicht die von § 7 V 2 RStV geforderte unmissverständliche und leichte Erkennbarkeit. Des Weiteren stellt auch der Verweis auf § 13 RhPfMG die angefochtene Verfügung nicht infrage. Den darin eingeräumten Kennzeichnungsverzicht für eine entgeltliche Veröffentlichung, die schon aufgrund der Anordnung und Gestaltung allgemein als Anzeige zu erkennen ist, sieht § 7 V 2 RStV gerade nicht vor. Im Übrigen **verpflichtet § 13 RhPfMG zur Verwendung des Begriffs ‚Werbung‘** und schließt damit ebenfalls eine Kenntlichmachung als ‚Promotion‘ aus. Die Frage der Auslegung des § 49 I 5 RStV bedarf schließlich schon deshalb keiner Entscheidung, weil die Feststellung einer Ordnungswidrigkeit vorliegend nicht in Streit steht.“ (OVG Koblenz aaO).

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

### Mediation in der Berufung

ZPO

278, 520 II

### keine Hemmung der Berufungsbegründungsfrist

(BGH in NJW 2009, 1149; Beschluss vom 12. 2. 2009 - VII ZB 76/07)

1. Ein als besondere Ausgestaltung des gerichtlichen Güteverfahrens durchgeführtes Mediationsverfahren hemmt nicht den Lauf der Berufungsbegründungsfrist.
2. Die **Verlängerung** der Berufungsbegründungsfrist durch den Mediationsrichter ist **unwirksam**, wenn sie **nach Ablauf der Begründungsfrist** erfolgt ist und bis dahin **kein Verlängerungsantrag** gestellt worden war.
3. Der in einem gerichtlichen Informationsblatt zur Mediation erteilte Hinweis:  
 „Während des Mediationsverfahrens soll die Berufung nicht begründet werden. Die Frist zur Begründung der Berufung wird auf Antrag entsprechend verlängert.“  
 erzeugt kein Vertrauen darauf, dass die Berufungsfrist während des Mediationsverfahrens nicht läuft.

**Fall:** Die Kl. hat von den Bekl. Zahlung von 42.502,56 Euro verlangt. Das LG hat die Bekl. wie Gesamtschuldner verurteilt, an die Kl. 28.576,70 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Die Berufung der Bekl. gegen das am 26.03.2007 zugestellte Urteil ist am 16.04.2007 bei dem BerGer. eingegangen. Dieses hat mit Verfügung vom selben Tag auf die Möglichkeit eines Mediationsverfahrens vor dem dafür eigens eingerichteten 15. Zivilsenat hingewiesen. In den hierzu in dem „Informationsblatt zur Mediation“ erteilten Hinweisen heißt es unter anderem:

„Das Mediationsverfahren wird beim OLG D. als Teil des gerichtlichen Verfahrens, und zwar als besondere Ausgestaltung der in § 278 II ZPO vorgesehenen Güteverhandlung, betrieben. ... Während des Mediationsverfahrens soll die Berufung nicht begründet werden. Die Frist zur Begründung der Berufung wird auf Antrag entsprechend verlängert.“

Bis zur Güteverhandlung im Mediationsverfahren am 31.05.2007 haben die Bekl. keinen Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gestellt. In dieser Sitzung hat der Mediationsrichter im Einverständnis mit der Kl. die Frist zur Begründung der Berufung für die Bekl. bis zum 29.06.2007 verlängert. Mit Schriftsatz vom 28.06.2007 haben die Bekl. die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 06.07.2007 beantragt, die von dem Mediationsrichter gewährt wurde. Die Berufung ist am 06.07.2007 begründet worden. Der 9. Zivilsenat des BerGer., an den das Verfahren nach Scheitern der Mediation abgegeben worden ist, hat die Berufung als unzulässig verworfen, weil die Berufungsbegründungsfrist am 29.05.2007 abgelaufen gewesen und die Frist daher versäumt sei. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat er abgelehnt.

War die Berufung wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist unzulässig und fehlte es an den Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

#### I. Versäumung der Berufungsbegründungsfrist

Die Berufungsbegründungsfrist beträgt nach § 520 II 1 ZPO 2 Monate ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils. Sie lief daher nach den allgemeinen Regelungen am 26.05.2007 ab. Innerhalb dieser Frist lag dem Gericht aber keine Berufungsbegründung vor.

##### 1. Hemmung durch gerichtliche Mediation

Der Lauf der Berufungsbegründungsfrist könnte jedoch durch das gerichtliche Mediationsverfahren gehemmt worden sein.

*„Die Rechtsbeschwerde stellt zwar zur Überprüfung, ob die Begründungsfrist durch das Mediationsverfahren gehemmt worden ist. Sie vermag jedoch **keine Grundlage für diese Hemmung** zu nennen. Eine solche ist auch nicht ersichtlich.“*

*Das **Mediationsverfahren** ist als **besonders ausgestaltetes Güteverfahren gem. § 278 II ZPO** durchgeführt worden. Gemäß § 278 V 3 ZPO gilt § 251 ZPO entsprechend. Die im Einverständnis der Parteien durchgeführte, als Mediationsverfahren ausgestaltete **Güteverhandlung** hat gem. § 251 S. 2 ZPO auf **den Lauf der in § 233 ZPO bezeichneten Frist zur Berufungsbegründung keinen Einfluss**. Eine Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens mit der Wirkung, dass der Lauf der Berufungsbegründungsfrist aufhört, § 249 I ZPO, hat nicht stattgefunden.“ (BGH aaO)*

##### 2. spätere Verlängerung durch den Mediationsrichter

Die Berufungsbegründungsfrist, die nach § 520 II 2, 3 ZPO grundsätzlich verlängerbar ist, könnte aber durch den Mediationsrichter wirksam verlängert worden sein. Problematisch hierbei ist, dass diese **Verlängerung erst nach dem Ablauf der regulären Berufungsbegründungsfrist** erfolgt ist und die Verlängerung auch nicht zuvor beantragt worden war.

*„Die **Fristverlängerung war fehlerhaft**, weil die Berufungsbegründungsfrist bereits abgelaufen und ein Verlängerungsantrag bis zum Ablauf der Frist nicht gestellt worden war (vgl. BGHZ 116, 377 = NJW 1992, 842).*

*Nach der **gefestigten Rechtsprechung des BGH** ist bei der Prüfung der Frage, ob eine **fehlerhafte Fristverlängerung** wirksam ist, in erster Linie auf den allgemeinen Grundsatz der Wirksamkeit verfahrensfehlerhafter gerichtlicher Entscheidungen sowie insbesondere auf den **Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes** abzustellen. Danach darf die Prozesspartei, der eine beantragte Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gewährt worden ist, grundsätzlich darauf vertrauen, dass die betreffende richterliche Verfügung wirksam ist. **Grenzen** ergeben sich allerdings aus dem **Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit** (BGH, NJW 2004, 1460 m.w.N.). Im Hinblick darauf kann eine Partei ein **schützenswertes Vertrauen** in die Wirksamkeit einer Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist grundsätzlich **nicht bilden**, wenn die Verlängerung nach Ablauf der Frist erfolgt und sie **bis zu deren Ablauf keinen Antrag** gestellt hat. Eine solche Verlängerung ist unwirksam (BGHZ 116, 377 = NJW 1992, 842).“ (BGH aaO)*

Daran ändert sich nichts, wenn das Gericht die in § 278 II ZPO vorgesehene Güteverhandlung in besonderer Weise als Mediationsverhandlung ausgestaltet.

*„Allein der Umstand, dass eine **als Mediationsverfahren ausgestaltete Güteverhandlung** stattfindet, begründet **kein Vertrauen** darauf, dass entgegen den gesetzlichen Regelungen die **Berufungsbegründungsfrist nicht abläuft**. Auch können die Bekl. keinen Vertrauenstatbestand aus dem vom Gericht überreichten Informationsblatt zur Mediation herleiten. Es kann deshalb dahinstehen, ob ein solches Vertrauen überhaupt dazu verhelfen könnte, die fristverlängernde Verfügung des Mediationsrichters als wirksam anzusehen oder ob es lediglich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründen könnte.*

*Zwar legen die im Informationsblatt mitgeteilten **Hinweise** den Parteien nahe, während des Mediationsverfahrens die **Berufung nicht zu begründen**. Jedoch findet sich in dem unmittelbar anschließenden Satz der Hinweis, dass die **Frist zur Begründung der Berufung auf Antrag entsprechend verlängert** wird. Dieser Satz macht deutlich, dass es bei der gesetzlichen Regelung des § 520 II ZPO verbleibt mit der Folge, dass ein Antrag auf Verlängerung der Frist zur Berufungsbegründung zu stellen ist, um einen Ablauf der Frist während des Mediationsverfahrens zu verhindern.“ (BGH aaO)*

## II. Fehlen der Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, § 233 ZPO

Eine Wiedereinsetzung setzt voraus, dass die Versäumung der Frist unverschuldet war.

*„Die **Prozessbevollmächtigten** der Bekl. mussten bedenken, dass die **Berufungsbegründung innerhalb der Frist des § 520 II ZPO einzureichen** war. Die gerichtlichen Hinweise zum Mediationsverfahren sind hinreichend klar formuliert, so dass diesen zu entnehmen ist, dass ein Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist rechtzeitig zu stellen ist.*

*Die Annahme der Bekl. im Rechtsbeschwerdeverfahren, der Mediationsrichter habe den Bekl. im Güteverfahren auf den von ihnen **vermutlich gestellten Verlängerungsantrag** eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, entbehrt jeder Grundlage. Eine solche Entscheidung ist **nicht erkennbar**. Es gibt auch **keine Vermutung** für eine solche Entscheidung von Amts wegen auf Grund des Umstands, dass die Bekl. - wovon auszugehen ist - im Mediationstermin einen Verlängerungsantrag gestellt haben. Dieser stellte entgegen der von der Rechtsbeschwerde vertretenen Auffassung **nicht die Nachholung der versäumten Prozesshandlung** dar (BGH, NJW 1995, 60 m.w.N.). Es kann nicht angenommen werden, dass der Mediationsrichter **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand allein auf Grund des Verlängerungsantrags gewähren wollte**, obwohl die Berufungsbegründung innerhalb der Antragsfrist hätte nachgeholt werden müssen.“ (BGH aaO)*

ZPO  
§ 765a I

## Vollstreckungsschutzantrag in der Insolvenz des Schuldners

ZPO

(BGH in NZI 2009, 163; Urteil vom 18.12.2008 – V ZB 57/08)

1. Grundsätzlich hat **der Schuldner mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Bestellung eines Verwalters** in diesem Verfahren die **Befugnis verloren** hat, **im Zwangsversteigerungsverfahren** über massezugehörige Bestandteile des Vermögens **Anträge zu stellen und Rechtsmittel einzulegen**.
2. Auch **nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** ist der **Schuldner befugt**, in einem Verfahren über die Zwangsversteigerung eines zur Masse gehörenden Grundstücks einen **Vollstreckungsschutzantrag nach § 765a ZPO wegen einer Suizidgefahr** für sich oder einen nahen Angehörigen **zu stellen**.

**Fall:** Das AG - Vollstreckungsgericht - hat im November 2004 die Zwangsversteigerung eines mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks angeordnet. Das Grundstück stand bis zur Zuschlagserteilung im Eigentum des Schuldners S. Über dessen Vermögen hat das AG - Insolvenzgericht - im Januar 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet und I zum Insolvenzverwalter bestellt. In dem Versteigerungstermin am 18.01.2008 beantragte S, die Zwangsvollstreckung nach § 765a ZPO vorläufig einzustellen.

Er begründete den Antrag mit dem schlechten Gesundheitszustand seiner in dem zu versteigernden Haus wohnenden, 1911 geborenen Mutter und legte dazu ein fachärztliches Attest vor, nach dem bei seiner Mutter mit einer erheblichen Suizidgefahr zu rechnen sei. Das Vollstreckungsgericht hat mit Beschluss vom 08.02.2008 den Antrag des Schuldners zurückgewiesen und D den Zuschlag erteilt.

Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des S ist ohne Erfolg geblieben. Mit der - zugelassenen - Rechtsbeschwerde verfolgte er seinen Antrag weiter, den Zuschlagsbeschluss aufzuheben. G beantragte, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

Wird S mit der Rechtsbeschwerde Erfolg haben?

I. **Strittig** ist, **ob ein Schuldner nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über sein Vermögen **noch befugt** ist, **Vollstreckungsschutz** nach § 765a ZPO **zu beantragen**.

1. Die wohl **herrschende Auffassung** verneint dies gemäß dem Grundsatz, wonach alle, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen betreffenden, Befugnisse durch den Verwalter ausgeübt werden.

MüKo-ZPO/Heßler, 3. Aufl., § 765a Rn 77; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 765a Rn 19; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 765a Rn 19; Stöber, ZVG, 18. Aufl., Einl. Rn 53.1; Jaeger/Windel, InsO, § 80 Rn 198; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 80 Rn 68; ebenso zur KO, OLG Braunschweig NJW 1968, 164; AG Hannover Rpfleger 1987, 166; LG Hannover Rpfleger 1987, 166; Mohrbutter/Drischler, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, 6. Aufl., Anm. 5 zu Muster 30; Rosenberg/Gaul/Schilken, ZwangsvollstreckungsR, 10. Aufl., S. 541; Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl., § 765a Rn 12; Steiner/Storz, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Aufl., § 30c Rn 7; zweifelnd Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., § 765a Rn 7.

2. Nach der **Gegenansicht** führt der Übergang des Rechts zur Verwaltung und zur Verfügung über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den Verwalter nach § 80 I InsO nicht zum Verlust der Befugnis, Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO zu beantragen, weil es sich dabei um eine Sondervorschrift zur Vermeidung von Missbräuchen handele und dieser Schutz dem Schuldner auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erhalten bleibe.

vgl. OLG Celle ZIP 1981, 1005, zur KO; Schmidt-v. Rhein, in: AK-ZPO, § 765a Rn 3; Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., § 765a Rn 19; ebenso Keller ZfIR 2008, 134, für Fälle, in denen die Entscheidung Rechte des Schuldners betrifft, die über das Insolvenzverfahren hinausgehen



II. **BGH aaO** tritt der letztgenannten Meinung für den Fall bei, dass der Schuldner den Vollstreckungsschutzantrag auf eine Gefahr für Leben und körperliche Unversehrtheit stützt.

1. Im **Grundsatz** ist zwar daran festzuhalten, dass **der Schuldner mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Bestellung eines Verwalters** in diesem Verfahren die **Befugnis verloren hat, im Zwangsversteigerungsverfahren über massezugehörige Bestandteile des Vermögens Anträge zu stellen und Rechtsmittel einzulegen** (BGH NZI 2008, 613 = ZInsO 2008, 741).

*„Die damit verbundene **Einschränkung der aus dem Eigentum des Schuldners folgenden Rechte nach Art. 14 I GG** ist deshalb **gerechtfertigt, weil das Ziel des Insolvenzverfahrens, die Gläubiger durch die Verwertung des Vermögens gemeinsam zu befriedigen, anders nicht erreicht werden kann** (BVerfGE 51, 405 = NJW 1979, 2510, unter Hinw. auf BVerfGE 21, 150 = NJW 1967, 1175; BVerfGE 25, 112 = NJW 1969, 651; BVerfGE 42, 263 = NJW 1976, 1783; BGH NZI 2008, 613 = ZInsO 2008, 741). Die Eigentumsrechte des Schuldners werden dadurch gewahrt, dass er den Eröffnungsbeschluss anfechten kann (BVerfGE 51, 405 = NJW 1979, 2510). Werden der Eröffnungsbeschluss und die Ernennung eines Verwalters bestandskräftig, wird der Schuldner von der Verwaltung und Verfügung über sein Vermögen ausgeschlossen, soweit dieses zur Masse gehört, weil von dem Schuldner weder erwartet werden kann, dass er sein Vermögen in der gebotenen Weise verwaltet oder dass er in dieser Weise hierüber verfügt, noch dass er sein Vermögen zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger einsetzt. Entsprechend der Einschränkung der materiellen Rechtsstellung des Schuldners gehen auch seine Befugnisse in gerichtlichen Verfahren über massezugehöriges Vermögen auf den Verwalter über. Das ist hinzunehmen, weil der Mangel der Fähigkeit des Schuldners zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten mit der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses festgestellt ist und der Schuldner überdies nicht schutzlos ist, da die in § 60 I InsO angeordnete Haftung des Verwalters für ihn wirkt (BGH NZI 2008, 613 = ZInsO 2008, 741 m.w.N.)“ (BGH aaO).*

2. Alle diese **Erwägungen greifen aber nicht, wenn der Schuldner Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO** wegen einer Suizidgefahr für sich oder einen nahen Angehörigen **beantragt**.

- a) Verfassungsrechtlich **betroffenes Schutzgut** ist in diesem Fall nicht das Eigentum des Schuldners (Art. 14 I GG), sondern das **Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit** aus Art. 2 II 1 GG.

*„Der **Vollstreckungsschutzantrag betrifft nur mittelbar die Verwaltung und Verfügung über das massezugehörige Vermögen**, indem er dessen Zwangsversteigerung (zeitweilig) einschränkt. Das Recht des Schuldners auf Leben und körperliche Unversehrtheit wird - anders als seine Eigentumsrechte - nicht dadurch gewahrt, dass er den Eröffnungsbeschluss anfechten kann. Auch die Haftung des Insolvenzverwalters auf Schadensersatz nach § 60 I InsO bietet insofern keinen hinreichenden Schutz.“ (BGH aaO).*

- b) Dem **Bedeutungsgehalt des Grundrechts nach Art. 2 II 1 GG** ist bei der Auslegung und Anwendung der Verfahrensvorschriften angemessene Rechnung zu tragen. Die Vollstreckungsgerichte haben in ihrer Verfahrensgestaltung die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um Verfassungsverletzungen durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen tunlichst auszuschließen. Das Verfahren der Vollstreckungsgerichte ist so durchzuführen, dass der sich aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ergebenden Schutzpflicht staatlicher Organe Genüge getan wird.

BVerfGE 52, 214 = NJW 1979, 2607; BVerfGE 84, 345 = NJW 1991, 3207; BVerfG, NJW 1994, 1719; NJW 1998, 295; NJW-RR 2001, 1523 = NZM 2001, 951; NJW 2005, 3414 = NZM 2005, 657; NJW 2007, 2910 = NZM 2007, 739; BGH NJW 2006, 505

*„Nach diesem Maßstab darf ein Vollstreckungsschutzantrag eines Schuldners, der mit einer Suizidgefahr für sich oder einen nahen Angehörigen begründet wird, auch dann, wenn über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, nicht unter Hinweis auf eine fehlende Prozessführungsbefugnis als unzulässig zurückgewiesen werden. Das Vollstreckungsgericht und das Beschwerdegericht dürfen nicht vor der Gefahr einer Selbsttötung die Augen verschließen und - ohne Sachprüfung - eine Entscheidung zum Fortgang des Verfahrens treffen oder bestehen lassen, die möglicherweise Ursache für den Tod des Schuldners oder eines nahen Angehörigen sein kann. Eine derartige Verfahrensgestaltung wird dem **Wert des Grundrechts aus Art. 2 II 1 GG** nicht gerecht (vgl. BGH NJW 2006, 505).“ (BGH aaO).*

- c) Auch das **Vollstreckungsinteresse der Gläubiger** steht der Annahme einer Antragsbefugnis des Schuldners in diesen Fällen **nicht entgegen**.

*„Unterbleibt die Zwangsversteigerung auf Grund eines Vollstreckungsschutzantrags, wird zwar in das Grundrecht der Gläubiger auf Schutz ihres Eigentums (Art. 14 I GG) eingegriffen und ihr verfassungsrechtlicher Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz ihres Eigentums (Art. 19 IV GG) beeinträchtigt (vgl. BGH NJW 2006, 505). Das ist **im Rahmen der Prüfung der Begründetheit des Vollstreckungsschutzantrags des Schuldners zu berücksichtigen** (dazu BVerfG NJW 1994, 1719; NJW 1998, 295 = NZM 1998, 21; NJW 2007, 2910 = NZM 2007, 739; BGHZ 163, 66 = NJW 2005, 1859 = NZM 2005, 517; BGH NJW 2006, 505; NJW 2007, 3719 = NZM 2007, 658 = WM 2007, 1667; NJW 2008, 586; NJW-RR 2008, 1741 = WM 2008, 1833). **Für die Frage der Zulässigkeit des Antrags** ist das jedoch **ohne Belang**.“* (BGH aaO).

- d) Schließlich werden die **Befugnisse des Insolvenzverwalters**, der selbst keinen Vollstreckungsschutz beantragt, durch die Anerkennung der Antragsbefugnis des Schuldners in der vorliegenden Fallgestaltung **nicht unzulässig beeinträchtigt**.

*„Ob der Schuldner auch dann befugt ist, Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO zu beantragen, wenn er den Antrag auf andere Gründe als eine Gefahr für Leben und körperliche Unversehrtheit stützt oder wenn bei der Entscheidung über den Antrag des Schuldners auch ein Vollstreckungsschutzantrag des Insolvenzverwalters vorliegt, bedarf keiner Entscheidung. Beides ist hier nicht der Fall. Dasselbe gilt für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Insolvenzverwalter Vollstreckungsschutz erlangen kann.“* (BGH aaO).

StPO **Belehrungsverstoß** StPO  
 § 136 I 2 **Verwertbarkeit von Angaben bei unterlassener „qualifizierter“ Belehrung**  
 (BGH in NJW 2009, 1427; Urteil vom 18.12.2008 – 4 StR 455/08)

1. Wird ein **Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht nur als Zeuge vernommen**, so ist er **wegen des Belehrungsverstoßes** (§ 136 I 2 StPO) bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldigter **auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen** („qualifizierte“ Belehrung).
2. **Unterbleibt eine solche „qualifizierte“ Belehrung, können die trotz rechtzeitigen Widerspruchs nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall gleichwohl verwertbar sein.**

I. **Grds. begründet nicht jeder Tatverdacht bereits die Beschuldigteneigenschaft** mit der Folge einer entsprechenden Belehrungspflicht; vielmehr **kommt es auf die Stärke des Tatverdachts an.**

Dabei obliegt es der Strafverfolgungsbehörde, nach **pflichtgemäßer Beurteilung** darüber zu befinden, ob ein Tatverdacht sich bereits so verdichtet hat, dass die vernommene Person ernstlich als Täter oder Beteiligten der untersuchten Straftat in Betracht kommt.

st. Rspr.; BGHSt 37, 48 = NJW 1990, 2633 = NSTz 1990, 446; BGHSt 51, 367 = NJW 2007, 2706 = NSTz 2007, 653.

Ist der Tatverdacht aber bereits so stark, dass die Strafverfolgungsbehörde anderenfalls willkürlich die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreiten würde, ist es verfahrensfehlerhaft, wenn der Betreffende dennoch zunächst als Zeuge und nicht als Beschuldigter vernommen wird.

vgl. BGHSt 37, 48 = NJW 1990, 2633 = NSTz 1990, 446; BGHSt 51, 367 = NJW 2007, 2706 = NSTz 2007, 653.

II. Ein **Verstoß gegen die Belehrungspflicht** wird auch **nicht** dadurch **geheilt, wenn der Beschuldigte nach seiner Vernehmung als Zeuge** anschließend nach § 136 I 2 StPO **belehrt wird und danach erneut aussagt** (BGHSt 51, 367 = NJW 2007, 2706 = NSTz 2007, 653; Roxin JR 2008, 16).

III. Daraus folgt nach **BGH aaO** jedoch noch **nicht** ohne weiteres, **dass auch die Angaben**, die ein Beschuldigter im Ermittlungsverfahren nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung gemacht hat, **einem Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot unterliegt.**

1. Ein **Beschuldigter** muss bei Beginn der Beschuldigtenvernehmung zusammen mit der Belehrung nach § 136 I 2 StPO **ausdrücklich darauf hingewiesen werden**, dass wegen der bisher unterbliebenen Belehrung als Beschuldigter die vorangehende **Zeugenaussage unverwertbar** ist.

vgl. BGH NJW 2007, 2706 = NSTz 2007, 653 = StV 2007, 450; Diemer, in: KK-StPO, 6. Aufl., § 136 Rn 27 m.w.N.; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 136 Rn 106; Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, § 136 Rn 28; Roxin JR 2008, 17; wohl auch Meyer-Goßner, § 136 Rn 9.

*„Das Recht zu schweigen und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen („Nemo tenetur“-Grundsatz), gehören zum „Kernstück des von Art. 6 I EMRK garantierten fairen Verfahrens“ (EGMR, NJW 2002, 499; JR 2005, 423 m; dazu weiter BGHSt [GS] 42, 139 = NJW 1996, 2940 = NSTz 1996, 502). Gerade deshalb muss die rechtsstaatliche Ordnung Vorkehrungen in Form einer „qualifizierten“ Belehrung treffen, die verhindert, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht zu Stande gekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können (Roxin JR 2008, 16).*

*Zwar ergibt sich ein gewisser Widerspruch insofern, als die Rspr. bislang bei den - schwerer wiegenden - Verstößen nach § 136a StPO eine solche „qualifizierte“ Belehrung nicht verlangt (vgl. Meyer-Goßner, § 136a Rn 30); ob daran festzuhalten ist, hat der Senat hier jedoch nicht zu entscheiden.“ (BGH aaO).*

2. Der **Verstoß gegen die Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung** hat allerdings **nicht dasselbe Gewicht wie der Verstoß gegen die Belehrung nach § 136 I 2 StPO**. Deshalb ist in einem solchen Fall die Verwertbarkeit der weiteren Aussagen nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung nach **neuerer BGH-Rspr.** durch Abwägung im Einzelfall zu ermitteln.

BGH NJW 2007, 2706 = NStZ 2007, 653 = StV 2007, 450; krit. dazu Roxin JR 2008, 16; Meyer-Goßner, § 136 Rn 9.

- Bei einer solchen Abwägung ist zum einen auf das Gewicht des Verfahrensverstößes abzustellen und dabei insbesondere zu berücksichtigen, ob die Vernehmung als Zeuge in bewusster Umgehung der Belehrungspflichten erfolgt ist; weiter muss das Interesse an der Sachaufklärung Beachtung finden.

vgl. BGH StV 2007, 450; BGHSt 42, 139 = NJW 1996, 2940 = NStZ 1996, 502 [Hörfalle]; BGHSt 47, 172 = NJW 2002, 975; BGHSt 52, 11 = NJW 2007, 3138 = NStZ 2007, 714.

- Darüber hinaus ist maßgeblich darauf abzustellen, ob sich aus den Umständen des Falls ergibt, dass der Vernommene davon ausgegangen ist, von seinen vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben als Zeuge bei seiner weiteren Vernehmung als Beschuldigter nicht mehr abrücken zu können.

Dies wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn sich die Beschuldigtenvernehmung inhaltlich als bloße Wiederholung oder Fortsetzung der in der Zeugenvernehmung gemachten Angaben darstellt.

*„So verhält es sich hier jedoch nicht: Denn der Angekl. C hat nach seiner Belehrung als Beschuldigter gerade nicht seine früheren Angaben lediglich im Wesentlichen wiederholt. Er hat auch nicht nur weiterhin - nunmehr allerdings detailliert - die Mitangekl. S und T belastet. Vielmehr hat er erstmals auch sich selbst massiv belastende Angaben gemacht, denen zufolge S das Opfer „auf jeden Fall abstechen“ sollte und ihm, C, „absolut klar (war), dass der Mann dabei sterben kann“. Angesichts dessen liegt die Annahme eher fern, dass sich der Angekl. C seiner Entscheidungsfreiheit nach ordnungsgemäßer Beschuldigtenbelehrung nicht bewusst war und dass deshalb der ursprüngliche Belehrungsverstoß fortwirkte. Jedenfalls spricht danach die Abwägung hier gegen das von der Jugendkammer angenommene Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot hinsichtlich der nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben des Angekl. C; das Gericht hätte deshalb den entsprechenden Anträgen der StA auf Vernehmung des Kriminalbeamten S und des Ermittlungsrichters stattgeben müssen.“ (BGH aaO).*

VwVfG BW  
§§ 48, 49, 51

**wiederholende Verfügung oder Zweitbescheid**  
**Entscheidung über Wiedereinsetzungsantrag**

VwVerfR

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2009, 357; Beschluss vom 10.12.2008 - 9 S 1099/08)

1. Die Entscheidung über einen Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens ist allein verfahrensrechtlicher Natur.
2. Es wird geregelt, ob sich die Behörde auf die Bestandskraft beruft und es so bei der bereits getroffenen Entscheidung verbleibt („**wiederholende Verfügung**“), oder ob diese aufgehoben und anschließend eine neue Sachentscheidung getroffen wird („**Zweitbescheid**“).
3. **Sachliche Begründungserwägungen** in einem Bescheid, mit dem ein Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens abgelehnt worden ist, müssen **kein Indiz für das Vorliegen eines „Zweitbescheids“** sein. Sie können vielmehr ebenso Erwägungen zur Begründung der verfahrensbezogenen Ermessensausübung darstellen.
4. Dies gilt grundsätzlich sogar dann, wenn zur **Begründung** des abgelehnten Wiederaufgreifens auf **Gesichtspunkte** zurückgegriffen wird, die in der Begründung des **ursprünglichen Bescheids nicht zur Sprache gekommen** sind.

**Fall:** Die Kl. beehrte die Anerkennung ihres im Jahr 1979 am Juristischen Institut in S. erworbenen Diploms als der Ersten juristischen Staatsprüfung gem. § 10 II BVFG gleichwertig ist. Ihr Antrag war bereits durch Bescheid des Bekl. vom 13.10.1993 abgelehnt worden. Von der in der damaligen Rechtsmittelbelehrung zutreffend aufgeführten Klagemöglichkeit hat die Kl. keinen Gebrauch gemacht, so dass der Ablehnungsbescheid unanfechtbar geworden ist. Mit Schriftsatz vom 20.12.2005 stellte sie jedoch erneut einen Antrag. Diesen Antrag hat die Bekl. nicht nur mit Hinweis auf die bereits eingetretene Bestandskraft abgelehnt, sondern auch sachlich begründet, warum eine neue Entscheidung nicht in Betracht kommt. Hiergegen hat die Kl. Klage erhoben.

Ist die Klage zulässig?

Grundsätzlich kann eine Klage nur innerhalb eines Monats nach Zustellung des Bescheides oder Widerspruchsbescheides erhoben werden, § 74 VwGO. Die Klagfrist gegen die im Jahre 1993 erfolgte Ablehnung hat die Kl. versäumt, so dass eine Klage hiergegen auf jeden Fall unzulässig ist. Möglicher Weise stellt jedoch die Ablehnung ihres neuerlichen Antrags von 20.12.2005 einen neuen, eigenständigen Verwaltungsakt dar, der erneut der Anfechtung binnen Monatsfrist unterliegt.

### I. Möglichkeit einer erneuten Entscheidung trotz Bestandskraft der Ablehnung

„Auch das Institut der **Bestandskraft** stellt **keine absolute Sperre** für eine erneute Befassung mit dem beschiedenen Begehren dar; vielmehr statuiert § 51 VwVfG BW Verfahrenswege, nach denen trotz Vorliegens eines bestandskräftigen Verwaltungsakts in eine Prüfung einzutreten ist, ob der Ablehnungsbescheid aufgehoben und eine neue Sachentscheidung getroffen werden muss.“ (VGH Mannheim, aaO)

Die Behörde hat also nach § 51 VwVfG BW die Möglichkeit, auch nach Eintritt der Bestandskraft eine bereits erfolgte Ablehnung zu überprüfen.

vgl. § 51 VwVfG Bund, § 51 VwVfG Bay., § 1 VwVfG Bln i.V.m. § 51 VwVfG Bund, § 51 VwVfG Bbg., § 51 VwVfG HB, § 51 VwVfG HH, § 51 VwVfG Hess., § 49 VwVfG MV, § 51 VwVfG NW, § 1 I VwVfG Nds i.V.m. § 51 VwVfG Bund, § 1 I VwVfG RhPf. i.V.m. § 51 VwVfG Bund, § 51 VwVfG Saarl., ., § 1 VwVfG Sachs. i.V.m. § 51 VwVfG Bund, § 1 I VwVfG LSA i.V.m. § 51 VwVfG Bund, § 118a LVwG SH, § 51 VwVfG Thür.

### II. Wiederaufgreifen des Verfahrens

Gegenstand des Antrags auf Wiederaufgreifen des Verfahrens ist nur die Frage, ob die Behörde eine erneute Sachentscheidung zu treffen hat, oder ob es bei der Bestandskraft des unanfechtbar gewordenen Ablehnungsbescheides verbleibt (vgl. etwa: BVerwG, BeckRS 2004, 21861; sowie: Maurer, Allgemeines VerwaltungsR, 16. Aufl. [2006], § 11 Rn 55).

„Die Entscheidung über den Wiederaufgreifensantrag ist damit **allein verfahrensrechtlicher Natur** und erschöpft sich in dem Regelungsgegenstand, ob sich die Behörde auf die Bestandskraft beruft und es so bei der bereits getroffenen Entscheidung verbleibt (so genannte ‚**wiederholende Verfügung**‘) oder ob diese aufgehoben und anschließend eine neue Sachentscheidung getroffen wird (so genannter ‚**Zweit-**

bescheid'; vgl. dazu BVerwG, Beschl. v. 10. 8. 1995 - 7 B 296/95). Insoweit steht der Kl. ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zu (vgl. § 51 BadWürttVwVfG; dazu auch: BVerfG, NVwZ 2000, 907).“ (VGH Mannheim aaO)

Es kommt also darauf an, ob die Entscheidung der Bekl. als Zweitbescheid anzusehen ist, welcher der Kl. eine erneute Anfechtungsmöglichkeit eröffnet, oder ob es sich nur um eine wiederholende Verfügung handelt, mit welcher unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens das Wiederaufgreifen des Verfahrens abgelehnt wurde.

„Entgegen der von der Kl. vorgetragene Auffassung kann die **Abgrenzungsfrage**, ob die Behörde mit dem Ablehnungsbescheid eine **erneute Sachentscheidung** getroffen hat, nicht bereits aus der Tatsache beantwortet werden, dass die Behörde in eine **erneute Sachprüfung** eingetreten ist. Denn auch ein Bescheid, mit dem das **Wiederaufgreifen des Verfahrens** nach § 51 V i.V.m. §§ 48, 49 BadWürttVwVfG abgelehnt worden ist, **bedarf der sachlichen Prüfung** durch die Behörde.

Die **fehlerfreie Betätigung** des der Behörde **eingeräumten Ermessens setzt voraus**, dass sie **alle für die Entscheidung erheblichen Umstände in ihre Erwägungen einbezogen** hat (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1991, 490 = VBIBW 1991, 182), wozu insbesondere eine **Überprüfung der Rechtmäßigkeit** des Ablehnungsbescheids gehört (vgl. Meyer, in: Knack, VwVfG, 8. Aufl. [2004], § 51 Rn 16). Der Umstand, dass die Behörde bei der **Verbescheidung des Wiederaufgreifensantrags sachliche Erwägungen zur Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Verwaltungsakts** anstellt, belegt daher **nicht**, dass sie das Verfahren tatsächlich bereits wiederaufgegriffen und damit eine **erneute verwaltungsgerichtliche Kontrolle in der Sache eröffnet** hat. Vielmehr können derartige Ausführungen auch der Darlegung derjenigen Erwägungen dienen, die die Behörde dazu bewegt haben, von dem ihr eingeräumten Ermessen auf Wiederaufgreifen des Verfahrens keinen Gebrauch zu machen (vgl. auch die ausführliche Darstellung möglicher Wiederaufgreifens- und Ermessensgesichtspunkte in: BVerwGE 122, 103 = NVwZ 2005, 462).“ (VGH Mannheim aaO)

Eine andere Betrachtungsweise würde die Behörde im Übrigen auch vor ein unlösbares Dilemma stellen.

„Wenn man bereits die **sachliche Prüfung des ursprünglichen Ablehnungsbescheids als tatsächliches Wiederaufgreifen** des Verfahrens **bewerten** würde, gebe es für die Behörde im Ergebnis **keine Möglichkeit**, den Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens in **nicht zu beanstandender Weise abzulehnen**.

Stellt sie **keine Erwägungen zur Rechtmäßigkeit** des ursprünglichen Ablehnungsbescheids dar, leidet die Entscheidung an einem **Ermessensdefizit** (vgl. dazu VGH Mannheim, NVwZ 1989, 882); **begründet** sie ihre Entscheidung dagegen, läuft sie Gefahr, dass die sachliche Einlassung bereits als **tatsächliches Wiederaufgreifen** des Verfahrens behandelt wird.“ (VGH Mannheim aaO)

Die **sachliche Behandlung** der Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Versorgungsbescheids bei der Verbescheidung des Wiederaufgreifensantrags besagt **daher** für sich genommen **nichts darüber**, ob die Behörde den **Antrag positiv oder negativ entschieden** hat.

„**Maßgeblich** für diese Frage ist vielmehr allein der - **aus objektiver Empfängersicht zu beurteilende - Regelungsgegenstand** der Verfügung. Entscheidet sich eine Behörde danach, eine erneute Sachentscheidung nicht zu treffen, wird diese verfahrensrechtliche Regelung auch durch materielle Ausführungen zur Rechtmäßigkeit des Ausgangsbescheids nicht beeinträchtigt. Dies gilt sogar dann, wenn zur Begründung des abgelehnten Wiederaufgreifens auf Gesichtspunkte zurückgegriffen wird, die in der Begründung des ursprünglichen Bescheids nicht zur Sprache gekommen sind (vgl. BVerwGE 13, 99 = NJW 1962, 362). Derartige Erwägungen dürften zur fehlerfreien Ermessensausübung sogar geboten sein, wenn diese Gesichtspunkte von tragender Bedeutung für die Begründung des gestellten Wiederaufgreifensantrags waren.

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die Auffassung des VG nicht zu beanstanden, der Bekl. habe sich im Bescheid vom 6. 2. 2006 **entscheidungsstragend** auf die **Bestandskraft des Ablehnungsbescheids** vom 13. 10. 1993 berufen. Dies ergibt sich nicht nur aus dem insoweit explizit gegebenen Hinweis; vielmehr sind auch die **nachfolgenden Sacherwägungen** erkennbar ausgeführt, um die Gesichtspunkte, die maßgeblich für die **Ablehnung** des beantragten Wiederaufgreifens des Verfahrens nach § 51 BadWürttVwVfG waren, **darzulegen und nachvollziehbar zu machen**. Die sachliche Einlassung des Bekl. führt daher nicht dazu, dass eine durch ‚Zweitbescheid‘ getroffene, erneute Sachentscheidung angenommen werden müsste.

Dementsprechend ist auch die **Prüfbefugnis der VG auf den verfahrensrechtlichen Gegenstand** beschränkt, ob die Voraussetzungen für ein Wiederaufgreifen des Verfahrens gegeben und die hierzu angestellten Ermessenserwägungen ordnungsgemäß sind (vgl. BVerwG, VIZ 1996, 753). Die Auffassung des VG, auf den materiellen Vortrag der Kl. komme es nicht an, ist daher nicht zu beanstanden ist.“ (VGH Mannheim aaO)

BayVwVfG  
§§ 37 I, 49a

**hinreichende Bestimmtheit eines VA  
bei Rückforderung einer Subvention**

VwVerfR

(VGH München in DÖV 2009, 299; Beschluss vom 22.4.2008 - 19 ZB 08.489)

1. Das Erfordernis hinreichender **Bestimmtheit des Verwaltungsakts** konkretisiert die Forderung nach der **Gesetzmäßigkeit** der Verwaltung und hat daher vor allem der **Rechtsklarheit** und **Rechtssicherheit** zu dienen
2. Ein **Rückforderungsbescheid** muss den **Betrag** der rechtsgrundlosen Leistung und die **zu erstattende Summe** enthalten; er darf **keinerlei Zweifel** daran aufkommen lassen, **in welcher Höhe** und **zu welchem Fälligkeitszeitpunkt** der geforderte Betrag zu entrichten ist.
3. Die Verwaltungsbehörde kann es deshalb ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht der Hausbank des Schuldners überlassen, den geforderten Erstattungsbeitrag zu berechnen; sie muss das Festsetzungsverfahren unter ihrer Kontrolle halten und darf es nicht aus der Hand geben.

**Fall:** Die Bet. streiten um die Kürzung einer im Rahmen des Agrarinvestitionsförderprogramms gewährten Zinsverbilligung für Kapitalmarktdarlehen. Auf Antrag des Kl. vom 13.10.1995 gewährte der Bekl. mit Zuwendungsbescheid vom 14.10.1997 nach den Richtlinien des Staatsministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten verschiedene Zuwendungen für landwirtschaftliche Investitionsmaßnahmen. Im Jahre 2002 erhielt das zuständige Landwirtschaftsamt W. des Bekl. Kenntnis davon, dass der Förderfall des Kl. durch die staatliche Rechnungsprüfung untersucht und in mehreren Punkten beanstandet worden war. Unter anderem habe der Kl. während der Bauphase Umsatzsteuererstattungen erhalten, die die Förderung minderten. Nach vorangegangener Anhörung kürzte der Bekl. mit Bescheid vom 28.12.2005 das mit Zuwendungsbescheid vom 14.10.1997 bewilligte zinsverbilligte Kapitalmarktdarlehen in Höhe von 248.487,85 Euro rückwirkend ab Bewilligung um 45.377,15 Euro auf den Betrag von 203.110,70 Euro (Nr. 1). In Nr. 2 des Bescheides wurde verfügt, dass der Kl. den Rückzahlungsbetrag, der von der Hausbank noch zu berechnen sei, spätestens zum 13.02.2006 zurückzuzahlen habe.

Gegen diesen Bescheid erhob der Kl. Widerspruch. Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 26.6.2006 ließ der Kl. Untätigkeitsklage erheben. Nach Durchführung eines ersten Verhandlungstermins erließ der Bekl. unter dem 03.07.2007 einen Änderungsbescheid, mit dem die Nr. 1 des Bescheides vom 28.12.2005 folgende Fassung erhielt:

Es wird festgestellt, dass sich das mit Zuwendungsbescheid vom 14.10.1997 bewilligte zinsverbindliche Kapitalmarktdarlehen in Höhe von 248.487,85 Euro rückwirkend ab Bewilligung um 38.317,85 Euro auf den Betrag von 210.170,00 Euro vermindert. Nach weiterer mündlicher Verhandlung am 10.10.2007 beantragte der Kl., den Bescheid des Bekl. vom 28.12.2005 unter Einbeziehung des Änderungsbescheides vom 03.07.2007 aufzuheben. Der Bekl. trat dem entgegen und beantragte Klageabweisung. Das VG hob den Bescheid des Bekl. vom 28.12.2005 i.d.F. des Änderungsbescheides vom 03.07.2007 auf.

Zu Recht?

### I. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Festsetzung des Erstattungsanspruchs ist Art. 49a I BayVwVfG.

vgl. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG BW, § 1 VwVfG Bln i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG Bbg., § 49a VwVfG HB, § 49a VwVfG HH, § 49a VwVfG Hess., § 49 VwVfG MV, § 49a VwVfG NW, § 1 I VwVfG Nds i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 1 I VwVfG RhLPf. i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG Saarl., .., § 1 VwVfG Sachs. i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 1 I VwVfG LSA i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 117a LVwG SH, § 49a VwVfG Thür.

Danach sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen worden oder infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist. Die zu erstattende Leistung ist durch schriftlichen Verwaltungsakt festzusetzen (Art. 49a I 2 BayVwVfG).

## II. formelle Rechtmäßigkeit

Zuständig für die Rückforderung ist grundsätzlich die Erlassbehörde. Allerdings muss ein solcher Verwaltungsakt nach Art. 37 I BayVwVfG **inhaltlich hinreichend** bestimmt sein.

vgl. § 37 I VwVfG Bund, § 37 I VwVfG BW, § 1 VwVfG Bln i.V.m. § 37 I VwVfG Bund, § 37 I VwVfG Bbg., § 37 I VwVfG HB, § 37 I VwVfG HH, § 37 I VwVfG Hess., § 37 I VwVfG MV, § 37 I VwVfG NW, § 1 I VwVfG Nds. i.V.m. § 37 I VwVfG Bund, § 1 I VwVfG RhLPf. i.V.m. § 37 I VwVfG Bund, § 37 I VwVfG Saarl., § 1 VwVfG Sachs. i.V.m. § 37 I VwVfG Bund, § 1 I VwVfG LSA i.V.m. § 37 I VwVfG Bund, § 108 LVwG SH, § 37 I VwVfG Thür.

„Das bedeutet zum einen, dass der **Adressat in die Lage** versetzt werden muss, zu erkennen, **was von ihm gefordert** wird. Zum anderen muss der Verwaltungsakt geeignete **Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung** sein können.

Im Einzelnen richten sich die **Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit** eines solchen Verwaltungsakts nach den **Besonderheiten des** jeweils anzuwendenden und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden **materiellen Rechts** (vgl. BVerwGE 84, 335 [338] = NVwZ 1990, 663; BVerwGE 104, 301 [317] = NVwZ 1999, 178).

Aus der getroffenen Verfügung, d.h. dem **Entscheidungssatz im Zusammenhang mit den Gründen** und sonstigen bekannten oder ohne Weiteres erkennbaren Umständen muss für die Beteiligten, vor allem für den Adressaten, die **Regelung**, die den Zweck, Sinn und Inhalt des Verwaltungsakts ausmacht, so **vollständig, klar und unzweideutig erkennbar** sein, dass diese ihr Verhalten danach ausrichten können (vgl. OVG Münster, NVwZ 1993, 1000).“ (VGH München aaO)

Der **Verwaltungsakt muss**, da er zugleich Titel und damit Grundlage der Vollstreckung ist, **aus sich heraus verständlich sein** (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. [2008], § 37 Rn 12 m.w.N.). Von dem Betr. kann deshalb grundsätzlich nicht verlangt werden, dass er unter Hinzuziehung eines Dritten erforscht, was von ihm im Einzelnen verlangt wird (vgl. OVG Münster, NVwZ 1993, 1000).

„**Zulässig** sind allenfalls **Bezugnahmen** auf gegenüber den Bet. **früher ergangene** Verwaltungsakte oder ihnen bekannte und ihnen vorliegende oder jederzeit zugängliche Unterlagen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. [2008], § 37 Rn 7 m.w.N.). So kann bspw. zur Erläuterung einer Rückforderungssumme auf ein dem Bescheid beigefügtes Berechnungsblatt verwiesen werden; es muss jedoch für den Bescheidadressaten **klar erkennbar sein, was von ihm gefordert wird.**“ (VGH München aaO)

Ob ein Verwaltungsakt diesen Anforderungen genügt, ist durch **Auslegung seines verfügenden Teils im Zusammenhang mit den Gründen** und sonstigen den Betr. bekannten oder für sie ohne Weiteres erkennbaren Umständen festzustellen (vgl. BVerwGE 104, 301 [318] = NVwZ 1999, 178 m.w.N.). Die Annahme einer **Nichtigkeit wegen Unbestimmtheit** scheidet aus, wenn die (vorrangige) Auslegung des Bescheids etwaige Zweifel an der Bestimmtheit beseitigt; dabei kommt es nicht darauf an, wie ein außenstehender Dritter, sondern **wie der Betr. selbst** nach den ihm bekannten Umständen den **materiellen Gehalt** des angefochtenen Bescheides **unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstehen musste** (vgl. BVerwGE 104, 301 [318] = NVwZ 1999, 178 m.w.N.)

„Unter Anlegung dieser Maßstäbe erweist sich die Nr. 2 des angefochtenen Bescheides vom 28.12.2005 i.d.F. des Änderungsbescheides vom 03.07.2007 (zumindest) als rechtswidrig, wenn nicht gar als nichtig.

Der angefochtene Bescheid **verweist** in Nr. 2 **hinsichtlich des Erstattungsbetrages lediglich auf eine noch zu erstellende Berechnung**. Eine **Summe wird nicht genannt**. Ebenso wenig ist eine Berechnung und Bezifferung des geschuldeten Betrages im Weg der Auslegung der Bescheidsgründe möglich. Für den Kl. als Adressat des Verwaltungsakts ist deshalb **nicht erkennbar, in welchem Umfang er zur Rückerstattung verpflichtet ist**. Vielmehr wird von ihm verlangt, unter Hinzuziehung eines Dritten - seiner Hausbank - zu ermitteln, was von ihm im Einzelnen gefordert wird. Dies ist unzulässig (vgl. OVG Münster, NVwZ 1993, 1000f.).“ (VGH München aaO)

Der Rückforderungsbescheid muss den Betrag der rechtsgrundlosen Leistung und die zu erstattende Summe enthalten; er darf **keinerlei Zweifel** daran aufkommen lassen, **in welcher Höhe** und **zu welchem Fälligkeitszeitpunkt** der geforderte Betrag zu entrichten ist (vgl. BVerwG, NJW 1993, 1667f.; NVwZ-RR 1997, 248 = DVBl 1996, 1061f.).

„Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit des Verwaltungsakts (Art. 37 I BayVwVfG) **konkretisiert** die Forderung nach der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** und hat daher vor allem der **Rechtsklarheit**



und der **Rechtssicherheit** zu dienen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. [2008], § 37 Rn 2). (VGH München aaO)

Nach Art. 49a I 2 BayVwVfG ist die zu **erstattende Leistung durch schriftlichen Verwaltungsakt** festzusetzen.

„Diese Aufgabe ist ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage, die hier nicht vorliegt, **einer materiellen Privatisierung nicht zugänglich** (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. [2008], Einf. Rn 105 m.w.N.). Der Bekl. kann es deshalb nicht der Hausbank des Kl. überlassen, den geforderten Erstattungsbetrag zu berechnen; er muss das **Festsetzungsverfahren nach Art. 49a I 2 BayVwVfG unter seiner Kontrolle halten** und darf es nicht aus der Hand geben. Letzteres ist jedoch der Fall, wenn der Bekl. die Berechnung durch die Hausbank durchführen lässt, statt diese nach entsprechender Überprüfung zum Bestandteil seines Bescheides zu machen.“ (VGH München aaO)

Die Befugnis, eine Geldforderung durch Verwaltungsakt (**Leistungsbescheid**) festsetzen zu dürfen, ist ein von Gesetzes wegen **ingeräumtes Privileg** (Art. 49a I 2 BayVwVfG), das die Verwaltungsbehörden von der ansonsten bestehenden Verpflichtung zur klageweisen Durchsetzung ihrer Forderungen entbindet.

„Eine entsprechende **Leistungsklage** müsste die bestimmte **Angabe des Klagegegenstandes** und des Klagegrundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten - **bezahlten** - (**Klage-)Antrag** enthalten (§ 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 253 II Nr. 2 ZPO). Auf Grund des **Rechtsstaatsprinzips** (Art. 20 III GG) können bei einer **Geltendmachung** durch **Leistungsbescheid** unter dem Gesichtspunkt hinreichender Bestimmtheit (Art. 37 I BayVwVfG) **keine geringeren Anforderungen gelten**.“ (VGH München aaO)

**Ergebnis:** Der Rückforderungsbescheid ist daher mangels hinreichender Bestimmtheit rechtswidrig.

## 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. Sie können auch einzelne Passagen ausschneiden und auf Karteikarten kleben.

**Berufungsbegründungsfrist** ZPO  
**Verlängerung bei mehreren Berufungsführern**  
 §§ 520 II, 233 (BGH in NJW-RR 2009, 643; Beschluss vom 29.01.2009 – III ZB 61/08)

Hat in einem Berufungsverfahren, in dem mehrere Berufungskläger von verschiedenen Prozessbevollmächtigten vertreten werden, nur ein Rechtsanwalt für die von ihm vertretenen Berufungskläger einen Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist gestellt, so gilt die ihm gewährte Fristverlängerung auch lediglich für den von ihm vertretenen Berufungskläger. Dies gilt auch dann, wenn im abgekürzten Rubrum der Mitteilung der Name eines nicht antragstellenden Berufungsklägers mit dem Zusatz u.a. angegeben wird.

„Für den Umfang einer gerichtlichen Fristverlängerung, auf den sich eine Partei grundsätzlich verlassen kann, ist der objektive Inhalt der an sie gerichteten Mitteilung maßgeblich (BGH NJW-RR 2008, 1162 m.w.N.).

Die Bevollmächtigten des Rechtsbeschwerdeführers konnten von ihrem objektiven Empfängerhorizont her, zumal sie keinen Antrag auf Fristverlängerung gestellt hatten, der ihnen in ‚Abschrift zur Kenntnisnahme‘ übersandten, unmittelbar aber an die Bevollmächtigten der Kl. zu 2) bis 6) gerichteten Fristverlängerung nicht entnehmen, dass die Berufungsbegründungsfrist auch zu Gunsten ihres Mandanten verlängert werden sollte. Sie mussten das Schreiben in Verbindung mit der Angabe im Rubrum ‚P u.a.‘ so verstehen, dass die Kanzlei P für die Kl. zu 2) bis 6) Berufung) eingelegt und Fristverlängerung für diese beantragt hatte und nunmehr das Berufungsverfahren - wie bereits in erster Instanz - unter diesem nach allgemein üblicher Form verkürzten Rubrum beim KG geführt wurde.

Auf die Ausführungen in der Rechtsbeschwerde, wonach eine Fristverlängerung auch dann wirksam sein könne, wenn kein entsprechender Antrag gestellt wurde, und zudem (unter Hinw. auf BGH VersR 1972, 1128) die Möglichkeit bestehe, dass die auf Antrag einer Partei bewilligte Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist auch Wirkungen für eine andere Partei des Berufungsverfahrens haben könne, kommt es deshalb nicht an. Denn es fehlt (s. entsprechend auch BGH VersR 1972, 1128) an der Voraussetzung, dass sich aus der gerichtlichen Verfügung ergibt, dass die Verlängerung auch für die betreffende Partei bewilligt worden ist.“ (BGH aaO).

**Berufungsbegründungsfrist** ZPO  
**Berechnung bei Verlängerung**  
 §§ 520 II, 222 II, 224 III (BGH in AnwBl 2009, 388; Beschluss vom 10.03.2009 – VII ZB 87/08)

Wird die Frist zur Berufungsbegründung um einen bestimmten Zeitraum verlängert und fällt der letzte Tag der ursprünglichen Frist auf einen Samstag, Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so beginnt der verlängerte Teil der Frist erst mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags.

„Der BGH hat bereits 1956 entschieden, dass in den Fällen, in denen die Frist zur Begründung der Berufung um einen bestimmten Zeitraum verlängert wird und der letzte Tag der ursprünglichen Frist auf einen Samstag, Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt, der verlängerte Teil der Frist erst mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags beginnt (BGHZ 21, 43). An diesem Grundsatz hat er seither in st. Rspr. festgehalten (BGH NJW 2006, 700 - unter ausdrücklicher Ablehnung der entgegenstehenden Entscheidung des OLG Rostock NJW 2003, 3141; BGH NJW-RR 2008, 76; vgl. auch zuletzt: BGH NJW-RR 2008, 1162). Die Lit. ist einhellig derselben Auffassung (MüKo-ZPO/Gehrlein, 3. Aufl., § 222 Rn 5; Zöller/Heßler, ZPO, 27. Aufl., § 520 Rn 25; Zöller/Stöber, ZPO, 27. Aufl., § 224 Rn 5; Musielak/Ball, ZPO, 6. Aufl., § 520 Rn 15; Musielak/Stadler, ZPO, 6. Aufl., § 224 Rn 5; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 224 Rn 11; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 224 Rn 10; Thomas/Putzo/Reichhold, ZPO, 29. Aufl., § 520 Rn 14).

Der Senat sieht keinen Anlass für eine Änderung dieser Rspr.“ (BGH aaO).

**vorläufige Vollstreckbarkeit** ZPO  
**des erstinstanzlichen Urteils**  
 §§ 708 ff., 718

**Vorabentscheidung des Berufungsgerichts**

(KG in NJW-RR 2009, 648; Teilurteil vom 20.11.2008 – 12 U 202/08)

Im Rahmen der Entscheidung über einen Antrag nach § 718 ZPO findet eine Prüfung der Hauptsache nicht statt; vielmehr ist dabei durch das Berufungsgericht lediglich zu prüfen, ob die §§ 708ff. ZPO richtig, d.h. folgerichtig, angewendet worden sind.

„Dieser eingeschränkte Prüfungsumfang ergibt sich aus dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes: In den §§ 708ff. ZPO finden sich Vollstreckbarkeitsregelungen als Rechtsfolgeanordnungen für verschiedene, dort im Einzelnen aufgeführte Urteilsarten. Zur Statthaftigkeit dieser Urteile in den jeweiligen Verfahrensarten regeln diese Vorschriften nichts; sie setzen ihren Erlass als Tatbestandsvoraussetzungen jeweils voraus und nehmen ihn hin. Damit ist das nachfolgend geregelte Verfahren nach § 718 I ZPO, in dem „über die vorläufige Vollstreckbarkeit“ vorab zu verhandeln und zu entscheiden ist, nicht dazu bestimmt, weitergehend die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungstitel oder auch nur deren

**verfahrensmäßige Zulässigkeit oder Statthaftigkeit** als Voraussetzung für die Vollstreckbarkeitsentscheidung **zu überprüfen**, sondern nur diese Entscheidung selbst.

Soweit der *Bekl.* auf die Gefahr hingewiesen hat, dass die Wirkungen eines rechtsfehlerhaft ergangenen erstinstanzlichen Urteils mit existenzbedrohenden Folgen durch eine unzutreffend „korrigierte“ Vollstreckbarkeitsentscheidung noch vertieft werden könnten, führt dies **nicht** zur **Verlagerung von Maßstäben des vollstreckungsrechtlichen Rechtsschutzes in dieses besondere Verfahren**: Denn es findet im Rahmen des § 718 ZPO nicht einmal eine summarische Überprüfung der Erfolgsaussichten der Berufung in der Hauptsache statt.

Insoweit wird **Rechtsschutz** vielmehr - unter weiteren besonderen Voraussetzungen, die nicht durch eine Entscheidung im Verfahren nach § 718 ZPO übergangen werden dürfen - **durch andere vollstreckungsrechtliche Vorschriften** (z.B. §§ 719, 707 ZPO) **gewährleistet**.“ (KG aaO).

KSchG  
§ 4

### Beklagtenbezeichnung Rubrumsberichtigung

ArbR

(BAG in NJW 2009, 1293; Beschluss vom 28.08.2008 – 2 AZR 279/07)

Eine **ungenauere oder erkennbar falsche Parteibezeichnung ist unschädlich und kann jederzeit** von Amts wegen **richtig gestellt werden**.

Ergibt sich in einem Kündigungsschutzprozess aus den gesamten erkennbaren Umständen, etwa aus dem der Klageschrift beigefügten Kündigungsschreiben, wer als beklagte Partei gemeint ist, ist die Berichtigung des Rubrums regelmäßig möglich.

- I. Die **Parteien eines Prozesses** sind vom Kl. **in der Klageschrift zu bezeichnen**. Ist eine **Bezeichnung nicht eindeutig**, so ist die Partei durch **Auslegung** zu ermitteln. Selbst bei äußerlich eindeutiger, aber offenkundig unrichtiger Bezeichnung ist grundsätzlich diejenige Person als Partei angesprochen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen werden soll.

so schon BGHZ 4, 328 = NJW 1952, 545; BAGE 109, 47 = NZA 2004, 452; BAG AP KSchG 1969 § 4 Nr. 50 = EzA KSchG § 4 n.F. Nr. 66; NJW 2007, 458 = NZA 2007, 404 = AP KSchG 1969 § 4 Nr. 58 = EzA KSchG § 4 n.F. Nr. 75; zuletzt BAG NJW 2007, 2877 = NZA 2007, 1013 = AP KSchG 1969 § 4 Nr. 60 = EzA KSchG § 4 n.F. Nr. 76

Es kommt darauf an, welcher Sinn der von der klagenden Partei in der Klageschrift gewählten Parteibezeichnung bei **objektiver Würdigung des Erklärungsinhalts** beizulegen ist. **Entscheidend ist die Wahrung der rechtlichen Identität**. Bleibt die Partei nicht dieselbe, liegt keine „Berichtigung“ vor, sondern es wird im Wege der Parteiänderung eine andere Partei in den Prozess eingeführt. Eine ungenaue oder erkennbar falsche Parteibezeichnung ist hingegen unschädlich und kann jederzeit von Amts wegen richtig gestellt werden.

BAG NJW 2002, 459 = NZA 2001, 1267 = APKSchG 1969 § 4 Nr. 46 = EzA KSchG § 4 n.F. Nr. 61; NJOZ 2003, 1396 = NZA 2002, 1112 = EzA KSchG § 4 n.F. Nr. 63; NJW 2007, 458 = NZA 2007, 404; NJW 2007, 2877 = NZA 2007, 1013 = AP KSchG 1969 § 4 Nr. 60

- II. Ergibt sich in einem **Kündigungsschutzprozess** aus den gesamten erkennbaren Umständen, z.B. aus dem der Klageschrift beigefügten **Kündigungsschreiben**, wer als *bekl.* Partei gemeint ist, ist die Berichtigung des Rubrums regelmäßig möglich.

vgl. BAG NJOZ 2003, 1396 = NZA 2002, 1112 = EzA KSchG § 4 n.F. Nr. 63; NJW 2007, 2877 = NZA 2007, 1013 = AP KSchG 1969 § 4 Nr. 60 = EzA KSchG § 4 n.F. Nr. 76.

„Dies gilt etwa dann, wenn sich aus der Klageschrift oder den beigefügten Unterlagen entnehmen lässt, dass die Trägerin einer bestimmten Einrichtung als Arbeitgeberin gekündigt hat und der Arbeitnehmer mit seiner Kündigungsschutzklage gegen eine Kündigung seiner Arbeitgeberin vorgehen will.

Für die Auslegung, dass der Arbeitnehmer nicht gegen seinen Arbeitgeber, sondern gegen eine andere - insbesondere eine gar nicht parteifähige - Einrichtung, die keine Arbeitgeberstellung hat und deshalb auch nicht gekündigt hat, mit einer Kündigungsschutzklage vorgehen will, bedarf es besonderer Anhaltspunkte. Das rechtfertigt sich umso mehr, als es die durch das Grundgesetz gewährleisteten **Verfassungsgarantien** verbieten, den Zugang zu den Gerichten in einer aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise zu erschweren. Dementsprechend **darf eine Klageerhebung nicht an unvollständigen oder fehlerhaften Bezeichnungen der Parteien scheitern**. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese Mängel in Anbetracht der jeweiligen Umstände letztlich keine vernünftigen Zweifel an dem wirklich Gewollten aufkommen lassen (vgl. insb. BVerfG NJW 1992, 2139).“ (BAG aaO).

StPO  
§§ 34, 101, 102

### Durchsuchungsbeschluss Begründungserfordernis

StPO

(BGH in NSTZ-RR 2009, 142; Beschluss vom 18.12.2008 – StB 26/08)

Die **Begründung eines Durchsuchungsbeschlusses muss die wesentlichen Verdachtsmomente**, einschließlich der Indiztatsachen **enthalten**. Ein **formelhafter Verweis** auf das „bisherige Ermittlungsergebnis“ **reicht dafür nicht aus**.

Diese **Begründung darf nur dann unterbleiben**, wenn die Bekanntgabe der wesentlichen Verdachtsmomente den **Untersuchungszweck gefährden** würde.

„Allgemeine, formelhafte Wendungen genügen zur Begründung rechtsmittelfähiger gerichtlicher Entscheidungen grundsätzlich nicht (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 34 Rn 4 mwN). Auch die **Indiztatsachen**, die den Verdacht gegen den Beschwerdeführer begründen, sind in aller Regel im Durchsuchungsbeschluss zu benennen: Zwar ist dies von Verfassungs wegen nur dann notwendig, wenn andernfalls die erforderliche Begrenzung der Durchsuchungsgestattung nicht gewährleistet ist (vgl. BVerfG NSTZ-RR 2002, 172; NSTZ 2004, 160; BVerfGK 1, 51). Jedoch ist die Darlegung jedenfalls der **wesentli**

**chen Verdachtsmomente** einfachgesetzlich geboten (§ 34 StPO); denn nur hierdurch wird dem Betr. eine sachgerechte, umfassende Prüfung ermöglicht, ob der Beschluss rechtmäßig ergangen ist, oder ob dies nicht der Fall war und es daher angezeigt erscheint, hiergegen im Wege der Beschwerde vorzugehen (vgl. BVerfG NStZ 2004, 160 sowie BVerfGK 1, 51: „sachgerechte Verteidigung gegen den Vorwurf“). Darüber hinaus bezweckt das Gebot der umfassenden Begründung des Durchsuchungsbeschlusses die Erleichterung der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung durch das BeschwGer. Die Angabe der wesentlichen Verdachtsmomente darf daher **nur dann unterbleiben**, wenn die Bekanntgabe den **Untersuchungszweck gefährden** würde und daher den Zwecken der Strafverfolgung abträglich wäre (BGH NJW 2000, 84; bei Schmidt NStZ-RR 2002, 161).“ (BGH aaO).

**StPO** **Pflichtverteidiger** **StPO**  
**§§ 141 I u. III, 142 I** **Wahlanwalt steht einer Pflichtverteidigerbestellung entgegen**  
 (OLG Jena in NJW 2009, 1430; Beschluss vom 26.11.2008 – 1 Ws 497/08)

Zeigt ein **Beschuldigter** dem Gericht gegenüber an, dass er **bereits durch einen Wahlverteidiger vertreten** wird, sind auch bei einem Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 141 III 2 StPO die **Voraussetzung für die Bestellung eines Pflichtverteidigers** zunächst **entfallen**.

„Durch die Mitteilung des Besch. an das Gericht, er werde durch einen Wahlverteidiger vertreten, waren die Voraussetzungen für die Bestellung eines Pflichtverteidigers entfallen (s. § 141 I StPO: „**der noch keinen Verteidiger hat**“). Auch die Antragstellung durch die StA nach § 141 III 2 StPO ist in Zusammenhang mit § 141 I StPO zu sehen.“ (OLG Jena aaO).

**WBO** **Aussagegenehmigung für Soldaten** **öffR**  
**§ 21 I** **Rechtsweg**  
 (BVerwG in NVwZ-RR 2009, 342; Beschluss vom 30.09.2008 – I WB 23/08)

Für **Streitigkeiten um die Erteilung einer Aussagegenehmigung für einen Soldaten** ist der **Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten eröffnet**.

„Der Streit um die Erteilung einer Aussagegenehmigung für einen Soldaten betrifft eine **dienstliche Maßnahme i.S. von § 17 III 1 WBO** (hier i.V. mit § 21 II 1 WBO). Der Ast. hat insoweit eine Verletzung seiner Rechte bzw. eine Verletzung von Pflichten eines Vorgesetzten ihm gegenüber geltend gemacht, die im Zweiten Unterabschnitt des Ersten Abschnitts des Soldatengesetzes (mit Ausnahme der §§ 24, 25, 30 und 31 SG) geregelt sind (§ 17 I 1 WBO i.V. mit § 21 II 1 WBO), nämlich eine Verletzung seines Anspruchs darauf, dass ihm die Genehmigung zur Aussage in eigener Sache vor Strafverfolgungsbehörden und Gerichten nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen versagt werden darf (§ 14 II 3 SG i.V. mit § 62 I und III BBG; vgl. hierzu auch: BVerwGE 46, 303 = NZWehrv 1975, 104).“ (BVerwG aaO).

**VwGO** **Verfahrensaussetzung** **VwGO**  
**§ 94** **bei Verfassungsbeschwerde**  
 (OVG Bremen in NVwZ-RR 2009, 273; Beschluss vom 10.11.2008 – 1 S 59/08)

Die **Verfahrensaussetzung wegen einer anhängigen Verfassungsbeschwerde** gegen die entscheidungserhebliche Norm analog § 94 VwGO **setzt die Annahme der Verfassungsbeschwerde voraus**.

I. Nach **§ 94 VwGO** kann das Gericht das Verfahren bis zur Erledigung eines anderen Rechtsstreits aussetzen, wenn die Entscheidung dieses Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand dieses Rechtsstreits bildet.

Eine **unmittelbare Anwendung des § 94 VwGO kommt nicht in Betracht**, wenn es um die Frage der Gültigkeit einer Norm geht, da es sich hierbei nicht um ein „Rechtsverhältnis“ i.S. des § 94 VwGO handelt (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 138 Ziff. 6 Nr. 30; Eyermann/Rennert, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 94 Rn 5).

II. In einem solchen Falle kann die Aussetzung auch **nicht auf eine entsprechende Anwendung des § 94 VwGO gestützt werden**.

„Eine entsprechende Anwendung wird in Rspr. und Lit. zum Teil für die Fälle vertreten, in denen die Entscheidung des Rechtsstreits von der Gültigkeit einer Norm abhängt, deren Prüfung bereits Gegenstand eines Verfahrens vor dem BVerfG ist.

Nach Auffassung des beschließenden Senats ist diese **Analogie allenfalls insoweit tragfähig, als die Normprüfung im Verfahren der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle** (Art. 93 I Nr. 2, 100 I GG) **erfolgt oder auf Grund einer bereits zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerde**. Nur in diesen Fällen ist nämlich mit hinreichender Sicherheit zu erwarten, dass das BVerfG eine Entscheidung über die (Un-)Gültigkeit der Norm oder ihre (Un-)Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz trifft, die für das aussetzende Gericht bindend ist und Gesetzeskraft hat (§ 31 I und II BVerfGG). Solange das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde nicht durch Kammer- oder Senatsbeschluss zur Entscheidung angenommen hat (§§ 93a, 93b BVerfGG), kann noch nicht damit gerechnet werden, dass es zu einer Entscheidung über die entscheidungserhebliche verfassungsrechtliche Frage kommt: So sind im Jahre 2007 6.005 Verfassungsbeschwerden erhoben, 5.788 aber nicht zur Entscheidung angenommen worden. Beschlüsse des BVerfG, durch die eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen wird, sind keine Sachentscheidungen; sie entfalten daher **keine Bindungswirkung** (vgl. BVerfGE 92, 91 = NJW 1995, 1733 = NVwZ 1995, 781; Umbach/Clemens/Dollinger; BVerfGG, 2. Aufl. [2005], § 93b Rn 18 und 32). Die Entscheidung eines Rechtsstreits vor den Fachgerichten kann daher nicht von ihnen abhängen. Die Aussetzung des Verfahrens in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO wegen einer anhängigen Verfassungsbeschwerde gegen die entscheidungserhebliche Norm setzt deshalb die Annahme der Verfassungsbeschwerde voraus (ebenso Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/v. Albedyll, VwGO, 3. Aufl. [2005], § 94 Rn 5; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 94 Rn 51; Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 94 Rn 39).

Selbst wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Aussetzung des Verfahrens in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO vorlägen, wäre bei der dann eröffneten Ermessensentscheidung des Fachgerichts Folgendes zu berücksichtigen: Die **Verfassungsbeschwerde ist im Regelfall erst nach Erschöpfung des Rechtswegs zulässig** (§ 90 II 1 BVerfGG). Sinn dieser Regelung ist u.a., dass dem BVerfG vor seiner Entscheidung auch die Auffassung der Fachgerichte zu der zu entscheidenden Frage bekannt wird (vgl. z.B. BVerfGE 72, 39 = NJW 1986, 1741 = NVwZ 1986, 631).

Dem würde es widersprechen, wenn sich die Fachgerichte in den Fällen, in denen sie mit der Frage befasst worden sind, einer Stellungnahme enthalten und das Verfahren aussetzen würden.“ (OVG Bremen aaO).

VwGO  
§ 124a IV 4

**Berufungszulassungsantrag**  
**kein „Nachschieben“ der Bezeichnung des Zulassungsgrundes**  
(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2009, 360; Beschluss vom 28.10.2008 – 6 A D 2/08)

VwGO

Ein „Nachschieben“ der Bezeichnung des Berufungszulassungsgrundes nach Ablauf der Darlegungsfrist für die Berufungszulassungsgründe kann dem Zulassungsantrag nicht mehr zur Zulässigkeit verhelfen.

- I. Nach **§ 124a IV 4 VwGO** sind innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Berufung kann nach § 124 II VwGO (i.V. mit § 64 II 2 BDG) nur aus den dort genannten Gründen zugelassen werden. Es ist mithin in der Begründung des Zulassungsantrages darzulegen, ob die Zulassung wegen
- ernstlicher **Zweifel an der Richtigkeit des Urteils** (§ 124 II Nr. 1 VwGO),
  - besonderer tatsächlicher oder rechtlicher **Schwierigkeiten der Rechtssache** (§ 124 II Nr. 2 VwGO),
  - **grds. Bedeutung der Rechtssache** (§ 124 II Nr. 3 VwGO),
  - **Abweichung des erstinstanzlichen Urteils** von einer Entscheidung eines der in § 124 II Nr. 4 VwGO bezeichneten Gerichte oder
  - eines **Verfahrensmangels** (§ 124 II Nr. 5 VwGO)

beantragt wird.

Außerdem muss im Einzelnen unter **konkreter Auseinandersetzung mit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung** begründet werden, weshalb der benannte Zulassungsgrund erfüllt ist. Im Falle der Geltendmachung mehrerer Zulassungsgründe müssen dabei alle diese Gründe jeweils selbstständig dargelegt werden.

OVG Lüneburg, Beschluss vom 01.09.2008 - 5 LA 305/05; Bader, VwGO, 4. Aufl. 2007, § 124a Rn 81

- II. Es **obliegt** nicht dem OVG, sondern gem. § 124a IV 4 VwGO (i.V.m. § 64 II 2 BDG) **dem Rechtsbehelfsführer, einzelne Zulassungsgründe ausdrücklich oder konkludent zu bezeichnen** und ihnen dann jeweils diejenigen Elemente seiner Kritik an der erstinstanzlichen Entscheidung klar zuzuordnen, mit denen er das Vorliegen des jeweiligen Zulassungsgrundes darlegen möchte (OVG Lüneburg aaO; Bader aaO, § 124a Rn 81 m.w.N.).

„Insbesondere ist es **nicht die Aufgabe des Senats, sich aus einem ‚Darlegungs-Gemenge‘ dasjenige herauszusuchen, was sich bei wohlwollender Auslegung den einzelnen Zulassungsgründen zuordnen ließe** (vgl. OVG Lüneburg aaO; Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 124a Rn 58 m.w.N.).“ (OVG Lüneburg aaO).

- III. Ein „Nachschieben“ der Bezeichnung des Berufungszulassungsgrundes nach Ablauf der Darlegungsfrist für die Berufungszulassungsgründe kann dem Zulassungsantrag nicht mehr zur Zulässigkeit verhelfen.

„Die **nachträgliche Klarstellung**, dass sich die ‚Berufung‘ auf ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils stütze, vermag dem Zulassungsantrag nicht mehr zur Zulässigkeit zu verhelfen (vgl. Happ aaO, § 124a Rn 58). Diese Ergänzung ist nämlich **nicht innerhalb der bereits abgelaufenen Darlegungsfrist des § 124a IV 4 VwGO** (i.V. mit § 64 II 2 BDG) vorgenommen worden. Die **Darlegung eines Zulassungsgrundes kann aber nach dem Ablauf der genannten Frist nur insoweit noch ergänzt werden**, als der konkrete Zulassungsgrund bereits in offener Frist den Mindestanforderungen entsprechend dargelegt worden ist (vgl.: Happ, § 124a Rn 53), woran es hier, wie oben ausgeführt, indessen gerade fehlt.“ (OVG Lüneburg aaO).

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

RVG  
§ 5

#### Vertreter des Pflichtverteidigers Gebührenansprüche

RVG

(OLG Celle in NStZ-RR 2009, 158; Beschluss vom 19.12.2008 – 2 Ws 365/08)

Es ist **zulässig**, einen **Rechtsanwalt als Vertreter des Pflichtverteidigers zu bestellen**. In diesem Falle **entstehen die Pflichtverteidigergebühren** gleichwohl aber **insgesamt nur einmal**, so dass der als Vertreter beigeordnete Rechtsanwalt in eigener Person gegen die Staatskasse keinen Vergütungsanspruch geltend machen kann. Der **Vergütungsanspruch steht nur dem bestellten und vertretenen Pflichtverteidiger** zu mit der Folge, dass der jeweilige Aufwand beider Anwälte im Innenverhältnis auszugleichen ist.

„Die **Beordnung als sog. ‚Terminsvertreter‘ ist verfahrensrechtlich zulässig** und hat gebührenrechtlich zur Folge, dass nur ein Pflichtverteidigermandat abzurechnen ist (ebenso schon die bisherige Auffassung der Strafsenate des OLG Celle; KG NStZ-RR 2005, 327 f. und StraFo 2008, 349; OLG Hamm RVG-Report 2007, 71)

Die Vertretung des Pflichtverteidigers durch einen anderen Verteidiger ist nach weitgehend einhelliger Meinung zulässig: Der bestellte Verteidiger kann sich bei vorübergehender Verhinderung mit Genehmigung des Vorsitzenden des erkennenden Gerichts durch einen anderen Rechtsanwalt vertreten lassen (vgl. KG NStZ-RR 2005, 327 und StraFo 2008, 349; OLG Frankfurt NJW 1980, 1703; LR-Lüderssen/Jahn, StPO, 26. Aufl. 2007, § 142 Rn 36; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 142 Rn 15) und der allgemeine Vertreter des beigeordneten Verteidigers i. S. von § 53 BRAO kann die Pflichtverteidigung für den beigeordneten Verteidiger führen (BGH NStZ 1992, 248; NStZ-RR 2002, 12).

Unter dem Blickwinkel des Gebührenrechts gilt nichts anderes: Die Vorschrift des § 5 RVG, die die Vertretung von Rechtsanwälten gebührenrechtlich regelt, nimmt die Vertretung eines Pflichtverteidigers gerade nicht aus dem Regelungsbereich aus, obschon dem Gesetzgeber bei Einführung des RVG bekannt war, dass die Rechtsprechung eine Vertretung auch des Pflichtverteidigers bis dato einhellig für zulässig erachtet hatte. Entsprechend geht die Kommentarlit. ohne weiteres davon aus, dass § 5 RVG auch im Falle der Vertretung des Pflichtverteidigers anwendbar und dass eine solche Vertretung zulässig ist (siehe nur Gerold/Schmidt-Madert, RVG, 18. Aufl., § 5 Rn 21; Hartmann, Kostengesetze, 38. Aufl., Nr. 4100 VV RVG Rn 2, 5).

**Gebührenrechtlich besteht im Fall der Vertretung lediglich ein einziges Mandat zur (Pflicht-)Verteidigung** mit der Folge, dass in diesem Mandat alle **Gebühren nur einmal entstehen** (vgl. dazu die amtliche Begründung zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vom 05.05.2004, BT-Drs. 15/1971 S. 221; s. a. Hartmann aaO, Nr. 4100 VV RVG Rn 5). Für die Abrechnung gelten die in § 5 RVG niedergelegten Grundsätze, für die Tätigkeit des Vertreters entstehen also grundsätzlich dieselben Gebühren, die auch für den vertretenen Pflichtverteidiger angefallen wären.

Im Übrigen neigt der Senat unter Hinweis auf § 5 RVG zu der Auffassung, dass ein als Vertreter beigeordneter Rechtsanwalt in eigener Person gegen die Staatskasse keinen Vergütungsanspruch geltend machen kann: Aus dieser Vorschrift dürfte in der vorliegenden Konstellation folgen, dass der Vergütungsanspruch dem bestellten und vertretenen Pflichtverteidiger zusteht (so auch Gerold/Schmidt-Madert aaO, § 5 Rn 21; a. A. KG StraFo 2008, 349 ohne Begründung) mit der Folge, dass im Hinblick auf sämtliche im Verfahren entstandenen Gebühren der jeweilige Aufwand beider Anwälte für die Wahrnehmung der Verteidigung im Innenverhältnis auszugleichen ist (vgl. Gerold/Schmidt-Madert aaO, § 5 Rn 2). Dies betrifft dann auch die Grund- und die Verfahrensgebühr sowie die Postpauschale.“ (OLG Celle aaO).

RVG  
§§ 15, 44

#### Beratungshilfevergütung Kindesunterhalt und Umgang sind zwei Angelegenheiten

RVG

(LG Mönchengladbach in MDR 2009, 534; Beschluss vom 28.11.2008 – 5 T 313/08)

Leistet ein Rechtsanwalt aufgrund eines einheitlichen Auftrags gleichzeitig Beratungshilfe für die Geltendmachung von Kindesunterhalt und für ein Umgangsrecht betreffend ein nichteheliches Kind, so handelt es sich kostenrechtlich nicht um eine Angelegenheit; demnach ist hierfür zwei Mal Beratungshilfe zu gewähren.

„Nach §§ 44, 15 RVG kann ein Rechtsanwalt die Gebühren in derselben Angelegenheit nur einmal fordern. Ob dieselbe Angelegenheit oder verschiedene Angelegenheiten vorliegen, muss im konkreten Einzelfall nach den gesamten Umständen geprüft werden. Voraussetzungen dafür, ob gebührenrechtlich eine Angelegenheit vorliegt, sind nach h. M., der sich die Kammer in st. Rspr. angeschlossen hat, die Gleichzeitigkeit des Auftrages, die Gleichartigkeit des Verfahrens und ein innerer Zusammenhang.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nach Auffassung der Kammer jedoch nicht gegeben: Zwar ist der Auftrag an Frau Rechtsanwältin X ausweislich des vorgelegten Schriftverkehrs mit dem gegnerischen Verfahrensbevollmächtigten gleichzeitig erfolgt. Auch besteht zwischen den Angelegenheiten ein innerer Zusammenhang, weil Ursache für das Tätigwerden von Frau Rechtsanwältin X zweifelsfrei die Trennung der Eltern, d. h. des Ast. von der Kindesmutter gewesen ist.

Nach Auffassung der Kammer besteht aber im vorliegenden Fall keine Gleichartigkeit des Verfahrens: Aus dem vorgelegten Schriftwechsel ergibt sich, dass sich die Kindeseltern über die Umgangsregelung geeinigt haben. Bezüglich des Unterhaltes sind die Ansprüche des Kindes von dem Ast. mit Jugendamtsurkunde anerkannt und titulierte worden. Beide Angelegenhei-

ten haben also einen unterschiedlichen Verlauf genommen. Da es sich nicht um eine Scheidungssache mit Folgesachen i. S. des § 623 ZPO handelt, wären die Angelegenheiten auch in einem gerichtlichen Verfahren nicht einheitlich behandelt worden. Unterhaltsansprüche des nichtehelichen Kindes sind vor dem ordentlichen Gericht in einem vereinfachten Verfahren oder mit einer Unterhaltsklage geltend zu machen, während für die Regelung des Umgangs zwischen einem Elternteil und dem nichtehelichen Kind das Gericht im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig ist.“ (LG Mönchengladbach aaO).

RVG  
§§ 48 V, 51

### Pauschvergütung Verfahrensverbundung

RVG

(OLG Jena in NSTZ-RR 2009, 160; Beschluss vom 12.06.2008 – 1 AR (S) 13/08)

Ist ein Verteidiger in später verbundenen Verfahren jeweils als Wahlverteidiger tätig und erfolgt die Bestellung zum Pflichtverteidiger erst nach Verbindung der Verfahren, so besteht für die Tätigkeit in den einzelnen Verfahren bis zur Verbindung ein gesonderter Gebührenanspruch.

„Ausgangspunkt für die Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Pauschgebühr vorliegen, sind die gesetzlichen Gebühren des Pflichtverteidigers.

Der Verteidiger war vorliegend in 8 der letztlich 9 verbundenen Strafverfahren bereits vor der erfolgten Pflichtverteidigerbestellung als Wahlverteidiger tätig. Wird in einem solchen Fall der Wahlverteidiger nach Verbindung der Verfahren zum Pflichtverteidiger bestellt, so besteht für die Tätigkeit in den jeweiligen Verfahren ein gesonderter Vergütungsanspruch. Dies ergibt sich aus § 48 V (vgl. Burhoff, RVG, 2. Aufl., § 48 RVG Rn 14, Vorbem. 4 Rn 48; OLG Jena Rpfleger 2004, 313 f.). Dem steht die Regelung in § 48 V 3 RVG nicht entgegen. Die Problematik der Erstreckung im Sinne dieser Vorschrift stellt sich nämlich nur, wenn der Rechtsanwalt in einem von mehreren Verfahren bereits als Pflichtverteidiger beigeordnet ist und zu diesem Verfahren dann weitere Verfahren, in denen er nicht als Pflichtverteidiger beigeordnet ist, hinzuerbunden werden (OLG Hamm NSTZ-RR 2005, 285).“ (OLG Jena aaO).

RVG  
§ 55

### Geschäfts-/Verfahrensgebühr Anrechnung trotz fehlender Gebühreinzahlung

RVG

(OVG Lüneburg in NJW 2009, 1226; Beschluss vom 27.11.2008 – 13 OA 190/08)

Die **Anrechnung der hälftigen Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr** nach Vorbem. 3 IV 1 VV RVG im Rahmen des Vergütungsfestsetzungsverfahrens nach § 55 RVG **hängt nicht davon ab, dass die Geschäftsgebühr tatsächlich gezahlt wurde.**

Dies **gilt unabhängig davon, ob die dem gerichtlichen Verfahren vorangegangene außergerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts im Wege der Beratungshilfe hätte vorgenommen werden können oder nicht**; nur bei tatsächlicher Inanspruchnahme von Beratungshilfe richtet sich die Anrechnung der (dann geringeren) Geschäftsgebühr nicht nach Vorbem. 3 IV 1 VV RVG, sondern nach Nr. 2503 II VV RVG.

„Nach Vorbem. 3 IV 1 VV RVG wird eine Geschäftsgebühr nach den Nr. 2300 bis 2303 VV RVG zur Hälfte, jedoch höchstens mit einem Gebührensatz von 0,75, auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens angerechnet, soweit die Geschäftsgebühr wegen desselben Gegenstands entstanden ist. Bei Entstehung mehrerer Gebühren ist nach Satz 2 dieser Bestimmung die zuletzt entstandene Gebühr maßgebend.

Wenn ein Rechtsanwalt seine vorprozessualen Tätigkeiten nicht im Rahmen der Beratungshilfe vornimmt, obwohl dies nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen seines Mandanten möglich wäre, kann er im späteren Vergütungsfestsetzungsverfahren nach § 55 RVG nicht mit Erfolg auf die fehlende Realisierbarkeit der dann entstandenen regulären Geschäftsgebühr verweisen: Er hätte vielmehr seinen Mandanten auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Beratungshilfe hinweisen müssen, um die Anwendbarkeit von Vorbem. 3 IV 1 VV RVG und damit die hälftige Anwendung der regulären Geschäftsgebühr zu verhindern. Der Mandant hat bei vorprozessualer Tätigkeit dann grds. lediglich die Beratungshilfegebühr nach Nr. 2500 VV RVG zu tragen, während der Rechtsanwalt die Geschäftsgebühr nach Nr. 2503 VV RVG in Höhe von 70 Euro aus der Staatskasse erhält (§ 44 RVG). Im späteren Vergütungsfestsetzungsverfahren nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe in einem der vorprozessualen Tätigkeit unmittelbar nachfolgenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren werden dann nach der gegenüber Vorbem. 3 IV 1 VV RVG spezielleren Anrechnungsbestimmung der Nr. 2503 II VV RVG nur 35 Euro auf die Verfahrensgebühr angerechnet. In dieser Konstellation ist ausgeschlossen, dass die anzurechnende hälftige Geschäftsgebühr die Verfahrensgebühr bereits übersteigt.

Für den Personenkreis der zwar prozesskostenhilfeberechtigten Personen, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen aber nicht beratungshilfeberechtigt sind (vgl. dazu § 1 II BerHG), sehen die gesetzlichen Bestimmungen keine Sonderregelungen vor: In diesen Fällen bleibt es bei der Anwendbarkeit der Anrechnungsbestimmung in Vorbem. 3 IV 1 VV RVG, wobei auf die reguläre Geschäftsgebühr nach der Tabelle in § 13 I RVG abzustellen ist. Eine andere Sichtweise hätte zur Folge, dass das Ausfallrisiko bei einer entstandenen regulären Geschäftsgebühr (teilweise) der Staatskasse aufgebürdet würde. Zudem **würde dann über die Prozesskostenhilfe mittelbar** - nämlich in Folge einer geringeren Anrechnung - **die vorprozessuale Tätigkeit des Anwalts aus der Staatskasse finanziert, obwohl gerade keine Beratungshilfeberechtigung besteht.**“ (OVG Lüneburg aaO).

RVG  
§ 55

### Prozesskostenhilfe Kürzung der Verfahrensgebühr

RVG

(OLG Hamm in OLGR 2009, 220; Beschluss vom 28.01.2009 – 6 WF 426/08)

Auch bei der Vergütungsfestsetzung des im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordneten Rechtsanwalts ist die **Verfahrensgebühr entsprechend zu kürzen**, wenn die Voraussetzungen der Anrechnungsvorschrift vorliegen.

„Denn die Verfahrensgebühr entsteht dann von vorneherein nur in gekürzter Höhe, so dass sie nicht in voller Höhe festgesetzt werden kann. Dies **gilt unabhängig von der Bewilligung von Prozesskostenhilfe**, denn der im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordnete Rechtsanwalt erhält - vorbehaltlich der Sonderregelungen in Abschnitt 8 des RVG - gem. § 45 I RVG die gesetzliche Vergütung. Er **soll also gegenüber dem nicht im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordneten Rechtsanwalt nicht besser gestellt werden. Sondervorschriften**, welche der genannten Anrechnungsvorschrift vorgehen würden, **enthalten die §§ 45 RVG nicht**. Der in diesem Zusammenhang teilweise zitierte **§ 58 II RVG ist insoweit nicht einschlägig**, da er die Frage der Verrechnung von Vorschüssen und Zahlungen betrifft, während es hier um die vorgelagerte Frage der Entstehung des Gebührenanspruchs geht. Auch steht § 122 I Nr. 3 ZPO der Anrechnung nicht entgegen, weil diese Forderungssperre nur die nach der PKH-Bewilligung entstehende Vergütung betrifft, während die Geschäftsgebühr bereits zuvor durch die vorgerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts für seinen Mandanten entstanden ist.“ (OLG Hamm aaO).

**VV RVG** **Anwaltswechsel** **RVG**  
**Vorbem. 3 IV** **keine Anrechnung der Geschäfts- auf die Verfahrensgebühr**  
 (OLG München in NJW 2009, 1220; Beschluss vom 25.11.2008 – 11 W 1558/08)

Die **teilweise Anrechnung der vorgerichtlich entstandenen Geschäftsgebühr auf die im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren entstandene Verfahrensgebühr nach Vorbem. 3 IV VV RVG kann nur dann erfolgen, wenn derselbe Rechtsanwalt oder dieselbe Sozietät vorgerichtlich gegenüber dem späteren Prozessgegner tätig geworden ist**. Kommt es nach Beendigung der außergerichtlichen Tätigkeit zu einem Anwaltswechsel, greift die Anrechnungsvorschrift nicht ein.

- I. Die Anrechnung der Geschäftsgebühr gem. der Vorb. 3 IV VV RVG kann jedoch nur dann erfolgen, wenn derselbe Rechtsanwalt oder dieselbe Sozietät vorgerichtlich gegenüber dem späteren Prozessgegner tätig geworden ist. Wenn es dagegen **nach Beendigung der außergerichtlichen Tätigkeit zu einem Anwaltswechsel** kommt, **greift die Anrechnungsvorschrift nicht ein** (Hansens RVG-Report 2007, 241; Onderka/N. Schneider, AnwKomm-RVG, 4. Aufl., VV Vorbem. 3 Rn 212).

„Die **Anrechnung gem. Vorb. 3 IV VV RVG hat nämlich ihren Grund darin, dass der schon vorprozessual mit der Sache befasste und hierfür vergütete Prozessbevollmächtigte im Hinblick auf den erfahrungsgemäß geringeren Einarbeitungs- und Vorbereitungsaufwand nur eine gekürzte Vergütung zugebilligt erhalten sollte** (BGH NJW 2008, 1323 = AnwBl 2008, 378; Gesetzesbegr. zum Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Dr 15/1971, S. 209). Diese Umstände kommen jedoch gerade nicht zum Tragen, wenn nicht derselbe Rechtsanwalt bereits außergerichtlich tätig geworden ist.“ (OLG München aaO).

- II. Die Anrechnung kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass gem. **§ 91 II 2 ZPO** grds. **nur die Kosten eines Rechtsanwalts erstattungsfähig** sind.

„Es trifft zwar zu, dass **Mehrkosten**, die durch einen nicht notwendigen Anwaltswechsel entstanden sind, **grundsätzlich nicht erstattungsfähig** sind. Die **Vorschrift des § 91 II 2 ZPO bezieht sich jedoch nur auf einen Anwaltswechsel innerhalb des gerichtlichen Verfahrens** (Hansens RVG-Report 2007, 243). Im vorliegenden Fall sind die Kl. jedoch während des gesamten Rechtsstreits von denselben Prozessbevollmächtigten vertreten worden. Die vorprozessual zur Anspruchsabwehr oder zur Geltendmachung eines Anspruchs angefallenen Anwaltsgebühren zählen nicht zu den Prozesskosten und können demzufolge auch nicht Gegenstand einer Kostenfestsetzung nach den §§ 103ff. ZPO sein (BGH NJW 2008, 1323; NJW 2006, 2560).“ (OLG München aaO).

**VV RVG** **Hausratsache** **RVG**  
**Nr. 3104** **Terminsgebühr auch ohne mdl. Verhandlung**  
 (KG in FamRZ 2009, 720; Beschluss vom 30.10.2008 – 19 WF 194/08)

Die **Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV RVG entsteht auch dann, wenn in einem Verfahren**, für das die mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist – wie hier vorliegend das Hausratverfahren-, **im Einverständnis mit den Parteien oder gem. §§ 307, 395a ZPO ohne mündliche Verhandlung entschieden wird**.

„Gem. Abs. 1 Nr. 1 dieses Gebührentatbestandes entsteht die Gebühr auch, wenn in einem Verfahren, für das mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, **im Einverständnis mit den Parteien oder gem. §§ 307 oder 395 a ZPO ohne mündliche Verhandlung entschieden wird**. Nach der **Rspr. des BGH** (NJW 2003, 3133; NJW 2006, 2495), von der abzuweichen keine Veranlassung besteht, ist dieser Tatbestand auf den Fall entsprechend anwendbar, dass in Wohnungseigentumsverfahren nach § 44 WEG (in der bis 30.06.2007 geltenden Fassung) eine mündliche Verhandlung nicht durchgeführt worden ist. Rechtfertigung dafür ist, dass in diesen Verfahren in der Regel ebenso wie in den in Nr. 3104 VV RVG angeführten Verfahren mündlich zu verhandeln war.

Eine **vergleichbare Rechtslage** besteht gem. § 13 II HausratsVO, der eine mit § 44 I WEG a. F. wörtlich übereinstimmende Regelung enthält. Auch danach soll der Richter mit den Beteiligten in der Regel mündlich verhandeln. Nur in wirklichen Ausnahmefällen darf der Richter nach pflichtgemäßem Ermessen von einer mündlichen Verhandlung absehen. Sowohl **Wortlaut wie Auslegung beider Vorschriften rechtfertigen daher eine übereinstimmende (kosten-rechtliche) Behandlung**.“ (KG aaO).

**ZPO** **Prozesskostenhilfe** **RA/Nt**  
**§ 114** **auch für Aufhebung einer Scheinehe**

(OLG Saarbrücken in FamRZ 2009, 626; Beschluss vom 15.09.2008 – AnwZ (B) 78/07)

**Auch für die Aufhebung oder Scheidung einer Scheinehe ist Prozesskostenhilfe zu bewilligen.**



- I. **Voraussetzung für den Aufhebungsgrund der sog. Scheinehe** ist, dass beide Ehepartner bei der Ehe darüber einig waren, die sich aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft nach § 1353 I BGB ergebenden Pflichten nicht erfüllen zu wollen (Erman/Roth, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1314 Rn 12; Thorn in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2007, § 1314 Rn 30 f.).

„Nach ihrem Wortlaut lässt sich die Norm insbesondere nicht etwa auf den Fall der sog. Aufenthaltsehe, bei der die Ehe lediglich zur Erschleichung von Aufenthaltsberechtigungen eingegangen wird, reduzieren. Beabsichtigen die Parteien - wie hier vorgetragen - jedenfalls von vornherein und insgesamt keinen Vollzug und keine Führung der Ehe, verneinen sie die gesetzlich vorgesehenen Ehepflichten umfassend, ohne dass es vorliegendenfalls einer abschließenden Entscheidung darüber bedürfte, inwiefern die Verneinung einzelner Pflichten, die über den Kernbereich von Beistand, Hilfe, Fürsorge und Rücksichtnahme (s. hierzu BGHZ 149, 140; Erman/Roth, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1314 Rn 12a) hinausgehen, für den Tatbestand der Scheinehe erforderlich ist.“ (OLG Saarbrücken aaO).

- II. **Der Antrag auf Aufhebung der Ehe stellt auch eine zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Maßnahme dar.**

„Da **auch die nicht ernst gemeinte Ehe grds. gültig** ist, wie sich aus § 1310 BGB und einem Umkehrschluss aus § 1314 I Nr. 5 BGB ergibt, **bedarf es der Aufhebung der Ehe zur Beseitigung der Ehefolgen**. Auch eine verständige, vermögende Partei könnte nur mit dem Antrag auf Aufhebung der Ehe die Ehwirkungen beseitigen.“ (OLG Saarbrücken aaO).

- III. Die **beabsichtigte Rechtsverfolgung** kann auch **nicht** aufgrund einer Gesamtschau des Eheaufhebungsantrags in Verbindung mit den Umständen der Eingehung der Ehe als **mutwillig** angesehen werden: Die - hauptsächlich im Hinblick auf sog. Aufenthaltsehen diskutierte - Frage nach der Mutwilligkeit der Aufhebung von Scheinehen ist umstritten.

- **Teilweise** wird angenommen, die Beantragung von Prozesskostenhilfe zur Aufhebung oder Scheidung einer Scheinehe sei mutwillig.

OLG Köln FamRZ 1984, 278; OLG Stuttgart FamRZ 1992, 195; Kalthoener/Büttner/Wrobel-Sachs, Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe, 4. Aufl. 2005, Rn 464

- Eine **verbreitete Mindermeinung** gelangt im Ergebnis ebenfalls zur Verweigerung von Prozesskostenhilfe mit der Begründung, es liege Rechtsmissbrauch vor, weil der Ast. mit der Rechtsordnung Missbrauch treibe. Denn der Staat billige die Scheinehe nicht.

OLG Koblenz FamRZ 2004, 548; OLG Naumburg FamRZ 2004, 548; Zimmermann, Prozesskostenhilfe in Familiensachen, 1997, Rn 202; zurückhaltender jedoch Zimmermann, Prozesskostenhilfe - insbesondere in Familiensachen, 3. Aufl. 2004, Rn 202

- Demgegenüber wird teilweise generell angenommen, die Eingehung einer Scheinehe stehe der Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Aufhebung der Ehe nicht entgegen, denn einer armen Partei dürfe nicht die Möglichkeit genommen werden, die Aufhebung der Scheinehe zu erreichen, wenn die erforderlichen wirtschaftlichen Verhältnisse für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe gegeben sind.

OLG Köln OLGR 2008, 382; OLG Naumburg OLGR 2008, 578

- Die **wohl h. M.** stellt darauf ab, ob sich der Antragsteller selbst bedürftig gemacht habe, etwa indem er eine für die Eingehung der Scheinehe empfangene Gegenleistung nicht für die spätere Scheidung zurückgelegt hat.

BGH NJW 2005, 2781; insofern aufrecht erhalten in BGH WM 2006, 2310; OLG Frankfurt FamRZ 2004, 1882; OLG Frankfurt OLGR 2006, 498; OLG Hamm FamRZ 2001, 1081; diese Rspr. unbeanstandet lassend auch BVerfGE 67, 251

Auch **OLG Rostock** stellt nicht auf den Rechtsmissbrauch oder den Mutwillen als solchen ab, sondern auf die Frage, ob eine Partei als bedürftig anzusehen ist, wenn es ihr möglich und zumutbar gewesen wäre, Rücklagen für den vorhersehbaren Scheidungsantrag zu bilden.

OLG Rostock FamRZ 2007, 1335; s. auch OLG Rostock OLGR 2007, 179

- III. **OLG Saarbrücken aaO schließt sich der Auffassung des BGH an.**

„Dieser hat ausgeführt: „Wenn die Rechtsordnung die zu ehefremden Zwecken geschlossene Ehe als wirksam ansieht, stellt ein Scheidungsbegehren die einzige Möglichkeit zur Auflösung einer solchen Ehe dar. Bereits das spricht dagegen, das Prozesskostenhilfegesuch als rechtsmissbräuchlich anzusehen. Aus diesen Erwägungen ergeben sich zugleich Bedenken gegen die Beurteilung der beabsichtigten Rechtsverfolgung als mutwillig.“ (OLG Saarbrücken aaO).

BerHG  
§ 4 I

**Beratungshilfe**  
Rechtsmittel

RA/Nt

(OLG Düsseldorf in OLGR 2009, 188; Beschluss vom 14.10.2008 – II-10 WF 13/06)

Über eine **Erinnerung gegen die Festsetzung von Beratungshilfengebühren** hat das **allgemein zuständige Amtsgericht** nach § 4 I BerHG zu entscheiden und über eine **gegen die Erinnerungsentscheidung eingelegte Beschwerde** gem. § 72 GVG das **Landgericht** als nächst höheres Gericht.

„Zuständig für die Entscheidung ist an sich gem. § 33 IV 2 RVG das Landgericht als nächst höheres Gericht. Das **Verfahren der Vergütungsfestsetzung im Rahmen der Beratungshilfe gehört nicht zu den Familiensachen i. S. des § 23 b I 2**

*GVG, fällt daher nicht in die Zuständigkeit des Familiengerichts. Über eine Erinnerung gegen die Festsetzung hat das allgemein zuständige Amtsgericht nach § 4 I BerHG zu entscheiden und über eine gegen die Erinnerungsentscheidung eingelegte Beschwerde gem. § 72 GVG das Landgericht als nächst höheres Gericht (vgl. BGH NJW 1985, 2537).“ (OLG Düsseldorf aaO).*

GKG

§ 3 II KV Nr. 5111

**Gebührenermäßigung****Klagerücknahme nach mdl. Verhandlung**

RA/Nt

(VG Schleswig in NVwZ-RR 2009, 312; Beschluss vom 22.10.2008 – 9 A 339/05)

Eine **Klagerücknahme nach Schluss der mündlichen Verhandlung löst eine Gebührenermäßigung aus**, wenn

- die **mündliche Verhandlung wieder eröffnet** wird oder
- jedenfalls die **Notwendigkeit einer nochmaligem mündlichen Verhandlung** erkennbar ist.

*„Maßgeblich für die Annahme dieses - auch in den anderen Gerichtsbarkeiten geltenden - Ermäßigungstatbestandes ist nicht allein sein Wortlaut, sondern vor allem sein Sinn und Zweck unter Berücksichtigung der Systematik der Prozessordnungen.*

*Grds. endet die mündliche Verhandlung gem. § 104 III VwGO, wenn der oder die Vorsitzende die mündliche Verhandlung schließt, nachdem die Streitsache erörtert ist und weder das Gericht noch die Beteiligten weitere Fragen stellen oder Erklärungen abgeben wollen. Von diesem Zeitpunkt an verlieren die Beteiligten ihr Recht auf weiteres Vorbringen, soweit ihnen nicht noch gem. § 173 VwGO i. V. m. § 283 ZPO eine Schriftsatzfrist eingeräumt worden ist. Bei Bedarf kann das Gericht die mündliche Verhandlung bis zum Erlass des Urteils allerdings jederzeit wieder eröffnen (Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl., § 104 Rd. 8 ff.). Dementsprechend wird der Schluss der mündlichen Verhandlung von den entsprechenden Regelungen des Prozessrechts zeitlich verschoben, soweit es etwa um die Frage von Parteierklärungen, ihre Rechtzeitigkeit oder eine Präklusionswirkung geht. **Zweck des Ermäßigungstatbestandes** ist es im Übrigen, einen Anreiz zur Minimierung des verbleibenden richterlichen Arbeitsaufwands zu schaffen (BT-Drs. 15/1971 S. 159, 172). Solange die **Phase der Urteilsabfassung noch nicht begonnen hat und der richterliche Arbeitsaufwand noch demjenigen bei Klagerücknahme in der mündlichen Verhandlung entspricht**, soll folglich auch eine Kostenprivilegierung erfolgen. Es reicht von daher aus, wenn die Klagerücknahme noch vor dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung erfolgt, also vor Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die die Endentscheidung ergeht. Eine solche letzte mündliche Verhandlung liegt (noch) nicht vor, wenn nach deren Schluss eine Wiedereröffnung erfolgt oder wenn sich jedenfalls aus der Aktenlage die Notwendigkeit einer nochmaligen mündlichen Verhandlung ergibt, etwa weil nach der mündlichen Verhandlung nur ein Beweisbeschluss verkündet oder der Verkündungstermin aufgehoben und ein neuer Verhandlungstermin anberaumt wird (OLG München NJW-RR 1997, 639; bestätigt in MDR 2000,; Hartmann, Kostengesetze, 37. Aufl., Rn 5 zu Nr. 1211 in Teil 1 des Kostenverzeichnisses zu § 3 Abs. 2 GKG m. w. N.).“ (VG Schleswig).*

## Aus der Praxis

UWG  
§§ 3, 5, 8

### Werbung mit DEKRA-Zertifikat unzulässig

RA/Nt

(LG Köln in BRAK-Mitt. 2009, 91; Urteil vom 03.02.2009 – 33 O 353/08)

Die Werbung von Rechtsanwälten mit einer „DEKRA-Zertifizierung“ ist unzulässig.

„Eine Werbung ist irreführend i. S. von § 5 I UWG, wenn das Verständnis, das sie bei den Verkehrskreisen erweckt, an die sie sich richtet, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt. Für diese Beurteilung ist der Gesamteindruck der Werbung maßgeblich; es sind alle Bestandteile zu berücksichtigen. Dabei ist auf das Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen Adressaten der streitgegenständlichen Werbung abzustellen, der die Werbung mit einer der Situation entsprechend angemessenen Aufmerksamkeit zur Kenntnis nimmt (vgl. dazu BGH WRP 2005, 474 – ‚Direkt ab Werk‘; BGH WRP 2005, 480 – ‚Epson-Tinte‘).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist die Verwendung des von den Ag. vergebenen Zertifikats in der konkreten in dem beanstandeten Schreiben wiedergegebenen Form in der werblichen Präsentation von Rechtsanwälten irreführend. Unstreitig sind nämlich die **Prüfungsbedingungen**, die Rechtsanwälte für den Erwerb des Zertifikats erfüllen müssen, allein von den Ag. unter fachlicher Beteiligung von Hochschullehrern **nach eigenem Gutdünken aufgestellt** worden. **Dies offenbart das** von den geprüften Rechtsanwälten zu verwendende **Zertifikat** in seiner konkreten Form **nicht**. Vielmehr **suggeriert es den angesprochenen Verkehrskreise, dass das DEKRA-Siegel dem damit werbenden Anwalt auf der Grundlage neutralen, allgemein anerkannter Prüfungsbedingungen unter Beteiligung der betroffenen Fachkreise (hier: der Anwaltschaft) erteilt** worden ist.

Dies folgt aus dem Zusammenwirken mehrerer in dem Zertifikat enthaltener werblicher Hinweise (wird ausgeführt).

Die Ag. **fördern durch die Vergabe ihres Zertifikats** zur werblichen Verwendung durch Rechtsanwälte jedenfalls **auch deren Wettbewerb**, so dass die Ast. als Mitbewerber der so geförderten Anwälte sie - die Ag. - zu Recht auf Unterlassung in Anspruch nehmen.“ (LG Köln aaO).

RVG  
§ 4 I 1

### Honorarvereinbarung Wirksamkeit

RVG

(OLG Düsseldorf in OLGR 2009, 226; Urteil vom 11.11.2008 – I-24 U 36/08)

Eine vor dem 01.07.2008 durch Telefax getroffene Vergütungsvereinbarung ist unwirksam.

- I. Die **Unwirksamkeit** eines solchen Honorarversprechens **beruht auf § 4 I 1 RVG** (in der hier noch maßgeblichen, seit dem 01.07.2004 geltenden Fassung, künftig: RVG a. F.), der vorschreibt, dass es nur verbindlich ist, wenn der Mandant es dem Rechtsanwalt in Schriftform (§ 125 BGB) erteilt.

„Die **Übermittlung per Telefax erfüllt nicht die Schriftform** (vgl. OLG Hamm OLGR 2006, 336 = MDR 2006, 1139), **sondern allenfalls die Textform** (§ 126b BGB). Erst durch die seit dem 01.07.2008 in Kraft getretene und deshalb hier nicht anwendbare Gesetzesfassung (§ 4 I 1 RVG n. F.) ist das Schriftformerfordernis abgeschwächt und durch die Textform ersetzt worden.

**Sinn und Zweck von § 4 I 3 RVG a. F.** sind es, den Mandanten, der bei der Leistung einer vereinbarten Honorarzahlung positiv weiß, dass sie die gesetzliche Vergütung überschreitet, und dessen vorbehaltloser und freier Wille es ist, dass der Rechtsanwalt diesen Mehrbetrag erhalten soll, nicht zu schützen (vgl. BGH NJW 2003, 819; NJW 2004, 2818). Ob ein vereinbartes Zeithonorar die gesetzliche Vergütung überschreitet, ergibt sich aus einem Vergleich der gesamten gesetzlichen Vergütung mit dem gesamten vereinbarten Zeithonoraraufwand (künftig: Gebührenüberschreitung). Eine solche Vergleichsrechnung ist erst dann möglich, wenn sich die Höhe der gesetzlichen Vergütung ermitteln lässt, also regelmäßig erst nach dem Ende der Tätigkeit des Rechtsanwalts. Von diesem Verständnis geht auch die Bestimmung des § 4 I 1 RVG a. F. aus, wie bereits deren Wortlaut belegt. Denn sie zielt bei einem Schriftformverstöß gerade nicht von vornherein auf die vollständige Nichtigkeit der Honorarabrede oder gar des Anwaltsvertrags ab. Vielmehr erklärt die Vorschrift zum Schutz des Auftraggebers und im Interesse einer klaren Sach- und Beweislage nur die Honorarvereinbarung insofern für unwirksam, als die in Rede stehende Vergleichsrechnung zu einer Gebührenüberschreitung führt (vgl. BGH NJW 2004, 2818 zur Vorgängernorm des § 3 I 1 BRAGO; ebenso schon BGH NJW RR 2001, 493 zu dem rechtsähnlichen § 4 I StBGebV).“ (OLG Düsseldorf aaO).

- II. Die **Unwirksamkeit der Zeithonorarvereinbarung hat allerdings nicht zur Konsequenz, dass dem Rechtsanwalt für seine Leistung gar kein Honorar zusteht**; ihm steht vielmehr das **gesetzliche Honorar** zu.

„Der Senat vertritt in st. Rspr. die Auffassung, dass der Rechtsanwalt, der auf der Grundlage einer unwirksamen Abrede Honorar in einer Höhe verlangt, das die gesetzlichen Gebühren überschreitet, nicht die Abrechnung des gesetzlichen Honorars entbehrlich macht, wenn er dieses (hilfsweise) beansprucht (vgl. OLG Düsseldorf MDR 2000, 420; MDR 2004, 58 = AnwBl 2004, 128; vgl. auch BGH NJW 1971, 2227; NJW 2002, 2774).

Zwar sind das vereinbarte und das gesetzliche Honorar nicht prozessual verschiedene Ansprüche (BGH NJW 2002, 2774; NJW 2004, 1169); denn sie beruhen auf einer und derselben anwaltlichen Leistung. Das gesetzliche Honorar kann aber nicht allein deshalb gefordert werden, weil die Leistung erbracht und gemäß § 8 RVG fällig geworden ist. Vielmehr ist darüber eine nachvollziehbare Leistungsabrechnung erforderlich, wie sie durch das Gesetz vorgeschrieben ist (§ 10 Abs. 2 RVG). Da sich die Abrechnung des vereinbarten Honorars nach Inhalt und Umfang ganz wesentlich von der Abrechnung des gesetzlichen Honorars unterscheidet (Gerold/Schmidt/Madert, RVG, 18. Aufl., § 10 Rn 11), kann dem Rechtsanwalt, der das nach seiner Meinung wirksam vereinbarte Honorar einklagt, nicht die (wenigstens hilfsweise zu erteilende) Abrechnung des gesetzlichen Honorars erspart werden, wenn er nicht das Risiko einge-

hen will, mit seiner Klage abgewiesen zu werden (OLG Düsseldorf MDR 2004, 58 = AnwBl 2004, 128). Eine solche Abrechnung muss nicht förmlich in Gestalt einer Rechnung erfolgen. Sie kann in einem vom Rechtsanwalt unterzeichneten prozessualen Schriftsatz enthalten sein (OLG Düsseldorf MDR 2000, 420; BGH NJW 2002, 2774), etwa in Gestalt eines echten Hilfsvorbringens oder als Anlage zu einem solchen Schriftsatz (BGH NJW 2002, 2774), etwa in Gestalt einer „Vergleichsrechnung“, die dazu dienen soll, die vom Mandanten (etwa auch) geleugnete Angemessenheit des vereinbarten Honorars darzustellen; vom Rechtsanwalt, der der Überzeugung ist, dass von ihm verlangte Honorar sei wirksam vereinbart worden, kann nicht erwartet werden, dass er dem Mandanten gegen seine Überzeugung eine förmliche Rechnung über das gesetzliche Honorar erteilt. Dem geschützten Interesse des Mandanten, in gesetzlicher Weise über das ersatzweise in Betracht kommende gesetzliche Honorar unterrichtet zu werden, kann auch auf die vorbeschriebene Weise entsprochen werden. Entscheidend ist, dass die Mitteilung die in § 10 Abs. 2 RVG vorgeschriebenen Merkmale enthält.“ (OLG Düsseldorf aaO).

InsO	<b>Prozessvollmacht</b>	InsO
§ 117 I 1	<b>Fortbestehen nach Verfahrensunterbrechung wegen Insolvenzeröffnung</b>	
	(BAG in DB 2009, 797; Urteil vom 26.06.2008 – 6 AZR 478/07)	

Eine vom **Insolvenzschuldner** einem Rechtsanwalt erteilte **Prozessvollmacht** wirkt auch im Falle der Verfahrensunterbrechung **nach Insolvenzeröffnung fort**.

- I. Nach **§ 117 I InsO** erlischt allerdings grds. eine vom Schuldner erteilte Vollmacht, die sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen bezieht, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Das gilt auch für entsprechende Prozessvollmachten (MüKo-InsO/Ott/Vuia, 2. Aufl., § 117 Rn 8; HK/InsO/Marotzke, 4. Aufl., § 117 Rn 5).

„Vorliegend hat jedoch die Vollmacht des Prozessbevollmächtigten des Bekl. in Bezug auf die Einlegung der Berufung fortbestanden, weil der **unterbrochene Rechtsstreit sachlich nicht weiterbetrieben** wurde.

Nach **§ 80 I InsO** geht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über. Damit verliert der Schuldner grundsätzlich auch die Prozessführungsbefugnis in Bezug auf das insolvenzbefangene Vermögen (Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 80 Rn 8). Da der **Schuldner** im Falle eines gegen § 240 ZPO verstoßenden Urteils **jedoch noch prozessführungsbefugt und berechtigt ist, das gegen § 240 ZPO verstoßende Urteil zu beseitigen**, hat er - ebenso wie der Insolvenzverwalter nach § 80 I InsO - auch das Recht, einen Anwalt mit der Rechtsmitteleinlegung zu beauftragen und diesem eine entsprechende Prozessvollmacht zu erteilen. An dieser Rechtslage hat der neu in die Insolvenzordnung eingefügte § 117 InsO nichts geändert. Wenn der Insolvenzschuldner aber einen Anwalt mit der Rechtsmitteleinlegung zur Beseitigung eines gegen § 240 ZPO verstoßenden Urteils beauftragen kann, ist kein Grund dafür ersichtlich, für solche Fallkonstellationen eine bereits bestehende Prozessvollmacht nicht als fortbestehend zu behandeln. Es bedeutete eine bloße Förmerei, vom Schuldner die Erteilung einer neuen Vollmacht zu fordern.“ (BAG aaO).

- II. Eine solche **einschränkende Auslegung** des § 117 I InsO ist mit dem **Sinn und Zweck der Vorschrift vereinbar**.

„Die Regelung wurde in die Insolvenzordnung aufgenommen, weil der Fortbestand von Vollmachten über den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung hinaus die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters beeinträchtigen kann (Regierungsentwurf BT-Dr 12/2443, S. 151). Dieser Sinn und Zweck zeigt gleichzeitig die **Grenzen des § 117 I InsO** auf (BFHE 219, 129 = DStR 2008, 237). Der Fortbestand der Prozessvollmacht berührt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nicht in rechtserheblicher Weise, wenn die Prozessvollmacht ebenso wie die Prozessführungsbefugnis auf das Rechtsmittel gegen ein während der Unterbrechung ergangenes Urteil beschränkt ist. Die **Prozessvollmacht dient lediglich dazu, den gesetzmäßigen Zustand wieder herzustellen** (vgl. in Bezug auf die Prozessführungsbefugnis BAG NZA 2002, 352 = NJOZ 2002, 692 = ZInsO 2001, 727; RGZ 64, 361). Der Insolvenzverwalter bleibt seinerseits befugt, das gesetzwidrig ergangene Urteil selbst mit Rechtsmitteln anzugreifen (BAG NZA 2002, 352 = NJOZ 2002, 692; ebenso zur Konkursordnung BGH NJW 1997, 1445). Sofern der Insolvenzverwalter gegen das gesetzwidrig ergangene Urteil nicht oder noch nicht Rechtsmittel einlegen möchte, kann der Schuldner dem Insolvenzverwalter vorgreifen (vgl. Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 10 Rn 65). Hierin liegt jedoch keine erhebliche Beeinträchtigung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters, weil der Wille des Insolvenzverwalters, einen gesetzwidrigen Zustand aufrecht zu erhalten, nicht schutzwürdig ist.“ (BAG aaO).

- III. Die Auffassung, nach § 117 I InsO sei die Prozessvollmacht erloschen und könne vom Insolvenzschuldner auch nicht mehr neu erteilt werden, würde demgegenüber dazu führen, dass die **höchstrichterliche Rspr. zur Prozessführungsbefugnis des Schuldners ausgehöhlt** wird.

„Denn der Insolvenzschuldner kann ohne bevollmächtigten Rechtsanwalt mangels eigener Postulationsfähigkeit weder im Zivilrechtsweg noch im arbeitsgerichtlichen Verfahren ein zulässiges Rechtsmittel einlegen (§ 78 I ZPO, § 11 II ArbGG). Der Hinweis, der Prozessbevollmächtigte des Insolvenzschuldners könne vom Insolvenzverwalter nach Insolvenzeröffnung erneut bevollmächtigt werden, berücksichtigt die **Interessen des Insolvenzschuldners** nur unzureichend. Der Schuldner ist durch ein gegen ihn während der Unterbrechung des Verfahrens zu Unrecht ergangenes Urteil in seiner Rechtsstellung verletzt und gerade deswegen prozessführungsbefugt. Er muss daher die Möglichkeit haben, dieses Urteil zu beseitigen, ohne auf das Wohlwollen des Insolvenzverwalters angewiesen zu sein. Verweist man den Insolvenzschuldner auf den Insolvenzverwalter, wird die Prozessführungsbefugnis des Schuldners sinnentleert. Er wäre in ähnlicher Weise auf die Mitwirkung des Insolvenzverwalters angewiesen, wie wenn die Prozessführungsbefugnis ausschließlich dem Insolvenzverwalter zustünde.“ (BAG aaO).

InsO	<b>Restschuldbefreiung</b>	RA/Nt
§§ 290 I, 289 II	<b>Auskunftspflichtverletzung ohne Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung</b>	
	(BGH in NZI 2009, 253; Beschluss vom 08.01.2009 – IX ZB 73/08)	

Die **Versagung der Restschuldbefreiung wegen Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten** des Schuldners **verlangt nicht, dass eine konkrete Beeinträchtigung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger gegeben ist.**

- I. Der **BGH** hat die Frage eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Beeinträchtigung der Gläubigerbefriedigung im Versagungsstatbestand des § 290 I Nr. 5 InsO bislang nicht abschließend beantwortet. Zwar hat der BGH (NJW 2003, 2167 = NZI 2003, 389 = ZInsO 2003, 413) ausgeführt, § 290 I Nr. 5 InsO enthalte neben dem Erfordernis einer objektiven Pflichtverletzung und den subjektiven Verschuldensanforderungen (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen für die Versagung. In späteren Entscheidungen hat er diese Frage jedoch offengelassen (BGH NJW-RR 2004, 1639 = NZI 2004, 633 = ZInsO 2004, 920; BGH ZInsO 2007, 96).
- II. In der **instanzgerichtl. Rspr. und im Schrifttum** wird die Frage unterschiedlich beantwortet:
  - **Teilweise** wird verlangt, die Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten müsse zu einer Verminderung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger geführt haben.  
AG Memmingen ZInsO 2004, 52; Ahrens, in: Frankfurter Komm. z. InsO, 4. Aufl., § 290 Rn 7
  - Ganz **überwiegend** wird vertreten, für den Versagungsgrund sei unerheblich, ob sich die Pflichtverletzung zum Nachteil der Gläubiger ausgewirkt habe.  
LG Mönchengladbach ZInsO 2003, 955; AG Hamburg NZI 2001, 46 = ZInsO 2001, 330; AG Leipzig ZVI 2007, 143; AG Oldenburg ZVI 2007, 34; AG Oldenburg ZInsO 2001, 1170; AG Wetzlar NZI 2007, 57; Graf-Schlicker/Kexel, InsO, § 290 Rn 22; Streck, in: Hamburger Komm. z. InsolvenzR, § 290 Rn 35; Landfermann, in: Heidelberger Komm. z. InsO, 5. Aufl., § 290 Rn 29; Hess, InsO, 2007, § 290 Rn 91; Stephan, in: MünchKo-InsO, 2. Aufl., § 290 Rn 74; Wenzel, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 290 Rn 20a; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 12. Aufl., § 290 Rn 70; Mohrbutter/Ringstmeier/Pape, Hdb. d. Insolvenzverwaltung, 8. Aufl., § 17 Rn 53; nicht eindeutig Nerlich/Römermann, InsO, § 290 Rn 97; Braun/Lang, InsO, 3. Aufl., § 290 Rn 6
- III. **BGH aaO** schließt sich nunmehr der Auffassung an, wonach der **Versagungsgrund des § 290 I Nr. 5 InsO keine Beeinträchtigung der Befriedigung der Gläubiger voraussetzt. Es genügt vielmehr, dass die Verletzung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nach ihrer Art geeignet ist, die Befriedigung der Insolvenzgläubiger zu gefährden.**

*„Nach dem Wortlaut der Vorschrift kommt es nicht darauf an, ob die Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger tatsächlich verschlechtert.*

*Mit Sinn und Zweck der Vorschrift ist die Ansicht, die Restschuldbefreiung könne nur versagt werden, wenn die Verletzung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten die Befriedigung der Gläubiger nachteilig beeinflusst habe, nicht zu vereinbaren. Durch § 290 I Nr. 5 InsO soll erreicht werden, dass der Schuldner die sich aus den §§ 97, 20 I InsO ergebenden Auskunfts- und Mitwirkungspflichten uneingeschränkt und vorbehaltlos erfüllt. Ein Schuldner, der von seinen Verbindlichkeiten befreit werden will, hat seine Vermögensverhältnisse offenzulegen, alle verlangten Auskünfte zu erteilen und sich auf Anordnung des Insolvenzgerichts jederzeit zur Verfügung zu stellen (Mohrbutter/Ringstmeier/Pape, § 17 Rn 74). Er hat Umstände, die für die Erteilung der Restschuldbefreiung von Bedeutung sein können, von sich aus, ohne besondere Nachfrage zu offenbaren (AG Oldenburg ZInsO 2001, 1170).*

*Wenn es dem Schuldner gestattet würde, Auskünfte sanktionslos zurückzuhalten, weil ihre Erteilung für die Befriedigung der Insolvenzgläubiger vermeintlich unerheblich ist, wäre es zunächst ihm überlassen zu prüfen, ob die von ihm begehrte Auskunft für die Gläubiger interessant ist, insbesondere deren Befriedigungsaussichten verbessert. Dies zu beurteilen, ist jedoch nicht Sache des Schuldners. Es widerspräche der vom Gesetz bezweckten Verpflichtung des Schuldners zur Offenheit und vorbehaltlosen, unaufgeforderten Mitwirkung, die ein wesentliches Element zur Erreichung der Ziele des Insolvenzverfahrens darstellt (Stephan, in: MünchKomm-InsO, § 290 Rn 74).*

*Durch die Versagungsgründe des § 290 I InsO soll erreicht werden, dass nur redlichen Schuldnern, die sich ihren Gläubigern gegenüber nichts haben zuschulden kommen lassen, Restschuldbefreiung erteilt wird. Aus Gründen der Rechtsklarheit hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Versagung durch eine Generalklausel zu regeln. Die Erteilung oder Versagung der Restschuldbefreiung soll nicht in ein weites Ermessen des Gerichts gestellt sein. Gläubiger und Schuldner sollen auf Grund der verschiedenen Fallgruppen des § 290 I InsO von vornherein wissen, unter welchen Bedingungen die Restschuldbefreiung erteilt oder versagt werden kann, damit sie die Folgen entsprechender Verhaltensweisen erkennen und vorausberechnen können (BT-Dr 12/2443, S. 190).*

*Auf diesem Hintergrund wäre es verfehlt, die Versagung der Restschuldbefreiung bei Verletzung der Auskunfts- oder Mitwirkungspflicht von einer im Gesetz nicht geregelten konkreten Beeinträchtigung der Befriedigung der Gläubiger abhängig zu machen. Ein Schuldner, der seine entsprechenden Pflichten, die ihm nach der InsO auferlegt sind, verletzt, handelt unredlich. Er hat das Privileg der Restschuldbefreiung nicht verdient, denn seine Gläubiger können erwarten, dass er seine Pflichten einschränkungslos erfüllt. Sind auch die subjektiven Voraussetzungen erfüllt, reicht dies aus, um ihm die Restschuldbefreiung zu versagen.*

*Die in der Begründung des Regierungsentwurfs im Zusammenhang mit dem Versagungsgrund des § 290 I Nr. 5 InsO angesprochene Voraussetzung, dass die Pflichtverletzung des Schuldners die Befriedigungsaussichten der Gläubiger vermindert (BT-Dr 12/2443, S. 190f.), hat im Gesetzeswortlaut keinen Ausdruck gefunden. Eine Beschränkung der Versagung der Restschuldbefreiung auf Fälle, in denen die Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten zu einer Beeinträchtigung der Befriedigung der Gläubiger führt, ist auf Grund der Begründung des Regierungsentwurfs nicht geboten. Dem Anliegen, nicht jedwede noch so geringfügige Verletzung von Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten durch die Versagung der Restschuldbefreiung zu ahnden (Begr. des Rechtsausschusses zu § 346k InsO-E, BT-Dr 12/7302, S. 188), wird durch die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Rechnung getragen (BGH NJW 2003, 2167 = NZI 2003, 389 = ZInsO 2003, 413; NJW-RR 2004, 1639 = NZI 2004, 633 = ZInsO 2004, 920). Würde man darüber hinaus die Versagung der Restschuldbefreiung wegen der Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten auf Fälle beschränken, in denen diese zu einer Beeinträchtigung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger geführt hat, wären die Interessen der Gläubiger nicht mehr ausreichend gewahrt.*

Die Sach- und Rechtslage und die Interessenlage unterscheiden sich nicht von derjenigen im Fall des § 290 I Nr. 6 InsO. Auch bei dieser Vorschrift ist eine die Befriedigung der Insolvenzgläubiger beeinträchtigende Wirkung der falschen oder unvollständigen Angaben grundsätzlich keine Voraussetzung für die Versagung der Restschuldbefreiung (BGH, NJW-RR 2004, 1639 = NZI 2004, 633 = ZInsO 2004, 920).“ (BAG aaO).

**BGB** **Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlung** **ArbR**  
 §§ 151, 307 I, 308 Nr. 4 **betriebliche Übung**

(BAG in MDR 2009, 513; Urteil vom 21.01.2009 – 10 AZR 219/08)

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien in einem **Formulararbeitsvertrag** die Zahlung eines monatlichen Bruttogehalts und weist der Arbeitgeber darauf hin, dass die Gewährung sonstiger Leistungen, wie z.B. die Zahlung von Weihnachtsgeld freiwillig und mit der Maßgabe erfolgt, dass **auch bei einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet** wird, so entsteht **kein Anspruch auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung**. Dies **gilt selbst dann, wenn** der Arbeitnehmer **jahrelang Weihnachtsgeld** in Höhe eines halben Bruttomonatsgehalts erhält.

- I. In der **Rspr. des BAG** ist anerkannt, dass ein Freiwilligkeitsvorbehalt, der sich nicht in dem bloßen Hinweis erschöpft, dass sich der Arbeitgeber „freiwillig“ zur Erbringung der Leistung verpflichtet, ohne dazu durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Gesetz gezwungen zu sein (BAGE 103, 151 = NZA 2003, 557 = NJW 2003, 2043), wirksam das Entstehen eines Rechtsanspruchs des Zuwendungsempfängers auf künftige Sonderzahlungen hindern kann (BAGE 94, 204 = NZA 2001, 24; BAG NZA 2000, 944; BAG NZA 1996, 1028 = NJW 1997, 213). Der Arbeitgeber kann außer bei laufendem Arbeitsentgelt (vgl. BAGE 122, 182 = NZA 2007, 853) grds. einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine in Aussicht gestellte Sonderzahlung ausschließen und sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewährt.

st. Rspr., vgl. BAG NZA 2008, 40 = NJW 2008, 680; BAGE 103, 151 = NZA 2003, 557 = NJW 2003, 2043; BAGE 94, 204 = NZA 2001, 24

**Daran hat BAG auch nach** dem Inkrafttreten des **Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts** am 01.01.2002 **festgehalten**, mit dem die Bereichsausnahme des § 23 I AGBG aufgegeben wurde. Er hat angenommen, der Arbeitgeber sei auf Grund eines klaren und verständlichen Freiwilligkeitsvorbehalts in einem Formulararbeitsvertrag, der einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine Sonderzahlung eindeutig ausschließt, grds. in seiner Entscheidung frei, ob und unter welchen Voraussetzungen er zum laufenden Arbeitsentgelt eine zusätzliche Leistung gewährt.

BAG NZA 2008, 1173 = NJW 2008, 3592; BAG NZA 2008, 40 = NJW 2008, 680; BAG NZA 2007, 1424 = NJW 2007, 3801; BAG NZA 2007, 687

- II. Bei einem **klar und verständlich formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt**, der jeden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung ausschließt, **fehlt es an einer versprochenen Leistung i.S. von § 308 Nr. 4 BGB**. Dies gilt auch dann, wenn die Sonderzahlung ausschließlich im Bezugszeitraum geleistete Arbeit zusätzlich vergütet.

„Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung der Sonderzahlung wird auch in diesem Fall nicht eingeschränkt oder sonst verändert. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung der Sonderzahlung wird unabhängig von dem mit der Sonderzahlung verfolgten Zweck von vornherein nicht begründet. Es **mangelt an einem Angebot des Arbeitgebers i.S. von § 151 BGB**, das der Arbeitnehmer annehmen könnte. Mit Formulierungen, dass aus der Leistung einer Sonderzahlung keinerlei Rechte hergeleitet werden können oder wiederholte Zahlungen keinen Rechtsanspruch für die Zukunft begründen, macht der Arbeitgeber hinreichend deutlich, dass er gerade keine Rechtsfolge im Sinne einer Erfüllungspflicht herbeiführen will. Deshalb verstößt ein Freiwilligkeitsvorbehalt, der einen Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung ausschließt, auch nicht gegen den allgemeinen Grundsatz „pacta sunt servanda“ (Verträge sind einzuhalten), weil es zu keiner verbindlichen Zusage der Sonderzahlung gekommen ist. Ein Anspruch entsteht nur auf die jeweils zugesagte Sonderzahlung. Mit der Zahlung erlischt dieser Anspruch.“ (BAG aaO).

- III. Der **in einem Formulararbeitsvertrag vereinbarte Freiwilligkeitsvorbehalt ist auch nicht gem. § 307 I 1 BGB unwirksam**.

„Er verstößt nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB. Der **Wortlaut der Vorbehaltsklausel ist eindeutig**. Er schließt einen Rechtsanspruch auf Weihnachtsgeld aus. Diese klare und verständliche Regelung steht auch nicht zu anderen Abreden der Parteien in Widerspruch.“ (BAG aaO).

**BGB** **titulierter Unterhalt** **BGB**  
 §§ 197 II, 195 **Verjährung**

(LG Naumburg in MDR 2009, 393; Beschluss vom 09.07.2008 – 3 WF 139/08)

Der im Urteil **rechtskräftig festgestellte Unterhaltsanspruch**, der zum Zeitpunkt des Urteils noch nicht fällig ist, **verjährt** als künftig fälliger Anspruch **in der Verjährungsfrist der §§ 197 II, 195 BGB**.

„Nach § 197 I Nr. 2 BGB verjähren **rechtskräftig festgestellte familienrechtliche Ansprüche**, also auch Ansprüche auf Zahlung von Kindesunterhalt, soweit nichts anderes gilt, **in dreißig Jahren**. Abweichend hiervon bestimmt § 197 II BGB, dass jedoch die kürzere reguläre dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB für diejenigen familienrechtlichen Ansprüche des § 197 I Nr. 2 BGB gilt, die künftig fällig werdende, regelmäßig wiederkehrende Leistungen, also auch künftige Unterhaltsansprüche, zum Inhalt haben.“ (LG Naumburg aaO).

BGB  
§§ 1361, 1624, 242

**Unterhaltsverzicht**  
zulässige Vollstreckung aus Unterhaltstitel

BGB

(OLG Zweibrücken in NJW-RR 2009, 4; Beschluss vom 21.08.2008 – 6 UF 19/08)

Selbst wenn der trennungsunterhaltsberechtigte **Ehegatte auf seine Rechte** aus dem entsprechenden Unterhaltstitel **verzichtet**, weil er über ausreichende Einkünfte aus Berufstätigkeit verfügt, kann er **gleichwohl aus dem Titel vollstrecken, wenn später wieder Bedürftigkeit eintritt**.

„Gem. den §§ 1361 IV 4, 1360a III, 1614 I BGB ist ein **Verzicht auf künftige Trennungsunterhaltsansprüche**, so sie denn materiell-rechtlich dem Grunde nach bestehen, **gesetzlich nicht zulässig** und somit unwirksam. Zwar wird durch einen Vollstreckungsverzicht grundsätzlich der Bestand des materiell-rechtlichen Anspruchs, der vollstreckt werden soll, nicht berührt. Da der Vollstreckungsverzicht im Ergebnis jedoch wie der Verzicht auf den materiellen Anspruch selbst wirkt, sind die genannten Vorschriften entsprechend anzuwenden.

Der Senat teilt nicht die Ansicht der Kl., der Bekl. habe den Titel endgültig verloren und müsse seinen - materiell-rechtlich weiter bestehenden - Unterhaltsanspruch erneut einklagen. Dies widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB.“ (OLG Zweibrücken aaO).

BGB  
§ 249

**Regulierung eines Kfz-Schaden**  
Berücksichtigung von Bruttoreparaturkosten

BGB

(BGH in NJW 2009, 1340; Urteil vom 03.03.2009 – VI ZR 100/08)

Kommt es beim **Kfz-Haftpflichtschaden** für den Umfang des Schadensersatzes darauf an, ob die vom Sachverständigen kalkulierten Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert übersteigen, ist **grds. auf die Bruttoreparaturkosten abzustellen**.

„Aus § 249 II 2 BGB, wonach Umsatzsteuer nur dann verlangt werden kann, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist, ergibt sich nichts Abweichendes: Die Vorschrift besagt nur, dass **im Fall fiktiver Schadensabrechnung der auf die Umsatzsteuer entfallende Betrag nicht zu ersetzen ist**. Nach der **gesetzlichen Wertung** käme es zu einer **Überkompensation**, wenn der Geschädigte fiktive Umsatzsteuer auf den Nettoschadensbetrag erhielte (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 13; BGHZ 158, 388 = NJW 2004, 1943), was auch im Fall eines Totalschadens (BGHZ 158, 388 = NJW 2004, 1943) und bei konkreter Schadensabrechnung nach der Ersatzbeschaffung eines Fahrzeugs (BGHZ 164, 397 = NJW 2006, 285) gilt. Um die Verhinderung einer Überkompensation geht es bei der vorliegenden Fragestellung indes nicht. Vielmehr geht es um eine wertende Betrachtung, unter welchen Umständen eine Reparatur des total beschädigten Fahrzeugs noch als ausreichend wirtschaftlich angesehen werden kann, damit dem Schädiger eine Belastung mit den Kosten zuzumuten ist.

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, es verstoße gegen das **Gleichheitsgebot** (Art. 3 GG), die Bruttoreparaturkosten als Vergleichsmaßstab heranzuziehen, weil von unterschiedlichen Ergebnissen auszugehen sei je nachdem, ob der Geschädigte vorsteuerabzugsberechtigt sei oder nicht. Zwar kann die Vorsteuerabzugsberechtigung bei der Schadensberechnung zu beachten sein (vgl. BGH NJW 1972, 1460 = VersR 1972, 772; VersR 1982, 757). Es kann auch unterstellt werden, dass im Fall eines vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten die **Nettoreparaturkosten** als Vergleichsmaßstab herangezogen werden können, was hier nicht zu entscheiden ist. Indes dient das Schadensrecht dem Ersatz des dem jeweiligen Geschädigten jeweils konkret entstandenen Schadens. Deshalb ist die **Schadensberechnung an den konkreten Umständen auszurichten** und kann von daher im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.“ (BGH aaO).

BGB  
§§ 280 I, 328, 249

**Restwertermittlung**  
Berücksichtigung von Angeboten des „Internetmarktes“

BGB

(BGH in NJW 2009, 1265; Urteil vom 13.01.2009 – VI ZR 205/08)

Der vom Geschädigten mit der Schadensschätzung beauftragte **Sachverständige hat bei der Ermittlung des Fahrzeugrestwerts grds. nur solche Angebote einzubeziehen, die auch sein Auftraggeber berücksichtigen müsste**.

I. Nach **gefestigter BGH-Rspr.** ist bei der Beschädigung eines Fahrzeugs, wenn der Geschädigte gem. § 249 II 1 BGB die Schadensbehebung selbst in die Hand nimmt, **der zur (Wieder-)Herstellung erforderliche Aufwand nach der besonderen Situation zu bemessen, in der sich der Geschädigte befindet**. Es ist also **Rücksicht auf seine individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten** sowie auf die möglicherweise gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten zu nehmen.

BGHZ 66, 239 = NJW 1976, 1396; BGHZ 143, 189 = NJW 2000, 800; BGHZ 163, 362 = NJW 2005, 3134; BGHZ 171, 287 = NJW 2007, 1674; BGH NJW 1992, 903 = VersR 1992, 457; NJW 1993, 1849 = VersR 1993, 769; NJW 2007, 2918 = VersR 2007, 1243

II. Diese **subjektbezogene Schadensbetrachtung gilt auch für die Frage, in welcher Höhe dem Geschädigten** im Hinblick auf die ihm in seiner individuellen Lage **mögliche und zumutbare Verwertung seines Unfallfahrzeugs ein Schaden entstanden ist**.

„Hat er das Fahrzeug der ihm vertrauten Vertragswerkstatt oder einem angesehenen Gebrauchtwagenhändler bei dem Erwerb eines Ersatzwagens in Zahlung gegeben, so kann der Schädiger gegenüber deren Ankaufsangebot nicht auf ein höheres Angebot verweisen, das vom Geschädigten nur auf einem Sondermarkt, etwa durch Einschaltung spezialisierter Restwertaukäufer über das Internet, zu erzielen wäre. Anderenfalls würde die dem Geschädigten nach § 249 II 1 BGB zustehende Ersetzungsbefugnis unterlaufen.“ (BGH aaO).

III. Das **gilt auch für die Begutachtung durch die von einem Geschädigten eingeschalteten Sachverständigen**. Wenn der Fahrzeugeigentümer **Internetangebote nicht berücksichtigen** muss, sind diese

auch vom Gutachter nicht einzubeziehen, denn der Sachverständige hat den Fahrzeugrestwert aus der Position seines Auftraggebers zu ermitteln

„Müsste der Sachverständige einen höheren Restwert berücksichtigen, der sich erst nach Recherchen auf dem **Sondermarkt** über Internet-Restwertbörsen und spezialisierte Restwertaufkäufer ergibt, so könnte der Geschädigte nur auf der Basis eines solchen Gutachtens abrechnen, auch wenn er diesen Preis bei der Inzahlunggabe oder bei einem Verkauf auf dem ihm zugänglichen „allgemeinen“ regionalen Markt nicht erzielen kann. Folglich müsste er sich entweder mit einem geringeren Schadensersatz abfinden oder seinerseits zeitaufwändig nach besseren Verwertungsmöglichkeiten suchen, wozu er jedoch nicht verpflichtet ist (vgl. BGHZ 66, 239 = NJW 1976, 1396; BGHZ 143, 189 = NJW 2000, 800; BGHZ 163, 362 = NJW 2005, 3134; BGHZ 171, 287 = NJW 2007, 1674).

Das Argument, dass die allermeisten Unfallfahrzeuge letztlich bei den spezialisierten Unfallwagenhändlern landeten, auch wenn das Fahrzeug zunächst von einem Autohaus oder einer Reparaturwerkstatt angekauft worden sei, mithin ein weiterer Erlös mit dem Unfallwagen erzielt werde, der dem Geschädigten nicht zugute komme, vom Versicherer aber bezahlt werden müsse, führt zu keiner anderen Betrachtungsweise: Selbst wenn dem so wäre, kann der **interessengerechte Ausgleich** nicht zu Lasten des Geschädigten herbeigeführt werden. Der Versicherer des Schädigers könnte sonst mit einem entsprechend hohen Angebot den Verkauf des Fahrzeugs erzwingen. Bei Weiternutzung und späterem Verkauf in eigener Regie liefe der Geschädigte jedenfalls Gefahr, wegen eines wesentlich niedrigeren Verkaufspreises für den Kauf des Ersatzfahrzeugs eigene Mittel aufwenden zu müssen. Ein vollständiger Schadensausgleich wäre nicht gewährleistet.

Hat der Geschädigte tatsächlich verkauft, steht außerdem mit dem Verkaufspreis der erzielte Restwert und damit fest, in welcher Höhe der Schaden durch den Verkauf ausgeglichen worden ist (vgl. BGHZ 163, 180 = NJW 2005, 2541; BGHZ 163, 362 = NJW 2005, 3134; NJW 2005, 357 = VersR 2005, 381). In diesem Fall obliegt es dem Schädiger darzulegen und zu beweisen, dass der Geschädigte mit dem Verkauf seine Pflicht zur Geringhaltung des Schadens verletzt hat (§ 254 II BGB).“ (BGH aaO).

ZPO  
§§ 91 I 1, 269 III 2

### Kostenerstattungsanspruch Klagerücknahme

ZPO

(OLG Düsseldorf in OLG R 2009, 187; Beschluss vom 21.10.2008 – 10 W 74/08)

Ist im Zeitpunkt der Beauftragung eines Rechtsanwalts die Klage bereits zurückgenommen worden, sind die **Kosten des Rechtsanwalts objektiv nicht mehr notwendig** und damit **nicht mehr erstattungsfähig nach § 91 I 1 ZPO**. Auf die Frage, ob eine verschuldete oder auch unverschuldete Unkenntnis der beklagten Partei von der Klagerücknahme vorliegt, kommt es hierbei nicht an.

„Ist im Zeitpunkt der Beauftragung eines Rechtsanwalts die Klage bereits zurückgenommen, ist die **Beauftragung objektiv nicht mehr notwendig und geeignet für eine Rechtsverteidigung**.

Entgegen der Auffassung der Bkl. ist es auch für das Kostenfestsetzungsverfahren unbeachtlich, dass sie im Zeitpunkt der Beauftragung des Anwalts noch **keine Kenntnis von der Klagerücknahme** hatte bzw. haben konnte: Da es **im Rahmen des § 91 I ZPO auf die objektive Notwendigkeit und Geeignetheit der Verteidigungsmaßnahme ankommt, ist eine verschuldete oder auch unverschuldete Unkenntnis der bekl. Partei von der Klagerücknahme unerheblich**. Eine solche Unkenntnis vermag die Erstattungsfähigkeit für eine objektiv nicht erforderliche Handlung nicht zu begründen. Die Frage, ob ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Erstattung der fraglichen Kosten besteht, bleibt hiervon unberührt. Insoweit hält der Senat die Ausführungen des BGH (NJW-RR 2007, 1575 = MDR 2007, 1163) zur Erstattungsfähigkeit der Kosten einer Schutzschrift nach Rücknahme des Verfügungsantrags auf die Beauftragung eines Anwalts nach Klagerücknahme für entsprechend anwendbar.“ (OLG Düsseldorf aaO).

ZPO  
§ 227 I

### Befangenheitsantrag verweigerte Terminverlegung

ZPO

(OLG Frankfurt a.M. in AnwBI 2009, 392; Beschluss vom 14.01.2009 – 9 W 32/07)

Wenn der **Prozessbevollmächtigte durch Urlaub an der Wahrnehmung des anberaumten Termins gehindert** ist, stellt dies einen **erheblichen Grund i. S. von § 227 I ZPO** dar. Nichts anderes kann für die Verhinderung durch eine Fortbildungsveranstaltung gelten. Die Verlegung kann daher i.d.R. nicht mit der Begründung verweigert werden, einer der Sozii des verhinderten Prozessbevollmächtigten könnte die Vertretung übernehmen. Die vertretene Partei darf regelmäßig erwarten, im Termin von demjenigen Anwalt vertreten zu werden, der die Sachbearbeitung des Mandats übernommen hat.

Verweigert das Gericht in einem solchen Falle gleichwohl eine Terminverlegung, so begründet dies einen **Befangenheitsantrag**.

„Eine **abweichende ‚ständige Praxis‘ der Kammer des abgelehnten Richters kann für den Regelfall nicht akzeptiert werden**. Letztendlich hat die Verweigerung der Terminverlegung durch den hierdurch herausgeforderten Befangenheitsantrag und dem sich anschließenden Beschwerdeverfahren zu einem Aufwand geführt, der einer prozessökonomischen Betrachtungsweise nicht standhält. Zudem hat gerade die Verweigerung eine Verzögerung des Verfahrens bewirkt, um deren Vermeidung der abgelehnte Richter bemüht war. Ob eine Terminverlegung bei Vorliegen anderer Umstände im Einzelfall ausnahmsweise doch mit der von dem abgelehnten Richter vertretenen Begründung verweigert werden kann, muss hier nicht entschieden werden.

Die **ermessensfehlerhafte Verweigerung der Verlegung eines Termins kann einen Ablehnungsgrund nach § 42 II ZPO darstellen** (Zöller/Vollkommer, ZPO, § 42 Rn 23), zumal ein Rechtsmittel gegen die Verweigerung gemäß § 227 IV ZPO nicht gegeben ist.“ (OLG Frankfurt aaO).



ZPO  
§ 323 I, II**Abänderungsklage**  
**Präklusionswirkung eines Unterhaltsurteils**

ZPO

(OLG Köln in NJW-RR 2009, 437; Beschluss vom 23.09.2008- 4 UF 23/08)

Eine **unsorgfältige frühere Prozessführung kann nicht über § 323 I ZPO** mit der Abänderungsklage in einem Folgeprozess **beseitigt werden**. Notwendige Folge eines früheren unvollständigen Prozessvortrags ist, dass der Abänderungskläger nach wie vor mit deren Geltendmachung gem. § 323 II ZPO ausgeschlossen ist.

*„Dem Kl. ist vorzuwerfen, dass er schon im Erstprozess zu den „Betriebsbelastungen“ nicht ausreichend substantiiert vorgetragen hat und er insbesondere Belege dafür schuldig geblieben ist, dass solche Belastungen tatsächlich entstanden und unterhaltsrechtlich beachtenswert waren. Hiermit muss es nach wie vor sein Bewenden haben. Eine unsorgfältige frühere Prozessführung kann nicht über § 323 ZPO beseitigt werden. Der Kl. hatte nicht einmal im letzten Unterhaltsabänderungsverfahren, welches vorliegendem Abänderungsverfahren vorausgegangen ist, ansatzweise versucht darzustellen, dass die ursprünglich bestehenden Altschulden, mit deren Geltendmachung er gem. § 323 II ZPO nach wie vor ausgeschlossen ist, in den Folgejahren getilgt worden sind und er im Folgenden notwendigerweise neue Schulden hatte begründen müssen. Der Vortrag des Kl. in hiesigem Verfahren stellt sich als Fortschreibung seines Vortrags in den vorhergehenden Verfahren dar. Schon daraus erhellt, dass der Kl. nach wie vor hiernach präkludiert ist und auch Billigkeitsgesichtspunkte nicht dazu führen können, dass der Grundsatz der bestehenden Rechtskraft durchbrochen werden darf.“ (OLG Köln aaO).*

ZPO  
§§ 516, 524**Berufungsbegründungsfrist**  
**bei Urteilsergänzung nach Ablauf der Berufungsfrist**

ZPO

(BGH in NJW 2009, 442; Beschluss vom 30.10.2008 – III ZB 41/08)

Ergeht ein **Ergänzungsurteil nach Ablauf der Berufungsfrist, aber noch vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist** gegen das ursprüngliche Urteil, so **bleibt für den Lauf der Berufungsbegründungsfrist die Zustellung des Ursprungsurteils maßgeblich**. Das Ergänzungsurteil wirkt sich in einem solchen Fall auf den Lauf der Begründungsfrist nicht aus.

*„Mit der Zustellung des ursprünglichen Teilerkenntnis- und Schlussurteils sind sowohl die einmonatige Berufungs- als auch die zweimonatige Berufungsbegründungsfrist in Lauf gesetzt worden.*

*Daran änderte das Hinzutreten des Ergänzungsurteils nichts: Dieses Urteil ist nämlich nach Ablauf der Berufungsfrist ergangen. Dementsprechend findet die Regelung des § 518 ZPO, wonach mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist - und damit zugleich der Berufungsbegründungsfrist - auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem beginnt, keine Anwendung. Diese Regelung gilt nämlich nur, wenn das Ergänzungsurteil nach § 321 ZPO vor Ablauf der Frist für die Berufung gegen das ursprüngliche Urteil erlassen wird.*

*Eine erweiternde Auslegung oder eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den hier in Rede stehenden Fall, dass die Ergänzung zwar nach Ablauf der Berufungsfrist, aber noch vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist getroffen worden ist, ist entgegen der Betrachtungsweise der Rechtsbeschwerde nicht möglich: § 518 ZPO ist aus dem früheren Rechtsmittelrecht (damals: § 517 ZPO) inhaltsgleich übernommen worden. Nach früherem Recht wirkte sich der mögliche Neubeginn der Berufungsfrist auch auf die Berufungsbegründungsfrist aus, da diese von der Einlegung der Berufung abhing. Dies ist nach neuem Verfahrensrecht nicht mehr der Fall, da nunmehr sowohl für die Berufungsfrist als auch für die Berufungsbegründungsfrist die Zustellung des Urteils der maßgebliche Stichtzeitpunkt ist. Eine planwidrige Regelungslücke, die für den hier in Rede stehenden Fall einer noch nicht abgelaufenen Berufungsbegründungsfrist eine erneute Ingangsetzung derselben gebieten würde, besteht gleichwohl nicht. Die gesetzliche Regelung ist eindeutig und nicht misszuverstehen. Auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 518 S. 1 ZPO besteht kein Grund, sich über den klaren Gesetzeswortlaut hinwegzusetzen. Durch § 518 S. 1 ZPO soll den Parteien Gelegenheit gegeben werden, die Entscheidung darüber, ob gegen das später ergänzte Urteil ein Rechtsmittel eingelegt werden soll, neu zu treffen (vgl. Musielak/Ball, ZPO, 6. Aufl., § 518 Rn 1; MüKo-ZPO/Rimmelpacher, 3. Aufl., § 518 Rn 1). Dieser Gelegenheit bedarf es nicht, wenn bei Verkündung des Ergänzungsurteils entweder die Berufungsfrist bereits ungenutzt verstrichen ist und damit das Ursprungsurteil rechtskräftig geworden ist oder wenn - wie hier - das Rechtsmittel bereits eingelegt war. Im letzteren Fall kann das Ergänzungsurteil allenfalls dazu führen, dass der Rechtsmittelführer nun darüber nachdenkt, ob das bereits eingelegte Rechtsmittel gegen das Ursprungsurteil in vollem Umfang durchgeführt werden soll. Dies allein rechtfertigt es jedoch nicht, die Berufungs- und die Berufungsbegründungsfrist neu laufen zu lassen, zumal etwaige zeitliche Engpässe bei der Prüfung der Frage, inwieweit das Ergänzungsurteil Einfluss auf die Berufungsangriffe gegen das Ursprungsurteil hat, dadurch abgemildert werden, dass bei der Berufungsbegründungsfrist im Gegensatz zur Berufungsfrist selbst die Möglichkeit einer Fristverlängerung besteht (§ 520 II ZPO). Es hat daher für den hier in Rede stehenden Fall, dass das Ergänzungsurteil nach Ablauf der Berufungsfrist ergeht, dabei zu verbleiben, dass die ursprüngliche zweimonatige Begründungsfrist unverändert und unbeeinflusst abläuft.“ (BGH aaO).*

ZPO  
§ 574 I 1**Rechtsbeschwerde**  
**Zulässigkeit bei Verletzung des rechtlichen Gehörs**

ZPO

(BGH in FamRZ 2009, 685; Beschluss vom 26.01.2009 – II ZB 6/08)

Wird der **Anspruch des Rechtsbeschwerdeführers auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt**, so führt dies zur **Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde**.

*„Eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ist jedoch deshalb erforderlich, weil der angefochtene Beschluss den verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch der Kl. auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung ausschließlich darauf gestützt, dass die Fristenkontrolle im Büro ihrer mit der Durchführung des Berufungsverfahrens beauftragten Prozessbevollmächtigten jedenfalls deshalb unzureichend organisiert gewesen sei, weil die Wahrung der Berufungseinlegungs- und -begründungsfristen nur durch Führung eines Fristenkalenders und nicht auch durch Eintragung der Fristen auf den Handakten gesichert werde. Mit dieser Erwägung hat das Berufungsgericht übergangen, dass nach der - von der Kl. vorgelegten und in ihrem Wiedereinsetzungsgesuch zur Darstellung der Fristenkontrolle in Bezug genommenen - eidesstattlichen Versicherung der mit der Fristenkontrolle beauftragten*

Rechtsanwaltsfachangestellten in der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten der Kl. die Fristen nebst Vorfristen gerade nicht nur im Fristenkalender notiert werden, sondern zur Gegenkontrolle auf dem jeweiligen Dokument vermerkt wird, dass die Fristen notiert wurden. Die Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beruht auf dem Gehörverstoß. Hätte das Berufungsgericht diesen Vortrag berücksichtigt, hätte es ein Organisationsverschulden der Prozessbevollmächtigten der Kl. nicht darin sehen können, dass ihre Büroorganisation keine Sicherung der Fristwahrung durch Eintragung der Fristen auf bzw. in den Handakten vorsehe. Die Frist und ihre Eintragung im Fristenkalender muss nicht in jedem Fall auf dem Handaktenbogen notiert werden. Auch die Anbringung entsprechender Vermerke auf dem jeweiligen Schriftstück genügt den an eine ordnungsgemäße Organisation des Fristwesens zu stellenden Anforderungen (vgl. BGH DStR 2006, 1614).

Selbst wenn man die Darstellung der Büroorganisation in der eidesstattlichen Versicherung der Kanzleimitarbeiterin für erläuterungsbedürftig halten wollte, weil sich aus ihr nicht mit hinreichender Deutlichkeit ergebe, dass auf dem betreffenden Schriftstück auch vermerkt wird, welche Frist im Fristenkalender notiert wurde, gilt nichts anderes. In diesem Fall hätte das Berufungsgericht die Kl., die - wie aus der Begründung ihres Wiedereinsetzungsgesuchs ersichtlich - diesem Gesichtspunkt mangels Kausalität für die Fristversäumung keine maßgebende Bedeutung beigemessen hatte, nach § 139 II 1 ZPO auf seine Bedenken hinweisen und ihr Gelegenheit zur Äußerung geben müssen.

Die Verletzung des Anspruchs der Kl. auf Gewährung rechtlichen Gehörs führt zur Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde **unabhängig davon, ob sie sich auf das Ergebnis auswirkt.** (BGH aaO).

StVO  
§§ 18 VIII, 23 Ia

### Telefonieren auf Seitenstreifen unzulässig

StrafR

(OLG Düsseldorf in NJW 2009, 1003; Beschluss vom 03.06.2008 – IV-2 Ss (OWi) 39/08 III)

Ein **Fahrzeugführer verstößt** nicht nur gegen §§ 18 VIII StVO, sondern tateinheitlich auch gegen § 23 Ia StVO, wenn er sein Kraftfahrzeug mit laufendem Motor auf dem Seitenstreifen einer Autobahn oder Kraftfahrstraße anhält und während der Standzeit ein Telefonat mit einem Mobiltelefon führt

„Nach § 23 Ia StVO ist dem Fahrzeugführer die **Benutzung eines Mobiltelefons untersagt**, wenn er hierfür das Mobiltelefon aufnimmt oder hält. Dies gilt nicht, wenn das Fahrzeug steht und bei Kraftfahrzeugen der Motor ausgeschaltet ist.

Diese **Vorschrift soll gewährleisten, dass der Fahrzeugführer während der Benutzung des Mobiltelefons beide Hände für die Bewältigung der Fahraufgabe frei hat** (vgl. Begründung zur ÄnderungsVO vom 11.12.2000, VBl. 2001, 8). Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 23 Ia StVO ist die Benutzung eines Mobiltelefons untersagt, solange das Fahrzeug in Bewegung oder bei einem Kraftfahrzeug der Motor in Betrieb ist (vgl. Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 39. Aufl., § 23 StVO Rn 13). Demgemäß gilt das Benutzungsverbot auch dann, wenn der Fahrzeugführer mit laufendem Motor an einer roten Ampel wartet (vgl. OLG Celle NJW 2006, 710; OLG Hamm NSZ 2006, 358).

Ob nach **Sinn und Zweck der Verbotsnorm** eine Teilnahme am fließenden Verkehr erforderlich ist bedarf vorliegend keiner Entscheidung, da ein solches Erfordernis jedenfalls erfüllt ist. Denn der Betroffene stand während der Benutzung des Mobiltelefons mit laufendem Motor nicht etwa auf einem Parkplatz, sondern auf dem Seitenstreifen einer Kraftfahrstraße. Der **Seitenstreifen**, der auch als Standspur bezeichnet wird, ist **nicht als rechtlich selbständige Verkehrsfläche neben den Fahrstreifen der Richtungsfahrbahn anzusehen**. Der Seitenstreifen ist vielmehr ein **unselbständiger Bestandteil der Richtungsfahrbahn der Autobahn oder Kraftfahrstraße und bildet mit den angrenzenden Fahrstreifen eine Fahrbahn im Rechtssinne** (vgl. BGH NJW 1981, 1968). Während des vorübergehenden Haltens auf dem Seitenstreifen blieb der Betroffene mithin Teilnehmer des fließenden Verkehrs. Da das Halten auf dem Seitenstreifen verboten ist (§ 18 VIII StVO) und dieser nur in einem Not- oder Unglücksfall oder auf polizeiliche Weisung benutzt werden darf, war der Betroffene verpflichtet, den Seitenstreifen unverzüglich zu verlassen. Für diese Fahraufgabe musste er die Hände frei haben. Abgesehen davon wurde durch den laufenden Motor dokumentiert, dass sich der Betroffene während der Standzeit auf dem Seitenstreifen selbst als aktiven Teilnehmer am Straßenverkehr betrachtet hat, der jederzeit in der Lage sein muss, das Fahrzeug wieder in Bewegung zu setzen.“ (OLG Düsseldorf aaO).

StPO  
§ 119 III

### Untersuchung im Intimbereich Zulässigkeit

StPO

(BVerfG in DVBl 2009,463; Beschluss vom 04.02.2009 – 2 BvR 455/08)

**Eingriffe, die den Intimbereich und das Schamgefühl des Inhaftierten berühren**, lassen sich im Haftvollzug nicht prinzipiell vermeiden. **Sie sind aber von besonderem Gewicht. Der Gefangene hat insoweit Anspruch auf besondere Rücksichtnahme** (vgl. BVerfG EuGRZ 2008, S. 83).

„Der bloße Umstand, dass Verwaltungsabläufe sich ohne eingriffsvermeidende Rücksichtnahmen einfacher gestalten, ist hier noch weniger als in anderen, weniger sensiblen Bereichen geeignet, den Verzicht auf solche Rücksichtnahmen zu rechtfertigen. Dies gilt in verschärftem Maße für Eingriffe in der Untersuchungshaft. Hier verschafft schon der Umstand, dass Untersuchungshaft nicht auf der Grundlage rechtskräftiger Verurteilung, sondern auf der Grundlage bloßen Verdachts verhängt wird (vgl. BVerfGE 15, 288; 34, 369), den Belangen des Gefangenen, die in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit **grundrechtseingreifender Maßnahmen** einzustellen sind, besonderes Gewicht. Schon von daher verbietet sich eine schematische Übertragung von für den Strafvollzug geltenden Maßgaben. Der Verweis auf Nr. 76 UVollzO (zur fehlenden rechtlichen Außenwirkung vgl. BVerfGE 15, 288; 34, 369) i. V. mit § 84 StVollzG ist deshalb nicht geeignet, eine ausnahmslose Anordnung von Durchsuchungen mit Inspektion von üblicherweise bedeckten Körperöffnungen bei Aufnahme in die Untersuchungshaft zu rechtfertigen.

Bei Personen, die in Untersuchungshaft verbracht werden, können Umstände vorliegen, die den Verdacht, der oder die Betreffende könne zum Zweck des Einschmuggelns in die Haftanstalt Drogen oder andere gefährliche Gegenstände in Körperöffnungen des Intimbereichs versteckt haben, als derart fernliegend erscheinen lassen, dass hierauf gerichtete Untersuchungen, die mit einer Inspektion von Körperöffnungen verbunden sind, sich als nicht mehr verhältnismäßig erweisen. Anders als bei Verurteilten, die, wenn sie sich nicht bereits in Haft befinden, zum Haftantritt geladen werden (§ 27 StrVollstrO), kann die Festnahme eines nicht Verurteilten zur Verbringung in Untersuchungshaft so überraschend erfolgen, dass ihm für entsprechende unbeobachtete Vorkehrungen, selbst wenn er sie beabsichtigte, keine Gelegenheit bleibt. Fehlt es auch sonst an jedem Anhaltspunkt dafür, dass der Betroffene sich in der bezeichneten Weise zum Schmuggel von Dro-

gen oder anderen gefährlichen Gegenständen präpariert haben könnte, so wird bereits die für Maßnahmen auf der Grundlage der Generalklausel des § 119 III StPO erforderliche Schwelle einer - nur durch Inspektion der Körperhöhlen ausräumbaren - „realen“ Gefährdung (vgl. BVerfGE 15, 288; 34, 384; 35, 5; 35, 307) nicht erreicht. Auch wenn nach den Erfahrungen der Vollzugspraxis mit dem Versuch, Drogen oder andere verbotene Gegenstände in die Haftanstalten einzuschmuggeln, in weitem Umfang auch über den Kreis derer hinaus gerechnet werden muss, die drogenabhängig oder wegen einschlägiger Straftaten oder entsprechenden Verdachts inhaftiert sind, ist im Übrigen ein **Eingriff**, der auf die Abwehr dieser Gefahr zielt, jedenfalls dann **unverhältnismäßig, wenn konkrete Umstände des Einzelfalles ein solches Vorkommnis aus dem Bereich der Wahrscheinlichkeit rücken** (vgl. BVerfGE 15, 288).“ (BVerfG aaO).

VwGO  
§ 67 IV

**Vertretungszwang**  
**Rücknahme einer persönlich eingelegten Beschwerde**  
(BVerwG in NVwZ 2009, 192; Beschluss vom 27.10.2008 – 3 B 101/08)

VwGO

Die **Rücknahme einer persönlich eingelegten Beschwerde** wird nicht vom **Vertretungszwang nach § 67 IV VwGO** erfasst.

„Die Rücknahmeerklärung ist nicht deshalb unwirksam, weil die Kl. sie abgegeben hat, ohne sich entsprechend den Anforderungen des § 67 IV VwGO vertreten zu lassen. Da sie bereits die **Beschwerde ohne Beachtung des Vertretungszwangs eingelegt** hatte, liegt es in ihrer Rechtsmacht, den Rechtsbehelf in derselben Weise, also persönlich, zurückzunehmen (vgl. nur BVerwGE 14, 19 = NJW 1962, 1170).

Die **Neufassung des § 67 VwGO** durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007 (BGBl I, 2840) **hat daran nichts geändert.**“ (BVerwG aaO).

## Steuerrecht

AO

### Steuerfestsetzungsverfahren

SteuerR

§§ 85, 88 ff, 90 ff

#### Bindungswirkung einer tatsächlichen Verständigung

(BFH in NJW 2009, 1230; Urteil vom 08.10.2008 – I R 63/07)

Eine **tatsächliche Verständigung im Steuerfestsetzungsverfahren** ist nicht schon deshalb **unwirksam**, weil sie zu einer von einem Beteiligten **nicht vorhergesehenen Besteuerungsfolge führt** und dadurch die vor der Verständigung offengelegten Beweggründe des Beteiligten zum Abschluss der Verständigung (hier: die Erwartung der steuerlichen Neutralität des Vereinbarten) entwertet werden.

I. Der **BFH** hat die **Zulässigkeit tatsächlicher Verständigungen grundsätzlich anerkannt**.

z. B. BFHE 142, 549 = BStBl II 1985, 354 = NVwZ 1985, 863; BFHE 162, 211 = BStBl II 1991, 45 = NJW 1991, 1199; BFHE 164, 168 = BStBl II 1991, 673 = NJW 1991, 2927 L; BFHE 181, 103 = BStBl II 1996, 625 = NJW 1997, 1870; BFH/NV 2000, 537 = NJW 2000, 2447; BFH/NV 2006, 2122; BFH/NV 2008, 532; BFH/NV 2008, 1908 = DStR 2008, 1921

**Zweck der tatsächlichen Verständigung** ist es, zu jedem Zeitpunkt des Besteuerungsverfahrens hinsichtlich bestimmter Sachverhalte, deren Klärung schwierig, aber zur Festsetzung der Steuer notwendig ist, **den möglichst zutreffenden Besteuerungssachverhalt i.S. des § 88 AO einvernehmlich festzulegen**. Die Bindungswirkung einer derartigen Vereinbarung setzt voraus,

- dass sie sich **auf Sachverhaltsfragen - nicht aber auf Rechtsfragen** (BFHE 196, 87 = BStBl II 2001, 714; BFHE 206, 42 = BStBl II 2004, 742 = DStRE 2004, 1022) - **bezieht**,
- dass der Sachverhalt die **Vergangenheit betrifft**,
- dass die **Sachverhaltsermittlung erschwert** ist,
- dass auf Seiten der Finanzbehörde ein für die Entscheidung über die Steuerfestsetzung zuständiger Amtsträger beteiligt ist und
- dass die tatsächliche Verständigung **nicht zu einem offensichtlich unzutreffenden Ergebnis führt**.

z. B. BFHE 206, 292 = BStBl II 2004, 975 = DStR 2004, 1647

II. Der **Wirksamkeit** einer solchen Verständigung **steht nicht entgegen**, dass wegen der Verwendung eines steuerrechtlichen Rechtsbegriffs („verdeckte Gewinnausschüttung“) eine **unzulässige Vereinbarung** (z.B. BFHE 206, 292 = BStBl II 2004, 975 = DStR 2004, 1647) **über eine Rechtsfrage getroffen wurde**.

*„Dies gilt schon unter dem Aspekt, dass in der die Kl. betreffenden Vereinbarung ausweislich der Verständigungsurkunde nur von einem „Kapitalrückfluss“ und einer „Ausschüttung an den Gesellschafter“ die Rede ist. Doch auch wenn der Inhalt der die G-GmbH betreffenden Verständigung, in der von einer vGA die Rede ist, in die Betrachtung einbezogen wird, ergibt sich nichts anderes. Denn der Inhalt der Vereinbarung ist durch die ausdrücklich erfolgte Eingrenzung auf den Sachverhalt im Bereich der „Wertermittlung“ und der „Feststellung des Zeitpunkts des wirtschaftlichen Übergangs“ als Einigung im Bereich der Tatsachenermittlung geklärt. **Dass die Verständigung mittelbar auch den Tatbestandsbereich einer Rechtsnorm erfasst, schadet nicht** (s. insoweit z.B. BFH BFH/NV 1998, 498; in der Sache bestätigt durch BFHE 194, 13 = BStBl II 2001, 520 = NJW-RR 2001, 1475; BFH BFH/NV 2005, 1972; Buciek DStZ 1999, 389; Offerhaus DStR 2001, 2093; Tipke/Kruse, AO, FGO, Vor § 118 AO Rn 11, 13f.; Beermann/Gosch, AO/FGO, § 78 AO Rn 60.5; Englisch, Bindende „tatsächliche“ und „rechtliche“ Verständigungen zwischen Finanzamt und Steuerpflichtigen, 2004, S. 23ff.).*

*Die Feststellung des FG, dass die Kl. eine Steuerneutralität erreichen wollte bzw. dass sie die Vereinbarung nicht abgeschlossen hätte, wenn sie die eine Gewerbesteuerbelastung auslösende Rechtslage (die auch erst durch die Revisionsentscheidung des erkennenden Senats im ersten Rechtszug endgültig geklärt wurde) zutreffend erkannt hätte, kann nicht als rechtserhebliche „Geschäftsgrundlage“ der Vereinbarung i.S. des § 313 BGB berücksichtigt werden: Die Motivationslage der Kl. vor dem Abschluss der Vereinbarung ist nicht schon deshalb eine von beiden Parteien getragene und damit gemeinschaftliche Grundlage der Vereinbarung, weil sie dem Finanzamt gegenüber offengelegt wurde. Vielmehr ist sie - wenn sie nicht Gegenstand eines ausdrücklichen Vorbehalts ist - alleine dem Risikobereich der Kl. zuzuweisen und nicht mittelbar Gegenstand der Vereinbarung (zur Unbeachtlichkeit eines Motivirrtums s. auch z.B. Englisch, S. 66; Buciek DStZ 1999, 389; Tipke/Kruse, Vorb. § 118 AO Rn 33a. E.; Beermann/Gosch, § 78 AO Rn 67).“ (BFH aaO).*

GG

### Zweitwohnungssteuer Studentenwohnung

SteuerR

Art. 105 IIa

(BVerwG in NVwZ 2009, 532; Urteil vom 17.09.2008 – 9 C 14/07)

**Länder und Gemeinden sind bundesrechtlich nicht gehindert, die Erhebung von Zweitwohnungssteuer an weitere** - verfassungsrechtlich durch Art. 105 IIa GG nicht gebotene - **Voraussetzungen zu knüpfen**, z.B. indem an die Erst- wie auch die Zweitwohnung gleiche Anforderungen gestellt werden.

- I. Die **Zweitwohnungsteuer** ist als **Aufwandsteuer i.S. von Art. 105 IIa GG** eine Steuer auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die in der Verwendung des Einkommens für den persönlichen Lebensbedarf zum Ausdruck kommt (BVerfGE 65, 325 = NJW 1984, 785 = NVwZ 1984, 302). Das **Innehaben einer weiteren Wohnung für den persönlichen Lebensbedarf** (Zweitwohnung) neben der Hauptwohnung ist ein **besonderer Aufwand**, der gewöhnlich die Verwendung von finanziellen Mitteln erfordert und in der Regel wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zum Ausdruck bringt. Es handelt sich dabei um einen Sachverhalt, der sich einerseits von der Inanspruchnahme einer Erstwohnung unterscheidet, die keinen besonderen, über die Befriedigung des allgemeinen Lebensbedarfs hinausgehenden Aufwand gem. Art. 105 IIa GG darstellt (vgl. BVerwG, Buchholz 11 Art. 105 GG Nr. 17, S. 5 = NVwZ 1992, 1098), andererseits aber keineswegs eine besonders aufwändige, luxuriöse Einkommensverwendung voraussetzt.

Die Steuerpflicht hängt nicht davon ab, dass die im Aufwand für eine Zweitwohnung zum Ausdruck gebrachte Leistungsfähigkeit im konkreten Fall tatsächlich vorliegt. Ausschlaggebendes Merkmal ist vielmehr der Konsum in Form eines äußerlich erkennbaren Zustandes, für den finanzielle Mittel verwendet werden. Der Aufwand im Sinne von Konsum ist typischerweise Ausdruck und Indikator der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, ohne dass es darauf ankäme, von wem und mit welchen Mitteln dieser finanziert wird und welchen Zwecken er des Näheren dient. Ob der Aufwand im Einzelfall die Leistungsfähigkeit überschreitet, ist für die Steuerpflicht unerheblich (so ausdrücklich BVerfGE 65, 325 = NJW 1984, 785 = NVwZ 1984, 302; BVerfGE 114, 316 = NJW 2005, 3556 = NVwZ 2006, 205).

- II. Jedoch sind die **Länder und Gemeinden**, die Zweitwohnungsteuer erheben dürfen, **bundesrechtlich nicht gehindert, das Vorliegen eines steuerbaren Aufwands an weitere** - verfassungsrechtlich nicht gebotene - **Voraussetzungen** zu knüpfen.

„Der Satzungsgeber darf innerhalb der ihm gesetzlich und verfassungsrechtlich gezogenen Grenzen bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen er Steuern erheben will. Ihm ist im Bereich des Steuerrechts eine weitgehende **Gestaltungsfreiheit** eingeräumt (vgl. BVerfGE 65, 325 = NJW 1984, 785 = NVwZ 1984, 302). In diesem Sinne macht die Zweitwohnungsteuersatzung des Bekl. in ihrer Auslegung durch das OVG die Steuerpflicht „überschießend“ davon abhängig, dass nicht nur eine als Hauptwohnung angemeldete Erstwohnung vorhanden ist, in der das Grundbedürfnis Wohnen befriedigt werden kann, sondern dass der Steuerpflichtige darüber hinaus Inhaber dieser Erstwohnung mit eigener Verfügungsbefugnis sein muss. Dies **verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz**. Der Satzungsgeber kann zu Gunsten der Steuerpflichtigen davon ausgehen, dass die im besonderen Aufwand der Inhabung einer Zweitwohnung zum Ausdruck kommende Leistungsfähigkeit typischerweise geringer ist, wenn nur die Zweitwohnung, nicht jedoch die Erstwohnung im Sinne einer Verfügungsbefugnis innegehabt wird, vielmehr dort lediglich die tatsächliche Möglichkeit besteht, das Grundbedürfnis Wohnen zu decken. Auch steht der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 I GG der Normierung unterschiedlicher Voraussetzungen für die Steuerpflicht in unterschiedlichen Körperschaften nicht entgegen. Denn **Art. 3 I GG gebietet eine Gleichbehandlung nur innerhalb des jeweiligen Rechtsetzungsbereichs** (vgl. BVerfGE 42, 20 = NJW 1976, 1835). Schließlich entfällt der für eine Aufwandsteuer verfassungsrechtlich gebotene örtliche Bezug nicht deshalb, weil die Inhaberschaft an der – ggf. außerhalb des Gemeindegebiets liegenden - Hauptwohnung ein Merkmal des Steuertatbestands in seiner Auslegung durch das OVG ist. Die Inhabung der Hauptwohnung wird dadurch nicht zum Gegenstand der Besteuerung, sondern zum Abgrenzungskriterium für eine Besteuerung der im Gemeindegebiet belegenen Zweitwohnung (vgl. BVerfGE 65, 325 = NJW 1984, 785 = NVwZ 1984, 302).“ (BVerwG aaO).

BGB  
§ 675

### Steuerberaterhaftung Anwendung des Anscheinsbeweises

SteuerR

(BGH in DB 2009, 729; Urteil vom 05.02.2009 – IX ZR 6/06)

**Fall:** Die Kl. nimmt den bekl. Steuerberater wegen eines Beratungsfehlers auf Schadensersatz in Anspruch. Der Bekl. hatte die Kl. über die steuerlichen Folgen des Verkaufs eines bebauten Grundstücks beraten. Danach veräußerte die Kl. das Grundstück zu einem Preis von 3,7 Mio. DM. Sie erzielte einen Buchgewinn von 1.452.229,07 DM, auf den Körperschaftsteuer in Höhe von 502.366,74 DM (256.856,16 €) anfiel.

Der Bekl. hat die Kl. falsch beraten. Er hat auf entsprechende Fragen des Geschäftsführers der Kl. erklärt, die durch die Veräußerung des Grundstücks aufgedeckten stillen Reserven könnten auf ein anderes Grundstück übertragen oder in eine Rücklage nach § 6b EStG eingestellt werden. Diese Möglichkeit bestand jedoch nicht, weil die Frist des § 6b IV 1 Nr. 2 EStG - wie der Bekl. hätte erkennen können - noch nicht abgelaufen war.

Darin liegt eine Schlechterfüllung des zwischen den Parteien bestehenden Beratungsvertrages. Die Kl. verlangt nunmehr Schadensersatz in Höhe der Körperschaftsteuer nebst Zinsen.

Entscheidungserheblich ist damit, ob die Kl. vom Abschluss des Grundstückskaufvertrages abgesehen hätte, wenn sie richtig beraten worden wäre.

- I. **Wie sich der Mandant bei vertragsgerechter Beratung verhalten hätte, zählt zur haftungsauslösenden Kausalität**, die der Mandant nach § 287 ZPO zu beweisen hat (BGHZ 129, 386; BGH WM 2006, 1736).

- II. Fraglich ist hier, ob sich die Kl. auf einen **Beweis des ersten Anscheins** berufen kann.

1. Im Rahmen von Verträgen mit rechtlichen oder steuerlichen Beratern **gilt die Vermutung, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, nur, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre**. Voraussetzung sind danach tatsächliche Feststellungen, die im Falle sachgerechter Aufklärung durch den Berater aus der Sicht eines vernünftigt urteilenden Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahe gelegt hätten (BGHZ 123, 311; BGH WM 2008, 946).

2. Die **Beweiserleichterung für den Mandanten gilt also nicht generell**. Sie setzt vielmehr einen Tatbestand voraus, bei dem der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beraters und einem bestimmten Verhalten seines Mandanten typischerweise gegeben ist, beruht also auf Umständen, die nach der Lebenserfahrung eine bestimmte tatsächliche Vermutung rechtfertigen (BGHZ 123, 311).

*„Dass im Mai 1999, als das Grundstück verkauft wurde, nur eine bestimmte Entscheidung möglich und wirtschaftlich vernünftig gewesen wäre, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Um beurteilen zu können, wie ein Mandant sich nach pflichtgemäßer anwaltlicher oder steuerlicher Beratung verhalten hätte, müssen die Handlungsalternativen geprüft werden, die sich ihm stellten; deren Rechtsfolgen müssen ermittelt sowie miteinander und mit den Handlungszielen des Mandanten verglichen werden. Dies ist im vorliegenden Fall unterblieben. Dem Berufungsurteil lässt sich nicht einmal entnehmen, welches Ziel die Kl. verfolgte. Festgestellt ist nur, dass die Kl. das Grundstück nicht zu veräußern brauchte, um ihre Liquidität aufrecht zu erhalten. Die Frage ist jedoch, warum es überhaupt verkauft werden sollte. Bleibt diese Frage offen, lässt sich auch die weitere Frage nach den Alternativen nicht beantworten, die sich der Klägerin stellten.“ (BGH aaO).*

3. Ein **typischer Geschehensablauf**, der Voraussetzung eines Anscheinsbeweises ist, **erfordert zunächst die Feststellung eines allgemeinen Erfahrungssatzes als einer aus allgemeinen Umständen gezogenen tatsächlichen Schlussfolgerung**, die dann auf den konkreten Sachverhalt angewendet werden kann. Geht es um den Zusammenhang von Pflichtverletzung des Beraters und dadurch verursachtem Schaden, muss die Entschließung des Mandanten folglich nach **allgemeiner Lebenserfahrung eine typische Folge der Pflichtverletzung des Beraters** darstellen.

*„Die Entscheidung darüber, ob und wann ein Grundstück verkauft werden soll, kann von so vielen unterschiedlichen Faktoren abhängen, dass sich jede abstrakte Festlegung (nur) eines typischen Geschehensablaufs verbietet. Ob und in welchem Umfang der Kaufpreis zu versteuern ist, ist nicht der einzige entscheidungsbildende Umstand bei der Entscheidung für oder gegen einen bestimmten Vertragsschluss, auch dann nicht, wenn kein zwingender Grund besteht, der einen Verkauf ge- oder verbietet. So kann der bei dem avisierten Verkauf zu erzielende Erlös über dem Verkehrswert zuzüglich der zu erwartenden Steuerbelastung liegen. Es kann sich um eine günstige Verkaufsgelegenheit für ein wenig marktgängiges Objekt handeln, von dem der Veräußerer sich trennen möchte (wenn auch nicht muss). Die Steuerrechtslage, an der sich die Beratung hätte orientieren müssen, kann Änderungen unterworfen sein, so dass ein Zuwarten unter diesem Gesichtspunkt Risiken birgt. Es kann eine Vielzahl von Gründen in der Person des Verkäufers geben, die für oder gegen den Abschluss des Vertrages sprechen (Aufgabe eines Geschäftszweigs, Verkleinerung des Betriebs, Erwerb einer neuen, kostengünstigeren, geeigneteren oder repräsentativeren Immobilie). Schließlich können rein persönliche Gründe (Wohnortwechsel, Scheidung, Alter) den Verkauf einer Immobilie nahelegen. Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens stellt eine Ausnahme zu dem allgemeinen Grundsatz dar, dass es keinen Anscheinsbeweis für individuelle Verhaltensweisen von Menschen in bestimmten Lebenslagen gibt (BGHZ 123, 311). Der Senat wendet sie mit gutem Grund nur mit Vorsicht an, nämlich nur in klar und eindeutig liegenden Ausgangslagen. Die Veräußerung eines Grundstücks gehört nicht dazu. Aus welchem Grund gerade die steuerrechtlichen Folgen der Veräußerung von so überragender Wichtigkeit sein sollen, dass sie - von Zwangslagen abgesehen - jedes andere Motiv verdrängen, begründet das angefochtene Urteil denn auch nicht.“ (BGH aaO).*

## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Föhlisch/Hoffmann:** Widerrufsfrist im Fernabsatz – Ungleichbehandlung von Online-Shops und eBay-Verkäufern? (NJW 2009, 1175)

**Problemstellung:** Im Rahmen des verbraucherrechtlichen Widerrufsrecht stellt sich die **Frage, zu welchem Zeitpunkt der Unternehmer den Verbraucher in Textform belehren muss**; die **Vertragskonstruktion ist bei eBay-Verkäufen** auf Grund der Formulierungen in § 10 eBay-AGB **abweichend vom sonst bei Fernabsatzgeschäften Üblichen**; dies hat - nach der derzeit wohl **herrschenden Rspr.** - vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Auswirkungen auf die Länge der verbraucherrechtlichen Widerrufsfrist und auf die Möglichkeit des Verkäufers, nach Ausübung des Widerrufsrechts Wertersatz für Verschlechterungen durch eine bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der vertragsgemäß gelieferten Kaufsache verlangen zu können; nach einem **Gesetzesentwurf** soll die Ungleichbehandlung zwischen eBay- und sonstigen Online-Geschäften zukünftig aufgehoben werden (Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbrauchercreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 5. 11. 2008, BT-Dr 16/11643, S. 66). - Die **aktuelle Gesetzesregelung** knüpft bei Verbraucherverträgen verschiedene Rechtsfolgen an die „Mitteilung“ bestimmter Informationen durch den Unternehmer für den Verbraucher „in Textform“; hierbei werden die **unterschiedlichsten Formulierungen zum maßgeblichen Zeitpunkt verwendet:** „rechtzeitig vor“ (§ 312c I 1 BGB), „spätestens bei“ (§§ 312d II, 357 III 1 BGB), „nach“ (§ 355 II 2 BGB), bezogen auf den Vertragsschluss (§§ 355 II 2, 357 III 1 BGB), die „Abgabe von dessen Vertragserklärung“ (§ 312c I 1 BGB: Erste Belehrung ohne Textformerfordernis; § 312 II 1 Nr. 1 BGB betr. Finanzdienstleistungen mit Textformerfordernis), die Erfüllung der Informationspflichten (§ 312d II BGB) oder die Lieferung (§ 356 III 2 BGB). - Mit der Einführung der **Monats-Widerrufsfrist in § 355 II 2 BGB** sollte es dem Unternehmer ermöglicht werden, durch Nachholung der Belehrung in Textform ein unbefristetes Widerrufsrecht zu verhindern; es besteht daher kein Schutzbedürfnis des Verbrauchers, ihn bei eBay-Käufen nur wegen der Unmöglichkeit, ihm im Moment des Vertragsschlusses die Widerrufsbelehrung in Textform zu übermitteln, besser zu stellen als bei gleichartigen Geschäften auf anderen Internet-Plattformen.

2. **Stöhr:** Psychische Gesundheitsschäden und Regress (NZV 2009, 161)

**Grds. ist zwischen einem seelischen Primärschaden und einem seelischen Folgeschaden zu unterscheiden:** Bei einem **haftungsbegründenden Primärschaden** muss die **Gesundheitsbeeinträchtigung selbst Krankheitswert** besitzen und dies **für den Schädiger vorhersehbar** sein; bei psychisch bedingten Folgewirkungen hingegen erstreckt sich die Haftung grds. auch auf die aus der primären Gesundheitsbeschädigung resultierenden Folgeschäden. - Der Schädiger kann sich grds. nicht darauf berufen, dass der psychische Schaden auf einer besonderen seelischen Labilität des Betroffenen beruht; er haftet also grds. immer dann, wenn der Geschädigte als direkt am Unfall Beteiligter eine psychische Schädigung erlitten hat. - Ist die Gesundheitsbeeinträchtigung dadurch entstanden, dass nicht unmittelbar am Unfall Beteiligte die Unfallerebnisse psychisch nicht verkraftet haben, so ist der Gesundheitsschaden dem Schädiger nicht zuzurechnen, denn hier handelt es sich dann um ein allgemeines Lebensrisiko, das jeder in Kauf nehmen muss. - Nahe **Angehörige eines Unfallopfers** können dadurch eine eigene Gesundheitsverletzung erleiden, dass das Miterleben des Unfalls oder die Nachricht von diesem Schockfolgen auslöst; diese werden dem Schädiger zugerechnet, wenn es sich um eine psychische Störung mit Krankheitswert handelt, die nach Art und Schwere deutlich über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgeht, denen nahe Angehörige bei Todesnachrichten erfahrungsgemäß ausgesetzt sind. - Bei der **Schadenshöhe** können **besondere psychische Gegebenheiten im Rahmen des Schmerzensgeldes und beim Erwerbsschaden von Bedeutung** sein. – Ein Sachverständiger muss anhand der geschilderten Symptome unabhängig von der medizinischen Bezeichnung durch eine Partei prüfen, ob eine Gesundheitsstörung mit Krankheitswert vorliegt.

3. **Martis/Enslin:** Aktuelle Entwicklungen im Verkehrszivilrecht (MDR 2009, 489)
4. **Herrlein:** Die Rspr. zur Wohnraummiete im zweiten Halbjahr 2008 (NJW 2009, 1250)
5. **Siebert:** Die Entwicklung des Erbrechts im Jahre 2008 (NJW 2009, 1121)
6. **Gärtner/Mark:** Wirksamkeit der Zustellung einer Klageschrift trotz fehlender Anlagen (MDR 2009, 421)

Nach Ansicht der Autoren **müssen Anlagen nicht zwingend mit einer Klageschrift zugestellt werden**, die gegenteilige Auffassung ist im Hinblick auf die zivilprozessuale Systematik kritisch zu betrach-

ten, sie wird weder von § 253 II ZPO noch von § 131 ZPO gestützt und ist auch mit dem Sinn und Zweck der Klagezustellung vereinbar. – Auch die **tatsächlichen Verteidigungsrechte des Zustellungsadressaten** ist **ausreichend Rechnung getragen**, wenn durch die Klageschrift der Streitgegenstand ausreichend konkretisiert ist und darauf die Verteidigung aufbauen kann. – Weitere Voraussetzungen sind gesetzlich nicht gefordert und damit als unzulässige Verfahrenshürde für den Kläger anzusehen. – Im Ergebnis ist damit eine Klagezustellung, bei der fehlerhafte Anlagen nicht mit zugestellt wurden, daher als zulässig und wirksam anzusehen.

#### 7. **Lunk:** Prozessuale Verwertungsverbote im Arbeitsrecht (NZA 2009, 457)

Die Frage, ob eine Überwachungsmaßnahme erlaubt war, stellt sich oftmals erst dann, wenn der Arbeitgeber daraus gewonnene Erkenntnisse zum Nachteil der überwachten Mitarbeiter verwendet; wehrt sich der Arbeitnehmer gegen die arbeitsrechtliche Sanktion, muss das mit der Sache befasste Gericht die Verwertbarkeit des belastenden Tatsachenmaterials beurteilen; ob und unter welchen Voraussetzungen jedoch auf rechtswidrige Weise gewonnene Erkenntnisse zu Gunsten des Arbeitgebers berücksichtigt werden dürfen, wird seit in arbeitsrechtlicher Lit. und Rspr. kontrovers diskutiert: Das BAG hat sich ausführlich mit dem Komplex der **prozessualen Verwertungsverbote** im Arbeitsrecht befasst und Stellung dazu genommen, ob ein Verwertungsverbot besteht, wenn bei der Gewinnung der Erkenntnisse Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verletzt wurden. - Allein **aus der Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats abgeleitete Verwertungsverbote werden in Zukunft in der arbeitsgerichtl. Rspr. seltener zu finden** sein, denn diese speziell im Bereich des Arbeitsrechts entwickelte Kategorie eines Beweisverwertungsverbots, deren Bedeutung in instanzgerichtlicher Rspr. und Lit. über die Jahre zugenommen hat, hat das BAG eine Absage erteilt und damit die Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als wesentlichem Ausgangspunkt für Verwertungsverbote unterstrichen. – Dieser Rspr. steht jedoch eine **Gegenentwicklung** entgegen, wonach **Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung nicht ein Beweis-, sondern ein Sachvortragsverwertungsverbot** bildet; obwohl ein anderer Senat des BAG dieses als eine besonders engen Voraussetzungen unterliegende Ausnahme deklariert, führt es in seiner Argumentation die Überlegungen zu Beweis- und Vortragsverwertungsverböten zusammen.

#### 8. **Rieble/Wiebauer:** Widerspruch (§ 613a VI BGB) nach Aufhebungsvertrag (NZA 2009, 401)

**Problemstellung:** Das **Widerspruchsrecht des § 613a VI BGB schützt den Arbeitnehmer vor dem aufgedrängten Arbeitgeber**; es kann aber - vor allem wenn die Widerspruchsfrist nicht läuft - **als umfassendes Instrument der Vertragsreue genutzt** werden; dies zeigt sich in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer beim Erwerber einen Aufhebungsvertrag (gegen Abfindung) schließt und danach den Widerspruch erklärt. – Eine **Fehlinformation nach § 613a V BGB führt grds. zu einem unbefristeten Widerspruchsrecht**; die **Verwirkung ist ein untaugliches Instrument zu dessen Begrenzung**. - Ausgeschlossen ist der Widerspruch, sobald das Arbeitsverhältnis endgültig beendet ist und auch dann, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsverhältnisübergang bestätigt. – Das Widerspruchsrecht aus § 613a VI 1 BGB gewährt ein **Wahlrecht zwischen zwei Rechtszuständen und im Ergebnis damit zwischen zwei Arbeitgebern**; die Entscheidung für den Erwerber ist daher kein Verzicht, sondern Ausübung des Wahlrechts. - Der Arbeitnehmer kann die Bestätigung nicht nur ausdrücklich erklären sondern auch konkludent, wenn er nur eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er den Erwerber als seinen neuen Arbeitgeber anerkennt; eine solche Erklärung liegt auch in einem Aufhebungsvertrag, den der Arbeitnehmer mit dem Erwerber schließt. - **Unterrichtungsfehler können eine Anfechtung der Bestätigung rechtfertigen**, wenn der Arbeitnehmer darlegt, dass er sich auf Basis vollständiger und richtiger Informationen für den Verbleib beim Veräußerer entschlossen hätte; scheidet eine Anfechtung aus, hat der Arbeitnehmer Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Unterrichtungspflicht.

#### 9. **Ganter:** Die Rspr. des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2008 (NZI 2009, 265)

## II. Strafrecht

#### 1. **Kondziela:** Staatsanwälte als Erfüllungsgehilfen der Musik- und Pornoindustrie? - Akteneinsicht in Filesharing-Verfahren (MMR 2009, 295)

**Problemstellung:** Die illegale Verbreitung von Musik- und Filmwerken sowie von (Unterhaltungs-) Software in Internet-Tauschbörsen beschäftigt die Zivil-, aber auch die Strafjustiz in zunehmendem Maße, denn **Rechteinhaber initiieren verstärkt strafrechtliche Ermittlungsverfahren, um nach deren Abschluss zivilrechtliche Ansprüche gegen (vermeintliche) Raubkopierer durchsetzen zu können**. - Die im Rahmen der **Prüfung von Akteneinsichtsgesuchen** nach § 406e II StPO erforderliche **Güterabwägung ist streng** vorzunehmen, damit das **Straf- und Strafprozessrecht** mit seinen einschneidenden Ermittlungs- und Sanktionsmöglichkeiten sich gerade in Zeiten knapper Ressourcen auf seine **Ultima-Ratio-Funktion** beschränken kann. - Das **Akteneinsichtsrecht des Verletzten** ist auch und gerade in Filesharing-Verfahren ein probates Mittel zur Verfolgung dessen zivilrechtlicher Interessen und gerade im Bereich des Urheberrechts **meist einziges Motiv der Strafanzeige**; da es jedoch in erheblichem Umfang die Belange des Beschuldigten oder Dritter berührt, kann es nur nach umfassender Interessenabwägung gewährt werden; dabei muss im Grundsatz von einem Widerstreit eines grundgesetzlich nicht geschützten Interesses an Akteneinsicht mit einer grundgesetzlich garantierten Position ausgegangen



werden, woraus tendenziell und in der Regel ein Vorrang des verfassungsrechtlich verbürgten Rechts folgen dürfte, zumal die mit der Akteneinsicht verfolgten zivilrechtlichen Ansprüche aus Störerhaftung von durchaus zweifelhafter Natur sind; da zudem die in die Abwägung einzubeziehende Stärke des Tatverdachts häufig gering ist und dem Verletzten neuerdings grds. ein zivilrechtlicher Auskunftsanspruch gegen die Provider zusteht, wird sich die **Gewährung der Akteneinsicht häufig als unverhältnismäßig darstellen; dies gilt im Hinblick auf den Erziehungsgedanken umso mehr, wenn die Beschuldigten Jugendliche oder Heranwachsende sind.**

2. **Knierim:** Fallrepetitorium zur Wohnraumüberwachung und anderen verdeckten Eingriffen nach neuem Recht (StV 2009, 206)
3. **Peters:** Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis (NStZ 2009, 238)
4. **Müller/Schmidt:** Aus der Rspr. zum Recht der Strafverteidigung 2008 (NStZ 2009, 251)

### III. öffentliches Recht

1. **Greve/Quast:** Gebührenerhebung versus Versammlungsfreiheit (NVwZ 2009, 500)

Nach der Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform I im Jahre 2006 sind die Länder im Unterschied zur vormalig bestehenden konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 I Nr. 3 GG a.F. **nunmehr für die Normierung des Versammlungsrechts zuständig** (Art. 70 GG); bis zum Inkrafttreten der Landesversammlungs-gesetze gilt dabei nach Art. 125a I GG die bisherige Bundesregelung fort. - Als **erstes Bundesland** hat **Bayern** im Juli 2008 ein **Versammlungsgesetz erlassen: Hiernach wird auf eine Gebührenerhebung auf Grund versamlungsbezogener Amtshandlungen (Auflage, Verbot) verzichtet** und diese kostenfrei gestellt; maßgebliche Begründung für diesen Umschwung ist die Entscheidung des BVerfG, in deren Folge eine Kostenregelung - so die Gesetzesbegründung - „nur noch theoretisch denkbar“ sei. - Diese Wertung ist freilich nicht zwingend, da sich das BVerfG in der Sache nicht festgelegt hat; vielmehr ist nach Ansicht des Autors davon auszugehen, dass der **Landesgesetzgeber in gewissen Grenzen die Erhebung von Gebühren im Zusammenhang mit der versamlungsrechtlichen Aufgabenerteilung vorsehen kann**, so dass durchaus zu erwarten ist, dass andere Bundesländer im Zuge des Erlasses von Landesversammlungs-gesetzen diese Option nutzen könnten.

2. **Düwel:** Gebührenschuldner kraft gewohnten Rechts (NVwZ 2009, 423)

Im Freistaat **Sachsen** ergibt sich die **gesetzliche Grundlage für die Inanspruchnahme des Grundstückseigentümers für Abfälle** aus den **§§ 3 I Nr. 2b, 9 I SächsKAG, § 43 AO** i.V. mit Vorschriften in der Abfallgebührensatzung, die den Grundstückseigentümer als Gebührenschuldner bestimmen: Grundstückseigentümer können deshalb als Vermieter von Grundstücken zu Abfallgebühren herangezogen werden, auch wenn sie den von dem Grundstück entsorgten Abfall in tatsächlicher Hinsicht nicht selbst erzeugt haben, denn **sie benutzen die Einrichtung der öffentlichen Abfallentsorgung als Besitzer der Abfälle i.S. von § 3 VI KrW-/AbfG; dies gilt nur dann nicht, wenn sich ihre tatsächliche Sachherrschaft über das Grundstück - etwa aus Gründen naturschutz- oder waldrechtlicher Betretungsrechte zu Gunsten der Allgemeinheit - nicht von derjenigen beliebiger anderer Personen unterscheidet**, was in der Konstellation der gewerblichen Nutzungsüberlassung von Grundstücken regelmäßig nicht der Fall ist; zutreffend qualifiziert vor diesem Hintergrund die **h. M. Grundstückseigentümer unabhängig davon, ob das Grundstück vermietet oder verpachtet ist, als Benutzer der öffentlichen und benutzungsgebührenpflichtigen Abfallentsorgungseinrichtung**. - Die in der Praxis auch des Freistaates Sachsen weit verbreitete Satzungs-gestaltung und Heranziehung von Grundstückseigentümern als Abfallgebührensuldner entspricht gewohntem Recht; die Herleitung von Gewohnheitsrecht zur Rechtfertigung dieser Praxis ist indes nicht erforderlich; beachtliche Gründe der **Verwaltungsvereinfachung** und **rechtssicheren Gebührenerhebung** sprechen zudem auch dafür, nicht Mieter oder sonst obligatorisch Berechtigte, sondern die Grundstückseigentümer zum Gebührenpflichtigen in der Satzung zu bestimmen.

3. **Zuck:** Die Verfassungsbeschwerde gegen Zwischenentscheidungen (AnwBl 2009, 332)

**Zwischenentscheidungen** sind solche **gerichtlichen Entscheidungen, die der die jeweilige Instanz abschließenden Endentscheidungen vorgehen**. - **Selbstständige Zwischenentscheidungen**, über die in der die Instanz abschließenden Entscheidung anders entschieden werden kann sind grds. mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar. - Für **unselbstständige Zwischenentscheidungen** gilt der allgemeine Grundsatz, dass, wenn einfachrechtliche Rechtsbehelfe nicht zur Verfügung stehen, diese nicht mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden können, wenn etwaige Verfassungsverstöße zusammen mit der Endentscheidung gerügt und noch korrigiert werden können. - Dies gilt dann nicht, wenn schon die Zwischenentscheidung einen **bedeutsamen rechtlichen Nachteil zur Folge** hat, der mit der das Verfahren abschließenden Endentscheidung nicht mehr korrigiert werden kann; in solchen

Fällen ist eine Verfassungsbeschwerde gegen Zwischenentscheidungen zulässig. – Gerade in **Strafsachen** hat dies, weil es zahlreiche Zwischenentscheidungen gibt, die endgültige Tatsachen schaffen, zu einer weitreichenden Zulässigkeit von hiergegen erhobenen Verfassungsbeschwerden geführt.

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

1. **Lemcke:** Abrechnung des Fahrzeugschadens - Das Vier-Stufen-Modell des BGH (NZV 2009, 115)
2. **Deckenbrock:** Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Rechtsverteidigungskosten bei unberechtigter Geltendmachung vertraglicher Ansprüche (NJW 2009, 1247)  
Bespr. der Entsch. BGH NJW 2009, 1262 = ZA 05/2009
3. **Vossler:** Kostenerstattung bei der außergerichtlichen Verteidigung gegen unberechtigte Forderungen (MDR 2009, 300)

Da die Regelungen der **§§ 91 ff. ZPO außerhalb eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses weder unmittelbar noch analog anwendbar** sind, setzt die Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten das Vorliegen einer materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage voraus. – Aufwendungsersatzansprüche gem. § 683 BGB scheiden aus, deliktische Ansprüche kommen nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht. – Besteht zwischen den Parteien eine **rechtliche Sonderverbindung**, kann diese **Grundlage für einen Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB** sein; aber auch in diesen Fällen wird eine Haftung wohl nur dann zu bejahen sein, wenn der Anspruchsteller die Sach- oder Rechtslage vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig falsch beurteilt hat; denn ansonsten würde die Inanspruchnahme entsprechend **§ 193 StGB durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt** sein; eine strengere Haftung auch für einfache Fahrlässigkeit ist nur dann angezeigt, wenn der zu Unrecht in Anspruch genommene seinerseits besonders schutzwürdig ist.

4. **Merten/Baumeister:** Der neue Versorgungsausgleich in der betrieblichen Altersversorgung (DB 2009, 957)
5. **Quaas:** Die Rspr. des Senats für Anwaltssachen des BGH im Jahre 2008 (BRAK-Mitt 2009, 42)
6. **Winkemann:** Realteilung von Freiberuflersozietäten - Steuerfalle Praxiswert (NJW 2009, 1308)

Bei der **Trennung einer Sozietät von Freiberuflern** besteht das wesentliche **steuerliche Risiko** in der **Besteuerung des Praxiswerts und des Mandantenstamms**. - Zu diesem Themenkomplex sind viele **Detailfragen** nach wie vor **ungeklärt**: Dies gilt z.B. für die genaue Abgrenzung von Praxiswert und Mandantenstamm; es ist deshalb dringend zu empfehlen, vor der Trennung steuerlichen Rat einzuholen, um einen möglichst sicheren Weg zu finden, dieses Steuerrisiko zu vermeiden oder zu reduzieren. - Die **Besteuerung des Praxiswerts und des Mandantenstamms droht insbesondere bei der fehlgeschlagenen Realteilung**, also in den Fällen, in denen auf die jeweilige Nachfolgesozietät kein Teilbetrieb, sondern einzelne Wirtschaftsgüter übergehen; gelingt es nicht, bereits vor der Beschlussfassung über die Trennung durch entsprechende Gestaltung Teilbetriebe zu schaffen, ist dies in den Konstellationen problematisch, in denen die Sozien nicht in den folgenden drei Jahren als Einzelanwälte tätig werden; in den Fällen, in denen die Sozien im Rahmen von Nachfolgeeinheiten tätig werden wollen, sollte in steuerlicher Hinsicht die Möglichkeit einer Fortführung der Sozietät bei Ausscheiden eines Teils der Sozien gegen Sachwertabfindung geprüft werden; kommt auch dies nicht in Betracht, sollte versucht werden, einen möglichst großen Teil der **stillen Reserven dem Mandantenstamm zuzuordnen**, da dieser zum einen in einem kürzeren Zeitraum **steuermindernd abgeschrieben** werden kann und zum anderen – was jedoch der Auffassung der Finanzverwaltung entgegensteht - argumentiert werden könnte, dass es infolge der Überführung in das Sonderbetriebsvermögen bei der Nachfolgesozietät nicht zu einer Besteuerung kommt.

Überreicht durch:

# Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

---

**Mai 2009**

---

## A. Aus der Gesetzgebung:

### Das Dienstrechtsneuordnungsgesetz

Gesetz zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts vom 05.02.2009 – DNeuG (BGBl I, 160)

#### I. Allgemeines

Mit dem Dienstrechtsneuordnungsgesetz werden die geltenden Regelungen für Status, Besoldung und Versorgung der Beamten, Richter und Soldaten im Bundesbereich neu gefasst und fortentwickelt.

Die Neuregelungen des Gesetzentwurfs werden nur für die Empfängerinnen und Empfänger von Besoldungs- und Versorgungsbezügen des Bundes gelten. Die Beamten, Richter sowie Versorgungsempfänger der Länder und Gemeinden werden in Konsequenz der ersten Stufe der Förderalismuskommission nicht erfasst; für sie gilt das bisherige Recht unverändert weiter, soweit es nicht durch Landesrecht abgelöst wird.

#### II. Die Neuregelungen im Überblick

##### 1. Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit des öffentlichen Dienstes

Im Bundesbundesbeamtengesetz werden die Möglichkeiten erweitert, Bewerber mit langjähriger geeigneter Berufserfahrung außerhalb des öffentlichen Dienstes in einem höheren Amt als dem Eingangsamts einzustellen. Für alle Laufbahnen werden einheitliche Probezeiten eingeführt und die Anforderungen an die Bewährung in der Probezeit stärker am Leistungsprinzip ausgerichtet.

- Das Laufbahnsystem wird neu gestaltet. Es bietet die Grundlagen für eine drastische Reduzierung der bestehenden Laufbahnen.
- Jede Berufsqualifikation bzw. jeder Hochschulabschluss kann künftig einer Laufbahn zugeordnet werden.
- Die Entwicklungen im Hochschulbereich (sog. Bologna-Prozess) werden durch Anerkennung von Bachelor- und Masterabschlüssen berücksichtigt.
- Bewerber mit verwaltungsexternen und -internen Qualifikationen werden gleichgestellt.
- Bewerber mit geeigneter Berufserfahrung oder besonderen Qualifikationen können ohne Beteiligung des Bundespersonalausschusses in einem höheren Amt als dem Eingangsamts eingestellt werden.

##### 2. Stärkung des Leistungsprinzips

- Die Probezeit wird für alle Laufbahnen einheitlich auf drei Jahre festgelegt; die Anforderungen an die Bewährung während der Probezeit werden erhöht.
- Das jährliche Budget für die Leistungsbezahlung in Höhe von 31 Mio. Euro wird im Bundesbesoldungsgesetz festgeschrieben; es ist verbunden mit einer Pflicht, es für die Honorierung von Spitzenleistungen zu nutzen.
- Die Prämie für Teamleistungen wird erhöht.

##### 3. Abschaffung des Senioritätsprinzips in der Besoldung und neue Grundgehaltstabellen ab 1. Juli 2009

- Das bisher bestehende Senioritätsprinzip im Besoldungssystem, in dem der Gehaltszuwachs an das steigende Lebensalter gebunden war, wird abgeschafft. Künftig orientiert sich die Gehaltsentwicklung an Leistung und Erfahrung.
- Die Grundgehaltstabelle der Besoldungsordnung A wird neu gestaltet. Das bisherige System des sog. Besoldungsdienstalters wird durch eine altersunabhängige, an beruflichen Dienstzeiten orientierte Tabellenstruktur mit einheitlich acht Stufen ersetzt.

- Der Aufstieg in den Stufen des Grundgehaltes erfolgt nach Erfahrungszeiten im Zwei-, Drei- und Vierjahresrhythmus; damit wird der zu Beginn der beruflichen Tätigkeit in der Regel schnellere Erfahrungszuwachs berücksichtigt. Berufliche Erfahrungen innerhalb und außerhalb des öffentlichen Dienstes sowie zusätzliche Qualifikationen werden angerechnet und können zu einem Stufeneinstieg in einer höheren Stufe führen.
- Für den Aufstieg kommt es auf Leistung an. Nicht anforderungsgerechte Leistungen können zu einem Verbleiben in der bisherigen Stufe des Grundgehaltes führen.
- Bei den Soldaten werden die Besonderheiten ihres Werdegangs berücksichtigt.
- Die neue Grundgehaltstabelle der Besoldungsordnung A hält am bisherigen Bezüge- und Einkommensniveau fest.
- Die Grundgehaltstabellen der einzelnen Besoldungsordnungen werden vereinfacht: Bislang separat ausgewiesene Beträge und die bisher als Jahresbetrag gezahlte Jahressonderzahlung („Weihnachtsgeld“) werden in das Grundgehalt integriert. Für den derzeit gezahlten Teil der Sonderzahlung wird dies zum 1. Juli 2009, dem Stichtag der Einführung der neuen Grundgehaltstabellen, wirksam. Für den Teil der Sonderzahlung, der von 2006 bis 2010 als Beitrag der Beamten und Versorgungsempfänger zur Haushaltskonsolidierung verwandt wird, wird dies zum 1. Januar 2011 wirksam.

#### 4. Ausbau familienfreundlicher Regelungen

Das DNeuG baut die bestehenden familienfreundlichen Beschäftigungsbedingungen aus:

- Die Höchstdauer für eine Beurlaubung ohne Besoldung bei Kinderbetreuung oder Pflege von Angehörigen wird von 12 auf 15 Jahre erhöht. Damit werden die Rahmenbedingungen für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf verbessert.
- Um auch Beamten mit Familienpflichten eine Ausbildung zu ermöglichen, ist Teilzeit während des Vorbereitungsdienstes möglich.
- Im Interesse familienfreundlicher Rahmenbedingungen wird zur Berücksichtigung der Situation kinderreicher Beamtenfamilien der sog. Kinderzuschlag für dritte und weitere Kinder um jeweils 50 Euro erhöht.

#### 5. Anpassung an demographischen Wandel

- Die Regelaltersgrenze für die Beamten des Bundes wird ab 2012 stufenweise um 2 Jahre von 65 auf 67 Jahre erhöht. Die Anhebung ist 2029 abgeschlossen.
- Die besonderen Altersgrenzen der Polizeivollzugsbeamten des Bundes, der Feuerwehr der Bundeswehr sowie der Berufssoldaten werden ebenfalls um 2 Jahre angehoben.
- Beamte mit 45 Dienstjahren können weiterhin mit dem 65. Lebensjahr ohne Abschlag in den Ruhestand treten.
- Die Altersgrenze, bei deren Erreichen Beamten auf eigenen Antrag in den Ruhestand versetzt werden können (Antragsaltersgrenze), bleibt unverändert bei 63 Jahren. Der maximale Versorgungsabschlag kann künftig 14,4 % des Ruhegehaltes betragen.
- Zur Vermeidung von Frühpensionierungen werden die Maßnahmen zur Aufrechterhaltung und Wiederherstellung der Dienstfähigkeit der Beamten verstärkt, der Grundsatz „Rehabilitation vor Versorgung“ wird verbindlich festgeschrieben.

#### 6. Weitere Maßnahmen

- Beamte haben künftig einen gesetzlichen Anspruch auf eine Versorgungsauskunft.
- Die Regelungen zu den Hinzuverdienstgrenzen für Ruhestandsbeamte werden entsprechend dem Rentenrecht angepasst.
- Eine Revisionsklausel stellt sicher, dass sich gesetzliche Rente und Beamtenversorgung des Bundes auch künftig parallel entwickeln.

## B. Aus der Rechtsprechung

BGB  
§§ 313, 346 ff.

**Leasingvertrag**  
**Rückabwicklung folgt dem Rücktrittsrecht**

BGB

(OLG Frankfurt a.M. in OLG R 2009, 157; Urteil vom 14.01.2009 – 17 U 223/08)

Die **Rückabwicklung von Leasingverträgen richtet sich** seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes **nach dem Rücktrittsrecht** und nicht mehr nach Bereicherungsrecht.

„Die Maßgeblichkeit des Rücktrittsrechts [ergibt sich] aus der **eindeutigen Regelung des § 313 III 1 BGB**, wonach der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten kann, wenn bei einem Fehlen der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist. Danach haben die Parteien die von ihnen empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren (§ 346 I BGB).

Dem steht nicht entgegen, dass nach **§ 313 III 2 BGB** bei Dauerschuldverhältnissen an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung tritt: Zwar ist es richtig, dass eine **Kündigung grundsätzlich nur ex nunc wirkt**, so dass bei **wörtlicher Anwendung des § 313 III 2 BGB** im Falle von Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung ex tunc auch dann ausgeschlossen wäre, wenn die Geschäftsgrundlage nicht erst während der Vertragslaufzeit weggefallen ist, sondern wie im Falle der Wandlung des Kaufvertrages wegen einer zur Zeit der Übergabe an den Leasingnehmer mangelhaften Leasing Sache von Anfang an gefehlt hat (so Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl. 2004, Rn 1851). Doch zwingt § 313 III 2 BGB nicht zu der Annahme, dass bei Dauerschuldverhältnissen ausnahmslos ein Kündigungsrecht an die Stelle des Rücktrittsrechts tritt. Ein **Rücktrittsrecht** kommt nach der Rspr. zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen vielmehr **auch dann** in Betracht, **wenn ein berechtigtes Interesse der Partner besteht, bereits erbrachte Leistungen rückgängig zu machen oder wenn eine vollständige Rückabwicklung unschwer möglich und nach der Interessenlage sachgerecht ist** (BGH NJW 2002, 1870; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl. 2009, § 314 Rn 12). An der bisherigen Rspr. sollte die Neufassung des § 313 III BGB ebenso wie die des § 314 BGB ausweislich der Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz insofern aber gerade nichts ändern (BT-Drucks. 14/6040, S. 176 f. Vgl. auch Wolf/Eckert/Ball aaO, Rn 1851 m. w. N.).

Die Interessenlage, bei der hiernach ein Rücktritt durch das Kündigungsrecht gem. § 313 II 2 BGB nicht ausgeschlossen wird, besteht gerade dann, wenn die überlassene Sache von vornherein mangelhaft ist. Dadurch, dass der Leasingnehmer aufgrund der ihm abgetretenen Rechte des Leasinggebers dem Verkäufer gegenüber wirksam vom Vertrag gemäß § 437 Nr. 2 BGB zurücktrat, fehlte dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage i. S. von § 313 II BGB von Anfang an (vgl. BGHZ 109, 139; Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl. 2009, § 535 Rn 58).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO).

**BGB**  
§§ 151, 307 I, 308 Nr. 4

### **Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlung betriebliche Übung**

ArbR

(BAG in MDR 2009, 513; Urteil vom 21.01.2009 – 10 AZR 219/08)

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien in einem **Formulararbeitsvertrag** die Zahlung eines monatlichen Bruttogehalts und weist der Arbeitgeber darauf hin, dass die Gewährung sonstiger Leistungen, wie z.B. die Zahlung von Weihnachtsgeld freiwillig und mit der Maßgabe erfolgt, dass **auch bei einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet** wird, so entsteht **kein Anspruch auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung**. Dies **gilt selbst dann, wenn** der Arbeitnehmer **jahrelang Weihnachtsgeld** in Höhe eines halben Bruttomonatsgehalts **erhält**.

- I. In der **Rspr. des BAG** ist anerkannt, dass ein Freiwilligkeitsvorbehalt, der sich nicht in dem bloßen Hinweis erschöpft, dass sich der Arbeitgeber „freiwillig“ zur Erbringung der Leistung verpflichtet, ohne dazu durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Gesetz gezwungen zu sein (BAGE 103, 151 = NZA 2003, 557 = NJW 2003, 2043), wirksam das Entstehen eines Rechtsanspruchs des Zuwendungsempfängers auf künftige Sonderzahlungen hindern kann (BAGE 94, 204 = NZA 2001, 24; BAG NZA 2000, 944; BAG NZA 1996, 1028 = NJW 1997, 213). Der Arbeitgeber kann außer bei laufendem Arbeitsentgelt (vgl. BAGE 122, 182 = NZA 2007, 853) grds. einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine in Aussicht gestellte Sonderzahlung ausschließen und sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewährt.

st. Rspr., vgl. BAG NZA 2008, 40 = NJW 2008, 680; BAGE 103, 151 = NZA 2003, 557 = NJW 2003, 2043; BAGE 94, 204 = NZA 2001, 24

**Daran hat BAG auch nach** dem Inkrafttreten des **Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts** am 01.01.2002 **festgehalten**, mit dem die Bereichsausnahme des § 23 I AGBG aufgegeben wurde. Er hat angenommen, der Arbeitgeber sei auf Grund eines klaren und verständlichen Freiwilligkeitsvorbehalts in einem Formulararbeitsvertrag, der einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine Sonderzahlung eindeutig ausschließt, grds. in seiner Entscheidung frei, ob und unter welchen Voraussetzungen er zum laufenden Arbeitsentgelt eine zusätzliche Leistung gewährt.

BAG NZA 2008, 1173 = NJW 2008, 3592; BAG NZA 2008, 40 = NJW 2008, 680; BAG NZA 2007, 1424 = NJW 2007, 3801; BAG NZA 2007, 687

- II. Bei einem **klar und verständlich formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt**, der jeden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung ausschließt, **fehlt es an einer versprochenen Leistung i.S. von § 308 Nr. 4 BGB**. Dies gilt auch dann, wenn die Sonderzahlung ausschließlich im Bezugszeitraum geleistete Arbeit zusätzlich vergütet.

„Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung der Sonderzahlung wird auch in diesem Fall nicht eingeschränkt oder sonst verändert. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung der Sonderzahlung wird unabhängig von dem mit der Sonderzahlung verfolgten Zweck von vornherein nicht begründet. Es **mangelt an einem Angebot des Arbeitgebers i.S. von § 151 BGB**, das der Arbeitnehmer annehmen könnte. Mit Formulierungen, dass aus der Leistung einer Sonderzahlung keinerlei Rechte hergeleitet werden können oder wiederholte Zahlungen keinen Rechtsanspruch für die Zukunft begründen, macht der Arbeitgeber hinreichend deutlich, dass er gerade keine Rechtsfolge im Sinne einer Erfüllungspflicht herbeiführen will. Deshalb verstößt ein Freiwilligkeitsvorbehalt, der einen Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung ausschließt, auch nicht gegen den allgemeinen Grundsatz „pacta sunt servanda“ (Verträge sind einzuhalten), weil es zu keiner verbindlichen Zusage der Sonderzahlung gekommen ist. Ein Anspruch entsteht nur auf die jeweils zugesagte Sonderzahlung. Mit der Zahlung erlischt dieser Anspruch.“ (BAG aaO).

III. Der in einem Formulararbeitsvertrag vereinbarte Freiwilligkeitsvorbehalt ist auch nicht gem. § 307 I 1 BGB unwirksam.

„Er verstößt nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB. Der **Wortlaut der Vorbehaltsklausel ist eindeutig**. Er schließt einen Rechtsanspruch auf Weihnachtsgeld aus. Diese klare und verständliche Regelung steht auch nicht zu anderen Abreden der Parteien in Widerspruch.“ (BAG aaO).

BGB  
§§ 197 II, 195

**titulierter Unterhalt**  
**Verjährung**

BGB

(LG Naumburg in MDR 2009, 393; Beschluss vom 09.07.2008 – 3 WF 139/08)

Der im Urteil **rechtskräftig festgestellte Unterhaltsanspruch**, der zum Zeitpunkt des Urteils noch nicht fällig ist, **verjährt** als künftig fälliger Anspruch **in der Verjährungsfrist der §§ 197 II, 195 BGB**.

„Nach § 197 I Nr. 2 BGB verjähren **rechtskräftig festgestellte familienrechtliche Ansprüche**, also auch Ansprüche auf Zahlung von Kindesunterhalt, soweit nichts anderes gilt, in **dreißig Jahren**. Abweichend hiervon bestimmt § 197 II BGB, dass jedoch die kürzere reguläre dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB für diejenigen familienrechtlichen Ansprüche des § 197 I Nr. 2 BGB gilt, die künftig fällig werdende, regelmäßig wiederkehrende Leistungen, also auch künftige Unterhaltsansprüche, zum Inhalt haben.“ (LG Naumburg aaO).

BGB  
§§ 1361, 1624, 242

**Unterhaltsverzicht**  
**zulässige Vollstreckung aus Unterhaltstitel**

BGB

(OLG Zweibrücken in NJW-RR 2009, 4; Beschluss vom 21.08.2008 – 6 UF 19/08)

Selbst wenn der trennungsunterhaltsberechtigte **Ehegatte auf seine Rechte** aus dem entsprechenden Unterhaltstitel **verzichtet**, weil er über ausreichende Einkünfte aus Berufstätigkeit verfügt, kann er **gleichwohl aus dem Titel vollstrecken, wenn später wieder Bedürftigkeit eintritt**.

„Gem. den §§ 1361 IV 4, 1360a III, 1614 I BGB ist ein **Verzicht auf künftige Trennungsunterhaltsansprüche**, so sie denn materiell-rechtlich dem Grunde nach bestehen, **gesetzlich nicht zulässig** und somit unwirksam. Zwar wird durch einen Vollstreckungsverzicht grundsätzlich der Bestand des materiell-rechtlichen Anspruchs, der vollstreckt werden soll, nicht berührt. Da der Vollstreckungsverzicht im Ergebnis jedoch wie der Verzicht auf den materiellen Anspruch selbst wirkt, sind die genannten Vorschriften entsprechend anzuwenden.

Der Senat teilt nicht die Ansicht der Kl., der Bekl. habe den Titel endgültig verloren und müsse seinen - materiell-rechtlich weiter bestehenden - Unterhaltsanspruch erneut einklagen. Dies widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB.“ (OLG Zweibrücken aaO).

BGB  
§ 249

**Regulierung eines Kfz-Schaden**  
**Berücksichtigung von Bruttoreparaturkosten**

BGB

(BGH in NJW 2009, 1340; Urteil vom 03.03.2009 – VI ZR 100/08)

Kommt es beim **Kfz-Haftpflichtschaden** für den Umfang des Schadensersatzes darauf an, ob die vom Sachverständigen kalkulierten Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert übersteigen, ist **grds. auf die Bruttoreparaturkosten abzustellen**.

„Aus § 249 II 2 BGB, wonach Umsatzsteuer nur dann verlangt werden kann, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist, ergibt sich nichts Abweichendes: Die Vorschrift besagt nur, dass **im Fall fiktiver Schadensabrechnung der auf die Umsatzsteuer entfallende Betrag nicht zu ersetzen ist**. Nach der **gesetzlichen Wertung** käme es zu einer **Überkompensation**, wenn der Geschädigte fiktive Umsatzsteuer auf den Nettoschadensbetrag erhielte (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 13; BGHZ 158, 388 = NJW 2004, 1943), was auch im Fall eines Totalschadens (BGHZ 158, 388 = NJW 2004, 1943) und bei konkreter Schadensabrechnung nach der Ersatzbeschaffung eines Fahrzeugs (BGHZ 164, 397 = NJW 2006, 285) gilt. Um die Verhinderung einer Überkompensation geht es bei der vorliegenden Fragestellung indes nicht. Vielmehr geht es um eine wertende Betrachtung, unter welchen Umständen eine Reparatur des total beschädigten Fahrzeugs noch als ausreichend wirtschaftlich angesehen werden kann, damit dem Schädiger eine Belastung mit den Kosten zuzumuten ist.

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, es verstoße gegen das **Gleichheitsgebot** (Art. 3 GG), die Bruttoreparaturkosten als Vergleichsmaßstab heranzuziehen, weil von unterschiedlichen Ergebnissen auszugehen sei je nachdem, ob der Geschädigte vorsteuerabzugsberechtigt sei oder nicht. Zwar kann die Vorsteuerabzugsberechtigung bei der Schadensberechnung zu beachten sein (vgl. BGH NJW 1972, 1460 = VersR 1972, 772; VersR 1982, 757). Es kann auch unterstellt werden, dass im Fall eines vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten die Netttoreparaturkosten als Vergleichsmaßstab herangezogen werden können, was hier nicht zu entscheiden ist. Indes dient das Schadensrecht dem Ersatz des dem jeweiligen Geschädigten jeweils konkret entstandenen Schadens. Deshalb ist die **Schadensberechnung an den konkreten Umständen auszurichten** und kann von daher im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.“ (BGH aaO).



