



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

41. Jahrg.

Mai 2016

Heft 05

Aus dem Inhalt

- BGH:** Kosten der Halteranfrage bei Parkverstoß
- BGH:** Drittschadensliquidation bei mangelhafter Architektenleistung
- BGH:** Tanken ohne Bezahlung
- OVG Berlin-Bbg:** Ausstellung menschlicher Plastinate
- BGH:** Verletzung rechtlichen Gehörs durch Übergehen von Anträgen
- OLG Bremen:** Beschränkungen der Presseberichterstattung im Strafprozess
- OVG Saarlouis:** Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Schadensersatzklage



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreise: vierteljährlich 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten
Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Brandaktuell

BVerfG: Meinungsfreiheit
(Recht auf Gegenschlag)..... 1

Zivilrecht

BGH: Parkverstoß und Zustandsstörer
(Rechtsprechungsänderung zu Kosten der Halteranfrage)..... 2

BGH: Drittschadensliquidation
(Mangelhafte Architektenleistung)..... 6

Strafrecht

BGH: Vorbereitung eines Explosionsverbrechens
(Gasgemisch als Sprengstoff)..... 8

BGH: Tanken ohne Bezahlung
(Gefährdung des Straßenverkehrs)..... 11

Öffentliches Recht

OVG Berlin-Bbg: Ausstellung menschlicher Plastinate
(Wissenschaftsfreiheit und Menschenwürde)..... 13

OVG Bremen: Äußerungen eines Amtsträgers über Religionsverein
(Anspruch auf Unterlassung)..... 17

Kurzauslese I

BGH: Betriebskosten
(Rechtsprechungsänderung zur Angabe bereinigter „Gesamtkosten“)..... 21

OLG Hamm: Wegrollender Einkaufswagen
(Haftung des Ladenbetreibers)..... 22

BGH: Anforderungen an Anlage der Mietkaution
(Anfängliche Offenlegung der Treuhand)..... 23

BGH: Berechtigtes Entfernen vom Unfallort
(Eigenverletzung)..... 23

BGH: Kenntnis von Lagerung von BtM in der Wohnung
(Keine Strafbarkeit wegen Beihilfe)..... 23

BGH: Widerstand gegen Vollstreckungsfahrzeug
(Nicht bei bloßer Flucht vor Polizei)..... 24

BVerwG: Waffenrechtliches Bedürfnis
(Bewachungsunternehmer)..... 24

BVerwG: Vergnügungssteuer
(Betrieb einer Spielhalle)..... 25

VG Bremen: Abschleppkosten
(Keine Pflicht zur Halterermittlung in Wohnstraße)..... 25

BVerwG: Einziehung eines ungültigen Personalausweises
(Folgenbeseitigungsanspruch)..... 25

BVerwG: Parteienwerbung und Pressefreiheit
(Kein Kontrahierungszwang privater Presseorgane ggü. politischen Parteien)..... 27

Zivilrecht

BGH: Lauf der Berufungsfrist
(Zustellung beglaubigter Urteilsabschrift statt Urteilsausfertigung)..... 27

BGH: Übergehen von Anträgen
(Verletzung rechtlichen Gehörs in der Berufung)..... 30

Strafrecht

LG Bad Kreuznach: Durchsuchung eines anwaltlichen Mobiltelefons
(Eingrenzung der Verbindungsdaten)..... 32

OLG Bremen: Beschränkungen der Presseberichterstattung
(Sitzungspolizeiliche Anordnungen und Hausrecht)..... 34

Öffentliches Recht

OVG Saarlouis: Vorbereitung einer Schadensersatzklage
(Fortsetzungsfeststellungsinteresse)..... 38

Inhaltsverzeichnis

OVG Münster:	Anhörungsrüge (Zweck und Voraussetzungen).....	41
Kurzauslese II		
LG Berlin:	Räumungsverfügung gegen Zimmer-Untermieter (Nur wegen überlassener Räume).....	44
BGH:	Inhaltliche Anforderung an die Berufungsbegründung (Verhältnis von Berufung und Tatbestandsberichtigung).....	44
BGH:	Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (Tod eines eingetragenen Gesellschafters).....	45
BGH:	Notwendiger Inhalt einer Berufungsbegründung (Darlegung von Rechtsverletzung und Erheblichkeit).....	45
BGH:	Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakt (Berichtigung gerichtlichen Eingangsstempels).....	45
OLG Hamm:	Verfolgungsverjährung (Unterbrechung durch Anordnung der Anhörung).....	47
LG Braunschweig:	Kosten der Nebenklage (Rücknahme des Einspruchs gegen Strafbefehl).....	47
BGH:	Aussetzung der Hauptverhandlung (Nicht ordnungsgemäß mitgeteilte Anklageschrift).....	48
OVG Münster:	Ordnungsgemäße Rechtsmittelbelehrung (Anforderungen an Form und Inhalt).....	49
BVerwG:	Rechtsschutzbedürfnis für einen Normenkontrollantrag (Änderung eines planungsrelevanten Abwägungspostens).....	50
BVerwG:	Rechtsweg zu staatlichen Gerichten (Geltendmachen von kirchenrechtlichen Ansprüchen).....	50
Speziell für Rechtsanwälte und Notare		
Gebühren und Kosten		
BGH:	Verzinsung des Kostenerstattungsanspruchs (Beginn der Verzinsung bei Klagerücknahme).....	51
OLG Hamburg:	Terminsgebühr bei Anerkenntnis (Teilurteil im schriftlichen Verfahren).....	52
BGH:	Vergütungsvereinbarung (Formbedürftigkeit).....	52
VGH Kassel:	Verbindung zur gemeinsamen Verhandlung (Gesonderte Terminsgebühr).....	53
Aus der Praxis		
BGH:	Rechtsausführungen im Zivilprozess (Umfang anwaltlicher Pflichten).....	54
BGH:	Wiedereinsetzung wegen Fristversäumnis (Wiederholte Fehler des Büropersonals).....	54
OLG Stuttgart:	Bestellung als Pflichtverteidiger (Besonderes Vertrauensverhältnis).....	55
BGH:	Fristenkontrolle (Organisation der Prüfung von Faxsendeberichten).....	55
Steuerrecht		
BFH:	Mitunternehmerstellung (Freiberuflerpraxis).....	57
BFH:	Beschränkte Erbenhaftung (Vom Nachlassverwalter verursachte Steuerschulden).....	57
BFH:	Einkünfte aus Kapitalvermögen (Testamentarisch angeordnete Verzinsung eines Vermächtnisanspruchs).....	58
BFH:	Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (Entfernungspauschale).....	59
Weitere Schrifttumsnachweise:		60

Brandaktuell

GG

Meinungsfreiheit

VerfR

Art. 5 I 1

Recht auf Gegenschlag

(BVerfG in http://www.bverfg.de/e/rk20160310_1bvr284413.html;
Beschluss vom 10.03.2016 – 1 BvR 2844/13)

Fall: Der Kläger des Ausgangsverfahrens war mit der Beschwerdeführerin liiert, bis sie ihn Anfang 2010 wegen Vergewaltigung und gefährlicher Körperverletzung anzeigte. Im darauffolgenden Strafprozess vor dem Landgericht wurde der Kläger freigesprochen, da ihm eine Straftat nicht nachgewiesen werden konnte. Am Tag des Freispruchs sowie am Tag darauf äußerten sich die Anwälte des Klägers in Fernsehsendungen über die Beschwerdeführerin. Etwa eine Woche nach der Verkündung des freisprechenden Urteils erschien zudem ein Interview mit dem Kläger, in dem er über die Beschwerdeführerin sprach. Daraufhin gab auch die Beschwerdeführerin ein Interview, das eine Woche nach der Veröffentlichung des Interviews mit dem Kläger erschien. In der Folgezeit beehrte der Kläger von der Beschwerdeführerin die Unterlassung mehrerer Äußerungen, die sie im Rahmen dieses Interviews gemacht hatte, unter anderem die Äußerung "wer mich und ihn kennt, zweifelt keine Sekunde daran, dass ich mir diesen Wahnsinn nicht ausgedacht habe". Das Landgericht verurteilte die Beschwerdeführerin antragsgemäß. Die Berufung zum Oberlandesgericht und die Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof blieben ohne Erfolg. Anschließend legte die Beschwerdeführerin Verfassungsbeschwerde gegen die Gerichtsentscheidungen ein und rügte im Wesentlichen die Verletzung ihrer Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG). Zu Recht?

Das BVerfG hat der Verfassungsbeschwerde stattgegeben. Es hat die Entscheidung des OLG aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

I. Eröffnung des Schutzbereichs

*„Die Urteile ... berühren den **Schutzbereich der Meinungsfreiheit** der Beschwerdeführerin. Die Einordnung der Äußerungen als Werturteile und Tatsachenbehauptungen ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Gerichte sind zutreffend davon ausgegangen, dass auch die als **Tatsachenbehauptungen** eingeordneten Äußerungen durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit geschützt sind, da sie **Voraussetzung für die Bildung von Meinungen** sind (vgl. BVerfGE 54, 208 [219]; 61, 1 [8]; 85, 1 [15]). Die Tatsachenbehauptungen sind nicht erwiesen **unwahr**. Im Strafverfahren konnte nicht geklärt werden, ob die Angaben der Beschwerdeführerin oder die des Klägers der Wahrheit entsprechen. Nach dem Freispruch des Klägers stellen sich deshalb **die verschiedenen Wahrnehmungen als subjektive Bewertungen** eines nicht aufklärbaren Geschehens dar, die nicht als Tatsachenbehauptungen, sondern als Meinungen zu behandeln sind.“* (BVerfG aaO.)

II. Verletzung des Grundrechts

Durch das Verbot der Tötung betreffender Äußerungen wird in den Schutzbereich eingegriffen. Sollte dieser Eingriff nicht gerechtfertigt sein, so liegt eine Grundrechtsverletzung vor.

1. Beschränkbarkeit

*„Die Meinungsfreiheit ist **nicht vorbehaltlos gewährleistet**, sondern findet gemäß Art. 5 II GG ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen. Zivilrechtliche Grundlage zur **Durchsetzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** im Wege eines Unterlassungsanspruches ist hier § 1004 I 2 BGB analog i.V.m. § 823 BGB. Die Anwendung dieser verfassungsrechtlich unbedenklichen Vorschriften ist Sache der hierfür zuständigen Zivilgerichte. Doch müssen diese die **betreffenden Grundrechte interpretationsleitend berücksichtigen** und ihrer Bedeutung und Tragweite Rechnung tragen, damit der wertsetzende Gehalt der Grundrechte auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 114, 339 [348] m.w.N.; st. Rspr). Die Gerichte haben die betroffenen unterschiedlichen Interessen und das Ausmaß ihrer Beeinträchtigung zu erfassen. Die sich gegenüberstehenden Positionen sind in Ansehung der konkreten Umstände des Einzelfalles in ein Verhältnis zu bringen, das ihnen jeweils angemessen Rechnung trägt.“* (BVerfG aaO.)

2. Abwägung

*„Die Gerichte haben zunächst zutreffend einerseits auf Seiten der Meinungsfreiheit das große Informationsinteresse der Öffentlichkeit und andererseits zu Gunsten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers den Freispruch berücksichtigt, der dazu führt, dass die schweren Vorwürfe der Gegenstand des Strafverfahrens waren, jedenfalls nicht unbegrenzt wiederholt werden dürfen. Indem die Gerichte aber davon ausgingen, dass sich die Beschwerdeführerin auf die **Wiedergabe der wesentlichen Fakten und eine sachliche Darstellung** des behaupteten Geschehens zu beschränken habe, verkennen sie die durch das Grundrecht des Art. 5 I 1 GG geschützte Freiheit, ein **Geschehen subjektiv und sogar emotionalisiert zu bewerten**. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin war in die Abwägung zudem einzustellen, dass sie sich **in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu dem (noch nicht rechtskräftigen) Freispruch** äußerte und in Bezug auf die dem Kläger im Strafverfahren vorgeworfene Straftat keine neuen Tatsachen vorbrachte, sondern lediglich wiederholte, was der Öffentlichkeit aufgrund der umfänglichen Berichterstattung zu dem Verfahren bereits bekannt war.“* (BVerfG aaO.).

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 862 I 2

Parkverstoß und Zustandsstörer
Rechtsprechungsänderung zu Kosten der Halteranfrage
(BGH in NJW 2016, 863; Urteil vom 18.12.2015 – V ZR 160/14)

SR BT

1. Bei einem Vertrag über die kurzzeitige Nutzung eines **jedermann zugänglichen privaten Parkplatzes** ist eine **unbedingte Besitzverschaffung** durch den Parkplatzbetreiber **nicht geschuldet**. Macht er das Parken von der Zahlung der Parkgebühr und dem Auslegen des Parkscheins abhängig, begeht derjenige verbotene Eigenmacht, der sein Fahrzeug abstellt, ohne sich daran zu halten.
2. Hat ein Fahrzeughalter sein Fahrzeug **einer anderen Person überlassen**, kann er als Zustandsstörer unter dem Gesichtspunkt der Erstbegehungsgefahr **auf Unterlassung in Anspruch genommen** werden, wenn er auf die Aufforderung des Parkplatzbetreibers, den für eine Besitzstörung **verantwortlichen Fahrer** zu benennen, **schweigt**.
3. Dem Parkplatzbetreiber steht gegen den als Zustandsstörer auf Unterlassung in Anspruch genommenen Fahrzeughalter **kein Anspruch auf Erstattung der Kosten der Halteranfrage zu**.
4. Schon das **einmalige unbefugte Abstellen eines Fahrzeugs** auf einem Privatgrundstück die tatsächliche Vermutung dafür begründet, dass sich die Beeinträchtigung **wiederholt**.
5. Dass der Parkraumzugang **nicht über ein Schrankensystem geregelt** und damit effektiv gegen „Schwarzparker“ geschützt wird, steht der Zurechnung eines Fehlverhaltens des Fahrers an den Fahrzeughalter nicht entgegen.

Fall: Die Kl. betreibt einen privaten Parkplatz im Obergeschoss eines Gebäudes. Eine Beschilderung weist die Nutzer auf die Vertrags- und Einstellbedingungen der Kl. hin. Danach ist der Nutzer mit der Einfahrt in die Parkeinrichtung zur Zahlung des Mietpreises und dazu verpflichtet, den Parkschein sichtbar und lesbar hinter der Windschutzscheibe anzubringen. Bei Nichtlösen und Nichtauslegen des Parkscheins sowie bei Überschreiten der bezahlten Parkzeit um mehr als 15 Minuten ist ein „Nutzungsentgelt“ von 20 € (nachfolgend: erhöhtes Nutzungsentgelt) sofort zur Zahlung fällig.

Der Bekl. ist Halter eines Pkw. Am 19.10.2012 war das Fahrzeug gegen 10.30 Uhr auf dem genannten Parkplatz der Kl. abgestellt, ohne dass ein gültiger Parkschein auslag. Bei einer Kontrolle wurde dies festgestellt und am Fahrzeug ein Hinweis angebracht mit der Aufforderung zur Zahlung von 20 €. Eine Zahlung erfolgte nicht. Nach Ermittlung des Bekl. als Halter forderte die Kl. ihn vergeblich zur Zahlung oder Benennung des Fahrers auf. Die Kl. begehrte sodann erfolglos die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung. Mit der Klage hat sie vom Bekl. verlangt, es unter Meidung eines Ordnungsgeldes von 600 € zu unterlassen, seinen Pkw unberechtigt auf dem Parkgelände selbst abzustellen bzw. durch eine dritte Person dort abstellen zu lassen, sowie die Erstattung der Kosten der Halterermittlung (5,65 €). Besteht hierauf ein Anspruch?

I. Unterlassungsanspruch, § 862 I 2 BGB

Der Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Unterlassung des Abstellens des Pkw ohne vertragsgemäße Zahlung nach § 862 I 2 BGB haben.

1. Verbotene Eigenmacht nach § 858 BGB

Der Unterlassungsanspruch nach § 862 I 2 BGB setzt voraus, dass eine Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht vorliegt. Fraglich ist, ob das Abstellen des Fahrzeugs des Bekl. auf dem gebührenpflichtigen Parkplatz der Kl. ohne Auslegung des Parkscheins eine verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 I BGB darstellt.

Eine verbotene Eigenmacht begeht, wer den **Besitz ohne oder gegen den Willen des Besitzers widerrechtlich stört**.

*„Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, dass derjenige, der sein **Fahrzeug unbefugt auf ein Privatgrundstück abstellt**, verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 I BGB begeht (Senat, NJW 2014, 3727 = NZM 2014, 763 Rn. 13; NJW 2012, 3781 = NZM 2013, 44 Rn. 5; NJW 2012, 3373 = NZM 2012, 773 Rn. 6; NJW 2012, 528 Rn. 6; BGHZ 181, 233 = NJW 2009, 2530 = NZM 2009, 595 Rn. 13). Das gilt nicht nur dann, wenn das Parken überhaupt nicht erlaubt ist, sondern **auch dann, wenn das Parken an bestimmte Bedingungen***

geknüpft ist (Parken auf einem Kundenparkplatz: Senat, NJW 2014, 3727 = NZM 2014, 763; BGHZ 181, 233 = NJW 2009, 2530 = NZM 2009, 595).“ (BGH aaO.)

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen hier deshalb gegeben sind, weil der Fahrzeugführer nicht befugt war, das Fahrzeug des Bekl. auf dem gebührenpflichtigen Parkplatz der Kl. ohne Entrichtung des vereinbarten Entgelts und ohne Auslegen des Parkscheins abzustellen.

„Dem steht nicht entgegen, dass zwischen der Kl. und dem Fahrzeugführer ein **Mietvertrag** über einen Fahrzeugabstellplatz **zu Stande gekommen** ist, nämlich dadurch, dass dieser das als **Realofferte** in der Bereitstellung des Parkplatzes liegende Angebot der Kl. **durch das Abstellen des Fahrzeugs angenommen** hat (§§ 145, 151 BGB). Damit bestand zum Zeitpunkt des Abstellens des Fahrzeugs ein Mietvertrag, ohne dass es hierzu weiterer Willenserklärungen bedurfte.

Dem BerGer. ist im Ausgangspunkt allerdings darin zuzustimmen, dass innerhalb eines Vertragsverhältnisses **nicht jedes vertragswidrige Verhalten** gegenüber dem anderen Vertragspartner eine **verbotene Eigenmacht** darstellt. Es gelten vielmehr in aller Regel vorrangig die vertraglichen Ansprüche. So verhält sich der Mieter, der den vereinbarten Mietzins nicht zahlt, zwar vertragswidrig; er begeht aber keine verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 I BGB. Es entspricht auch ständiger Rechtsprechung des BGH, dass dem **Vermieter gegen den Mieter**, der die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgibt, **keine Besitzschutzansprüche** aus § 859 I BGB zustehen (BGH, NJW 2010, 3434 = NZM 2010, 701 Rn. 10; NJW 1977, 1818 Rn. 24; NJW-RR 2004, 493 Rn. 8; vgl. auch Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. XIII 25). Bei einem klassischen Mietverhältnis ist die Besitzerräumung durch den Vermieter unbedingt geschuldet. Sie kann nicht unter den Vorbehalt vertragsgemäßen Verhaltens des Mieters gestellt werden.“ (BGH aaO.)

Etwas andere gilt jedoch bei der kurzzeitigen Nutzung eines jedermann zugänglichen privaten Parkplatzes.

„Eine **unbedingte Besitzverschaffung** durch den Parkplatzbetreiber ist **nicht geschuldet**. Macht er das Parken von der Zahlung der Parkgebühr und dem Auslegen des Parkscheins abhängig, begeht derjenige verbotene Eigenmacht, der sein Fahrzeug abstellt, ohne sich daran zu halten.

Bei dem Parken auf einem Parkplatz handelt es sich um ein **anonymes Massengeschäft**. Der Betreiber bietet den Parkplatz keinem bestimmten Vertragspartner, sondern der Allgemeinheit für ein kurzzeitiges Parken an. Der Vertrag kommt in der Weise zu Stande, dass ein Fahrzeugführer das Fahrzeug abstellt und damit das Angebot annimmt (§ 151 S. 1 BGB). Indem der **Parkplatzbetreiber das Parken zulässt**, erfüllt er die ihm obliegende vertragliche Hauptpflicht zur Besitzverschaffung (§ 535 I 1 BGB) und erteilt gleichzeitig die **Zustimmung zur (dinglichen) Besitzausübung** (§ 854 I BGB). Nur auf diese Weise ist die Abwicklung des Mietvertrags über einen Parkplatz einfach und praktikabel zu handhaben. Deshalb ist auf Seiten des Parkplatzbetreibers ein gewichtiges Interesse gegeben, bereits bei der Besitzübergabe die Zustimmung zur Besitzausübung von der Zahlung eines Mietpreises abhängig zu machen. Das ist für den Nutzer klar erkennbar. Ähnlich wie bei einem nachträglichen Eigentumsvorbehalt ist die **Erklärung eines Vorbehalts bei der dinglichen Besitzübergabe zulässig** (zum nachträglichen Eigentumsvorbehalt vgl. BGHZ 64, 395 [397] = NJW 1975, 1699; BGH, NJW 2006, 3488 Rn. 11). Ob es sich dabei um eine Bedingung handelt, auf die die Vorschriften über Rechtsgeschäfte (§§ 158 ff. BGB) analog anzuwenden sind (Staudinger/Gutzeit, BGB, Neubearb. 2012, § 858 Rn. 20), oder um eine bloße tatsächliche Voraussetzung, von der die Zustimmung abhängig gemacht wird (so MüKo-BGB/Joost, 6. Aufl., § 858 Rn. 7), ist für die rechtliche Beurteilung ohne Belang.

Von einem solchen Vorbehalt bei der Übergabe des Besitzes an dem Parkplatz ist hier auszugehen. Die Kl. hat **keine generelle Zustimmung** dazu erteilt, dass Fahrzeuge geparkt werden. Sie hat die Besitzüberlassung in ihren Vertrags- und Einstellbedingungen **von der Zahlung der Parkgebühr und dem Auslegen des Parkscheins abhängig gemacht**. Nutzt der Fahrzeugführer den Parkplatz, ohne sich an diese Vertrags- und Einstellbedingungen zu halten, fehlt die Zustimmung der Kl. und die Besitzausübung stellt sich als verbotene Eigenmacht dar (§ 858 I BGB).“ (BGH aaO.)

Das Abstellen des Fahrzeugs des Bekl. auf dem gebührenpflichtigen Parkplatz der Kl. ohne Auslegen des Parkscheins stellt eine verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 I BGB dar.

2. Verantwortlichkeit des Kl.

Fraglich ist jedoch, ob der Kl. für diese verbotene Eigenmacht verantwortlich ist. In Betracht kommt hier eine Zustandsstörerhaftung.

Zustandsstörer ist derjenige, der die Beeinträchtigung **zwar nicht verursacht** hat, durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende **Zustand aber aufrechterhalten** wird. Voraussetzung hierfür ist, dass der Inanspruchgenommene die **Quelle der Störung beherrscht**, also die Möglichkeit zu deren Beseitigung hat. Darüber hinaus muss ihm die **Beeinträchtigung zurechenbar** sein.

„Hierzu **genügt** es **nicht**, dass er **Eigentümer oder Besitzer der Sache** ist, von der die Störung ausgeht. Für die erforderliche Zurechnung der Beeinträchtigung ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH vielmehr erforderlich, dass die **Beeinträchtigung wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers** oder

Besitzers der störenden Sache **zurückgeht**. Ob dies der Fall ist, kann nicht begrifflich, sondern nur in wertender Betrachtung von Fall zu Fall festgestellt werden. Entscheidend ist, ob es **Sachgründe** dafür gibt, dem Eigentümer oder Nutzer der störenden Sache die **Verantwortung für ein Geschehen aufzuerlegen** (st. Rspr. des Senats; NJW 2012, 3781 = NZM 2013, 44 Rn. 7; NJW 2007, 432 = NZM 2007, 130 Rn. 14; BGHZ 155, 99 [105] = NJW 2003, 2377 = NZM 2003, 693; BGHZ 142, 66 [69 f.] = NJW 1999, 2896 = NZM 1999, 821; jew. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Fraglich ist diese Voraussetzungen hier vorliegen und der Bekl. hinsichtlich der durch das parkende Fahrzeug hervorgerufenen Beeinträchtigung des Besitzes der Kl. Zustandsstörer war.

„Er **beherrscht die Quelle der Störung**, da er allein darüber bestimmen kann, wie und von wem sein Fahrzeug genutzt wird. Ihm war die Beeinträchtigung auch zuzurechnen. Da er nichts Gegenteiliges vorgetragen hat, ist davon auszugehen, dass er sein **Fahrzeug freiwillig einer anderen Person** zur Benutzung im Straßenverkehr **überlassen** hat. Es ist somit sachgerecht, ihm als Halter die Störung zuzurechnen, die dadurch entsteht, dass das Fahrzeug von dieser Person unberechtigt abgestellt wird (vgl. S. Lorenz, NJW 2009, 1025 [1026]; Schwarz/Ernst, NJW 1997, 2550 [2551]; a.A. Woitkewitsch, MDR 2005, 1023 [1026]). Daran ändert es nichts, dass das Ausleihen von Fahrzeugen insbesondere an nahe Familienangehörige sozialadäquat ist.

Entgegen der Auffassung der Revision steht der Zurechnung des Fehlverhaltens des Fahrers nicht entgegen, dass die Kl. ihren **Parkplatz nicht mit einem Schrankensystem** ausgestattet hat. Soweit der Bekl. damit den Vorwurf erheben möchte, die Kl. habe ihr Geschäftsmodell auf „Schwarzparker“ ausgerichtet, um auf der Grundlage ihrer Vertrags- und Einstellbedingungen Forderungen gegen Fahrzeugführer und -halter geltend zu machen, kann er sich damit der Halterhaftung für die Überlassung des Fahrzeugs an einen nicht rechts-treuen Nutzer nicht entziehen.“ (BGH aaO.)

Der Bekl. ist gegenüber der Kl. als Zustandsstörer verantwortlich.

3. Wiederholungsgefahr

Es müsste auch die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr bestehen.

„Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass schon das einmalige unbefugte Abstellen des Fahrzeugs auf einem Privatgrundstück die tatsächliche Vermutung dafür begründet, dass sich die Beeinträchtigung wiederholt (Senat, NJW 2012, 3781 = NZM 2013, 44 Rn. 12; vgl. auch ZUM 2011, 333 = BeckRS 2011, 02774 Rn. 28; NJW 2004, 1035 = NZM 2004, 312 Rn. 9).“ (BGH aaO.)

Allerdings hat nicht der Bekl. selbst die Besitzbeeinträchtigung vorgenommen, so dass sich die Frage stellt, ob auch gerade bei ihm eine solche Wiederholungsgefahr besteht.

„Die **Zurechnung der Besitzstörung** durch einen mit dem Halter personenverschiedenen Fahrer beruht darauf, dass diese mittelbar auf den Willen des Halters zurückgeht, indem er das Fahrzeug **freiwillig Dritten zur Benutzung überlassen** hat. Daran ist bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr anzuknüpfen. **Für den Halter selbst**, der als bloßer Zustandsstörer in Anspruch genommen wird, ist zwar eine **Wiederholungsgefahr nicht indiziert**. Er kann aber unter dem **Gesichtspunkt der Erstbegehungsgefahr** auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn er – wie hier – auf die Aufforderung des Parkplatzbetreibers, den für eine Besitzstörung verantwortlichen Fahrer zu benennen, schweigt. Dieses Verhalten macht **bei wertender Betrachtung künftige Besitzstörungen wahrscheinlich**. Das ist für einen Unterlassungsanspruch nach allgemeiner Ansicht ausreichend (vorbeugender Unterlassungsanspruch; Erman/Lorenz, BGB, 14. Aufl., § 862 Rn. 6; Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 862 Rn. 9; Staudinger/Gutzeit, § 862 Rn. 7; zu § 1004 BGB Senat, BGHZ 160, 232 [236] = NJW 2004, 3701 = NZM 2004, 955 m.w.N.; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2012, § 1004 Rn. 214).“ (BGH aaO.)

Die Voraussetzungen für einen Unterlassungsanspruch nach § 862 I 2 BGB liegen somit vor.

II. Anspruch auf Androhung eines Ordnungsgeldes

„Die Androhung des Ordnungsgeldes beruht auf § 890 II ZPO. Dem Vollstreckungsgläubiger ist die Möglichkeit unbenommen, die Androhung eines den gesetzlichen Rahmen des § 890 I ZPO unterschreitenden Ordnungsmittels zu beantragen, wenn sowohl die Art der für den Fall der Zuwiderhandlung vorgesehenen Rechtsfolge als auch die von dem Gläubiger beantragte niedrigere Höchstgrenze konkret bezeichnet ist (BGH, NJW 1995, 3177 [3181]; MüKo-ZPO/Gruber, 4. Aufl., § 890 Rn. 27). Das ist hier der Fall. Der Prozessbevollmächtigte der Kl. hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt, dass es sich bei dem beantragten Ordnungsgeld von 600 € um die Obergrenze eines Ordnungsgeldes handeln soll.“ (BGH aaO.)

III. Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Halterermittlung

Der Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Halterermittlung haben.

1. Anspruch aus echter, berechtigter GoA

Ein solcher Anspruch kann sich zunächst nach Grundsätzen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben (§§ 677, 683 S. 1, 670 BGB).

„[Der] Senat (NJW 2012, 3781 = NZM 2013, 44 Rn. 13) [hat] die Aufwendungen zur **Ermittlung des Fahrzeughalters** in Anlehnung an die Rechtsprechung des I. Zivilsenats zur Erstattungsfähigkeit der Kosten einer berechtigten außergerichtlichen Abmahnung (BGH, GRUR 2012, 759 Rn. 9) als **zur Vorbereitung der an den Zustandsstörer gerichteten Unterlassungsaufforderung erforderlich** und nach §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB als ersatzfähig angesehen. **Daran hält er jedoch nicht fest.**

Es **entspricht nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen** eines Halters, als Adressat einer Unterlassungsaufforderung **ermittelt zu werden**. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage von den Fällen der wettbewerblichen Abmahnung (BGH, NJW 2009, 2384 = GRUR 2009, 502 Rn. 11; NJW 2010, 1208 = GRUR 2010, 354 Rn. 8; GRUR 2011, 617 Rn. 16; MMR 2012, 233 = GRUR 2012, 304 Rn. 21). Diese liegt im Interesse des dem Abmahnenden bekannten potenziellen Rechtsverletzers, weil er dadurch Gelegenheit erhält, einen kostspieligen Rechtsstreit zu vermeiden. Demgegenüber ist den Fällen des unberechtigten Parkens die Person des Halters nicht bekannt. Es kann nicht angenommen werden, dass er ein Interesse daran hat, aus der Anonymität hervorzutreten, um auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden. Anders kann es liegen, wenn sein unbefugt abgestelltes Fahrzeug abgeschleppt wird (vgl. Senat, NJW 2012, 528 Rn. 11).

Der **entgegenstehende Wille** des Bekl. ist auch **nicht unbeachtlich**, § 679 BGB. Das Erfüllen der Unterlassungspflicht liegt nicht im öffentlichen, sondern im alleinigen Interesse des Parkplatzbetreibers, wenn sich der Parkverstoß auf einem privaten Parkplatz ereignet, selbst wenn dieser für die Allgemeinheit eröffnet ist.“ (BGH aaO.)

Ein Anspruch auf Ersatz der Kosten der Halteranfrage ergibt sich nicht aus den Grundsätzen einer echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 S. 1, 670 BGB).

2. Anspruch aus unberechtigter GoA

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Erstattung der Kosten der Halteranfrage wegen unberechtigter GoA nach §§ 677, 684 S. 1, 818 I, II BGB haben. Allerdings hat der Bekl. durch die Halteranfrage nichts erlangt, was sein Vermögen vermehrt hätte.

3. Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung eines Schutzgesetzes

Der Kl. könnte gegen den Bekl. einen entsprechenden Anspruch auf Schadensersatz wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes § 823 II i.V.m. § 858 I BGB haben.

„Zwar **ist § 858 I BGB ein Schutzgesetz** i.S.d. § 823 II BGB (Senat, BGHZ 181, 233 = NJW 2009, 2530 = NZM 2009, 595 Rn. 15; BGHZ 114, 305 [313] = NJW 1991, 2420; BGHZ 79, 232 = NJW 1981, 865 [866]; Senat, BGHZ 20, 169 [171] = NJW 1956, 787). Der Schadensersatzanspruch setzt aber ein **Verschulden** voraus, an dem es hier fehlt. Es ist nicht festgestellt oder aus den Umständen ersichtlich, dass es der Bekl. war, der das Fahrzeug verbotswidrig abgestellt hat, oder dass die verbotene Eigenmacht durch den Fahrzeugführer für ihn konkret vorhersehbar war.“ (BGH aaO.)

Ein solcher Anspruch liegt daher ebenfalls nicht vor.

4. Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzuges

„Ein Schadensersatzanspruch des Bekl. aus dem Gesichtspunkt des Verzugs scheidet aus (§ 280 I, II i.V.m. § 286 BGB). Der **Bekl. befindet sich nicht in Verzug**. Es fehlt an einer verzugsbegründenden Mahnung (§ 286 I BGB). Diese war auch nicht nach § 286 II Nr. 4 ZPO entbehrlich (zum Schuldnerverzug des Kunden beim Tanken an einer Selbstbedienungstankstelle vgl. BGH, NJW 2011, 2871 Rn. 12, 18 ff.). Die Kl. macht lediglich einen **Anspruch auf Unterlassung einer künftigen Störung** geltend. Es ist weder festgestellt, dass der Bekl. das Fahrzeug unberechtigt abgestellt hat, noch dient die Halterabfrage der Beseitigung der Störung.“ (BGH aaO.)

Damit hat der Kl. unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Halterabfrage.

Drittschadensliquidation
Mangelhafte Architektenleistung

(BGH in MDR 2016, 325; Urteil vom 14.01.2016 – VII ZR 271/14)

1. Auf Grund einer Vertragspflichtverletzung kann der Vertragspartner den entstehenden Schaden grds. nur insoweit geltend machen, als er **bei ihm selbst eingetreten** ist.
2. In besonders gelagerten Fällen lässt die Rechtsprechung allerdings eine **Drittschadensliquidation** zu, bei der der Vertragspartner den **Schaden** geltend machen kann, der **bei dem Dritten eingetreten** ist, der **selbst keinen Anspruch gegen den Schädiger** hat. Für die Zulassung einer Drittschadensliquidation ist der Gesichtspunkt maßgebend, dass der Schädiger keinen Vorteil daraus ziehen soll, wenn ein Schaden, der eigentlich bei dem Vertragspartner eintreten müsste, **zufällig auf Grund eines zu dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses auf diesen verlagert** ist.
3. Bei einem Architektenvertrag zwischen Eigentümer und Architekt stellt die pachtvertragliche Überwälzung der Sanierungskosten auf den Pächter eine zufällige Verlagerung des Schadens dar, die eine Drittschadensliquidation ermöglicht.
4. Bei einer Drittschadensliquidation, bei der der nach dem Vertrag Ersatzberechtigte Leistung an sich verlangt, **ist es dessen Sache**, die grundsätzlich den Schädiger nichts angeht, die **Ersatzleistung an den geschädigten Dritten weiterzuleiten. Nur wenn feststeht**, dass der geschädigte Dritte **tatsächlich nichts davon erhalten** würde, ist es gerechtfertigt, den Anspruch zu versagen. Das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls ist **vom Schädiger zu beweisen**.

Fall: Die Kl. verlangt von der Bekl., der Rechtsnachfolgerin (Witwe und Alleinerbin) des vor Klageerhebung verstorbenen Architekten N, Ersatz von durch die Sanierung eines Industrieballenfußbodens entstandenen Kosten mit der Begründung, die Bekl. hafte hierfür als Folge eines mangelhaften Architektenwerks des Architekten N.

Die Kl. ist Eigentümerin einer Halle in L., die sie an die A-GmbH & Co. KG verpachtet hatte; in dieser Halle verarbeitete diese Geflügelfleisch. § 5 des am 05.09.1991 geschlossenen Pachtvertrags lautete wie folgt:

„Ein- und Umbauten, Instandhaltungen. Die Pächterin ist berechtigt, das Pachtobjekt mit Einbauten und Einrichtungen zu versehen, die sie zusätzlich für erforderlich hält. Dazu darf sie auf ihre Kosten auch Veränderungen des Gebäudes vornehmen. Ein Anspruch der Pächterin bei Pachtende auf Ersatz des Zeitwerts baulicher Veränderungen besteht nicht. Die Pächterin hat alle während der Pachtzeit erforderlichen Ausbesserungen und Erneuerungen rechtzeitig und ordnungsgemäß auszuführen und zu zahlen.“

In den Jahren 2000 und 2001 erweiterte die Kl. die genannte Halle, damit Platz für zwei weitere Produktionslinien (Linien 4 und 5) neben den drei bereits vorhandenen Produktionslinien entstehe. Mit Architektenleistungen für dieses Bauvorhaben beauftragte die Kl. mündlich den Architekten N. Mit den Bauhauptarbeiten am Erweiterungsbau wurde die Nebenintervenientin zu 2 der Bekl. beauftragt. Mit der Erstellung des Hallenfußbodens wurde die Nebenintervenientin zu 1 der Bekl. beauftragt. Ab Ende 2000 kam es zu Schriftverkehr zwischen dem Architekten N und der Nebenintervenientin zu 1 der Bekl., in dem Schäden an dem Hallenfußboden im Bereich der Produktionslinien 4 und 5 thematisiert wurden. In der Zeit vom 24.05.2006 bis 05.06.2006 ließ die A-GmbH & Co. KG den Hallenfußboden im Bereich der Produktionslinien 4 und 5 sanieren. Bei den Sanierungskosten handelt es sich um Folgeschäden von – von dem Architekten N schuldhaft verursachten – Mängeln des Architektenwerks.

Sämtliche mit der Sanierung zusammenhängenden Arbeiten wurden von der A-GmbH & Co. KG in Auftrag gegeben, ihr in Rechnung gestellt und von ihr beglichen. Mit der Klage begehrt die Kl. Ersatz der nach ihrem Vorbringen zur Sanierung erforderlich gewesenenen, von der A-GmbH & Co. KG getragenen Kosten i.H.v. insgesamt 840.758,81 €. Das Gericht hatte einen eigenen Schaden des Kl. verneint und war auf der Auffassung, dass der Kl. den Schaden der A-GmbH und Co. KG nicht im Wege der Drittschadensliquidation geltend machen kann. Zu Recht?

I. Anspruch wegen eigenem Schaden des Klägers

Aufgrund von § 5 des Pachtvertrags vom 05.09.1991 fielen sämtliche Arbeiten an der verpachteten Halle in den Verantwortungsbereich der A-GmbH & Co. KG und mussten von dieser auch bezahlt werden. Fraglich ist, ob der Kl. als Eigentümer gleichwohl einen eigenen Schaden erlitten hat.

*„Nach der Rechtsprechung des BGH kann ein Schadensersatzanspruch des Bestellers auf Grund einer **normativen, von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geprägten schadensrechtlichen Wertung** zu verneinen sein, wenn dem Besteller durch dessen Erfüllung ungerechtfertigte, ihn bereichernde Vorteile zufließen würden (vgl. BGHZ 198, 150 = NJW 2013, 3297 = NZBau 2013, 693 = ZfBR 2013, 775 Rn. 22 m.w.N.).*

Auf Grund einer entsprechenden normativen von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertung ist im Streitfall ein **eigener Schaden der Kl.**, soweit es um die entstandenen Kosten der Sanierung des Hallenfußbodens geht, **zu verneinen**, weil sich bei der Kl. unter Berücksichtigung der Vereinbarung in § 5 des Pachtvertrags vom 05.09.1991 hinsichtlich dieser Kosten **von vornherein keine Vermögensseinbuße verwirklicht** hat.“ (BGH aaO.)

Derartige Kosten sind gemäß der genannten Vertragsbestimmung von der A-GmbH & Co. KG, nicht von der Kl. zu tragen. Dementsprechend wurden sämtliche mit der Sanierung zusammenhängenden Arbeiten von der A-GmbH & Co. KG in Auftrag gegeben; die als Beleg für die Sanierungskosten vorgelegten Rechnungen wurden von dieser, nicht von der Kl. beglichen. Bei dieser Lage würden der Kl. ungerechtfertigte, sie bereichernde Vorteile zufließen, wenn sie Ersatz eines eigenen Schadens in Form der genannten Sanierungskosten erhalten könnte.

„An der vorstehenden normativen von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertung ändert im Streitfall die Erwägung nichts, dass dem Ersatzpflichtigen solche Vorteile grundsätzlich nicht zugutekommen sollen, die sich der Ersatzberechtigte durch Abschluss eines – den Ersatzpflichtigen nichts angehenden – Vertrags mit einem Dritten erarbeitet hat (vgl. BGHZ 49, 56 [62] = NJW 1968, 491; BGH, NJW-RR 1996, 1044 = ZfBR 1996, 258 = BauR 1996, 735 [736 f.]; NJW-RR 2010, 1683 Rn. 17). Im Streitfall geht es **nicht** um eine **nachträgliche Beseitigung oder Verminderung eines bereits eingetretenen Schadens** auf Grund eines derartigen vom Ersatzberechtigten geschlossenen Vertrags. Vielmehr hat sich bei der Kl. unter Berücksichtigung der bereits zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bestehenden Vereinbarung in § 5 des Pachtvertrags vom 05.09.1991 hinsichtlich der Sanierungskosten von vornherein keine Vermögensseinbuße verwirklicht.“ (BGH aaO.)

II. Anspruch des Kl. aus Drittschadensliquidation

Einen Schaden hat hier die A-GmbH & Co. KG erlitten. Möglicher Weise kann der Kl. diesen Schaden nach den Gesichtspunkten einer Drittschadensliquidation geltend machen.

1. Rechtlicher Hintergrund der Drittschadensliquidation

„Auf Grund einer Vertragspflichtverletzung kann der Vertragspartner den daraus entstehenden Schaden **grundsätzlich** nur insoweit geltend machen, als er **bei ihm selbst eingetreten** ist (vgl. BGH, NJW 1998, 1864 [1865]). In besonders gelagerten Fällen lässt die Rechtsprechung allerdings eine Drittschadensliquidation zu, bei der der Vertragspartner den Schaden geltend machen kann, der **bei dem Dritten eingetreten** ist, der **selbst keinen Anspruch gegen den Schädiger** hat. Für die Zulassung einer Drittschadensliquidation ist der Gesichtspunkt maßgebend, dass der Schädiger **keinen Vorteil daraus ziehen** soll, wenn ein **Schaden**, der eigentlich bei dem Vertragspartner eintreten müsste, **zufällig** auf Grund eines zu dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses auf diesen **verlagert** ist (vgl. BGH, WM 1983, 416 [417] m.w.N.). Die Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation scheidet aus, wenn [dies] zu einer dem allgemeinen Vertragsrecht widersprechenden Schadenshäufung führen würde (vgl. BGH NJW 1985, 2475; DB 1968, 2168; BGH NJW 1963, 2071).“ (BGH aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Der betreffende Schaden ist unter Berücksichtigung der Vereinbarung in § 5 des Pachtvertrags vom 05.09.1991 nicht bei der als Auftraggeberin ersatzberechtigten Kl., sondern bei der A-GmbH & Co. KG eingetreten, die selbst keinen eigenen vertraglichen oder gesetzlichen Anspruch auf Ersatz der entstandenen Sanierungskosten hat. Dabei handelt es sich um eine bloße – zufällige – Verlagerung des Schadens.

„Eine die Zulässigkeit der Drittschadensliquidation **hindernde Schadenshäufung** kann im Streitfall entgegen der Auffassung des BerGer. **nicht** mit der Erwägung **angenommen** werden, dass bei der Kl. ein Schaden in Form der von dem Architekten N schuldhaft verursachten Mängel des Architektenwerks eingetreten sei. Denn um den Ersatz eines solchen Schadens geht es bei dem Schadensersatzbegehren der Kl. nicht. Dieses bezieht sich nur auf die entstandenen Sanierungskosten, bei denen es sich um Folgeschäden der von dem Architekten N schuldhaft verursachten Mängel des Architektenwerks handelt und aus denen eine Vermögensseinbuße lediglich bei der A-GmbH & Co. KG resultiert.“ (BGH aaO.)

Fraglich ist, ob die Annahme des Vorliegens der Voraussetzungen einer Drittschadensliquidation voraussetzt, dass die Weiterleitung des Schadens sicher erscheint.

„Bei einer Drittschadensliquidation, bei der der nach dem Vertrag Ersatzberechtigte Leistung an sich verlangt, **ist es dessen Sache**, ... die **Ersatzleistung an den geschädigten Dritten weiterzuleiten** (vgl. BGH, NJW 1998, 1864 [1865]). **Nur wenn feststeht**, dass der geschädigte Dritte **tatsächlich nichts davon erhalten** würde, ist es gerechtfertigt, den Anspruch zu versagen. Das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls ist vom Schädiger zu beweisen (vgl. BGH, NJW 1998, 1864).“ (BGH aaO.)

StGB

Vorbereitung eines Explosionsverbrechens

StR BT

§§ 30 II, 308 I, 310 I Nr. 2

Gasgemisch als Sprengstoff

(BGH in NJW 2016, 1030; Urteil vom 08.12.2015 – 3 StR 438/15)

1. **Sprengstoffe** im Sinne von §§ 308 I, 310 I Nr. 2 StGB sind alle Stoffe, die bei Entzündung eine **gewaltsame und plötzliche Ausdehnung dehnbarer (elastischer) Flüssigkeiten und Gase** hervorrufen und geeignet sind, dadurch den Erfolg einer Zerstörung herbeizuführen.
2. Es kommt nicht darauf an, ob der **Stoff fest, flüssig oder gasförmig** ist, ob er Beständigkeit hat oder nur im Augenblick der Herstellung anwendbar und wirksam ist oder ob die Explosion auf **Zündung von außen oder auf Selbstzündung** beruht.
3. Der **Versuch der Beteiligung an einem Verbrechen** im Sinne von § 30 II StGB steht mit einer unter Strafe gestellten Vorbereitung dieses Verbrechens jedenfalls dann in Tateinheit (§ 52 I StGB), wenn die sich aus § 30 I und II StGB ergebende Strafandrohung diejenige für die Vorbereitungshandlung übersteigt.

Fall: Der Angekl. und die vier Mitangekl. hatten verabredet, Geldautomaten aufzusprengen, um sich in den Besitz des darin vorgehaltenen Bargelds zu bringen. Hierzu wollten sie ein Gemisch aus brennbarem Gas und Sauerstoff in die Automaten einleiten und dieses mittels eines eingeführten elektrischen Zünders zur Explosion bringen. Ein Mitangekl. sollte zunächst in die entsprechenden Räumlichkeiten der zuvor ausgekundschafteten Bankfilialen eindringen und die Zündvorrichtung anbringen, andere sollten sich währenddessen mit den benötigten Gasflaschen abrufbereit in der Nähe aufhalten. Aufgabe des Angekl. sollte es sein, die Tatorte abzusichern. In den Fällen II 8, 10 und 11 der landgerichtlichen Urteilsgründe begaben sich die Angekl. zwar jeweils dieser Abrede gemäß zu der ausersehenen Bankfiliale, mussten aber wegen unvorhergesehener Hindernisse bzw. polizeilichen Zugriffs von weiterer Tatausführung absehen.

Mit Urteil vom 18.03.2015 hat das LG Oldenburg den Angekl. wegen schweren Bandendiebstahls in Tateinheit mit vorsätzlichem Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion in drei Fällen, versuchten schweren Bandendiebstahls in Tateinheit mit vorsätzlichem Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion in drei Fällen, Vorbereitung eines Explosionsverbrechens in Tateinheit mit Verabredung zum Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion und zum schweren Bandendiebstahl in zwei Fällen sowie Vorbereitung eines Explosionsverbrechens in Tateinheit mit Verabredung zum Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion und mit versuchtem schweren Bandendiebstahl zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Die Revision des Angekl. rügte die Verletzung materiellen Rechts. Erfolgte die Verurteilung wegen Vorbereitung eines Explosionsverbrechens sowie wegen Beteiligung durch Verabredung zum Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion zu Recht?

I. Strafbarkeit wegen Vorbereitung eines Explosionsverbrechens

Die Angekl. Könnten wegen der Vorbereitung eines Explosionsverbrechens nach § 310 I Nr. 2 StGB strafbar sein.

Dann müsste es sich bei dem als Tatmittel vorgesehenen Gasgemisch um Sprengstoff handeln.

1. Begriff des Sprengstoffs in §§ 308 I, 310 I Nr. 2 StGB**a) Bisheriger Meinungsstand**

„Der **BGH** hat sich zu der Frage, welche Eigenschaften einem Sprengstoff i.S.v. §§ 308 I, 310 I Nr. 2 StGB zukommen müssen, **bislang nicht abschließend geäußert**. Insbesondere hatte er über **Gas-Luft-Gemische** nur im Zusammenhang mit Taten nach § 308 StGB bzw. der Vorgängervorschrift zu entscheiden, so dass es auf eine Abgrenzung im Einzelnen, ob die Tat durch Sprengstoff oder durch andere Mittel begangen oder versucht wurde, nicht ankam (vgl. BGHSt 20, 230 = NJW 1965, 1923; BGHSt 28, 196 = NJW 1979, 663; BGH, NStZ 2003, 253; BGHSt 48, 147 = NJW 2003, 1058 = NStZ 2003, 308; BGH, NJW 2003, 3142 = NStZ 2003, 671 = StV 2003, 540; NStZ 2004, 614; NStZ 2010, 503). Die **strafrechtliche Literatur** bietet **kein einheitliches Bild**. Soweit dort, teils unter Rückgriff auf Begrifflichkeiten des Sprengstoffgesetzes, Abgrenzungsversuche unternommen werden, entbehren diese zumeist der Systematik oder der näheren Begründung (vgl. LK-StGB/Wolff, 12. Aufl., § 308 Rn. 4; § 310 Rn. 5; MüKo-StGB/Krack, 2. Aufl., § 310 Rn. 5; Heine/Bosch in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 308 Rn. 4 ff.; § 310 Rn. 4; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 308 Rn. 2; Fischer, StGB, 63. Aufl., § 308 Rn. 3).“ (BGH aaO.)

b) Historischer Sprengstoffbegriff

Das Strafgesetzbuch enthielt ursprünglich keine auf Sprengstoffe bezogenen Tatbestände. Sprengstoffverbrechen waren vielmehr geregelt in §§ 5–7 des Gesetzes

gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen (SprengstoffG) vom 09.06.1884 (RGBl. 1884, 61), geändert durch Gesetz vom 08.08.1941 (RGBl. I 1941, 531).

„Ausgehend von der Begründung zu diesem Gesetz verstand das RG unter Sprengstoffen **alle explosiven Stoffe**, welche sich zur Verwendung als Sprengmittel eignen, also alle diejenigen Stoffe, die **bei Entzündung eine gewaltsame und plötzliche Ausdehnung dehnbarer (elastischer) Flüssigkeiten und Gase hervorrufen** und geeignet sind, dadurch den **Erfolg einer Zerstörung herbeizuführen** (vgl. RGSt 48, 72 [74]; RGSt 67, 35 [37]).

Für **unerheblich** erachtete das RG den **Aggregatzustand** des Stoffs. Es hielt ausdrücklich fest, dass es für die Sprengstoffeigenschaft ohne Belang ist, ob der Stoff fest, flüssig oder gasförmig ist, ob er Beständigkeit hat oder nur im Augenblick der Herstellung anwendbar und wirksam ist oder ob die Explosion auf Zündung von außen oder auf Selbstzündung beruht (RGSt 67, 35 [38]). Ebenso wenig kam es nach Auffassung des RG darauf an, ob der Stoff üblicherweise als Sprengmittel verwendet oder im allgemeinen Sprachgebrauch als Sprengstoff bezeichnet wird (RGSt 48, 72 [75 f.]; RGSt 67, 35 [38]).“ (BGH aaO.)

c) Ansicht des BGH

Dieser Ansicht hat sich nunmehr der BGH ausdrücklich angeschlossen und versteht den Sprengstoffbegriff in §§ 308 I, 310 I Nr. 2 StGB entsprechend.

aa) Historische Auslegung

„Die Fassung dieser Vorschriften entspricht im Wesentlichen den durch das 7. Strafrechtsänderungsgesetz vom 01.06.1964 (BGBl. I 1964, 337) erstmals eingeführten §§ 311 I, 311 a I StGB, die ihrerseits auf §§ 323 I, 326 I Nr. 2 in der Fassung des Reformentwurfs 1962 (BT-Drs. IV/650, 63 f.) zurückgehen. Ziel dieser Vorhaben war es insoweit, die bis dahin über verschiedene Gesetzesmaterien verstreuten Tatbestände erheblicher gemeingefährlicher Verbrechen, namentlich auch die in §§ 5–7 des Sprengstoffgesetzes 1884 geregelten, im Strafgesetzbuch zusammenzuführen und gleichzeitig die angedrohten Strafen auf ein rechtsstaatlich erträgliches Maß zurückzuführen (BT-Drs. IV/650, 495 f., 498, 502 f.; IV/2186, 1 ff.). Dass damit auch **Einschränkungen des vom RG entwickelten Sprengstoffbegriffs** verbunden sein sollten, geht aus den Gesetzesmaterialien nicht hervor.“ (BGH aaO.)

bb) Systematische Auslegung

Auch die Binnensystematik von §§ 308 I, 310 I Nr. 2 StGB (§§ 311 I, 311 a I a.F.) StGB gebietet solche Einschränkungen nicht.

„**Explosionen** i.S.d. § 308 I StGB können **auch ohne Sprengstoff** im so verstandenen Sinne **herbeigeführt** werden, insbesondere durch Überdruck; ob, wie in der oben zitierten Kommentarliteratur teilweise angenommen, dem Wortlaut entgegen auch **Implosionen als Explosionen** anzusehen sind, kann der **Senat** dabei **offenlassen**. Der bereits als § 326 I Nr. 2 im Reformentwurf 1962 enthaltene, auf Sprengstoffe bezogene Vorbereitungstatbestand trägt allein dem Umstand Rechnung, dass ein **Umgang des Täters mit diesem regelmäßig besondere Gefährdungslagen für Dritte** schafft (BT-Drs. IV/650, 504). Gleichermaßen findet die ausdrückliche Aufnahme auch des Begriffs Sprengstoff schon in § 323 I StGB des Reformentwurfs 1962 ihren Grund darin, dass die Verwendung von Sprengstoffen als Hauptfall der Herbeiführung von Explosionen anzusehen ist (BT-Drs. IV/650, 502).“ (BGH aaO.)

Das Sprengstoffgesetz hingegen arbeitet mit dem Begriff „explosionsgefährlicher Stoffe“ und regelt insoweit Umgang, Verkehr und Einfuhr.

„Seit der Neufassung vom 17.04.1986 (BGBl. I 1986, 577) verzichtet das Sprengstoffgesetz auf die konkrete Benennung als explosionsgefährlich erachteter Stoffe in Anlagen und legt seinen Geltungsbereich in § 1 I 1 heute allgemein fest auf „den Umgang und Verkehr mit sowie die Einfuhr von **festen oder flüssigen Stoffen** und Zubereitungen (Stoffe), die durch eine nicht außergewöhnliche thermische, mechanische oder andere Beanspruchung zur Explosion gebracht werden können (explosionsgefährliche Stoffe). Durch die weiteren Regelungen wird zudem deutlich, dass das Sprengstoffgesetz auf Gase keine Anwendung findet.“ (BGH aaO.)

Diese Begriffsbestimmungen des novellierten Sprengstoffgesetzes können jedoch nicht auf §§ 308 I, 310 I Nr. 2 StGB übertragen werden.

„**Anliegen des Sprengstoffgesetzes** ist es, sichere Rechtsgrundlagen für den **Verkehr mit solchen Stoffen und für behördliche Maßnahmen** zu schaffen. Dies ergibt sich einmal aus der Einschränkung in dessen § 1 I 2, wonach als explosionsgefährlich nur Stoffe gelten, die sich in einem amtlichen Prüfverfahren als solche erwiesen haben, zum anderen aus den Regelungen für so genannte neue Stoffe (§ 2). Was demgegenüber die durch die genannten **Strafvorschriften**

geschützten Rechtsgüter betrifft, wäre es systematisch verfehlt, gleichsam verwaltungsakzessorisch im Kern nur solche Stoffe als Sprengstoffe anzuerkennen, die sich im Prüfverfahren **schon bei „nicht außergewöhnlicher“ Behandlung als explosionsgefährlich erwiesen** haben. Strafrechtliche Relevanz gewinnen vielmehr auch jene Stoffe, die nur bei „außergewöhnlicher“ Einwirkung reagieren, denn jedenfalls vorsätzlichem Handeln sind in diesem Sinne außergewöhnliche Mittel – Initialzündler – meist immanent. Ebenso wenig bestimmt in diesem Falle die benötigte Zündenergie das Maß der Gemeingefährlichkeit des Handelns. Andere Stoffe können den explosionsgefährlichen zwar „gleichstehen“, aber nur nach Maßgabe subjektiver Zweckbestimmung (§ 1 II 1 Nr. 1 SprengstoffG). Bei einer Übernahme einer solchen Begriffsbestimmung in das Strafgesetzbuch wäre der Begriff des Sprengstoffs objektiv nicht mehr zu ermitteln.“ (BGH aaO.)

Im Ergebnis weichen damit die im Strafgesetzbuch und im Sprengstoffgesetz jeweils verwendeten Begrifflichkeiten schon im Wortlaut voneinander ab. Dazuhin werden sie jeweils auch **in unterschiedlichen Zweckzusammenhängen** verwendet.

„Schon dies spricht für die **autonome Bestimmung des strafrechtlichen Begriffs „Sprengstoff“**. Daraus wird nochmals deutlich, dass das Sprengstoffgesetz seiner Zweckrichtung gemäß die für die gewöhnliche Handhabung bedeutsame **Reaktionsfreudigkeit eines Explosivstoffs** in den Vordergrund stellt und erst in zweiter Linie das Maß der Zerstörungskraft des von ihm ausgelösten Druckstoßes berücksichtigt.“ (BGH aaO.)

II. Verhältnis zur Verabredung der Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion (§§ 308 I, 30 II StGB)

Fraglich ist jedoch zudem, in welchem Verhältnis die Strafbarkeit wegen der Vorbereitung einer Sprengstoffexplosion (§§ 308 I, 310 I Nr. 2 StGB) zu der Beteiligung an einem Explosionsverbrechen (§ 308 I, 30 II StGB) steht.

„Der **Versuch der Beteiligung an einem Verbrechen** i.S.v. § 30 II StGB steht mit einer unter Strafe gestellten **Vorbereitung dieses Verbrechens** jedenfalls dann in **Tateinheit**, wenn die sich aus § 30 I StGB ergebende **Strafandrohung diejenige für die Vorbereitungshandlung übersteigt** (vgl. im Ergebnis bereits BGHSt 46, 266 [267] = NJW 2001, 1658 = NStZ 2001, 386; im Ergebnis ebenso LK-StGB/Wolff, § 310 Rn. 19; Fischer, § 310 Rn. 9). Dies ist hier der Fall.

Zwar erfordert die **Vorbereitung einer Straftat** – hier gem. § 310 I Nr. 2 StGB – **weitergehende**, über deren bloße Verabredung hinausgehende **Schritte in Richtung auf die Vollendung**. Die Annahme eines Stufenverhältnisses mit der Folge einer Verdrängung der Verabredung (so NK-StGB/Zaczyk, 4. Aufl., § 30 Rn. 80) verbietet sich in den genannten Fällen jedoch schon auf Grund der in der **höheren Strafandrohung für die Verabredung** – hier nach §§ 308 I, 30 II, 49 I StGB – zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertung. Der Grund dafür, Tathandlungen nach § 30 StGB hinsichtlich der Strafandrohung weitgehend dem Versuch gleichzustellen, liegt in der **Gefährlichkeit des konspirativen Zusammenwirkens** mehrerer Personen, das Gruppendynamik entfalten, die Beteiligten psychisch binden und so die spätere Ausführung der Tat wahrscheinlicher machen kann. Allein eine **Vorbereitungshandlung**, die **tatbestandlich keine Mitwirkung eines weiteren Beteiligten erfordert**, weist diesen besonderen Unrechtsgehalt nicht auf. Umgekehrt tritt aber auch die Vorbereitung nicht hinter die Verabredung zurück (so aber Heine/Bosch in Schönke/Schröder, § 310 Rn. 11; MüKo-StGB/Krack, § 310 Rn. 15; Lackner/Kühl, § 310 Rn. 5), denn § 30 StGB erfasst seinerseits nicht den anders gelagerten Unrechtsgehalt derjenigen Tatbestände, in denen der Gesetzgeber unterhalb der Versuchsschwelle liegende Vorbereitungshandlungen wegen darin enthaltener tatsächlicher Schritte hin zur Vollendung des Verbrechens als strafwürdig eingestuft hat.“ (BGH aaO.)

StGB
§§ 263, 315c I, III Nr. 1

Tanken ohne Bezahlung Gefährdung des Straßenverkehrs

StR BT

(BGH in NJW 2016, 657; Beschluss vom 09.07.2015 – 3 StR 537/14)

1. Bei einer Selbstbedienungstankstelle setzt die Annahme der Tatvollendung voraus, dass der Täter durch (konkludentes) Vortäuschen seiner Zahlungsbereitschaft **bei dem Kassenspersonal einen entsprechenden Irrtum** hervorruft, der anschließend zu der schädigenden Vermögensverfügung (**Einverständnis mit dem Tankvorgang**) führt.
2. **Mangels Irrtumserregung** liegt jedoch **kein vollendeter Betrug** vor, wenn das Betanken des Fahrzeugs vom Kassenspersonal **überhaupt nicht bemerkt** wird. In einem solchen Fall ist vielmehr regelmäßig vom Tatbestand des versuchten Betrugs auszugehen, wenn das Bestreben des Täters – wie im vorliegenden Fall – von Anfang an darauf gerichtet war, das Benzin unter Vortäuschung einer nicht vorhandenen Zahlungsbereitschaft an sich zu bringen, ohne den Kaufpreis zu entrichten
3. Die **vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315 c I StGB** verlangt – anders als in § 315 c III Nr. 1 StGB – **hinsichtlich aller Tatumstände zumindest bedingten Vorsatz**. Der Vorsatz des Täters muss deshalb nicht nur die Fahrunsicherheit, sondern auch die konkrete Gefahr umfassen.

Fall: Der Angekl. fuhr mit dem zuvor entwendeten Pkw Opel Corsa zu einer Selbstbedienungstankstelle, ohne vom Personal bemerkt zu werden und betankte das Fahrzeug. Anschließend fuhr er – wie von vornherein geplant – ohne Bezahlung der eingefüllten Treibstoffmenge davon.

Der Angekl. rechnete damit, infolge zuvor konsumierter Betäubungsmittel nicht mehr fahrtüchtig zu sein. Gleichwohl fuhr er mit drei Begleitern nach M. Als sich Polizeibeamte mit einem Streifenwagen schräg vor den an einer Rotlicht zeigenden Ampel haltenden Pkw setzten, beschloss der Angekl., sich durch Flucht der Kontrolle und einer Festnahme zu entziehen. Er scherte nach links in den Bereich des Gegenverkehrs aus, fuhr mit hoher Geschwindigkeit von deutlich mehr als 50 km/h über die Kreuzung und streifte beim Wiedereinschwenken den bei Rotlicht haltenden BMW des Zeugen H, der wirtschaftlichen Totalschaden i.H.v. 1.600 € erlitt. Unter Missachtung zweier weiterer „Rot“ anzeigenden Ampeln fuhr er auf der L. weiter; er beabsichtigte, nach rechts in die H.-Straße abzubiegen. Zur gleichen Zeit überquerte vor ihm die im neunten Monat schwangere P mit ihrem fünfjährigen Sohn und ihrer neunjährigen Tochter die Fahrbahn der L., da die dortige Lichtzeichenanlage für sie „Grün“ zeigte. Die Tochter bemerkte das heranrasende Fahrzeug und zog Mutter und Bruder in Richtung der Verkehrsinsel in der Fahrbahnmittelpiste. Der Angekl. fuhr knapp („haarscharf“) an den drei Fußgängern vorbei; ohne die Reaktion des Mädchens wären die Fußgänger von dem Pkw des Angekl. erfasst worden. P erlitt einen Schock und musste ins Krankenhaus. Der Angekl. bog nach rechts ab, zog die Handbremse und sprang aus dem noch rollenden Auto; dieses beschädigte noch zwei parkende Fahrzeuge, an denen jeweils ein Schaden von ca. 2.500 € entstand. Wie hat sich der Angekl. strafbar gemacht?

I. Strafbarkeit wegen Betrugs nach § 263 StGB

1. Täuschungshandlung

Unter dem Begriff „Täuschen“ versteht man das bewusste Einwirken (ausdrücklich/konkludent) auf den Intellekt eines anderen zur Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums.

Indem der Angekl. bei der Selbstbedienungstankstelle vorgefahren ist, hat er vorgetäuscht, auch zur Zahlung des Entgelts bereit zu sein, obwohl diese Bereitschaft fehlte. Hierin ist eine Täuschungshandlung zu sehen.

2. Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums

Durch die Täuschung des Täters muss im Getäuschten (Opfer) ein Irrtum erregt oder unterhalten werden. Fraglich ist daher, ob sich die Mitarbeiter der Tankstelle über die Zahlungsbereitschaft des Angekl. geirrt haben.

*„[Bei einer Selbstbedienungstankstelle] setzt die Annahme der Tatvollendung voraus, dass der Täter durch (konkludentes) Vortäuschen seiner Zahlungsbereitschaft **bei dem Kassenspersonal einen entsprechenden Irrtum** hervorruft, der anschließend zu der schädigenden Vermögensverfügung (**Einverständnis mit dem Tankvorgang**) führt. Mangels Irrtumserregung liegt jedoch kein vollendeter Betrug vor, wenn das **Betanken** des Fahrzeugs vom Kassenspersonal **überhaupt nicht bemerkt** wird. In einem solchen Fall ist vielmehr regelmäßig vom **Tatbestand des versuchten Betrugs** auszugehen, wenn das Bestreben des Täters – wie im vorliegenden Fall – von Anfang an darauf gerichtet war, das Benzin unter*

Vortäuschung einer nicht vorhandenen Zahlungsbereitschaft an sich zu bringen, ohne den Kaufpreis zu entrichten (BGH, NJW 1983, 2827 = NStZ 1983, 507; NStZ 2013, 336 = StV 2013, 511 m.w.N.). Da das LG trotz des Geständnisses des Angekl. und unter Heranziehung der Lichtbilder der Überwachungskamera keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob der Tankvorgang vom Kassenspersonal bemerkt wurde, geht der Senat zu Gunsten des Angekl. davon aus, dass dies nicht der Fall war; er ändert den Schuldspruch in versuchten Betrug ab. § 265 StPO steht nicht entgegen, da sich der geständige Angekl. nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.“ (BGH aaO.)

Der Angekl. ist daher nur wegen versuchten Betrugs strafbar.

II. Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs

Der Angekl. könnte wegen vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315 c I Nr. 1 Buchst. a sowie Nr. 2 Buchst. b und d StGB strafbar sein. Der Angekl. hat eingeräumt, unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln ohne die erforderliche Fahrerlaubnis gefahren zu sein. Er hat aber bestritten, bemerkt zu haben, dass er andere Fahrzeuge touchiert, „rote Ampeln“ überfahren und Fußgänger gefährdet habe.

„Damit sind die Voraussetzungen der vom LG angenommenen so genannten **Vorsatz-Vorsatz-Kombination** in den Varianten des § 315 c I Nr. 1 Buchst. a sowie Nr. 2 Buchst. b und d StGB nicht belegt. Zwar hat die Strafkammer rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Angekl. trotz seines Bestrebens, sich dem polizeilichen Zugriff zu entziehen, auf Grund des vorangegangenen Drogenkonsums (**relativ**) **fahruntüchtig** war (vgl. BGH, NStZ 1995, 88 und NStZ-RR 2015, 321 Ls. = BeckRS 2015, 13336) und **dies auch billigend in Kauf** nahm. Es hat jedoch keine Feststellungen zu einer (auch nur bedingt) **vorsätzlichen Herbeiführung** des im Tatbestand des § 315 c I StGB in allen Varianten vorausgesetzten **konkreten Gefahrerfolgs** getroffen; dies kann der Senat auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht entnehmen.

Solcher Feststellungen zum subjektiven Tatbestand hätte es indes für den im angefochtenen Urteil getroffenen Schuldspruch bedurft: Das LG hat nicht berücksichtigt, dass die **vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs gem. § 315 c I StGB** – anders als in § 315 c III Nr. 1 StGB – **hinsichtlich aller Tatumstände zumindest bedingten Vorsatz** verlangt. Der Vorsatz des Täters muss deshalb nicht nur die Fahrunsicherheit, sondern auch die konkrete Gefahr umfassen. Der Täter muss insoweit die Umstände kennen, die den Gefahrerfolg im Sinne eines Beinahe-Unfalls als naheliegende Möglichkeit erscheinen lassen und sich mit dem Eintritt dieser Gefahrenlage zumindest abfinden (vgl. BGH, NStZ-RR 2014, 384 Ls. = ZfS 2014, 713 = BeckRS 2014, 18270; König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl., § 315 c Rn. 48).

Soweit die Strafkammer den Angekl. nach § 315 c I Nr. 2 Buchst. b (**falsches Überholen**) und Buchst. d StGB (**zu schnelles Fahren an Straßenkreuzungen**) verurteilt hat, fehlt es darüber hinaus schon an der Feststellung, dass der Angekl. **hinsichtlich dieser beiden so genannten Todsünden vorsätzlich gehandelt** hat.“ (BGH aaO.)

GG
Art. 1 I, 5 III**Ausstellung menschlicher Plastinate**
Wissenschaftsfreiheit und Menschenwürde

VerfR

(OVG Berlin-Brandenburg in LKV 2016, 139; Urteil vom 10.12.2015 – OVG 12 B 2.15)

1. Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Unternehmensgegenstand Ausstellungen und damit zusammenhängende Veranstaltungen sind, bedarf für die Ausstellung menschlicher Dauerpräparate, die im Wege des Verfahrens der Plastinierung hergestellt worden sind, **einer bestattungsrechtlichen Ausnahmegenehmigung vom Verbot der öffentlichen Ausstellung von Leichen**. Von dem Ausstellungsverbot sind nur anatomische Institute und ihnen gleichstehende wissenschaftliche Einrichtungen ausgenommen.
2. Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für die Ausstellung menschlicher Dauerpräparate erfordert den Nachweis, dass die **Verstorbenen**, aus deren Körpern die Exponate hergestellt wurden, **mit der öffentlichen Ausstellung einverstanden** sind. Der Nachweis ist nicht erbracht, wenn das einzelne Exponat infolge **unumkehrbarer Anonymisierung und Entpersonalisierung** nicht mehr auf eine solche Einwilligung zurückgeführt werden kann.

Fall: Die Bet. streiten über die Erforderlichkeit einer bestattungsrechtlichen Genehmigung zur Durchführung einer Dauerausstellung mit menschlichen Ganzkörper- und Teilpräparaten, die im Wege der sog. Plastinationstechnik, bei der dem toten Körper in einem aufwändigen Verfahren Wasser und Fett entzogen und durch spezielle Kunststoffe ersetzt werden, hergestellt sind.

Die Kl. ist eine im Jahr 2013 gegründete Gesellschaft mit dem Zweck, Ausstellungen zu konzipieren und zu veranstalten sowie Dienstleistungen in der Ausstellungs- und Veranstaltungsbranche anzubieten. Nachdem sie Räume im Sockelgebäude des Fernsehturms angemietet und für deren Einrichtung als Ausstellungsräume des „Körperwelten Museums Berlin“ eine Baugenehmigung beantragt und erhalten hatte, wurde sie durch das Gesundheitsamt des Bezirksamts Mitte darauf hingewiesen, dass die beabsichtigte Ausstellung dem bestattungsrechtlichen Verbot der Ausstellung von Leichen unterfalle und sie gehalten sei, eine Ausnahmegenehmigung zu beantragen.

Die daraufhin von der Kl., die grundsätzlich von der Genehmigungsfreiheit der Ausstellung ausgeht, hilfsweise beantragte Ausnahmegenehmigung vom bestattungsrechtlichen Ausstellungsverbot lehnte der Bekl. u.a. mit der Begründung ab, die Reichweite der Wissenschaftsfreiheit sei im konkreten Zusammenhang im Berliner Sektionsgesetz „ausgeschöpft“; darin sei ausdrücklich bestimmt, dass auch sog. Anatomieleichen nur einem begrenzten wissenschaftlichen Publikum zu Aus- und Fortbildungszwecken zugänglich seien und nicht öffentlich ausgestellt werden dürften. Den gesundheitsaufklärerischen Zwecken der Kl. könne durch eine Vielzahl anderer, auch interaktiver Medien entsprochen werden. Die Kl. ist der Auffassung, eine solche Genehmigung auch nicht zu benötigen. Trifft diese Rechtsauffassung zu?

§ 14 I 1 BlnBestattG regelt, dass **Leichen nicht öffentlich ausgestellt** werden dürfen. § 14 I 2 Bln BestattG regelt im Besonderen, dass das Öffnen oder Offenlassen des Sarges während der Bestattungsfeierlichkeiten verboten ist. Nach der Legaldefinition in § 1 I 1 BlnBestattG ist **Leiche der Körper eines Menschen**, bei dem **sichere Zeichen des Todes** bestehen oder bei dem der Tod auf andere Weise zuverlässig festgestellt worden ist. **Leblose Teile** eines menschlichen Körpers gelten nach § 1 I 2 BestattG dann als **einer Leiche zugehörig**, wenn ohne sie ein Weiterleben des Individuums unmöglich wäre.

I. Plastinat als Leiche

Zunächst müssten die Plastinate in diesem Sinne als Leichen anzusehen sein.

*„Im Plastinat ist nicht nur die äußere Gestalt des Körpers oder von Teilen davon, sondern auch die **originäre Struktur des Körpers eines toten Menschen** zu etwa 30 v. H. erhalten. Allein Konservierung und Präparierung mit einem **Kunststoffanteil von etwa 70 v. H. rechtfertigen nicht die Annahme eines qualitativen Sprungs** in der juristischen Begriffsbildung vom Leichnam zum aliud, der außerhalb des Regimes des Bestattungsgesetzes stünde (vgl. Gaedke, Hdb. d. Friedhofs- und BestattungsR, 11. Aufl. [2015], Kap. 4, Rn. 33, S. 170). Selbst der **Erfinder der Methode der Plastination**, der Wissenschaftliche Direktor der Kl., Dr. G. v. H., qualifiziert seine **Ganzkörperplastinate als „Trockenleichen“** (Körperwelten, Katalog zur Ausstellung, S. 235). Soweit er, wie von der Kl. vorgetragen, die Leicheneigenschaft gleichwohl schon deshalb als aufgehoben ansieht, weil durch die Plastination die zum Bestattungserfordernis führenden Eigenschaften wie **Verwesbarkeit und Infektiosität verloren** gingen, vermag dies als zweckbezogene Reduktion der Norm nach rein naturwissenschaftlich-rationaler Betrachtung rechtlich nicht zu überzeugen. **Veränderungen**, die die Eigenschaften einer Leiche betreffen, können **zur relevant sein**, soweit diese **Eigenschaften nach dem Gesetz begriffsprägend** sind. Das ist nach der in § 1 I BestattG enthaltenen Legaldefinition nicht der Fall: Die **Plastination als solche ändert nichts daran**, dass es sich um den **Körper eines toten Menschen** bzw. Teile davon und damit um eine Leiche handelt. Allein im Fehlen bestimmter Eigenschaften kann noch **kein Grund** dafür gesehen werden, dass ein Plastinat die **Leicheneigenschaft verliert** und nicht mehr dem Ausstellungsverbot wie dem Bestattungszwang unterliegt (vgl. Senat, Beschl. v. 17.03.2015 – 12 S 4.15, juris Rn. 2; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.08.2009 – 1 S 151.09, OVG 30,*

194, juris Rn. 9; VGH Mannheim, Urt. v. 29.11.2005 – 1 S 1161/04, VBIBW 2006, 186, juris Rn. 32 ff.; OLG Hamburg, Beschl. v. 02.06.2005 – 3 Ss 20/05 OWi, juris Rn. 12; VGH München, Beschl. v. 21.02.2003 – 4 CS 03.462, juris Rn. 19; OVG Koblenz, Beschl. v. 26.03.1987 – 7 E 5/87, juris; VG Köln, Urt. v. 19.03.2010 – 27 K 6759/09, juris Rn. 35; VG Augsburg, Beschl. v. 04.09.2009 – Au 7 S 09.1266, juris Rn. 50; VG Stuttgart, Urt. v. 16.03.2004 – 6 K 2954/03, juris Rn. 41 ff.)“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

Der Zweck des Ausstellungsverbotes beschränkt sich nicht darauf, den von der Leiche ausgehenden Gesundheitsgefahren wegen des mit dem Tod einsetzenden Verfalls zu begegnen. § 2 BestattG regelt unter der Überschrift „**Ehrfurcht vor den Toten**“ eine umfassende Verhaltenspflicht für den Umgang mit Leichen: Wer mit Leichen umgeht, hat dabei die gebotene **Ehrfurcht vor dem toten Menschen** zu wahren.

„Diese gleichsam vor die Klammer gezogene Pflicht bestimmt auch den dritten Abschnitt des Gesetzes, der mit „Behandlung und Beförderung von Leichen“ überschrieben ist und in dem auch das Ausstellungsverbot enthalten ist. Damit verdeutlicht der Gesetzgeber, dass es regelmäßig **nicht der Entscheidung eines Dritten**, namentlich nicht eines Angehörigen oder etwa einer Religionsgemeinschaft, obliegen **oder vom mutmaßlichen Willen des Betroffenen** abhängig gemacht werden soll, ob die öffentliche Ausstellung des toten Menschen zulässig ist. Das **Ausstellungsverbot** nach dem Bestattungsgesetz stellt sich danach als **Konkretisierung des gegenüber jedem verstorbenen Menschen geltenden** allgemeinen und in seinem Kern nicht der Disposition unterliegenden **Achtungsanspruchs des Menschen** dar (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.08.2009, aaO., juris Rn. 15).“ (OLG Berlin-Bbg. aaO.)

Damit würden die Plastinate als Leichen anzusehen sein und dem Ausstellungsverbot unterliegen.

II. Teleologische Reduktion

Fraglich ist jedoch, ob die Vorschriften des BlnBestattG nicht insofern teleologisch zu reduzieren sind, als dass die Plastinate vom Sinn und Zweck der Regelungen her nicht unter das Verbot fallen.

1. Historische Auslegung

Eine teleologische Reduktion könnte deshalb geboten sein, weil dem Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Bestattungsgesetzes im Jahre 1973 die erst wenige Jahre später entwickelte Methode der Plastinierung noch bekannt war und er sich insofern nicht in die Abwägung einbeziehen konnte.

„Die **Entstehungsgeschichte** des Bestattungsgesetzes und seine **Änderungshistorie** lassen aber die sichere Schlussfolgerung zu, dass der Gesetzgeber **keinen Anlass gesehen hat, in Kenntnis der Methode** der Plastinierung die Bestimmung über das Verbot öffentlicher Ausstellung von Leichen in einer Weise zu präzisieren, die **Plastinate generell davon ausnimmt**. Der Ansatz für solche Überlegungen liegt allerdings nahe, weil die Methode der Plastinierung gerade der Herstellung von Anschauungsobjekten dient und deren Herstellung unsinnig wäre, dürften sie nicht ausgestellt werden. Der Gesetzgeber hat dies jedoch nicht verkannt. Insbesondere kann **nicht angenommen** werden, der **Gesetzgeber habe übersehen**, dass die Verwendung menschlicher Präparate zur Erforschung und Veranschaulichung der Anatomie des menschlichen Körpers, seiner Funktionen sowie gesundheitlicher Zusammenhänge seit Jahrhunderten üblich und per se auch mit der postmortalen Würde des Menschen und dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit in Einklang zu bringen ist. Die Entstehungsgeschichte gibt vielmehr klare Hinweise darauf, dass zur Erfassung dieser Problematik eine bestimmte Konzeption verfolgt wurde. Das wird erkennbar, wenn man sich vor Augen führt, dass die Methode von H. letztlich nichts anderes ist als eine **besondere Form der Konservierung eines wissenschaftlichen Präparats** anstelle der sonst üblichen Methode der Aufbewahrung in Formalin oder unter Kühlung. Die Herstellung von Plastinaten weist insofern einen **direkten Zusammenhang mit der anatomischen Sektion** auf, die wiederum die Grundlage für die Erarbeitung wissenschaftlicher Präparate des menschlichen Körpers ist.“ (OLG Berlin-Bbg. aaO.)

2. Ausnahmen vom Ausstellungsverbot für wissenschaftliche Präparate

a) Regelungsinhalt für Ausnahmen bezüglich wissenschaftlicher Präparate

Das BlnSektionsG sieht Regelungen zum Bereich der klinischen und anatomischen Sektionen vor. Hierdurch werden aber die Vorschriften des Bestattungsgesetzes werden durch das Sektionsgesetz nicht verdrängt, sondern durch für die klinische und die anatomische Sektion geltende spezielle Regelungen ergänzt und konkretisiert.

„Dabei verdeutlicht schon die **Begriffsdefinition** in § 7 SektionsG, wonach unter anatomischer Sektion die **Zergliederung von Leichen oder Leichenteilen in anatomischen Instituten zum Zwecke der Lehre und Forschung** über den Aufbau des menschlichen Körpers zu verstehen ist, dass der Gesetzgeber insoweit bewusst den Rahmen für den Umgang mit Leichen in dem der **Wissenschaftsfreiheit**

(Art. 5 III GG) unterfallenden Bereich gestalten wollte, wobei er durchaus den Kernbereich dieser Freiheitsgewährleistung vor Augen hatte und die **verfassungsimmanente Schranke**, die der nicht verzichtbare Schutz des nach dem Tode fortbestehenden **Achtungsanspruchs jedes Menschen nach Art. 1 I GG** (vgl. zusammenfassend zu diesem Element des postmortalen Schutzes der Menschenwürde: BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 04.11.2008 – 1 BvR 1832/07, NJW 2009, 979) der Freiheit von Forschung und Lehre setzt, **konkretisieren** wollte. Seine Regelungen sind darüber hinaus als **Ausfluss der sittlichen Vorstellungen vom Umgang mit dem toten Menschen** zu verstehen, denen er schon im Bestattungsgesetz grundsätzlichen Ausdruck verliehen hat.

Freie Lehre und Forschung für den wissenschaftlichen Zweck sind danach unter Aufsicht oder Leitung eines Arztes oder Hochschullehrers der Anatomie als verantwortlichem Grundrechtsträger (vgl. § 8 I SektionsG) soweit gewährleistet, wie dies zur **Ausbildung des Nachwuchses in medizinischen und naturwissenschaftlichen Berufen** gemäß Approbations- und Ausbildungsordnung unumgänglich ist (§ 8 I Nr. 1 SektionsG). Der **postmortale Persönlichkeitsschutz** (vgl. auch dazu BVerfG aaO., m.w.N.) wird dadurch gewährleistet, dass der Verstorbene oder die nächsten Angehörigen nach dokumentierter Information über die anatomische Sektion zugestimmt haben müssen (§ 8 I Nr. 2 SektionsG) bzw. bei Verstorbenen **ohne Angehörige und ohne erkennbare Willensbekundung eine Sektion unzulässig** ist, wenn sie erkennbar dem Willen oder der Weltanschauung des Verstorbenen widerspricht (§ 8 II SektionsG). Das Sektionsgesetz zielt auch auf die Ausgestaltung eines Rahmens, innerhalb dessen ein **pietätvoller, in jeder Beziehung sicherer Umgang mit Leichen** gewährleistet ist. Dazu gehört etwa auch die schon in der Begriffsdefinition enthaltene Festlegung, dass **Sektionen nur in anatomischen Instituten** stattfinden dürfen, d. h. in Räumen, die grundsätzlich und für eine gewisse Dauer funktional dazu bestimmt und geeignet sind, darin Sektionen unter Beachtung aller einschlägigen rechtlichen Voraussetzungen, insbesondere unter Beachtung des Gebotes der Ehrfurcht vor dem toten Menschen nach § 2 Bestattungsgesetz und sich daraus etwa ergebender Sicherheitserfordernisse, durchzuführen.

Diese Regelungen für die anatomische Sektion sind danach **deutlich restriktiv**, weil sie die Zulässigkeit anatomischer Sektionen an wiederum rechtlich festgelegte Erfordernisse der Ausbildung in medizinischen und naturwissenschaftlichen Berufen binden und zugleich auf das dafür unumgängliche Ausmaß beschränken. Sie begegnen aber keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, weil und soweit die **Zweckbindung von Lehre und Forschung durch die Menschenwürde als dem obersten Verfassungswert** veranlasst ist. Die Beschränkung des Umgangs mit menschlichen Leichen auch in der Wissenschaft auf das unumgänglich Notwendige ist nicht unangemessen, zumal dieser Maßstab dem verantwortlichen Grundrechtsträger ausreichenden Spielraum belässt zu bestimmen, was im Rahmen der Ausbildungsvorschriften zu deren Ausfüllung notwendig ist; jedenfalls gebietet die verfassungsrechtliche Wertaussage für die Freiheit von Forschung und Lehre eine solche Auslegung des Sektionsgesetzes, die es wiederum dem Wissenschaftler und Hochschullehrer überlässt, insoweit das Maß des Unumgänglichen in eigener Verantwortung festzulegen.“ (OVG Berlin-Bbg aaO.)

b) Einordnung der Ausstellung von Plastinaten

Vor diesem Hintergrund kommt es darauf an, ob die außerhalb anatomischer Institute hergestellten Plastinate und ihre Ausstellung durch ein Privatunternehmen diesen Zwecken ebenfalls zugeordnet werden können.

aa) Freiheit von Forschung und Lehre

„Der sich danach ergebende **Freiraum für eine Ausstellung menschlicher Präparate** zu wissenschaftlichen Zwecken erstreckt sich im Hinblick auf das allgemeine Informationsinteresse und die **schrankenlos gewährleistete Freiheit von Forschung und Lehre** (Art. 5 III GG) auch auf das Angebot privater Einrichtungen und die Verfolgung der von der Kl. geltend gemachten sog. Populärwissenschaftlichen Zwecke.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

bb) Anatomisches Institut

Allerdings müsste die Kl. dann als **anatomisches Institut** angesehen werden können.

„Trotz einer **weitgehenden personellen Verflechtung mit den anatomischen Instituten** in Heidelberg und Guben lässt sich die Kl. als juristische Person des Privatrechts in der **Rechtsform einer GmbH** mit dem Unternehmensgegenstand der Konzeption und Veranstaltung von Ausstellungen sowie dem Angebot von **Dienstleistungen in der Ausstellungs- und Veranstaltungsbranche** (vgl. Registerauszug des AG Mannheim zu HRB 718304) nicht als „anatomisches Institut“ i.S.d. § 7 SektionsG qualifizieren, dem diese Ausnahme von dem allgemeinen Ausstellungsverbot gesetzlich zusteht. Darüber kann auch nicht im Hinblick auf die Ausführungen der Kl. hinweg gesehen werden, die Rechtsform der GmbH sei allein aus Gründen der wirtschaftlichen Verselbständigung zur Risikoabsicherung gewählt worden; tatsächlich seien die handelnden Personen identisch und es würden nur in den Instituten in Heidelberg und Guben hergestellte Exponate gezeigt. Denn mit der **Verselbständigung als juristische Person** mit dem genannten Unternehmenszweck geht die **Austauschbarkeit der handelnden Personen** einher und es erscheint nicht gewährleistet, dass die gegenwärtig erkennbare Konzeption des Vorhabens dauerhaft beibehalten

werden muss. Hierin unterscheidet sich das konkrete Rechtsverhältnis auch von der Lage bei den vorausgegangenen Berliner Wanderausstellungen („Körperwelten“), die das in Gestalt eines einzelkaufmännischen Unternehmens betriebene Institut für Plastination in Heidelberg bzw. die Gubener Plastinate GmbH mit Sitz in Heidelberg veranstaltet haben; diese Unternehmen und ihre Einrichtungen sind als (private) anatomische Institute anzusehen (vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 29.11.2005, aaO., juris Rn. 46 ff.).“ (OVG Bln-Bbg. aaO.)

Die Kl. unterliegt daher anders als diese Einrichtungen dem allgemeinen Verbot der öffentlichen Ausstellung von Leichen nach § 14 I BestattG und kann davon nur durch eine Ausnahmegenehmigung nach § 14 II BestattG befreit werden.

„Damit wird gewährleistet, dass **Konzeption und Präsentation der Ausstellung** die gebotene Ehrfurcht vor dem toten Menschen wahren und die für die Herstellung der Präparate und ihre Ausstellung in einem Museum notwendigen sonstigen Voraussetzungen, insbesondere die Einwilligung des Verstorbenen, gegeben sind.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

III. Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausnahmegenehmigung

Möglicher Weise kann die Kl. aber eine Ausnahmegenehmigung vom Ausstellungsverbot nach § 14 II BestattG erhalten.

Eine solche Ausnahmegenehmigung würde aber voraussetzen, dass die Kl. die Einwilligung der verstorbenen Personen nachweisen kann, aus deren Körpern die Exponate hergestellt wurden.

„Dass die sterblichen Überreste von Menschen auch zu (populär-)wissenschaftlichen Zwecken, wie sie die Kl. für ihr Ausstellungsvorhaben in Anspruch nimmt, **nicht ohne ihren Willen** verwendet werden dürfen, bedingt der **postmortale Schutz des Persönlichkeitsrechts**, dessen **unverzichtbarer Kern aus der unantastbaren Menschenwürde** folgt (Art. 1 I GG), den alle staatliche Gewalt zu schützen verpflichtet ist (BVerfG, Beschl. v. 05.04.2001 – 1 BvR 932/94, juris Rn. 18 m.w.N.). Diese Schutzverpflichtung findet für die Präparation von Leichen ihren einfachgesetzlichen Ausdruck in den Anforderungen, die § 8 I Nr. 2 und II sowie § 9 I SektionsG für die Zustimmung des Verstorbenen oder der nächsten Angehörigen und ihre Dokumentation aufstellen. Diese Anforderungen müssen erfüllt sein, um ein Schaustück für wissenschaftliche Zwecke herzustellen und öffentlich zu präsentieren. Ihr **ausdrückliches Vorliegen** ist erst recht Voraussetzung für eine öffentliche Ausstellung zur Veranschaulichung anatomischer und physiologischer Zusammenhänge durch einen privaten Dritten. Eine **dokumentierte Einwilligung für das Exponat** ist danach **unabdingbare Voraussetzung** für die Ausstellung menschlicher Dauerpräparate und bildet zugleich den zentralen Prüfungsgegenstand des Genehmigungsverfahrens.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

Nach ihrem eigenen Vorbringen kann die Kl. nicht nachweisen, dass für die von ihr gezeigten Exponate eine Einwilligung der verstorbenen Person vorliegt, aus deren Körper sie hergestellt wurden

„[Die Kl.] behauptet zwar, dass es sich bei den Exponaten nur um in den Instituten in Heidelberg und Guben hergestellte Plastinate handelt, deren **Herstellung auf Körperspenden beruhe**, bei denen durch ein **formalisiertes Verfahren** und die Organisation in ihren Laboren gewährleistet sei, dass jeweils eine Einwilligungserklärung in die Plastination und den Gebrauch des Plastinats für Ausstellungszwecke gegeben sei. Einer **Überprüfung** ist diese Behauptung indessen **nicht zugänglich**, weil das von der Kl. beschriebene Verfahren die **Entfernung der Identifikations- bzw. Produktionsnummern am Ende des Herstellungsprozesses** vorsieht und an den Plastinaten keine Kennzeichnung vorgenommen wird, mit deren Hilfe sich die zugehörigen Körperspende-Unterlagen diesen zuordnen ließen. Für diese Form der **absoluten Anonymisierung und Entpersonalisierung** habe man sich bewusst entschlossen, weil es dem Wunsch vieler Körperspender entspreche, dass das hergestellte Plastinat nicht mehr mit der individuellen Person des Körperspenders in Verbindung gebracht werden könne.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

Es fehlt damit an den tatbestandlichen Voraussetzungen, wie sie auch sonst für die nicht genehmigungspflichtige Ausstellung wissenschaftlicher Präparate durch anatomische Institute und ihnen etwa gleichstehende wissenschaftliche Einrichtungen vorliegen müssen.

IV. Ergebnis

Die Kl. benötigt daher für die geplante Ausstellung eine Genehmigung, die jedoch mangels Vorliegen der Voraussetzungen nicht erteilt werden kann.

GG **Äußerungen eines Amtsträgers über Religionsverein** AVR
Art. 4 I, II, 5 I **Anspruch auf Unterlassung**

(OVG Bremen in NJW 2016, 823; Beschluss vom 01.12.2015 – OVG 1 B 95/15)

1. Der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Unterlassung der Wiederholung einer amtlichen Äußerung setzt voraus, dass diese **rechtswidrig in subjektive Rechte** des Betroffenen **eingreift** und die **konkrete Gefahr ihrer Wiederholung** droht. Fehlt es an einer spezialgesetzlichen Grundlage, leitet sich der Unterlassungsanspruch aus einer **grundrechtlich geschützten Position** des Betroffenen ab. Die Grundrechte schützen vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen jeder Art, auch solchen durch schlichtes Verwaltungshandeln. Der Betroffene kann daher, wenn ihm eine derartige Rechtsverletzung droht, **gestützt auf das jeweilige Grundrecht Unterlassung verlangen**.
2. Entsprechende Äußerungen haben deshalb den **hoheitlichen Kompetenzrahmen** zu wahren und müssen dem **Sachlichkeitsgebot** als Ausfluss des **Rechtsstaatsprinzips** gerecht werden.
3. Die **Religionsfreiheit verlangt vom Staat besondere Zurückhaltung**.

Fall: Der Ast. ist ein unter dem Namen „Islamisches Kulturzentrum Bremen e. V.“ eingetragener Verein (IKZ). Vereinszweck ist nach der Satzung die Förderung der Zusammenführung von Personen muslimischen Glaubens, die Bekanntmachung des Islams als Religion, die Zurverfügungstellung von Gebetsräumen für muslimische Gläubige, die Durchführung von Arabischunterricht für Kinder von Personen muslimischen Glaubens sowie die Vermittlung der arabischen Sprache und Kultur an interessierte Personen. Der Verein besteht in dieser Form seit dem Jahr 2003. Seit diesem Zeitpunkt befassen sich die Verfassungsschutzberichte des Landesamts für Verfassungsschutz mit der Vereinstätigkeit, ohne dass der Verein bislang hiergegen vorgegangen ist.

Am 28.02.2015 durchsuchten die Strafverfolgungsbehörden die Räumlichkeiten des Ast., nachdem es Hinweise auf einen möglichen terroristischen Anschlag in Bremen gegeben hatte. Das LG Bremen stellte fest, dass die Durchsuchung rechtswidrig war. Die Vorgänge sind Gegenstand eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses der Bremischen Bürgerschaft.

Am 01.03.2015 veröffentlichte der „Schura Islamische Religionsgemeinschaft Bremen e. V.“, ein Dachverband islamischer Religionsgemeinschaften im Lande Bremen, eine Pressemitteilung, in der der Polizeieinsatz verurteilt und als respektlos bezeichnet wurde. Am 03.03.2015 veröffentlichte der Senator für Inneres auf der Internetseite des Senats der Freien Hansestadt Bremen eine Pressemitteilung, der zufolge sich Innensenator Mäurer befreundet zeigt über „Solidarisierung“ der Schura mit Salafisten. Am 16.03.2015 hat der Ast. einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt mit dem Ziel, die Ag. (die Freie Hansestadt Bremen) zum Unterlassen bestimmter Äußerungen über das IKZ zu verpflichten und auf das IKZ bezogene Beiträge aus dem Internet zu entfernen. Nämlich die Äußerungen:

- 1) das „IKZ gehöre zu den Salafisten, die die Vollverschleierung der Frau propagieren und die körperliche Züchtigung der Frau und die Beschränkung ihrer Freiheitsrechte befürworten“.
- 2) der IKZ werde ideologisch stark aus Saudi-Arabien unterstützt, um die dortige als extrem fundamentalistisch einzustufende wahabistisch-salafistisch ausgerichtete Staatsreligion nach Deutschland zu importieren,
- 3) es „sei ein Prediger aus Saudi-Arabien (...) ins IKZ eingeladen (worden), um gleich an mehreren Tagen seine extremistische salafistische Lehre zu verbreiten“

Besteht ein solcher Anspruch?

Die Ast. könnte einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch wegen der vorstehenden Äußerungen haben.

I. Herleitung des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs

„Der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Unterlassung der Wiederholung einer amtlichen Äußerung setzt voraus, dass diese **rechtswidrig in subjektive Rechte** des Betroffenen **eingreift** und die **konkrete Gefahr ihrer Wiederholung** droht. Fehlt es an einer spezialgesetzlichen Grundlage, leitet sich der Unterlassungsanspruch aus einer **grundrechtlich geschützten Position** des Betroffenen ab. Die Grundrechte schützen vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen jeder Art, auch solchen durch schlichtes Verwaltungshandeln. Der Betroffene kann daher, wenn ihm eine derartige Rechtsverletzung droht, **gestützt auf das jeweilige Grundrecht Unterlassung verlangen** (st. Rspr., vgl. zuletzt BVerwG, NVwZ-RR 2015, 425 m.w.N.).“ (OVG Bremen aaO.)

II. Voraussetzungen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs

Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch hat folgende Voraussetzungen:

- rechtswidriges Verwaltungshandeln
- rechtswidrige Beeinträchtigung
- unmittelbare Verursachung
- Wiederholungsgefahr

III. Vorliegen der Voraussetzungen

1. Verwaltungshandeln

Zunächst müsste ein Verwaltungshandeln vorliegen.

Bei Äußerungen von Amtsträgern muss zunächst festgestellt haben, dass diese nach **öffentlichem Recht zu beurteilen** sind.

Es ist auf den **Funktionszusammenhang** abzustellen ist. Äußerungen im Zusammenhang mit amtlicher Tätigkeit sind danach als öffentlich-rechtlich, solche im privaten Rahmen als privatrechtlich einzustufen (OVG Münster NJW 88, 2636). Da die Äußerungen vorliegend aus offiziellem Anlass über die Internetseiten der Stadt Bremen veröffentlicht wurden, liegt ein Zusammenhang mit amtlicher Tätigkeit vor, so dass Verwaltungshandeln gegeben ist.

2. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist jedoch, ob diese Äußerungen rechtswidrig waren.

a) Prüfungsmaßstab für die Rechtswidrigkeit von Äußerungen

Bei solchen Äußerungen ist hinsichtlich der Rechtswidrigkeit zu differenzieren zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen. **Tatsachenbehauptungen** sind **dem Beweis zugänglich**, **Werturteile** hingegen nicht; sie stellen nur **Meinungsäußerungen** dar. Während die Rechtswidrigkeit bei Tatsachenbehauptungen von der Unwahrheit der Behauptung abhängt, bestehen bei Werturteilen wegen der mangelnden Beweiszugänglichkeit lediglich die Grenzen der Legitimation und des Willkür- bzw. Übermaßverbotes.

*„Aus den grundrechtlichen Bindungen der vollziehenden Gewalt ergeben sich besondere Anforderungen an den Inhalt einer solchen, in die Rechte Dritter eingreifende Äußerung. Der sich äuffernde **Amtsträger** kann sich **selbst nicht** auf das Grundrecht **auf Meinungsfreiheit nach Art. 5 I GG berufen**, aus dem sich kein Recht des Staats gegenüber seinen Bürgern ergeben kann. Entsprechende Äußerungen haben deshalb den **hoheitlichen Kompetenzrahmen** zu wahren und müssen dem **Sachlichkeitsgebot** als Ausfluss des **Rechtsstaatsprinzips** gerecht werden. Das verlangt, dass die jeweilige Äußerung in einem konkreten Bezug zur Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe steht, Werturteile auf einem im Wesentlichen zutreffenden oder zumindest sachgerecht und vertretbar gewürdigten Tatsachenkern fußen und weder auf sachfremden Erwägungen beruhen noch den sachlich gebotenen Rahmen überschreiten (vgl. zu allem Senat, NJW 2010, 3738).“ (OVG Bremen aaO.)*

Über diese allgemeinen Anforderungen hinaus haben Amtsträger jedoch besondere Zurückhaltung zu üben, wenn es – wie im vorliegenden Fall – um eine religiöse Einrichtung geht, die sich auf das **Grundrecht der Religions- und Weltanschauungsfreiheit** nach Art. 4 I und II GG berufen kann

*„Die **Religionsfreiheit verlangt vom Staat besondere Zurückhaltung**. Er ist einerseits verpflichtet, sich in Fragen des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses **neutral zu verhalten** und nicht seinerseits den religiösen Frieden in der Gesellschaft zu gefährden. Art. 4 I GG schützt daher **gegen diffamierende, diskriminierende oder verfälschende Darstellungen** einer religiösen oder weltanschaulichen Gemeinschaft. Unzulässig wäre es demnach insbesondere, die **Religionsgemeinschaft mit negativ besetzten Attributen zu belegen**, die einen darüber hinausgehenden Sinngelhalt nicht aufweisen (vgl. BVerfGE 105, 279 = NJW 2002, 2626 – Osho-Bewegung). Die **Verpflichtung zur staatlichen Neutralität** ergibt sich für den bremischen Verfassungsstaat auch aus Art. 59 I BremVerf, wonach Kirchen und Religionsgesellschaften vom Staat getrennt sind.*

Andererseits ist es dem Staat und seinen Organen nicht untersagt, sich mit derartigen Fragen überhaupt zu befassen. Dies gilt in einem besonderen Maße für die Regierungen des Bundes und der Länder, die sich insoweit auf ihre verfassungsunmittelbare Aufgabe der Staatsleitung stützen können. Ihre politische

Führungsfunktion schließt die **Information der Öffentlichkeit über bedeutsame Vorgänge** und Entwicklungen auch dann noch ein, wenn dies mit mittelbar-faktischen Grundrechtsbeeinträchtigungen verbunden ist. Vor diesem Hintergrund ist auch der neutrale Staat nicht gehindert, das **tatsächliche Verhalten einer religiösen oder weltanschaulichen Gruppierung** oder das ihrer Mitglieder **nach weltlichen Kriterien zu beurteilen**, selbst wenn dieses Verhalten letztlich religiös motiviert ist. Art. 4 I und II GG schützt nicht dagegen, dass sich staatliche Organe mit den Trägern des Grundrechts öffentlich – auch kritisch – auseinandersetzen. Das konkrete Maß der besonderen Zurückhaltung, die der Staat im Umgang mit Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu beachten hat, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (vgl. zu allem BVerfGE 105, 279 = NJW 2002, 2626).“ (OVG Bremen aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

aa) Bezeichnung des Ag. als salafistisch

„Der Ast. kann von der Ag. nicht verlangen es zu unterlassen, als „salafistisch“ bezeichnet zu werden. Diese Beschreibung enthält **keine diffamierenden oder verfälschenden Darstellungen**. Der Ast. kann nicht ernsthaft bestreiten, dass „Salafismus“ als **Begriff** sowohl in der **fachwissenschaftlichen** als auch in der öffentlichen Diskussion **anerkannt** ist, mag über seine Bedeutung und seine Konturen auch insbesondere in den Fachwissenschaften gerungen werden (vgl. zu dieser Begrifflichkeit bereits Senat, NVwZ-RR 2012, 45). Etwas anderes ergibt sich jedenfalls nicht aus der von dem Ast. **vorgelegten islamwissenschaftlichen Stellungnahme**, in der zwar darauf hingewiesen wird, dass der Begriff undifferenziert verwendet werde. Eine **wissenschaftlich eindeutige und verallgemeinernde Definition** dieses Begriffs **gebe es nicht**, weil ihm keine einheitliche Bewegung, Doktrin oder gar politische Ideologie gegenüberstehe. In der Stellungnahme heißt es dann aber weiter, der „Salafismus“ sei als „puritanischer Impuls, der den ‚wahren‘, ‚unverfälschten‘ Islam der islamischen Frühzeit (der Zeit der as-salaf as-salih, der ‚frommen Altvorderen‘) zum Maßstab für religiöse Glaubenstreue und Heilswissen“ mache, seit Jahrhunderten eine immer wieder **in bestimmten Milieus und Strömungen der sunnitisch-islamischen Welt auftretende (sozio-)religiöse Orientierung** gewesen. Es handele sich um eine religiöse bzw. religiös-motivierte Reaktion gegenüber neuen gesellschaftlichen Entwicklungen. Bei aller Heterogenität „salafistischer“ Vorstellungen und Praktiken lasse sich **als gemeinsames Merkmal eine starke Tendenz zur religiös-symbolischen Abgrenzung gegenüber „Anderen“** feststellen, die allerdings nicht überbewertet werden dürfe, weil sie sich in einer rhetorischen und symbolischen Abgrenzung erschöpfen könne.“ (OVG Bremen aaO.)

Ist somit ein grundsätzlich zur Abgrenzung geeigneter Begriff verwendet worden, so stelle sich noch die Frage nach der sachlichen Rechtfertigung dieser Äußerung im Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe des Ag.

„Mit Hilfe der Beschreibung des Ast. als „salafistisch“ wird die **Unterscheidung der beiden genannten Moscheevereine gegenüber den zahlreichen anderen Moscheen in Bremen** fortgeführt. Vor dem Hintergrund der Offenheit des Begriffs enthält die Pressemitteilung eine kritische Beschreibung, was in dieser Strömung des Islam vertreten wird. Eine **verfälschende oder diffamierende Darstellung ist nicht ersichtlich**.“ (OVG Bremen aaO.)

Die Äußerung ist daher nicht rechtswidrig, so dass kein hierauf bezogener Unterlassungsanspruch besteht.

bb) Propagieren der Vollverschleierung der Frau

„Soweit [der Ast.] hiergegen... einwendet, der Verein überlasse die Bedeckung des Gesichts der Entscheidung der Frau, verkennt er bereits, dass in der Pressemitteilung nicht behauptet wurde, Frauen würden zu einer Vollverschleierung gezwungen. Im Übrigen hat die Bg. im Einzelnen dargelegt, dass auf der Facebookseite des Ast. Videos von saudischen Geistlichen verlinkt waren, die ihrerseits eine religiöse Pflicht zur – eventuell bis auf den Augenschlitz – vollständigen Verschleierung des Gesichts einer Frau „als Teil ihrer Scham“ annehmen. Die **„Propagierung“ einer Vollverschleierung ist damit hinreichend dargelegt**.“ (OVG Bremen aaO.)

Es handelt sich damit um eine wahre Tatsachenbehauptung, die insofern nicht rechtswidrig ist.

cc) Befürworten körperlicher Züchtigung der Frau

„Das VG hat sich insoweit unter anderem gestützt auf einzelne **Literaturempfehlungen für Bücher, die auf der Internetseite des Ast. beworben wurden** (Titel: „Frauen im Schutz des Islam“ und „Die Frau im Islam im Vergleich zur Frau in der judeo-christlichen Tradition“).

Danach beinhaltet das Buch „Frauen im Schutz des Islam“ ein Kapitel über das „Schlagen der Frauen“, in dem die **Absicht des Schlagens nach den islamischen Lehren beschränkt** sei „auf die Form einer Behandlung“, wobei sich der Verfasser des Buches Aussagen zu Eigen macht, wonach „unterwürfige“ Frauen „ihren Gatten immer anziehender und anbetungswürdiger“ fänden, je mehr er sie schlagen würde. Die Ag. hat darauf hingewiesen, dass die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien diese **Veröffentlichung mit Entscheidung vom 15.01.2009 indiziert** hat

(vgl. zu dieser Schrift auch BVerwG, NVwZ 2014, 1573). Der Ast. macht insoweit ... geltend, er habe das Buch sofort nach der Indizierung als jugendgefährdend aus den Literaturhinweisen entfernt und vertreibe es seit 2010 nicht mehr. Der Ast. hat sich mit dieser Erklärung **nicht hinreichend von dem Inhalt des Buches distanziert**. Es wird deutlich, dass die Herausnahme dieses Buches aus den Literaturempfehlungen des Vereins in erster Linie eine **Reaktion auf die staatliche Indizierung** gewesen ist.“ (OVG Bremen aaO.)

Bei dieser Äußerung handelt es sich demnach auch um eine wahre Tatsachenbehauptung, die insofern nicht rechtswidrig ist.

dd) Ideologische Unterstützung aus Saudi-Arabien

Soweit der Ast. mit seiner Beschwerde verlangt, die Ag. dürfe nicht behaupten, er werde ideologisch stark aus Saudi-Arabien unterstützt, um die dortige als extrem fundamentalistisch einzustufende wahabistisch-salafistisch ausgerichtete Staatsreligion nach Deutschland zu importieren, bleibt sie ebenfalls erfolglos.

„Die Ag. beruft sich insoweit auf den Umstand, dass in den Räumlichkeiten des Ast. immer wieder **Gastprediger aus Saudi-Arabien** auftreten. Als Beispiel hat sie sich bezogen auf den Aufenthalt des Mitarbeiters im saudischen Ministerium für islamische Angelegenheiten und (ehemaligen) Direktor der Verwaltung für Wissenschaft und Forschung des gleichnamigen Zentrums T. Mit seiner Beschwerde macht der Ast. geltend, T habe während seines Aufenthalts lediglich **umfangreiche theologische Ausführungen zum Koran** gemacht. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die maßgeblichen Prediger des Ast., wie etwa der Imam der Moschee, nicht bei bekannten saudischen Gelehrten studiert bzw. bei staatlichen Institutionen, die den **Wahabismus propagieren**, gearbeitet hätten. Mit diesem Vortrag legt der Ast. nicht dar, dass die Aussage einer „**ideologischen**“ **Unterstützung aus Saudi-Arabien**, die nach dem Empfangshorizont weniger verlangt als eine hier wohl auch vorliegende organisatorische Unterstützung, unwahr ist und der Senator für Inneres Vereinstätigkeit und Vereinsstruktur insoweit verfälschend oder sogar diffamierend dargestellt hat.“ (OVG Bremen aaO.)

ee) Einladung eines Predigers

Der Ast. hat zuletzt auch keinen Unterlassungsanspruch im Hinblick auf die Aussage, es „sei ein Prediger aus Saudi-Arabien (...) ins IKZ eingeladen (worden), um gleich an mehreren Tagen seine extremistische salafistische Lehre zu verbreiten“.

„[Diese]... Äußerung, die nur im Hinblick auf die Beschreibung des Predigers sowie den Zeitpunkt seiner Einladung eine Tatsachenbehauptung und im Übrigen Wertungen enthält, [ist] **in der Sache nicht zu beanstanden**. Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass vom 19.12. bis zum 21.12.2014 in den Räumlichkeiten des Ast. ein **Seminar mit dem Gastprediger R** stattgefunden hat, der als Imam einer Heilbronner Moschee **vom Verfassungsschutz des Landes Baden-Württemberg beobachtet** wird und jedenfalls auch über die saudische Staatsangehörigkeit verfügt, wobei die Beschwerde nicht geltend macht, dass ihn darüber hinaus mit Saudi-Arabien nichts verbindet. Die R in dem dortigen Verfassungsschutzbericht vorgeworfenen Äußerungen, wonach er **Sklaverei befürworte**, indem er unter anderem die Ansicht vertrete, Muslime könnten **Eigentumsrechte an weiblichen Kriegsgefangenen** erlangen, an denen man ganz **legal seine sexuellen Bedürfnisse befriedigen** dürfe, ist dieser im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit der Erklärung entgegengetreten, es gebe selbstverständlich islamische Positionen, die nicht mit der Verfassung übereinstimmen. Das gelte im Übrigen für jede eigenständige Rechtsordnung. Es handele sich aber nur um die Vermittlung klassischer Lehren des Islam, wobei die islamische Gesetzgebung und Rechtsprechung nur in einem islamischen Staat von muslimischen Richtern durchgeführt werden könne. Vor dem Hintergrund dieses Vortrags ist die Äußerung des Senators für Inneres auch im Ergebnis nicht zu beanstanden. Soweit sie Wertungen beinhaltet, beruhen diese auf einem zutreffenden Tatsachenkern. Es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass der Senator für Inneres die Grenze der für staatliche Stellen gebotenen Zurückhaltung verletzt hat.“ (OVG Bremen aaO.)

IV. Ergebnis

Ein Unterlassungsanspruch im Hinblick auf die getätigten Äußerungen besteht nicht.

Kurzauslese I

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

BGB

§§ 556 III 1, 259

Betriebskosten

Rechtsprechungsänderung zur Angabe bereinigter „Gesamtkosten“

SR BT

(BGH in NJW 2016, 866; Urteil vom 20.01.2016 – VIII ZR 93/15)

1. Zur formellen Ordnungsgemäßheit einer Betriebskostenabrechnung genügt es hinsichtlich der Angabe der „Gesamtkosten“, wenn der Vermieter **bei der jeweiligen Betriebskostenart den Gesamtbetrag** angibt, den er auf die Wohnungsmieter der gewählten Abrechnungseinheit umlegt.
2. Dies gilt auch dann, wenn der Vermieter diesen Gesamtbetrag vorab **um nicht auf den Mieter umlagefähige Kostenanteile bereinigt** hat; einer Angabe und Erläuterung der zum angesetzten Gesamtbetrag führenden Rechenschritte bedarf es nicht.

Fall: Die Kl. ist Eigentümerin und Vermieterin einer aus mehreren Gebäuden bestehenden Wohnanlage in Bochum. Die Bkl. haben in dem zu diesem Komplex gehörenden Gebäude H eine Wohnung gemietet. Die Kl. rechnete die Nebenkosten gegenüber den Mietern jeweils nach Gebäuden ab. Bei den Nebenkostenpositionen Wasser, Abwasser und Müllabfuhr besteht die Besonderheit, dass die gesamte Anlage über einen zentralen Müllplatz und zwei Heizstationen mit zentraler Warmwasseraufbereitung verfügt, die jeweils die anderen Häuser mitversorgen. Die Kl. sah sich deshalb veranlasst, bei diesen Positionen zunächst von den Gesamtkosten für die Wohnanlage auszugehen und diese Kosten nach dem Verhältnis der Wohnfläche auf die einzelnen Gebäude zu verteilen. Dieser Rechenschritt ist allerdings aus den Nebenkostenabrechnungen, die den Mietern erteilt wurden, nicht ersichtlich. Vielmehr erschien darin nur der von der Kl. für das jeweilige Gebäude errechnete „Gesamtbetrag“, der dann auf die Mieter des jeweiligen Gebäudes mittels des anzuwendenden Umlageschlüssels verteilt wurde. Aus diesem Grund entsprechen die für das jeweilige Gebäude in den Nebenkostenabrechnungen ausgewiesenen „Gesamtkosten“ nicht den Beträgen, die aus den Gebührenbescheiden der Gemeinde und den jeweiligen Rechnungen der Stadtwerke ersichtlich sind. Die Kl. begehrt auf Grund der Nebenkostenabrechnung vom 30.11.2012 für das Jahr 2011 eine Nachzahlung i.H.v. 898,13 € nebst Zinsen. Zu Recht?

„Der Senat hält an seiner **bisherigen Rechtsprechung** (vgl. insbes. Senat, NJW 2007, 1059 = NZM 2007, 244 Rn. 10) nicht fest, wonach die **Angabe lediglich „bereinigter“ Gesamtkosten die Unwirksamkeit der Abrechnung aus formellen Gründen** zur Folge hat. Er entscheidet nunmehr, dass es zur Erfüllung der Mindestanforderungen einer Nebenkostenabrechnung, durch die die Abrechnungsfrist des § 556 III 3 BGB gewahrt wird, **genügt**, wenn als „Gesamtkosten“ bei der jeweiligen Betriebskostenart die **Summe der Kosten angegeben** ist, die der Vermieter auf die Wohnungsmieter der **gewählten Abrechnungseinheit** (in der Regel: Gebäude) umlegt.

Eine Betriebskostenabrechnung ist nach der Rechtsprechung des Senats dann **formell ordnungsgemäß** und damit wirksam, wenn sie den **allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB** entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält.

Dabei hat der Senat die bei der Abrechnung von Betriebskosten bei **Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten** regelmäßig aufzunehmenden **Mindestangaben** in zahlreichen Entscheidungen wie folgt umschrieben: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und – soweit erforderlich – die Erläuterung der zu Grunde gelegten **Verteilerschlüssel**, die **Berechnung des Anteils des Mieters** und der Abzug der geleisteten **Vorauszahlungen** (st. Rspr.; Senat, Urt. v. 06.05.2015 – VIII ZR 194/14, BeckRS 2015, 09904 Rn. 13 [mit Berichtigung BeckRS 2015, 11870]; NJW 2010, 3363 = NZM 2010, 784 = WuM 2010, 627 Rn. 10; NJW 2009, 283 = NZM 2009, 78 Rn. 21; NJW 2008, 2260 = NZM 2008, 567 Rn. 10; NJW 2008, 2258 = NZM 2008, 477 Rn. 15; jew. m.w.N.).

Allerdings hat der Senat die Notwendigkeit, „Gesamtkosten“ jeder Abrechnungsposition anzugeben, **bisher nicht strikt darauf beschränkt**, dass nur die jeweiligen **(Gesamt-)Kosten** angegeben werden müssen, die in der **Abrechnungseinheit** nach der Abrechnung auf die Wohnungsmieter umgelegt werden. Vielmehr hat er vom Vermieter in einigen Sonderfällen verlangt, auch darüber hinausgehende Kosten anzugeben sowie den Rechenschritt zu erläutern, mit dem die letztlich umgelegten Gesamtkosten der Abrechnungseinheit erst ermittelt worden sind (vgl. nur Senat, NJW-RR 2014, 76 = NZM 2014, 26 = WuM 2013, 734 Rn. 14 m.w.N.).

Der Senat hat **zwischenzeitlich mehrfach betont**, dass an die Abrechnung von **Nebenkosten in formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen** zu stellen sind (vgl. nur Senat, NJW 2012, 1502 = NZM 2012, 416 Rn. 24 m.w.N.). Aus diesem Grundgedanken hat er in mehreren Entscheidungen Einschränkungen der eingangs beschriebenen Mindestanforderungen abgeleitet. Ebenso gehört es nach der Rechtsprechung des Senats nicht zu den Voraussetzungen einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung, diejenigen **Zwischenschritte offenzulegen**, mit denen der Vermieter **aus kalenderjahresübergreifenden Abrechnungen** eines Versorgers die auf das abzurechnende Kalenderjahr entfallenden Betriebskosten ermittelt (Senat, NJW 2014, 1732 = NZM 2014, 384 Rn. 8).

Bei der Frage, welche **Mindestanforderungen an eine die Ausschlussfrist des § 556 III 3 BGB während Betriebskostenabrechnung** zu stellen sind, geht es letztlich entscheidend darum, die insoweit betroffenen berechtigten Interessen von Mieter und Vermieter unter Berücksichtigung des Zwecks einer solchen Abrechnung in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Typischerweise geht es dem Mieter vor allem darum, dass die **entstandenen Kosten in übersichtlicher Weise** (also getrennt nach unterschiedlichen Kostenarten) **zusammengestellt** sind und er darüber informiert wird, auf welche Weise (mit welchem Umlageschlüssel) der auf ihn entfallende Kostenanteil ermittelt worden ist und welche Beträge im Abrechnungsjahr auf ihn entfallen. Mit diesen Informationen kann er überprüfen, ob die ihm in Rechnung gestellten Kosten dem Grunde nach umlagefähig sind, ob der richtige Umlageschlüssel verwendet wurde und die für die Abrechnungseinheit angesetzten Gesamtkosten der Höhe nach für ihn plausibel sind oder er Anlass sieht, die Richtigkeit der angesetzten Kosten durch eine Einsicht in die Belege zu überprüfen.“ (BGH aaO.)

(OLG Hamm in NJW 2016, 505; Urteil vom 18.08.2015 – I-9 U 169/14)

Fall: Der Zeuge P befuhr am 09.12.2013 gegen 1 Uhr bei stürmischen Witterungsverhältnissen mit dem Fahrzeug des Kl. in C. die E.-Straße. In Höhe des von dem Bekl. betriebenen Lebensmittelmarkts kollidierte das Fahrzeug auf der Fahrbahn – so die Behauptung des Kl. – mit einem Einkaufswagen dieses Lebensmittelmarkts. Der Kl. macht die ihm hierdurch entstandenen Reparatur-, Sachverständigen- und Mietwagenkosten neben einem verbleibenden Minderwert und einer allgemeinen Unkostenpauschale unter dem Gesichtspunkt einer Verkehrssicherungspflichtverletzung des Bekl. in einer Gesamthöhe von 5.408,56 € geltend.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass es auf der Fahrbahn zu einer Kollision mit einem Einkaufswagen des Lebensmittelmarkts gekommen ist. Es ist aber offengeblieben, ob nicht ein Dritter den Einkaufswagen in der Zeit nach Ladenschluss am Samstag um 20 Uhr bis Montag um 1 Uhr auf dem Gelände oder auf dem Geschäft vorgelagerten Gehsteig abgestellt hat.

Der Bekl. hat eine ihm obliegende Verkehrssicherungspflicht verletzt, weil die von ihm ergriffenen **Maßnahmen** im Zusammenhang mit der Außenlagerung der Einkaufswagen nach Geschäftsschluss **unzureichend** gewesen sind.

I. Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht

1. Inhalt der Verkehrssicherungspflicht

„Nach ständiger Rechtsprechung ist derjenige, der eine **Gefahrenlage** – gleich welcher Art – **schaftt**, grundsätzlich verpflichtet, die **notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen** zu treffen, um eine **Schädigung anderer möglichst zu verhindern**. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann. Denn eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist im praktischen Leben nicht erreichbar. Deshalb muss **nicht für alle denkbaren Möglichkeiten eines Schadenseintritts** Vorsorge getroffen werden. Der Verkehrssicherungspflicht ist vielmehr genügt, wenn im Ergebnis der Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich **herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält**. Es genügt daher, diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren und die ihm den Umständen nach zuzumuten sind (Senat, NJW-RR 2014, 985 m.w.N.). Dabei wird die Grenze zwischen abhilfebedürftigen Gefahren und von den Benutzern hinzunehmenden Erschwernissen ganz maßgeblich durch die **sich im Rahmen des Vernünftigen haltenden Sicherheitserwartungen des Verkehrs** bestimmt, die sich wesentlich an dem äußeren Erscheinungsbild der Verkehrsfläche und der Verkehrsbedeutung orientieren (Senat, NJW-RR 2015, 860).“ (OLG Hamm aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

„Der Bekl. musste daher dafür Vorsorge treffen, dass die **Einkaufswagen nach Geschäftsschluss sicher abgestellt** waren. Dies gilt zum einen im Hinblick auf Schutzmaßnahmen gegen die unbefugte Benutzung durch Dritte, zum anderen aber auch mit Blick auf die Verhinderung eines Wegrollens dieser Einkaufswagen im Sinne einer Verselbstständigung. Dies gilt vorliegend umso mehr, als der **Gehsteig vor dem Ladengeschäft**, an den der Abstellplatz für die Einkaufswagen angrenzt, **zur Fahrbahn hin ein Gefälle** aufweist.

Die von dem Bekl. ergriffenen Sicherungsmaßnahmen genügen diesen Anforderungen nicht. Die auf dem Abstellplatz in drei nebeneinander gelegenen Reihen befindlichen Einkaufswagen wurden nach Ladenschluss von einer Mitarbeiterin **mittels einer durch die Einkaufswagen geführten Kette gesichert**, die um einen am Kopfende des Abstellplatzes vorhandenen Metallpfosten geschlungen wurde. Eine **Sicherung der Kette mittels eines Vorhängeschlosses unterblieb**, weil ein solches bereits seit längerer Zeit nicht mehr zur Verfügung stand. Diese Art der Sicherung war unzureichend, wie der Zustand, den die den Unfall aufnehmenden Polizeibeamten vor Ort angetroffen haben, dokumentiert.

Der Zeuge T hat ausgesagt, die Kette habe auf dem Boden vor dem jeweils letzten Einkaufswagen in jeder Reihe gelegen. Hierdurch war zwar weiterhin sichergestellt, dass ein Einkaufswagen aus dem Abstellplatz nicht auf den Gehsteig und die Fahrbahn rollen konnte, weil, wie das LG bei dem Ortstermin festgestellt hat, die Kette einen solchen Durchmesser hatte, dass ein **Einkaufswagen ohne Zutun nicht darüber hinwegrollen** konnte. Die **unbefugte Entnahme** eines nicht mit einem Pfandmarkensystem ausgerüsteten Einkaufswagens durch einen Dritten war aber **leicht möglich**, da es nur eines leichten Anstrebens zur Überwindung der am Boden liegenden, im Querschnitt 1–2 cm starken Kette bedurfte.

Dieser Umstand begründet das Vorliegen einer eine Verkehrssicherungspflicht **auslösenden abhilfebedürftigen Gefahrenstelle**. Denn nach den Erfahrungen des Senats ist es eine nicht nur vereinzelt Beobachtung, dass leicht zugängliche Einkaufswagen nach Geschäftsschluss, durch Trunkenheit oder Übermut begünstigt, zweckwidrig **verwendet werden**, um sie anschließend an Ort und Stelle oder auch anderenorts stehen zu lassen. Um eine solche zweckwidrige Nutzung möglichst auszuschließen, genügt es nicht, durch Vorlegen einer Kette den Anschein zu erwecken, die Entnahme eines Einkaufswagens sei nicht möglich. Dies insbesondere dann, wenn durch die Lage der Kette vor den Einkaufswagen im Bodenbereich der bezweckte Anschein einer Sicherung schnell widerlegt ist. Die **Sicherung der Einkaufswagen durch eine abschließbare Kette** ist geeignet, diese zweckwidrige Benutzung zu verhindern und erfordert keinen spürbaren wirtschaftlichen Aufwand. Daraus folgt, dass dem Bekl. die Beachtung der gebotenen Sicherungsmaßnahmen auch subjektiv möglich und zumutbar war, so dass die Verkehrssicherungspflicht seitens des Bekl. schuldhaft verletzt worden ist.“ (OLG Hamm aaO.)

II. Schaden

Durch die Kollision des Kraftfahrzeugs des Kl. mit dem auf der Fahrbahn der E.-Straße befindlichen Einkaufswagen hat der Kl. einen Sachschaden erlitten.

III. Kausalität

Diese Verkehrssicherungspflichtverletzung war kausal für die dem Kl. entstandene Rechtsgutsverletzung, der Beschädigung seines Kraftfahrzeugs.

„Dieser Kausalitätsnachweis ist auf Grund hier eingreifender **Anscheinsbeweissgrundsätze** geführt. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung (BGH, NVwZ-RR 2013, 909 = MDR 2013, 970 m.w.N.), dass in Fällen der Feststellung einer Verkehrssicherungspflichtverletzung ein **Anscheinsbeweis dafür spricht**, dass es **ohne die Pflichtverletzung nicht zu der Rechtsgut-**

verletzung gekommen wäre, dass mithin die Pflichtverletzung für das Schadensereignis ursächlich geworden ist. Hiervon ausgehend obliegt dem Bekl. die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sich vorliegend eine Ursache ausgewirkt hat, die nicht auf einer Pflichtverletzung des Bekl. fußt. Entsprechende Tatsachen hat der Bekl. nicht substantiiert vorgetragen.“ (OLG Hamm aaO.)

IV. Mithaftung des Kl.

„Aber auch der Kl. haftet für den ihm entstandenen Schaden auf Grund der von seinem Kraftfahrzeug ausgehenden **Betriebsgefahr** nach § 7 I StVG. Der Unfall ist bei dem Betrieb des Kraftfahrzeugs des Kl. entstanden, § 7 I StVG, ein Fall höherer Gewalt, § 7 II StVG, wird zu Recht von dem Kl. nicht eingewandt. Auf die **Unabwendbarkeit** des Unfallgeschehens nach § 17 III StVG kann sich der Kl. vorliegend **nicht berufen**, weil der Unfall **nicht durch mehrere Kraftfahrzeuge** verursacht worden ist.“ (OLG Hamm aaO.)

Diese Mithaftung hat das OLG Hamm mit 20 % angesetzt und 80 % des Schadens zuerkannt.

BGB
§ 551 III 3

Anforderungen an Anlage der Mietkaution
Anfängliche Offenlegung der Treuhand

MietR

(BGH in NJW-RR 2015, 1289; Beschluss vom 09.06.2015 – VIII ZR 324/14)

„Die Regelung des § 551 III 3 BGB, wonach der Vermieter eine ihm als Sicherheit überlassene Geldsumme **getrennt von seinem Vermögen** bei einem Kreditinstitut anzulegen hat, soll sicherstellen, dass die **Kaution vor dem Zugriff der Gläubiger des Vermieters gesichert** ist (BT-Drs. 14/4553, 48; Palandt/Weidenkaff, BGB, 74. Aufl., § 551 Rn. 11; MüKo-BGB/Bieber, 6. Aufl., § 551 Rn. 18). In den Gesetzesmaterialien wird zur Begründung der Anlagepflicht des Vermieters insoweit ausgeführt, dass die **Kaution wie ein Treuhandvermögen oder Mündelgeld zu behandeln** sei, um sie im Fall der Insolvenz des Vermieters zu schützen und das Pfandrecht der Banken an dem Kautionskonto auszuschließen (BT-Drs. 9/2079, 11; vgl. Senat, NJW 2011, 59). Der Gesetzgeber ging davon aus, dass aus dem Erfordernis der Trennung von dem Vermögen des Vermieters folge, es sei ein **treuhänderisches Sonderkonto anzulegen** (BT-Drs. 9/2079, 11 mit Hinweis auf BGHZ 61, 72 [79] = NJW 1973, 1754). Das Pfandrecht der Banken sowie ein Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht könne bei Kennzeichnung als Sonderkonto nicht Platz greifen. Diesem Anliegen wird jedoch nur eine Anlage gerecht, die den **Treuhandcharakter eindeutig für jeden Gläubiger des Vermieters erkennen** lässt. Dementsprechend wird einhellig verlangt, dass die Kaution auf einem offen ausgewiesenen Sonderkonto („Mietkautionskonto“) angelegt wird. **Andernfalls** unterliefe die Kaution – der ausdrücklich erklärten Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufend – dem **banküblichen Pfandrecht des Kreditinstituts für Forderungen gegen den Vermieter als Kontoinhaber** (Nr. 14 I AGB-Banken, abgedruckt bei Bunte, AGB-Banken, 4. Aufl., Teil 2, bzw. Nr. 21 I AGB-Sparkassen, abgedruckt bei Bunte, Teil 3). **Ausgeschlossen** ist das Pfandrecht des Geldinstituts an dem Sparguthaben vielmehr nur, wenn der **Treuhandcharakter von Anfang an offengelegt** wird (AGB-Banken Nr. 14 III sowie AGB-Sparkassen Nr. 21 II; vgl. BGH, NJW 1991, 101 unter II 3 a; BGHZ 61, 72 = NJW 1973, 1754, jew. m.w.N.; Bunte, Teil 2 Nr. 14 Rn. 307 a; Heymann, AGB-Banken Rn. II/135).“ (BGH aaO.)

StGB
§ 142 II Nr. 2

Berechtigtes Entfernen vom Unfallort
Eigenverletzung

StR BT

(BGH in StV 2016, 284; Beschluss vom 27.08.2014 – 4 StR 259/14)

Hat der Angeklagte noch vor Verlassen der Unfallstelle seine **eigene Verletzung bemerkt** und die Unfallstelle zumindest **auch deshalb verlassen**, um seine massiv blutende Wunde versorgen zu lassen, kann sein **Entfernen vom Unfallort gerechtfertigt** gewesen sein.

„Das LG hat den Angekl. wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte sowie wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. verurteilt und Maßregeln nach §§ 69, 69a StGB angeordnet. Die auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Angekl. hat [einen Teilerfolg].

Die **Verurteilung wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort** hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die vom LG insoweit getroffenen Feststellungen sind lückenhaft; sie **erlauben nicht die Prüfung**, ob sich der Angekl. **möglicherweise berechtigt oder entschuldigt vom Unfallort entfernt** hat (vgl. § 142 II Nr. 2 StGB). Ausweislich der Urteilsgründe lief der Angekl. nach dem von ihm verursachten Unfall einem Fluchtimpuls folgend zu dem Pkw seines Bekannten N. W., der an der Unfallstelle vorbeigefahren und nach rechts in die Straße abgebogen war. Beim Öffnen der Beifahrertür bemerkte er, dass die **Fingerkuppe des Mittelfingers seiner rechten Hand abgeknickt** war und die **Wunde massiv blutete**. Er bestieg das Fahrzeug und ließ sich zur Universitätsklinik nach M. fahren. Nachdem dort die Blutung gestillt worden war, rief der Angekl. 40 Minuten nach dem Unfallgeschehen bei der Polizei an, um sich als Fahrer und Unfallverursacher zu erkennen zu geben.

Diese Feststellungen lassen nicht erkennen, ob N. W. noch im Bereich der Unfallstelle gehalten hat. Wenn der Angekl. **noch vor Verlassen der Unfallstelle seine eigene Verletzung bemerkt** hatte und die Unfallstelle zumindest auch deshalb verließ, um seine massiv blutende Wunde versorgen zu lassen, könnte sein Entfernen vom Unfallort gerechtfertigt gewesen sein (vgl. OLG Köln VRS 63, 349 [350]; OLG Frankfurt/M. VRS 65, 30; König, in: Hentschel/König/Dauer (Hrsg.), Straßenverkehrsrecht, 42. Aufl., § 142 StGB Rn. 51; LK-StGB/Geppert, 12. Aufl., § 142 Rn. 126). [...]“ (BGH aaO.)

StGB
§§ 261, 13 I 239a

Kenntnis von Lagerung von BtM in der Wohnung
Keine Strafbarkeit wegen Beihilfe

StR AT

(BGH in FD-StrafR 2016, 377121; Beschluss vom 16.02.2016 – 4 StR 459/15)

Fall: Der Mitangeklagte Ö ließ im Spätsommer 2013 ein Paket mit 150 g Heroinzubereitung (Wirkstoffgehalt 25 %) an die Wohnanschrift der Angeklagten (A) versenden, wo es von ihm in Besitz genommen wurde. Ö unterhielt mit A eine Beziehung und war allein deswegen von A in ihre Wohnung aufgenommen worden. Die Hälfte des Heroins verwendete Ö in der Folgezeit zum Eigenkonsum für sich und A. Die andere Hälfte streckte und portionierte er und verkaufte sie in und vor der Wohnung der A an andere Abnehmer. A war nicht aktiv in die Planung, Organisation oder Durchführung des Handelstreibens eingebunden und hatte

auch kein Interesse an den Details der Tätigkeit ihres Freundes. Sie bekam aber mit, dass ein Paket mit Heroin angekommen war, weil plötzlich wieder ausreichend Heroin in der Wohnung zur Verfügung stand. A, die wusste, dass Ö mit Heroin handelte, sah es zwar nicht gern, dass Ö seine Geschäfte auch in der Wohnung tätigte, sie duldete jedoch die Verkaufstätigkeit ihres Freundes, weil sie von den von ihm erzielten Gewinnen, insbesondere durch die kostenlose Versorgung mit Heroin und die Finanzierung von Einkäufen und Urlauben, erheblich profitierte. Im Oktober 2014 erhielt Ö von einem Kurier eine Lieferung von 300 g Heroinzubereitung mit 25 % Wirkstoffgehalt, die er mit zur Wohnung der A nahm. In der Wohnung wurde die Hälfte der Lieferung von Ö und A selbst konsumiert, während die andere Hälfte wiederum durch Ö nach Streckung an andere Konsumenten weiterveräußert wurde. Auch diesmal bekam A dadurch, dass wieder Heroin verfügbar war, mit, dass Ö eine neue Lieferung erhalten hatte. Sie duldete den anschließenden Verkauf des Heroins in ihrer Wohnung aus denselben Gründen wie zuvor. Ist A wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge strafbar?

„Eine aktive Beteiligung der Angeklagten an der Handelstätigkeit des Mitangeklagten wird durch die Urteilsausführungen nicht belegt. **Allein die Kenntnis und Billigung der Lagerung, der Aufbereitung oder des Vertriebs von Betäubungsmitteln in der Wohnung erfüllt ohne eine irgendwie geartete, die Handelstätigkeit objektiv fördernde Unterstützungshandlung nicht die Voraussetzungen der strafbaren Beihilfe** (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 19.12.2013 - 4 StR 300/13, NStZ 2014, 164; Beschlüsse vom 17.11.2011 - 2 StR 348/11, NStZ-RR 2012, 58; vom 02.08.2006 - 2 StR 251/06, BGHR BtMG § 29 I Nr. 1 Handeltreiben 67; vom 07.01.2003 - 3 StR 414/02, BGHR BtMG § 29 I Nr. 1 Handeltreiben 60). Einen solchen Unterstützungsbeitrag der Angeklagten durch positives Tun hat das Landgericht nicht festgestellt. Dass die Angeklagte schon bei der Überlassung der Wohnung an den Mitangeklagten von deren geplanter Verwendung für Rauschgiftgeschäfte wusste (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.2013 - 4 StR 300/13, aaO.; Beschluss vom 30.04.2013 - 3 StR 85/13, NStZ-RR 2013, 249), hat die Strafkammer nicht angenommen. Eine auf die **künftige Hinnahme des Rauschgifthandels in der Wohnung bezogene Zusage** der Angeklagten, die als psychische Unterstützung der Taten des Mitangeklagten gewertet werden könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 30.04.2013 - 3 StR 85/13, aaO.), lässt sich den Urteilsfeststellungen ebenfalls nicht entnehmen.

Eine Strafbarkeit wegen **Beihilfe durch Unterlassen scheidet mangels Garantenstellung der Angeklagten aus**. Denn der Inhaber einer Wohnung hat grundsätzlich **nicht rechtlich dafür einzustehen, dass in seinen Räumen durch Dritte keine Straftaten begangen werden** (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 19.12.2013 - 4 StR 300/13, aaO.; Beschluss vom 31.07.1992 - 4 StR 156/92, BGHR StGB § 13 I Garantenstellung 10; Urteil vom 24.02.1982 - 3 StR 34/82, BGHSt 30, 391). Ein Ausnahmefall, in welchem die Wohnung wegen ihrer besonderen Beschaffenheit oder Lage - über ihre Eigenschaft als nach außen abgeschirmter Bereich hinaus - eine Gefahrenquelle darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 24.02.1982 - 3 StR 34/82, aaO.; Beschluss vom 07.01.2003 - 3 StR 414/02, aaO.), ist nicht festgestellt. Dass die Angeklagte aus den durch den Mitangeklagten begangenen Taten Vorteile zog, mag strafrechtlich unter dem Aspekt der Geldwäsche nach § 261 StGB bedeutsam sein (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.2012 - 3 StR 407/12, NStZ 2013, 546, 549; Weber, BtMG, 4. Aufl., Vor §§ 29 ff., Rn. 677 ff.), für die Frage des Bestehens einer Garantenpflicht der Angeklagten ist dieser Umstand entgegen der Ansicht der Strafkammer indes ohne jede Relevanz.“ (BGH aaO.)

StGB
§ 113

Widerstand gegen Vollstreckungsfahrzeug Nicht bei bloßer Flucht vor Polizei

StR BT

(BGH in StV 2016, 283; Beschluss vom 15.01.2015 – 2 StR 204/14)

Bloße Flucht vor der Polizei ist kein (gewaltsamer) Widerstand, auch wenn dadurch ggf. Dritte gefährdet oder unvorsätzlich verletzt werden; dies gilt auch dann, wenn der Angeklagte die Beschädigung eines Polizeifahrzeugs billigend in Kauf nahm.

„Die StrK hat [den] Sachverhalt als Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 I und III StGB [...] gewertet. Indem der Angekl. versucht habe, sich der Polizeikontrolle durch Festnahme zu entziehen und zu diesem Zweck den PKW Smart abrupt trotz der ihn einkeilenden drei Fahrzeuge zurücksetzte, habe er bewusst und gewollt mit Gewalt Widerstand gegen die rechtmäßige Diensthandlung der Polizeibeamten geleistet.

Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Unter **Widerstand** ist eine **aktive Tätigkeit gegenüber dem Vollstreckungsbeamten mit Nötigungscharakter** zu verstehen, mit der die Durchführung einer Vollstreckungsmaßnahme verhindert oder erschwert werden soll (BGH NStZ 2013, 336 [BGH 19.12.2012 - 4 StR 497/12]). Nach dem Schutzzweck des § 113 StGB muss die **Gewalt gegen den Amtsträger gerichtet und für ihn – unmittelbar oder mittelbar über Sachen – körperlich spürbar sein** (BGHSt 18, 133; Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 113 StGB Rn. 5). **Bloße Flucht vor der Polizei ist kein (gewaltsamer) Widerstand**, auch wenn dadurch ggf. Dritte gefährdet oder unvorsätzlich verletzt werden (BGH NStZ 2013, 336 [BGH 19.12.2012 - 4 StR 497/12]; Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 113 Rn. 23).

Danach fehlt es hier an einem Widerstandeisten i.S.v. § 113 StGB. Da der Polizeibeamte vom Angekl. unbemerkt um das Heck des PKW Smart herum lief, als der Angekl. das Fahrzeug zurücksetzte, fehlt es bereits an der **für den äußeren Tatbestand erforderlichen, gewaltsamen, gegen die Person des Vollstreckenden gerichteten Handlung**. Ebenso wenig wird der für die Verwirklichung des § 113 StGB notwendige Vorsatz deutlich, durch eine nötigende Handlung gegen den Vollstreckungsbeamten die Vollstreckungsmaßnahme zu verhindern oder zu erschweren; festgestellt ist lediglich, dass der Angekl. die Beschädigung des Opel Vectra billigend in Kauf nahm, nicht jedoch, dass er die Verletzung eines der Polizeibeamten im Rechtssinne gebilligt hat. [...]“ (BGH aaO.)

WaffG
§ 28

Waffenrechtliches Bedürfnis Bewachungsunternehmer

POR

(BVerwG in DÖV 2016, 309; Urteil vom 11.11.2015 – 6 C 67/14)

Nach § 28 I 1 WaffG kann einem Bewachungsunternehmer eine waffenrechtliche Erlaubnis für das Führen einer Schusswaffe **nur für einen konkreten Bewachungsauftrag** erteilt werden, der sich auf **eine bestimmte gefährdete Person** oder ein **bestimmtes gefährdetes Objekt** bezieht.

Fall: Der Kl. ist Bewachungsunternehmer. Er besitzt eine gewerberechtliche Erlaubnis nach § 34 a GewO für die Ausübung des Bewachungsgewerbes. Das Landratsamt F. erteilte ihm zwei Waffenscheine. Unter „Auflagen und Beschränkungen“ war in beiden Waffenscheinen vermerkt, dass sie nur für Tätigkeiten bei dem Bewachungsunternehmen des Kl. gelten. Der Kl. beantragte,

die Geltungsdauer der Waffenscheine zu verlängern. Das Landratsamt lehnte den Antrag durch den angegriffenen Bescheid ab: Auf Grund der neu gefassten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Waffengesetz dürften anders als bisher Waffenscheine nur noch als Einzelgenehmigungen für konkrete Bewachungsaufträge und nicht mehr als Firmenwaffenschein für sämtliche Bewachungsaufträge eines Bewachungsunternehmers erteilt werden.

„Nach § 4 I Nr. 4 WaffG setzt die Erteilung einer waffenrechtlichen Erlaubnis zum Führen einer Waffe (Waffenschein) voraus, dass der Ast. ein **Bedürfnis nachgewiesen** hat. Der Nachweis eines Bedürfnisses ist nach § 8 WaffG erbracht, wenn gegenüber den Belangen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung besonders anzuerkennende persönliche oder wirtschaftliche Interessen, unter anderem als Bewachungsunternehmer, sowie die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Waffe für den beantragten Zweck glaubhaft gemacht sind.

Nach § 28 I 1 WaffG kann einem Bewachungsunternehmer eine waffenrechtliche Erlaubnis für das Führen einer Schusswaffe nur für einen **konkreten Bewachungsauftrag** erteilt werden, der sich auf eine **bestimmte gefährdete Person** oder ein **bestimmtes gefährdetes Objekt** bezieht. Hingegen lässt diese Vorschrift nicht zu, dem Bewachungsunternehmer eine allgemeine Erlaubnis zu erteilen, die sich auf sein Unternehmen bezieht und es ihm überlässt, zu entscheiden, ob bei einem konkreten Auftrag die Schusswaffe geführt werden soll, weil nach seiner Einschätzung die zu sichernde Person oder das zu sichernde Objekt gefährdet ist und die mitgeführte Schusswaffe erforderlich ist, diese Gefährdung zu mindern.

Dieses Verständnis des § 28 I 1 WaffG ergibt sich bereits aus seinem Wortlaut. Danach begründen bereits übernommene oder demnächst zu übernehmende Bewachungsaufträge nicht stets und schon für sich ein waffenrechtliches Bedürfnis. Die dafür verlangte **Glaubhaftmachung** bezieht sich nicht auf die Tätigkeit als Bewachungsunternehmer allgemein, sondern **auf seine Bewachungsaufträge**, deren Gegenstand ihrerseits mit gefährdeten Personen oder Objekten umschrieben wird. Deren Gefährdung kann wiederum nur glaubhaft gemacht werden, wenn die konkreten Personen und Objekte benannt werden, für die Bewachungsaufträge wahrgenommen werden oder werden sollen.

§ 28 I 1 WaffG definiert die gefährdete Person unter Verweis auf § 19 WaffG. Gefährdete Personen im Sinne dieser Vorschrift sind solche, die **wesentlich mehr als die Allgemeinheit durch Angriffe auf Leib oder Leben gefährdet** sind. Ob diese Voraussetzung vorliegt, hängt von den individuellen Verhältnissen der jeweiligen Person ab und lässt sich nur bezogen auf eine konkrete Person durch Darlegung ihrer Verhältnisse glaubhaft machen.

Nicht anders ist es bei gefährdeten Objekten. Auch ihre Gefährdung lässt sich **nur anhand der Verhältnisse des jeweiligen Objekts glaubhaft** machen.“ (BVerwG aaO.)

GG
Art. 105a

Vergnügungssteuer Betrieb einer Spielhalle

GewR

(BVerwG in DÖV 2016, 306; Urteil vom 14.10.2015 – 9 C 22.14)

1. Die **gerichtliche Kontrolle satzungsrechtlicher Abgabenregelungen** beschränkt sich auf die Vereinbarkeit der Festsetzungen mit höherrangigem Recht (**Ergebniskontrolle**).
2. Eine auf den **Betrieb von** Spielgeräten erhobene Vergnügungssteuer wirkt **erdrosselnd** und verstößt daher gegen Art. 12 GG, wenn die Steuerbelastung es für sich genommen **unmöglich macht, den Beruf des Spielautomatenbetreibers** im Gemeindegebiet zur wirtschaftlichen Grundlage der Lebensführung zu machen. Dieser Bewertung ist ein **durchschnittlicher Unternehmer** zugrunde zu legen.
3. Fehlt es an den erforderlichen Vergleichszahlen in der betroffenen Gemeinde, kann **als Indiz auf die Marktlage in Nachbargemeinden oder in der Region** abgestellt werden.
4. Bei einem **steuerlichen Systemwechsel** (hier: vom Stückzahlmaßstab zu einem am Einspielergebnis ausgerichteten Maßstab der Vergnügungssteuer) kann eine **Übergangsregelung** erforderlich sein, wenn der Gewerbetreibende zu einer **zeitaufwändigen und kapitalintensiven Umstellung** des Betriebsablaufs (Geräte austausch) gezwungen ist und ohne Übergangsregelung seine Berufstätigkeit zeitweise einstellen müsste oder nur zu unzumutbaren Bedingungen fortführen könnte.

BremVwVG
§ 19 III

Abschleppkosten Keine Pflicht zur Halterermittlung in Wohnstraße

POR

(VG Bremen in BeckRS 2016, 40194; Urteil vom 08.10.2015 – 5 K 2021/13)

Die einschreitenden Polizeibeamten sind im Falle einer Abschleppmaßnahme auch dann nicht zu einer Halterfeststellung und Benachrichtigung verpflichtet, wenn die Abschleppmaßnahme in einer Wohnstraße durchgeführt wird und die Möglichkeit besteht, dass sich die Wohnungsanschrift des Halters in unmittelbarer Nähe zu dem verbotswidrig geparkten Fahrzeug befindet.

PAusG
§ 28

Einziehung eines ungültigen Personalausweises Folgenbeseitigungsanspruch

AllgVerwR

(BVerwG in NVwZ-RR 2016, 225; Beschluss vom 02.12.2015 – 6 B 33/15)

Der **Anspruch auf Folgenbeseitigung** kann nicht auf die Herstellung eines rechtswidrigen Zustandes gerichtet sein (hier: Ausstellung eines ungültigen Personalausweises).

Fall: Der Kl. erwarb 2006 an einer slowakischen Universität den juristischen Grad eines „doktor prav“, abgekürzt „JUDr“. Die Bekl. trug zunächst antragsgemäß den Titel „Dr“ im Personalausweis des Kl. ein. Im Jahr 2013 zog sie den Personalausweis ein, weil er auf Grund der unzutreffenden Eintragung des Doktorgrades ungültig geworden sei. Der slowakische Hochschulgrad dürfe nicht

mit der Abkürzung „Dr“ geführt werden. Nachdem der Antrag des Kl. auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes in beiden Instanzen erfolglos geblieben war, gab er den Personalausweis ab. Die Bekl. vernichtete das Dokument. Im Hauptsacheverfahren hat der Kl. beantragt, die Einziehungsverfügung aufzuheben und die Bekl. zu verpflichten, ihm einen neuen Personalausweis auszustellen, in welchem der Doktorgrad wiederum mit der Abkürzung „Dr“ eingetragen ist.

„Ein Anspruch [auf Folgenbeseitigung] entsteht, wenn durch öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln eine subjektive Rechtsposition verletzt und dadurch ein andauernder rechtswidriger Zustand geschaffen worden ist. Der Anspruch ist auf die Wiederherstellung des beseitigten rechtmäßigen Zustands gerichtet; zu beseitigen sind alle der handelnden Behörde zuzurechnenden, noch andauernden unmittelbaren Folgen ihres rechtswidrigen Vorgehens (st. Rspr.; vgl. BVerwGE 69, 366 [368 ff.] = NJW 1985, 817 = NVwZ 1985, 335 Ls.; BVerwGE 82, 76 [95] = NJW 1989, 2272 = NVwZ 1989, 873 Ls. und NJW 2015, 2358 Rn. 24 = LKV 2015, 364 = MMR 2015, 479). Die Beseitigung kann nicht verlangt werden, wenn der rechtswidrig herbeigeführte Zustand nachträglich legalisiert worden ist oder die rechtlich mögliche Legalisierung sicher zu erwarten ist. Hier steht dem Anspruch auf Folgenbeseitigung der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen (BVerwGE 80, 178 [179 ff.] = NJW 1989, 118 = NVwZ 1989, 145 Ls. und BVerwGE 94, 100 [111] = NVwZ 1994, 275 = NJW 1994, 1170 Ls.). Gleiches gilt, wenn der mit der Folgenbeseitigung angestrebte Zustand seinerseits der Rechtsordnung widerspräche (BVerwGE 94, 100 [112 f.] = NVwZ 1994, 275 = NJW 1994, 1170 Ls.).

Danach hat der Kl. keinen Anspruch auf die Ausstellung eines neuen Personalausweises mit der Eintragung „Dr“, weil dadurch ein rechtswidriger Zustand geschaffen würde. Ein Personalausweis dieses Inhalts wäre nach § 28 I Nr. 2 PAuswG vom 18.06.2009 (BGBl. I 2009, 1346) ungültig; der Kl. könnte durch den Besitz eines solchen Ausweises seiner Ausweispflicht nach § 1 I und II PAuswG nicht genügen.

Nach § 28 I Nr. 2 Alt. 2 PAuswG ist ein Ausweis ungültig, wenn Eintragungen nach diesem Gesetz – mit Ausnahme der Angaben über die Anschrift oder Größe – unzutreffend sind. Demnach zieht jede unzutreffende Eintragung einer Angabe, die nicht Anschrift oder Größe betrifft, unmittelbar kraft Gesetzes die Ungültigkeit des Personalausweises nach sich. Dies gilt nach dem Wortlaut des § 28 I Nr. 2 PAuswG auch für Angaben, die nur eingetragen werden, wenn sie der Ausweispflichtige freiwillig macht. Hierzu gehört nach § 9 III 2 PAuswG die Angabe eines Doktorgrades. Es versteht sich von selbst, dass die Freiwilligkeit einer Angabe nicht von dem Erfordernis ihrer inhaltlichen Richtigkeit entbindet. Die Freiwilligkeit berechtigt nicht dazu, eine falsche, weil nicht den Tatsachen entsprechende Angabe eintragen zu lassen.

Die Auffassung des Kl., freiwillige Angaben wie diejenige eines Doktorgrades seien keine Eintragungen i.S.v. § 28 I Nr. 2 PAuswG, liegt neben der Sache. Der gesetzliche Begriff der Eintragung bezieht sich offenkundig auf alle diejenigen Angaben, die der Personalausweis enthalten muss oder kann. Nach der Begriffsbestimmung des § 5 II PAuswG sind dies die in dieser Vorschrift aufgeführten Daten, wobei das Gesetz nicht zwischen Pflichtangaben und freiwilligen Angaben unterscheidet.

Ein Doktorgrad i.S.v. § 5 II Nr. 3 PAuswG ist im Personalausweis mit der Abkürzung „Dr“ einzutragen. Die Eintragung dieser Angabe setzt voraus, dass der Ausweisinhaber berechtigt ist, den Doktorgrad in der Bundesrepublik mit dieser Abkürzung ohne Zusatz zu führen (BVerwG, NJW 1989, 1686 = NVwZ 1989, 756 Ls.). Dementsprechend handelt es sich bei der Eintragung der Abkürzung „Dr“ ohne diese Berechtigung um eine unzutreffende, weil inhaltlich unrichtige Eintragung, die nach § 28 I Nr. 2 Alt. 2 PAuswG die Ungültigkeit des Personalausweises nach sich zieht.

Nach den rechtlichen Erkenntnissen des VGH ist der Kl. nicht berechtigt, in der Bundesrepublik einen Doktorgrad mit der Abkürzung „Dr“ zu führen. Da durch die Ausstellung eines neuen Personalausweises mit der unzutreffenden Eintragung „Dr“ ein rechtswidriger Zustand herbeigeführt würde, kann sich ein Folgenbeseitigungsanspruch nicht daraus ergeben, dass der VGH die Einziehung des alten Personalausweises rechtskräftig als ermessensfehlerhaft aufgehoben hat. Auch dieser Ausweis war, wie der VGH zutreffend erkannt hat, wegen der unzutreffenden Eintragung „Dr“ ungültig. Weder geht aus den Gründen des Berufungsurteils hervor noch ist sonst erkennbar, welche schutzwürdigen Belange des Kl. es rechtfertigen könnten, ihm die dauerhafte Benutzung eines ungültigen Personalausweises zu gestatten, obwohl ihm die Bekl. zur Erfüllung der Ausweispflicht jederzeit einen gültigen Personalausweis ohne die unzutreffende Eintragung „Dr“ ausstellen kann.“ (BVerwG aaO.)

GG **Parteienwerbung und Pressefreiheit** VerfG
 Art. 5 I 2 **Kein Kontrahierungszwang privater Presseorgane gegenüber politischen Parteien**
 (BVerfG in NJW 2016, 788; Beschluss vom 27.11.2015 – 2 BvQ 43/15)

Auch bei einer regionalen Monopolstellung eines privatrechtlichen Presseorgans besteht für dieses kein Kontrahierungszwang bezüglich des Abdrucks von Zeitungsanzeigen einer politischen Partei.

Fall: Die Ast., die AfD-Fraktion im Thüringer Landtag, hatte vergeblich versucht, bei Zeitungen der Mediengruppe Thüringen Verlag GmbH und der Allgemeinen Anzeiger GmbH Anzeigen zu veröffentlichen, die die Einladung zu einem „Bürgerdialog“ der Ast. zum Gegenstand hatten, mit dem ihr „Konzept zur Asyl- und Zuwanderungspolitik“ vorgestellt werden sollte.

„In der Rechtsprechung des BVerfG ist geklärt, dass die privatwirtschaftlich organisierte Presse bei der Auswahl der von ihr verbreiteten Nachrichten und Meinungen der Verpflichtung zu Neutralität nicht unterliegt (vgl. BVerfGE 37, 84 [91]). Anders als die öffentlich-rechtlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten dürfen Presseorgane auch den Abdruck von Anzeigen und Leserzuschriften einer bestimmten Tendenz verweigern, ohne dass darin eine unzulässige Beeinträchtigung der Freiheit der politischen Willensbildung läge, selbst wenn zugleich entgegenstehenden Meinungen Raum gegeben würde. Daran ändert auch eine regionale Monopolstellung nichts. Da politische Wettbewerber – nicht zuletzt auf Grund der Entwicklung der modernen Informationstechnologien – über vielfältige Möglichkeiten der Verbreitung von Informationen verfügen, bedarf es auch bei einer regionalen Monopolstellung eines Presseorgans keiner Einschränkung der durch Art. 5 I 2 GG geschützten verlegerischen Freiheit (vgl. BVerfGE 37, 84 [91]; BVerfGE 42, 53 [62] = NJW 1976, 1627; Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, BT Anz Rn. 61 ff.).

Nichts anderes kann vorliegend gelten. Selbst wenn den von der Ast. bezeichneten und in privater Hand betriebenen Mediengruppen eine regionale Monopolstellung zukäme, kann hieraus eine Verpflichtung zum Abdruck von Anzeigen, die die Einladung zu einem „Bürgerdialog“ der Ast. zum Gegenstand haben, mit dem ihr „Konzept zur Asyl- und Zuwanderungspolitik“ vorgestellt werden soll, nicht hergeleitet werden. Die Ast. verfügt über sonstige Möglichkeiten, für die Veranstaltung in anderer Form zu werben und hat davon – wie ihr Internetauftritt zeigt – auch Gebrauch gemacht. Daher begegnen die diesbezüglichen Erwägungen in den angegriffenen Beschlüssen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.“ (BVerfG aaO.)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 317

Lauf der Berufungsfrist
Zustellung beglaubigter Urteilsabschrift statt Urteilsausfertigung
(BGH in NJW 2016, 1180; Beschluss vom 27.01.2016 – XII ZB 684/14)

ZivilProzR

1. Für Urteile, die nach dem Inkrafttreten der Neufassung des § 317 ZPO zum 01.07.2014 zugestellt worden sind, setzt der **Beginn der Fristen** zur Berufungseinlegung und -begründung **nicht mehr die Zustellung einer Urteilsausfertigung voraus**.
2. Entsprechend der nunmehr in § 317 I 1 ZPO enthaltenen Regel **genügt die Zustellung einer beglaubigten Abschrift** des in vollständiger Form abgefassten Urteils.

Fall: Die Kl. wandte sich mit der Rechtsbeschwerde gegen die Zurückweisung ihres Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Verwerfung ihrer Berufung. Das LG Düsseldorf hat die unter anderem auf Erstattung von Betriebskostenvorauszahlungen und Freistellung aus einer Bürgschaft gerichtete Klage abgewiesen und die Kl. auf die Widerklage der Bekl. unter anderem zur Zahlung von 65.306,98 € nebst Zinsen verurteilt. Das Urteil wurde den erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Kl. in beglaubigter Abschrift am 25.08.2014 gegen Empfangsbekanntnis zugestellt. Am 18.09.2014 hat die Kl. hiergegen Berufung eingelegt. Mit einem auf den 27.10.2013 (richtig: 2014) datierten und am 29.10.2014 beim OLG eingegangenen Schriftsatz ihres zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten hat die Kl. beantragt, „die am 30.10.2014 erstmals ablaufende Berufungsbegründungsfrist um einen Monat bis zum 30.11.2014 zu verlängern“.

Nach einem Hinweis des OLG, dass die Berufungsbegründungsfrist bei Eingang des Fristverlängerungsantrags bereits abgelaufen gewesen sei, hat die Kl. am 06.11.2014 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist beantragt. Zur Begründung ihres Antrags auf Wiedereinsetzung hat die Kl. ausgeführt, die dem mit der Durchführung des Berufungsverfahrens beauftragten Rechtsanwalt übermittelte Abschrift des landgerichtlichen Urteils sei mit einem – offenbar von Mitarbeitern der Kl. angebrachten – auf den 30.08.2014 datierten Eingangsstempel versehen gewesen. Daher sei ihr zweitinstanzlicher Prozessbevollmächtigter bei der Einlegung der Berufung davon ausgegangen, dass die Zustellung des landgerichtlichen Urteils an dem genannten Datum stattgefunden habe. Er habe seine Assistentin angewiesen, die Frist zur Begründung der Berufung auf den 30.10.2014 zu notieren, was dann auch geschehen sei. Am Montag, den 27.10.2014 habe die Assistentin nach Diktat den Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist verfasst. Da der zweitinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Kl. aufgrund des Zustellungsvermerks auf der ihm übermittelten Abschrift des landgerichtlichen Urteils davon ausgegangen sei, dass die Berufungsbegründungsfrist erst am 30.10.2014 ende, seien in dem Verlängerungsantrag dieses Datum als vermeintlicher Fristablauf und entsprechend der 30.11.2014 als das Datum genannt worden, bis zu dem die Frist verlängert werden solle. Obwohl in der Kanzlei ihres zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten die Anweisung existiere, Fristverlängerungsgesuche ausnahmslos vorab per Telefax an das jeweils zuständige Gericht zu übermitteln, habe die bislang stets sorgfältig arbeitende Assistentin des Rechtsanwalts den Antrag lediglich in den normalen Postweg gegeben, weshalb dieser erst am 29.10.2014 beim BerGer. eingegangen sei. Regelmäßige stichprobenartige Überprüfungen hätten ergeben, dass diese Anweisung von der Kanzleimitarbeiterin zuvor in sämtlichen Fällen befolgt worden sei. Die fehlerhafte Notierung der Berufungsbegründungsfrist sei daher für die Versäumung der Frist nicht kausal geworden, da der Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist rechtzeitig beim BerGer. eingegangen wäre, wenn die Assistentin entsprechend der bestehenden Anweisung den Antrag nach Ausfertigung am 27.10.2014 per Telefax an das OLG übersandt hätte. Wird die Wiedereinsetzung gewährt werden?

Die Wiedereinsetzung wird gewährt werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 233 ff. ZPO für die Gewährung einer Wiedereinsetzung vorliegen.

I. Versäumung einer wiedereinsetzungsfähigen Frist

Zunächst müsste eine nach § 233 ZPO wiedereinsetzungsfähige Frist versäumt worden sein. Dazu zählt auch die **Frist für die Begründung der Berufung**. Fraglich ist jedoch, ob diese versäumt wurde. Dies hängt davon ab, ob der Fristverlängerungsantrag noch rechtzeitig eingegangen ist.

Die Frist für die Begründung der Berufung beträgt nach § 520 II 1 ZPO 2 Monate. Sie beginnt zu laufen mit der **Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils**. Die Zustellung könnte schon am 25.08.2014 **an den erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten** erfolgt sein. An diesen war nach § 172 I ZPO die Zustellung zu richten. Allerdings wurde diesem keine Ausfertigung des Urteils, sondern nur eine beglaubigte Abschrift übermittelt.

„Zwar hat der BGH in der Vergangenheit zu § 517 ZPO entschieden, dass der Beginn der einmonatigen Berufungsfrist die **Zustellung einer Ausfertigung** des in vollständiger Form abgefassten Urteils voraussetzt und die Übergabe einer beglaubigten Abschrift des Urteils die Zustellungswirkung des § 517 ZPO nicht begründen kann (Senat, BGHZ 186, 22 = NJW 2010, 2519 = FamRZ 2010, 1246 Rn. 12 ff.). Dieser Rechtsauffassung haben sich in der Folgezeit andere Senate des BGH angeschlossen (vgl. BGH, MDR 2011, 65 = BeckRS 2010, 27198 Rn. 6; NJW 2013, 3451 Rn. 6).

An dieser Rechtsprechung kann jedoch nach der **Neufassung des § 317 ZPO** durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013 (BGBl. I 2013, 3786) **nicht mehr festgehalten** werden. § 317 I 1 ZPO ist mit Wirkung vom 01.07.2014 dahingehend geändert worden, dass **Urteile den Parteien von Amts wegen grundsätzlich in Abschrift zugestellt** werden, die von der Geschäftsstelle nach § 169 II ZPO zu beglaubigen ist (BT-Drs. 17/12634, 30). **Ausfertigungen** eines Urteils werden nach § 317 II 1 ZPO **nur noch auf Antrag einer Partei** erteilt, wobei nach § 317 II 3 Hs. 1 ZPO die auf Antrag einer Partei erteilte Ausfertigung regelmäßig weder Tatbestand noch Entscheidungsgründe enthält. Mit Einführung der **Übersendung einer beglaubigten Abschrift als Regelform der Urteilszustellung** kann der Beginn der Fristen zur Einlegung (§ 517 ZPO) und zur Begründung einer Berufung (§ 520 II 1 ZPO) nicht mehr an die Zustellung einer Ausfertigung des Urteils angeknüpft werden. **Voraussetzung für den Beginn der genannten Rechtsmittelfristen** ist eine Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils von Amts wegen in der **in den §§ 169 ff. ZPO bestimmten Form** (Lemke in Prütting/Gehrlein, ZPO, 7. Aufl., § 517 Rn. 4). Die nach § 166 II ZPO von Amts wegen zuzustellenden Dokumente können grundsätzlich in Urschrift, Ausfertigung oder (beglaubigter) Abschrift zugestellt werden, sofern nicht in speziellen materiell- oder prozessrechtlichen Vorschriften eine besondere Form der Zustellung vorgesehen ist (vgl. Senat, BGHZ 186, 22 = NJW 2010, 2519 = FamRZ 2010, 1246 Rn. 13). Eine solche besondere Vorschrift enthält § 317 I 1 ZPO in der seit dem 01.07.2014 geltenden Fassung, indem er die Übermittlung einer beglaubigten Abschrift als ausreichende Form der Amtszustellung von Urteilen vorsieht.“ (BGH aaO.)

Dem könnte jedoch entgegen gehalten werden, dass trotz der Änderung des § 317 I 1 ZPO für die Auslösung des Fristlaufs für die Berufung weiterhin daran festgehalten werden muss, dass **nur die Zustellung einer Urteilsausfertigung** die Fristen der §§ 517, 522 II 1 ZPO auslösen kann (so auch Ball in Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., § 517 Rn. 5; BeckOK ZPO/Wulf, 01.06.2015, § 517 Rn. 8; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 36. Aufl., § 517 Rn. 2; HK-ZPO/Saenger, 6. Aufl., § 317 Rn. 2).

„[Dies] hätte zur Folge, dass sowohl die in § 517 ZPO vorgesehene Frist von einem Monat für die Einlegung einer Berufung als auch die zweimonatige Berufungsbegründungsfrist nach § 520 II 1 ZPO **nur dann zu laufen** beginnen würden, **wenn einer Prozesspartei auf ihren Antrag** nach § 317 II ZPO eine **Urteilsausfertigung zugestellt** worden ist. Da Rechtsmittelfristen grundsätzlich für jede Prozesspartei gesondert zu laufen beginnen, hätte es die Partei damit aber **selbst in der Hand**, ob die für den Beginn der Rechtsmittelfrist notwendige Voraussetzung der ordnungsgemäßen Zustellung der Entscheidung erfüllt wird. Eine Partei könnte daher die einmonatige Berufungsfrist des § 517 ZPO umgehen, indem sie davon absieht, gem. § 317 II ZPO auf Erteilung einer Ausfertigung anzutragen und sich dadurch die Möglichkeit offenhalten, Berufung gegen die ergangene Entscheidung bis zu dem aus § 517 ZPO folgenden spätesten Zeitpunkt von sechs Monaten (fünf Monate bis zum Beginn der Berufungsfrist und ein Monat Berufungsfrist) nach der Verkündung der Entscheidung einzulegen. Diese Erwägung zeigt, dass für Urteile, die nach dem Inkrafttreten der Neufassung des § 317 ZPO zum 01.07.2014 zugestellt worden sind, der Beginn der Fristen zur Berufungseinlegung und -begründung nicht mehr die Zustellung einer Urteilsausfertigung voraussetzen kann, sondern entsprechend der nunmehr in § 317 I 1 ZPO enthaltenen Regel die Zustellung einer beglaubigten Abschrift des Urteils genügt.“ (BGH aaO.)

Damit wurde das Urteil am 25.08.2014 wirksam dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten zugestellt, so dass die Berufungsbegründungsfrist am 27.10.2014 ablief. Der Eingang des Fristverlängerungsantrags am 29.10.2014 war daher verspätet.

„Eine Verlängerung der Begründungsfrist kam daher nicht mehr in Betracht (vgl. Senat, FamRZ 2015, 1878 = BeckRS 2015, 14067 Rn. 10 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Es wurde daher eine wiedereinsatzfähige Frist versäumt.

II. Schuldlose Fristversäumnis

Eine Wiedereinsetzung kann jedoch nur dann gewährt werden, wenn die Fristversäumnis unverschuldet war, wobei dem Kl. nach § 85 II ZPO ein Verschulden seines Prozessbevollmächtigten zugerechnet wird.

„Der zweitinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Kl. hat in der Berufungsinstanz eingeräumt, dass er den **Eingangsstempel** auf dem erstinstanzlichen Urteil **fehlerhaft gedeutet** habe und deshalb die Berufungsbegründungsfrist unzutreffend auf den 30.10.2014 notiert worden sei. Die Rechtsbeschwerde wendet hiergegen ein, das BerGer. habe seiner Entscheidung **nicht allein diese Einlassung zu Grunde legen** dürfen. Die Frage, ob die Kl. unter Zugrundelegung der in ihrem Antrag auf Wiedereinsetzung glaubhaft gemachten tatsächlichen Umstände **schuldlos** i.S.d. § 233 ZPO daran gehindert gewesen sei, die Frist zur Begründung der Berufung zu wahren, betreffe nicht die Feststellung von Tatsachen, sondern allein die **rechtliche Würdigung**. Diese Frage sei deshalb **nicht einem Geständnis i.S.d. § 288 ZPO zugänglich**, sondern unabhängig davon zu beantworten, welche Rechtsstandpunkte die Parteien insoweit vertreten haben mögen.“ (BGH aaO.)

Fraglich ist, ob hierdurch ein anwaltliches Verschulden des zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Kl. bei der fehlerhaften Eintragung der Berufungsbegründungsfrist in Frage gestellt wird.

„Einen Prozessbevollmächtigten treffen **hinsichtlich der Wahrung von Rechtsmittelfristen besondere Sorgfaltspflichten**. Er hat alles ihm Zumutbare zu veranlassen, damit diese Fristen gewahrt werden. Dazu gehört vorrangig, dass er **eigenverantwortlich** das für den Beginn des Laufs der Rechtsmittelfristen maßgebende **Zustellungsdatum feststellt** (vgl. BGH, NJW-RR 1991, 828). Beauftragt eine Partei für die Rechtsmittelinstanz einen anderen Anwalt, dann hat der Rechtsmittelanwalt **in eigener Verantwortung durch geeignete und verlässliche Erkundigungen** zu ermitteln, ob und wann ein Urteil der Vorinstanz zugestellt worden ist (BGH, NJW 1996, 1477).

Diese Sorgfaltspflichten wurden von dem zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Kl. schuldhaft verletzt. Denn dieser durfte sich schon deshalb nicht auf den auf dem erstinstanzlichen Urteil aufgebrauchten **Eingangsstempel verlassen**, weil dieser **von Mitarbeitern der Kl. selbst** stammt.

Unabhängig davon muss ein Rechtsmittelanwalt stets eigenverantwortlich überprüfen, **wann das Urteil dem erstinstanzlich tätigen Rechtsanwalt tatsächlich zugestellt** worden ist (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 233 Rn. 23; Milger in Prütting/Gehrlein, § 233 Rn. 49; vgl. auch BGH, NJW-RR 1991, 828 [829]).“ (BGH aaO.)

Die Frist wurde folglich schuldhaft versäumt, da der zweitinstanzliche Prozessbevollmächtigte diese Pflichten nicht erfüllt hat und dem Kl. dies nach § 85 II ZPO zugerechnet wird.

III. Kausalität

Das anwaltliche Verschulden bei der Ermittlung des Zustellungsdatums muss für die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist auch ursächlich gewesen sein.

„Zwar **schließt ein früheres Verschulden** einer Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten die **Wiedereinsetzung dann nicht** aus, wenn seine **rechtliche Erheblichkeit** durch ein späteres, der Partei oder ihrem Vertreter nicht zuzurechnendes Ereignis **entfällt** (sog überholende Kausalität, vgl. Senat, NJW 2007, 2778 = FamRZ 2007, 1722 Rn. 11). Nach §§ 233, 85 II ZPO darf ihr Wiedereinsetzung jedoch nur gewährt werden, wenn ihren Prozessbevollmächtigten **kein auch nur mitursächliches Verschulden an der Fristversäumung** trifft (BGH, NJOZ 2012, 932 = AnwBl 2011, 865 Rn. 7; NJW 2000, 2511 [2512]).“ (BGH aaO.)

Tatsächlich hatte der zweitinstanzliche Prozessbevollmächtigte den Fristverlängerungsantrag am 27.10.2014 diktiert und Anweisung gegeben, diesen auch noch am selben Tag zu faxen. Wäre dieser Anweisung gefolgt worden, wäre der Fristverlängerungsantrag noch rechtzeitig, nämlich am Tag des Fristablaufs eingegangen. Das frühere Verschulden bei der Ermittlung der Berufungsbegründungsfrist könnte hierdurch überholt sein.

„Da der Rechtsanwalt den **Fristverlängerungsantrag erst am Montag, dem 27.10.2014 und damit am letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist** diktiert hatte und der Schriftsatz von der Kanzleiangestellten auch erst an diesem Tag gefertigt wurde, hätte die Berufungsbegründungsfrist nur gewahrt werden können, wenn **der Antrag noch an diesem Tag an das BerGer. per Telefax übermittelt** worden wäre. Hierzu war die Mitarbeiterin des zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Kl. jedoch nach der in der Kanzlei geltenden Weisung, auf die sich die Kl. beruft, nicht verpflichtet. Nach dem Vortrag der Kl. in der Begründung ihres Wiedereinsetzungsgesuchs besagte die **Weisung** nur, dass **Fristverlängerungsanträge stets vorab per Telefax an das zuständige Gericht** zu senden sind. Sie umfasste jedoch **nicht** die Verpflichtung, entsprechende Anträge **stets noch am Tage ihrer Erstellung** zu versenden. Der Anweisung, auf die sich die Kl. stützt, hätte die Kanzleiangestellte folglich auch dann noch genügt, wenn sie den Fristverlängerungsantrag erst am darauffolgenden Tag per Telefax an das BerGer. gesandt hätte, weil nach der fehlerhaft im Fristenkalender eingetragenen Frist an diesem Tag die Berufungsbegründungsfrist noch hätte gewahrt werden können. Die Anweisung, Fristverlängerungsanträge stets vorab per Fax an das zuständige Gericht zu übermitteln, war daher weder dazu bestimmt noch dazu geeignet, die Folgen einer von dem Prozessbevollmächtigten verschuldeten fehlerhaften Eintragung einer Rechtsmittelfrist zu verhindern.“ (BGH aaO.)

Die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beruht somit zumindest **nicht ausschließlich auf einem Fehlverhalten der Kanzleiangestellten**, dass sich die Kl. nicht zurechnen lassen müsste. Die von dem Prozessbevollmächtigten der Kl. zu verantwortende fehlerhafte Eintragung des Zustellungsdatums der angegriffenen Entscheidung war für die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist jedenfalls mitursächlich.

„Dies schließt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus (vgl. BGH, FamRZ 2014, 295 = BeckRS 2013, 22402 Rn. 21 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Übergehen von Anträgen

Verletzung rechtlichen Gehörs in der Berufung

(BGH in BeckRS 2016, 01735; Beschluss vom 15.10.2015 – V ZR 52/15)

1. **Erstinstanzlicher Vortrag** nebst Beweisanträgen hat auch dann noch in der Berufung Relevanz, wenn nicht ausdrücklich hierauf Bezug genommen wird. Hieraus kann nicht der Schluss gefolgert werden, dass an dem Vortrag **nicht mehr festgehalten** wird.
2. Die **Nichtberücksichtigung** eines erheblichen Beweisangebots, die **im Prozessrecht keine Stütze** hat, **verstößt gegen Art. 103 I GG**. Das gilt insbesondere dann, wenn die Nichterhebung des Beweises auf **vorweggenommener tatrichterlicher Beweiswürdigung** beruht.
3. Eine **unzulässige Beweisantizipation** liegt vor, wenn ein angebotener Zeugenbeweis deshalb nicht erhoben wird, weil das Gericht **dessen Bekundungen wegen seiner bereits gewonnenen Überzeugung kein Gewicht mehr beimisst**.
4. Die Nichterhebung eines angebotenen Beweises mit der Begründung, es sei bereits das Gegenteil erwiesen, ist **grundsätzlich unzulässig**.

Fall: Mit notariellem Vertrag vom 06.04.2011 verkaufte die Klägerin einen hälftigen Miteigentumsanteil an einem Grundstück an die Beklagte zu einem Preis von 100.000 €. Zu Gunsten der Beklagten wurde eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 01.09.2011 verkaufte die Klägerin auch diesen Miteigentumsanteil zu einem Preis von 100.000 € an die Beklagte. Nachdem ein entsprechendes Sachverständigengutachten die Geschäftsunfähigkeit der Klägerin seniler Demenz schon im Zeitpunkt des Abschlusses der Kaufverträge festgestellt hatte und auch ein luzides Intervall ausschloss, beantragte die Bekl. die Vernehmung des beurkundenden Notars sowie eines weiteren Zeugen. Der beurkundende Notar habe in einem Vermerk festgehalten, dass er mit der Klägerin ein ausführliches Gespräch geführt und keine Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Klägerin gehabt habe. Zudem wurde der Sachverständige wegen Befangenheit abgelehnt.

Das Landgericht hat der Klage auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung und auf Feststellung der Unwirksamkeit des Kaufvertrages vom 01.09.2011 stattgegeben. Die Notiz des Notars stehe der Bewertung des Sachverständigen nicht entgegen. Der Notar verfüge über keine ausreichende Sachkunde, um insoweit eine abschließende Beurteilung vorzunehmen, worauf auch der Sachverständige bei seiner Anhörung nachvollziehbar hingewiesen habe. Hiergegen richtete sich die Berufung der Bekl. Das Kammergericht hat die Verurteilung der Beklagten auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung Zug um Zug gegen Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises aufrechterhalten und im Übrigen die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Die Revision hat es nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde.

Das Berufungsurteil wäre nach § 544 VII ZPO aufzuheben, wenn das Berufungsgericht den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.

I. Übergehen von Beweisanträgen

1. Relevanz der Beweisanträge in der Berufung

Auf die erstinstanzlich gestellten Anträge ist die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht zurückgekommen.

*„Die Beklagte verweist in ihrer Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde auf ihren **diesbezüglichen Vortrag nebst Beweisanträgen in der Klageerwiderung**. Auch wenn die Beklagte auf diesen Vortrag in der Berufungsinstanz nicht zurückgekommen wäre, könnte daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass sie an diesen nicht habe festhalten wollen. Die Klägerin hat gegen die Wirksamkeit der Kaufverträge sowohl ihre Geschäftsunfähigkeit wie auch den Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit ins Feld geführt. Nachdem das Berufungsgericht - anders als das Landgericht - nicht die Sittenwidrigkeit der Kaufverträge, sondern die Frage der Geschäftsfähigkeit der Klägerin in den Mittelpunkt seiner Prüfung gestellt hat, **will sie auch an ihren früheren Vortrag zur Geschäftsfähigkeit** festhalten. Für eine andere Bewertung fehlt jede Grundlage (vgl. Senat, Urteil vom 17.05.2002 - V ZR 123/01, NJW 2002, 3237, 3240).“* (BGH aaO.)

2. Berechtigung zum Übergehen der Beweisanträge

Die Beweisanträge wurden mit der Begründung übergangen, dass nur der Sachverständige verfügen über das erforderliche Fachwissen.

*„Das Berufungsgericht ist ersichtlich von einer **fehlenden Entscheidungserheblichkeit** der Beweisanträge ... ausgegangen, da es die **Geschäftsunfähigkeit** der Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits aufgrund des gerichtlichen Sachverständigengutachtens **als erwiesen erachtet** hat. Dabei verkennt das Berufungsgericht, dass die Beweisanträge der Beklagten darauf abzielen, die **Grundlage des Sachverständigengutachtens zu widerlegen**. Die Beweisanträge der Beklagten sind **nicht deshalb unerheblich**, weil der*

gerichtliche Sachverständige ausgeführt hat, dass er auch im Falle einer Bestätigung des Sachvortrags der Beklagten durch die von ihr benannten Zeugen von der Geschäftsunfähigkeit des Klägers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgehen würde. Der Sachverständige unterstellt die in das Wissen der Zeugen gestellten Tatsachen nicht als wahr, sondern **spricht den Aussagen der Zeugen jeden Beweiswert ab**. Dem ist das Berufungsgericht zu Unrecht gefolgt. Zwar kann ein Beweisantritt ausnahmsweise wegen Ungeeignetheit des Beweismittels für die zu beweisende Tatsache zurückgewiesen werden. Das ist etwa dann zu bejahen, wenn der **Unwert des Beweismittels** feststeht, weil nach dem Ergebnis einer bereits durchgeführten Beweisaufnahme jede Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass der übergangene Beweisantrag Sachdienliches ergeben und die von dem Gericht bereits gewonnene Überzeugung erschüttern kann (BGH, FamRZ 2014, 749 Rn. 12). Diese Voraussetzungen liegen hier aber nicht vor. Es ist **nicht ausgeschlossen**, das sich für das Berufungsgericht bei der gebotenen Gesamtwürdigung (§ 286 ZPO) **nach Vernehmung der Zeugen ein anderes oder differenziertes Bild** hinsichtlich der kognitiven Leistungsfähigkeit der Klägerin ergibt, dass Zweifel an deren Geschäftsunfähigkeit im Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsabschlusses entstehen lässt. Diese gingen zu Lasten der Klägerin, da das Gesetz die Geschäftsfähigkeit als Normalfall und die **Geschäftsunfähigkeit als Ausnahmefall** ansieht (vgl. BGHZ 198, 381 Rn. 24).“ (BGH aaO.)

Es handelte sich daher um ein erhebliches Beweisangebot, welches vom Berufungsgericht nicht berücksichtigt wurde.

„Die **Nichtberücksichtigung** eines erheblichen Beweisangebots, die **im Prozessrecht keine Stütze hat, verstößt gegen Art. 103 I GG** (BGH, NJW-RR 2010, 1217 Rn. 10 m.w.N. - std. Rspr.). Das gilt insbesondere dann, wenn die Nichterhebung des Beweises auf **vorweggenommener tatrichterlicher Beweiswürdigung** beruht (vgl. BGH, RuS 2010, 64; BVerfG, NJW 2009, 1585 Rn. 34; NJW-RR 2001, 1006, 1007 - jeweils m.w.N. - std. Rspr.). Eine **unzulässige Beweisantizipation** liegt vor, wenn ein angebotener Zeugenbeweis deshalb nicht erhoben wird, weil das Gericht **dessen Bekundungen wegen seiner bereits gewonnenen Überzeugung kein Gewicht mehr beimisst** (vgl. BVerfG, NJW-RR 2001, 1006, 1007). Die Nichterhebung eines angebotenen Beweises mit der Begründung, es sei bereits das Gegenteil erwiesen, ist **grundsätzlich unzulässig** (BGH, FamRZ 2014, m.w.N.).“ (BGH aaO.)

In der Nichtberücksichtigung der Beweisanträge liegt daher eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

II. Übergehen des gegen den Sachverständigen gerichteten Befangenheitsantrags

Der Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) könnte auch deshalb verletzt sein, weil ihr Antrag auf Ablehnung des Sachverständigen R. wegen der Besorgnis der Befangenheit übergangen worden ist.

„Das Berufungsgericht hat über den im Schriftsatz vom 30.09.2014 enthaltenen Antrag **weder** - wie nach § 406 IV ZPO geboten -**durch gesonderten Beschluss entschieden noch** hat es sich **in den Urteilsgründen zu ihm verhalten**.“ (BGH aaO.)

Fraglich ist jedoch, ob ein solcher Fehler entscheidungserheblich war. Dies ist nur der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass dem **Ablehnungsgesuch zu entsprechen** gewesen wäre; in diesem Fall hätte das Berufungsgericht nicht auf das Gutachten R. gestützt werden dürfen.

1. Ordnungsgemäßheit des Ablehnungsantrags

Der Ablehnungsantrag muss rechtzeitig gestellt worden sein.

„Ergibt sich der **Grund zur Ablehnung** des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit **aus dem Inhalt des schriftlichen Gutachtens**, läuft im allgemeinen die Frist zur Ablehnung des Sachverständigen gleichzeitig mit der **vom Gericht gesetzten Frist zur Stellungnahme nach § 411 IV ZPO** ab, wenn sich die Partei zur Begründung des Antrags mit dem Inhalt des Gutachtens auseinandersetzen muss (BGH, Beschluss vom 15.03.2005 - VI ZB 74/04, NJW 2005, 1869, 1870). Dem ist die Beklagte nachgekommen.“ (BGH aaO.)

2. Geeignete Begründung des Ablehnungsantrags

Die Gründe, welche in dem Antrag für die Ablehnung angeführt werden, dürfen nicht von vornherein ungeeignet sein, dem Antrag zum Erfolg zu verhelfen.

„In Bezug auf den Sachverständigen hat die [Beklagte] dies unter Verweis auf ein von ihr vorgelegtes Privatgutachten mit dessen Vorfestlegung sowie Ausführungen in seinem schriftlichen Gutachten begründet, in denen er einen **benachteiligenden Kaufvertrag unterstellt** habe und sich die Formulierung finde, dass ein **luzides Intervall „immer gern beansprucht“** werde.“ (BGH aaO.)

Die Gründe, auf die der Ablehnungsantrag gestützt worden ist, sind nicht von vornherein ungeeignet, dem Antrag zum Erfolg zu verhelfen.

Auch die Nichtbeachtung des Ablehnungsantrags stellt daher eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliche Gehör da. Das Berufungsurteil ist nach § 544 VII ZPO aufzuheben und der Rechtsstreit zurückzuweisen.

StPO

Durchsuchung eines anwaltlichen Mobiltelefons

BerufsR

§§ 102, 110, 98 II, 304, 53

Eingrenzung der Verbindungsdaten

(LG Bad Kreuznach in StV 2016, 154; Beschluss vom 09.11.2015 – 2 Qs 107/15)

Der Beschluss zwecks **Durchsuchung des Mobiltelefons eines Rechtsanwalts** mit dem Ziel der Auslesung der dort gespeicherten Verbindungsdaten bedarf einer Eingrenzung, die der Tatsache Rechnung trägt, dass die gespeicherten **Verbindungsdaten** aufgrund der Eigenschaft des Beschuldigten als Berufsgeheimnisträger **besonders schutzwürdig** sind.

Fall: Der Beschwerdeführer ist Rechtsanwalt und war in einem gegen M. H. C. geführten Ermittlungsverfahren für die dort mutmaßlich Geschädigte und Hauptbelastungszeugin K. M. L. als Verletztenbeistand tätig. In diesem Verfahren bekundete die Großmutter gegenüber der Polizei, nach Auskunft von K. M. L. habe der Beschwerdeführer dieser im Auftrag der Familie C. 10.000,00 € als Gegenleistung für einen Widerruf ihrer belastenden polizeilichen Aussage angeboten. Nachdem K. M. L. tatsächlich gegenüber der Polizei erklärte, ihre frühere Aussage gegen Herrn C. sei falsch gewesen, leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen den Beschwerdeführer wegen des Verdachts der versuchten Strafvereitelung ein.

Im Rahmen dieses Verfahrens ordnete die Ermittlungsrichterin auf mündlichen Antrag der Staatsanwaltschaft ebenfalls mündlich die Durchsuchung der Kanzleiräume des Beschwerdeführers an. Die Entscheidung wurde dem Beschwerdeführer seitens der Staatsanwaltschaft anlässlich eines Gerichtstermins eröffnet. Ihm wurde mitgeteilt, dass das Ziel der Durchsuchung die Auffindung seiner Mandantenakte und seines Mobiltelefons sei. Letzteres übergab der Beschwerdeführer daraufhin sofort den Beamten der Staatsanwaltschaft, die die Beschlagnahme anordneten. In seinen Kanzleiräumen übergab er sodann die Handakte das Mandat K. M. L. betreffend. Die Akte wurde von der Staatsanwältin vor Ort durchgesehen und nach Entnahme für relevant gehaltenen Aktenteile, die beschlagnahmt wurden, zurückgegeben. Außerdem gewährte der Beschwerdeführer auf Verlangen der Beamten Einblick in die zugehörige elektronische Akte, aus der nach Durchsicht die in der angefochtenen Entscheidung genannten Ausdrücke ebenfalls beschlagnahmt wurden. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft hat die Ermittlungsrichterin beim Amtsgericht Bad Kreuznach die Beschlagnahme der genannten Gegenstände bestätigt, da sie als Beweismittel von Bedeutung seien.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Rechtsanwalts. Er rügt eine unzureichende Dokumentation der mündlichen Durchsuchungsgestattung, die zudem nicht hinreichend eingegrenzt sei. Ihm sei zudem nicht mitgeteilt worden, dass sich die Maßnahme auch auf seine EDV erstrecke. Die Auswertung seines Mobiltelefons sei ebenfalls nicht wie geboten eingegrenzt worden. Zu Recht?

I. Beschlagnahme von Teilen der Handakte

Nach § 94 I StPO sind Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können, in Verwahrung zu nehmen oder in anderer Weise sicherzustellen. Der Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme könnte jedoch entgegenstehen, dass sie auf der Grundlage einer unzureichend konkretisierten Durchsuchungsanordnung erfolgt ist.

1. Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung

*„Insofern gilt, dass an die **Konkretisierung einer Durchsuchungsanordnung** regelmäßig, insbes. aber im hier betroffenen sensiblen Bereich der Durchsuchung der Geschäftsräume eines **Berufsgeheimnisträgers** und dem Zugriff auf Telefonverbindungsdaten, **bestimmte rechtsstaatliche Mindestanforderungen** zu stellen sind. Der Schutz der Grundrechte des Betroffenen darf nämlich nicht allein den Beamten, denen die Durchsuchung obliegt, überlassen bleiben. Es ist vielmehr **Aufgabe des Richters**, von vornherein für eine **angem. Begrenzung der Zwangsmaßnahme** Sorge zu tragen; ihn trifft die Pflicht, durch eine geeignete Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherzustellen, dass der **Eingriff in die Grundrechte messbar und kontrollierbar** bleibt. Hierzu gehören Angaben über die Beweismittel, denen die Durchsuchung gilt. Sie sollen verhindern, dass sich die Zwangsmaßnahme auf Gegenstände erstreckt, die vom Durchsuchungsbeschluss nicht erfasst werden. Soweit eine genaue Bezeichnung nicht möglich ist, sind die erwarteten Beweismittel wenigstens annäherungsweise ggf. in Form beispielhafter Angaben zu beschreiben (BVerfGE 42, 212–223 Rn. 34). Von der mündlich erlassenen Anordnung ist in der Akte lediglich dokumentiert, dass sie sich auf die Kanzleiräume des Bf. bezog. Insbes. die erforderliche Eingrenzung der zu suchenden Beweismittel findet sich weder im Vermerk der StA noch in einem richterlichen Vermerk.“ (BGH aaO.)*

Damit **genügt die Durchsuchungsanordnung** den genannten **Rechtmäßigkeitsanforderungen nicht**.

2. Auswirkungen auf Rechtmäßigkeit der Beschlagnahmebestätigung

*„**Nur ausnahmsweise schlägt die Fehlerhaftigkeit** einer Durchsuchungsanordnung auch auf die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme von im Rahmen der Durchsuchung erlangten Beweismitteln **durch**. Ausnahmen sind in Fällen **besonders schwerer Verfahrensverstöße oder Willkür** zuzulassen. Grundsätzlich gilt, dass eine Beschlagnahme zulässig ist, wenn die Voraussetzungen für eine Durchsuchungsanordnung vorlagen, mit der die Beweismittel in rechtmäßiger Weise hätten erlangt werden können,*

solange **keine gröbliche Verkennung des Richtervorbehalts** gegeben ist (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 94 StPO Rn. 21 m.w.N.). So liegen die Dinge hier [wird ausgeführt“ (BGH aaO.)

Die Beschlagnahme von Teilen der Handakte war damit rechtmäßig.

II. Beschlagnahme von Teilen der elektronischen Akte

„Auch hinsichtlich der beschlagnahmten Auszüge aus der elektronischen Akte des Beschwerdeführers ist die Entscheidung der Ermittlungsrichterin zu Recht ergangen.

Auch hier gilt wie bereits ausgeführt, dass eine entsprechende Durchsuchungsanordnung in rechtmäßiger Weise zu erlangen gewesen wäre, **keinerlei Anhaltspunkte für Willkür oder einen ähnlichen Ausnahmefall** vorliegen und die **Verhältnismäßigkeit** gegeben war.“ (BGH aaO.)

III. „Beschlagnahme“ des Mobiltelefons

Rechtlich handelt es sich hierbei nicht um eine Beschlagnahme, sondern um eine vorübergehende **Sicherstellung zum Zwecke der Durchsicht**.

1. Mängel der Durchsuchungsanordnung

Auch hier eine unzureichende Begrenzung vorliegen.

„Eine Eingrenzung war insbes. vor dem Hintergrund erforderlich, dass mit der Durchsuchung die Erlangung von Verbindungsdaten aus dem Mobiltelefon des Bf.s bezweckt war, die zudem aufgrund seiner **Eigenschaft als Berufsgeheimnisträger** besonders sensibel waren. Dem Schutz dieser Daten muss in einem solchen Fall bereits in der Durchsuchungsanordnung, soweit die konkreten Umstände dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks erlauben, durch **Vorgaben zur Beschränkung des Beweismaterials auf den tatsächlich erforderlichen Umfang** Rechnung getragen werden, insbes. durch eine zeitliche Eingrenzung der zu suchenden Verbindungsdaten (BVerfG NJW 2006, 976 [BVerfG 02.03.2006 - 2 BvR 2099/04]).

An einer solchen **Einschränkung fehlte** es in der Durchsuchungsanordnung, jedenfalls ist sie nicht in der Akte dokumentiert. Nur eine solche Anordnung hätte den formellen und materiellen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Durchsuchungsgestattung genügt“ (BGH aaO.)

Die Durchsuchungsanordnung war daher auch bezüglich des Mobiltelefons rechtswidrig.

2. Durchschlagen der Mängel auf die Sicherstellung

Fraglich ist, ob hier die Mängel des Durchsuchungsbeschlusses auf diese Maßnahme durchschlagen.

„Allerdings wäre vorliegend unter Abwägung der oben genannten Gesichtspunkte eine Anordnung der Durchsuchung mit dem Ziel der Sicherstellung des Mobiltelefons zur **Durchsicht und Beschlagnahme bestimmter dort gespeicherter Beweismittel** – nach Datum, Art der Daten und Kommunikationspartnern eingegrenzt **verhältnismäßig** und in rechtmäßiger Weise zu erlangen gewesen. In Ermangelung von Anhaltspunkten für die Annahme eines Ausnahmefalles verbleibt es daher auch hier bei dem Grundsatz, dass Mängel der Durchsuchung **nicht auf die Rechtmäßigkeit der Sicherstellung durchschlagen**.“ (BGH aaO.)

Die **notwendige Eingrenzung**, die der Durchsuchungsbeschluss vermissen lässt, wäre **in der Bestätigung der Sicherstellungsentscheidung vorzunehmen gewesen**, um zu verhindern, dass nicht erst bei der Entscheidung über die Beschlagnahme ausgelesener Daten eine Überprüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit erfolgen kann, sondern bereits die Durchsicht entsprechenden Beschränkungen unterliegt.

„Hier war eine **Begrenzung dergestalt vorzunehmen**, dass **Kommunikationsdaten** den **Zeitraum vor der Tat** zum Nachteil der Mandantin betreffend **nicht beschlagnahmt** werden dürfen, da diese für den hiesigen Tatvorwurf nicht von Bedeutung sein können. Gleiches gilt für **Kommunikation mit anderen Teilnehmern** als der Mandantin und Mitgliedern der Familie C. Auch die Art der zu suchenden Dateien war vorliegend im Beschl. einzugrenzen, da beispielsweise von **Bild- und Videodateien** hier **kaum ein Aufklärungswert zu erwarten** war, so dass diese aus Verhältnismäßigkeitsgründen ([...]) bereits von der Sichtung auszunehmen waren. **Keine zeitliche Begrenzung** ist allerdings für die Zeit nach der Sicherstellung des Mobiltelefons vorzunehmen, da selbstverständlich auch hiernach eingehende Nachrichten, insbes. von Mitgliedern der Familie C. als Beweismittel von Bedeutung sein können.“ (BGH aaO.)

Soweit die angegriffene Entscheidung diese Eingrenzung vermissen lässt, war sie rechtswidrig, was nach ihrer Erledigung durch Rückgabe des Telefons auf die Beschwerde hin festzustellen war.

**Beschränkungen der Presseberichterstattung
Sitzungspolizeiliche Anordnungen und Hausrecht**

(OLG Bremen in BeckRS 2016, 07498, Beschluss vom 13.04.2016 – 1 Ws 44/16)

1. **Beschränkungen der Presseberichterstattung** in Strafverfahren durch sitzungspolizeilichen Anordnungen gem. § 176 GVG können **mit der Beschwerde gem. § 304 StPO angefochten** werden, wenn ihnen eine über die Dauer der Hauptverhandlung oder sogar über die Rechtskraft des Urteils hinausgehende Wirkung zukommt.
2. Mit einer Anordnung gem. § 176 GVG kann untersagt werden, dass im Gerichtssaal von Zeugen Bilder ohne deren vorherige und ausdrückliche Zustimmung gefertigt werden. § 176 GVG ermächtigt auch dazu, die **Verpixelung von Film- und Fotoaufnahmen der Angeklagten** anzuordnen.
3. **Beschränkungen der Presseberichterstattung**, die Bild- und Tonaufnahmen im Bereich vor dem Sitzungssaal ausschließen, sind **ermessenfehlerhaft**, wenn sie allein den Zweck verfolgen, die **Persönlichkeitsrechte von Angeklagten aus anderen Verfahren** und die Wirksamkeit von in anderen Verfahren getroffenen Sicherheitsmaßnahmen zu wahren. Die Wahrung dieser Schutzzwecke obliegt allein dem jeweiligen Vorsitzenden in den betroffenen Verfahren bzw. dem Hausrechtsinhaber.
4. Die Untersagung von Bild- und Filmaufnahmen **im gesamten Gebäude des Landgerichts** beruht auf dem **Hausrecht der Landgerichtspräsidentin** und kann nicht mit der Beschwerde nach § 304 StPO angegriffen werden.

Fall: Vor der großen Wirtschaftsstrafkammer 32 des Landgerichts Bremen findet seit dem 20.01.2016 das Strafverfahren gegen Verantwortliche der Unternehmensgruppe X statt. Dem Unternehmensgründer und ehemaligen Geschäftsführer, dem Angeklagten A, werden Betrug und Untreue in besonders schweren Fällen sowie Kreditbetrug und Bilanzfälschung, den Mitangeklagten Betrug, Kreditbetrug und Untreue vorgeworfen. Der Schaden soll in zweistelliger Millionenhöhe liegen. Die Strafkammer hat für das Verfahren 55 Hauptverhandlungstage angesetzt, den letzten Ende Oktober 2016. Das Verfahren hat regional wie auch überregional mediale Aufmerksamkeit gefunden. In der Berichterstattung werden u.a. der schnelle Aufstieg eines kleinen Unternehmens zur weltweit führenden Reederei für Schwerguttransporte und der Niedergang des Unternehmens thematisiert. Hierbei steht vor allem die Person des ehemaligen Geschäftsführers und bis 2010 alleinigen Gesellschafters A im Mittelpunkt der Berichterstattung. Darüber hinaus wird in den Medien die Rolle der kreditgebenden Banken und des Finanzinvestors, der 2010 in das Unternehmen einstieg, thematisiert.

Die Beschwerdeführerin ist die öffentlich-rechtliche Landesrundfunkanstalt im Bundesland Bremen. Die Beschwerdeführerin hat eine Akkreditierung für das streitgegenständliche Verfahren erlangt. Aufgrund der Pressemitteilung Nr. 11/2016 vom 29.02.2016 erhielt die Beschwerdeführerin Kenntnis von der sitzungspolizeilichen Anordnung der Vorsitzenden vom 29.02.2016. Die in der Pressemitteilung im Wortlaut mitgeteilte entsprechende Verfügung der Vorsitzenden lautet auszugsweise wie folgt:

1. Bild- und Tonaufnahmen vor dem Sitzungssaal 231
Bild- und Tonaufnahmen im Bereich vor dem Sitzungssaal 231 sind nicht gestattet.
3. Bild- und Tonaufnahmen von Zeugen
Von Zeugen dürfen keine Bilder gefertigt werden, es sei denn, diese stimmen dem vor der Anfertigung von Lichtbildern ausdrücklich zu.
4. Bild- und Tonaufnahmen von Angeklagten
Die Bildnisse der Angeklagten B, D und C sind bei Veröffentlichung oder Verbreitung (auch durch Weitergabe an andere Presseunternehmen) so hinreichend zu verpixeln oder auf andere Weise unkenntlich zu machen, dass die Gesichtszüge und die Haare der Betroffenen nicht erkennbar sind. Dies gilt auch für gezeichnete Bildnisse. Eine Anonymisierung etwaiger vom Angeklagten A gefertigter Bildnisse ist nicht erforderlich.
5. Interview- und Statementwünsche dürfen jederzeit an die Angeklagten und ihre Verteidiger herangetragen werden. Währenddessen dürfen sie nicht abgelichtet bzw. gefilmt werden.

Zusätzlich findet sich in der Pressemitteilung des Pressesprechers des Landgerichts folgender Hinweis:

„Ergänzend weise ich die Pressevertreter auf folgendes hin:

Die Präsidentin des Landgerichts Bremen hat das Anfertigen von Bild- und Filmaufnahmen außerhalb von Sitzungssälen im gesamten Gebäude aus Sicherheitsgründen und zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte der im Gebäude anwesenden Personen untersagt.“

Gegen diese Anordnungen hat die Beschwerdeführerin mit anwaltlichem Schriftsatz vom 04.03.2016 Beschwerde eingelegt. Sie beantragt, die Verfügung zu den Ziffern 1 und 3-5 aufzuheben, weil sie sich in ihren Rechten aus Art. 5 I 2

GG verletzt sieht. Außerdem wendet sie sich gegen die mitgeteilte Anordnung der Präsidentin des Landgerichts. Zu Recht?

I. Beschwerde gegen die Anordnung der Präsidentin des Landgerichts

Die Zulässigkeit der Beschwerde hängt zunächst davon ab, ob gegen die Untersagung der Anfertigung von Bild- und Filmaufnahmen außerhalb von Sitzungssälen im gesamten Gebäude der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten eröffnet ist.

1. Anordnung als Ausübung des Hausrechts

„In Gerichtsgebäuden steht das **Hausrecht** dem **Behördenleiter als Organ der Justizverwaltung** zu, mithin bei den Gerichten dem jeweiligen Gerichtspräsidenten, wenn nur ein Gericht in dem Gebäude untergebracht ist (vgl. OVG Celle, DRiZ 1979, 376; Schleswig-Holsteinisches OVG, Beschluss vom 28.04.1993 - 3 M 16/93 -, Rn. 6, zitiert nach juris; Kissel/Mayer, GVG, 8. Auflage, 2015, § 12 GVG Rn. 93). Das Hausrecht, das auch das Recht umfasst, das Anfertigen von Bild- und Filmaufnahmen zu reglementieren, ist in Gerichtsgebäuden durch den **Widmungszweck dieses Gebäudes** eingeschränkt und inhaltlich bestimmt und durch den Grundsatz der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen überlagert. Das **Hausrecht ist Ausfluss der Verwaltungshoheit über das Gerichtsgebäude**, während die Ausübung sitzungspolizeilicher Befugnisse Ausfluss richterlicher Gewalt ist und sich nur auf einzelne Sitzungen bezieht (VG Karlsruhe, Urteil vom 19.12.2013 - 3 K 1329/13 -, zitiert nach juris). Innerhalb des Sitzungssaales und in den dem Sitzungssaal unmittelbar angrenzenden Bereichen (vgl. BGH, Beschluss vom 11.02.1998, Az.: StB 3/98 - Rn. 5, zit. nach juris) gehen die dem erkennenden Gericht vorbehaltenen sitzungspolizeilichen Befugnisse dem Hausrecht der Justizverwaltung vor (BGHSt 24, 329 f.). Lediglich in dem **Bereich, der der richterlichen Gewalt nicht untersteht**, obliegt dem Inhaber des Hausrechts die Abwehr von Störungen, also im Gerichtsgebäude außerhalb des Sitzungssaales.“ (OVG Celle, aaO.)

Die durch die Präsidentin des Landgerichts ausgesprochene Untersagung betrifft ersichtlich das **Verhalten aller Personen im gesamten Gebäude** unabhängig von einzelnen dort stattfindenden Verfahren und ohne Einzelfallbezug zu dem hier in Rede stehenden Strafverfahren. Sie stellt somit eine **Ausübung des Hausrechts** dar.

2. Anfechtung einer Anordnung in Ausübung des Hausrechts

„Eine in Ausübung des Hausrechts ergangene Anordnung stellt einen **Verwaltungsakt** des Gerichtspräsidenten als **Behörde im funktionellen Sinne** dar, der auf dem **Verwaltungsrechtsweg** anzufechten ist (BVerfG, Beschluss vom 06.02.2007 - 1 BvR 218/07 -, Rn. 15 m. w. N., zitiert nach juris; BVerfG, Beschluss vom 29.09.2011 - 1 BvR 2377/11 -, Rn. 6, zitiert nach juris).“ (OLG Bremen aaO.)

II. Beschwerde gegen die sitzungspolizeiliche Verfügung

Die Beschwerde gegen die gegen Ziffern 1, 3, 4 und 5 der sitzungspolizeilichen Verfügung der Vorsitzenden der Großen Strafkammer 32 müsste zulässig und begründet sein.

1. Zulässigkeit

Die Beschwerde ist nach § 304 I StPO statthaft gegen alle von den Gerichten im ersten Rechtszug erlassenen Beschlüsse und gegen die **Verfügungen des Vorsitzenden** zulässig, soweit das Gesetz sie nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzieht. Nach § 304 II StPO können auch Zeugen, Sachverständige und andere Personen gegen Beschlüsse und Verfügungen, durch die sie betroffen werden, Beschwerde erheben.

„Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um eine **sitzungspolizeiliche Maßnahme** der Vorsitzenden der Großen Strafkammer 32 (**§ 176 GVG**). Nach überwiegender (älterer) Rechtsprechung und Teilen der Literatur können **Verfügungen des Vorsitzenden** nach § 176 GVG **grundsätzlich nicht mit der Beschwerde** nach § 304 StPO angefochten werden [mit umfangreichen Nachweisen]. Der Bundesgerichtshof hat die Frage offengelassen, ob sitzungspolizeiliche Maßnahmen, die im ersten Rechtszug nicht von einem Oberlandesgericht erlassen werden (insoweit gilt § 304 IV 1, 2 StPO), mit der Beschwerde nach § 304 StPO anfechtbar sind (vgl. BGH, NJW 2015, 3671).

Die die **Statthaftigkeit der Beschwerde ablehnende Auffassung** wird u. a. mit einem Umkehrschluss aus § 181 GVG begründet. Danach kann (nur) in den Fällen der Verhängung eines Ordnungsmittels nach den §§ 178, 180 GVG sofortige Beschwerde eingelegt werden. Hieraus wird gefolgert, es sei eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, dass gegen die anderen Maßnahmen eine Beschwerde nicht statthaft sei (vgl. OLG Nürnberg aaO., OLG Zweibrücken aaO.; LR/Wickern, aaO.).

Diese Ansicht vermag jedenfalls unter **Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung Bundesverfassungsgerichts** nicht zu überzeugen (Beschluss vom 17.04.2015, Az.: 1 BvR 3276/08 - zit. nach juris). § 304 I StPO erklärt eine Beschwerde gegen Verfügungen des Vorsitzenden nur dann für nicht zulässig, wenn das Gesetz sie **ausdrücklich einer Anfechtung entzieht**. Die Regelung des § 181 I GVG enthält seinem Wortlaut nach keinen ausdrücklichen Ausschluss der Anfechtung sitzungspolizeilicher Anordnungen im Sinne des § 176 GVG (BVerfG, aaO., Rn. 11). Auch aus § 305 S. 1 StPO folgt kein gesetzlicher Ausschluss, denn § 305

S. 2 StPO nimmt alle Entscheidungen vom Ausschluss der Beschwerde aus, durch die **dritte, nicht verfahrensbeteiligte Personen** betroffen werden (BVerfG, aaO.; vgl. auch OLG Celle, Beschluss vom 08.06.2015, Az.: 2 Ws 92/15 - zit. nach juris). Einschränkung ist allerdings Voraussetzung der Beschwerdemöglichkeit, dass der sitzungspolizeilichen Anordnung eine über die **Dauer der Hauptverhandlung oder sogar über die Rechtskraft des Urteils hinausgehende Wirkung** zukommt und insbesondere Grundrechte oder andere Rechtspositionen des von der Maßnahme Betroffenen dauerhaft tangiert und beeinträchtigt werden (vgl. BVerfG, aaO., Rn. 12; OLG Celle, aaO., Rn. 12; OLG Stuttgart, NJW 2011, 2899; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 08.03.2016, Az.: 1 Ws 28/16 - Rn. 8, zit. nach juris, jew. m. w. N.).“ (OLG Bremen aaO.)

Fraglich ist, ob hier eine solche andauernde Wirkung mit Grundrechtsbezug angenommen werden kann.

„Die angefochtenen Anordnungen schränken die durch Art. 5 I 2 GG geschützte **Pressefreiheit** ein und dauern **über die Dauer der Hauptverhandlung und die Rechtskraft hinaus**. Aufgrund der Anordnung darf die Beschwerdeführerin teilweise schon gar keine Aufnahmen anfertigen, die sie in ihrer späteren Presseberichterstattung verwenden kann, teilweise darf sie aufgrund der Maßnahmen von ihr angefertigte Aufnahmen nur mit Einschränkungen („Verpixelung“) verwenden (vgl. auch BVerfG, aaO., Rn. 13).“ (OLG Bremen aaO.)

Die Beschwerde ist folglich statthaft (§ 304 StPO), formgerecht eingelegt (§ 306 I StPO) und erweist sich infolge der sich aus der Anordnung für die Beschwerdeführerin ergebenden Beschwer somit als zulässig.

2. Begründetheit

Die Beschwerde müsste auch begründet sein. Sie ist begründet, wenn die Anordnung des Vorsitzenden rechtswidrig ist.

a) Allgemeine Rechtsmäßigkeitserfordernisse für sitzungspolizeiliche Verfügungen

Nach § 176 GVG obliegt die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung dem Vorsitzenden.

„Bei dieser Norm handelt es sich nicht nur um eine Zuständigkeitsvorschrift, sondern um die **Rechtsgrundlage für sitzungspolizeiliche Anordnungen**. Sie bezweckt die Wahrung der Ordnung in der Sitzung und ermächtigt zu Maßnahmen, die erforderlich sind, um **den störungsfreien Ablauf der Sitzung** zu sichern (KK/Diemer, aaO., § 176 GVG, Rn. 1; Kissel/Mayer, GVG, 8. Auflage, 2015, § 176, Rn. 13). Den Vorsitzenden trifft daher die Pflicht zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung. Er hat insoweit einen Zustand zu wahren oder herzustellen, der dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten eine **störungsfreie Ausübung ihrer Funktionen** ermöglicht, die Aufmerksamkeit der übrigen Anwesenden in der öffentlichen Verhandlung nicht beeinträchtigt, den **ungestörten Ablauf und den Schutz der Verfahrensbeteiligten** sichert (vgl. BGH, Beschluss vom 11.02.1998, Az.: StB 3/98 - Rn. 4, zit. nach juris; OLG Celle, Beschluss vom 08.06.2015, Az.: 2 Ws 92/15 - Rn. 14; zit. nach juris, Kissel/Mayer, aaO., Rn. 13; LR/Wickern, aaO., § 176 GVG, Rn. 10). Der Vorsitzende trifft die Entscheidung über entsprechende Maßnahmen **nach pflichtgemäßem Ermessen** (BVerfG, Beschluss vom 19.12.2007, 1 BvR 620/07 - Rn. 34, zit. nach juris; BGHSt 17, 201, 203 f.; OLG Stuttgart, NJW 2011, 2899, 2900; OLG Celle, Beschluss vom 08.06.2015 - 2 Ws 92/15 -, zitiert nach juris; LR/Wickern, aaO., Rn. 11; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Auflage, 2015, § 176 GVG, Rn. 6).“ (OLG Bremen aaO.)

Die vom BVerfG entwickelte Wechselwirkungstheorie gebietet es jedoch bei Beeinträchtigungen der Pressefreiheit durch Beschränkung der Berichterstattung in Rundfunk und Fernsehen die wertsetzende Bedeutung des Grundrechts zu berücksichtigen, so dass strenge Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen sind.

b) Anwendung auf den Fall

aa) Ziffer 1 der Verfügung

Nach Ziffer 1 der Verfügung sind Bild- und Tonaufnahmen im Bereich vor dem Sitzungssaal nicht gestattet. Hierbei hatte der Vorsitzende die Persönlichkeitsrechte von **Angeklagten aus anderen Verfahren** im Blick, welche den Bereich vor dem Sitzungssaal passieren und dort gefilmt werden könnten. Außerdem war Ziel der Anordnung die Wahrung der Wirksamkeit von in anderen Verfahren getroffenen Sicherheitsmaßnahmen.

„Die gegebene Begründung berücksichtigt damit **Ziele**, die **außerhalb der Reichweite der sitzungspolizeilichen Befugnisse** des § 176 GVG liegen. Diese sind daher schon im Ansatz nicht geeignet, im Rahmen der Abwägung mit dem Grundrecht der Presse- und Rundfunkfreiheit der Beschwerdeführerin ein Übergewicht zu erzielen. Die Ordnung in der Sitzung bezieht sich nur auf

verfahrensimmanente Umstände. Die von der Vorsitzenden benannten Umstände gehören daher nicht zu den von ihr im Rahmen der „Ordnung in der Sitzung“ berücksichtigungsfähigen Aspekten. Die **Wahrung dieser Schutzzwecke** obliegt allein dem jeweiligen **Vorsitzenden in den betroffenen Verfahren** bzw. unterliegt dem Hausrecht der Präsidentin des Landgerichts. Konkret gilt insofern, solange keine wirksame Anordnung durch die Vorsitzende getroffen ist, auch in dem Bereich vor dem Sitzungssaal 231 die Untersagung der Präsidentin des Landgerichts vom 29.02.2016.“ (OLG Bremen aaO.)

Ziffer 1 der Verfügung ist daher rechtswidrig und aufzuheben.

bb) Ziffer 3, 4 und 5 der Verfügung

Diese Anordnungen beziehen sich nur auf den Sitzungssaal und sind von der durch § 176 GVG eingeräumten sitzungspolizeilichen Befugnis gedeckt.

„Räumlich bezieht sich die Sitzungspolizei auf den **Sitzungssaal**, das zugehörige **Beratungszimmer** und die dem **Sitzungssaal vorgelagerten Räume** (BGH, Beschluss vom 11.02.1998, Az.: StB 3/98 - Rn. 5, zit. nach juris; Meyer-Goßner/Schmitt, aaO., Rn. 1; LR-Wickern, aaO., Rn. 6). Die Befugnisse des Vorsitzenden erstrecken sich danach **nicht auf das gesamte Gerichtsgebäude** oder gar Orte außerhalb des Gerichtsgebäudes (LR-Wickern, aaO.).“ (OLG Bremen aaO.)

(1) Zeugenaufnahmen

Sie verfolgt ...überwiegend den Zweck, die **ungestörte Wahrheitsfindung zu sichern**. Um die Unbefangenheit der Zeugen zu erhalten, hält die Kammer es für geboten, die Anfertigung von Filmaufnahmen von den Zeugen im Gerichtssaal zu unterbinden. Es sei zu befürchten, dass ... es zu einer **Einschüchterung der Zeugen** komme, die ihr Aussageverhalten beeinträchtigen könne. Eine solche Gefährdung der Wahrheitsfindung rechtfertige es, die Zeugen von einer Bildberichterstattung auszuschließen.

Ausweislich der vorliegenden Begründung hat die Vorsitzende erkannt, dass sie bei der Entscheidung ihr Ermessen ausüben kann und nicht etwa eine gebundene Entscheidung treffen muss. Insofern hat sie ihr **Ermessen ausgeübt**. Dabei hat sie die Pressefreiheit und die sich aus § 176 GVG ergebenden Pflichten gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen. Hierbei wurden keine sach- und zweckfremden Erwägungen in die Ermessensausübung eingestellt. Es ist auch **weder eine Ermessensfehlgewichtung noch eine Ermessensüberschreitung** festzustellen. [wird ausgeführt]“ (OLG Bremen aaO.)

(2) Aufnahmen der Angeklagten

Auch die Anordnung einer Anonymisierung der Bildnisse der Angeklagten B, D und C im Fall einer Veröffentlichung oder Verbreitung, ist nicht ermessensfehlerhaft.

„Das Landgericht hat die Anordnung zum **Schutz der Persönlichkeitsrechte der Angeklagten** für geboten gehalten. Mit dem ... dargelegten Ziel der Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Angeklagten verfolgt die Anordnung der Vorsitzenden einen **zulässigen Zweck**. Da sich ein Angeklagter unfreiwillig einer Hauptverhandlung und damit der Öffentlichkeit stellen muss, hat sein **Persönlichkeitsschutz** eine über den allgemein in der Rechtsordnung anerkannten Schutzbedarf der anderen Verfahrensbeteiligten hinausgehende **besondere Intensität** (BVerfG, Urteil vom 24.01.2001, 1 BvR 2623/95 - Rn. 77, zit. nach juris). Bei einem noch nicht rechtskräftig verurteilten Angeklagten **gebietet** die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete **Unschuldsvermutung eine zurückhaltende und ausgewogene Berichterstattung** (BVerfG, NJW 2009, 350, 351).

Die getroffene Anordnung ist **geeignet und erforderlich**, um den angestrebten Schutzzweck zu **erreichen**. ... Mit der Anordnung, die Bildnisse der Angeklagten B, D und C so hinreichend zu verpixeln oder auf andere Weise unkenntlich zu machen, dass die Gesichtszüge und die Haare der Betroffenen nicht erkennbar sind, hat die Vorsitzende das **gleich geeignete mildere Mittel** im Verhältnis zu einer vollständigen Untersagung von Bildaufnahmen gewählt.“ (OLG Bremen aaO.)

(3) Interview- und Statementanfragen

Schließlich erweist sich auch die Anordnung, dass die Angeklagten und ihre Verteidiger nicht gefilmt werden dürfen, wenn Interview- und Statementanfragen an sie herangetragen werden, als ermessensfehlerfrei.

„Nach der von der Vorsitzenden mitgeteilten Begründung dient die Regelung der **Wahrung eines fairen Verfahrens**. Den Angeklagten und ihren Verteidigern müsse es ermöglicht werden, insbesondere einen unmittelbar im Anschluss an die Hauptverhandlung an sie herangetragenen Interviewwunsch **zunächst vertraulich miteinander zu beraten**, ohne dass dies in Bild- oder Filmaufnahmen festgehalten werde. Solche Aufnahmen beeinträchtigen das Recht der Angeklagten auf einen ungehinderten Austausch mit ihrem Verteidiger auch am Rande der Hauptverhandlung. Die Anordnung verfolgt damit einen sitzungspolizeilichen Zweck. [Die] die Anordnung [ist] auch **nicht unverhältnismäßig**“ (OLG Bremen aaO.)

Die Ziffern 3, 4 und 5 der Verfügung sind damit rechtmäßig.

(OVG Saarlouis in NVwZ-RR 2016, 240; Beschluss vom 29.09.2015 – 1 A 30/15)

1. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse kommt in Betracht, wenn auf der Grundlage der erstrebten Entscheidung eine Amtshaftungsklage vor den Zivilgerichten nach Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB **wegen pflichtwidriger und schuldhafter Nichtübertragung des ausgeschriebenen Dienstpostens** erhoben werden soll.
2. Insoweit genügt nicht die bloße theoretische Möglichkeit einer solchen Klage, vielmehr bedarf es **konkreter Anhaltspunkte** dafür, dass der Kläger **ernsthaft beabsichtigt**, eine solche Amtshaftungsklage zu erheben.
3. Für eine Fortsetzungsfeststellungsklage fehlt das Fortsetzungsfeststellungsinteresse nach § 113 I 4 VwGO, wenn die vorgesehene **Schadensersatzklage ihrerseits vor dem Verwaltungsgericht** erhoben werden soll.

Fall: Im Rahmen eines beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits hat der Kläger zwar zunächst Widerspruch gegen die Auswahlentscheidung eingelegt und ein gerichtliches Eilverfahren angestrengt, dieses dann jedoch nach Abordnung mit dem Ziel der Versetzung zu einer anderen Dienststelle das Verfahren für erledigt erklärt. Darüber hinaus hat der Kläger die zunächst auf die Aufhebung des Bescheides über die Ablehnung seiner Bewerbung in Gestalt des Widerspruchsbescheides gerichtete Klage für erledigt erklärt und auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag umgestellt, nachdem er durch Bescheid des Beklagten mit seinem Einvernehmen mit Wirkung vom 01.09.2013 zur Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt - Außenstelle Südwest - als Rechtsnachfolgerin der Wasser- und Schifffahrsdirektion Südwest versetzt worden war.

Der Kläger begehrt vor dem Verwaltungsgericht die Feststellung, dass der Bescheid des Beklagten vom 30.10.2012 über die Nichtberücksichtigung des Klägers bei der Bewerbung um die ausgeschriebene Stelle als Leiter des Referats C 6 „EU-Fonds, Zuwendungen“ und der Widerspruchsbescheid vom 19.06.2013 rechtswidrig waren und ihn in seinen Rechten verletzt haben. Sein Interesse an dieser Feststellung begründet er damit, dass er mit Schriftsatz vom 29.10.2014 wegen seiner angeblich fehlerhaften Nichtberücksichtigung bei der Vergabe des unter dem 18.09.2012 ausgeschriebenen streitigen Dienstpostens beim Beklagten einen Antrag auf Schadensersatz gestellt hat. Mit diesem Antrag begehrt er zum einen dienst-, beamten- und versorgungsrechtlich so gestellt zu werden, als wäre ihm die ausgeschriebene Stelle übertragen und dabei Beförderungen in das Statusamt A 13 bis spätestens 01.04.2013, in das Statusamt A 14 bis spätestens 01.04.2016 sowie in das Statusamt A 15 bis spätestens 01.04.2019 erfolgt. Zum anderen begehrt er für die Zeit bis bis 31.10.2014 Schadensersatz in Höhe von 5.792,63 € (nebst Zinsen). In seinem Schreiben hatte er bereits angekündigt, im Falle der Nichtgewährung oder Nichtentscheidung Klage vor dem Verwaltungsgericht zu erheben. Kann der Kläger sein Feststellungsbegehren zulässig weiterverfolgen?

Die Klage könnte als Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Für Streitigkeiten im Beamtenverhältnis besteht in § 54 I BeamStG eine aufdrängende Sonderzuweisung an das Verwaltungsgericht, so dass er Verwaltungsrechtsweg ohne weiteres eröffnet ist.

II. Klageart

Die ursprünglich erhobene Verpflichtungsklage wurde einstimmend für erledigt erklärt. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage ist in dieser Situation analog § 113 I 4 VwGO grundsätzlich statthaft.

III. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Der Kläger muss aber auch ein berechtigtes Interesse daran haben, die Feststellung der Rechtswidrigkeit seiner Nichtberücksichtigung zu begehren.

1. Allgemeines zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist in folgenden Fallgruppen zulässig:

a) Wiederholungsgefahr

Eine Wiederholungsgefahr ist dann anzunehmen, wenn **konkrete Anhaltspunkte** dafür vorliegen, dass ein **gleichartiger VA** in **absehbarer Zeit** wieder gegen den Kläger ergehen wird.

Hat sich ein VA erledigt, so sind seine rechtlichen Wirkungen entfallen und es besteht grundsätzlich kein Interesse mehr an gerichtlicher Klärung. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn zu erwarten ist, dass der Kläger bald wieder mit einem entsprechenden VA überzogen wird. Hier besteht zur **Verhinderung einer Wiederholung** ein schützenswertes Interesse an der Feststellung, dass der erledigte VA rechtswidrig war.

b) Rehabilitationsinteresse

Entfaltet der erledigte VA unabhängig von seinen Rechtswirkungen objektiv **diskriminierende Wirkungen**, so hat der Kläger ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA zur Wiederherstellung seiner Reputation. Insofern reicht jedoch das ideelle Interesse an der bloßen Feststellung, dass die Behörde im Unrecht war, nicht aus. Auch ist es unzureichend, wenn der Kläger sich nur subjektiv diskriminiert fühlt, ohne dass von dem VA objektiv diskriminierende Wirkungen ausgehen. Es kommt also auf eine feststellbare Betroffenheit der **Menschenwürde** oder des **Persönlichkeitsrechts** an.

c) Vorbereitung einer Schadensersatzklage

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist grundsätzlich auch dann gegeben, wenn der Kläger wegen des rechtswidrigen Verwaltungshandelns einen **Schadensersatzprozess vor dem ordentlichen Gericht anstrengen** will.

In diesem Fall besteht ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit durch das VG, weil eine solche Entscheidung gegenüber dem ordentlichen Gericht, vor dem die Amtshaftungsklage zu erheben wäre, bindend wäre und der Verwaltungsgericht dem Kläger als das sachnähere Gericht erscheint. Es reicht jedoch nicht aus, wenn der Kläger im Verwaltungsprozess lediglich behauptet, er wolle im Anschluss eine Amtshaftungsklage erheben. Vielmehr ist erforderlich, dass der Amtshaftungsprozess entweder schon **anhängig** oder aber **mit Sicherheit zu erwarten** ist. Darüber hinaus darf die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs **nicht von vornherein aussichtslos** erscheinen.

Darüber hinaus sieht die neuere Rechtsprechung ein Rechtsschutzinteresse nur dann, wenn der Kläger anderenfalls **um die Früchte des Prozesses gebracht** würde. Diese Fallgruppe scheidet daher letztlich immer schon dann aus, wenn überhaupt noch keine Klage vor dem VG erhoben wurde, also ein Fall der Erledigung vor Klageerhebung vorliegt. Aber selbst die Klageerhebung trägt noch nicht automatisch Früchte, es muss bereits etwas im Prozess erreicht worden sein.

d) Grundrechtseingriff

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG gebietet es, die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung in Fällen gewichtiger, allerdings in tatsächlicher Hinsicht überholter Grundrechtseingriffe zu eröffnen, wenn die direkte Belastung durch einen angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann, so dass eine **Rechtsschutzlücke** entstehen würde (vgl. BVerfGE 81, 138 [140f.]; BVerfGE 96, 27 [40]; BVerfG NJW 2002, 2456; st. Rspr.). Dies gilt selbst dann, wenn eine summarische Überprüfung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgt ist, da Art. 19 IV GG einen Anspruch auf Rechtsschutz in der Hauptsache gewährt (vgl. BVerfG NJW 2004, 2510 [2511]).

2. Vorbereitung einer Schadensersatzklage

Hier kommt die Fallgruppe der Vorbereitung einer Schadensersatzklage in Betracht. Der Kläger hat Schadensersatzansprüche bereits außergerichtlich gegenüber der Beklagten geltend gemacht.

*„[Es] kommt ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse in Betracht, wenn auf der Grundlage der erstrebten Entscheidung eine **Amtshaftungsklage vor den Zivilgerichten** nach Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB wegen **pflichtwidriger und schuldhafter Nichtübertragung des ausgeschriebenen Dienstpostens** erhoben werden soll. Insofern **genügt nicht die bloße theoretische Möglichkeit** einer solchen Klage, vielmehr bedarf es **konkreter Anhaltspunkte** dafür, dass der Kläger **ernsthaft beabsichtigt**, eine solche Amtshaftungsklage zu erheben (vgl. BVerwG, Urteile vom 25.08.1988 - 2 C 28/85 -, Juris, Rn. 10 und vom 09.03.1989*

- 2 C 4.87 - Juris, Rn. 22; OVG des Saarlandes, Urteil vom 14.05.1990 - 1 R 20/89 - juris, Rn. 30.).“ (OVG Saarlouis aaO.)

a) Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Amtshaftungsklage

Es kommt daher darauf an, ob der Kläger konkrete Anhaltspunkte dafür, dass er ernsthaft beabsichtigt, eine solche Amtshaftungsklage zu erheben, dargetan hat.

„[Der] Kläger [hat] ein auf die Zahlung von Schadensersatz gerichtetes Verwaltungsverfahren eingeleitet und sich in den Schriftsätzen vom 28.05.2015 und 31.08.2015 ausdrücklich darauf berufen, dass der Schadensersatzanspruch im Falle seiner Ablehnung oder Nichtbescheidung (als Untätigkeitsklage) im Verwaltungsrechtsweg geltend gemacht werden soll.

Dies vermag aber ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Sinne des § 113 I 4 VwGO nicht zu begründen. Denn für eine Fortsetzungsfeststellungsklage ist **kein Rechtsschutzinteresse** gegeben, wenn der **Schadensersatzanspruch im Verwaltungsrechtsweg** geltend gemacht werden soll (vgl. BVerwG, Urteil vom 06.03.1975 - II C 20.73 - Buchholz 237.6 § 8 LBG Nds. Nr. 1; Urteil vom 22.03.1990 - 2 C 2.88 - Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 216; Urteil vom 11.04.1972 - II C 5.69 - n.v.; OVG Bremen, Beschluss vom 25.09.2014 - 2 A 140/12 -, Juris Rn. 12; OVG des Saarlandes, Urteil vom 21.06.1990 - 1 R 112/90 -, Juris (nur Ls); HessVGH, Urteil vom 27.02.1985 - I OE 58/80 - ZBR 1985, 258, 259; Schnellenbach, Das Feststellungsinteresse bei der Fortsetzungsfeststellungsklage eines Beamten, DVBl. 1990, 140, 141.).“ (OVG Saarlouis aaO.)

Hier hat der Kläger schon bei Geltendmachung seiner Schadensersatzansprüche angekündigt, diese im Verwaltungsprozess geltend machen zu wollen. Für eine Absicht, diese Ansprüche vor den ordentlichen Gerichten als Amtshaftungsansprüche einzuklagen, hat er nichts vorgetragen.

„In diesem Fall bedarf es für den künftigen Schadensersatzprozess keiner Feststellung nach § 113 I 4 VwGO, weil die **Frage der Rechts- und Pflichtwidrigkeit** des Verhaltens des Dienstherrn in diesem Prozess **durch das Verwaltungsgericht selbstständig geprüft** werden muss. Zudem wäre es, wenn das Verwaltungsgericht ohnehin zur Entscheidung über den Folgeprozess berufen sein wird, **nicht prozessökonomisch**, die Frage der Rechtmäßigkeit der Nichtberücksichtigung des Klägers bei der Dienstpostenvergabe vorab zu prüfen, obwohl es darauf für das Schadensersatzbegehren in dem Folgeprozess möglicherweise gar nicht mehr ankommt. Dies gilt fallbezogen umso mehr, als im vorliegenden Feststellungsrechtsstreit lediglich ein Teilaspekt zu klären wäre und der nach dem Vortrag des Klägers anzunehmende Gegenstand des Schadensersatzprozesses weit über die vorliegend zur Entscheidung gestellte Frage der Rechtswidrigkeit der Dienstpostenübertragung hinausgeht.“ (OVG Saarlouis aaO.)

b) Erfolgsaussichten der beabsichtigten Schadensersatzklage

Darüber hinaus ist diese Fallgruppe des Fortsetzungsfeststellungsinteresses nur einschlägig, wenn die beabsichtigte Schadensersatzklage nicht offensichtlich aussichtslos ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 09.03.1989, wie vor; OVG des Saarlandes, Urteil vom 14.05.1990, wie vor). Anderenfalls fehlt es Entscheidung des Verwaltungsgerichts an der Präjudizialität.

„Voraussetzung des geltend gemachten Schadensersatzanspruches ist nämlich unter anderem, dass der Beamte es **nicht schuldhaft unterlassen** hat, den **Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels** abzuwenden (vgl. BVerwG, Urteile vom 29.11.2012 - 2 C 6/11-, Juris, Rn. 9 und vom 17.08.2005 - 2 C 36/04 - Juris Rn. 16.).“ (OVG Saarlouis aaO.)

Der Kläger hat aber **sowohl** sein **Eilrechtsschutzbegehren** als auch den von ihm eingelegten **Rechtsbehelf in der Hauptsache aus freien Stücken aufgegeben**, weil er sich mit Blick auf den dargelegten Dienstherrnwechsel beruflich verändern wollte.

„Soweit der Kläger geltend macht, dass die Entscheidung im Eilrechtsschutzverfahren außergewöhnlich lange auf sich habe warten lassen, sich ihm genau in dieser Zwischenzeit die Möglichkeit eröffnet habe, auf einen Dienstposten mit Leitungsfunktion beim Bund wechseln zu können und er sich die **Weiterführung des Hauptsacheprozesses ausdrücklich vorbehalten** habe, ändern diese Ausführungen nichts daran, dass er letztlich aus eigener Entscheidung den Primärrechtsschutz nicht weiter verfolgt, sondern aktiv beendet hat.“ (OVG Saarlouis aaO.)

Vor diesem Hintergrund wäre der Kläger mit einem Schadensersatzanspruch ohnehin ausgeschlossen, so dass ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse vor dem Hintergrund der Vorbereitung einer Schadensersatzklage auch insofern ausscheidet.

(OVG Münster in NJW 2016, 1262; Beschluss vom 13.11.2015 – 6 A 2198/15)

1. Um eine **Versagung rechtlichen Gehörs** feststellen zu können, müssen im Einzelfall besondere Umstände deutlich ergeben, dass **tatsächliches Vorbringen** eines Beteiligten entweder **überhaupt nicht zur Kenntnis genommen** oder bei der Entscheidung **ersichtlich nicht erwogen** worden ist. Überdies besteht der Anspruch nur nach Maßgabe des Prozessrechts. Ein Gehörsverstoß liegt mithin nicht schon dann vor, wenn das Gericht zur Kenntnis genommenes und in Erwägung gezogenes Vorbringen **aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts**, mithin auch aus Gründen prozessualer Darlegungspflichten, **unberücksichtigt** lässt.
2. Die Anhörungsrüge dient nur der **Korrektur von Gehörsverletzungen**, nicht aber dazu, die Diskussion hinsichtlich einer dem materiellen Recht zuzuordnenden Rechtsauffassung unter Wiederholung, Vertiefung oder Ergänzung der jeweiligen Argumentation wiederaufzunehmen.

Fall: In der Sache geht es um eine beamtenrechtliche Konkurrentenklage. Der Kläger hatte umfassend zur Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Auswahlentscheidung vom 11.03.2013 (Vergleichsgruppenbildung, Rechtmäßigkeit und Vergleichbarkeit der dienstlichen Beurteilungen, Ermessensfehler usw. vorgebracht. Hiermit hatte sich das OVG im Berufungsverfahren insofern auseinandergesetzt, als es der Auffassung war, dieses Vorbringen sei unerheblich. Eine weitere inhaltliche Befassung mit dem Vortrag fand nicht statt.

Der Kläger sieht hierdurch seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil sich der Senat inhaltlich nicht mit seinem Vorbringen zum unterbliebenen Leistungsvergleich im Stellenbesetzungsverfahren, zur Selbstbindung der Beklagten an ihre Organisationsgrundentscheidung und zur Ankündigung bzw. Stellung seiner Sachanträge auseinandergesetzt habe. Zudem sei die Ermessensprüfung nur unzureichend erfolgt. Wird die Anhörungsrüge Erfolg haben.

Die Anhörungsrüge nach § 152a VwGO wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Anhörungsrüge

1. Tauglicher Gegenstand

Gegenstand einer Anhörungsrüge sind **gerichtliche Entscheidungen**. Die Rüge ist gem. § 152a II 1 VwGO innerhalb **von zwei Wochen nach positiver Kenntnis** von der **Verletzung rechtlichen Gehörs** zu erheben.

Eine solche positive Kenntnis liegt vor, wenn dem Rügeberechtigten **alle Umstände bekannt** sind, aus denen sich die Berechtigung zur Rügeerhebung ergibt. (vgl. Ewer, NJW 2007, 3171 [3173]).

Hinsichtlich der Rügefrist bedarf es **keiner Rechtsmittelbelehrung** i.S.d. § 58 VwGO, da die Anhörungsrüge kein Rechtsmittel im technischen Sinne ist. Da die Ein-Jahres-Frist des § 152a II 2 VwGO eine absolute Ausschlussfrist darstellt, kann ihre Versäumung nicht im Wege der Wiedereinsetzung geheilt werden.

2. Form

Nach § 152a II 4 VwGO ist die Rüge **schriftlich** oder zur **Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle** bei dem Gericht zu erheben, dessen Entscheidung angegriffen wird. Gemäß § 67 IV 1 VwGO unterliegt die wirksame Erhebung einer Anhörungsrüge vor dem OVG und BVerwG dem Anwaltszwang bzw. Behördenprivileg (vgl. Ewer, NJW 2007, 3171 [3173]). Von der Einhaltung dieser Vorgaben kann ausgegangen werden.

3. Inhalt der Rüge

Nach § 152a II 6 VwGO muss die Rüge inhaltlich die **angegriffene Entscheidung** bezeichnen und das **Vorliegen der Voraussetzungen** des Absatzes 1 darlegen. Angesichts der allgemeinen prozessrechtlichen Bedeutung des Begriffs der Darlegung ist es insoweit erforderlich, unter Ausführung der insoweit maßgeblichen Umständen vorzutragen, dass das **Gericht einen bestimmten entscheidungserheblichen Vortrag nicht zur Kenntnis genommen oder nicht in Erwägung gezogen** hat und dass die **Entscheidung im**

Falle einer entsprechenden Berücksichtigung **anders hätte ausfallen können** (vgl. Ewer, NJW 2007, 3171 [3173]). Auch dies kann unterstellt werden.

II. Begründetheit der Anhörungsrüge

Die Anhörungsrüge ist begründet, wenn tatsächlichen Umstände dargelegt werden, aus denen sich ergeben könnte, dass der der Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs in entscheidungserheblicher Weise verletzt wurde (§ 152a I 1 Nr. 2, II 6 VwGO).

1. Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör

„Das Gebot rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht unter anderem dazu, die **Ausführungen** der Verfahrensbeteiligten **zur Kenntnis zu nehmen** und **bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen**. Es gebietet jedoch **weder**, dass sich das Gericht in seinen schriftlichen Gründen **mit jeder Einzelheit ausdrücklich** und in ausführlicher Breite auseinandersetzt, noch schützt Art. 103 I GG davor, dass das Gericht dem **Vortrag** der Beteiligten **in materiell rechtlicher Hinsicht nicht** die aus deren Sicht **richtige Bedeutung beimisst**. Deshalb müssen, um eine Versagung rechtlichen Gehörs feststellen zu können, im Einzelfall **besondere Umstände deutlich ergeben**, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung ersichtlich nicht erwogen worden ist. Überdies besteht der Anspruch **nur nach Maßgabe des Prozessrechts**. Ein Gehörsverstoß liegt mithin nicht schon dann vor, wenn das Gericht zur Kenntnis genommenes und in Erwägung gezogenes Vorbringen **aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts**, mithin auch aus Gründen prozessualer Darlegungspflichten, **unberücksichtigt lässt** (vgl. BVerwG, Beschluss vom 13.01.2009 - 9 B 64.08, 9 B 34.08 -, juris; dem folgt der Senat in ständiger Rechtsprechung, vgl. nur Beschlüsse vom 31.05.2012 - 6 B 632/12 - und vom 08.10.2010 - 6 A 2044/10 -, jeweils juris.).

Die Anhörungsrüge dient also nur der **Korrektur von Gehörsverletzungen**, **nicht** aber dazu, die **Diskussion** hinsichtlich einer dem materiellen Recht zuzuordnenden Rechtsauffassung unter Wiederholung, Vertiefung oder Ergänzung der jeweiligen Argumentation **wiederaufzunehmen** (vgl. Senatsbeschlüsse vom 31.05.2012 und vom 08.10.2010, jeweils aaO., und vom 16.12.2009 - 6 B 1739/09 -, juris.).“ (OVG Münster aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob gemessen Umstände dargetan sind, aus denen sich eine Gehörsverletzung ergeben könnte.

„Der angegriffene Senatsbeschluss lässt schon an Hand seines an der Gliederung der Zulassungsbegründung des Klägers vom 30.10.2014 orientierten Aufbaus erkennen, dass **sämtliches Vorbringen entsprechend den oben aufgezeigten Anforderungen zur Kenntnis genommen und bei der Entscheidung erwogen** worden ist. Mit der Begründung der Anhörungsrüge vom 30.09.2015 wiederholt und vertieft der Kläger (lediglich) seine im Zulassungsantrag dargestellten Rechtsauffassungen, so dass sein Vorbringen keinen Gehörsverstoß im Sinne des § 152a VwGO erkennen lässt.“ (OVG Münster aaO.)

a) Abweichende Auffassung zur Bedeutung des Amtsermittlungsgrundsatzes

Der Kläger sieht seinen Anspruch auf rechtliches Gehör dadurch verletzt, dass das OVG im Rahmen des Berufungsverfahrens keinen Anlass zur weiteren Sachaufklärung gesehen hat.

„Im Hinblick auf die sich aus dem Amtsermittlungsgrundsatz des § 86 I VwGO für das Gericht ergebenden Verpflichtungen **teilt der Kläger offenbar nicht** die - ausführlich dargestellte - **Einschätzung** des Senats in Bezug auf die Frage, inwieweit sich dem Verwaltungsgericht eine **weitere Sachaufklärung hätte aufdrängen müssen**. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den Senat liegt in dieser von der des Klägers **abweichenden (Rechts-)Auffassung nicht**.“ (OVG Münster aaO.)

b) Befassung mit behauptetem Verstoß gegen rechtliches Gehörs im erstinstanzlichen Verfahren

Der Kläger sieht seinen Anspruch auf rechtliches Gehör auch dadurch verletzt, dass das Berufungsgericht seinem Vortrag, das Verwaltungsgericht habe ihm vor Entscheidung keine Gelegenheit zur Stellung der weiterer angekündigter gegeben, nicht gefolgt ist.

„[Dies] ... wird im Beschluss ausdrücklich aufgegriffen. Dass der Senat diesem **Vorbringen aus der Sicht des Klägers nicht die richtige Bedeutung beimisst** (etwa in Bezug auf den Inhalt der Zeugenaussagen oder weil er aus dem Unterbleiben weiterer Nachfragen der Vorsitzenden, ob noch zusätzliche Anträge gestellt werden sollen, keinen Verfahrensfehler herleitet), ist im Rahmen der Anhörungsrüge nicht von Belang. Ohne dass es in diesem Verfahren erheblich wäre, sei ergänzt, dass auch die **nachgereichten Zeugenaussagen** es nicht verständlich machen, weshalb ein Verfahrensverstoß des Verwaltungsgerichts anzunehmen sein sollte, wenn der Kläger **nach den protokollierten drei Anträgen keine weiteren Anträge gestellt hat, obwohl er danach das Wort erteilt bekommen und Gelegenheit zu weiterem Vortrag erhalten hat**.“ (OVG Münster aaO.)

c) Befassung mit behauptetem Verstoß gegen Art. 104 III VwGO

Der Kläger hat mit seiner Berufung gerügt, die Einzelrichterin im erstinstanzlichen Verfahren hätte vor Schließung der mündlichen Verhandlung klären müssen, ob eine weitere Antragstellung oder ergänzender Sachvortrag erfolgen sollte. Hierin liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

*„[Der Kläger] bringt er damit erneut lediglich seine **abweichende rechtliche Einschätzung** im Hinblick auf das Vorliegen des behaupteten Verfahrensfehlers zum Ausdruck. Dass auch aus Gründen prozessualer Darlegungspflichten (Zulassungs-)Vorbringen unberücksichtigt bleiben kann, ohne dass daraus ein Gehörsverstoß folgen würde, wurde eingangs bereits aufgezeigt.*

*„Vergleichbar liegt es hinsichtlich des gerügten Verstoßes gegen § 104 III 2 VwGO. Der Senat hat diese Rüge ebenfalls aufgegriffen und sich mit dem Vorbringen des Klägers auseinandergesetzt. Dass er dabei **nicht zu dem vom Kläger gewünschten Ergebnis** gelangt ist, ist im Rahmen der Anhörungsrüge nach § 152a VwGO ohne Bedeutung. Das gilt mit Blick auf die Darlegungspflichten im Zulassungsverfahren auch für die gerügte fehlende Auseinandersetzung des Senats mit den Zeugenaussagen.“ (OVG Münster aaO.)*

d) Unzureichende Ermessensprüfung

Der Kläger ist der Auffassung, das OVG habe bei seiner Entscheidung verkannt, dass es einer Überprüfung der Auswahlentscheidung auf Ermessensfehler bedurft habe. Hierdurch sei ihm Gehör verwehrt worden.

*„Im Zusammenhang mit der **Pflicht zur Überprüfung von Ermessensentscheidungen** nach § 114 VwGO trägt der Kläger ebenfalls nichts für einen Gehörsverstoß vor. [Er] **bemängelt** ... erneut lediglich die seiner Ansicht nach gegebene, im Verfahren nach § 152a VwGO nicht zur Überprüfung stehende **inhaltliche Unrichtigkeit des Senatsbeschlusses**.“ (OVG Münster aaO.)*

e) Verstoß des erstinstanzlichen Gerichts gegen Pflicht zur Tatbestandsberichtigung

*„Auch mit der Rüge, das Verwaltungsgericht habe **gegen die Pflicht zur Tatbestandsberichtigung nach § 119 VwGO verstoßen**, hat sich der Senat auseinandergesetzt und ausgeführt, dass - **selbst bei unterstelltem Verstoß - kein die Zulassung der Berufung rechtfertigender Verfahrensmangel** vorliege. Darauf, inwieweit der Tatbestand möglicherweise unrichtig war, kam und kommt es danach nicht an. Soweit der Kläger damit (konkludent) zum Ausdruck bringen will, ein Verstoß gegen § 119 VwGO stelle einen Verfahrensfehler im Sinne des § 124 II Nr. 5 VwGO dar und müsse zur Zulassung der Berufung führen, handelt es sich wiederum (lediglich) um eine **abweichende, keinen Gehörsverstoß begründende rechtliche Bewertung**. Genauso verhält es sich in Bezug auf die geltend gemachte Verletzung der Verpflichtung zur Urteilsergänzung nach § 120 VwGO. [wird ausgeführt]“ (OVG Münster aaO.)*

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 940a

Räumungsverfügung gegen Zimmer-Untermieter
Nur wegen überlassener Räume

ZivilVerfR

(LG Berlin in NJW-RR 2016, 81; Beschluss vom 21.07.2015 – 67 T 149/15)

1. Der **Vermieter** kann **vom Untermieter** gem. § 940 a II ZPO im einstweiligen Verfügungsverfahren nur die Räumung und Herausgabe derjenigen Räume und Flächen verlangen, die dem Untermieter **tatsächlich zum Gebrauch überlassen** worden sind.
2. Das setzt wie bei § 546 II BGB Allein- oder Eigenbesitz, zumindest aber Mitbesitz oder mittelbaren Besitz voraus.

Fall: Die Ast. begehrt mit ihrer sofortigen Beschwerde, der das AG nicht abgeholfen und die es der Kammer zur Entscheidung vorgelegt hat, die vollständige Räumung und Herausgabe von Wohnraum, der auf Grund unterschiedlicher Untermieterverträge an Dritte, u.a. auch den Ag., überlassen wurde. Die sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Nach § 940 a II ZPO darf die Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung gegen einen Dritten, der im Besitz der Mietsache ist, über den - hier nicht eröffneten - Anwendungsbereich des § 940 a I ZPO hinaus nur angeordnet werden, wenn gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter vom Besitzerwerb des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat.

„Diese Voraussetzungen sind – wie das AG zutreffend erkannt hat – **nur hinsichtlich der an den Ag. überlassenen Wohn- und Gemeinschaftsräume**, nicht jedoch hinsichtlich sämtlicher Räume der Mietsache erfüllt. Denn der Mieter der streitgegenständlichen Wohnung, dessen erstinstanzliche Räumungsverurteilung mittlerweile durch Zurückweisungsbeschluss der Kammer gem. § 522 II 1 ZPO bestätigt worden ist (vgl. Kammer, Beschl. v. 18.06.2015 – 67 S 63/15, unveröff.), hat dem Ag. nicht die gesamte Mietsache überlassen, sondern lediglich das ihm ausweislich des eingereichten Untermietvertrags zu einem monatlichen Mietzins von 360 € vermietete „Zimmer 2“ sowie die im Vertrag und im erstinstanzlichen Tenor näher bezeichneten „Gemeinräume“. Die **übrigen (Wohn-)Räume** sind ebenfalls vertragswidrig, jedoch **auf Grund eigenständiger Untermietverträge an** – auch im einstweiligen Verfügungsverfahren gesondert in Anspruch genommene – **Dritte überlassen und vermietet**. Insoweit ist der Ag. bereits deshalb nicht passivlegitimiert, weil er diese Räume nicht gem. § 940 a II ZPO „im Besitz“ hat.

Keine der Ast. günstigere Beurteilung rechtfertigt § 546 II BGB. Danach kann der Vermieter die **Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses auch von einem Dritten zurückverlangen**, sofern der Mieter diesem den Gebrauch der Mietsache überlassen hat. Die den übrigen Untermietern zur alleinigen Nutzung überlassenen Räume sind nur diesen, nicht aber dem Ag. zum Gebrauch überlassen worden. **Gebrauch erfordert Besitz**, allerdings nicht zwingend Allein- oder Eigenbesitz; **ausreichend ist auch Mitbesitz oder mittelbarer Besitz** (Streyll in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 546 Rn. 98 m.w.N.). Keine dieser Besitzformen ist in der Person des Ag. hinsichtlich der zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens erhobenen Räume erfüllt. Davon ausgehend besteht ihm gegenüber insoweit auch kein Anspruch aus § 546 II BGB, da nur der Besitzer in der Lage ist, den Rückforderungsanspruch des Vermieters gem. § 546 II BGB zu erfüllen und dem Vermieter die Mietsache zurückzugeben (vgl. Streyll in Schmidt-Futterer, § 546 Rn. 98 m.w.N.). Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Rückgabepflichten des Dritten gem. § 546 II BGB grundsätzlich identisch mit der des Mieters wären. Ein zwingender Gleichklang der Rückgabepflichten nach § 546 I u. II BGB besteht aber nicht (vgl. Streyll in Schmidt-Futterer, § 546 Rn. 104; unklar ders., § 546 Rn. 100).“ (LG Berlin aaO.)

ZPO
§§ 520 III 2, 314

Inhaltliche Anforderung an die Berufungsbegründung
Verhältnis von Berufung und Tatbestandsberichtigung

ZivilVerfR

(BGH in NJW-RR 2016, 396; Beschluss vom 02.12.2015 – VII ZB 48/13)

I. Allgemeine Anforderungen an die Berufungsbegründung

„Nach § 520 III 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich nach Ansicht des Berufungskl. die **Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung** ergeben. Dazu gehört eine aus sich heraus verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskl. bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt. Besondere formale Anforderungen bestehen nicht; für die Zulässigkeit der Berufung ist es insbesondere **ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar** sind. Jedoch muss die Berufungsbegründung auf den konkreten Streitfall zugeschnitten sein. Es **reicht nicht aus**, die Auffassung des Erstgerichts **mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen** oder lediglich auf das Vorbringen erster Instanz zu verweisen (BGH, NJW-RR 2015, 1532 Rn. 8; Beschl. v. 22.05.2014 – IX ZB 46/12, BeckRS 2014, 12010 Rn. 7; NJW 2013, 174 = NZBau 2013, 34 Rn. 10 jew. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

II. Rüge eines falschen erstinstanzlichen Tatbestandes

„Soweit in diesem Schriftsatz zunächst allgemein gerügt wird, der **Tatbestand** des landgerichtlichen Urteils **gebe einen vollkommen falschen Sachverhalt wieder**, kann dies wegen der Regelungen in §§ 314, 320 ZPO eine Berufung nicht begründen. Nach § 314 S. 1 ZPO liefert der Tatbestand des Urteils Beweis für das mündliche Parteivorbringen. **Etwaige Unrichtigkeiten** der tatbestandlichen Feststellungen **können nur im Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO behoben werden** (BGHZ 182, 76 =NJW-RR 2010, 975 Rn. 11). Deshalb ist es ebenfalls unerheblich, ob – wie die Rechtsbeschwerde meint – die Kl. mit dem Hinweis auf pauschale und willkürliche Streichungen von Rechnungspositionen durch die Bekl. ausgeführt habe, ihr Vortrag zur Berichtigung von Nachträgen sei unstreitig gewesen.“ (BGH aaO.)

III. Verfassungsrechtlichkeit der Anforderungen an Berufungsbegründung

„Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde verletzen diese Anforderungen an die Berufungsbegründung die Kl. weder in ihrem **Verfahrensgrundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz** noch in ihrem verfassungsrechtlich garantierten **Anspruch auf rechtliches Gehör**. Das Begründungserfordernis des § 520 III 2 Nr. 2 ZPO ist sachlich gerechtfertigt, da es der Verfahrenskonzentration dient, indem es den Berufungsführer anhält, die angegriffene Entscheidung nicht nur im Ergebnis, sondern in der konkreten Begründung zu überprüfen und im Einzelnen darauf hinzuweisen, in welchen Punkten und mit welchen Gründen das angefochtene Urteil für unrichtig gehalten wird. Dies stellt eine anwaltlich vertretene Partei, wie hier die Kl., **vor keine erheblichen oder gar unzumutbaren Anforderungen** (BGH, NJW 2013, 174 = NZBau 2013, 34 Rn. 18; vgl. BVerfG, NJW-RR 2002, 135).“ (BGH aaO.)

BGB
§ 727 I

**Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
Tod eines eingetragenen Gesellschafters**

ZivilR

(BGH in Rpfleger 2016, 237; Beschluss vom 19.11.2015 – V ZB 201/14)

Bei der Vollstreckung in das Grundstück einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts **gelten die (noch) im Grundbuch eingetragenen (bisherigen) Gesellschafter** grundsätzlich auch dann in entsprechender Anwendung von § 1148 Satz 1, § 1192 I BGB **als Gesellschafter der Schuldnerin**, wenn diese durch den Tod eines eingetragenen Gesellschafters aufgelöst worden ist.

„Nach der Rechtsprechung des Senats gelten bei der **Vollstreckung in das Grundstück einer GbR** in entsprechender Anwendung von § 1148 Satz 1, § 1192 II BGB die eingetragenen Gesellschafter zugunsten des Gläubigers als Gesellschafter der Schuldnerin, wenn ein Gesellschafterwechsel noch nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist. Einer **Rechtsnachfolgeklausel analog § 727 ZPO bedarf es nicht**, wenn die in dem Titel aufgeführten Gesellschafter der GbR bei Anordnung der Zwangsversteigerung mit den im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern übereinstimmen (näher zum Ganzen Senat, Beschluss vom 02.12.2010 – V ZB 84/10, BGHZ 187, 344 Rn. 21; Beschluss vom 24.02.2011 – V ZB 253/10, NJW 2011, 1449 Rn. 14 ff.). Dies hat der Senat jedenfalls unter der Voraussetzung angenommen, dass die GbR weiterhin besteht (Senat, Beschluss vom 24.02.2011 – V ZB 253/10, NJW 2011, 1449 Rn. 16, 18 a. E.).

Die (noch) im Grundbuch eingetragenen (bisherigen) Gesellschafter gelten grundsätzlich **auch dann** in entsprechender Anwendung von § 1148 Satz 1, § 1192 I BGB als Gesellschafter der Schuldnerin, **wenn diese durch den Tod eines eingetragenen Gesellschafters gemäß § 727 I BGB aufgelöst** worden ist.

Die **Folgen einer Auflösung der GbR** gemäß § 727 I BGB richten sich nach den §§ 730 ff. BGB. Gemäß § 730 II 1 BGB gilt die Gesellschaft **bis zum Abschluss der Liquidation als fortbestehend**. Entgegen dem Wortlaut der Norm handelt es sich nicht lediglich um eine Fiktion (Henssler/Strohn/Kilian, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 730 BGB Rn. 6; Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., § 730 Rn. 1). Vielmehr bewahrt die Gesellschaft ihre **Identität in personen- und vermögensrechtlicher Hinsicht**. Auch ihre Rechtsfähigkeit als Außengesellschaft besteht unverändert fort (MüKo-BGB-Schäfer, 6. Aufl., § 730 Rn. 24). Lediglich der Gesellschaftszweck verändert sich, da er nunmehr auf Auseinandersetzung gerichtet ist (vgl. Senat, Urteil vom 08.03.1966 – V ZR 32/64, WM 1966, 639, 640). Im Verhältnis zu Dritten treten deshalb, abgesehen von den Auswirkungen auf Geschäftsführung und Vertretung, **keine Änderungen durch die Auflösung ein** (vgl. MüKo-BGB-Schäfer, 6. Aufl., § 730 Rn. 24; Soergel/Hadding/Kießling, BGB, 13. Aufl., § 730 Rn. 18).

Da die **GbR fortbesteht**, verändern sich die **Anforderungen an den Nachweis ihrer Identität** nicht. Es geht nicht um den Nachweis ihrer Existenz; nur insoweit hat der Senat die entsprechende Anwendung von § 1148 Satz 1, § 1192 II BGB zugunsten des Gläubigers als zweifelhaft bezeichnet, ohne dies jedoch abschließend zu entscheiden (vgl. Senat, Beschluss vom 24.02.2011 – V ZB 253/10, NJW 2011, 1449 Rn. 16, 18 a.E.).“ (BGH aaO.)

ZPO
§ 520 III 2 Nr. 2

**Notwendiger Inhalt einer Berufungsbegründung
Darlegung von Rechtsverletzung und Erheblichkeit**

ZivilProzR

(BGH in MDR 2016, 350; Beschluss vom 04.11.2015 – XII ZB 12/14)

„Gemäß § 520 III 2 Nr. 2 ZPO hat die Berufungsbegründung die **Bezeichnung der Umstände zu enthalten**, aus denen sich nach Ansicht des Rechtsmittelführers die **Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit** für die angefochtene Entscheidung ergibt. Da die Berufungsbegründung erkennen lassen soll, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält, hat dieser **diejenigen Punkte rechtlicher Art darzulegen, die er als unzutreffend ansieht**, und dazu die Gründe anzugeben, aus denen er die Fehlerhaftigkeit jener Punkte und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung herleitet. Zwar werden besondere formale Anforderungen insoweit nicht gestellt und erfordert die Berufungsbegründung insbesondere weder die ausdrückliche Benennung einer bestimmten Norm noch die Schlüssigkeit oder jedenfalls Vertretbarkeit der erhobenen Rügen (BGH, Beschl. v. 22.11.2006 – XII ZB 130/02, FamRZ 2007, 206 m.w.N.). Auch mit diesen Maßgaben genügt die Berufungsbegründung im vorliegenden Fall aber nicht den Anforderungen und ist ein Grund i.S.v. § 574 II ZPO nicht gegeben.“ (BGH aaO.)

EGGVG
§§ 23, 24

**Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakt
Berichtigung gerichtlichen Eingangsstempels**

ZivilVerfR

(BGH in NJW-RR 2016, 445; Beschluss vom 10.02.2016 –IV AR (VZ) 8/15)

Fall: Die Ast. verlangen die Berichtigung des gerichtlichen Eingangsstempels für ihre Klageschrift. Die Ast. reichten eine vom 30.12.2014 datierende Klageschrift beim LG Schwerin ein. Dort erhielt die Klageschrift einen Posteingangsstempel mit dem Inhalt: „Eingegangen durch Nachtbriefkasten am 02.01.2015 zwischen 0.00 Uhr und Dienstbeginn“. Nachdem die Ast. auf ihre Nachfrage hin dieses Eingangsdatum erfahren hatten, baten sie das LG um eine Bestätigung, dass ihre Klage am 31.12.2014 eingegangen sei. Sie erklärten dazu, die Klageschrift sei durch einen Boten am 31.12.2014 um 9.30 Uhr in den Nachtbriefkasten des LG eingeworfen worden. Die Ast. erhielten aber keine solche Bestätigung. Die für das Klageverfahren zuständige Richterin teilte ihnen mit, dass die gesamte nach dem 30.12.2014, 24.00 Uhr in den Nachtbriefkasten eingeworfene Post den Eingangsstempel 02.01.2015 erhalten haben dürfte. Der Nachtbriefkasten habe nur eine Klappe und eine Entleerung am 31.12.2014 sei nicht erfolgt. Daher sei eine Unterscheidung der am 31.12.2014 und der ab dem 01.01.2015 eingegangenen Post nicht möglich.

Die Ast. haben daraufhin beim OLG beantragt, ihnen einen Posteingangsstempel mit dem Datum vom 31.12.2014 für die dem Rechtsstreit zu Grunde liegende Klageschrift zu erteilen und die bisherige Stempelung angefochten. Sie haben dazu auf die Rechnung des Kurierdienstes verwiesen, in dem die Auslieferung der Klageschrift am 31.12.2014 um 9.30 Uhr bestätigt worden sei. Nachfolgend haben die Ast. mitgeteilt, dass die Bekl. im zu Grunde liegenden Rechtsstreit die Einrede der Verjährung erhoben habe.

Nach § 23 I 1 EGGVG entscheiden über die **Rechtmäßigkeit von Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen**, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten unter anderem auf dem Gebiet des Zivilprozesses getroffen werden (Justizverwaltungsakte), **auf Antrag die ordentlichen Gerichte**.

I. Vorliegen eines Justizverwaltungsakts

„Im Ansatz zutreffend ist das BerGer. davon ausgegangen, dass der gerichtliche **Eingangsstempel ein Justizverwaltungsakt** ist (ebenso bereits OLG Celle, NJW 2013, 1971; OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.05.2001 – 11 VA 14/01, BeckRS 2001, 30182926). Er hat **Regelungscharakter**, da er eine öffentliche Urkunde i.S.v. § 418 I ZPO ist und den Beweis für den Zeitpunkt des Eingangs eines Schriftstücks erbringt (BGH, NJW 2000, 1872 unter II 1 a).“ (BGH aaO.)

II. Antragsbefugnis der Ast.

„Die Ast. sind auch antragsbefugt gem. § 24 I EGGVG. Sie verlangen vorrangig die **Erteilung eines berechtigten Eingangsstempels**. Bei einem solchen Verpflichtungsantrag gem. § 23 II EGGVG auf Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Justizverwaltungsaktes setzt die Antragsbefugnis einen **möglichen Rechtsanspruch auf die begehrte Behördentätigkeit** voraus (MüKo-ZPO/Papst, 4. Aufl., § 24 EGGVG Rn. 4). Für einen Anspruch auf Erteilung eines inhaltlich richtigen Eingangsstempels können sich die Ast. auf **§ 24 III 1 der Geschäftsordnungsvorschriften für die Gerichte und Staatsanwaltschaften des Landes Mecklenburg-Vorpommern** (GOV MV) vom 23.02.2006 (MVABl. 2006, 274, dort nicht vollständig abgedr.; zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift v. 15.10.2011, MVABl. 2011, 1079) berufen, nach dem die Gerichte bei der Entgegennahme eines Schriftstücks auf ihm den Zeitpunkt des Eingangs anzugeben haben. Mangels gegenteiliger Feststellungen ist für das Rechtsbeschwerdeverfahren zu Grunde zu legen, dass diese Verwaltungsvorschrift in der Praxis der Gerichte auch befolgt wird. Da **Verwaltungsvorschriften keine Rechtsnormen mit eigener Rechtsqualität** sind, binden sie die Verwaltung nur unter dem **Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (Art. 3 I GG)** in dem Sinne, in dem sie mit Billigung oder Duldung ihres Urhebers tatsächlich angewandt wurden (BGHZ 139, 259 [267] = NJW 1998, 3636; vgl. auch BGH, NJW 2014, 2874 Rn. 14). Wenn sich die Behörde an ihre Verwaltungsvorschriften hält, ist sie daher durch das Gleichbehandlungsgebot verpflichtet, dies auch weiterhin zu tun, sofern nicht sachliche Gründe im Einzelfall eine Abweichung rechtfertigen oder gar gebieten (BVerwGE 143, 50 = NVwZ 2012, 1262 Rn. 32).“ (BGH aaO.)

III. Rechtsschutzbedürfnis

„Einem Rechtsuchenden kann **nur unter besonderen Umständen der Zugang zu einer sachlichen Prüfung durch die Gerichte verwehrt** werden. Es besteht grundsätzlich ein öffentlich-rechtlicher Anspruch des Rechtssuchenden darauf, dass die Gerichte sein Anliegen sachlich prüfen und darüber entscheiden (BGH, NJW 1996, 2035 unter I 4 b). Daher folgt auch bei einem Antrag nach den §§ 23 ff. EGGVG das Rechtsschutzbedürfnis in der Regel aus der Antragsbefugnis (vgl. Zöller/Lückemann, ZPO, 31. Aufl., § 24 EGGVG Rn. 2). Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt dagegen gem. allgemeinen Grundsätzen, wenn ein **anderer prozessualer Weg gleich sicher, aber einfacher oder billiger** ist, um das Rechtsschutzziel zu erreichen (vgl. BGHZ 197, 147 = NJW 2013, 2201 Rn. 10; BGH, NJW 1994, 1351 unter I 2 a). Auf einen **verfahrensmäßig unsicheren Weg** darf der Rechtsuchende **nicht verwiesen** werden. Ein schnelleres und billigeres Mittel des Rechtsschutzes lässt das berechtigte Interesse für einen Rechtsbehelf deshalb nur entfallen, sofern es wenigstens vergleichbar sicher oder wirkungsvoll alle erforderlichen Rechtsschutzziele herbeiführen kann (BGH, NJW 1994, 1351 unter I 2 b; BGHZ 197, 147 = NJW 2013, 2201 Rn. 10).

Diese Voraussetzungen sind jedoch hier nicht erfüllt. Das **Rechtsschutzziel** der Ast. ist die **Erteilung eines berechtigten Eingangsstempels**. Dieses Ziel kann **allein im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG** erreicht werden. Daher kann den Ast. ein Rechtsschutzbedürfnis nicht deswegen abgesprochen werden, weil die Richtigkeit des Eingangsstempels auch im zu Grunde liegenden Rechtsstreit gerichtlich überprüft werden könnte. Zwar kann in diesem Verfahren der **durch den Eingangsstempel als öffentliche Urkunde erbrachte Beweis** für den Zeitpunkt des Eingangs gem. § 418 II ZPO durch den Nachweis der Unrichtigkeit des im Eingangsstempel ausgewiesenen Zeitpunkts **entkräftet werden**, indem der Kläger die Rechtzeitigkeit des Eingangs zur vollen Überzeugung des Gerichts beweist (vgl. BGH, NJW 1998, 461 unter II 2 a). Beim **Eingangsdatum der Klageschrift** handelt es sich jedoch im zu Grunde liegenden Rechtsstreit nur um eine **Vorfrage**, aus der das Gericht den Schluss auf das Bestehen oder Nichtbestehen der von der Klagepartei beanspruchten Rechtsfolge zieht; diese **nimmt als bloßes Urteilelement nicht an der Rechtskraft teil** (vgl. BGHZ 123, 137 = NJW 1993, 2684 unter II 1). Das Gericht könnte daher dort weder in rechtskräftiger Weise aussprechen, dass der Eingangsstempel inhaltlich falsch ist, noch die Justizverwaltung zur Erteilung eines zutreffenden Eingangsstempels anweisen, wie dies § 28 II 1 EGGVG vorsieht. Entscheidungen der Oberlandesgerichte im Verfahren nach den §§ 23 ff. EGGVG sind dagegen der materiellen Rechtskraft fähig (BGH, NJW 1994, 1950 unter B I 1 b).“ (BGH aaO.)

Hierbei ist unerheblich, zu welchem weiteren Zweck der berechtigte Eingangsstempel verwendet werden soll.

„Die **§§ 23 ff. EGGVG** sind inhaltlich der Verwaltungsgerichtsordnung nachgebildet und haben die **Aufgabe**, auf bestimmten Rechtsgebieten den **durch Art. 19 IV GG garantierten umfassenden Rechtsschutz** gegen Verwaltungsmaßnahmen zu **gewähren** (BGH, NJW 1994, 1950 unter B I 1 b). Ob der Antragsteller die öffentliche Urkunde, auf deren Erteilung er einen Anspruch hat, auch **tatsächlich benötigen wird**, um rechtlich geschützte Interessen wahrzunehmen, ist **nicht Gegenstand des Verfahrens** nach den §§ 23 ff. EGGVG. **Allenfalls dann**, wenn eine Klage oder ein Antrag **objektiv schlechthin sinnlos** ist, wenn also der Kläger oder Antragsteller unter keinen Umständen mit seinem prozessualen Begehren irgendeinen schutzwürdigen Vorteil erlangen kann, mag es insoweit an einem Rechtsschutzbedürfnis fehlen (BGH, NJW 1996, 2035 unter I 4 b). Das ist hier jedoch nicht der Fall. Das **Eingangsdatum einer Klageschrift** kann für die Entscheidung eines Rechtsstreits unter **Verjährungsgesichtspunkten** gem. § 167 ZPO i.V.m. § 204 I Nr. 1 BGB von Bedeutung sein. Ob es auch in diesem Rechtsstreit nach Ansicht der zuständigen Gerichte darauf ankommen wird, wird dort zu entscheiden sein, ohne das den Ast. deswegen das Rechtsschutzbedürfnis für ihren Antrag auf Berichtigung des Eingangsstempels abzusprechen wäre.“ (BGH aaO.)

(OLG Hamm in FD-StrfR 2016, 375403; Beschluss vom 26.11.2015 – 1 RBs 175/15)

Fall: Das Amtsgericht hat den Betroffenen wegen einer außer Orts begangenen Geschwindigkeitsüberschreitung (nach Abzug von 4 km/h Toleranz) von 59 km/h zu einer Geldbuße von 240 € verurteilt und gegen ihn ein einmonatiges Fahrverbot (unter Gewährung der sog. Viermonatsfrist) verhängt. Der Betroffene ist Geschäftsführer eines Unternehmens und hat nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil die Tat mit einem Firmenfahrzeug begangen.

Gegen das Urteil wendet sich der Betroffene mit der Rechtsbeschwerde, mit der er geltend macht, dass Verfolgungsverjährung eingetreten sei.

„Die Tat ist nicht verjährt. Näherer Erörterung bedarf es insoweit nur, ob eine am 01.12.2014 angeordnete Versendung eines Anhörungsbogens an den Betroffenen die Verjährung nach § 33 I Nr. 1 OWiG unterbrochen hat. **Darauf, ob der Betroffene den Anhörungsbogen erhalten hat, was nach seiner Behauptung nicht der Fall gewesen sein soll, kommt es nicht an.** Maßgeblich ist auch schon die bloße Anordnung der Anhörung, nicht deren erfolgreiche Vollziehung (vgl. BGH NJW 1972, 2006; Gürtler in: Göhler, OWiG, 15. Aufl., § 33 Rn. 6b m.w.N.). Diese Anordnung ist erfolgt. Der Senat hat das Nichtvorliegen des Verfahrenshindernisses der Verjährung freibeweislich aufgeklärt.

Nach § 33 I Nr. 1 OWiG unterbricht bereits die **Anordnung der Vernehmung** oder die **Bekanntgabe, dass gegen den Betroffenen ein Ermittlungsverfahren eingeleitet** worden ist, die Verjährung. Bei der Erstellung und der Absendung der schriftlichen Anhörung handelt es sich jedenfalls um eine Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens an den Betroffenen i.S.v. § 33 I Nr. 1 OWiG (vgl. OLG Hamm NZV 2006, 390, 391 m.w.N.). Als schriftliche Unterbrechungshandlung (vgl. § 33 II OWiG) kommt nicht nur eine unterschriebene Unterbrechungshandlung in Betracht, sondern entscheidend ist, ob der **geäußerte Wille der Unterbrechungshandlung eindeutig festgestellt** werden kann. Für die Wirksamkeit der Anordnung, dem Betroffenen die Einleitung des Ermittlungsverfahrens bekannt zu geben, ist es ausreichend, dass sich für deren **Zeitpunkt und Inhalt konkrete Anhaltspunkte aus den Akten ergeben** (BGH, Beschl. v. 22.05.2006 - 5 StR 578/05).

Hier wurde die schriftliche Anhörung am 01.12.2015 angeordnet und versandt. Dass die Anhörung an den Betroffenen (und nicht etwa an einen Dritten) gerichtet war, ergibt sich daraus, dass zuvor zunächst eine Fahrerermittlung durchgeführt worden war und nach deren Erfolg die Anhörung angeordnet worden ist. Als einziger Betroffener erscheint im Statusblatt aber der Beschwerdeführer.

Nach allgemeiner Meinung muss sich die **Unterbrechungshandlung gegen eine bestimmte Person** richten. Demgemäß ist die Übersendung eines Anhörungsbogens als Bekanntgabe im Sinn von § 33 I Nr. 1 OWiG nur ausreichend, wenn daraus **für den Adressaten unmissverständlich hervorgeht, dass die Ermittlungen gegen ihn** als Betroffenen geführt werden. Ihm muss deutlich werden, dass ihm die festgestellte Verkehrsordnungswidrigkeit als Betroffener vorbehaltlos zur Last gelegt wird. Handlungen, die demgegenüber nur das Ziel haben, den noch unbekanntem Tatverdächtigen zu ermitteln, erfüllen diese Voraussetzungen nicht (OLG Hamm NZV 2006, 390, 391 m.w.N.). Da allein der Beschwerdeführer als Betroffener im Verfahren vor der Verwaltungsbehörde erscheint und vor der Erstellung der Anhörung der Betroffenenwechsel (vom Halter auf einen konkreten Betroffenen) stattgefunden hat, bleibt nur die Folgerung, dass der nach Ermittlung des Betroffenen versandte Anhörungsbogen auch an ihn versandt worden ist (bzw. die Anhörung angeordnet wurde), so dass dadurch deutlich wurde, dass ihm die festgestellte Verkehrsordnungswidrigkeit vorbehaltlos zur Last gelegt wurde.

Grundsätzlich unterbricht **jede im Katalog des § 33 I 1 OWiG aufgeführte Handlung** die Verjährung. Es kommt nicht darauf an, ob die Handlung zur Förderung des Verfahrens objektiv geeignet und bestimmt war. Bloße Scheinmaßnahmen oder Maßnahmen denen ein schwerwiegender Fehler anhaftet reichen indes nicht (Gürtler in: Göhler, OWiG, 15. Aufl., § 33 Rn. 3 m.w.N.; König NZV 2005, 492). **Scheinmaßnahmen sind Maßnahmen, die in Wahrheit gar nicht durchgeführt werden soll bzw. deren sofortige Aufhebung beabsichtigt ist** (Gürtler aaO.; König aaO.). Darum geht es hier ersichtlich nicht. Auch haftet der Anordnung der Übersendung des Anhörungsbogens **kein schwerwiegender Fehler** an. [wird ausgeführt]“ (OLG Hamm aaO.)

(LG Braunschweig in FD-StrafR 2016, 375399; Beschluss vom 04.08.2015 – 13 Qs 147/15)

Fall: Der Beschwerdeführer und Nebenkläger (N) ist der in Trennung lebende Ehemann der Angeklagten (A). Er hat Strafanzeige gegen A wegen falscher Verdächtigung, übler Nachrede, Verleumdung und falscher Versicherung an Eides statt. Das AG hat gegen A einen Strafbefehl wegen falscher Verdächtigung des N erlassen. Dagegen hat A Einspruch eingelegt, weshalb das AG einen Termin zur Hauptverhandlung bestimmt hat. N hat seinen Anschluss erklärt und beantragt, die Nebenklage zuzulassen. Das AG hat die Zulassung abgelehnt. Auf die Beschwerde des N hin hat das LG den Beschluss des AG aufgehoben und die Zulassung der Nebenklage beschlossen. In der Hauptverhandlung hat A nach dem Ende der Beweisaufnahme den Einspruch gegen den Strafbefehl zurückgenommen. N bat um Entscheidung hinsichtlich der Kosten der Nebenklage. Das AG hat diese Entscheidung jedoch unterlassen, da es die Auffassung vertreten hat, dies sei durch die Rücknahme des Einspruchs erledigt. Zudem würden aus Billigkeitsgesichtspunkten die Kosten der Nebenklage A ohnehin nicht aufzuerlegen sein. N hat dagegen Beschwerde eingelegt und beantragt, A die Kosten der Nebenklage aufzuerlegen.

I. Zulässigkeit der Beschwerde

Gegen die Entscheidung über die Kosten und die notwendigen Auslagen ist gemäß § 464 I, III 1 HS 1 StPO sofortige Beschwerde zulässig. Das durch den Nebenkläger eingelegte Rechtsmittel ist zulässig, insbesondere statthaft, § 300 StPO.

„Wird der Einspruch gegen einen Strafbefehl zurückgenommen, ist nach § 472 I StPO eine **ausdrückliche Entscheidung über die notwendigen Auslagen der Nebenklage erforderlich** (Aufgabe LG Zweibrücken 1964-12-28, Qs 213/64, Rpfleger 1965, 317; Anschluss LG Rottweil, 1988-03-04, Qs 16/88, NSZ 1988, 523).

Da diese Entscheidung ausdrücklich zu erfolgen hat und hier unterblieben ist, kann dies vom Nebenkläger mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden (vgl. Meyer-Gofner, StPO, 58. Aufl., § 472 Rn. 10a; LG Nürnberg-Fürth, NSZ-RR 2005, NSTZ-RR Jahr 2005 Seite 159). Die Anfechtbarkeit bestimmt sich insoweit nach der **Hauptentscheidung, die ohne Rücknahme hätte ergehen müssen** (vgl. Hilger in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 464 Rn. 58). Ohne Einspruchsrücknahme wäre durch Urteil zu entscheiden und für den Nebenkläger die sofortige Beschwerde gegen die in dem Urteil enthaltene Auslagenentscheidung

statthaft gewesen. Genauso ist deshalb dem Nebenkläger auch gegen die unterbliebene Auslagenentscheidung nach Einspruchsrücknahme die sofortige Beschwerde eröffnet.“ (LG Braunschweig aaO.)

II. Begründetheit der Beschwerde

„Nach § 472 StPO hat das Gericht eine **Ermessensentscheidung** darüber zu treffen, **durch** wen die **notwendigen Auslagen des Nebenklägers zu tragen sind**. Grundsätzlich sind die dem Nebenkläger erwachsenen notwendigen Auslagen dem Angeklagten aufzuerlegen, wenn er **wegen einer Tat verurteilt wird, die den Nebenkläger betrifft** (§ 472 I 1 StPO). Hiervon kann nach Satz 2 der Bestimmung ganz oder teilweise abgesehen werden, soweit es unbillig wäre, den Angeklagten damit zu belasten.

Zu erwägen war, hier von der Auferlegung der Kosten abzusehen, da nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme beide Parteien an der Situation einen erheblichen Anteil hatten.

Zwar ist in einem solchen Fall grundsätzlich eine Teilung der Kosten zwischen den Beteiligten denkbar (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 58. Aufl., § 472 Rn. 9), doch erscheint es hier angesichts der Tatsache, dass die die Tat bestreitende Angeklagte ihren **Einspruch gegen den Strafbefehl** nach dem für sie ungünstigen Ergebnis der Beweisaufnahme **zurückgenommen** hat, billig, ihr die Kosten und notwendigen Auslagen der Nebenklage hier aufzuerlegen.“ (LG Braunschweig aaO.)

StPO
§ 349 II, IV

Aussetzung der Hauptverhandlung Nicht ordnungsgemäß mitgeteilte Anklageschrift (BGH in FD-StrafR 2016, 376861; Urteil vom 23.12.2015 – 2 StR 457/14)

StrafVerfR

Fall: Gegen eine strafrechtliche Verurteilung erhebt der Angeklagte F Revision mit der Rüge, die Strafkammer habe gegen Art. 6 III Buchst. a) MRK und den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßen, weil sie der deutschen Sprache nicht mächtigen Angeklagten erst am 7. Hauptverhandlungstag eine schriftliche Übersetzung der Anklageschrift überlassen und einen Antrag auf Aussetzung des Verfahrens zurückgewiesen habe.

Die Verfahrensrüge ist begründet. Die Entscheidung der Strafkammer, den Antrag auf Aussetzung zurückzuweisen und die Hauptverhandlung unmittelbar fortzusetzen, ist rechtsfehlerhaft und verstößt gegen Art. 6 III Buchst. a) MRK sowie den Grundsatz des fairen Verfahrens.

I. Fehlerhafte Mitteilung der Anklageschrift

„Ein Angeklagter kann auf die das Strafverfahren abschließende Entscheidung nur dann hinreichend Einfluss nehmen, wenn ihm der **Verfahrensgegenstand in vollem Umfang bekannt** ist. Dies setzt auch die Kenntnis der Anklageschrift voraus. Deshalb hat ein Angeklagter nach Art. 6 III Buchst. a) MRK das Recht, **innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihm verständlichen Sprache in allen Einzelheiten** über Art und Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden. Dieses Recht beinhaltet für den der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtigen Beschuldigten grundsätzlich die Übersendung einer Übersetzung der Anklageschrift in einer für ihn verständlichen Sprache; dies hat in aller Regel schon vor der Hauptverhandlung zu geschehen (vgl. BGH, Beschluss vom 10.07.2014 - 3 StR 262/14, BGHR MRK Art. 6 III Buchst. a) Unterrichtung 1).

Die Überlassung der übersetzten Anklageschrift an die Angeklagte F. **am siebten Verhandlungstag** war deshalb **zu spät**. Die mündliche Übersetzung allein des Anklagesatzes in der Hauptverhandlung genügt nur in Ausnahmefällen, namentlich dann, wenn - wie hier gerade nicht - der Verfahrensgegenstand tatsächlich und rechtlich einfach zu überschauen ist (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., Art. 6 MRK Rn. 18 m.w.N.). **Der Umstand, dass die Angeklagte eine Verteidigerin hat, führt** - auch unter Berücksichtigung des § 187 II 5 GVG - **zu keiner abweichenden rechtlichen Bewertung** (vgl. BGH, Beschluss vom 10.07.2014 - 3 StR 262/14, BGHR MRK Art. 6 III Buchst. a) Unterrichtung 1).“ (BGH aaO.)

II. Fehlerfolgen

„Ein Angeklagter, dem die **Anklageschrift nicht ordnungsgemäß mitgeteilt** wurde, kann grundsätzlich die **Aussetzung der Hauptverhandlung verlangen**, um seine Verteidigung genügend vorbereiten zu können (vgl. BGH, Beschluss vom 14.09.1977 - 3 StR 278/77, bei Holtz MDR 1978, 111 f.; OLG Celle, StV 1998, 531, 532; Stuckenberg, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 201 Rn. 46; Schneider, in: KK-StPO, 7. Aufl., § 201 Rn. 11; Meyer-Goßner/Schmitt, aaO., § 201 Rn. 10, jeweils m.w.N.). Dem Tatrichter steht bei der Entscheidung über einen solchen Aussetzungsantrag entsprechend § 265 IV StPO ein **Ermessensspielraum** zu (vgl. Stuckenberg, in: Löwe/Rosenberg, aaO., § 265 Rn. 109). Ob dieser Ermessensspielraum wegen der Funktion der (übersetzten) Anklageschrift für die Vorbereitung einer sachgerechten Verteidigung auf Null reduziert ist und dem Gericht ein Ermessen deshalb nur im Rahmen der Entscheidung darüber zusteht, wie lange es den Zeitraum bemisst, den es dem Angeklagten für die Vorbereitung der (Fortsetzung der) Hauptverhandlung zur Verfügung stellt (vgl. OLG Celle, StV 1998, 531, 532; Rübenthal, StraFo 2005, 30, 32), oder ob (bereits) eine angemessene Unterbrechung der Hauptverhandlung genügt (vgl. auch Stuckenberg, in: Löwe/Rosenberg, aaO., § 265 Rn. 112; Kuckein, in: KK-StPO, aaO., § 265 Rn. 30; Meyer-Goßner/Schmitt, aaO., § 265 Rn. 39), kann der Senat hier offenlassen. Denn dem Beschluss vom 18.03.2013, mit dem die Strafkammer den Aussetzungsantrag zurückgewiesen hat, ist schon nicht zu entnehmen, dass sich das Landgericht **überhaupt seines Ermessens bewusst** gewesen ist.

Der Senat kann nicht ausschließen, dass das **Urteil**, das nach Überlassung der schriftlichen Übersetzung der Anklageschrift nach sieben weiteren Hauptverhandlungstagen ergangen ist, **auf einem etwaigen Informationsdefizit beruht**, zumal sich die Angeklagte in Unkenntnis der schriftlichen Übersetzung der Anklage bereits am siebten Hauptverhandlungstag **zu den Tatvorwürfen eingelassen** hat (vgl. - insoweit anders gelagert - BGH, Beschluss vom 10.07.2014 - 3 StR 262/14, BGHR MRK Art. 6 III Buchst. a) Unterrichtung 1).“ (BGH aaO.)

(OVG Münster in NVwZ-RR 2016, 210; Beschluss vom 01.12.2015 – 13 A 1266/14.A)

1. Eine Rechtsmittelbelehrung muss **nicht mit einer entsprechenden Überschrift versehen und optisch vom Beschlusstenor abgesetzt** werden.
2. Sie muss dabei allerdings ihre Hinweis- und Belehrungsfunktion erfüllen. Sie darf etwa **nicht in einer vielseitigen Begründung versteckt** werden.
3. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss eine Rechtsmittelbelehrung **nicht über einen gesetzlichen Vertretungszwang belehren**, um die Rechtsmittelfrist in Lauf zu setzen. Ein solches Erfordernis ist § 58 I VwGO nicht zu entnehmen.
4. Die Belehrung darf allerdings auch nicht dahingehend **irreführend** sein, dass eine anwaltliche Vertretung nicht erforderlich sei.
5. Es muss auch kein Hinweis darauf erfolgen, dass die Übermittlung auch im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs fristwährend erfolgen kann. **§ 58 I VwGO** erfordert nach seinem eindeutigen Wortlaut **keine Belehrung über die für den Rechtsbehelf bzw. seine Begründung geltenden Formvorschriften**.

Fall: Der Kläger ist eritreischer Staatsangehöriger und beantragte im April 2013 seine Anerkennung als Asylberechtigter. Durch Bescheid vom 05.02.2014 stellte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (im Folgenden: Bundesamt) fest, dass der Asylantrag unzulässig ist und ordnete die Abschiebung des Klägers nach Italien an, das für die Behandlung des Asylantrags zuständig sei. Die dagegen erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht Aachen durch Urteil vom 06.06.2014 abgewiesen. Auf den Antrag des Klägers hat der Senat durch Beschluss vom 18.08.2015 die Berufung zugelassen. Am Ende des insgesamt zweiseitigen Beschlusses heißt es:

Die Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Beschlusses zu begründen. Die Begründung ist bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, einzureichen. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 80 AsylVfG).

Ist die Rechtsmittelbelehrung ordnungsgemäß erfolgt?

I. Fehlen einer Überschrift über der Rechtsmittelbelehrung

*„Die Rechtsmittelbelehrung ist nicht deshalb unzulänglich, weil sie **nicht mit einer entsprechenden Überschrift versehen und optisch vom Beschlusstenor abgesetzt** worden ist. Dies ist rechtlich nicht erforderlich. § 117 II Nr. 6 VwGO, wonach das Urteil die Rechtsmittelbelehrung enthält, gilt für Urteile und findet für in ihrer Bedeutung vergleichbare Beschlüsse zwar in seinem Kern, nicht hingegen in allen Einzelheiten Anwendung. So lässt sich § 117 VwGO etwa für urteilsvertretende Beschlüsse nicht entnehmen, dass Tatbestand und Entscheidungsgründe voneinander abgesetzt werden müssen. Nichts anderes gilt für die **Rechtsmittelbelehrung**. Diese **kann auch Bestandteil der Beschlussgründe** sein, muss dabei allerdings ihre Hinweis- und Belehrungsfunktion erfüllen. Sie darf etwa **nicht in einer vielseitigen Begründung versteckt** werden, sondern sollte nach den sachlichen Erwägungen zur Begründung des Beschlusses an dessen Ende gerückt werden. Vgl. BVerwG, Beschluss vom 24.10.2012 - 1 B 23.12 -, juris, Rn. 4, m.w.N.“ (OVG Münster aaO.)*

Diesen Anforderungen genügt die Belehrung, die am Ende des einschließlich Rubrums nur zwei Seiten langen Tenorbeschlusses abgedruckt ist.

II. Fehlen eines Hinweises auf den Vertretungszwang

*„Ferner ist die Rechtsmittelbelehrung in dem Zulassungsbeschluss auch nicht deshalb unrichtig i.S.d. § 58 II 1 VwGO, weil sie keinen Hinweis auf den Vertretungszwang gemäß § 67 IV VwGO enthält. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss eine Rechtsmittelbelehrung **nicht über einen gesetzlichen Vertretungszwang belehren**, um die Rechtsmittelfrist in Lauf zu setzen. Ein solches Erfordernis ist § 58 I VwGO nicht zu entnehmen (vgl. BVerwG, Urteil vom 15.04.1977 - 4 C 3.74 - BVerwGE 52, 226 = juris, Rn. 23, sowie Beschlüsse vom 07.10.2009 - 9 B 83.09 - NVwZ-RR 2010, 36 = juris, Rn. 2, und vom 24.10.2012 - 1 B 23.12 -, juris, Rn. 5.).*

*Die Rechtsmittelbelehrung im Zulassungsbeschluss ist hinsichtlich des Vertretungserfordernisses auch **nicht irreführend**. Eine Belehrung, die die in § 58 I VwGO zwingend geforderten Angaben enthält, ist gleichwohl fehlerhaft, wenn ihr ein **unrichtiger oder irreführender Zusatz beigefügt** ist, der geeignet ist, beim Betroffenen einen Irrtum über die formellen und/oder materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf einzulegen bzw. rechtzeitig einzulegen (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.12.1978 - 6 C 77.78 -, BVerwGE 57, 188 = juris, Rn. 23, m.w.N., sowie Beschluss vom 27.08.1997 - 1 B 145.97 -, NVwZ 1997, 1211 = juris, Rn. 7.)*

Die Belehrung enthält keine weiteren Zusätze, die darauf schließen lassen könnten, die Berufung könne auch ohne anwaltliche Vertretung begründet werden.“ (OVG Münster aaO.)

III. Fehlen eines Hinweises auf den elektronischen Rechtsverkehr

*„Entgegen der Auffassung des Klägers musste der Zulassungsbeschluss ferner nicht darauf hinweisen, dass die Begründung auch im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs fristwährend erfolgen kann. **§ 58 I VwGO** erfordert nach seinem eindeutigen Wortlaut **keine Belehrung über die für den Rechtsbehelf bzw. seine Begründung geltenden Formvorschriften**, sondern lediglich über die Frist. Deren Erwähnung steht auch der Annahme entgegen, die Belehrung über den Rechtsbehelf schließe eine Belehrung über geltende Formerfordernisse ein (vgl. BVerwG, Urteil vom 27.02.1976 - IV C 74.74 -, BVerwGE 50, 248 (252) = juris, Rn. 18 ff.; Czybulka/Kluckert, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Auflage 2014, § 58 Rn. 61; a.A. Kopp/Schenke, VwGO, 21. Auflage 2015, § 58 Rn. 10.)*

Die Rechtsmittelbelehrung im Zulassungsbeschluss ist ferner nicht geeignet, hinsichtlich der Form des Rechtsbehelfs einen Irrtum hervorzurufen, welcher die Rechtsmitteleinlegung erschweren könnte. Sie enthält keine - überobligatorischen - Angaben zur

Form und ist deshalb weder unvollständig noch irreführend, was die Möglichkeit der Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs angeht. Nur wenn aber **über den Mindestinhalt hinaus auf Formerfordernisse hingewiesen wird** - etwa: der Rechtsbehelf könne schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten erhoben werden -, hält die Rechtsprechung teilweise die **unterlassene Erwähnung der elektronischen Übermittlung für irreführend und geeignet, die Rechtsmittel einlegung zu erschweren** (vgl. OVG Rh.-Pf., Urteil vom 08.03.2012 - 1 A 11258/11 -, juris, Rn. 26 ff.; OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 02.02.2011 - 2 N 10.10 -, juris, Rn. 3; OVG S.-A., Urteile vom 24.11.2010 - 4 L 115/09 -, juris, Rn. 37, und vom 12.11.2013 - 1 L 15/13 -, juris, Rn., 27; a.A. OVG Bremen, Urteil vom 08.08.2012 - 2 A 53/12.A -, NVwZ-RR 2012, 950 = juris, Rn. 17 ff., sowie Beschluss vom 25.08.2015 - 2 LB 283/14 -, juris, Rn. 31ff.; BFH, Urteile vom 20.11.2013 - X R 2/12 -, BFHE 243, 158 = juris, Rn. 15 ff., und vom 18.03.2014 - VIII R 33/12 -, BFHE 146, 1 = juris, Rn. 13; BSG, Urteil vom 14.03.2013 - B 13 R 19/12 R -, juris, Rn. 17 ff.).“ (OVG Münster aaO.)

VwGO
§ 47 II

**Rechtsschutzbedürfnis für einen Normenkontrollantrag
Änderung eines planungsrelevanten Abwägungspostens**

VerwaltProzR

(BVerwG in NVwZ-RR 2016, 86; Beschluss vom 29.09.2015 – 4 BN 125/15)

Ob für einen Normenkontrollantrag ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, richtet sich nach den jeweiligen Interessen im Einzelfall. Es kann ausreichend sein, dass die Unwirksamkeit eines Bebauungsplans das Gewicht eines Abwägungspostens bei einer bereits absehbaren Planung verändert, die im engen konzeptionellen Zusammenhang mit dem angegriffenen Plan steht.

Fall: Die Bet. stritten über die Wirksamkeit eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans für ein Fachmarktzentrum, der Sondergebiete für Einzelhandelsbetriebe und deren jeweils max. Verkaufsfläche festsetzt. Die Festsetzungen sind durch bestandskräftig genehmigte und verwirklichte Vorhaben bereits ausgenutzt. Nach der Begründung des Plans beabsichtigte die Ag., Lebensmitteleinzelhandel auf einem zwar in der Nähe, aber außerhalb des Plangebiets liegenden Grundstück auszuschließen, um Anforderungen der Raumordnung an die zulässige Verkaufsfläche in ihrem Gemeindegebiet Rechnung zu tragen. Der Ast. ist Miteigentümer dieses benachbarten Grundstücks, das derzeit für einen Lebensmittelmarkt genutzt wird. Der VGH hat den Bebauungsplan wegen Fehlern in der Abwägung für unwirksam erklärt. Der Ast. sei antragsbefugt, weil zwischen dem Plan und dem geplanten Einzelhandelsausschluss ein enger konzeptioneller Zusammenhang i.S.d. Senatsurteils (BVerwGE 140, 41 = NVwZ 2012, 185) bestehe. Ihm, dem Ast., stehe auch ein Rechtsschutzbedürfnis zur Seite. Denn bei Unwirksamkeit des Bebauungsplans komme der Konzeption, Lebensmitteleinzelhandel im Bereich des Fachmarktzentrums zu konzentrieren, in der Abwägung über den Bebauungsplan für das Grundstück des Ast. geringeres Gewicht zu. Reicht dies aus, um ein Rechtsschutzbedürfnis zu begründen?

„Bei bestehender Antragsbefugnis ist regelmäßig auch das erforderliche Rechtsschutzinteresse gegeben. Das Erfordernis eines Rechtsschutzbedürfnisses soll nur verhindern, dass Gerichte in eine **Normprüfung** eintreten, **deren Ergebnis für den Ast. wertlos ist**, weil es seine Rechtsstellung nicht verbessern kann (BVerwG, BRS 73 Nr. 51 = BeckRS 2008, 36599 Rn. 5). Es ist aber **nicht erforderlich**, dass die begehrte Erklärung einer Norm als unwirksam **unmittelbar zum eigentlichen Rechtsschutzziel** führt (BVerwG, NVwZ 2002, 1126 = NJW 2002, 3346 Ls. = Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 156, S. 87 und NVwZ 2015, 1540 Rn. 15). Ist ein Bebauungsplan durch eine genehmigte oder genehmigungsfreie Maßnahme vollständig verwirklicht, so wird der Ast. allerdings i.d.R. seine Rechtsstellung durch einen erfolgreichen Angriff auf den Bebauungsplan nicht mehr aktuell verbessern können (BVerwGE 78, 85 [92] = NJW 1988, 839 = NVwZ 1988, 348 Ls.). Ungeachtet dessen richtet es sich nach den jeweiligen Interessen im Einzelfall, ob das Rechtsschutzbedürfnis fehlt (BVerwG, NVwZ 1989, 653 = NJW 1990, 531 Ls. = Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 37), die beantragte Rechtsverfolgung also nutzlos ist (BVerwGE 140, 41 = NVwZ 2012, 185 Rn. 33).

Die Konzeption der Ag., Lebensmitteleinzelhandel in dem Bereich des Fachmarktzentrums zu konzentrieren und in unmittelbarer Nachbarschaft auszuschließen, ist bei der Entscheidung über einen Ausschluss von Lebensmitteleinzelhandel auf dem Grundstück des Ast. abzuwägen (vgl. zu Zentrenkonzepten nach § 1 VI Nr. 11 BauGB BVerwGE 133, 98 = NVwZ 2009, 1103 Rn. 24 ff. und BVerwGE 146, 137 = NVwZ 2013, 1157 Rn. 11; ebenso UA S. 16 f.). Welches Gewicht ein solches Konzept hat, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab, etwa davon, mit welcher Häufigkeit und in welchem Umfang es bereits durchbrochen worden ist (BVerwGE 133, 98 = NVwZ 2009, 1103 Rn. 28). Wie der VGH zutreffend angenommen hat, ist sein **Gewicht aber auch davon abhängig**, ob es **durch einen Bebauungsplan planerisch für die Zukunft** und damit auch bei Änderungen des tatsächlichen Bestandes **gesichert** ist oder ihm lediglich ein **baurechtlich unanfechtbar genehmigter Bestand** entspricht. Dieses unterschiedliche Gewicht als Abwägungsposten reicht aus, um bei bestehender Antragsbefugnis auch das Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen. Denn es genügt, wenn bei Unwirksamkeit einer Planung die Gemeinde möglicherweise einen Bebauungsplan mit günstigeren Festsetzungen aufstellen wird (vgl. BVerwG, NVwZ 2002, 1126 = NJW 2002, 3346 Ls. = Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 156, S. 88).“ (BVerwG aaO.)

GG
Art. 140

**Rechtsweg zu staatlichen Gerichten
Geltend machen von kirchenrechtlichen Ansprüchen**

VerfProzR

(BVerwG in NVwZ 2016, 453; Urteil vom 25.11.2015 – 6 C 21/14)

1. Auf Grund der **Rechtsschutzgarantie** des Grundgesetzes können kirchenrechtliche Ansprüche im Klageverfahren vor staatlichen Gerichten geltend gemacht werden, wenn dies **erforderlich ist, um sie zwangsweise durchsetzen zu können**.
2. Die staatlichen Gerichte dürfen kirchenrechtliche Ansprüche nur anerkennen, wenn die **staatliche Rechtsordnung nicht entgegensteht**.
3. Die **grundgesetzlich geschützte Organisationsgewalt** der Religionsgesellschaften umfasst die Einrichtung unabhängiger Kirchengerichte, die Festlegung ihrer Entscheidungszuständigkeiten und den Erlass einer Verfahrensordnung.
4. Die von den Kirchengerichten zuerkannten und festgesetzten Ansprüche auf Erstattung der Kosten eines kirchengerichtlichen Verfahrens sind von staatlichen Gerichten anzuerkennen, wenn sie **nicht auf einer Verletzung der fundamentalen Verfassungsprinzipien des Art. 79 III GG**, des **Willkürverbots** oder elementarer Verfahrensgarantien beruhen.

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

ZPO
§ 104 I 2Verzinsung des Kostenerstattungsanspruchs
Beginn der Verzinsung bei Klagerücknahme

KostenR

(BGH in Rpfleger 2016, 171; Beschluss vom 22.09.2015 – X ZB 2/15)

1. Wird eine zugunsten des Bekl. **ergangene Kostengrundentscheidung** aufgrund einer Klagerücknahme wirkungslos, so ist der Anspruch auf Kostenerstattung gemäß § 104 I 2 ZPO dennoch vom **Zeitpunkt des Eingangs** eines auf der Grundlage der 1. Entscheidung eingereichten Kostenfestsetzungsantrags an zu verzinsen, soweit gemäß § 269 IV ZPO eine inhaltsgleiche Kostenentscheidung zugunsten des Bekl. ergangen ist.
2. Wird eine **Kostengrundentscheidung aufgehoben oder zu Ungunsten des Gläubigers abgeändert**, zu einem späteren Zeitpunkt aber wiederhergestellt, so ist eine Verzinsung des Anspruchs auf Kostenerstattung gemäß § 104 I 2 ZPO frühestens **von dem Zeitpunkt an** möglich, in dem die **wiederherstellende Entscheidung** verkündet worden ist.

Fall Die Parteien streiten über den Beginn der Verzinsungspflicht gemäß § 104 I 2 ZPO. Das LG hat die Klage abgewiesen und der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Die Beklagte am 07.05.2007 einen Kostenfestsetzungsantrag gestellt. Das Landgericht hat die Bearbeitung dieses Antrags zurückgestellt. Auf die von der Klägerin eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht die Beklagte antragsgemäß verurteilt und ihr die Kosten beider Instanzen auferlegt. Vor der Entscheidung über die von der Beklagten eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde hat die Klägerin mit Zustimmung der Beklagten die Klage zurückgenommen. Der Senat hat mit Beschluss vom 18.03.2014 antragsgemäß festgestellt, dass die bereits ergangenen Urteile wirkungslos sind, und der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Mit einem am 25.06.2014 beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz hat die Beklagte erneut Kostenfestsetzung beantragt. Hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten hat sie Verzinsung ab dem 07.05.2007 begehrt. Das Landgericht hat die Kosten im Wesentlichen antragsgemäß festgesetzt. Zinsen hat es der Beklagten jedoch nur für den Zeitraum ab 25.06.2014 zugesprochen. Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Rechtsbeschwerde verfolgt die Beklagte ihr Zinsbegehren für den Zeitraum vom 07.05.2007 bis 24.06.2014 weiter. Die Klägerin tritt dem Rechtsmittel entgegen.

I. Grundsätzlicher Beginn der Verzinsung bei Kostengrundentscheidung

„Nach § 104 I 2 ZPO sind dem Gläubiger in einem Kostenfestsetzungsbeschluss auf Antrag Zinsen auf die festgesetzten Kosten zuzusprechen. Der **Verzinsungszeitraum beginnt** grundsätzlich mit dem **Eingang des Festsetzungsantrags**. Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass der **Anspruch auf Erstattung der Prozesskosten** gemäß § 103 I ZPO **nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels** geltend gemacht werden kann. Erforderlich ist dafür eine **Kostengrundentscheidung**, die zumindest vorläufig vollstreckbar ist (BGH, MDR 1976, 475; NJW 2013, 2975 Rn. 10). **Zinsen** stehen dem Gläubiger deshalb **frühestens von dem Zeitpunkt an** zu, in dem eine **solche Entscheidung** vorliegt (BFHE 114, 326, juris Rn. 9; OLG Koblenz, MDR 2012, 51; KG, NJW 1967, 1569, 1570; OVG Münster, NJW 2013, 554). Dieser Zeitpunkt wird **durch § 104 I 2 ZPO nicht vorverlegt**. Die darin aufgestellte Regel, dass die Verzinsung mit dem Eingang des Kostenfestsetzungsantrags beginnt, gilt vielmehr nur für den Fall, dass der **Festsetzungsantrag nach Erlass einer vollstreckbaren Kostengrundentscheidung** gestellt wird. Für die hiervon abweichende Konstellation des § 105 III ZPO belässt es § 104 I 2 ZPO hingegen dabei, dass die Verzinsung erst mit der Verkündung der Kostengrundentscheidung beginnt. Entsprechendes gilt auch in allen sonstigen Fällen, in denen die Kosten aufgrund eines Antrags festgesetzt werden, der eingereicht wurde, bevor eine vollstreckbare Kostengrundentscheidung vorlag.“ (BGH aaO.)

II. Relevanz der Ersetzung der Kostengrundentscheidung durch Kostenbeschluss nach Klagerücknahme

„Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts verliert eine vollstreckbare Kostenentscheidung zugunsten des Beklagten ihre Eignung als Grundlage für den Anspruch auf Kostenerstattung und damit für eine Verzinsung nicht dadurch, dass sie durch einen inhaltlich gleichlautenden Beschluss gemäß § 269 IV 1 und III 2 ZPO ersetzt wird.

Ein Anspruch auf Kostenerstattung kann allerdings nicht mehr geltend gemacht werden, soweit die zugrundeliegende **Kostengrundentscheidung aufgehoben oder zu Ungunsten des Gläubigers abgeändert** wird. Wird die **Kostengrundentscheidung** nur teilweise aufgehoben oder **abgeändert**, bildet sie aber weiterhin eine geeignete **Grundlage für die Verzinsung** hinsichtlich derjenigen Kosten, die sowohl nach der ursprünglichen als auch nach der geänderten Entscheidung zu erstatten sind (BGH, Beschluss vom 20.12.2005 – X ZB 7/05, NJW 2006, 1140 Rn. 3 ff.).

Im Falle einer Klagerücknahme stehen dem Beklagten, der auf der Grundlage einer zu seinen Gunsten ergangenen vollstreckbaren Kostengrundentscheidung bereits einen Kostenfestsetzungsantrag gestellt hat, deshalb **weiterhin Zinsen vom Zeitpunkt des Eingangs dieses Antrags an** zu, soweit zu seinen Gunsten eine Kostenentscheidung nach § 269 IV 1 und III 2 ZPO ergeht. Wenn der Kläger nach § 269 III 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, ist seine Stellung nicht anders, als wenn die Klage schon in erster Instanz mit der Kostenfolge des § 91 I ZPO abgewiesen worden wäre. Die Kostenentscheidung nach § 269 IV ZPO ist mithin deckungsgleich mit einer Kostenentscheidung zugunsten des Beklagten in einem die Klage abweisenden Urteil.“ (BGH aaO.)

III. Aufhebung der Kostengrundentscheidung im Berufungsurteil

„Eine **vollstreckbare Kostengrundentscheidung** kann nur dann eine geeignete Grundlage für eine Verzinsung bilden, wenn die mit ihr eröffnete Möglichkeit zur Durchsetzung des Kostenerstattungsanspruchs **ununterbrochen fortbesteht**. Mit dem **Wegfall einer vollstreckbaren Kostengrundentscheidung** verliert der Kostengläubiger nach § 103 I ZPO die Möglichkeit, seinen Erstattungsanspruch durchzusetzen. Damit **entfällt** auch der **Verzinsungsanspruch**. Diese Rechtsfolge tritt nicht nur für den Zeitraum ab dem Wegfall ein. Sie erfasst vielmehr auch den Zeitraum ab Entstehung der ursprünglich gegebenen Vollstreckungsmöglichkeit.

Im Streitfall scheidet eine Verzinsung ab dem Eingang des ersten Kostenfestsetzungsantrags mithin aus, weil die mit der erstinstanzlichen Kostengrundentscheidung **entstandene Durchsetzungsmöglichkeit** aufgrund des Berufungsurteils F war. Eine Durchsetzungsmöglichkeit für die Beklagte ist erst wieder durch den Beschluss gemäß § 269 IV 1 und III 2 ZPO entstanden. Eine Verzinsung kommt folglich frühestens von diesem Zeitpunkt an in Betracht.“ (BGH aaO.)

Wird nach Widerspruch gegen einen Mahnbescheid ein Teil des Anspruchs anerkannt, so dass ein Anerkenntnis-Teilurteil im schriftlichen Verfahren nach § 307 S. 2 ZPO ergehen kann, und später (unabhängig vom Teilanerkenntnis) die Rücknahme des Widerspruchs erklärt, bestimmt sich die **Terminsgebühr nur nach dem Wert des anerkannten Teils**.

„Das LG hat bei der Kostenfestsetzung zu Recht eine zugunsten des Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandene 1,2-Terminsgebühr nach einem Gegenstandswert von (lediglich) 5.221,40 € als erstattungsfähig erachtet. Dabei ist es richtiger Weise davon ausgegangen, dass es im hier vorliegenden Fall eines **Anerkenntnis-Teilurteils mit späterer (unabhängig vom Teilanerkenntnis erklärter) Rücknahme** des vom Beklagten eingelegten Widerspruchs gegen den dem streitigen Verfahren zugrundeliegenden Mahnbescheid (**lediglich**) auf die **Höhe der anerkannten Forderung** ankommt und nicht darüber hinaus auch auf den im Übrigen bis zur Rücknahme des Widerspruchs streitigen Anspruch.

Eine **Terminsgebühr** entsteht gem. Nr. 3104 I Nr. 1 RVG-VV, wenn in einem Verfahren, in dem die mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, gem. § 307 S. 2 ZPO ein **Anerkenntnisurteil im schriftlichen Verfahren** ergeht. Diese Voraussetzungen sind vorliegend allein bezogen auf den anerkannten Teil der Klagforderung erfüllt. Im Hinblick auf den durch die spätere Rücknahme des Widerspruchs im Übrigen beendeten Teil des Rechtsstreits fehlt es an diesen Voraussetzungen. Dies beruht auf der **Unabhängigkeit der vorliegend abgegebenen Prozessklärungen** voneinander. Die Sachlage entspricht wertungsmäßig der für eine Vergleichsgebühr nach VV Nr. 3104 I Nr. 1 Alt. 3 maßgeblichen Situation, in der der Kläger die Klage teilweise zurücknimmt und der Beklagte im Übrigen anerkennt. Für diese Lage ist das Entstehen der Gebühr nach VV Nr. 3104 I Nr. 1 Alt. 3 nur dann anerkannt, wenn es sich um zwei voneinander abhängige Willenserklärungen handelt und nicht – so wie hier – nur um zwei selbständig voneinander unabhängig bestehende einseitige Erklärungen (Gerold/Schmidt – Müller-Rabe, RVG, VV 3104 Rn. 66; vgl. BGH MDR 2002, 1395.“ (OLG Hamburg aaO.)

1. Eine **formfreie Gebührenvereinbarung** für eine außergerichtliche Beratung liegt nur vor, wenn sich den Abreden der Parteien entnehmen lässt, **dass oder in welchem Umfang** die vereinbarte Vergütung **ausschließlich Leistungen nach § 34 RVG** umfasst.
2. Eine Vergütungsvereinbarung ist **von anderen Vereinbarungen** mit Ausnahme der Auftragserteilung **abgesetzt**, wenn der Vertrag die Vergütungsvereinbarung in einem **gesonderten und entsprechend gekennzeichneten Abschnitt oder Paragraphen** regelt. Deutlich ist dieses Absetzen, wenn die Vergütungsvereinbarung **optisch eindeutig** von den anderen im Vertragstext enthaltenen Bestimmungen **abgegrenzt** ist.

Fall: Die Klägerin, eine Rechtsanwaltssozietät, und die Beklagte schlossen am 16.11.2012 eine als "Beratungsvertrag" bezeichnete Vereinbarung. Der Text besteht aus einer Präambel und sieben Paragraphen mit gleicher Schrifttype, gleichen Zeilenabständen und einheitlicher drucktechnischer Gestaltung. Der Text besteht aus einer Präambel und sieben Paragraphen mit gleicher Schrifttype, gleichen Zeilenabständen und einheitlicher Gestaltung. Die Paragraphenüberschriften sind fettgedruckt. Die Vereinbarung bestimmt in § 1 den Vertragsgegenstand und regelt in § 4 die anwaltliche Vergütung. Der BGH hatte u.a. die Frage zu klären, ob die Vergütungsvereinbarung der Formvorschrift des § 3a I 2 RVG entsprochen hat.

Die **Vergütungsvereinbarung** muss nach § 3a I 1, 2 RVG von anderen Vereinbarungen mit Ausnahme der Auftragserteilung **deutlich abgesetzt** werden und darf **nicht in der Vollmacht enthalten** sein.

„Ein Rechtsanwalt kann aufgrund einer **formfrei geschlossenen Vergütungsvereinbarung** - unabhängig von ihrer Bezeichnung (§ 133 BGB, § 3a I 2) - für anwaltliche Tätigkeiten eine **höhere als die gesetzliche Vergütung** nur verlangen, soweit der Gegenstand des Auftrags die in § 34 I RVG genannte Beratung ist und diese nicht mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit zusammenhängt oder es sich um die Ausarbeitung schriftlicher Gutachten oder die Tätigkeit als Mediator handelt. Erstreckt sich der Auftrag, für den die Vergütungsvereinbarung getroffen wird, auch auf anwaltliche Tätigkeiten, für die andere gesetzliche Gebührentatbestände gelten, kann der Anwalt eine höhere als die gesetzliche Vergütung aus der Vergütungsvereinbarung nur fordern, wenn sie die Anforderungen des § 3a I 1, 2 RVG einhält (§ 4b RVG).“ (BGH aaO.)

I. Begrenzung der Vereinbarung auf Beratung

„Die Parteien haben eine **Individualvereinbarung** geschlossen. Die vom Berufungsgericht getroffene Auslegung, dass die Klägerin sich darin auch zu Tätigkeiten verpflichtete, die nach Nummer 2300 VV RVG zu vergüten waren, ist nach dem Wortlaut der Vereinbarung möglich. Sie verletzt weder das Gebot der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung und der Berücksichtigung des durch die Parteien beabsichtigten Zwecks des Vertrages (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 17.03.2011 - I ZR 93/09, WRP 2011, 1302 Rn. 18) noch lässt sie wesentlichen Auslegungssstoff außer Acht.“ (BGH aaO.)

Es müssen folglich die formalen Anforderungen des § 3a I 1, 2 RVG eingehalten sein.

II. Einhaltung der formalen Vorgaben

„Im Ergebnis mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die von den Parteien getroffene Vergütungsvereinbarung **nicht den formalen Anforderungen** des § 3a I 2 RVG entspricht, weil sie sich innerhalb des einheitlichen Vertragstextes befindet und nicht deutlich von anderen Vereinbarungen mit Ausnahme der Auftragserteilung abgesetzt ist.

Um [der] Schutz- und Warnfunktion gerecht zu werden, genügt es für ein "Absetzen" von anderen Vereinbarungen mit Ausnahme der Auftragserteilung, wenn der Vertrag die Vergütungsvereinbarung **in einem gesonderten und entsprechend gekennzeichneten Abschnitt oder Paragraphen** regelt. "Deutlich" ist dieses Absetzen, wenn die Vergütungsvereinbarung **optisch eindeutig** von den anderen im Vertragstext enthaltenen Bestimmungen - mit Ausnahme der Auftragserteilung - abgegrenzt ist. Dies ist

objektiv zu beurteilen. Mehr ist im Hinblick auf die vom Kostenmodernisierungsgesetz vom 05.05.2004 (BGBl. I S. 718) **grundsätzlich erstrebte Lockerung der Formvorschriften** gegenüber der Vorgängervorschrift des § 3 BRAGO (vgl. BT-Drucks. 15/1971, S. 188) nicht erforderlich. Dies lässt sich durch eine **klare räumliche Trennung**, aber auch auf andere Art und Weise erreichen. Das Gesetz schreibt keine bestimmte Gestaltung vor (Ahlmann in Riedel/Sußbauer, RVG, 10. Aufl. § 3a Rn. 16). Entscheidend ist, dass die Art der gewählten Gestaltung das gesetzgeberische Ziel erreicht: Der Mandant muss bereits **bei einem einfachen Blick auf die Gesamtheit der im Vertrag getroffenen Vereinbarungen** unschwer erkennen können, dass sie eine Abrede enthalten, die dem Rechtsanwalt einen Vergütungsanspruch auf vertraglicher Grundlage verschafft, der möglicherweise von den gesetzlichen Vergütungen abweicht. Diesen Anforderungen wird die Gestaltung im Vertrag vom 16.11.2012 nicht gerecht. Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, **fügt sich** die in § 4 des Vertrags enthaltene und lediglich mit "Vergütung" überschriebene **Abrede in den übrigen Vertragstext unauffällig ein**; dass der Vertrag eine Vergütungsvereinbarung enthält, die von den gesetzlichen Regeln abweicht, wird dem Auftraggeber **nicht hinreichend deutlich vor Augen** geführt, weil sich die Klausel zwischen anderen Regelungen befindet und in ihrer Gestaltung in keiner Weise von den übrigen Regelungen unterscheidet oder abhebt. Der **gesamte Vertragstext** einschließlich der Vergütungsvereinbarung ist **einheitlich gestaltet**. Zwar sind die Überschriften der einzelnen Paragraphen und ihre Nummerierung jeweils durch Fettdruck und Zentrierung hervorgehoben; dies gilt jedoch für sämtliche Regelungen des Vertrags. Auch wenn der Vergütungsvereinbarung mit § 4 des Vertrags ein gesonderter Paragraph gewidmet ist, ist dieses Absetzen im Streitfall nicht als hinreichend deutlich im Sinne des § 3a I 2 RVG anzusehen, weil der **gesamte Vertragstext einschließlich der Vergütungsvereinbarung äußerlich einheitlich gestaltet** ist und die Vergütungsvereinbarung hierin gleichförmig eingebettet ist." (BGH aaO.)

Die Vereinbarung ist daher unwirksam.

RVG VV
Nr. 3104

Verbindung zur gemeinsamen Verhandlung Gesonderte Terminsgebühr

GebührenR

(VGH Kassel in DÖV 2016, 268; Beschluss vom 04.11.2015 – 5 E 604/15)

§ 93 VwGO ermöglicht nur eine **Verbindung mehrerer Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung**, die auf eine gemeinsame Entscheidung gerichtet ist. Eine Verbindung nur zur gemeinsamen Verhandlung bedeutet in kostenrechtlicher Sicht deshalb eine gemeinsame Terminierung. Werden **mehrere Verfahren nur zur gemeinsamen Verhandlung** verbunden, fällt in jedem Verfahren eine **gesonderte Terminsgebühr** berechnet nach dem Gegenstandswert des Verfahrens an.

Fall: Dem Erinnerungsverfahren liegt ein Rechtsstreit zugrunde, in dem sich die Klägerin und Erinnerungsführerin - eine Großschlachtereier für Schafe - gegen die Heranziehung zu Fleischuntersuchungsgebühren wandte, soweit diese die gemeinschaftsrechtlichen Mindestgebühren überschritten. Die Klage hatte vor dem Verwaltungsgericht Erfolg. Mit Beschluss vom 17.10.2014 hatte das Verwaltungsgericht das vorliegende Verfahren mit einer großen Zahl weiterer gleichgelagerter Klageverfahren der Klägerin gegen Gebührenbescheide für andere Zeiträume „zu gemeinsamer Verhandlung nach § 93 S. 1 VwGO verbunden“. In der mündlichen Verhandlung am 26.11.2014 wurden sämtliche Verfahren ausweislich der Niederschrift gemeinsam verhandelt, wobei von den Beteiligten in allen Verfahren gesonderte Anträge gestellt wurden. Das Verwaltungsgericht hat in allen Verfahren gesonderte Streitwerte festgesetzt.

In dem auf Antrag der Erinnerungsführerin erlassenen Kostenfestsetzungsbeschluss errechnete der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle die Terminsgebühr einmalig aus der Summe der Einzelstreitwerte aller in dem Termin verhandelten Verfahren und verteilte sie entsprechend dem Anteil des jeweiligen Einzelstreitwerts auf die einzelnen Verfahren. Die dagegen gerichtete Erinnerung hat das Verwaltungsgericht als unbegründet unter Hinweis auf die vor der mündlichen Verhandlung beschlossene Verbindung der Verfahren zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Erinnerungsführerin.

„Die Frage, ob die **Terminsgebühr nach Nr. 3104** der Anlage 1 zu § 2 II RVG in den Fällen, in denen das erkennende Gericht mehrere Verfahren nur „zur gemeinsamen Verhandlung“, nicht aber auch zur gemeinsamen Entscheidung verbunden hat, nur einmal nach dem jeweiligen Anteil eines aus den Gegenstandswerten aller gemeinsam verhandelten Verfahren zusammengesetzten Gesamtgegenstandswert oder für jedes der gemeinsam verhandelten Verfahren nach dessen Gegenstandswert anfällt, wird **in Rechtsprechung und Kommentarliteratur unterschiedlich beantwortet**.

[Dem] Verbindungsbeschluss zur gemeinsamen Verhandlung kommt allerdings nicht die vom Verwaltungsgericht angenommene rechtliche Wirkung zu. Nach **§ 93 S. 1 VwGO** kann das Gericht durch Beschluss mehrere bei ihm anhängige Verfahren über den gleichen Gegenstand zu **gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbinden** und wieder trennen. Häufig wird dabei dieses „und“ in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht im Sinne des Wortlauts verstanden und als ein „und/oder“ gelesen (vgl. etwa die Nachweise bei: OVG Niedersachsen, Beschluss vom 20.01.2010, aaO.). Der Senat geht allerdings davon aus, dass das Wort „und“ **in dieser Bestimmung im Wortsinn zu verstehen** ist und nicht etwa als „und/oder“, so dass eine Verbindung mehrerer Verfahren, die von vornherein nur auf eine gemeinsame Verhandlung gerichtet ist, nicht die verfahrensrechtlichen Folgen des § 93 Satz 1 VwGO entwickelt. Eine Verbindung nach § 93 S. 1 VwGO bewirkt nämlich, **dass aus mehreren selbstständigen Verfahren ein einziges einheitliches Verfahren gebildet** wird - objektive oder subjektive Klagehäufung -, so dass in der Folge eine einheitliche Entscheidung mit einem einheitlichen Kostenauspruch ergeht und ein einheitlicher Streitwert festgesetzt wird, aus dem sich dann auch die nach der Verbindung entstandenen Gerichts- und Anwaltsgebühren errechnen (vgl. Bayerischer VGH, Beschluss vom 17.04.2007, aaO.; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 20.01.2010, aaO.). Zu der zwar nicht identisch, aber vergleichbar formulierten zivilprozessualen Vorschrift des § 147 ZPO hat der Bundesgerichtshof bereits im Jahr 1956 entschieden, dass die Frage, ob ein Beschluss über eine Verbindung mehrerer Verfahren zum Zwecke der „gemeinsamen Verhandlung“ zu einer echten Prozessverbindung im Sinne dieser Vorschrift mit der Wirkung führen soll, dass auch eine gemeinschaftliche Entscheidung zu erlassen ist, oder ob es sich nur um eine „zur tatsächlichen Vereinfachung dienliche vorübergehende Maßnahme“ handeln soll - d. h. eine gleichzeitige Terminierung -, durch Auslegung zu klären ist (BGH, Urteil vom 30.10.1956 - I ZR 82/55 -, NJW 1957, 183). Diese Auffassung hält der Senat auch für die Verbindung nach § 93 S. 1 VwGO für richtig. Legt man diese Auffassung zugrunde, ergibt sich bei Auslegung des Verbindungsbeschlusses des Verwaltungsgerichts, dass - trotz Zitierung des § 93 S. 1 VwGO - keine Verbindung zu gemeinsamer Verhandlung im Hinblick auf eine gemeinsame Entscheidung beabsichtigt war, sondern eine „**Verbindung“ zur gleichzeitigen Terminierung aus Praktikabilitätsgründen**, um etwa den Sachverhalt nicht mehrfach vorzutragen und die Problematik nicht mehrfach zu erörtern. Dafür spricht auch, dass das Verwaltungsgericht in allen einzelnen Verfahren die Anträge aus der jeweiligen Klageschrift hat stellen lassen und in allen Verfahren es bei der Festsetzung einzelner Streitwerte belassen hat. Daraus folgt, dass nicht ein einheitliches Verfahren, sondern mehrere - darunter das vorliegende - Verfahren gleichzeitig verhandelt worden sind. Somit ist auch in jedem dieser Verfahren eine gesonderte Terminsgebühr berechnet nach dem festgesetzten Streitwert angefallen.“ (VGH Kassel aaO.)

Aus der Praxis

BGB
§ 675

Rechtsausführungen im Zivilprozess Umfang anwaltlicher Pflichten

BerufsR

(BGH in MDR 2016, 392; Urteil vom 10.12.2015 – IX ZR 272/14)

1. Die Verpflichtung des Rechtsanwalts, die zugunsten seiner Partei sprechenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte **so umfassend wie möglich** darzustellen, erfährt durch Grundsatz „*iura novit curia*“ keine Einschränkung.
2. Wird eine Klage auf **mehrere selbständige Vertragsverletzungen** (hier: fehlerhafter Transport sowie unzureichende Versicherung verschiffter Güter) gestützt, hat der Rechtsanwalt **zu den jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen substantiiert** vorzutragen.

„Es ist **Aufgabe des Rechtsanwalts**, der einen Anspruch seines Mandanten klageweise geltend machen soll, die zugunsten seiner Partei sprechenden **tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte so umfassend wie möglich darzustellen**, damit sie das Gericht bei seiner Entscheidung berücksichtigen kann (BGH, MDR 2013, 1097).

Zwar weist die Zivilprozessordnung die Entscheidung und damit die rechtliche Beurteilung des Streitfalls dem **Gericht** zu; dieses **trägt für sein Urteil die volle Verantwortung**. Es widerspräche jedoch der rechtlichen und tatsächlichen Stellung der Prozessbevollmächtigten in den Tatsacheninstanzen, würde man ihre **Aufgabe allein in der Beibringung des Tatsachenmaterials** sehen. Der Möglichkeit zu nutzen. Mit Rücksicht auf das **auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen** und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums ist es Pflicht des Rechtsanwalts, nach Kräften dem **Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken**. Dies entspricht auch dem in § 1 III BORA zum Ausdruck gekommenen Selbstverständnis der Anwaltschaft (BGH, MDR 2009, 473).

Im Zivilprozess obliegt die **Beibringung des Tatsachenstoffs** in erster Linie der Partei. Der für sie tätige Anwalt ist über den Sachenvortrag hinaus verpflichtet, den Versuch zu unternehmen, das **Gericht davon zu überzeugen, dass und warum seine Rechtsauffassung richtig** ist (BGH, NJW-RR 1990, 1241 f.; NJW 1994, 1211 [1213]). Daher muss der Rechtsanwalt alles – einschließlich Rechtsausführungen – vorbringen, was die Entscheidung günstig beeinflussen kann (BGH, NJW 1974, 1865 f.). Kann die Klage auf verschiedene rechtliche Gesichtspunkte gestützt werden, ist der Sachvortrag so zu gestalten, dass **alle in Betracht kommenden Gründe** im Rahmen der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten **konkret dargelegt** werden (BGH, NJW 2002, 1413). Hat der Anwalt eine ihm übertragene Aufgabe nicht sachgerecht erledigt und auf diese Weise zusätzliche tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hervorgerufen, sind die dadurch ausgelösten Wirkungen ihm grundsätzlich zuzurechnen. Folglich **haftet er für die Folgen eines gerichtlichen Fehlers**, sofern dieser auf Problemen beruht, die der Anwalt durch eine Pflichtverletzung erst geschaffen hat oder bei vertragsgemäßem Arbeiten hätte vermeiden müssen (BGH, NJW 1998, 2048 [2050]; MDR 2008, 320). Etwaige Versäumnisse des Gerichts schließen die Mitverantwortung des Rechtsanwalts für eigenes Versehen grundsätzlich nicht aus. **Der Verpflichtung, „das Rechtsdickicht zu lichten“, ist der Rechtsanwalt folglich nicht wegen der dem Gericht obliegenden Rechtsprüfung („iura novit curia“) enthoben** (Vill in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 4. Aufl., § 2 Rn. 54).“ (BGH aaO.)

ZPO
§ 233

Wiedereinsetzung wegen Fristversäumnis Wiederholte Fehler des Büropersonals

ZivilVerfR

(BGH in NJW-RR 2016, 312; Beschluss vom 13.01.2016 – XII ZB 653/14)

Sind einer **Rechtsanwaltsfachangestellten** in der Vergangenheit bei der Fertigung oder Versendung fristgebundener **Schriftsätze Fehler** unterlaufen, so muss der Rechtsanwalt **durch organisatorische Maßnahmen** sicherstellen, dass sich solche nicht wiederholen.

„Das OLG hat ausgeführt, den Verfahrensbevollmächtigten treffe ein Organisationsverschulden, dass die Ast. sich zurechnen lassen müsse. Die Mitarbeiterin S, welche statt des unterschriebenen Schriftsatzes die für die Ast. vorgesehene Abschrift gefaxt habe, sei vom Verfahrensbevollmächtigten der Ast. **nicht hinreichend überwacht und kontrolliert** worden. Entgegen der Darstellung der Ast. sei diese **keine stets zuverlässige Kraft** und habe daher besonders intensiver Überwachung und Kontrolle bedurft. Der Mitarbeiterin sei bereits im Jahr 2013 in einem früheren Verfahren zum Versorgungsausgleich ein Fehler unterlaufen, worauf die Ast. seinerzeit ein Wiedereinsetzungsgesuch gestützt habe. Die Mitarbeiterin habe damals einen Antrag auf Fristverlängerung an das falsche Gericht adressiert und den Fehler selbst auf eine entsprechende Anweisung nicht korrigiert. Diese Unachtsamkeit habe dem Rechtsanwalt Veranlassung geben müssen, die **Mitarbeiterin besonders zu überwachen und immer wieder stichprobenweise zu kontrollieren**, ob Weisungen befolgt werden. Gerade dies könne dem Vorbringen der Ast. aber nicht entnommen werden. Damit sei eine unverschuldete Fristversäumnis nicht hinreichend glaubhaft gemacht worden. Das hält sich im Rahmen der Rechtsprechung des BGH.

Zwar stellt die **Versendung der Rechtsmittelbegründung per Telefax** eine **einfache Bürotätigkeit** dar, mit der jedenfalls eine voll ausgebildete und erfahrene Rechtsanwaltsfachangestellte beauftragt werden darf. Dies gilt indessen mit der Einschränkung, dass es sich um eine **zuverlässige Kraft** handeln muss und keine Umstände vorliegen dürfen, die eine besondere Kontrolle durch den Rechtsanwalt erfordern (vgl. BGH, NJW-RR 2014, 634 Rn. 9 m.w.N.; Senat, FamRZ 2015, 1878 =BeckRS 2015, 14067 Rn. 18 und NJW-RR 2013, 1393 Rn. 10).

Die von der Rechtsbeschwerde dagegen erhobenen Rügen vermögen das Ergebnis nicht in Frage zu stellen. Dass **bei dem früheren Vorfall in Wirklichkeit keine Frist versäumt** worden und nur der Verfahrensbevollmächtigte davon irrtümlich ausgegangen war, ändert nichts daran, dass die **Angestellte sich** bei der Adressierung und Versendung des damaligen – als fristgebunden angesehenen – Schriftsatzes **als unzuverlässig erwiesen** hat. Dass **regelmäßig** die allgemeine Anweisung des Rechtsanwalts ausreicht, sämtliche ausgehenden Schriftsätze auf das Vorhandensein der Unterschrift und bei Übermittlung per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, gibt lediglich den für zuverlässige Büroangestellte geltenden Grundsatz wieder. Demgegenüber ist das OLG im vorliegenden Fall in nicht zu beanstandender Weise von dem **Sonderfall** ausgegangen, dass sich eine Büroangestellte als unzuverlässig erwiesen hatte und demzufolge **trotz ihrer Berufserfahrung zunächst besondere Kontrollen veranlasst** waren.

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde handelt es sich bei dem der Angestellten früher unterlaufenen Fehler auch **nicht um einen einmaligen Fehler in einem anders gelagerten Fall**. Vielmehr betreffen beide Fehler die **allgemeine Sorgfalt** im Zusammenhang mit der Anfertigung und Absendung – tatsächlich oder auch nur vermeintlich – fristwahrender Schriftsätze (vgl. BGH, NJW 2012, 3516 Rn. 12 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

StPO
§ 138a I

**Bestellung als Pflichtverteidiger
Besonderes Vertrauensverhältnis**

StrafVerfR

(OLG Stuttgart in StV 2016, 142; Beschluss vom 24.06.2015 – 4 Ws 222/15)

Fall: Dem der Vergewaltigung und der Körperverletzung beschuldigte A wurde anlässlich der Vorführung vor die Haftrichterin Rechtsanwalt P als Pflichtverteidiger beigeordnet. Rechtsanwältin W hat später mitgeteilt, A habe sie mit der Verteidigung beauftragt und eine Vollmacht zur Akte gereicht. Sie werde das Mandat als Wahlmandat führen und hat gebeten, P zu entlassen. Das LG hat daraufhin die Bestellung von P aufgehoben. Das LG hat A wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Monaten verurteilt. Hiergegen hat A Revision eingelegt und W beantragt, für die Revisionsinstanz als Pflichtverteidigerin bestellt zu werden. Für diesen Fall lege sie das Wahlmandat nieder, da die finanziellen Möglichkeiten von A erschöpft seien. Das LG hat darauf W und P mitgeteilt, dass es erwäge, die aufgehobene Bestellung von P zu reaktivieren. P hat darauf geantwortet, er sei bereit, das Mandat wieder zu übernehmen. W hat erwidert, A habe kein Vertrauen zu P. Für den Fall der Bestellung von P sei sie weiterhin als Wahlverteidigerin tätig, so dass P unverzüglich wieder zu entpflichten wäre. Mit der angefochtenen Verfügung hat es das LG abgelehnt, W als Pflichtverteidigerin zu bestellen. Gleichzeitig hat sich das LG gehindert gesehen, P erneut zum Pflichtverteidiger zu bestellen, da W für diesen Fall angekündigt habe, ihr Wahlmandat aufrecht zu erhalten, sodass die Bestellung wieder aufzuheben wäre.

„Es handelt sich um **einen Fall notwendiger Verteidigung** nach § 140 I Nr. 1 StPO. Dem Angeklagten wäre somit ein Pflichtverteidiger zu bestellen gewesen, was zunächst auch geschehen ist. Die Pflichtverteidigerbestellung wäre für das gesamte Verfahren wirksam gewesen. Der Grund für die Entpflichtung des (ersten) Pflichtverteidigers lag ausschließlich im Tätigwerden der Wahlverteidigerin. Aus der Tatsache, dass ein Angeklagter **zunächst eine Wahlverteidigerin** hat, die berechtigt ist, das Mandat jederzeit niederzulegen, darf einem Angeklagten **kein Nachteil erwachsen**. Er darf dadurch nicht schlechter gestellt sein als ein Angeklagter, für den ein Pflichtverteidiger bestellt ist, der noch während des gesamten Laufes der Revisionsbegründungsfrist für den Angeklagten tätig werden kann (vgl. OLG Hamburg, NJW 1966, 2323). Daraus folgt, dass einem Angeklagten ein **anderer Verteidiger bestellt** werden muss, wenn der **bisherige Wahl- oder Pflichtverteidiger wegfällt** und die Voraussetzungen des § 140 I oder II vorliegen. Da die bisherige Wahlverteidigerin - zuletzt im Beschwerdeschriftsatz - zum Ausdruck gebracht hat, dass sie das Wahlverteidigermandat für den Fall ihrer Beordnung niederlege, bestand somit Veranlassung, dem Angeklagten einen Pflichtverteidiger beizuordnen.

Zwar ist auch der Senat der Ansicht, dass **regelmäßig der frühere Pflichtverteidiger wieder zu bestellen** sein wird, wenn dieser zunächst als bestellter Verteidiger allein deshalb gemäß § 143 StPO entpflichtet worden war, weil ein anderer Rechtsanwalt sich als Wahlverteidiger gemeldet hatte (vgl. BGH, BGHR StPO § 143 Rücknahme 4). Ein Rechtsanwalt kann seine **Bestellung als Pflichtverteidiger nicht dadurch erreichen**, dass er zunächst durch die **Übernahme eines Wahlmandats** die Entpflichtung des bisherigen Pflichtverteidigers gemäß § 143 StPO bewirkt und dann - verbunden mit dem Antrag, ihn als Pflichtverteidiger zu bestellen - sein **Wahlmandat niederlegt**. Die Beordnung des Wahlverteidigers als Pflichtverteidiger kommt in aller Regel nicht in Betracht, wenn er zuvor einen Kollegen aus seiner Stellung als Pflichtverteidiger verdrängt hat. Anderenfalls könnten die Grundsätze über die Rücknahme einer Pflichtverteidigerbestellung und deren Grenzen allzu leicht unterlaufen werden. Dabei kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob der Wahlverteidiger, der die Entpflichtung eines Pflichtverteidigers erwirkt, seinen Beordnungsantrag in unmittelbarem Zusammenhang mit der Entpflichtung oder mit zeitlicher Verzögerung stellt (OLG Köln, Beschluss vom 24.09.2012 - 2 Ws 678/12 - juris m.w.N.).

Der **Anspruch auf ein faires Verfahren** gebietet unter den **besonderen Umständen des Einzelfalls**, von diesem regelmäßigen Vorgehen abzuweichen. Nicht immer schon dann, wenn tatbestandlich von einem „Verdrängen“ des bisherigen Pflichtverteidigers gesprochen werden kann, darf die Bestellung des vom Beschuldigten gewünschten (neuen) Anwalt des Vertrauens unterbleiben (Sächs-VerfGH, StraFo 2004, 54). Einem Beschuldigten ist grundsätzlich der **Anwalt seines Vertrauens beizuordnen**, wenn dem nicht wichtige Gründe entgegenstehen. Vorschläge des Beschuldigten sind möglichst zu berücksichtigen. Mangelndes Vertrauen gibt regelmäßig Veranlassung, von der Bestellung abzusehen; das fehlende Vertrauen muss der Beschuldigte lediglich schlüssig darlegen, nicht aber beweisen.

Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen ist **hier ausnahmsweise von obigem Grundsatz abzusehen** und doch die Wahlverteidigerin und nicht der frühere Pflichtverteidiger beizuordnen. Die Vorkommnisse anlässlich der vom Rechtsanwalt ... eingelegten Beschwerde gegen seine Entpflichtung, ohne vom Angeklagten beauftragt gewesen zu sein, führen wenn nicht zu einer Zerrüttung so doch zumindest zu einer **nachvollziehbar erheblichen Belastung des Vertrauensverhältnisses**. Rechtsanwältin ... hat die gesamte Hauptverhandlung miterlebt. Daher ist die Überlegung des Angeklagten, sie als **besonders geeignet für eine ordnungsgemäße, unverzögerte weitere Bearbeitung des Revisionsverfahrens** zu halten, weil sie gerade das, was Gegenstand der Revisionsangriffe, insbesondere im Hinblick auf Verfahrensrügen, sein könnte, unmittelbar selbst miterlebt hat, naheliegend und plausibel. Für eine Konstellation, dass **mit bewusst falschem Vortrag zur Sicherung der Wahlverteidigervergütung** o.ä. eine Entpflichtung des ersten Pflichtverteidigers gleichsam „erschlichen“ worden wäre, finden sich hier **keine hinreichend sicheren Anhaltspunkte**, zumal die Wahlverteidigerin ihre Beordnung erst für das Revisionsverfahren beantragt hat und zuvor tatsächlich unter den Bedingungen einer Wahlverteidigerin tätig geworden ist. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass nach gefestigter Rechtsprechung **ohnehin geringere Anforderungen an die Auswechslung eines Pflichtverteidigers** gestellt werden, wenn dies **zwischen den Instanzen** geschehen soll.“ (OLG Stuttgart aaO.)

ZPO
§ 233

**Fristenkontrolle
Organisation der Prüfung von Faxe-Sendeberichten**

ZivilProzR

(BGH in DB 2016, 953; Beschluss vom 23.02.2016 – II ZB 9/15)

Besteht die allgemeine Kanzleianweisung, nach der **Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu prüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt** ist, und die Frist im Fristenkalender erst anschließend zu streichen, muss das Sendeprotokoll bei der allabendlichen Erledigungskontrolle nicht - erneut - inhaltlich überprüft werden.

Fall: Der Beklagte zu 1 begehrt Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist. Er wollte gegen das ihm am 05.03.2015 zugestellte Urteil am Gründonnerstag, dem 02.04.2015, Berufung einlegen. Die zweite Seite des Schriftsatzes, auf dem sich die Unterschrift des Prozessbevollmächtigten des Beklagten zu 1 und die Erklärung, dass Berufung eingelegt werden soll, befanden, wurde durch das Telefaxgerät nicht übertragen. Am 08.04.2015, einen Tag nach Ablauf der Berufungsfrist, ging der Originalschriftsatz vollständig beim Berufungsgericht ein. Mit seinem Antrag auf Wiedereinsetzung hat der Beklagte zu 1 im Wesentlichen geltend gemacht: Bei der Faxübertragung am 02.04.2015 sei die zweite Seite des Schriftsatzes nicht eingezogen worden. Die Organisationsanweisung in der Kanzlei seines Prozessbevollmächtigten sehe für fristgebundene Rechtsmittel vor, dass bei einer Übertragung per Telefax anhand des Sendeberichts kontrolliert werde, ob die Empfängernummer richtig sei, alle Seiten des Schriftstücks übertragen worden seien und ein OK-Vermerk vorhanden sei. Die Bürovorsteherin H. habe verabsäumt, die Seitenzahl der übertragenen Seiten zu kontrollieren. Frau H. sei ausgebildete Rechtsfachwirtin, die neben der Mitarbeiterin L. seit vielen Jahren beanstandungslos den Fax- und Postversand fristgebundener Schriftstücke abwickle.

Der Beklagte zu 1 hat zwar die Berufungsfrist versäumt. Ihm war jedoch antragsgemäß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil er ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist für die Berufungseinlegung gehindert war (§ 233 ZPO).

I. Anforderungen an Versendung fristgebundener Schriftsätze und Fristenkontrolle

„Den Beklagten zu 1 trifft kein Verschulden an der Versäumung der Berufungsfrist. Die Fristversäumung beruht **nicht auf einem Organisationsverschulden des Prozessbevollmächtigten** des Beklagten zu 1, sondern auf einem dem Beklagten zu 1 nicht zurechenbaren Verschulden der Büroangestellten seines Prozessbevollmächtigten bei der Versendung des Berufungsschriftsatzes per Telefax. Die Versendung eines fristgebundenen Schriftsatzes per Telefax stellt eine **einfache Bürotätigkeit** dar, mit der jedenfalls eine voll ausgebildete und erfahrene Rechtsanwaltsfachangestellte beauftragt werden darf (BGH, Beschluss vom 13.01.2016 - XII ZB 653/14, [...] Rn. 9). Bei der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax kommt der Rechtsanwalt seiner Verpflichtung zu einer wirksamen Ausgangskontrolle - soweit hier von Bedeutung dann nach, wenn er seinen **Büroangestellten die Weisung erteilt, sich einen Sendebericht ausdrucken zu lassen, auf dieser Grundlage die Vollständigkeit der Übermittlung zu prüfen und die Notfrist erst nach Kontrolle des Sendeberichts zu löschen** (BGH, MDR 2014, 1286 Rn. 7; NJW-RR 2013, 1008 Rn. 6; MDR 2010, 1416 Rn. 11). Der Beklagte zu 1 hat glaubhaft gemacht, dass **diese Anforderung im Büro seines Prozessbevollmächtigten beachtet wird.**“ (BGH aaO.)

II. Ordnungsgemäße Kompetenzabgrenzung

„Auf die vom Berufungsgericht vermisste Glaubhaftmachung einer **ordnungsgemäßen Kompetenzabgrenzung** bei der Fristenkontrolle kommt es schon deshalb nicht an, weil sich bei der Versäumung der Berufungsfrist keine Gefahr verwirklicht hat, der durch diese Sorgfaltsanforderung vorgebeugt werden soll.

Zwar ist es richtig, dass für die Ausräumung eines Organisationsverschuldens des Rechtsanwalts **eindeutig feststehen muss, welche Bürokraft zu einem bestimmten Zeitpunkt jeweils ausschließlich für die Fristenkontrolle**, das heißt die Fristennotierung im Kalender und die Fristenüberwachung, zuständig ist (BGH WM 2015, 782 Rn. 10; NJW 2011, 385 Rn. 9). Denn bei einer Überschneidung von Kompetenzen werden Fehlerquellen eröffnet, weil die Gefahr besteht, dass sich im Einzelfall einer auf den anderen verlässt (BGH, NJW 2007, 1453 Rn. 12). Diese **Gefahr hat sich vorliegend nicht verwirklicht. Ursächlich** für die Versäumung der Berufungsfrist war **allein eine Nachlässigkeit** bei der Ausgangskontrolle des Übersendungsprotokolls und die hierauf beruhende fehlerhafte Streichung der Frist im Fristenkalender durch eine von zwei zuständigen Bürokräften.

Unabhängig davon liegt bereits kein Organisationsverschulden vor. Die Zuständigkeit für die Fristnotierung im Kalender und die Fristüberwachung darf innerhalb eines Arbeitstages wechseln. Zu fordern ist nur, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt eindeutig feststeht, welche Fachkraft jeweils ausschließlich für die Fristenkontrolle zuständig ist (BGH, NJW 2007, 1453 Rn. 13). Einen solchen **zulässigen Zuständigkeitswechsel** hat der Beklagte zu 1 glaubhaft gemacht. Die beiden Büroangestellten seines Prozessbevollmächtigten haben eidesstattlich versichert, dass beide für die Fristüberwachung zuständig und angehalten seien, Fristen erst zu streichen, nachdem sie das Sendeprotokoll kontrolliert haben. Am 02.04.2015 habe die Bürovorsteherin H. die Büroangestellte L. am Nachmittag bei der Faxübermittlung abgelöst. Die nach der Ablösung ausschließlich zuständige Bürovorsteherin H. habe dann das Sendeprotokoll - unzureichend - kontrolliert und die Berufungsfrist gestrichen.“ (BGH aaO.)

III. Keine inhaltliche Überprüfung der Sendeberichte bei allabendlicher Ausgangskontrolle

„Die von einem Rechtsanwalt im Rahmen der Fristenkontrolle geforderte allabendliche Ausgangskontrolle umfasst entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht die erneute inhaltliche Überprüfung des Sendeprotokolls.

Zu einer **wirksamen Ausgangskontrolle** gehört die Anordnung des Rechtsanwalts, dass die Erledigung von fristgebundenen Sachen am **Abend eines jeden Arbeitstages** durch eine dazu beauftragte Bürokraft anhand des Fristenkalenders **nochmals selbständig überprüft** wird. Diese Überprüfung dient auch dazu, festzustellen, ob möglicherweise in einer bereits als erledigt vermerkten Fristsache die fristwahrende Handlung noch aussteht. Deshalb ist dabei, gegebenenfalls anhand der Akten, auch zu prüfen, ob die im Fristenkalender als erledigt gekennzeichneten Schriftsätze tatsächlich abgesandt worden sind (BGH, Beschluss vom 15.12.2015 - VI ZB 15/15, [...] Rn. 8; Beschluss vom 26.02.2015 - III ZB 55/14, WM 2015, 782 Rn. 17 f.).

Dies bedeutet aber nicht, dass das **Übersendungsprotokoll abends erneut inhaltlich zur prüfen** ist, wenn wie vorliegend die allgemeine Anweisung besteht, nach der Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax anhand des Sendeprotokolls zu prüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist, und die Frist im Fristenkalender erst anschließend zu streichen. Nur **dann, wenn diese allgemeine Kanzleianweisung fehlt**, kann nicht von einer insoweit bereits durchgeführten wirksamen Ausgangskontrolle durch die Büroangestellten ausgegangen werden und nur dann muss die Prüfung der Erledigung der fristgebundenen Sachen am Abend auch eine inhaltliche Prüfung des Sendeprotokolls umfassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26.04.2012 - V ZB 45/11, [...] Rn. 13).“ (BGH aaO.)

Steuerrecht

ESTG

§ 15 I 1 Nr. 2

Mitunternehmerstellung Freiberuflerpraxis

SteuerR

(BFH in BB 2016, 868; Urteil vom 03.11.2015 – VIII R 63/13)

Erhält ein (Schein-)Gesellschafter eine von der Gewinnsituation abhängige, nur nach dem eigenen Umsatz bemessene Vergütung und ist er zudem von einer Teilhabe an den stillen Reserven der Gesellschaft ausgeschlossen, kann wegen des danach nur **eingeschränkt bestehenden Mitunternehmerrisikos** eine Mitunternehmerstellung nur bejaht werden, wenn eine **besonders ausgeprägte Mitunternehmerinitiative** vorliegt. Hieran fehlt es jedoch, wenn zwar eine gemeinsame Geschäftsführungsbefugnis besteht, von dieser aber tatsächlich wesentliche Bereiche ausgenommen sind.

„Nach ständiger Rechtsprechung des BFH ist **nicht jeder zivilrechtliche Gesellschafter einer Personengesellschaft auch Mitunternehmer** i. S. von § 15 I 1 Nr. 2 EStG. Dies ist er nur dann, wenn er aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen (oder einer wirtschaftlich vergleichbaren) Stellung **Mitunternehmerinitiative ausüben kann** und ein **Mitunternehmerisiko trägt**. Die Kriterien für die Annahme einer freiberuflichen Mitunternehmerschaft unterscheiden sich dabei grundsätzlich nicht von denen einer gewerblichen Mitunternehmerschaft (z.B. Senatsurteile in BFHE 238, 444, BStBl II 2013, 79; vom 08.04.2008 VIII R 73/05, BFHE 221, 238, BStBl II 2008, 681, m.w.N.).

Mitunternehmerisiko bedeutet **gesellschaftsrechtliche oder wirtschaftlich vergleichbare Teilnahme am Erfolg oder Misserfolg** eines gewerblichen Unternehmens. Dieses Risiko wird im Regelfall durch Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens einschließlich eines Geschäftswerts vermittelt. Die **allseitige Beteiligung am laufenden Gewinn** ist für die Annahme einer Mitunternehmerschaft grundsätzlich **obligatorisch** (z.B. BFH-Urteil vom 01.07.2010 IV R 100/06, BFH/NV 2010, 2056; Senatsurteil vom 28.10.1999 VIII R 66-70/97, BFHE 190, 204, BStBl II 2000, 183). Eine Beschränkung der Verlustbeteiligung auf die Einlage ist indes unschädlich [...]. Mitunternehmerinitiative bedeutet vor allem Teilnahme an unternehmerischen Entscheidungen. Ausreichend ist bereits die Möglichkeit zur Ausübung von Gesellschafterrechten, die wenigstens den Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten angenähert sind, die z.B. den gesellschaftsrechtlichen Kontrollrechten nach § 716 I des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) bzw. denjenigen eines Kommanditisten entsprechen.

Die Merkmale der Mitunternehmerinitiative und des Mitunternehmerrisikos können im Einzelfall mehr oder weniger ausgeprägt sein (z.B. Senatsurteil in BFHE 238, 444, BStBl II 2013, 79). So kann z.B. ein **geringeres Initiativrecht durch ein besonders stark ausgeprägtes Mitunternehmerisiko ausgeglichen** werden. Allerdings müssen beide Merkmale vorliegen. Ob das zutrifft, ist unter Berücksichtigung aller die rechtliche und wirtschaftliche Stellung einer Person insgesamt bestimmenden Umstände zu würdigen (Senatsurteile in BFHE 238, 444, BStBl II 2013, 79; vom 25.04.2006 VIII R 74/03, BFHE 213, 358, BStBl II 2006, 595 [BB 2006, 1539]; vom 17.05.2006 VIII R 21/04, BFH/NV 2006, 1839, jeweils m.w.N.).

Dementsprechend ist der Umstand, dass ein **Gesellschafter weder am Gewinn und Verlust noch am Vermögen** der Gesellschaft teilhat, nicht ohne weiteres geeignet, dessen Mitunternehmerstellung auszuschließen. Hat die fehlende Beteiligung am Gewinn und Verlust des Unternehmens wie bei Komplementär-GmbH zur Folge, dass sich das Unternehmerrisiko auf eine unbeschränkte Haftung für die Schulden einer KG begrenzt und damit die Regelanforderungen an das Vorliegen mitunternehmerischen Risikos nicht erfüllt werden, kann Letzteres **durch eine starke Ausprägung der Initiativrechte kompensiert** werden (z.B. Senatsurteil in BFHE 213, 358, BStBl II 2006, 595). Auch auf die grundsätzlich erforderliche Beteiligung an den stillen Reserven einschließlich des Firmenwerts/Geschäftswerts des Unternehmens kann verzichtet werden, wenn nach den Umständen des Einzelfalles das insoweit eingeschränkte Mitunternehmerisiko durch eine besonders ausgeprägte Mitunternehmerinitiative ausgeglichen wird (BFH-Urteile in BFH/NV 2010, 2056; vom 22.08.2002 IV R 6/01, BFH/NV 2003, 36, m.w.N.; Senatsurteil vom 11.12.1990 VIII R 122/86, BFHE 163, 346 [BB 1991, 1023]).“ (BFH aaO.)

AO

§ 45 II 1

Beschränkte Erbenhaftung Vom Nachlassverwalter verursachte Steuerschulden

SteuerR

(BFH in DB 2016, 693; Urteil vom 10.11.2015 – VII R 35/13)

1. Im Fall der Nachlassverwaltung kommt es für die Beschränkung der Erbenhaftung gem. § 45 II 1 AO i.V.m. § 1975 BGB allein darauf an, ob **zivilrechtlich eine Nachlassverbindlichkeit** vorliegt. Dass der Nachlass weder ESt- noch KSt-Subjekt ist, führt nicht zur Ablehnung einer solchen Nachlassverbindlichkeit.
2. Wird eine Steuerschuld der Erben **durch die Tätigkeit des Nachlassverwalters verursacht**, liegt zivilrechtlich vielmehr eine Nachlassverbindlichkeit in Form der Erbfallschuld vor.

Fall: Der Vater der Klägerin war Kommanditist eines geschlossenen Immobilienfonds und erzielte hierdurch Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Er verstarb am 17.11.2002. Zuvor hatte er aufgrund von Verlustzuweisungen ein negatives Kapitalkonto aufgebaut. Auf Antrag der Erben, zu denen auch die Klägerin gehört, ordnete das Nachlassgericht mit Beschluss vom 16.01.2003 die Nachlassverwaltung an und bestellte einen Nachlassverwalter. Der Nachlassverwalter kündigte die Kommanditbeteiligung am 15.02.2003 zum 31.12.2004, dem frühestmöglichen Zeitpunkt. Dem Nachlass flossen durch die Kündigung keine Mittel zu. Der Fonds setzte seine Forderungen auf Rückzahlung von Ausschüttungen nicht durch, da das Nachlassvermögen nach Abzug der Kosten für die Nachlassverwaltung 0 € betrug.

Das für den Fonds zuständige FA ermittelte in dem bestandskräftigen Gewinnfeststellungsbescheid für das Jahr 2004 einen anteiligen Veräußerungsgewinn der Klägerin i.H.v. 35.710,60 €, der aus der Auflösung des negativen Kapitalkontos stammt. Das FA setzte die ESt für das Jahr 2004 gegenüber der Klägerin unter nachträglicher Berücksichtigung dieses Veräußerungsgewinns fest. Der Bescheid ist bestandskräftig und führte zu einer ESt-Nachzahlung einschließlich SolZ und Zinsen i.H.v. 18.146,31 €.

Nachdem die Klägerin mit ihrem Hinweis auf die beschränkte Erbenhaftung gem. § 1975 BGB keinen Erfolg hatte, zahlte sie die auf den Veräußerungsgewinn entfallenden Steuerbeträge, um weitere Vollstreckungsmaßnahmen zu vermeiden. Einspruch und Klage gegen den Abrechnungsbescheid des FA vom 11.08.2009, der hinsichtlich der auf den Veräußerungsgewinn gezahlten Steuerbeträge keinen Erstattungsanspruch der Klägerin auswies, blieben erfolglos.

I. Eigene Steuerschuld der Klägerin

„Das FG ist für die streitigen Steuerbeträge, die durch den Veräußerungsgewinn i.S.d. § 16 EStG infolge der Kündigung der Kommanditbeteiligung ausgelöst worden sind, zutreffend von einer **eigenen Steuerschuld** der Klägerin ausgegangen.“

Nach **gefestigter Rspr. des BFH** sind einkommensteuerrechtliche Ansprüche des FA, die infolge der **Veräußerung eines zum Nachlass des Erblassers gehörenden Gegenstands** entstehen oder aus Erträgen des Nachlassvermögens resultieren, **gegen den Erben** und nicht gegen den Nachlass **zu richten**. Nach dem Tod des Erblassers verwirklichen allein die Erben den Tatbestand der Einkünfteerzielung. Der Nachlass ist weder ESt- noch KSt-Subjekt. Dies gilt trotz der Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkung gem. § 1984 I BGB auch im Fall der Anordnung einer Nachlassverwaltung.“ (BFH aaO.)

II. Erstattungsanspruch nach § 37 II AO

„Macht ein Erbe gegenüber einer solchen Steuerschuld im Erhebungsverfahren geltend, sie sei wegen der Anordnung einer Nachlassverwaltung gem. § 45 II 1 AO i.V.m. § 1975 BGB nur aus dem Nachlass zu begleichen, kann er nicht nur die gegen ihn gerichteten Vollstreckungsakte angreifen (so die Verfahrenskonstellation im Senatsurteil vom 11.08.1998), sondern auch – wie im Streitfall – die Steuerschuld (unter Protest) begleichen und anschließend einen **Erstattungsanspruch gem. § 37 II AO** geltend machen. Das FG hat insofern zutreffend festgestellt, dass im Fall der Geltendmachung der dauerhaften Einrede des § 1975 BGB die Steuer ohne rechtlichen Grund i.S.d. § 37 II AO gezahlt wird. Über den Erstattungsanspruch ist durch Abrechnungsbescheid (§ 218 II AO) zu entscheiden. **Einwendungen**, die sich **gegen die Steuerfestsetzung selbst** richten, können im Erhebungsverfahren allerdings nicht mehr vorgebracht werden. Hierzu zählt insb. der Einwand der Klägerin, sie sei wegen der Nachlassverwaltung nicht als Mitunternehmerin i.S.d. § 16 EStG anzusehen.“ (BFH aaO.)

III. Greifen der Beschränkung der Erbenhaftung

Entgegen der Auffassung des FG liegen im Streitfall die Voraussetzungen einer dauerhaften Einrede gem. § 45 II 1 AO i.V.m. § 1975 BGB vor, sodass der Klägerin der geltend gemachte Erstattungsanspruch gem. § 37 II AO zusteht.

1. Rechtsprechungsänderung zum Beurteilungsmaßstab

„Nach § 45 II 1 AO haben Erben für die aus dem Nachlass zu entrichtenden Schulden nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten einzustehen. Dies ist als **Rechtsgrundverweisung auf die zivilrechtlichen Vorschriften** zu verstehen, die trotz des Wortlauts „aus dem Nachlass zu entrichtende Schulden“ auch dann gilt, wenn der Erbe die Steuer selbst schuldet.“

Nach **geänderter Auffassung des Senats** kommt es für die Anwendung des § 45 II 1 AO i.V.m. § 1975 BGB **allein** darauf an, ob **zivilrechtlich eine Nachlassverbindlichkeit** vorliegt. Dass der Nachlass als solcher weder ESt- noch KSt-Subjekt ist, sondern allein der Erbe den steuerrechtlichen Tatbestand der Einkünfteerzielung verwirklichen kann, führt nicht zur Ablehnung einer Nachlassverbindlichkeit. Aus § 45 II 1 AO ergeben sich **keine Anhaltspunkte für eine Besserstellung des Fiskus**. Vielmehr folgt aus dieser Vorschrift, dass die für den Erben in § 1975 BGB geregelten **Schutzmöglichkeiten in vollem Umfang auch gegenüber dem Fiskus** gelten müssen. Danach haften Erben zwar auch für Nachlassverbindlichkeiten grds. unbeschränkt (§ 1967 I BGB). Im Fall der Anordnung der Nachlassverwaltung (Nachlasspflegschaft zum Zweck der Befriedigung der Nachlassgläubiger) ist ihre Haftung für Nachlassverbindlichkeiten allerdings auf den Nachlass beschränkbar (§ 1975 BGB).“ (BFH aaO.)

2. Steuerschuld als Nachlassverbindlichkeit

„Als Nachlassverbindlichkeit sind gem. § 1967 II BGB nicht nur die vom Erblasser herrührenden Schulden (**Erblasserschulden**), sondern auch die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten (**Erbfallsschulden**) anzusehen. Im Streitfall fallen die auf den Veräußerungsgewinn entfallenden Steuerbeträge unter die Fallgruppe der Erbfallsschulden.“

Zu den **Erbfallsschulden** gehören **zivilrechtlich** nicht nur die ausdrücklich in § 1967 II BGB genannten Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen, sondern u.a. auch diejenigen **Verbindlichkeiten**, die zwar nicht mit dem Erbfall, aber **infolge des Erbfalls** entstehen. Diese Untergruppe kann als Nachlasskosten- bzw. Nachlassverwaltungsschulden bezeichnet werden. Sie erfasst u.a. die durch die Tätigkeit eines Nachlassverwalters verursachten Verbindlichkeiten. Nachlassersschulden, die sowohl als Nachlassverbindlichkeit als auch als Eigenschuld des Erben anzusehen sind, setzen dagegen eine **eigenhändige Verwaltung** des Nachlasses durch den Erben voraus.“

Nach den bindenden Feststellungen des FG (§ 118 II FGO) hat im Streitfall der **Nachlassverwalter die Kommanditbeteiligung gekündigt** und damit die auf den **Veräußerungsgewinn** entfallende ESt-Schuld **ausgelöst**. Unabhängig davon, ob er dazu trotz der grundsätzlichen Einschränkung der Verwaltungsbefugnis im Rahmen der Beteiligung an PersGes. gem. § 1985 BGB i.V.m. einer analogen Anwendung des § 725 BGB befugt war, kommt somit **keine Nachlasserschuld** in Betracht. Die durch den Nachlassverwalter ausgesprochene Kündigung führt vielmehr zu einer **Erbfallsschuld in Form einer Nachlassverwaltungsschuld**. Für diese (reine) Nachlassverbindlichkeit kann sich die Klägerin auf die Beschränkung der Erbenhaftung gem. § 1975 BGB berufen.“ (BFH aaO.)

EStG § 11 Einkünfte aus Kapitalvermögen Testamentarisch angeordnete Verzinsung eines Vermächtnisanspruchs (BFH in DB 2016, 565; Urteil vom 20.10.2015 – VII R 40/13) SteuerR

1. Zinsen, die auf einer testamentarisch angeordneten Verzinsung eines erst fünf Jahre nach dem Tode des Erblassers fälligen betagten Vermächtnisanspruchs beruhen, sind beim Vermächtnisnehmer steuerpflichtige Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 I Nr. 7 EStG.
2. Das bloße Nichtgeltendmachen der Zinsen gegenüber dem Erben bei Fälligkeit begründet beim Vermächtnisnehmer keinen Zufluss i.S.d. § 11 EStG.

Der Abzug von Kosten für Fahrten zu einem Vermietungsobjekt im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ist auf die Entfernungspauschale beschränkt, wenn sich an dem Objekt der ortsgebundene Mittelpunkt der dauerhaft und auf Überschusserzielung angelegten Vermietungstätigkeit befindet.

Fall: Die Beteiligten streiten um die Berücksichtigung von Fahrtkosten im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Die Kläger sind Eheleute, die im Streitjahr 2010 zusammen zur ESt veranlagt werden.

Sie erzielten Einnahmen aus der Vermietung dreier Wohnungen in der C...-straße und aus einem Mehrfamilienhaus in der D...-straße in E. In ihrer ESt-Erklärung für den Vz. 2010 machten die Kläger hinsichtlich der beiden Objekte jew. Fahrtkosten im Umfang von 3.711,41 € (= insgesamt 7.422,81 €) geltend, die sie auf der Grundlage eines ordnungsgemäß geführten Fahrtbuchs als Werbungskosten bei den beiden Objekten ansetzten. Die gefahrenen Kilometer setzten sich wie folgt zusammen (wird ausgeführt) ...

Das FA kam zu dem Ergebnis, die Fahrten zu den beiden Objekten seien nur mit der Entfernungspauschale nach § 9 I 3 Nr. 4, III EStG zu berücksichtigen. Nur für die sonstigen Fahrten könne der sich aus der Teilung der Gesamtkosten (7.422,81 €) durch die Gesamtkilometer (3.345 km) ergebende Kilometersatz von 2,22 € angesetzt werden. Daher könnten als Fahrtkosten lediglich insgesamt 682,86 € angesetzt werden.

Fahrten eines Stpfl. zu seinem Vermietungsobjekt kommen nur in Höhe der Entfernungspauschale nach § 9 III, I 3 Nr. 4 EStG zum Ansatz, wenn er dort seine regelmäßige Tätigkeitsstätte unterhält.

„Nach § 9 III EStG gilt § 9 I 3 Nr. 4 EStG auch im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Stpfl., die im Zusammenhang mit ihrer Vermietungstätigkeit **außerhalb ihrer Wohnung eine regelmäßige Tätigkeitsstätte** begründet haben, können die Kosten für Fahrten zwischen Wohnung und Tätigkeitsstätte nur mit der Entfernungspauschale von 0,30 € je Entfernungskilometer geltend machen. § 9 III EStG ist zur Gleichstellung von Nichtarbeitnehmern mit Arbeitnehmern in das Gesetz eingefügt worden.

Eine regelmäßige Tätigkeitsstätte i.S.d. § 9 III, § 9 I 3 Nr. 4 EStG liegt daher vor, wenn das **vermietete Objekt der (ortsgebundene) Mittelpunkt der dauerhaft und auf Überschusserzielung angelegten Vermietungstätigkeit** des Stpfl. ist. Hierbei ist insb. zu berücksichtigen, welche Tätigkeiten der Stpfl. im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung an dem oder den verschiedenen Vermietungsobjekten i.E. wahrnimmt und welches konkrete Gewicht diesen Tätigkeiten zukommt. Der **regelmäßigen Tätigkeitsstätte** muss eine **hinreichend zentrale Bedeutung** im Rahmen der mit dem Objekt erzielten Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zukommen. Allein der Umstand, dass der Stpfl. das Vermietungsobjekt im zeitlichen Abstand immer wieder aufsucht (z.B. zu Kontrollzwecken oder zur Ablesung von Zählerständen) reicht für die Annahme einer regelmäßigen Tätigkeitsstätte nicht aus. Vielmehr ist eine **gewisse Nachhaltigkeit und Dauerhaftigkeit der Tätigkeit** am Vermietungsobjekt erforderlich.

Die **Tätigkeit eines Stpfl.** zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung besteht im Wesentlichen in der **Verwaltung seines Grundbesitzes**. Bei nicht umfangreichem Grundbesitz erfordert diese Verwaltung i.d.R. keine besonderen Einrichtungen, wie z.B. ein Büro, sondern **erfolgt regelmäßig von der Wohnung des Stpfl. aus**. Regelmäßige Tätigkeitsstätte ist dann die Wohnung des Stpfl. Aufwendungen für gelegentliche Fahrten zu dem vermieteten Grundstück sind Werbungskosten i.S.d. § 9 I 1 EStG. Die Aufwendungen können in diesem Fall in tatsächlicher Höhe oder entsprechend R 9.5 I der LSt-Richtlinien 2008 mit 0,30 € je gefahrenen Kilometer geltend gemacht werden.

Sucht der Vermieter hingegen ein **Vermietungsobjekt nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen Nachhaltigkeit, also fort-dauernd und immer wieder auf**, und wird er dort schwerpunktmäßig tätig, unterhält er – vergleichbar einem Arbeitnehmer – eine regelmäßige Tätigkeitsstätte i.S.d. § 9 I 3 Nr. 4 EStG am Belegenheitsort des Vermietungsobjekts. Denn dann wird dieses Objekt zum Mittelpunkt seiner auf dieses Objekt bezogenen Vermietungstätigkeit. Es ist dem Vermieter dann möglich, sich auf die immer gleichen Wege einzustellen und die anfallenden Wegekosten, z.B. durch die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel, gering zu halten. In diesem Fall stellt sich § 9 I 3 Nr. 4 EStG auch bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung insoweit als sachgerechte und folgerichtige Ausnahme vom objektiven Nettoprinzip dar. Die Frage, ob eine regelmäßige Tätigkeitsstätte i.S.d. § 9 I 3 Nr. 4 EStG bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung im Büro oder häuslichen Arbeitszimmer des Stpfl. oder am Vermietungsobjekt vorhanden ist, ist vom FG anhand einer Würdigung der tatsächlichen Umstände im Einzelfall zu bestimmen.

Nach diesen Rechtsgrundsätzen hat das FG auf der Grundlage der von ihm festgestellten und nicht weiter mit Verfahrensrügen angegriffenen Tatsachen zutreffend eine regelmäßige Tätigkeitsstätte des Klägers an den beiden Vermietungsobjekten bejaht. Denn der Kläger hat im Streitjahr nach den bindenden Feststellungen des FG die beiden Vermietungsobjekte nicht nur gelegentlich und zu Kontrollzwecken aufgesucht, sondern **mehrmals (arbeits-)täglich und damit wiederholt und immer wieder**. Die Schlussfolgerung des FG, wonach bei insgesamt 380 Fahrten innerhalb eines Jahres zu den beiden Vermietungsobjekten der ortsgebundene Mittelpunkt der vom Kläger verrichteten Tätigkeiten im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung im Streitjahr an den Objekten lag, ist daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.“ (BFH aaO.)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Kampen:** Haftungsrechtliche Aspekte der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (in: NJW 2016, 1046)

Auch Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft können von Personenschäden betroffen werden. Als Schädiger kommen nicht nur außenstehende Dritte, sondern auch die Partner selbst in Betracht. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Auswirkungen das Bestehen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf die jeweiligen Schadensersatzansprüche der Betroffenen hat. Hiermit befasst sich der Beitrag.

2. **Maume:** Der umgekehrte Verbrauchervertrag (in: NJW 2016, 1041)

Im Verbraucherschutzrecht wird meist stillschweigend zu Grunde gelegt, dass der Unternehmer die vertragstypische Leistung erbringt. Durch die Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie zum 11.06.2014 wurde nicht nur die Struktur der §§ 312 ff. BGB geändert, sondern auch der Anwendungsbereich gerade für Außergeschäftsraumverträge deutlich erweitert. Die Verbraucherschutzregeln greifen nun auch für Fälle, in denen der Verbraucher die vertragstypische Leistung erbringt und der Vertragsschluss nicht in den Geschäftsräumen des Unternehmers erfolgt. Damit wird der Verbraucherschutz über den klassischen Direktvertrieb hinaus ausgeweitet.

Die Regelungen über den Widerruf von Verbraucherverträgen wurden durch die im Juni 2014 umgesetzte Verbraucherrechte-Richtlinie (2011/83/EU; VerbrRRL) kräftig durcheinandergewirbelt. Insbesondere der Anwendungsbereich des Widerrufs bei Außergeschäftsraumverträgen nach § 312 b BGB wurde stark ausgeweitet. Zudem treffen den Unternehmer neuerdings weitreichende Informationspflichten nach den §§ 312 d, 312 f BGB.¹

Dabei stellt sich die Frage, ob die verbraucherschützenden Regelungen auch dann anwendbar sind, wenn der Verbraucher die vertragstypische Leistung erbringt (sog umgekehrter Verbrauchervertrag). Dies umfasst beispielsweise Haustürsituationen, in denen der Unternehmer den Verbraucher überrumpelt und zum Verkauf einer Sache überredet. Betroffen sind aber auch Fälle, in denen der erwerbende Unternehmer eine Sache zunächst beim verkaufenden Verbraucher besichtigt. Typische Beispiele sind Gebrauchtfahrzeuge, Kunstgegenstände, aber auch wertvolle Tiere, wie zum Beispiel Reitpferde. Da der nach altem Recht einschlägige Ausnahmetatbestand der Bestellung nach § 312 III Nr. 1 BGB a.F. weggefallen ist, hat die Frage des umgekehrten Haustürgeschäfts eine ganz neue praktische Dimension. Im Bereich des Fernabsatzes könnte zudem ein Widerrufsrecht bei Onlineauktionen durch Private relevant werden.

3. **Seel:** Gleichbehandlung am Arbeitsplatz (in: MDR 2016, 305)

Rechtliche Fragen zur Diskriminierung bei der Einstellung, während des laufenden Arbeitsverhältnisses sowie dessen Beendigung sind regelmäßig Gegenstand gerichtlicher Verfahren. Am häufigsten ist das personenbezogene Merkmal „Alter“ Gegenstand von (gerichtlichen) Auseinandersetzungen; auch die Merkmale „Behinderung, Herkunft und Geschlecht“ spielen eine bedeutende Rolle.

Der folgende Beitrag geht – unter Einordnung in den rechtlichen Kontext – auf die wesentlichen Entscheidungen aus den letzten Monaten ein. Außerdem behandelt er die Frage, wie mit sog. „AGG-Hoppere“, die sich – ohne ernsthafte Bewerbungsabsichten – allein im Hinblick auf Entschädigungsansprüche gem. § 15 Abs. 2 AGG auf Stellen „bewerben“, umgegangen werden kann.

II. Strafrecht

1. **Ahlbrecht:** Unschuldig schuldig – zur Unschuldsvermutung der EU (in: StV 2016, 257)

Jede angeklagte Person gilt bis zum rechtsförmlich erbrachten Beweis ihrer Schuld als unschuldig. Dieser Grundsatz gehört zu den wichtigsten Prinzipien des rechtsstaatlichen Strafprozesses und ist eine der elementarsten Verfahrensgarantien des Beschuldigten. Die Unschuldsvermutung ist verfassungsrechtlich im Rechtsstaatsprinzip verankert (Art. 20 III GG) und gehört als Teilaspekt des Rechts auf ein faires Verfahren zu den unveräußerlichen Menschenrechten des Beschuldigten (Art. 6 II EMRK). Darüber hinaus ist die Unschuldsvermutung auch in Art. 48 I der EU-Grundrechtecharta und in Art. 14 II des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) normiert sowie für Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof in Art. 66 I des ICC-Status festgeschrieben.

Der Beitrag skizziert die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zur Unschuldsvermutung unter Voranstellung des Falles

Ludger C. ./ Deutschland. Schließlich wird das von der EU-Kommission im Jahr 2006 initiierte Grünbuch zur Unschuldsvermutung ebenso dargestellt wie die geplante Richtlinie zur Regelung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung auf europäischer Ebene.

2. Rönnau: Notwehr gegen Hoheitsträger – ein neues Kapitel in der Geschichte des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs? (in: StR 2016, 313)

Dass das Recht die Aufgabe hat, Interessenkonflikte möglichst gerecht zu lösen, ist eine Binsenweisheit, die keiner besonderen Erwähnung bedürfte, wenn es nicht Konstellationen gäbe, in denen das Recht an dieser Aufgabe zu versagen scheint. Auf die vom 1. Strafsenat des BGH in dem oben S. 276 veröffentlichtem Urteil gestellte Frage etwa, ob sich der Bürger gegen eine (staatliche) Grundrechtsverletzung handgreiflich wehren darf, gibt eben diese Rechtsordnung nur unbefriedigende Antworten. Das gilt insbesondere dann, wenn der vor Ort tätig werdende Amtswalter eine Entscheidung vollstreckt, die nicht er selbst, sondern ein anderer Amtswalter oder gar eine andere Behörde getroffen hat: Entweder verpflichtet man den Grundrechtsträger zur Duldung des Eingriffs und versagt ihm die Verteidigung seines Rechts, obwohl die Rechtsordnung den Eingriff materiell nicht deckt, verweist ihn stattdessen auf nachträglichen, die Grundrechtsverletzung nur feststellenden Rechtsschutz, oder man setzt den Amtswalter mitunter maßloser, weil im Rahmen des § 32 StGB grundsätzlich nicht vom Übermaßverbot eingehogter Gegenwehr aus, auch wenn der Rechtsfehler in der Eile nicht zu erkennen oder der Amtswalter trotz Rechtsfehlers wegen seiner grundsätzlichen Gehorsamspflicht die Anweisung ausführen muss. Wie man es auch dreht und wendet – von den drei Elementen Bindung der staatlichen Verwaltung an Recht und Gesetz, Funktionsfähigkeit der Verwaltung und individuelle Freiheit (des Bürgers und des Beamten) scheinen immer zwei zu kurz kommen zu müssen.

3. Kolz: Die abgestufte richterliche Prüfung von Durchsuchungsanträgen (in: NZWiSt 2016, 58)

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 2001 zur Eilanordnungscompetenz bei Gefahr im Verzug stellte die Praxis vor enorme logistische und personelle Herausforderungen. 14 Jahre später hat der Zweite Senat erneut in diesem Bereich entschieden. Auch dieses Mal hat die Praxis mit veränderten Maßstäben umzugehen, doch dürfte nun eher die Innovationskraft des Gesetzgebers gefordert sein.

Im Kern hatte das Bundesverfassungsgericht über die Konstellation zu entscheiden, dass der Ermittlungsrichter mit einem Durchsuchungsantrag der Staatsanwaltschaft befasst wird, aber erst mit erheblicher Verzögerung entscheiden will oder kann. Die Frage, ob dann die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft, wegen Gefahr im Verzug auch ohne richterlichen Beschluss zu durchsuchen, wiederauflebt, hat der Zweite Senat nun eindeutig verneint.

Diese klare Festlegung erfolgte im Hinblick darauf, dass die herrschende Rechtsprechung bisher die gegenteilige Position innehatte und im Schrifttum differenzierende Lösungen vertreten wurden, für die Praxis etwas überraschend.

III. Öffentliches Recht

1. Sauer: „Solange“ geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht (in: NJW 2016, 1134)

Gegenstand des Beitrags ist eine aufsehenerregende Entscheidung des BVerfG, mit der es einer Verfassungsbeschwerde gegen eine Auslieferung aufgrund eines europäischen Haftbefehls stattgab. Die Feststellung einer Grundrechtsverletzung ist überzeugend. Für die grundlegend neuen Aussagen zum Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht im Einzelfall, also für die partielle Aufgabe der Solange-Rechtsprechung, bot der Fall jedoch keinen Anlass. Der neue Ansatz provoziert auch in der Sache Widerspruch. Er hat weitreichende und schwierige materiell- und verfahrensrechtliche Konsequenzen für die Fachgerichte, die weit über das Auslieferungsrecht hinausgehen.

2. Thym: Die Auswirkungen des Asylpakets II (in: NVwZ 2016, 409)

Die Flüchtlingskrise verändert die Gesellschaft ebenso wie das Recht. Mit dem Asylpaket II möchte der Bundesgesetzgeber die Asylverfahren beschleunigen und die Steuerungsleistung des Rechts erhöhen, indem er Abschiebungen erleichtert. Der Beitrag diskutiert den Inhalt und die rechtspraktischen Folgewirkungen der wichtigsten Neuerungen für beschleunigte Verfahren, Asylbewerberleistungen, leichtere Abschiebungen, den Familiennachzug und erweiterte Ausschlussgründe für Straftäter.

3. Meßerschmidt: „Rundfunkbeitragsrechtsprechung als Herausforderung des Abgabenrechts (in: DÖV 2016, 279)

Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zum Rundfunkbeitrag ignoriert Eckpunkte, die das Bundesverfassungsgericht und das Bundesverwaltungsgericht zum Recht der Vorzugslasten gesetzt haben: Gebühren und Beiträge dürfen weder der Vollfinanzierung einer Gemeinwohlaufgabe dienen noch zur Subventionierung einer Gruppe von Abgabenschuldnern durch eine andere führen. Beides ist beim Rundfunkbeitrag der Fall. Hält das Bundesverwaltungsgericht an seiner bisherigen Rechtsprechung, die es insbesondere zu den Straßenreinigungsgebühren und zum Frequenzschutzbeitrag entwickelt hat, fest und trägt es dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu den Kindergartengebühren Rechnung, so wird es nicht umhinkönnen, den Rundfunkbeitrag in seiner konkreten Ausgestaltung zu beanstanden. Andernfalls drohen Konturverlust, Systemlosigkeit und Beliebigkeit im Recht der Vorzugslasten.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare / Steuerberater

1. Schneider: Die Vergütungsvereinbarung des Rechtsanwalts – was Anwälte wissen sollten (in: AnwBl 2016, 178)

Die Vorzüge einer freien Vereinbarung der Anwaltsvergütung sehen immer mehr Anwältinnen und Anwälte. Zugleich nehmen die Auseinandersetzungen über Vergütungsvereinbarungen in jüngster Zeit erheblich zu. Immer wieder entscheiden die Gerichte. Keine Frage: Die Hemmschwelle der Mandanten ist gesunken, sich nach Beendigung des Mandats mit dem Anwalt über die Vergütung zu streiten. Allerdings machen es viele Anwältinnen und Anwälte ihren Mandanten (und deren neuen Anwälten) zu leicht: Anwälte gehen noch immer leichtfertig mit ihren Vereinbarungen um und halten offenbar noch nicht einmal einen Blick ins Gesetz für nötig. Dieser sorglose Umgang rächt sich dann im Honorarprozess, der nicht nur zum Verlust der sicher geglaubten Vergütung führt, sondern letztlich auch der verbleibenden gesetzlichen Vergütung, die dann gerade einmal ausreicht, die Kosten des verlorenen Rechtsstreits auszugleichen. Der Autor gibt einen Überblick über die Voraussetzungen einer wirksamen und verbindlichen Vereinbarung und hilft, typische Fehler zu vermeiden. Auch auf die Folgen einer fehlerhaften Vereinbarung wird eingegangen.

2. Meinecke: Die Strafbarkeitsschwelle bei wahrheitswidrigem Vortrag im Zivilprozess (in: NZWiSt 2016, 47)

Der Beitrag zeichnet die dogmatischen Besonderheiten des Prozessbetrugs nach, die in der Praxis zu erheblichen Unsicherheiten über die teilweise folgenreiche Unterscheidung zwischen erlaubtem, verbotenen und strafbarem Prozessvortrag hervorrufen.

3. Talaska: Steuerhinterziehung großen Ausmaßes (in: DB 2016, 673)

Mit Urteil vom 27.10.2015 gibt der BGH seine bisher differenzierte Betrachtung bei der Steuerhinterziehung großen Ausmaßes auf. Der Beitrag zeigt die Folgen der Rechtsänderung für die Strafzumessung, die Strafverfolgungsverjährung und die Selbstanzeige auf.

4. Krug/Güttner: Beschäftigung von Ausländern und Flüchtlingen – die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Risiken der Integration für Arbeitgeber (in: ArbRAktuell 2016, 155)

Europa und Deutschland stehen in Zeiten der sog. „Flüchtlingskrise“ vor großen Herausforderungen. Ein Großteil der Migranten und Flüchtlinge – seien es Bürgerkriegsflüchtlinge, politisch oder ethnisch Verfolgte oder auch Wirtschaftsflüchtlinge – sucht innerhalb Europas Schutz und gleichzeitig wirtschaftliche Sicherheit. Deutschland ist vor allem wegen seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und seiner stabilen politischen Verhältnisse eine der präferierten Destinationen des Zuzugs. Bei allen Diskussionen darüber, ob und wie sich die Vielzahl von Flüchtlingen integrieren und ob und wie die Migranten und Flüchtlinge innerhalb Europas verteilt werden können, stehen für diejenigen, die bereits in Deutschland angekommen sind, ganz andere Fragen im Vordergrund. Denn sind Registrierung, Unterbringung und Stellung eines Asylantrags auf den Weg gebracht, dann ist es – integrationspolitisch – verfehlt, den Betroffenen nicht zügig die Möglichkeit zu bieten, sich fortzubilden und/oder auch zu arbeiten. Gerade bei Letzterem sollten sich inländische Arbeitgeber geltendes Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht in diesem Bereich vergegenwärtigen, denn niemandem ist damit geholfen, wenn aus der gut gemeinten Beschäftigung auf einmal der Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit oder gar Straftat wird.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

Prüfungsstoff im Mündlichen



