



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

40. Jahrg.

März 2015

Heft 03

Aus dem Inhalt

- | | |
|-----------------------|--|
| BGH: | Besitzaufgabe in der Vermieterinsolvenz |
| BGH: | Gewährleistung beim Grundstückserwerb |
| OLG Karlsruhe: | Nötigung durch Anketten bei Demonstration |
| BVerfG: | Äußerungen von Mitgliedern der Bundesregierung |
| BGH: | Betriebskostennachforderung im Urkundsprozess |
| BVerfG: | Durchsuchung und Beschlagnahme in Rechtsanwaltskanzlei |
| OVG Bautzen: | Zugangsfiktion nur bei sicherer/geeigneter Bekanntgabeform |

ISSN 1868 – 1514



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 Redakteurin:

Silke Wollburg, 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

Aus der Gesetzgebung

Das Mietrechtsnovellierungsgesetz.....	1
Frauenquote in Aufsichtsräten.....	2

Brandaktuell

BGH:	Kopftuch im Unterricht (pauschales Verbot für Lehrerinnen verfassungswidrig).....	3
------	--	---

Zivilrecht

BGH:	Besitzaufgabe in der Vermieterinsolvenz (Kein Fortbestehen eines Mietverhältnisses).....	4
BGH:	Gewährleistung beim Grundstückserwerb (Grundsätze der Schadensberechnung).....	8

Strafrecht

BGH:	Täter-Opfer-Ausgleich nach § 46a StGB (gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr).....	12
OLG Karlsruhe:	Nötigung durch Anketten bei Demonstration (Verwerflichkeitsprüfung).....	15

öffentl. Recht

VGH Mannheim:	Verkaufsstand im Wohngebiet (Zulässigkeit innerhalb der Abstandsfläche).....	19
BVerfG:	Äußerungen von Mitgliedern der Bundesregierung (Neutralitätsgebot).....	23

Kurzauslese I

OLG Hamm:	Mängelrechte des Bestellers (Geltendmachung auch schon vor Abnahme möglich).....	27
BGH:	Mietermehrheit nach Tod des Mieters (Wirksamkeit einer Kündigung).....	27
BGH:	Abbruch eine Ebay-Auktion (Wirksamkeit eines Kaufvertrages über „Schnäppchen“).....	28
BGH:	Rücktrittsprüfung (in dubio pro reo).....	29
BGH:	Bande aus Dieben und Hehlern (Teilnahme der Hehler als Gehilfen).....	29
BGH:	Insolvenzverschleppung (durch faktischen Geschäftsführer).....	29
BGH:	Entziehung Minderjähriger (durch „Abschiebung“ der Ehefrau).....	30
BVerfG:	Rechte von Mitgliedern der Bundesversammlung (Wahl Gauck).....	30
VGH München:	Lärmschutzaufgabe im Versammlungsrecht (Schutz von Polizeikräften).....	31

Zivilrecht

BGH:	Streitverkündung im selbstständigen Beweisverfahren (Umfang der Bindungswirkung).....	32
BGH:	Urkundsprozess (Geltendmachung von Betriebskostennachforderungen).....	35

Strafrecht

BGH:	Ausschluss des Angeklagten (Inaugenscheinnahme von Lichtbildern).....	37
BVerfG:	Durchsuchung und Beschlagnahme in Rechtsanwaltskanzlei (Rechtmäßigkeitsanforderungen).....	39

öffentl. Recht

VGH München:	Kosten der Ersatzvornahme (voraussichtliche Kosten und Nachforderung).....	42
OVG Bautzen:	Anordnungsanspruch bei offenen Erfolgsaussichten (Zugangsfiktion nur bei sicherer und geeigneter Bekanntgabeform).....	45

Kurzauslese II

OLG Karlsruhe:	Verwechslung von Faxnummern (keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).....	47
LG Bonn:	Veräußerungsverbot (auch bei Teilungsversteigerung hinsichtlich Grundstück einer GbR).....	47
BGH:	Pfändungsschutzkonto (Übertragung des pfändungsfreien Guthabens in übernächsten Monat).....	48
BGH:	Wiedereintritt in die Beweisaufnahme (nach letzten Wort des Angeklagten).....	49
BGH :	Aussage gegen Aussage (Lügen des Belastungszeugen).....	49
VG München:	Sicherstellung von eventuell inkriminiertem Bargeld (bei Wegfall der Voraussetzungen aufzuheben).....	50
OLG Bremen:	Zivilrechtsweg für gemeindliche Marketingflächen (wenn keine pauschale Sondernutzungserlaubnis).....	51

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BGH:	Kosten des selbständigen Beweisverfahrens keine Anrechnung bei verschiedenen Prozessbevollmächtigten).....	52
OLG Karlsruhe:	Abgrenzung von Vergütungs- und Gebührenvereinbarung (Vergütungsvereinbarung nur bei gesetzlicher Gebühr).....	53

Aus der Praxis

EuGH:	Formularverträge über juristische Dienstleistungen (Anwendbarkeit der EU-Klauselrichtlinie).....	54
BGH:	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Unverschuldete Fristversäumung bei wirtschaftlichem Unvermögen).....	55

BGH:	Anforderungen an zulässige Werbung (Begriff "Spezialist").....	55
Steuerrecht		
BFH:	(Teil-)Einspruchsentscheidung (Erneuter Einspruch innerhalb der Einspruchsfrist).....	56
BFH:	Fahrten zwischen Wohnung und Betriebsstätte (Keine Betriebsstätte in selbstgenutzter Wohnung).....	56
Weiterer Schrifttumsnachweise		58

Aus der Gesetzgebung

Das Mietrechtsnovellierungsgesetz

Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (MietNovG) v. 05.03.2015, In-Kraft-Treten am 01.06.2015 (vgl. beck-aktuell, <http://gesetzgebung.beck.de/node/1032715>)

1.. Mietpreisbremse

Bei der Wiedervermietung von Bestandswohnungen darf die zulässige Miete höchstens auf das Niveau der ortsüblichen Vergleichsmiete zuzüglich 10 Prozent steigen. Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung für höchstens jeweils fünf Jahre die Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten auszuweisen, in denen diese Mietpreisbegrenzung gilt.

Neu errichtete und umfassend modernisierte Wohnungen sind bei Erstvermietung von der Mietpreisbegrenzung ausgenommen.

Eine zulässig vereinbarte Miete darf auch bei Wiedervermietung weiter verlangt werden. Der Vermieter ist also nicht gezwungen, eine frei gewordene Wohnung unterhalb der bisherigen Miete anzubieten.

Modernisierungen vor Wiedervermietung erlauben eine erhöhte Wiedervermietungsmitte nach den Regeln einer Modernisierung im bestehenden Mietverhältnis. Die Vertragsparteien werden also so gestellt, als wäre die Modernisierungsmaßnahme im bestehenden Mietverhältnis durchgeführt und die Miete auf dieser Grundlage angepasst worden.

Bei Staffelmietverträgen gelten die vorbezeichneten Regelungen für jede Mietstaffel, bei Indexmieten für die vereinbarte Ausgangsmiete.

Der Mieter hat gegenüber dem Vermieter einen gesetzlichen Auskunftsanspruch zu den preisbildenden Tatsachen, soweit er diese nicht selbst ermitteln kann, z. B. mit Hilfe des örtlichen Mietspiegels. Beanstandungen der vereinbarten Miete muss der Mieter qualifiziert rügen, um Rückforderungsansprüche für künftig fällige Mieten zu erhalten.

Durch die Änderungen im BGB werden die Bestimmungen zur Mietpreisüberhöhung (§ 5 des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954) überflüssig. Die Vorschrift wird aufgehoben.

2. Bestellerprinzip

Entgeltpflichtige Maklerverträge zwischen einem Wohnungssuchenden und dem Wohnungsvermittler (Makler) kommen nur noch dann zustande, wenn der Wohnungssuchende in Textform (z.B. E-Mail) einen Suchauftrag erteilt und der Makler ausschließlich wegen dieses Suchauftrages diejenige Wohnung beschafft, über die der Mietvertrag schließlich zustande kommt.

Hat der Vermieter dem Makler eine Wohnung zur Suche eines für ihn geeigneten Mieters an die Hand gegeben, ist der Mieter keinesfalls zur Zahlung der Courtage verpflichtet. Vereinbarungen, um die Zahlungspflicht für die Maklervergütung auf den Mieter abzuwälzen, sind unwirksam.

Verstöße von Wohnungsvermittlern gegen die vorbezeichneten Bestimmungen können mit Bußgeldern verfolgt werden.

Frauenquote in Aufsichtsräten

Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst“ vom 06.03.2015; In-Kraft-Treten ab 01.01.2016 (vgl. [http://gesetzgebung.beck.de /node/1036924](http://gesetzgebung.beck.de/node/1036924))

Aufgrund des nach wie vor geringen Anteils weiblicher Führungskräfte in Spitzenpositionen der deutschen Wirtschaft und der Bundesverwaltung sieht die Bundesregierung gemäß Artikel 3 II 2 GG gesetzgeberischen Handlungsbedarf zur Förderung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen und Männern. Die von politischer Seite initiierten freiwilligen Selbstverpflichtungen der Unternehmen hatten nicht die gewünschte Wirkung erzielt und zu keiner nennenswerten Erhöhung des Frauenanteils an Führungspositionen geführt.

I. Regelungen für die Privatwirtschaft

Für Aufsichtsräte von Unternehmen, die börsennotiert sind und der paritätischen Mitbestimmung unterliegen, gilt künftig eine Geschlechterquote von 30 Prozent. Die Quotenregelung greift damit bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien mit in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmern sowie bei Europäischen Aktiengesellschaften (SE), bei denen sich das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan aus derselben Zahl von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern zusammensetzt. Betroffen sind ab 2016 gut 100 börsennotierte und mitbestimmungspflichtige Unternehmen.

Unternehmen, die entweder börsennotiert oder mitbestimmt sind, werden verpflichtet, Zielgrößen zur Erhöhung des Frauenanteils in Aufsichtsräten, Vorständen und obersten Management-Ebenen festzulegen. Für den Gesetzentwurf der schwarz-roten Bundesregierung stimmten am Freitag Union und SPD. Grüne und Linke enthielten sich. Familienministerin Manuela Schwesig sprach von einem „historischen Schritt“ zur Durchsetzung der Gleichberechtigung. 3500 weitere Unternehmen müssen sich künftig verbindliche Ziele für die Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen setzen.

In etwas kleineren Unternehmen (von 500 bis 2000 Mitarbeiter) müssen sich Unternehmen selbst öffentlich Management-Quoten geben und danach regelmäßig über deren Einhaltung berichten.

II. Geplante Regelungen für den öffentlichen Dienst:

Für die Besetzung von Aufsichtsgremien, in denen dem Bund mindestens drei Sitze zustehen, gilt ab 2016 eine Geschlechterquote von mindestens 30 Prozent für alle Neubesetzungen dieser Sitze. Ab dem Jahr 2018 ist es Ziel, diesen Anteil auf 50 Prozent zu erhöhen.

Die Bundesverwaltung wird verpflichtet, sich für jede Führungsebene konkrete Zielvorgaben zur Erhöhung des Frauen- beziehungsweise Männeranteils zu setzen.

Brandaktuell

GG

Kopftuch im Unterricht

VerfR

Art. 4

pauschales Verbot für Lehrerinnen verfassungswidrig

(BVerfG in becklink 1037690; Beschluss vom 27.01.2015 - Az.: 1 BvR 471/10 u.a.)

Lehrerinnen an öffentlichen Schulen darf nicht pauschal verboten werden, ein muslimisches Kopftuch zu tragen. Dies verletzt die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit. Ein Verbot ist nur im Fall einer **hinreichend konkreten Gefahr der Beeinträchtigung des Schulfriedens** oder der staatlichen Neutralität gerechtfertigt. Das bloße Tragen eines muslimischen Kopftuchs genügt dafür nicht.

Fall: Die beiden Beschwerdeführerinnen sind deutsche Staatsangehörige muslimischen Glaubens. Beide sind in Nordrhein-Westfalen an öffentlichen Schulen angestellt, die Beschwerdeführerin des Verfahrens 1 BvR 471/10 als Sozialpädagogin in einer Gesamtschule, die Beschwerdeführerin des Verfahrens 1 BvR 1181/10 als Türkischlehrerin an mehreren Schulen. Die Sozialpädagogin wurde abgemahnt, nachdem sie zwar wie von der Schulbehörde gefordert in der Schule kein Kopftuch mehr trug, dieses aber durch eine rosafarbene Wollmütze und einen gleichfarbigen Rollkragenpullover als Halsabdeckung ersetzte. Die Türkischlehrerin wurde abgemahnt und anschließend gekündigt, weil sie sich geweigert hatte, ihr Kopftuch in der Schule abzulegen. Die jeweiligen Klagen der Beschwerdeführerinnen blieben vor den Arbeitsgerichten ohne Erfolg.

Die Verbote wurden auf §§ 57 IV, 58 S. 2 des Schulgesetzes NRW gestützt. Das BVerfG hält diese Regelungen für verfassungswidrig, da die Beschwerdeführerinnen in ihrem Grundrecht auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit aus Art. 4 I, II GG verletzt werden.

„Dieses Grundrecht gewährleiste auch Lehrkräften in öffentlichen Schulen die **Freiheit**, einem aus religiösen Gründen als verpflichtend verstandenen **Bedeckungsgebot zu genügen**. Allerdings müsse plausibel sein, dass das Tragen der Bedeckung religiös motiviert ist. Dies bejaht das BVerfG hier. Zwar sei der genaue Inhalt der **Bekleidungs Vorschriften** für Frauen unter islamischen Gelehrten **umstritten** und anderen Richtungen des Islam sei ein als verpflichtend geltendes Bedeckungsgebot unbekannt. Es genüge jedoch, dass ein solches Bedeckungsgebot unter den verschiedenen Richtungen des Islam verbreitet sei und insbesondere auf zwei Stellen im Koran zurückgeführt werde.

Durch das **Bedeckungsverbot** werde **schwer in die Glaubensfreiheit** der Beschwerdeführerinnen eingegriffen, so das BVerfG weiter. Diese hätten plausibel dargelegt, dass es sich für sie - entsprechend dem Selbstverständnis von Teilen im Islam - um ein imperatives religiöses Bedeckungsgebot in der Öffentlichkeit handelt, das zudem nachvollziehbar ihre **persönliche Identität berührt** (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG), so dass ein Verbot dieser Bedeckung im Schuldienst für sie sogar den **Zugang zum Beruf** verstellen kann (Art. 12 I GG). Dass auf diese Weise derzeit faktisch vor allem muslimische Frauen von der qualifizierten beruflichen Tätigkeit als Pädagoginnen ferngehalten werden, steht laut BVerfG zugleich in einem rechtfertigungsbedürftigen Spannungsverhältnis zum **Gebot der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen** (Art. 3 II GG).

Nach Ansicht des BVerfG ist eine Auslegung des § 57 IV 1 SchulG NRW, die eine bloß **abstrakte Gefährdung des Schulfriedens** oder der staatlichen Neutralität für das Verbot ausreichen lässt, **unverhältnismäßig**. Zwar seien die mit dem Verbot verfolgten Ziele legitim, den Schulfrieden und die staatliche Neutralität zu wahren und so den staatlichen Erziehungsauftrag abzusichern, gegenläufige Grundrechte von Schülern und Eltern zu schützen und damit Konflikten von vornherein vorzubeugen. Das **Tragen einer religiös konnotierten Bekleidung** sei aber **nicht per se geeignet**, die negative Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Schüler zu beeinträchtigen. Solange die Lehrkräfte nicht verbal für ihre Position oder für ihren Glauben wüben und die Schüler über ihr Auftreten hinausgehend zu beeinflussen versuchten, würden diese lediglich mit der ausgeübten positiven Glaubensfreiheit der Lehrkräfte konfrontiert. Im Übrigen werde dies durch das Auftreten anderer Lehrkräfte mit anderem Glauben oder anderer Weltanschauung in aller Regel relativiert und ausgeglichen. Insofern spiegele sich in der bekenntnisoffenen (öffentlichen) Schule die religiös-pluralistische Gesellschaft wider.

Das BVerfG hält es außerdem für **zulässig**, äußere religiöse Bekundungen für eine gewisse Zeit auch allgemeiner **zu unterbinden**, wenn in bestimmten Schulen oder Schulbezirken aufgrund substantieller Konfliktlagen über das richtige religiöse Verhalten die Schwelle zu einer **hinreichend konkreten Gefährdung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität** in einer beachtlichen Zahl von Fällen erreicht werde. Zunächst müsste dann jedoch geprüft werden, ob sich die Betroffenen anderweitig pädagogisch einsetzen ließen.

Darüber hinaus hat das BVerfG § 57 IV 3 SchulG NRW, der eine **Privilegierungsbestimmung** zu Gunsten der Darstellung **christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte** oder Traditionen enthält, wegen Verstoßes gegen Art. 3 III 1 GG, Art. 33 III für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Angehörige anderer Religionen würden durch die Regelung aus Gründen der Religion benachteiligt.“ (BVerfG aaO)

Entscheidungen materielles Recht

InsO
§ 108 I 1

Besitzaufgabe in der Vermieterinsolvenz Kein Fortbestehen eines Mietverhältnisses

ZivilR

(BGH in NJW 2015, 627; Urteil vom 11.12.2014 – IX ZR 87/14)

1. Durch eine **Sanierungsvereinbarung**, durch welche sich der Mieter verpflichtet für die Dauer der Sanierung eine Ersatzwohnung zu bewohnen, wird das ursprüngliche **Mietverhältnis nicht beendet**, sondern nur geändert.
2. Nach § 108 I 1 BGB kann der Mieter **auch nach Eröffnung** des Insolvenzverfahrens **Herstellung des vertragsgemäßen Zustands** der Mietsache verlangen
3. Sinn und Zweck der Regelungen der §§ 103 ff., 108 ff. InsO gebieten eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 108 I InsO in der Insolvenz des Vermieters auf Mietverhältnisse, die **im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits durch die Überlassung der Mietsache an den Mieter vollzogen** sind.
4. Nach seinem Wortlaut und Zweck setzt § 566 BGB grundsätzlich voraus, dass im Zeitpunkt des Eigentumswechsels ein wirksames Mietverhältnis besteht, die Wohnung dem Mieter schon überlassen wurde und sich der Mieter noch im Besitz der Wohnung befindet.
5. In der Insolvenz des Vermieters besteht das Mietverhältnis **nicht** mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort, wenn es in Vollzug gesetzt war, der Mieter aber den **Besitz an der Wohnung** bei Insolvenzeröffnung **wieder aufgegeben** hatte.

Fall: Der Bekl. mietete am 19.09.1978 eine Wohnung im Haus in H. Die H (künftig: Schuldnerin) erwarb das Grundstück in der Absicht, das Miethaus umfangreich zu sanieren. Da die Wohnungen in dem Objekt während der geplanten Baumaßnahmen nicht mehr bewohnbar waren, schlossen die Schuldnerin und der Bekl. am 20.10.2010 eine Sanierungsvereinbarung. Danach sollte der Bekl. während der Sanierungsarbeiten in eine von der Schuldnerin angemietete Ersatzwohnung umziehen und nach Abschluss der Sanierung wieder in seine alte Mietwohnung zurückkehren. Gemäß der Vereinbarung zog der Bekl. in die Ersatzwohnung um. Die Sanierungsarbeiten wurden nicht zu Ende geführt. Auf Antrag der Schuldnerin wurde das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet und der Kl. zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser lehnte gegenüber dem Bekl. die Erfüllung des Sanierungsvertrags gem. § 103 InsO ab und kündigte den Mietvertrag, weil es ihm infolge der zum Stillstand gekommenen Sanierungsarbeiten nicht möglich sei, dem Bekl. den Mietgebrauch zu gewähren. Der Bekl. trat dem entgegen und bestand auf der Einhaltung von Miet- und Sanierungsvertrag. Der Kl. hat deswegen den Bekl. auf Feststellung verklagt, dass das Mietverhältnis erloschen sei, hilfsweise auf Feststellung, dass die Erfüllungsansprüche gegen die Insolvenzmasse nicht durchsetzbar seien und weiter hilfsweise, dass das Mietverhältnis am 28.02.2013 geendet habe. Zu Recht?

Grundsätzlich bestehen Mietverhältnisse auch in der Insolvenz des Vermieters nach § 108 InsO fort. Allerdings gibt es hier die Besonderheit, dass der Bekl. im Rahmen des geschlossenen Sanierungsvertrages zunächst aus der Wohnung ausgeschlossen war. Insofern könnte für den Sanierungsvertrag § 103 I InsO eingreifen mit der Folge, dass der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Sanierungsvertrages ablehnen kann und dann auch das Mietverhältnis nicht mehr in Vollzug gesetzt wird.

I. Bestehen eines Mietverhältnisses

Zwischen der Schuldnerin und dem Bekl. bestand ein Mietverhältnis über Wohnraum, dessen Abwicklung sich nach den §§ 103 ff. InsO richtet.

*„Der Bekl. und sein damaliger Vermieter haben einen Wohnraummietvertrag über die streitgegenständliche Wohnung geschlossen. In die sich aus diesem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten ist die Schuldnerin mit dem Erwerb der Wohnung an Stelle des ursprünglichen Vermieters nach § 566 I BGB eingetreten. Das zwischen der Schuldnerin und dem Bekl. bestehendes **Mietverhältnis ist nicht durch** den vor der Insolvenzeröffnung geschlossenen **Sanierungsvertrag beendet worden**. Mit dieser Vereinbarung haben die Schuldnerin und der Bekl. das bestehende Mietverhältnis **nur geändert**. Der Bekl. war danach verpflichtet, für die Dauer der Sanierungsmaßnahmen aus der Wohnung auszuziehen; erst nach Abschluss der Sanierungsmaßnahmen sollte er wieder in die Wohnung einziehen dürfen und hätte die Schuldnerin ihm die Wohnung wieder zum Gebrauch überlassen müssen. Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat das Mietverhältnis unberührt gelassen**; seine Abwicklung richtet sich aber nach den Regeln des Insolvenzrechts (vgl. MüKo-InsO/Kreft, 3. Aufl., § 103 Rn. 13 mit Nachw. aus der Rspr.).“* (BGH aaO)

II. Abwicklung des Mietverhältnisses nach Insolvenzrecht

Während der Insolvenzverwalter grundsätzlich nach § 103 InsO bei gegenseitigen Verträgen die Wahl er, ob der diese erfüllen oder die Erfüllung ablehnen will, gilt in der Insolvenz einer Vertragspartei gilt für Mietverhältnisse des Schuldners grundsätzlich § 108 I 1 InsO. Dieser verdrängt § 103 I InsO, soweit er anwendbar ist (vgl. BGHZ 173, 116 = NJW 2007, 3715 Rn. 9).

„Ansprüche aus einem nach § 108 I 1 InsO fortbestehenden Mietverhältnis sind **Masseverbindlichkeiten**, wenn ihre Erfüllung für die Zeit **nach der Eröffnung** des Insolvenzverfahrens erfolgen muss (§ 55 I Nr. 2 Fall 2 InsO). Ansprüche für die Zeit vor der **Eröffnung** des Insolvenzverfahrens kann der Mieter dagegen nur als Insolvenzgläubiger geltend machen (§ 108 III InsO; vgl. BGH, NZI 2003, 373 = NZM 2003, 472).

Insbesondere kann der Mieter **auch nach Eröffnung** des Insolvenzverfahrens **Herstellung des vertragsgemäßen Zustands** der Mietsache verlangen. Denn der Anspruch des Mieters auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache (§ 535 I 2 BGB) begründet unabhängig davon, ob der mangelhafte Zustand vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden ist, keine Insolvenzforderung (§ 108 III InsO), sondern eine **Masseverbindlichkeit** gem. § 55 I Nr. 2 InsO. Mit der **Fortdauer des Mietverhältnisses** besteht nämlich die **Erhaltungspflicht des Vermieters** nach Verfahrenseröffnung weiter und ist vertragliche Gegenleistung des vom Mieter an die Masse weiter gezahlten Mietzinses (BGH, NZI 2003, 373 = NZM 2003, 472 m.w.N.).“ (BGH aaO)

III. Anwendbarkeit des § 108 I InsO im vorliegenden Fall

Fraglich ist jedoch, ob § 108 I InsO angesichts der geschlossenen Sanierungsvereinbarung des es - als vorläufig gedachten - Auszugs des Bekl. hier anwendbar ist.

1. Besitzschutz des Mieters

§ 108 I InsO soll vor allem den Besitz des Mieters schützen. Fraglich ist jedoch, ob der Bekl. nach dem Auszug der zu sanierenden Wohnung überhaupt noch deren Besitzer war.

a) Fortbestehen des unmittelbaren Besitzes

Unmittelbarer Besitz ist die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache, welcher mit dem - vorübergehenden Auszug - aus der Wohnung beendet wurde. Fraglich ist, jedoch, ob dies freiwillig geschehen ist.

„Durch das **Verlassen der Wohnung** hat der Bekl. **freiwillig und willentlich** die **tatsächliche Sachherrschaft** über die Wohnung **aufgegeben**, die Wohnung zur Sanierung an die Schuldnerin übergeben und so den **unmittelbaren Besitz** an ihr nach § 856 I BGB **verloren** (vgl. MüKo-BGB/Joost, 6. Aufl., § 856 Rn. 2, 7). An der Freiwilligkeit ändert sich nicht dadurch etwas, dass die Schuldnerin von ihm möglicherweise nach § 554 I, II 1 BGB in der Zeit der Sanierungsvereinbarung geltenden Fassung vom 02.01.2002 die **vorübergehende Räumung** der Mietwohnung im Rahmen der Pflicht, Baumaßnahmen zur Erhaltung oder Verbesserung der Mietsache zu dulden, hätte **verlangen** können. Eine solche **Verpflichtung** wird **in Ausnahmefällen angenommen**, etwa wenn Erhaltungsmaßnahmen bei einem baufälligen Haus nicht anders erledigt werden können und sichergestellt ist, dass die Baumaßnahme tatsächlich durchgeführt wird und die Finanzierung geregelt ist (LG Braunschweig, DWW 1965, 85; vgl. Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2014, § 555 a Rn. 9; Eisenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 555 a Rn. 34). **Abgelehnt** wurde sie etwa bei einer **Sanierungsmaßnahme zur Modernisierung** eines Gebäudes, die sich über 14 Monate hinziehen sollte (LG Berlin, WuM 2014, 96). Ob der Bekl. nach dieser Rechtsprechung tatsächlich aus seiner Wohnung hätte ausziehen müssen, ist nicht festgestellt, Vortrag hierzu fehlt. Darauf kommt es auch nicht an. Mit der **Sanierungsvereinbarung**, in der die Schuldnerin dem Bekl. weitgehende finanzielle und sonstige Zugeständnisse gemacht hat, damit dieser durch seinen Auszug die beabsichtigte Komplettsanierung ermöglichen konnte, wollten die Vertragsparteien ohne Hinzuziehung von Gerichten das Problem unter Abwägung der beiderseitigen gegenseitigen Interessen **einvernehmlich**, damit **aber auch freiwillig**, lösen.“ (BGH aaO)

Es könnte aber ein Fall der vorübergehenden Verhinderung in der Ausübung der Gewalt nach § 856 II BGB gegeben sein. Allerdings hatte der Bekl. nach den Vereinbarungen des Sanierungsvertrags während der Dauer der Sanierung keine Möglichkeit der Gewaltausübung mehr (vgl. MüKo-BGB/Joost, § 856 Rn. 14).

„Unmittelbare Besitzerin der Wohnung war vielmehr mit der Wohnungsübergabe die Schuldnerin und nach der Insolvenzeröffnung der Kl. (§ 148 I InsO).“ (BGH aaO)

b) Innehabung mittelbaren Besitzes

Der Bekl. könnte aber nach seinem Auszug auch nach § 868 BGB mittelbarer Besitzer der streitgegenständlichen Wohnung geworden sein, falls der der Sanierungsvertrag dem Bekl. den mittelbaren Besitz vermittelt. Dies ist aber nicht der Fall.

„Denn die Schuldnerin hat als unmittelbare Besitzerin gegenüber dem Bekl. den Besitz nicht in Anerkennung eines Besitzvermittlungsverhältnisses ausgeübt (MüKo-BGB/Joost, § 868 Rn. 8). Aus dem Sanierungsvertrag ergibt sich an keiner Stelle, dass sie die Wohnung für die Dauer der Sanierung für den Bekl. besitzen sollte. Sie war auch nicht diesem gegenüber auf Grund des Sanierungsvertrags zeitweise zum Besitz berechtigt. Vielmehr ergab sich ihr Recht zum Besitz allein aus ihrer Stellung als Eigentümerin (§ 872 BGB). Mithin war dem Bekl. die Wohnung im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung nicht – wie nach dem Mietverhältnis im Grundsatz geschuldet – überlassen (vgl. hierzu BGHZ 65, 137 [139] = NJW 1976, 105; BGH, NJW-RR 1989, 589 = ZIP 1989, 375 [376]; Eckert, EWIR 1989, 665).“ (BGH aaO)

2. kein Besitzschutz für den besitzlosen Mieter

Wenn § 108 I InsO dem Besitzschutz des Mieters dient, so stellt sich die Frage, ob diese Regelung nicht dann unanwendbar wird, wenn zwar das Mietverhältnis noch fortbesteht, der Besitz des Mieters jedoch beendet wurde. Dem Wortlaut nach kommt es auf das Bestehen des Vertragsverhältnisses an. Allerdings könnte die Vorschrift dahingehend auszulegen sein, dass sie grundsätzlich nur zur Anwendung kommen soll, wenn das **Mietverhältnis** im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entsprechend den mietvertraglichen Vereinbarungen **in Vollzug** gesetzt worden war und weiterhin vollzogen wurde.

*„Das BerGer. hat im Ansatz richtig erkannt, dass die Vorschrift des § 108 I 1 InsO nach der Rechtsprechung des BGH auf Fälle **nicht anwendbar** ist, in denen die Mietsache im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vermieters dem Mieter **noch nicht überlassen** war (BGHZ 173, 116 = NJW 2007, 3715 Rn. 13 ff.). Denn eine wortgetreue Anwendung dieser Regelung würde den Mieter eines in Insolvenz geratenen Vermieters **in unangemessener Weise vor anderen Gläubigern bevorzugen**. Sinn und Zweck der Regelungen der §§ 103 ff., 108 ff. InsO gebieten eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 108 I InsO in der Insolvenz des Vermieters auf Mietverhältnisse, die **im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits durch die Überlassung der Mietsache an den Mieter vollzogen** sind (BGHZ 173, 116 = NJW 2007, 3715 Rn. 18).“ (BGH aaO.)*

Ohne Vollzug des Mietverhältnisses kann man nicht von einem „verdinglichten Rechtsverhältnis“ sprechen. Es widerspräche einem gerechten Ausgleich der Gläubigerinteressen, wenn zu Lasten der Masse die Herstellungskosten vorfinanziert werden müssten, um einen Gläubiger zu bevorzugen, wobei offen ist, für welchen Zeitraum dessen zukünftige Gegenleistung (Mietzinszahlung) noch erfolgen wird.

„Das Insolvenzverfahren ist jedoch auf eine zügige Abwicklung angelegt. Kann das schuldnerische Unternehmen nicht saniert werden, ist das Schuldnervermögen zu verwerten und der Erlös nach Abzug der Kosten unter die Insolvenzgläubiger zu verteilen (§ 1 S. 1 InsO). Dem widerspricht es, die Masse zu Vorleistungen zu verpflichten, die sich erst nach zehn oder mehr Jahren auszahlen (BGHZ 173, 116 = NJW 2007, 3715 Rn. 22; auch BGH, NJW-RR 2012, 182 = ZIP 2011, 2262 Rn. 6). Diese Erwägungen treffen auch auf vorliegenden Fall zu (a.A. MüKo-InsO/Eckert, § 108 Rn. 12 b; vgl. auch Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 19 Rn. 43; Jaeger/Jacoby, InsO, § 108 Rn. 110 f.).

Der Kl. hat in Abrede gestellt, die zur Herstellung der Mietsache erforderlichen Kosten aus der Masse aufbringen oder anderweitig finanzieren zu können. Die Ansprüche des Bekl. auf Schadensersatz wegen Nichtüberlassung der streitgegenständlichen Wohnung und auf Zahlung der im Sanierungsvertrag vereinbarten Vertragsstrafe wären bei Anwendung von § 108 I 1 InsO Masseverbindlichkeiten, die zur Unzulänglichkeit der Masse führen könnten. Übermäßige Belastungen zu Gunsten eines einzelnen Gläubigers von der Masse fernzuhalten, war gerade der Grund für die vom BGH vorgenommene teleologische Reduktion (vgl. Lohmann, FS G. Fischer, 2008, 333 [344 f.]).

„Das Interesse des Bekl. an der Mietsache beschränkt sich darauf, dass sein mit der Schuldnerin geschlossener Sanierungsvertrag durchgeführt wird. Bei wertender Betrachtung besteht kein Unterschied zu anderen gegenseitigen Verträgen, die dem Wahlrecht des Verwalters nach § 103 I InsO unterfallen. Erst dann, wenn der Mieter die Mietsache in Gebrauch hat, ist ein berechtigtes Vertrauen auf den Fortbestand des Vertragsverhältnisses bis zum Ende der vereinbarten Mietzeit oder auf die Einhaltung vertraglicher Kündigungsfristen anzuerkennen (vgl. Lohmann, FS G. Fischer, 333 [345]).“ (BGH aaO)

Nach diesen Erwägungen ist der nicht besitzende Mieter in der Insolvenz des Vermieters weniger geschützt als der besitzende Mieter.

„Dies ist auch bei der Wohnraummiete nicht unbillig; denn nur für den besitzenden Mieter bildet die Wohnung den Mittelpunkt seiner privaten Existenz (BVerfGE 134, 242 = NVwZ 2014, 211 Rn. 270; vgl. BGHZ 179, 289 = NJW 2009, 1200 Rn. 14).“ (BGH aaO)

IV. Vereinbarkeit mit mietrechtlichen Wertungen

Fraglich ist, ob dieser Standpunkt mit den mietrechtlichen Regelungen der §§ 549 ff. BGB zu vereinbaren ist.

1. Verpflichtung des Erwerbers aus dem Mietvertrag nur, wenn Wohnung schon an Mieter überlassen

„Nach dem **Wortlaut des § 566 I BGB** tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters nur dann in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein, wenn der vermietete Wohnraum **nach der Überlassung** an den Mieter von dem Vermieter **an einen Dritten veräußert** wird, also das Eigentum auf den Erwerber übergeht (vgl. MüKo-BGB/Häublein, §566 Rn. 12). Der Erwerber tritt danach nicht in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein, wenn die Wohnung zwar bereits vermietet, aber zum **Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch nicht an den Mieter überlassen** worden ist, worunter regelmäßig die Besitzübergabe an den Mieter zu verstehen ist (MüKo-BGB/Häublein, § 566 Rn. 14; vgl. aber auch BGH, NJW-RR 1989, 589 = ZIP 1989, 375 [376]; Eckert, EWIR 1989, 665).“ (BGH aaO)

2. keine Verpflichtung des Erwerbers aus dem Mietvertrag, wenn Besitz an Wohnung schon aufgegeben

„Entsprechendes hat die Rechtsprechung über den Wortlaut der Regelung hinaus **nach dem Zweck der Vorschrift** des § 566 BGB angenommen, wenn der Mieter trotz Fortbestehens des Mietverhältnisses **schon vor dem Eigentumsübergang** auf den Erwerber aus der Mietwohnung **ausgezogen** ist. Der in § 566 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem die Wohnung auf Grund wirksamen Mietvertrags überlassen worden ist. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte **Rechtsstellung als berechtigter Besitzer soll** ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks **erhalten bleiben**. Das Erfordernis der Überlassung der Wohnung an den Mieter erfüllt ferner eine **Publizitätsfunktion**, denn der Erwerber kann in der Regel bereits aus der Besitzlage ablesen, in welche Mietverhältnisse er eintreten muss.

Nach seinem Wortlaut und Zweck setzt § 566 BGB deshalb grundsätzlich voraus, dass im Zeitpunkt des Eigentumswechsels ein wirksames Mietverhältnis besteht und sich der Mieter noch im Besitz der Wohnung befindet (BGH, NJW 2010, 1068 = NZM 2010, 273 Rn. 21). Die aus dem Normzweck des § 566 BGB abgeleitete Begrenzung seines Schutzbereichs wirkt nicht nur, wenn ein Mieter im Zeitpunkt der Veräußerung bei bestehendem Mietverhältnis aus dem Mietobjekt vorzeitig ausgezogen war (BGH, NJW 2007, 1818 = NZM 2007, 441 Rn. 8, 10), sondern auch dann, wenn der Mieter infolge vorgetäuschten Eigenbedarfs ausgezogen war und der Mietvertrag wegen der Täuschung nicht rechtswirksam beendet wurde (vgl. BGH, NJW 2010, 1068).“ (BGH aaO)

3. Vereinbarkeit der Differenzierung mit Art. 14 I 1 GG

Die nach dem ausgeübten Besitz vorgenommene Unterscheidung findet ihre innere Berechtigung in der Verfassung.

„Das **Besitzrecht des Mieters** an der gemieteten Wohnung ist als Eigentum i.S.v. Art. 14 I 1 GG anzusehen und deshalb ebenso grundgesetzlich geschützt wie die Eigentumsposition des Vermieters. Dieser grundrechtliche Schutz **setzt aber voraus**, dass der Mieter **Besitzer der gemieteten Wohnung** ist, dass das **Mietverhältnis mithin in Vollzug gesetzt** ist (vgl. BVerfGE 89, 1 [5] = NJW 1993, 2035; BVerfG, NJW 2000, 2658 [2659] = NZM 2000, 539; NJW 2011, 1723 = WuM 2011, 355 [356 f.]; BVerfGE 134, 242 = NVwZ 2014, 211 Rn. 270; BGHZ 179, 289 = NJW 2009, 1200; BGH, NJW-RR 2011, 1517 = WM 2011, 2144 Rn. 11; vgl. Papier in Maunz/Dürig, GG, 2014, Art. 14 Rn. 202; Lohmann, FS G. Fischer, 333 [345]).“ (BGH aaO)

4. Anwendung auf den Fall

Der Kl. hat die Wohnung zwischenzeitlich veräußert, so dass § 566 I BGB zu Gunsten des Beklagten nicht zur Anwendung kommt, weil er zum Zeitpunkt der Veräußerung nicht Besitzer der Wohnung war. Er kann daher seinen Anspruch auf Übergabe der Mietwohnung gegenüber dem Erwerber nicht durchsetzen.

„Aber auch wenn der Kl. die sich im Rohbauzustand befindliche Wohnung nicht veräußert hat, kann der Bekl. sie nicht beziehen, weil sie nicht bewohnbar ist. In beiden Fällen blieben dem Bekl. – sollte § 108 I 1 InsO zur Anwendung kommen – gegen die Masse nur Schadensersatz- und Vertragsstrafenansprüche. Eine Bevorzugung des Bekl. gegenüber den Insolvenzgläubigern wegen solcher Ansprüche widerspricht aber den sich aus §§ 103 ff. InsO ergebenden Wertungen des Gesetzgebers.“ (BGH aaO)

Gewährleistung beim Grundstückserwerb
Grundsätze der Schadensberechnung

(BGH in NJW 2015, 468; Urteil vom 04.04.2014 – V ZR 275/12)

1. Stellen sich die zur Mängelbeseitigung erforderlichen **Kosten** als **unverhältnismäßig** dar, so kann der Käufer von dem Verkäufer nur **Ersatz des mangelbedingten Minderwerts** der Sache verlangen.
2. Ob die Kosten unverhältnismäßig sind, ist auf Grund einer **umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls** unter Berücksichtigung der in § 439 III BGB genannten Kriterien festzustellen.
3. Bei Grundstückskaufverträgen kann als erster Anhaltspunkt davon ausgegangen werden, dass die Kosten der Mängelbeseitigung unverhältnismäßig sind, wenn sie entweder den **Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand** oder **200 % des mangelbedingten Minderwerts** übersteigen.
4. Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten kommt es auf den **Beginn der Mängelbeseitigung durch den Käufer** an. Stellt sich während deren Ausführung heraus, dass die Kosten höher als erwartet sind, steht dies einer Ersatzpflicht nur entgegen, wenn ein wirtschaftlich denkender Käufer die Arbeiten auch unter Berücksichtigung der bereits angefallenen Kosten nicht fortführen würde bzw. fortgeführt hätte.

Fall: Mit notariellem Vertrag vom 29.03.2004 kauften die Kl. und Dr. V von den Bekl. ein mit einem Mietshaus bebautes Grundstück zu einem Preis von 260.000 Euro. In dem Kaufvertrag garantierten die Verkäufer, dass der Dachstuhl des Vorderhauses und des Seitenflügels nicht von Holzbock befallen ist und die Beseitigung eines durch ein holzschutztechnisches Gutachten festgestellten Anobienbefalls einen Kostenaufwand von höchstens 2.500 Euro brutto erfordert. Im Übrigen wurde ein Ausschluss der Haftung für Sachmängel vereinbart. Nach der Übergabe des Grundstücks stellte sich heraus, dass der Dachbereich mit echtem Hausschwamm befallen war. Dr. V, an den die Kl. ihre Ansprüche abgetreten hatte, nahm die Bekl. auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch, woraufhin zunächst deren Schadensersatzpflicht dem Grunde nach festgestellt wurde. In dem Betragsverfahren wurden die Bekl. durch Teilurteil vom 28.06.2007 zur Zahlung von 89.129,86 Euro (85.231,67 Euro Sanierungskosten auf Gutachtenbasis für Holzbauteile Dachgeschoss, Balkenanlagen und Dachverband; 3898,19 Euro Sachverständigenkosten) verurteilt. Ferner wurde festgestellt, dass die Bekl. verpflichtet sind, Dr. V auch den weitergehenden Schaden zu ersetzen, der darauf zurückzuführen ist, dass das Haus mit echtem Hausschwamm befallen ist und deshalb Sanierungsarbeiten durchgeführt werden müssen. Mit Schlussurteil vom 23.04.2009 wurden die Bekl. zur Zahlung weiterer 45.000 Euro als Ausgleich des nach der Schwammsanierung verbleibenden merkantilen Minderwerts verurteilt. Alle vorgenannten Urteile sind rechtskräftig. Dr. V trat seine Ansprüche an die Kl. ab, die die Bekl. auf Zahlung von weitergehendem Schadensersatz in Anspruch nimmt. Im Rahmen der Schwammbeseitigungsmaßnahmen seien weitere Sanierungskosten i.H.v. 499.728,86 Euro angefallen bzw. noch zu erwarten (Sanierung von Wohnungen und Fassade, Mietausfall, Auslagerungs- und Sachverständigenkosten; Umsatzsteuer für die zwischenzeitlich durchgeführte Sanierung der Holzbauteile). Diese hätten die Bekl. ebenso zu ersetzen wie vorgerichtliche Anwaltskosten i.H.v. 5.371,66 Euro. Besteht ein entsprechender Anspruch?

I. Wirkung des Grundurteils

Zunächst stellt sich die Frage, ob das zugunsten von Dr. V ergangene Urteil über die Haftung der Bekl. dem Grunde nach auch für die Kl. gilt. Dies ist der Fall, wenn sich die Rechtskraft des Feststellungsurteils im Vorprozess auf die Kl. als Rechtsnachfolgerin von Dr. V erstreckt.

„[Die] Verpflichtung der Bekl. zur Zahlung von Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, 281 I 1 BGB über den bisher zugesprochenen Betrag hinaus wegen des rechtskräftigen Teilurteils vom 28.6.2007 [steht fest]. Danach haben sie den weiteren Schaden zu ersetzen, welcher darauf zurückzuführen ist, dass das Objekt mit echtem Hausschwamm befallen ist und deshalb Sanierungsarbeiten durchgeführt werden müssen. Die Rechtskraft dieses Urteils, das Dr. V gegen die Bekl. erstritten hat, wirkt gem. § 325 I ZPO auch zu Gunsten der Kl. (vgl. BGH, NJW 1983, 2032).“ (BGH aaO)

II. Höhe des zu ersetzenden Schadens

Fraglich ist jedoch, ob die Bekl. dem Kl. auch Ersatz in der geltend gemachten Höhe schulden.

1. Kausalität zwischen Mietausfällen/Auslagerungskosten und Mangel

Soweit der Kl. Mietausfälle und Auslagerungskosten geltend macht, wären diese durch die ohnehin erforderliche Sanierung möglicher Weise ohnehin angefallen. Es stellt sich also die Frage, ob diese Schadensposten überhaupt kausal auf den hier relevanten Befall mit echtem Hausschwamm zurückzuführen sind.

*„Nach allgemeinen Grundsätzen ist es Sache der Kl., darzulegen und zu beweisen, dass diese **Kosten durch den Schwammbefall bedingt sind** und nicht – wie von den Bekl. behauptet – **bereits im Rahmen der parallel erfolgenden Komplettsanierung des Gebäudes anfallen.**“ (BGH aaO)*

Allerdings könnte hier eine Korrektur der sine-qua-non-Formel unter dem Gesichtspunkt der Doppelkausalität in Betracht kommen.

a) zwei äußere Ursachen

*„Eine Doppelkausalität wird angenommen, wenn **zwei Umstände** einen Schaden verursachen und **jeder für sich allein ausgereicht hätte, den ganzen Schaden zu verursachen.** Dann sind beide Umstände als ursächlich zu behandeln (Senat, NJW 2004, 2526 [2528]; BGH, NJW 2013, 2018 Rn. 27 m.w.N.). Dafür ist nicht erforderlich, dass die Schädigung durch zwei verschiedene Personen erfolgt. Es genügt, wenn **eine Person zwei Ursachen setzt**, welche jede für sich den vollen Schaden herbeigeführt hätte (Senat, NJW 2004, 2526 [2528]; BGH, NJW 2013, 2018 Rn. 27). Auch steht der Annahme einer Doppelkausalität nicht entgegen, dass sich der Geschädigte das Verhalten des einen Schädigers im Verhältnis zum anderen Schädiger als eigenes anrechnen lassen muss (BGH, NJW 2013, 2018 Rn. 26 f.). In all diesen Fällen besteht ein Bedürfnis für eine **wertungsmäßige Korrektur der Äquivalenztheorie**, um zu verhindern, dass von zwei schädigenden Ereignissen letztlich keines zu einer Haftung führt.“ (BGH aaO)*

b) Hinzutreten einer eigenen Handlung des Geschädigten

*„Anders liegt es jedoch bei dem Verhältnis **einer von außen gesetzten möglichen Schadensursache und einer eigenen Handlung des Geschädigten.** Hier geht es nicht darum, dass die Anwendung der Äquivalenztheorie auf zwei mögliche Schadensursachen zu einer sachwidrigen Verneinung jeglicher Haftung führen würde. Vielmehr muss in diesen Fällen unter Anwendung des im Ansatz **subjektbezogenen Schadensbegriffs** (vgl. Senat, NJW 1998, 302 [304]; BGHZ 115, 364 [36] = NJW 1992, 302) festgestellt werden, inwieweit sich eine schädigende Handlung bei dem Geschädigten überhaupt nachteilig ausgewirkt hat. Einer wertenden Korrektur der Äquivalenztheorie bedarf es hier nicht.“ (BGH aaO)*

c) Anwendung auf den Fall

Der Kl. hatte hier die Sanierung des Mietshauses ohnehin geplant, so dass es zu den Mietausfällen und Auslagerungskosten gekommen wäre.

*„War die Komplettsanierung des gekauften Mietshauses ohnehin erforderlich und von den Käufern geplant, **beruhen** die damit verbundenen **Kosten nicht auf einem weiteren schädigenden Ereignis**, welches neben die mangelhafte Leistung der Bekl. tritt. Indem die Kl. die Schwammsanierungsarbeiten im Rahmen dieser Arbeiten ausführen ließ und damit weitere Mietausfälle sowie Ein- und Auslagerungskosten vermied, genügte sie lediglich ihrer Schadensminderungspflicht gem. § 254 II 1 BGB.“ (BGH aaO)*

2. Ersparen eigener Aufwendungen

Bei der Berechnung der Höhe eines ersatzfähigen Schadens muss sich ein Geschädigter anrechnen lassen, dass er durch die Schadensbeseitigung eigene Aufwendungen erspart, die er ohne schädigendes Ereignis ohnehin hätte aufbringen müssen.

*„Sofern die zur Behebung des Mangels erforderlichen Arbeiten von den Käufern auch bei einer mangelfreien Leistung durchgeführt worden wären, ist dies unter dem Gesichtspunkt der **Vorteilsausgleichung** zu berücksichtigen. Nach dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot soll der **Geschädigte nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde** (BGHZ 173, 83 = NJW 2007, 2695 Rn. 18 m.w.N.; vgl. Senat, NJW-RR 2013, 825 Rn. 11). Im Kaufrecht führt dies dazu, dass der Käufer einer mangelhaften Sache grundsätzlich nicht besser stehen darf, als er bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung stünde (BGH, NJW-RR 2013, 825 Rn. 13, 16).*

***Schadensmindernd** zu berücksichtigen sind jedoch nur solche Vorteile, deren Anrechnung mit dem jeweiligen **Zweck des Ersatzanspruchs** übereinstimmt, so dass sie dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unbillig entlastet. Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein (BGH, NJW-RR 2004, 79 [80] = NZM 2004, 100; BGHZ 173, 83 = NJW 2007, 2695 Rn. 18 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen regelmäßig vor, soweit der Geschädigte durch die Schadensbeseitigung **eigene Aufwendungen erspart** (Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2005, § 249 Rn. 168; Schubert in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 249 Rn. 137 m.w.N.; Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., vor 249 Rn. 93; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., 503 f.).“ (BGH aaO)*

Im vorliegenden Fall führt die Beseitigung des Schwammbefalls dazu, dass auch Sanierungsarbeiten durchgeführt werden, welche ohnehin geplant waren. Die dadurch ersparten eigenen Aufwendungen muss sich die Kl. von den Mängelbeseitigungskosten, welche den gesamten zur Mängelbeseitigung erforderlichen Betrag umfassen, abziehen lassen.

„Der Vorteilsausgleich beruht auf dem **Gedanken von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) und erfordert eine wertende Betrachtung (BGHZ 198, 150 = NJW 2013, 3297 Rn. 22; BGHZ 173, 83 = NJW 2007, 2695 Rn. 18 m.w.N.). Für die Kl. wäre es ein unverdienter Vorteil, wenn sie die ohnehin vorgesehenen Sanierungsarbeiten teilweise auf Kosten der Bekl. durchführen könnte.“ (BGH aaO)

3. Abzug neu für alt

Darüber hinaus ist im Schadensrecht eine Vorteilsausgleichung anerkannt, wenn ein Geschädigter nach der Schadensbeseitigung einen besseren Zustand erreicht, als zuvor (sog. Abzug „neu für alt“).

„Ein solcher kommt in Betracht, soweit die Kosten der Schwammbeseitigung nach dem Vorstehenden ersatzfähig sind, also nicht für Maßnahmen anfallen, welche von den Käufern im Rahmen einer ohnehin vorgesehenen Sanierung durchgeführt werden sollten und zu einer Wertsteigerung des Grundstücks führen.... Unter anderem müssen zur Schwammbeseitigung auch Küchen und Bäder zerstört und wieder aufgebaut sowie Elektro-, Klempner- und Fliesenarbeiten durchgeführt werden. Dass es dadurch zu einer **Wertsteigerung** kommen kann, liegt auf der Hand und kann mit der Argumentation des BerGer., welche sich nur auf das Dachgebälk bezieht, nicht in Abrede gestellt werden.“ (BGH aaO)

4. Begrenzung des Schadensersatzes wegen Unverhältnismäßigkeit

Schließlich stellt sich die Frage, ob ein Schadensersatz wegen entstandener Mängelbeseitigungskosten auch durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt sein kann.

a) Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage für den Ersatz der Mängelbeseitigungskosten ist §§ 437 Nr. 3, 280 I, 281 I 1 BGB (sog. kleiner Schadensersatz).

„Nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB ... hat der Käufer bei Vorliegen eines Mangels hingegen einen **Anspruch auf Nacherfüllung** (BGB, BGHZ 193, 326 = NJW 2012, 2793 Rn. 32), welche nach seiner Wahl in Form der Beseitigung des Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache erfolgen kann. Unterbleibt die Nacherfüllung und steht dem Käufer ein Schadensersatzanspruch zu, so kann er im Rahmen des kleinen Schadensersatzes Ausgleich des **mangelbedingten Minderwerts oder Ersatz der Mängelbeseitigungskosten** verlangen (vgl. Senat, BGHZ 193, 326 = NJW 2012, 2793 Rn. 31; zum Werkvertragsrecht BGH, NJW 2013, 370 Rn. 10 m.w.N.).“ (BGH aaO)

b) Begrenzung auf unverhältnismäßige Kosten

Anders als im Werkvertragsrecht war es bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden, es sich auswirkt, wenn die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten unverhältnismäßig sind. In Betracht kommt in einem solchen Fall die Begrenzung auf den Ersatz des mangelbedingten Minderwertes.

„Auszugehen ist davon, dass ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Mängel der Kaufsache auch dann gegeben ist, wenn der **Verkäufer zu Recht** nach § 439 III BGB **einwendet**, sie **nicht beseitigen zu müssen**, weil dies nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Der Gesetzgeber wollte auch für diesen Fall einen **Schadensersatzanspruch statt der Leistung** unter den Voraussetzungen von §§ 280 I, 281 BGB eröffnen. Das ergibt sich aus § 440 BGB, wonach es zur Entstehung des Schadensersatzanspruchs grundsätzlich einer Fristsetzung nicht bedarf, wenn der Käufer die Nacherfüllung gem. § 439 III BGB verweigert (BT-Drs. 14/4060, 232; vgl. zum Werkvertragsrecht BGH, NJW 2013, 370 Rn. 8).

Der Schadensersatzanspruch ist aber in entsprechender Anwendung des § 251 II 1 BGB auf den **Ersatz des mangelbedingten Minderwerts** der Kaufsache beschränkt. Grund ist der mit § 439 III BGB beabsichtigte Schutz des Verkäufers (s. BT-Drs. 14/6040, 232). Der Verkäufer, der die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern darf, kann nicht im Wege des Schadensersatzes verpflichtet sein, diese Kosten zu tragen. Der Umstand, dass der Schadensersatzanspruch anders als der Nacherfüllungsanspruch ein Vertreten müssen des Verkäufers voraussetzt, führt zu keiner anderen Beurteilung. Im Werkvertragsrecht entspricht es ständiger Rechtsprechung des BGH, dass bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit nach § 635 III BGB das Verschulden des Unternehmers zu berücksichtigen ist (BGH, NJW 2013, 370 Rn. 12 m.w.N.). Für das Kaufrecht gilt nichts anderes. Hat der Verkäufer den Mangel zu vertreten, so ist dies in die nach § 439 III BGB vorzunehmende Abwägung einzustellen.“

Eine Beschränkung des Schadensersatzes auf eine Erstattung der **Mängelbeseitigungskosten in Höhe eines angemessenen Betrags** kommt nicht in Betracht. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat dies zwar für die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs im Wege der Rechtsfortbildung zur Herstellung eines richtlinienkonformen Ergebnisses angenommen (BGHZ 192, 148 = NJW 2012, 1073 Rn. 35, 54). Die Voraussetzungen für eine

derartige Beschränkung der Ersatzpflicht sind im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht gegeben. Bei dem hier in Rede stehenden Vertrag handelt es sich weder um einen Verbrauchsgüterkauf noch ist eine Regelungslücke gegeben. Kann der Verkäufer die Nachbesserung nach § 439 III BGB verweigern, ist es folgerichtig, ihn schadensersatzrechtlich nicht für einen Teil der Mängelbeseitigungskosten einstehen zu lassen, sondern den Schadensersatz auf die Höhe der Differenz des Wertes der Kaufsache in mangelfreiem und in mangelhaftem Zustand zu beschränken (zum Werkvertragsrecht BGH, NJW 2013, 370 Rn. 12; vgl. auch NZM 2010, 442 Rn. 11 f.).“ (BGH aaO)

c) Maßstab für Unverhältnismäßigkeit

Findet bei Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten eine Begrenzung auf den mangelbedingten Minderwert statt, so stellt sich die Frage, ab welcher Grenze dies anzunehmen ist.

aa) Bildung von Grenzwerten

„Verschiedentlich wird für die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit an den Wert der Kaufsache in mangelfreiem Zustand angeknüpft und hiervon ausgehend der Versuch unternommen, Grenzwerte zu bilden. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO)

bb) Einzelfallabwägung

Der BGH hält starre Grenzwert für untauglich und stellt auf eine Einzelfallabwägung ab.

„Starre Grenzwerte können diese umfassende Interessenabwägung nicht ersetzen. Allerdings bieten **Grenzwerte** in Form einer Faustregel einen **ersten Anhaltspunkt** und dienen damit der Rechtssicherheit (vgl. BGH, NJW 2009, 1660 Rn. 15). Bei Grundstückskaufverträgen kann als erster Anhaltspunkt davon ausgegangen werden, dass ein Anspruch auf Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten dann verweigert werden kann, wenn sie entweder den **Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand oder 200 % des mangelbedingten Minderwerts** übersteigen.

Der Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand bietet ... nicht stets einen geeigneten Anhaltspunkt. Liegen Mängel vor, die sich beispielsweise nur auf das Gebäude, nicht aber auf Grund und Boden auswirken oder die nur einen Teil des Gebäudes betreffen, stellt der Wert des mangelfreien Grundstücks unter Umständen kein ausreichendes Kriterium zur Begrenzung der Mängelbeseitigungskosten unter dem Gesichtspunkt der Unverhältnismäßigkeit dar. Da § 439 III 2 BGB auf die Bedeutung des Mangels abstellt und diese sich in dem mangelbedingten Minderwert des Grundstücks niederschlägt, bildet auch dieser Wert einen geeigneten Anhaltspunkt für eine Eingrenzung. Mängelbeseitigungskosten, die mehr als 200 % des mangelbedingten Minderwerts betragen, werden in der Regel nicht mehr als verhältnismäßig anzusehen sein (vgl. BGH, NJW 2009, 1660 Rn. 15 f.).

Allerdings geben die genannten Werte nur einen **ersten Anhaltspunkt** für die Annahme einer Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung. Maßgeblich bleibt eine **umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls**. Bei dieser ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat. In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen (BGH, NJW 2006, 2399 = NZM 2010, 442 Rn. 24; Senat, NJW 1988, 699 [700]; BGHZ 62, 388 [39] = NJW 1974, 1552) oder sonstigem schweren Verschulden (Senat, NJW 1970, 1180 [1181]; BGHZ 59, 365 [36] = NJW 1973, 138) dem Schuldner auch sonst unverhältnismäßige Aufwendungen zuzumuten sind. Wie weit dies im Einzelfall gehen kann, bedarf ebenso wenig der Entscheidung wie die Frage, ob ein besonderes Interesse des Käufers an der Nacherfüllung zu berücksichtigen ist. Die Bekl. haften vorliegend nicht wegen des arglistigen Verschweigens eines Mangels; auch ist ein besonderes Interesse der Kl. an einer Nacherfüllung weder festgestellt noch geltend gemacht worden.“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis

„Ausgehend von den bisherigen Feststellungen des BerGer., wonach das Gesamtobjekt im Zustand des Befalls mit echtem Hausschwamm einen Zeitwert von 507.202 Euro hat und der Zeitwert des Gesamtobjekts ohne Hausschwammbefall bei (mindestens) 600.000 Euro liegt, kommt ernsthaft in Betracht, dass die Mängelbeseitigungskosten den mangelbedingten Minderwert von mehr als 200 % übersteigen und damit unverhältnismäßig sind.

Da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, muss das Berufungsurteil aufgehoben (§ 562 I ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückverwiesen werden (§ 563 I 1 ZPO).“ (BGH aaO)

Täter-Opfer-Ausgleich nach § 46a StGB
gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr

(BGH in FD-StrVR 2015, 365748; Urteil vom 04.12.2014 - 4 StR 213/14)

1. Im Gegensatz zu § 46a Nr. 2 StGB, der vorwiegend den materiellen Schadensausgleich betrifft und deshalb hier nicht einschlägig ist, zielt **§ 46a Nr. 1 StGB** vorrangig auf den Ausgleich der **immateriellen Folgen einer Straftat**.
2. Dazu bedarf es eines **kommunikativen Prozesses** zwischen Täter und Opfer, der auf einen umfassenden, **friedensstiftenden Ausgleich** der durch die Straftat verursachten Folgen angelegt ist.
3. § 315b StGB schützt die **Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs**. Die in der Norm aufgezählten **Individualrechtsgüter** (Leben, Gesundheit und bedeutende Sachwerte der durch den Eingriff betroffenen Verkehrsteilnehmer) werden dabei **lediglich faktisch mit geschützt**.
4. Der **vertypte Strafmilderungsgrund** des § 46a Nr. 1 StGB ist auf den vorsätzlichen Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315b StGB nicht anwendbar.

Fall: Nach den Feststellungen befuhr der alkoholbedingt fahruntüchtige Angeklagte mit seinem Pkw öffentliche Straßen, obwohl er die dazu erforderliche Fahrerlaubnis nicht hatte. Als er einer Polizeikontrolle unterzogen werden sollte, ergriff er mit seinem Pkw die Flucht. Nachdem er an einer Einmündung anhalten musste, weil sich ihm der Zeuge S. mit seinem Pkw quer in den Weg gestellt hatte, stoppten die verfolgenden Polizeibeamten ihr Dienstfahrzeug hinter seinem Wagen. Die Polizeibeamtin W. stieg aus, klopfte an die Beifahrertür des Pkw des Angeklagten und verlangte deren Öffnung. Der Angeklagte leistete der Aufforderung keine Folge. Stattdessen rangierte er sein Fahrzeug mehrmals hin und her. Dabei fuhr er der zurückweichenden Polizeibeamtin W. über den rechten Fuß und stieß gegen das Dienstfahrzeug der Polizei, wodurch ein Sachschaden in Höhe von 1.136,01 Euro entstand. Die Polizeibeamtin W. trat daraufhin vor den Pkw des Angeklagten und forderte ihn aus einem Abstand von zwei bis vier Metern zum Anhalten auf. Der Angeklagte fuhr nun, auch diese Aufforderung missachtend, mit Vollgas an und flüchtete, indem er durch eine zwischen dem Bordstein und dem Pkw des Zeugen S. bestehende etwa 1,6 Meter breite Lücke hindurchfuhr. Die Polizeibeamtin W. konnte sich durch einen Sprung zur Seite in Sicherheit bringen. Dabei wurde sie von der vorderen rechten Stoßstange des Pkw des Angeklagten erfasst und leicht verletzt. Dem Angeklagten kam es bei seinem Vorgehen allein darauf an, sich der Polizeikontrolle zu entziehen. Als möglich erkannte Verletzungen der Polizeibeamtin W. und eine Beschädigung des Dienstfahrzeugs der Polizei nahm er jeweils billigend in Kauf. Auf seiner weiteren Fluchtfahrt stieß der Angeklagte mit seinem Pkw gegen einen Omnibus (Sachschaden 2.613,01 Euro) und fuhr danach, obgleich er den Anstoß bemerkt hatte, ohne anzuhalten weiter.

Das Landgericht hatte den Angeklagten im ersten Rechtsgang mit Urteil vom 25.04.2013 wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, vorsätzlichem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr, Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte, fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr, unerlaubtem Entfernen vom Unfallort in zwei tateinheitlichen Fällen, vorsätzlichem Fahren ohne Fahrerlaubnis und Sachbeschädigung in Tateinheit mit falscher uneidlicher Aussage in zwei Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit versuchter Strafvereitelung, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt und die Verwaltungsbehörde angewiesen, ihm vor Ablauf von drei Jahren keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen. Außerdem hatte es ihn auf sein Anerkenntnis hin dazu verurteilt, an die Polizeibeamtin W. als Adhäsionsklägerin ein Schmerzensgeld in Höhe von 800 Euro zu bezahlen. Auf seine Revision hob der Senat mit Beschluss vom 09.10.2013 die Verurteilung wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung u. a. sowie den Gesamtstrafen- und den Maßregelausspruch auf und verwies die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück. Die weiter gehende Revision wurde verworfen.

Das im zweiten Rechtsgang zuständige Landgericht hat in dem mit bedingtem Schädigungsvorsatz erfolgten Zufahren auf die Polizeibeamtin W. und ihrer sich anschließenden Verletzung einen vorsätzlichen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b I Nr. 3, III i.V.m. § 315 III Nr. 1b StGB, eine gefährliche Körperverletzung gemäß § 224 I Nr. 2 StGB und einen Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte gemäß § 113 I StGB gesehen. Im Übrigen hat es das Verhalten des Angeklagten als Sachbeschädigung gemäß § 303 I StGB (Beschädigung des Polizeifahrzeugs), fahrlässige Trunkenheit im Verkehr (§ 316 I, II StGB), unerlaubtes Entfernen vom Unfallort in zwei tateinheitlichen Fällen (§ 142 I StGB) und vorsätzliches Fahren ohne Fahrerlaubnis (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG) gewertet. In konkurrenzrechtlicher Hinsicht ist es davon ausgegangen, dass alle Delikte zueinander im Verhältnis der Tateinheit gemäß § 52 I StGB (natürliche Handlungseinheit) stehen. Es hat den Angeklagten nunmehr wegen vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte, fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr, unerlaubtem Entfernen vom Unfallort in zwei tateinheitlichen Fällen, vorsätzlichem Fahren ohne Fahrerlaubnis und Sachbeschädigung verurteilt (Einzelstrafe: zwei Jahre und drei Monate Freiheitsstrafe) und mit den rechtskräftigen Einzelstrafen (acht und zehn Monate Freiheitsstrafe) aus der im ersten Rechtsgang erfolgten Verurteilung wegen falscher uneidlicher Aussage in zwei

Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit versuchter Strafvareitelung, eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren gebildet. Außerdem hat es die Verwaltungsbehörde angewiesen, dem Angeklagten vor Ablauf von zwei Jahren keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen. Der Angeklagte hat sich in der Hauptverhandlung im zweiten Rechtsgang bei der von ihm verletzten Polizeibeamtin W. entschuldigt und das bereits im ersten Rechtsgang anerkannte Schmerzensgeld an sie bezahlt. Mit seiner auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten Revision macht der Angeklagte unter anderem geltend, dass bei der Bestimmung der Einzelstrafe für die als vorsätzlichen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung u.a. bewertete Tat der Strafmildierungsgrund des § 46a Nr. 1 StGB nicht in Betracht gezogen worden sei. Zu Recht?

Fraglich ist, ob das Landgericht bei der Bemessung der Strafe für die als vorsätzlichen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung u.a. bewertete Tat nach § 52 II 1 StGB den Strafraum des § 315b III StGB zu Grunde legen durfte, ohne den Strafraum nach § 46a Nr. 1 StGB zu mildern.

1. Anwendbarkeit des § 46a Nr. 1 StGB auf § 315b StGB

Dies setzt voraus, dass diese Vorschrift auf § 315b StGB überhaupt anwendbar ist.

a) Regelungszweck des § 46a StGB

„Obgleich § 46a StGB nach seinem **Wortlaut** in beiden Varianten **für alle Delikte** gilt (BGH, Beschluss vom 18.08.2009 - 2 StR 244/09, NStZ-RR 2009, 369), können sich aus den verschiedenen tatbestandlichen Voraussetzungen, die in den Nummern 1 und 2 der Bestimmung festgeschrieben sind, **Anwendungsbeschränkungen** ergeben (vgl. BGH, Beschluss vom 02.05.1995 - 5 StR 156/95, NStZ 1995, 492). Im Gegensatz zu § 46a Nr. 2 StGB, der vorwiegend den **materiellen Schadensausgleich** betrifft und deshalb hier nicht einschlägig ist, zielt § 46a Nr. 1 StGB vorrangig auf den **Ausgleich der immateriellen Folgen einer Straftat** ab (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 08.08.2012 - 2 StR 526/11, NJW 2013, 483 Tz. 17; Beschluss vom 02.05.1995 - 5 StR 156/95, NStZ 1995, 492).

Dazu bedarf es eines kommunikativen Prozesses zwischen Täter und Opfer, der auf einen **umfassenden, friedensstiftenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen** angelegt ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 23.05.2013 - 4 StR 109/13, Rn. 11; Urteil vom 12.01.2012 - 4 StR 290/11, NStZ 2012, 439; Urteil vom 19.12.2002 - 1 StR 405/02, BGHSt 48, 134, 142 f.; Fischer, StGB, 62. Aufl., § 46a Rn. 10a m.w.N.). Dafür ist eine von beiden Seiten akzeptierte, **ernsthaft mitgetragene Regelung** Voraussetzung. Das Bemühen des Täters muss Ausdruck der Übernahme von Verantwortung sein und das Opfer muss die Leistung des Täters als friedensstiftenden Ausgleich akzeptieren (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 12.01.2012 - 4 StR 290/11, NStZ 2012, 439, 440; Urteil vom 19.10.2011 - 2 StR 344/11, BGHR StGB § 46a Nr. 1 Ausgleich 8; Urteil vom 27.08.2002 - 1 StR 204/02, BGHR StGB § 46a Nr. 1 Ausgleich 6). Dies und der Wortlaut des § 46a Nr. 1 StGB schließen eine Anwendung dieser Vorschrift auf "opferlose" Delikte aus (weiter gehend in Bezug auf eine juristische Person, BGH, Urteil vom 18.11.1999 - 4 StR 435/99, NStZ 2000, 205).“ (BGH aaO)

b) Möglichkeit der Zweckerreichung bei § 315b StGB

Fraglich ist, ob angesichts dieses **Regelungszwecks** eine Anwendung auf § 315b StGB anzunehmen ist. Dies kommt nur in Betracht, wenn unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm ein friedensstiftender Ausgleich zwischen Täter und Opfer überhaupt in Betracht kommt.

„§ 315b StGB schützt die **Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs** (BGH, Beschluss vom 08.06.2004 - 4 StR 160/04, NStZ 2004, 625; Urteil vom 04.12.2002 - 4 StR 103/02, BGHSt 48, 119, 123; Beschluss vom 23.05.1989 - 4 StR 190/89, NJW 1989, 2550; Urteil vom 21.05.1981 - 4 StR 240/81, VRS 61, 122, 123; König in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 315b Rn. 3 und § 315 Rn. 4 m.w.N.). Die in der Norm aufgezählten **Individualrechtsgüter** (Leben, Gesundheit und bedeutende Sachwerte der durch den Eingriff betroffenen Verkehrsteilnehmer) werden dabei **lediglich faktisch mit geschützt** (BGH, Urteil vom 04.12.2002 - 4 StR 103/02, BGHSt 48, 119, 123; Beschluss vom 14.05.1970 - 4 StR 131/69, BGHSt 23, 261, 264 zu § 315c StGB; SSW-StGB/Ernemann, 2. Aufl., § 315b Rn. 1; König in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 315b Rn. 3 und § 315 Rn. 5). Auch wenn § 315b StGB voraussetzt, dass sich die durch die tatbestandliche Handlung begründete **abstrakte Gefahr** für die Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs **zu einer konkreten Gefahr** für eines der genannten Individualrechtsgüter **verdichtet** hat (vgl. BGH, Urteil vom 04.12.2002 - 4 StR 103/02, BGHSt 48, 119, 122; SSW-StGB/Ernemann, 2. Aufl., § 315b Rn. 5) und der Täter bei Eingriffen innerhalb des fließenden Verkehrs mit einem zumindest **bedingten Schädigungsvorsatz** gehandelt haben muss (BGH, Beschluss vom 05.11.2013 - 4 StR 454/13, NStZ 2014, 86, 87; Beschluss vom 18.06.2013 - 4 StR 145/13, VRR 2013, 387, 388; Urteil vom 20.02.2003 - 4 StR 228/02, BGHSt 48, 233, 237 f.), werden die **betroffenen Verkehrsteilnehmer** dadurch **nicht zum Träger des bestimmenden Rechtsguts**. Ein zwischen ihnen und dem Täter durchgeführter dialogischer Ausgleichsprozess kann daher grundsätzlich weder zu einem friedensstiftenden Ausgleich der durch die Straftat veranlassten Folgen, noch - wie dies von § 46a Nr. 1 StGB vorausgesetzt wird - zu einer Lösung des der Tat zugrunde liegenden Gesamtkonflikts führen (im Ergebnis wie hier Theune in LK-StGB, 12. Aufl., § 46a Rn. 21; MüKo-StGB/Maier, 2. Aufl., § 46a Rn. 3; NK-StGB/Streng, 4. Aufl., § 46a Rn. 10; Schönke/Schröder-Stree/Kinzig, StGB, 29. Aufl., § 46a Rn. 4a; a.A. Fischer, StGB, 62. Aufl., § 46a Rn. 8; SSW-StGB/Eschelbach, 2. Aufl., § 46a Rn. 20; Kaspar/Weiler/Schlickum, Der Täter-Opfer-Ausgleich, 2014, S. 26 jeweils zu § 315c StGB; Maiwald, GA 2005, 339, 345;

Pielsticker, § 46a StGB - Revisionsfalle oder sinnvolle Bereicherung des Sanktionenrechts?, 2004, S. 118; Kasperek, Zur Auslegung und Anwendung des § 46a StGB, 2002, S. 65 f.; Schöch, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 309, 333 f.). Hiermit steht in Einklang, dass der Bundesgerichtshof einen Täter-Opfer-Ausgleich nach § 46a Nr. 1 StGB sowohl bei der Rechtsbeugung gemäß § 339 StGB (Urteil vom 4. April 2001 - 5 StR 68/01, BGHR StGB § 339 DDR-Richter 2, nicht tragend entschieden), als auch bei Steuerdelikten (Beschluss vom 25.10.2000 - 5 StR 399/00, NStZ 2001, 200, 201; Beschluss vom 18.05.2011 - 1 StR 209/11, wistra 2011, 346) für ausgeschlossen erachtet hat, weil diese Delikte nur Gemeinschaftsrechtsgüter schützen und - im Fall der Rechtsbeugung - Individualinteressen allenfalls mittelbar geschützt werden. Soweit der Senat in einer früheren Entscheidung eine Anwendung des § 46a StGB bei einer Verurteilung wegen vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr, gefährlicher Körperverletzung u.a. für zulässig erachtet hat, betraf dies einen Fall des § 46a Nr. 2 StGB (Beschluss vom 17.01.1995 - 4 StR 755/94, NStZ 1995, 284).“ (BGH aaO)

Der vertypte Strafmilderungsgrund des § 46a Nr. 1 StGB ist auf den vorsätzlichen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315b StGB nicht anwendbar.

2. Anwendbarkeit des § 46a Nr. 1 StGB wegen Tateinheit mit § 224 I Nr. 2 StGB

Allerdings wurde der Angeklagte hier im Zusammenhang mit dem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr tateinheitlich auch wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt, hinsichtlich derer eine Anwendung von § 46a Nr. 1 StGB grundsätzlich in Betracht kommt und insoweit ein Täter-Opfer-Ausgleich (Entschuldigung und Zahlung von Schmerzensgeld) erfolgt ist.

*„Bezugspunkt für den Täter-Opfer-Ausgleich nach § 46a Nr. 1 StGB, soweit er zu einem vertypten Strafmilderungsgrund führt, ist - wie bei anderen vertypten Strafmilderungsgründen grundsätzlich auch - der **konkret verwirklichte Straftatbestand**. Hat der Täter - wie hier - tateinheitlich mehrere Delikte begangen, führt dies dazu, dass im **Hinblick auf jede der konkurrierenden Gesetzesverletzungen** gesondert zu prüfen ist, inwieweit ein die Anwendung von § 46a Nr. 1 StGB ermöglichender Opferbezug besteht und - bejahendenfalls - ob ein gelungener Ausgleich mit dem betroffenen Opfer erfolgt ist. Ist dies **lediglich in Bezug auf eines oder mehrere der konkurrierenden Delikte** der Fall, kann dem Täter § 46a StGB als vertypter Strafmilderungsgrund auch nur insoweit zugutekommen.*

*Eine Ausnahme hiervon ist nicht geboten. Zwar wird unter diesen Umständen für einen Täter nur ein eingeschränkter Anreiz für Ausgleichsbemühungen bestehen, wenn ihm - wie hier - in Tateinheit zu einem dem Täter-Opfer-Ausgleich zugänglichen Delikt auch noch ein zumindest **gleichgewichtiges „opferloses“ Delikt** zur Last liegt (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1996, 3286 zu § 46a Nr. 2 StGB bei einer Verurteilung wegen Betrugs in Tateinheit mit Urkundenfälschung; Theune in LK-StGB, 12. Aufl., § 46a Rn. 49 f.; dagegen SSW-StGB/Eschelbach, 2. Aufl., § 46a Rn. 23 [keine Milderungsmöglichkeit auch hinsichtlich des opferbezogenen Delikts]; noch weiter gehend Kepspe, Täter Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung, 2011, S. 96). Dieser Einwand vermag aber mit Rücksicht auf die systematische Einordnung von § 46a Nr. 1 StGB als **vertypter Strafmilderungsgrund** nicht zu überzeugen. Im Übrigen sind Wiedergutmachungsleistungen und Ausgleichsbemühungen, die in Bezug auf die Folgen eines tateinheitlich begangenes Delikt erbracht wurden, dessen Strafandrohung nicht die nach § 52 II 1 StGB Maßgebliche ist, bei der **konkreten Strafzumessung** nach § 46 II StGB zu berücksichtigen.“ (BGH aaO)*

III. Ergebnis

Im Hinblick auf § 315b StGB musste keine Berücksichtigung des Strafmilderungsgrundes nach § 46 Nr. 1 StGB erfolgen.

StGB
§ 240 II**Nötigung durch Anketten bei Demonstration**
Verwerflichkeitsprüfung

StR BT

(OLG Karlsruhe FD-StrafR 2015, 366641; Beschluss vom 08.01.2015 - 1 (8) Ss 510/13 - AK 160/13)

1. Das das **Sich-Anketten** an einem Tor erfüllt das Tatbestandsmerkmal der **Gewalt** i. S. d. § 240 StGB, weil durch **eigene Kraftentfaltung** ein auch **körperlich wirkendes Hindernis** geschaffen wird.
2. Die **Verwerflichkeitsprüfung** des § 240 II StGB erfordert eine umfassende Abwägung hinsichtlich der **Mittel-Zweck-Relation**.
3. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestehen bei **Blockadeaktionen**, mit denen mit **allgemein-politischer Zielsetzung** ein **kommunikatives Anliegen** verfolgt wird, zum Schutz des Grundrechts der Versammlungsfreiheit vor übermäßiger und unangemessener Sanktion **besondere Anforderungen** für die Anwendung und Auslegung des Verwerflichkeitsklausel des § 240 II StGB.

Fall: Nach den von der Strafkammer getroffenen Feststellungen fand in der Nacht vom 15.02.2011 auf den 16.02.2011 durch Bahnverkehr ein Transport von fünf Spezialbehältern mit in sog. „High Active Waste (HAW) - Glaskokillen“ befindlichem radioaktivem Material - sog. Castoren - vom Gelände des K. Instituts für Technologie (KIT in das atomare Zwischenlager Nord bei L. statt. Ungeachtet eines von der zuständigen Behörde für die Zeit vom 15.02.2011, 00.00 Uhr, bis 16.02.2011, 24.00 Uhr, mittels Allgemeinverfügung für den gesamten Schienenbereich von der Abzweigung der Stadtbahnstrecke bis zum KIT Nord und für die Bahngleise der Transportstrecke sowie für den Bereich von 50 Metern beidseitig der Gleisanlagen geltenden Versammlungsverbots begab sich der Angeklagte in den frühen Morgenstunden des 15.02.2011 mit weiteren 37 Personen auf das Gelände des KIT Nord vor die nur 15 bis 20 Meter auseinander liegenden dortigen Tore 3 und 4, um an einer Greenpeace-Aktion teilzunehmen. Während durch Tor 4 ein Industriegleis zur stillgelegten WAK führt und hierüber auch der Castortransport geleitet werden sollte, dient die durch Tor 3 verlegte Gleisanlage ausschließlich der Beförderung der Mitarbeiter des KIT, wobei an Werktagen morgens die Straßenbahn jeweils um 7:41 Uhr und um 8:41 Uhr auf das Werkgelände gelangt. In Verfolgung seines Tatplanes, auf den Castortransport möglichst öffentlichkeits- und medienwirksam aufmerksam zu machen, kettete sich der Angeklagte - ebenso wie mindestens acht weitere Personen, die jeweils ähnliche Vorrichtungen verwendeten - gegen 5:00 Uhr mittels eines Fahrradbügelschlosses mit dem Hals am Tor 3 fest, wobei sich einer der Mittäter an beiden Flügeltoren festkettete, so dass ein Öffnen des Tores nicht mehr möglich war. Um 6:05 Uhr durchtrennten Polizeikräfte in Zusammenarbeit mit der Werksfeuerwehr des KIT das Fahrradschloss des Angeklagten mittels einer Hydraulikschere, so dass nach Durchtrennen auch der übrigen Schlösser Tor 3 wieder für die Straßenbahn passierbar wurde. Der Angeklagte beabsichtigte mit seiner Aktion, die Beförderung der Beschäftigten in das KIT, welche - wie er wusste - am Morgen des 15.02.2011 gegen 7.41 das Tor passieren würden, zumindest zu verzögern. Hat Angeklagte wurde wegen versuchter Nötigung verurteilt. Zu Recht?

Durch das Anketten an Tor 3 zur Behinderung der Zufahrt der Beschäftigten des KIT könnte sich der Angeklagte wegen versuchter Nötigung nach §§ 240 I, III, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung**1. Nichtvollendung**

Die Nötigung ist nicht vollendet, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg nicht eingetreten ist. Erfolg bei der Nötigung ist eine Handlung, Duldung oder Unterlassung des Opfers. Hier sollte die Zufahrt der Straßenbahn verhindert werden. Die Durchtrennung des Fahrradschlosses ist erfolgt, bevor es zu einer tatsächlichen Verhinderung oder Behinderung der Zufahrt der Straßenbahn kam. Das Delikt ist daher nicht vollendet.

2. Strafbarkeit der versuchten Nötigung

Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 23 I Alt. 2, 12 II, 240 III StGB.

II. Tatentschluss (Subjektiver Tatbestand)

Der Angeklagte müsste einen Tatentschluss gefasst haben, also mit Nötigungsvorsatz gehandelt haben. Dieser Vorsatz müsste darauf gerichtet gewesen sein, jemanden mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu veranlassen.

1. Vorsatz hinsichtlich einer Nötigungshandlung

Der Angeklagte müsste den Vorsatz gehabt haben, Gewalt anzuwenden oder mit einem empfindlichen Übel zu drohen. Hier kommt eine gewollte Gewaltanwendung in Betracht.

Nach dem **weiten Gewaltbegriff** liegt Gewalt bereits dann vor, wenn das Nötigungsoffer in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wird, es sich demnach subjektiv zu einem bestimmten Verhalten veranlasst fühlt. In diesem Fall liegt eine sog. psychische Gewalt einwirkung oder vis compulsiva vor. Eine körperliche Kraftentfaltung des Täters ist nicht notwendig.

Der enge Gewaltbegriff setzt hingegen voraus, dass eine physische Einwirkung in Form von körperlichem Zwang auf das Opfer erfolgt. Nach dem **engen Gewaltbegriff** würde Gewalt nur dann vorliegen, wenn das Nötigungsoffer tatsächlich körperlich beeinträchtigt wird, demnach vis absoluta vorliegt. Dazu ist ebenfalls eine körperliche Kraftentfaltung des Täters nötig.

Seit seiner zweiten Sitzblockaden-Entscheidung verlangt das BVerfG (BVerfGE 92, 1) für die Annahme einer Gewaltanwendung auf jeden Fall eine – wenn auch nur unerheblich – Kraftentfaltung auf Seiten des Täters und eine körperliche Wirkung auf Seiten des Opfers. Fraglich ist, ob dies hier der Fall ist.

*„Der Angeklagte hat bereits durch das **Sich-Anketten** an dem Tor das Tatbestandsmerkmal der **Gewalt** i. S. d. § 240 StGB verwirklicht, indem er durch eigene Kraftentfaltung ein auch **körperlich wirkendes Hindernis** geschaffen hat (zum Begriff der Gewalt vgl. jüngst Senat, Urteil vom 12.11.2013 - 1(8)Ss14/13-AK 14/13 - m. w. N.; zum Versuchsbeginn durch Einsatz des Nötigungsmittels vgl. Fischer StGB 61. Aufl. 2014 § 240 Rn. 56). Damit hat er - in einer die strafrechtlich relevante Bagatellschwelle überschreitenden Weise (vgl. hierzu BayObLG NJW 1992, 521) - bereits zu diesem Zeitpunkt alles getan, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur Herbeiführung des Nötigungserfolges und damit zur Tatvollendung erforderlich war.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

2. Vorsatz hinsichtlich des Nötigungserfolges

Der Vorsatz des Angeklagte muss auch darauf gerichtet gewesen sein, einen **Nötigungserfolg** herbeizuführen, also jemanden zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu veranlassen.

„Der beabsichtigte Nötigungserfolg - Verzögerung der Beförderung der um 7:41 Uhr mit der Straßenbahn eintreffenden KIT-Werksangehörigen - wäre auch eingetreten, wenn das Fahrradschloss bzw. die Schlösser der weiteren Mittäter nicht zuvor um 6.05 Uhr von Polizeikräften in Zusammenarbeit mit der Werksfeuerwehr des KIT durchtrennt und insoweit die Blockade des Tores 3 beendet worden wäre.“ (OLG Karlsruhe aaO)

3. Vorsatz hinsichtlich der Kausalität zwischen Nötigungshandlung und Nötigungserfolg

Der Vorsatz des Angeklagten war auch gerade darauf gerichtet, dass wegen des Anketten an dem Tor eine Zufahrt der Straßenbahn verhindert wird.

III. unmittelbares Ansetzen (objektiver Tatbestand)

In rechtlicher Hinsicht ist die Strafkammer auch zutreffend davon ausgegangen, dass der Angeklagte und seine Mittäter durch das Sich-Anketten am Tor 3 gegen 5:00 Uhr morgens unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestands der Nötigung angesetzt haben.

Der Eintritt in das Versuchsstadium wird grundsätzlich durch Handlungen des Täters begründet, die nach seinem Tatplan in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung führen sollen und/oder die im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dieser stehen.

*„Aufgrund des **engen zeitlichen Zusammenhangs** ist durch das Sich-Anketten an dem Tor auch schon eine vom Angeklagten erkannte und gewollte **unmittelbare Gefährdung des in § 240 StGB geschützten Rechtsguts** eingetreten (vgl. hierzu BGHSt 44, 34), zumal der Angeklagte nach den insoweit rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht damit rechnete sowie auch nicht damit rechnen konnte und durfte, dass es aufgrund einer bereits bestehenden Polizeipräsenz zu keinem Zeitpunkt zu einer Behinderung des Straßenbahnverkehrs am Tor 3 kommen werde. Ob der Sachverhalt anders zu beurteilen wäre, wenn zwischen dem Beginn der Tatausführung und dem planmäßigen Eintreffen der Straßenbahn am Werksgelände ein weitaus größerer Zeitraum gelegen hätte bedarf vorliegend keiner Entscheidung.“ (OLG Karlsruhe aaO)*

IV. Rechtswidrigkeit

Die Tat müsste rechtswidrig gewesen sein. Dies ist nicht der Fall, wenn Rechtfertigungsgründe eingreifen.

1. Allgemeine Rechtfertigungsgründe

Rechtfertigungsgründe kommen vorliegend nicht in Betracht.

2. Verwerflichkeit

Nach § 240 II StGB ist eine Nötigung erst dann rechtswidrig, wenn die **Verwendung des Nötigungsmittels zu dem angestrebten Zweck** als verwerflich anzusehen ist. Das Urteil der Verwerflichkeit bezieht sich somit weder isoliert auf das angewandte Nötigungsmittel noch auf den vom Täter angestrebten Zweck, sondern auf ihr Verhältnis zueinander (sog Mittel-Zweck-Relation; BGHSt 2, 194, 196). Das Urteil der Verwerflichkeit bestimmt sich im Wege einer **Gesamtwürdigung** (vgl. Beck-OK/Valerius, § 240 StGB, Rn. 47).

Verwerflich ist ein Verhalten, das einen **erhöhten Grad an sittlicher Missbilligung** erreicht, so dass es als strafwürdiges Unrecht zu bewerten ist (BGHSt 17, 328, 331 f; BGHSt 19, 263, 268; Küper JZ 2013, 449, 450). Bei der Beurteilung stehen indes **keine ethischen Maßstäbe im Vordergrund** (BGHSt 35, 270, 277; Fischer StGB § 240 Rn 41; LK/Träger/Alt Vater StGB § 240 Rn 86). Wegen der Korrektivfunktion des § 240 II StGB, sozialadäquate Verhaltensweisen aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift auszuschließen (Rn 44), gibt vielmehr den Ausschlag, ob das Verhalten sozial unerträglich bzw. sozialwidrig erscheint (vgl. Beck-OK/Valerius, § 240 StGB, Rn. 48 m.w.N.).

a) Anforderung an Verwerflichkeitsprüfung bei politisch motivierten Blockadeaktionen

*„Nach der für den Senat maßgeblichen und bindenden **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts** bestehen bei Blockadeaktionen, mit denen - wie vorliegend - mit allgemein-politischer Zielsetzung ein **kommunikatives Anliegen** verfolgt wird, zum Schutz des Grundrechts der Versammlungsfreiheit vor übermäßiger und unangemessener Sanktion besondere Anforderungen für die Anwendung und Auslegung des Verwerflichkeitsklausel des § 240 II StGB (BVerfGE 104, 92, 109 ff.; 73, 206, 255 ff.; BVerfG StraFo 2011, 180; vgl. auch Rusteberg NJW 2011, 2999; Fischer a. a. O. § 240 Rn. 46 m. w. N.). Danach sind bei der am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten Mittel-Zweck-Relation insbesondere die Art und das Maß der Auswirkungen der Aktion auf betroffene Dritte und deren Grundrechte zu berücksichtigen. Wichtige **Abwägungselemente** sind hierbei die **Dauer** und die **Intensität** der Aktion, deren vorherige **Bekanntgabe**, **Ausweichmöglichkeiten** über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports, aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand, wobei das Gewicht solcher **demonstrationsspezifischer Umstände** mit Blick auf das kommunikative Anliegen der Aktion zu bestimmen ist. Stehen die äußere Gestaltung der Blockademaßnahme und die durch sie ausgelösten Behinderungen in einem Zusammenhang mit dem Versammlungsthema und/oder betrifft das Anliegen auch die von der Demonstration nachteilig Betroffenen, kann die **Beeinträchtigung ihrer Freiheitsrechte** unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände **möglicherweise eher sozial erträglich** und damit in größerem Maße hinzunehmen sein, als wenn dies nicht der Fall ist. Demgemäß ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, ob und inwieweit die Wahl des Versammlungsortes und die konkrete Ausgestaltung der Versammlung sowie die von ihr betroffenen Personen einen auf die Feststellung der Verwerflichkeit einwirkenden Bezug zum Versammlungsthema haben (zu den genannten sowie zu ggf. weiter zu berücksichtigenden demonstrationsspezifischen Abwägungskriterien vgl. Fischer a. a. O. § 240 Rn. 46 ff. und Eser/Eisele aaO. § 240 Rn. 29 b - jew. m.w.N.).“ (OLG Karlsruhe aaO)*

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob das Handeln des Angeklagten nach diesen Maßstäben als verwerflich anzusehen ist.

aa) Relevanz des Versammlungsverbotes

Durch das per Allgemeinverfügung ausgesprochene Versammlungsverbot wurde das Grundrecht des Angeklagten auf Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG) wirksam beschränkt. Fraglich ist, ob dies dazu führt, dass Art. 8 I GG auch bei Verwerflichkeitsprüfung nicht vollumfänglich als abwägungsrelevantes Recht herangezogen werden muss.

*„[Das] dem Angeklagten gemäß Art. 8 I GG zustehende Grundrecht der Versammlungsfreiheit [ist] bei der gebotenen Mittel-Zweck-Abwägung vollumfänglich zu berücksichtigen ..., da seine Protest- und Blockadeaktion zur **Erzeugung öffentlicher und medialer Aufmerksamkeit** im Hinblick auf den von ihm eingenommenen - einer sachlichen Bewertung durch das Strafgericht grundsätzlich*

entzogenen (BVerfG aaO.) - **politischen Standpunkt** geeignet und bestimmt war. Eine Versammlung verliert den Schutz des Art. 8 GG nur bei kollektiver Unfriedlichkeit. Eine solche ist erst anzunehmen, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden, nicht aber schon, wenn es - wie hier der Fall - zu Behinderungen Dritter kommt bzw. kommen soll, seien diese auch beabsichtigt und nicht nur als notwendige Folge in Kauf genommen. Der Schutz des Art. 8 GG besteht zudem **unabhängig davon**, ob eine Versammlung **anmeldepflichtig** und dementsprechend **angemeldet** ist. Er endet erst mit der rechtmäßigen Auflösung der Versammlung (BVerfGE 69, 315; 73, 206, 248, 250; 87, 399, 406; 104, 92, 106; BVerfG StraFo 2011, 180). Allein das von den zuständigen Behörden der Stadt K. und des Landratsamts K. per Allgemeinverfügung ausgesprochene **Versammlungsverbot** war deshalb - was die Strafkammer offensichtlich verkannt hat - ebenso wenig wie die beabsichtigte Beeinträchtigung von Freiheitsrechten Dritter geeignet, den Schutz des Angeklagten vor übermäßiger Bestrafung sowie dessen grundgesetzlich verbürgtes Recht auf Versammlungsfreiheit einzuschränken (BVerfG aaO).“ (OLG Karlsruhe aaO)

Art. 8 I GG ist daher uneingeschränkt in die Abwägung einzustellen.

bb) konkrete Mittel-Zweck-Relation

Fraglich ist, ob bei der Annahme von Verwerflichkeit die Abwägung ordnungsgemäß erfolgt ist. Der BGH hält in der besprochenen Entscheidung die von der Strafkammer vorgenommene Mittel-Zweck-Abwägung für fehler- und lückenhaft.

(1) Ausbleiben der Behinderung und Beseitigungsaufwand

„So hätte einerseits zunächst Berücksichtigung finden müssen, dass es **zu einer Behinderung** der Werksangehörigen des KIT am Tor 3 **tatsächlich nicht gekommen** ist und dass die von dem Angeklagten und seinen acht am Tor 3 demonstrierenden Mittätern durchgeführte Blockademaßnahme **ohne großen zeitlichen und tatsächlichen Aufwand** bereits ca. eine Stunde nach deren Beginn durch die anwesenden Ordnungskräfte beendet werden konnte.“ (OLG Karlsruhe aaO)

(2) Zurechnung der Aktionen anderer Aktivisten

„Andererseits hätte es - was die Dauer und Intensität der unter Beteiligung des Angeklagten am 15.02.2011 durchgeführten Greenpeace-Blockadeaktion betrifft - der Feststellung und Klärung bedurft, ob und - bejahendenfalls - in welcher Weise die neben dem Angeklagten und den anderen am Tor 3 demonstrierenden Personen weiteren 29 im Gleisbereich des Geländes des KIT Nord anwesenden Greenpeace-Aktivisten sonstige Blockademaßnahmen durchführten sowie ob und inwieweit solche nach tatsächlicher und/oder beabsichtigter Dauer und Intensität möglicherweise gravierenderen Maßnahmen (vgl. auch hierzu Senat, Urteil vom 12.11.2013 - 1(8)Ss14/13-AK14/13 -) **dem Angeklagten im Sinne mittäter-schaftlicher Tatbegehung objektiv und subjektiv zuzurechnen** und damit als Abwägungsgesichtspunkt in die Verwerflichkeitsprüfung nach § 240 II StGB einzubeziehen sind.“ (OLG Karlsruhe aaO)

(3) Auswirkungen fortdauernder Blockade

„Auch kann dem Urteil nicht entnommen werden, welche **Auswirkungen eine fortwährende Blockade** des Tores 3 durch den Angeklagten und seine Mitstreiter für die sich in der heran-nahenden Straßenbahn befindlichen Werksangehörigen des KIT tatsächlich gehabt hätte bzw. nach dem Vorstellungsbild des Angeklagten hätte haben sollen.

Insoweit sind auch und insbesondere Feststellungen und Erwägungen dazu zu vermissen, ob und ggf. welche **anderen Möglichkeiten des Zugangs zum Werksgelände** des KIT sowohl tatsächlich als auch nach dem Vorstellungsbild des Angeklagten für diese Personen bestanden hätten sowie ob und mit welchem - zumutbaren oder nicht zumutbaren - **Aufwand** diese realisierbar gewesen wären.“ (OLG Karlsruhe aaO)

(4) vorherige Kenntnis der Polizei von der Aktion

„Gleiches gilt für den weiteren in die Mittel-Zweck-Abwägung einzubeziehenden Gesichtspunkt, ob den Polizeikräften die **Greenpeace-Aktion vorher bekanntgegeben bzw. bekannt** war oder diese - wofür die nur verhältnismäßig kurze Zeitspanne zwischen dem Beginn der Blockademaßnahme am Tor 3 und deren Auflösung sprechen könnte - zumindest mit einer solchen Aktion rechneteten und auf diese vorbereitet waren; auch insoweit fehlt es an Feststellungen.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Verkaufsstand im Wohngebiet
Zulässigkeit innerhalb der Abstandsfläche

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2015, 129; Beschluss vom 13.10.2014 – 5 S 2616/13)

1. Die Privilegierungstatbestände des § 6 I 1 BWBauO sind **nicht** auf solche baulichen Anlagen beschränkt, die ihrem Zweck nach **nur selten und kurzfristig oder gar nie von Personen aufgesucht** werden.
2. Ein Laden liegt in Abgrenzung zu einem Warenautomaten nur dann vor, wenn die **Bewirtschaftung während der Öffnungszeiten durch Personal** gewährleistet wird. Die ständige Anwesenheit von Personal ist hierbei jedoch nicht erforderlich.
3. Sofern ein Laden einen Verkaufsraum voraussetzt, ist bei einem **überdachten Verkaufsstand**, der seitlich und nach hinten durch Holzbretter begrenzt ist und durch eine Markise überdeckt wird, ein Raum und keineswegs **nur eine Präsentationsfläche** vorhanden.
4. Ein Laden setzt **keinen abgeschlossenen Aufenthaltsraum** für Personal oder Kunden voraus.
5. Ein (mit einer Markise) überdachter **Selbstbedienungs-Verkaufsstand für Gemüse und Obst**, der seitlich und nach hinten durch Holzbretter begrenzt ist, ist ein Laden, der nach § 3 III Nr. 1 BauNVO **ausnahmsweise auch in einem reinen Wohngebiet** zugelassen werden kann.

Fall: Dem Beigel. wurde von der Bekl. am 28.06.2012 eine Baugenehmigung für die Errichtung eines mit einer Markise überdachten Selbstbedienungs-Verkaufsstands für landwirtschaftliche Produkte (Gemüse, Obst) erteilt. Hierbei wurde der Verkaufsstand ohne eigene Abstandsfläche genehmigt.

Mit dem angegriffenen Urteil hat das VG eine Baunachbarklage des Kl. gegen eine dem Beigel. am 28.06.2012 erteilte Baugenehmigung für die Errichtung eines mit einer Markise überdachten Selbstbedienungs-Verkaufsstands für landwirtschaftliche Produkte (Gemüse, Obst) abgewiesen, wobei es dem Vorhaben schon eine bodenrechtliche Relevanz nach § 29 BauGB abgesprochen hat.

Hiergegen richtet sich der Kl. mit seinem zulässigen Antrag auf Zulassung der Berufung. Liegt ein Zulassungsgrund vor?

Wird die Berufung nicht in dem Urteil des Verwaltungsgerichts zugelassen, so kann die Zulassung innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils beantragt werden. Die Berufung ist zuzulassen, wenn einer der Gründe des § 124 II VwGO dargelegt ist und vorliegt (vgl. § 124a VwGO).

I. Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 II Nr. 3 VwGO)

Die Rechtssache könnte grundsätzliche Bedeutung haben, weil das VG den Verkaufsstand nach § 6 I 1 Nr. 3 BWBauO auch ohne Einhaltung einer eigenen Abstandsfläche für zulässig gehalten hat. Insofern könnte es von grundsätzlicher Bedeutung sein, ob § 6 I 1 BWBauO nach Sinn und Zweck dahin einzuschränken ist, dass bauliche Anlagen dann nicht abstandsflächenrechtlich privilegiert seien, wenn sich Personen in oder an ihnen längere Zeit oder häufig aufhalten.

1. Begriff der grundsätzlichen Bedeutung

*„Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache nur zu, wenn für die Entscheidung des VG eine **fallübergreifende**, bisher noch **nicht grundsätzlich geklärte Rechts- oder Tatsachenfrage** von Bedeutung war, die auch für die Entscheidung in einem Berufungsverfahren erheblich wäre und deren **Klärung im Interesse der Rechtseinheit oder Rechtsfortbildung geboten** erscheint (vgl. BVerwGE 13, 90 [91 f.] = NJW 1962, 218; BVerwGE 70, 24 [26] = NVwZ 1985, 199).“* (VGH Mannheim aaO)

2. Klärungsbedarf

Der VGH Mannheim sieht allerdings für eine entsprechende – einschränkende – Auslegung der Vorschrift keine Anhaltspunkte.

*„Insbesondere trifft die Annahme des Kl. nicht zu, dass die Privilegierungstatbestände des § 6 I 1 BWBauO nur bauliche Anlagen betreffen, die **ihrem Zweck nach nur selten und kurzfristig oder gar nie von Personen aufgesucht** würden. Insbesondere bei den in § 6 I 1 Nr. 1 BWBauO aufgeführten Garagen, aber auch bei den gegebenenfalls von § 6 I 1 Nr. 3 BWBauO erfassten Terrassen und Pergolen ist dies typischerweise*

gerade nicht der Fall. **Privilegiert** werden vielmehr ersichtlich solche Gebäude und bauliche Anlagen, die – unabhängig von der Häufigkeit, in der sie genutzt werden –, auf Grund ihrer Maße oder der zu ihrer Errichtung verwendeten Baustoffe **typischerweise keine erheblichen Auswirkungen** auf die Besonnung, Belichtung und Belüftung der Nachbargrundstücke haben (vgl. hierzu auch § 6 III 1 Nr. 3BWBauO).“ (VGH Mannheim aaO)

II. Zulassung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit (§ 124 II Nr. 1 VwGO)

Ernstliche Zweifel an einer Gerichtsentscheidung sind nur dann begründet, wenn ein **einzelner tragender Rechtssatz** oder eine **erhebliche Tatsachenfeststellung** mit schlüssigen Gegenargumenten derart infrage gestellt werden (vgl. BVerfG, VBIBW 2000, 392 = NVwZ 2000, 1163), dass ein **Erfolg der angestrebten Berufung** nach den Erkenntnismöglichkeiten des Zulassungsverfahrens **möglich erscheint** (vgl. BVerwG, Beschl. v. 15.12.2003 – 7 AV 2/03, Buchholz 310 § 124 VwGO Nr. 32).

1. Fehlen bodenrechtlicher Relevanz

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils könnten deshalb bestehen, weil das VG dem genehmigten Bauvorhaben schon die **bodenrechtliche Relevanz** i.S.d. § 29 BauGB abgesprochen hat.

„Eine solche ist ... bereits gegeben, wenn die Anlage auch und gerade in ihrer unterstellten Häufung **Belange** erfasst oder berührt, welche im Hinblick auf das grundsätzliche Gebot des § 1 III BauGB i.V.m. § 1 VI BauGB **städtebauliche Betrachtung und Ordnung verlangen** (vgl. BVerwGE 114, 206 = NVwZ 2001, 1046). Hierbei kommt es nicht nur auf die Anlage allein an, sondern darüber hinaus auf die ihr zugeordnete Funktion (vgl. BVerwG, BauR 1975, 108; VGH Mannheim, VBIBW 1992, 100). Davon ausgehend liegt jedoch auf der Hand, dass auch die **Errichtung von Gemüseverkaufsständen** der hier in Rede stehenden Art im Hinblick auf die mit ihnen verbundene gewerbliche Betätigung mit Kunden- und Publikumsverkehr das **Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung** hervorzurufen geeignet ist (vgl. hierzu auch: VG München, Beschl. v. 22.02.2000 – M 8 S 00.481 – rollbarer Obstverkaufsstand mit Markise: keine unbedeutende bauliche Anlage).“ (VGH Mannheim aaO)

Die bodenrechtliche Relevanz wurde dem Vorhaben nach § 29 BauGB daher zu Unrecht abgesprochen. Dies vermag die Zulassung der Berufung aber nur dann zu rechtfertigen, wenn sich die Entscheidung nicht aus anderen Gründen als rechtmäßig erweist. Hier hatte das VG hilfsweise ausgeführt, dass das Bauvorhaben keine dem Schutz des Kl. dienenden Vorschriften des Bauplanungsrechts verletzt. Wenn diese Begründung die Entscheidung letztlich trägt, kommt eine Zulassung der Berufung nach § 124 II Nr. 1 VwGO nicht in Betracht.

2. Annahme von Baurechtmäßigkeit des Vorhabens

Das VG hatte angenommen, dass es sich bei dem zur Genehmigung gestellten Verkaufsstand um einen „zur Deckung des täglichen Bedarfs für die Bewohner des Gebiets dienenden Laden“ i.S.d. § 3 III Nr. 3 BauNVO oder aber einen „der Versorgung des Gebiets dienenden Laden“ i.S.d. § 4 II Nr. 2 BauNVO handle. Fraglich ist, ob diese Einschätzung tragbar ist.

a) Begriff des Ladens

Fraglich ist, wie der Begriff des Ladens zu verstehen ist und ob ein Verkaufstand hierunter gefasst werden kann.

aa) Bewirtschaftung durch Personal

Im Schrifttum wird angenommen, dass ein Laden in Abgrenzung zu einem Warenautomaten nur dann vorliege, wenn die Bewirtschaftung während der Öffnungszeiten durch Personal gewährleistet wird (vgl. Jäde in Jäde/Dirnberger/Weiss, BauNVO, 7. Aufl. 2013, § 3 Rn. 37; auch: Aschke in Ferner/Kröninger/Aschke, BauGB mit BauNVO, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 9; ähnlich: Stock in König/Roeser/Stock, BauNVO, 3. Aufl. 2014). Dies könnte dahingehend zu verstehen sein, dass nur solche Verkaufsstellen Läden seien, die innerhalb der Öffnungszeiten „von Personen dauernd unterhalten“ werden im Sinne einer ständigen Anwesenheit des Verkaufspersonals.

„Einer ständigen Anwesenheit bedarf es jedoch nicht, um von einer Unterhaltung der Verkaufsstelle durch Personen ausgehen zu können. Kennzeichnend für eine **nicht automatisierte Verkaufs-**

stelle ist vielmehr, dass Waren (bzw. Dienstleistungen) nur innerhalb bestimmter Öffnungszeiten angeboten werden, zu denen Personen jederzeit auf das Verkaufsgeschehen Einfluss nehmen können und gegebenenfalls – jedenfalls zu Beginn und am Ende der Öffnungszeiten – auch müssen. Demgegenüber können Warenautomaten auf Grund eines automatisierten Verkaufsablaufs jederzeit unabhängig von bestimmten Geschäftszeiten – „Tag und Nacht“ – genutzt werden (vgl. OVG Bremen, Urt. v. 26.02.1968 – I BA 65/67, BRS 20 Nr. 23; Urt. v. 23.05.1978 – I BA 40/76, BRS 33 Nr. 26), ohne dass der Betreiber Einfluss nehmen könnte oder müsste. Dass bei einem Selbstbedienungs-Verkaufsstand von den Kunden unmittelbar auf die Waren zugegriffen werden kann und das Entgelt von ihnen selbst in die Kasse gelegt wird, führt ersichtlich noch auf keinen automatisierten Verkaufsablauf. Hinzu kommt, dass Warenautomaten – anders als Läden – typischerweise auch Werbeanlagen sind (vgl. OVG Bremen, Urt. v. 26.2.1968 – I BA 65/67, BRS 20 Nr. 23; Urt. v. 23.5.1978 – I BA 40/76, BRS 33 Nr. 26; OVG Münster, NVwZ 1987, 67; BVerwG, Urt. v. 22.2.1980 – IV C 95/76, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 13 = BeckRS 1980, 03470).“ (VGH Mannheim aaO)

Diese Fragen sind gerichtlich geklärt. Der vorliegende Fall bietet nach Auffassung des VGH Mannheim keinen Anlass, die für einen Laden – in Abgrenzung zu einem Warenautomaten – kennzeichnenden Merkmale einer weiteren, grundsätzlichen Klärung zuzuführen.

„Insbesondere ist nicht ernstlich zweifelhaft, dass auch der hier in Rede stehende, von der Bekl. genehmigte Selbstbedienungs-Verkaufsstand durch Personen unterhalten wird. Schon auf Grund der kleinen Verkaufsfläche und der zum Verkauf stehenden – typischerweise leicht verderblichen – landwirtschaftlichen Erzeugnisse aus eigener (nebenerwerbs-) landwirtschaftlicher Produktion (geringen Umfangs) erhellt ohne weiteres, dass diese zeitlich nur sehr eingeschränkt bzw. jeweils erneut angeboten werden können. Dass Personen jederzeit auf das nicht automatisierte Verkaufsgeschehen Einfluss nehmen können, wenn auch – abgesehen vom Bereitstellen und Abräumen des Warenangebots – nicht müssen, liegt auf der Hand.“ (VGH Mannheim aaO)

bb) Notwendigkeit eines Verkaufsraumes

Allerdings könnte für die Annahme eines Ladens erforderlich sein, dass ein Verkaufsraum vorhanden ist. Hier gibt es aber lediglich einen Verkaufsstand. Insofern könnte das Vorhandensein lediglich einer Präsentationsfläche unzureichend sein.

„[Bei] bei einem überdachten Verkaufsstand, der seitlich und nach hinten durch Holzbretter begrenzt ist und durch eine Markise überdeckt wird, [ist] ein Raum und keineswegs nur eine Präsentationsfläche vorhanden. Denn auch eine solche bauliche Anlage stellt eine Räumlichkeit dar, die sich nicht nur zum Angebot eines beschränkten Warensortiments, sondern darüber hinaus als vorübergehender Unterstand für Verkaufspersonen und Kunden eignet. Aus welchem Grund ein Laden im Sinne des Bauplanungsrechts, der nach allgemeiner Meinung ohnehin nicht von den Kunden betreten werden können muss (vgl. Stock in Ernst/Zinkahn/ Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 111. Erg. lfg. 2013, § 4 Rn. 50), gleichwohl einen (abgeschlossenen) (Aufenthalts-)Raum voraussetzen sollte, der dem nicht nur vorübergehenden Aufenthalt zumindest einer einzelnen Verkaufsperson dienen müsste, zeigt der Kl. nicht auf. Entscheidend – im Gegensatz zu einer nicht ausreichenden, schon keine bauliche Anlage darstellenden offenen Verkaufsfläche (vgl. VG Neustadt/adW, Urt. v. 25.02.2010 – 4 K 1096/09, BauR 20109, 950 = BeckRS 2010, 47478 – für einen Christbaumverkauf) – ist allein das Vorhandensein einer baulich abgegrenzten Räumlichkeit, die der gewerblichen Betätigung mit Kunden- und Publikumsverkehr, insbesondere dem Verkauf von Waren dient (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 2007, 81; Stock, § 4 Rn. 47; Vietmeier in Bönker/Bischopink, BauNVO 2014, § 4 Rn. 8; Stange, BauNVO 2011, § 2 Rn. 33 f.). Der Antragsbegründung lässt sich auch nicht entnehmen, warum ein überdachter Verkaufsstand bauplanungsrechtlich anders zu beurteilen sein sollte (nämlich als sonstiger nicht störender Gewerbebetrieb i.S.d. § 4 III Nr. 2 BauNVO oder als der Nahversorgung des Baugebiets dienende Nebenanlage i.S.d. § 14 I 1 Alt. 2 BauNVO) als ein Kiosk, der nach allgemeiner Meinung als Laden angesehen wird (vgl. etwa: Stock, § 4 BauNVO Rn. 50; ders., in König/Roeser/Stock, BauNVO, 3. Aufl. 2014, § 4 Rn. 23; Stange, § 2 Rn. 34; Ziegler in Brügelmann, BauGB Bd. 6, Mai 2006, § 2 BauNVO Rn. 63).“ (VGH Mannheim aaO)

b) Deckung des täglichen Bedarfs

Fraglich ist, ob ein derartiger Verkaufsstand überhaupt einen nennenswerten Beitrag zur Deckung des täglichen Bedarfs der Bewohner des Gebiets i.S.d. § 3 III Nr. 1 BauNVO erbringt.

„Auch bei einer – hier schon durch die konkreten Abmessungen des Verkaufsstandes (134 cm x 189 cm x 69 cm) bedingten – kleinen Verkaufsfläche sind die auf ihr angebotenen landwirtschaftliche Erzeugnisse aus nebenerwerbslandwirtschaftlichem Anbau durchaus geeignet, in nennenswertem Umfang zur Deckung des Bedarfs der Bewohner des Gebiets beizutragen. Insofern ist zu berücksichtigen, dass mit diesem Erfordernis – wie auch mit dem Begriff des Ladens (vgl. Stock, § 4 BauNVO Rn. 46 f.)

– gerade eine **Einschränkung im Verhältnis zum Begriff des Einzelhandelsbetriebs** bewirkt werden soll. Mit der Bedarfsdeckungsklausel soll zum Schutz der Wohnruhe verhindert werden, dass Läden (und Handwerksbetriebe) in größerem Umfang **Kunden und damit Autoverkehr in das ruhige Wohngebiet locken** (vgl. Stock, § 3 BauNVO Rn. 72).

Dem entsprechend ist auch für das „Dienen“ – im Hinblick auf einen etwaigen gebietsübergreifenden Einzugsbereich – erforderlich, dass der **Laden** (bzw. Handwerksbetrieb) **objektiv geeignet** sein muss, in nicht unerheblichem Umfang zur **Deckung des täglichen Bedarfs der Gebietsbewohner** beizutragen (vgl. Stock, § 3 Rn. 73; unter Bezugnahme auf das zu § 4 II Nr. 2 BauNVO ergangene Urteil des Senats: VGH Mannheim, NVwZ-RR 2000, 413).“ (VGH Mannheim aaO)

c) Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme (§ 15 I 2 BauNVO)

Letztlich kann sich eine Baurechtswidrigkeit nur aus einer Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme ergeben.

„Dies liegt schon im Hinblick auf das **beschränkte Warenangebot** des Verkaufsstands fern. Auch der Umstand, dass ggf. auch motorisierte Kunden von diesem angezogen werden mögen, folgt solches nicht. Die mit dem Betrieb eines zulässigen Ladens einhergehenden Störungen sind auch in einem reinen Wohngebiet – auch von den unmittelbaren Nachbarn – grundsätzlich als gebietsverträglich hinzunehmen (vgl. Stock, § 2 Rn. 68). Eine andere Beurteilung wäre auch dann nicht gerechtfertigt, wenn die beiden Stellplätze, die nach der Baugenehmigung auch hintereinander angelegt werden können, ungeeignet wären oder nicht ausreichen, so dass Pkw-Kunden letztlich doch in der nur 5,30 m breiten R.-Straße (vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 5.4.2011 – 5 S 194/10, UA S. 13) parken müssten (vgl. hierzu: VGH Mannheim, NVwZ-RR 2008, 600).“ (VGH Mannheim aaO)

III. Ergebnis

Es liegt kein Berufungszulassungsgrund nach § 124 II VwGO vor. Die Berufung ist nicht nach § 124a V 2 VwGO zuzulassen.

GG
Art. 21**Äußerungen von Mitgliedern der Bundesregierung
Neutralitätsgebot**

VerfR

(BVerfG in NVwZ 2015, 209; Urteil vom 16.12.2014 – 2 BvE 2/14)

1. Die **Maßstäbe**, die für **Äußerungen des Bundespräsidenten** in Bezug auf politische Parteien und die Überprüfung dieser Äußerungen durch das Bundesverfassungsgericht gelten, sind auf die Mitglieder der Bundesregierung **nicht übertragbar**.
2. Soweit der Inhaber eines Regierungsamtes am **politischen Meinungskampf** teilnimmt, muss sichergestellt sein, dass ein Rückgriff auf die mit dem Regierungsamt verbundenen Mittel und Möglichkeiten unterbleibt.
3. Nimmt das Regierungsmitglied für sein Handeln die **Autorität des Amtes** oder die damit verbundenen Ressourcen in spezifischer Weise in Anspruch, ist es dem **Neutralitätsgebot** unterworfen.

Fall: Am 23.06.2014 nahm die Ag. (Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Schwesig [SPD]) in Weimar an der Verleihung des Thüringer Demokratiepreises teil. Daneben gab sie an diesem Tag ein Zeitungsinterview, das am 25.06.2014 in der Thüringischen Landeszeitung erschien. Auf die Frage, wie im Falle eines Einzugs der Ast. (NPD) in den Landtag mit deren Anträgen im Parlament oder auf Kommunalebene umzugehen sei, antwortete die Ag. u.a.: „Aber ich werde im Thüringer Wahlkampf mithelfen, alles dafür zu tun, dass es erst gar nicht so weit kommt bei der Wahl im September. Ziel Nummer 1 muss sein, dass die NPD nicht in den Landtag kommt.“ Die Ast. sah sich hierdurch in ihrem Recht auf Chancengleichheit gem. Art. 21 I 1 GG verletzt. Zu Recht?

Die Ast. könnte durch die angegriffene Äußerung der Ag. in ihrem Recht auf Wahrung der Chancengleichheit der politischen Parteien (Art. 21 I 1 i.V.m. Art. 28 I 2 GG) verletzt sein.

I. Gewährleistungsgehalt des Art. 21 GG

„Der durch Art. 21 GG den Parteien zuerkannte verfassungsrechtliche Status gewährleistet das Recht, gleichberechtigt am politischen Wettbewerb teilzunehmen. Damit **unvereinbar** ist jede **parteiübergreifende Einwirkung von Staatsorganen** als solchen zu Gunsten oder zu Lasten einzelner oder aller am politischen Wettbewerb beteiligten Parteien. Die sich aus diesem **Neutralitätsgebot** ergebenden Auswirkungen für das Handeln von Staatsorganen und der Maßstab verfassungsgerichtlicher Kontrolle seiner Beachtung sind für jedes Staatsorgan unter Berücksichtigung seiner Stellung im Verfassungsgefüge gesondert zu bestimmen. **Mitglieder der Bundesregierung** haben bei **Wahrnehmung ihrer amtlichen Funktionen** die Pflicht zu strikter Neutralität. Geltung und Beachtung des Neutralitätsgebots unterliegen bei Äußerungen von Bundesministern uneingeschränkter verfassungsgerichtlicher Kontrolle.“ (BVerfG aaO)

II. Chancengleichheit der Parteien im Wahlkampf

Nach Art. 20 I, II, GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus und wird von ihm in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Hierbei setzt eine wirksame demokratische Legitimation die Freiheit der Wahl voraus.

„Dies erfordert nicht nur, dass der Akt der Stimmabgabe **frei von Zwang** und unzulässigem Druck bleibt, wie es Art. 38 I GG gebietet, sondern auch, dass die Wähler ihr Urteil in einem **freien, offenen Prozess der Meinungsbildung** gewinnen und fällen können (vgl. BVerfGE 20, 56 [97] = NJW 1966, 1499; BVerfGE 44, 125 [139] = NJW 1977, 751).

Im Wahlakt muss sich die Willensbildung **vom Volk zu den Staatsorganen hin** vollziehen, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk hin (vgl. BVerfGE 44, 125 [140] = NJW 1977, 751). **Demokratische Gleichheit** fordert, dass der jeweils herrschenden Mehrheit und der oppositionellen Minderheit bei jeder Wahl aufs Neue grundsätzlich die gleichen Chancen im Wettbewerb um die Wählerstimmen offengehalten werden. Die **Gewährleistung gleicher Chancen** im Wettbewerb um Wählerstimmen ist ein **unabdingbares Element** des vom Grundgesetz gewollten freien und offenen Prozesses der Meinungs- und Willensbildung des Volkes (vgl. BVerfGE 44, 125 [145] = NJW 1977, 751).“ (BVerfG aaO)

Für diese **freie Willensbildung** sind in einer modernen parlamentarischen Demokratie die **Parteien unverzichtbar**.

„Der **hervorragenden Bedeutung**, die in diesem Prozess den politischen Parteien zukommt, hat das Grundgesetz dadurch Ausdruck verliehen, dass es ihnen in Art. 21 GG einen **verfassungsrechtlichen Status** zuerkannt hat. Er gewährleistet nicht nur ihre freie Gründung und Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes, sondern sichert diese Mitwirkung auch durch Regeln, die ihnen gleiche Rechte und gleiche Chancen gewähren (BVerfGE 44, 125 [139] = NJW 1977, 751).“ (BVerfG aaO)

Die freie Willensbildung zum Zusammenhang mit Wahlen setzt daher voraus, dass die Parteien, soweit irgend möglich, **gleichberechtigt am politischen Wettbewerb teilnehmen**.

„Die **Formalisierung des Gleichheitssatzes** im Bereich der politischen Willensbildung des Volkes hat zur Folge, dass auch der Verfassungssatz von der Chancengleichheit der politischen Parteien in dem gleichen Sinne formal verstanden werden muss (vgl. BVerfGE 24, 300 [340 f.] = NJW 1969, 179; BVerfGE 44, 125 [146] = NJW 1977, 751). Das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit im Wettbewerb gilt nicht nur für den Wahlvorgang selbst, sondern auch für die Wahlvorbereitung (vgl. BVerfGE 44, 125 [146] = NJW 1977, 751).

Das Recht politischer Parteien, gleichberechtigt am Prozess der Meinungs- und Willensbildung des Volkes teilzunehmen, wird verletzt, wenn **Staatsorgane** als solche **parteiübergreifend** zu Gunsten oder zu Lasten einer politischen Partei oder von Wahlbewerbern **in den Wahlkampf einwirken** (vgl. BVerfGE 44, 125 [141, 146] = NJW 1977, 751; BVerfG, NVwZ 2014, 1156 Rn. 25 = NJW 2014, 2563 Ls.). Eine solche Einwirkung verstößt gegen das Gebot der Neutralität des Staates im Wahlkampf und verletzt die Integrität der Willensbildung des Volkes durch Wahlen und Abstimmungen (vgl. BVerfGE 44, 125 [144] = NJW 1977, 751). [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

III. Maßstäbe abhängig vom Staatsorgan

Die Anforderungen, die sich aus diesen Vorgaben für das Verhalten von Staatsorganen ergeben, sind für jedes Staatsorgan gesondert unter Zugrundelegung der ihm durch die Verfassung zugewiesenen Rechte und Pflichten zu bestimmen.

1. Keine Übertragbarkeit der Maßstäbe für Äußerungen des Bundespräsidenten

„Daher sind die **Maßstäbe**, die für **Äußerungen des Bundespräsidenten** in Bezug auf politische Parteien und deren Überprüfung durch das BVerfG gelten (vgl. BVerfG [Zweiter Senat], NVwZ 2014, 1156 = NJW 2014, 2563 Ls.), auf die Mitglieder der Bundesregierung **nicht übertragbar**. Sie sind vielmehr ein spezifischer Ausdruck der besonderen Stellung, die das Grundgesetz dem Bundespräsidenten zuweist.

Der **Bundespräsident repräsentiert Staat und Volk** der Bundesrepublik Deutschland nach außen und innen und soll die Einheit des Staates verkörpern (vgl. BVerfG [Zweiter Senat], NVwZ 2014, 1149 Rn. 91 ff. = NJW 2014, 2489 Ls.). Wie er seine **Repräsentations- und Integrationsaufgaben** mit Leben erfüllt, entscheidet der Amtsinhaber grundsätzlich selbst (vgl. BVerfG [Zweiter Senat], NVwZ 2014, 1156 Rn. 22 = NJW 2014, 2563 Ls.). Den verfassungsrechtlichen Erwartungen an das Amt des Bundespräsidenten und der gefestigten Verfassungstradition entspricht es zwar, dass der Bundespräsident eine **gewisse Distanz zu den Zielen und Aktivitäten von politischen Parteien und gesellschaftlichen Gruppen** wahrt (vgl. BVerfG [Zweiter Senat], NVwZ 2014, 1149 Rn. 95 m.w.N. = NJW 2014, 2489 Ls.).

Das gilt auch für **öffentliche Äußerungen**. Im Unterschied zur Bundesregierung und deren Mitgliedern steht der Bundespräsident **weder mit den politischen Parteien in direktem Wettbewerb** um die Gewinnung politischen Einflusses noch stehen ihm in vergleichbarem Umfang Mittel zur Verfügung, die es ermöglichen, durch eine ausgreifende Informationspolitik auf die Meinungs- und Willensbildung des Volkes einzuwirken (vgl. BVerfG [Zweiter Senat], NVwZ 2014, 1156 Rn. 27 = NJW 2014, 2563 Ls.). Der Bundespräsident kann vor diesem Hintergrund **weitgehend frei darüber entscheiden**, bei welcher Gelegenheit und in welcher Form er sich äußert. [wird ausgeführt].“ (BVerfG aaO)

2. Maßstäbe für öffentliche Äußerungen von Mitgliedern der Bundesregierung

Die Maßstäbe für öffentliche Äußerungen von Mitgliedern der Bundesregierung sind unter Berücksichtigung ihrer Aufgaben und Befugnisse sowie ihrer verfassungsrechtlichen Stellung eigenständig zu bestimmen.

a) Aufgaben der Bundesregierung

„Die Bundesregierung nimmt **staatsleitende Funktionen** wahr, die auch die Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit beinhalten. Die Bundesregierung ist das **oberste Organ der vollziehenden Gewalt** (vgl. BVerfGE 9, 268 [282] = NJW 1959, 1171). Gemeinsam mit den anderen dazu berufenen Verfassungsorganen obliegt ihr die **Aufgabe der Staatsleitung** (vgl. BVerfGE 11, 77 [85]; BVerfGE 26, 338 [395 f.]; BVerfGE 105, 252 [270]; BVerfGE 105, 279 [301]). [wird ausgeführt]

Diese Kompetenz zur Staatsleitung schließt als **integralen Bestandteil** die Befugnis der Bundesregierung zur **Informations- und Öffentlichkeitsarbeit** ein (vgl. BVerfGE 105, 252 [270] = NJW 2002, 2621 = NVwZ 2002, 1495 Ls.)... Darunter fällt namentlich die **Darlegung und Erläuterung der Politik der Regierung** hinsichtlich getroffener Maßnahmen und künftiger Vorhaben angesichts bestehender oder sich abzeichnender Probleme sowie die **sachgerechte, objektiv gehaltene Information über den Bürger unmittelbar betreffende Fragen und wichtige Vorgänge** auch außerhalb oder weit im Vorfeld der eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit (vgl. BVerfGE 20, 56 [100]; BVerfGE 44, 125 [147 f.]; BVerfGE 63, 230 [243]; BVerfGE 105, 252 [269]; BVerfGE 105, 279 [301 f.]).“ (BVerfG aaO)

b) Grenzen öffentlicher Äußerungen

Bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben ist die Bundesregierung an die Grundrechte sowie an Gesetz und Recht gebunden (Art. 1 III und Art. 20 III GG).

„Schon deshalb ist ihr jede Äußerung untersagt, die in anderen Zusammenhängen als **„Schmähschreiberei“** i.S.d. §§ 185 ff. StGB zu qualifizieren wäre. Ungeachtet dessen hat die Bundesregierung die Pflicht, das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit aus Art. 21 I 1 GG und das daraus folgende Neutralitätsgebot zu beachten.

Die Bundesregierung wird bei ihrem Handeln ebenso wie die sie tragenden Fraktionen und Abgeordneten im Parlament und die Opposition immer auch die Wählerinnen und Wähler im Blick haben. Dies ist Teil des politischen Prozesses einer freiheitlichen Demokratie, wie sie das Grundgesetz versteht (vgl. BVerfGE 44, 125 [140] = NJW 1977, 751). Sich daraus ergebende Ungleichheiten für die Teilnehmer des politischen Wettbewerbs sind hinzunehmen.

Die der Bundesregierung verliehene Autorität und die Verfügung über staatliche Ressourcen in personeller, technischer, medialer und finanzieller Hinsicht ermöglichen ihr allerdings **nachhaltige Einwirkungen auf die politische Willensbildung** des Volkes und beinhalten das Risiko erheblicher Wettbewerbsverzerrungen zwischen den politischen Parteien. Daher ist sie zur Beachtung des Neutralitätsgebots verpflichtet. Sie hat **jede über das bloße Regierungshandeln hinausgehende Maßnahme**, die auf die Willensbildung des Volkes einwirkt und in parteiergreifender Weise auf den Wettbewerb zwischen den politischen Parteien Einfluss nimmt, **zu unterlassen**. Es ist ihr **von Verfassungen wegen versagt**, sich im Hinblick auf Wahlen mit politischen Parteien oder Wahlbewerbern zu identifizieren und die ihr zur Verfügung stehenden staatlichen Mittel und Möglichkeiten zu deren Gunsten oder Lasten einzusetzen (vgl. BVerfGE 44, 125 [141 ff.] = NJW 1977, 751).

Die **zulässige Öffentlichkeitsarbeit** der Bundesregierung **endet** somit dort, **wo die Wahlwerbung** beginnt (vgl. BVerfGE 63, 230 [243] = NJW 1983, 1105). Insoweit hat das BVerfG Kriterien entwickelt, mit denen verhindert werden soll, dass unter Einsatz öffentlicher Mittel Regierungsparteien unterstützt und Oppositionsparteien bekämpft werden (vgl. BVerfGE 44, 125 [148 ff.] = NJW 1977, 751; BVerfGE 63, 230 [243 f.] = NJW 1983, 1105).“ (BVerfG aaO)

c) Grenze zwischen zulässiger Öffentlichkeitsarbeit und Wahlwerbung

Ohne weiteres hat sich die Bundesregierung im Rahmen ihrer Pflicht zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung auch mit verfassungsfeindlichen Bestrebungen zu befassen.

„Dabei vorgenommene Einschätzungen politischer Parteien als **verfassungsfeindlich** sind, soweit sie sich im Rahmen von Gesetz und Recht halten, **Teil der öffentlichen Auseinandersetzung**; die betroffene Partei muss sich dagegen mit den Mitteln des öffentlichen Meinungskampfes zur Wehr setzen (vgl. BVerfGE 40, 287 [291 ff.] = NJW 1976, 38; BVerfGE 133, 100 [107 f.] = NVwZ 2013, 568). Sie werden erst unzulässig, wenn sie auf sachfremden Erwägungen beruhen und damit den Anspruch der betroffenen Partei auf gleiche Wettbewerbschancen willkürlich beeinträchtigen (vgl. BVerfGE 40, 287 [293] = NJW 1976, 38).

Jenseits der Frage einer verfassungsgemäßen Rechtsgrundlage verbietet es das Recht politischer Parteien auf Chancengleichheit der Bundesregierung, eine **nicht verbotene politische Partei** in der Öffentlichkeit **nachhaltig verfassungswidriger Zielsetzung und Betätigung zu verdächtigen**, wenn ein solches Vorgehen bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken **nicht mehr verständlich** ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass es auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. BVerfGE 133, 100 [108] = NVwZ 2013, 568; früher bereits BVerfGE 40, 287 [293] = NJW 1976, 38). Diese Maßgaben gelten auch für die öffentliche Erörterung, ob gegen eine Partei ein Verbotverfahren eingeleitet wird. Staatliche Stellen sind nicht gehindert, das Für und Wider dieser schwerwiegenden Maßnahme mit der gebotenen Sachlichkeit zur Debatte zu stellen. Erst wenn erkennbar wird, dass diese **Debatte nicht entscheidungsorientiert**, sondern mit dem Ziel der Benachteiligung der betroffenen Partei geführt wird, kommt eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 21 I GG in Betracht (BVerfGE 133, 100 [108] = NVwZ 2013, 568).“ (BVerfG aaO)

d) Übertragbarkeit dieser Maßstäbe auf Mitglieder der Bundesregierung

Die vorstehenden Maßstäbe gelten auch für einzelne Mitglieder der Bundesregierung. Diese sind bei der Wahrnehmung von Aufgaben, die in ihr Ressort fallen, in gleicher Weise an die vorstehenden Vorgaben gebunden.

„Dies schließt allerdings nicht aus, dass der Inhaber eines Ministeramtes **außerhalb seiner amtlichen Funktionen** am politischen Meinungskampf teilnimmt und in den Wahlkampf eingreift (vgl. BVerfGE 44, 125 [141]; RhPfVerfGH, NVwZ-RR 2014, 665 [667]).

Im **Parteienstaat** des Grundgesetzes entspricht es der Ratio von Art. 21 GG, das die **Inhaber eines Regierungsamtes einer Partei angehören** und in dieser auch Führungsverantwortung wahrnehmen. Die bloße Übernahme des Regierungsamtes soll insoweit gerade nicht dazu führen, dass dem Amtsinhaber die Möglichkeit parteipolitischen Engagements nicht mehr offensteht (vgl. RhPfVerfGH, NVwZ-RR 2014, 665 [667]).

Soweit der Inhaber eines Regierungsamtes **am politischen Meinungskampf teilnimmt**, muss aber sichergestellt sein, dass ein Rückgriff auf die mit dem Regierungsamt verbundenen Mittel und Möglichkeiten unterbleibt. Nimmt das Regierungsmitglied für sein Handeln die **Autorität des Amtes** oder die damit verbundenen Ressourcen in spezifischer Weise in Anspruch, ist es dem Neutralitätsgebot unterworfen.“ (BVerfG aaO)

Allerdings ist beim Handeln des Inhabers eines Ministeramtes eine **strikte Trennung** der Sphären des „Bundesministers“, des „Parteipolitikers“ und der politisch handelnden „Privatperson“ nicht immer möglich, zumal dieser vom Bürger auch regelmäßig in seiner **Doppelrolle** als Bundesminister und Parteipolitiker wahrgenommen wird (vgl. BVerfGE 44, 125 [187] = NJW 1977, 751, abweichende Meinung).

„Eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit im politischen Wettbewerb findet nur statt, wenn der Inhaber eines Regierungsamtes **Möglichkeiten nutzt**, die **ihm auf Grund seines Regierungsamtes** zur Verfügung stehen, während sie den politischen Wettbewerbern verschlossen sind. Dies ist insbesondere gegeben, wenn die Äußerung unter Rückgriff auf die einem Regierungsmitglied zur Verfügung stehenden Ressourcen erfolgt oder eine **erkennbare Bezugnahme auf das Regierungsamt** vorliegt und damit die Äußerung mit einer aus der Autorität des Amtes fließenden besonderen Gewichtung versehen wird. Ist dies der Fall, unterliegt das Regierungsmitglied der Bindung an das Neutralitätsgebot. Ansonsten ist seine Äußerung dem allgemeinen politischen Wettbewerb zuzurechnen. Ob die Äußerung eines Mitglieds der Bundesregierung unter spezifischer Inanspruchnahme der Autorität des Regierungsamtes oder der mit ihm verbundenen Ressourcen stattgefunden hat, ist nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen (vgl. RhPfVerfGH, NVwZ-RR 2014, 665 [667]).“ (BVerfG aaO)

e) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben von einem spezifischer Rückgriff auf die mit dem Regierungsamt verbundene Autorität anzunehmen ist.

„[Dies] liegt regelmäßig vor, wenn ein Bundesminister bei einer Äußerung **ausdrücklich auf sein Ministeramt Bezug nimmt** oder die Äußerung ausschließlich Maßnahmen oder Vorhaben des von ihm geführten Ministeriums zum Gegenstand hat. **Amtsautorität** wird ferner in Anspruch genommen, wenn der Amtsinhaber sich durch **amtliche Verlautbarungen** etwa in Form offizieller Publikationen, Pressemitteilungen oder auf offiziellen Internetseiten seines Geschäftsbereichs (vgl. RhPfVerfGH, NVwZ-RR 2014, 665 [667]) erklärt. Auch aus **äußeren Umständen**, wie der Verwendung von Staatssymbolen und Hoheitszeichen oder der Nutzung der Amtsräume, kann sich ein spezifischer Amtsbezug ergeben. Gleiches gilt für den äußerungsbezogenen Einsatz sonstiger Sach- oder Finanzmittel, die einem Regierungsmitglied auf Grund seines Amtes zur Verfügung stehen (vgl. BVerfGE 44, 125 [143] = NJW 1977, 751). Schließlich findet eine Inanspruchnahme der Autorität des Amtes statt, wenn ein Bundesminister sich **im Rahmen einer Veranstaltung äußert**, die von der Bundesregierung ausschließlich oder teilweise verantwortet wird, oder wenn die **Teilnahme** eines Bundesministers an einer Veranstaltung **ausschließlich auf Grund seines Regierungsamtes** erfolgt.

Demgegenüber ist eine **schlichte Beteiligung am politischen Wettbewerb** insbesondere dann anzunehmen, wenn ein Regierungsmitglied im parteipolitischen Kontext agiert. Äußerungen auf **Parteitagen** oder vergleichbaren **Parteiveranstaltungen** wirken regelmäßig nicht in einer Weise auf die Willensbildung des Volkes ein, die das Recht politischer Parteien auf gleichberechtigte Teilnahme am politischen Wettbewerb tangiert, da die handelnden Personen **primär als Parteipolitiker wahrgenommen** werden.“ (BVerfG aaO)

Fraglich ist, ob die von der Ast. angegriffene Äußerung der Ag. nach diesen Maßstäben verfassungsrechtlich zu beanstanden ist.

„Die angegriffene Erklärung der Ag. beinhaltet einen **gegen die Ast. gerichteten Wahlauf Ruf**. Entgegen der Auffassung der Ag. beschränkt sie sich keineswegs auf eine allgemein gehaltene Aufforderung zur Wahlteilnahme, ohne dass sie als Aufruf verstanden werden könnte, eine bestimmte Partei zu wählen oder nicht zu wählen. Im Gegenteil: Mit der Aussage, primäres Ziel bei der Wahl im September müsse es sein, den Einzug der ausdrücklich benannten Ast. in den Thüringer Landtag zu verhindern, fordert die Ag. zu deren Nichtwahl auf.

Die angegriffene Äußerung der Ag. hat dennoch das Recht der Ast. auf Chancengleichheit aus Art. 21 I 1 GG nicht verletzt.

Eine mit Art. 21 I 1 GG unvereinbare, **diffamierende Äußerung**, die in anderen Zusammenhängen als Schmähkritik i.S.d. §§ 185 ff. StGB zu bewerten wäre, **liegt nicht vor**. In der mit der Organklage allein angegriffenen Äußerung (s. oben Rn. 23) fordert die Ag. in **sachlich gehaltener Form** zur Nichtwahl der Ast. bei der Landtagswahl in Thüringen auf und erklärt, dass sie beabsichtigt, zur Erreichung dieses Ziels beizutragen.

Die angegriffene Äußerung ist **dem politischen Meinungskampf zuzuordnen**. Denn die Ag. hat bezogen auf diese Äußerung im Rahmen ihres Interviews mit der Thüringischen Landeszeitung **nicht in spezifischer Weise auf die mit ihrem Regierungsamt verbundene Autorität zurückgegriffen** und war daher auch nicht an die Beachtung des aus dem Recht politischer Parteien auf Chancengleichheit folgenden Neutralitätsgebots gebunden.[wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

Kurzauslese I

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

BGB
§ 637 III

Mängelrechte des Bestellers
Geltendmachung auch schon vor Abnahme möglich

ZivilR

(OLG Hamm in MDR 2015, 150; Urteil vom 19.08.2014 – 24 U 41/14)

In Ausnahmefällen kann der Besteller auch schon vor der Abnahme der Werkleistung auf die Mängelrechte zurückgreifen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Unternehmer sein Werk **als fertiggestellt angesehen sowie abgeliefert** hat, der Besteller jedoch die Abnahme wegen Mängeln verweigert und der Unternehmer wiederum eine (weitere) Mängelbeseitigung endgültig abgelehnt hat.

Grundsätzlich setzt die Geltendmachung von Mängelansprüchen im Werkvertragsrecht voraus, dass das Werk überhaupt schon abgenommen ist. Ausnahmsweise ist dies jedoch schon vor der Abnahme möglich.

„Entgegen der Ansicht der Beklagten steht dem geltend gemachten Vorschussanspruch nicht die unstrittig fehlende Abnahme der Arbeiten der Beklagten durch die Klägerin entgegen. Dies führt nicht dazu, dass sich das Vertragsverhältnis deswegen immer noch auf der „Erfüllungsebene“ befindet und die Klägerin mangels Abnahme keinen Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung fordern kann. Zwar wird die Frage, ob dem Besteller vor der Abnahme Mängelrechte zustehen können, **kontrovers beurteilt** (vgl. zum Meinungsstand nur: Pastor in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rn. 2069; Krause-Allenstein in Kniffka u.a., Bauvertragsrecht, 1. Aufl., § 634 Rn. 10 f. – jeweils mit zahlr. w.N.). Allerdings wird dabei jedenfalls **in Ausnahmefällen** mehrheitlich eine Rückgriff des Bestellers auf die Mängelrechte auch schon vor der Abnahme befürwortet, wenn der **Unternehmer sein Werk als fertiggestellt angesehen sowie abgeliefert hat**, der Besteller im Gegenzug jedoch die **Abnahme wegen Mängeln verweigert** und der Unternehmer wiederum eine (weitere) Mängelbeseitigung endgültig abgelehnt hat (vgl. OLG Köln v. 12.11.2012 – 11 U 146/12, NJW 2013, 1104 f.; OLG Brandenburg v. 24.02.2011 – 12 U 129/10, NJW-RR 2011, 603 f. [sehr weitgehend]; Krause-Allenstein, a.a.O., § 634 Rn. 11; Pastor, a.a.O., Rn. 2069 f.; Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl., Vorb. v. § 633 Rn. 7 – jeweils m.w.N.). Diese Auffassung hält auch der Senat für richtig, weil der Auftraggeber ansonsten in einer derartigen Situation **sinnwidrig zur Abnahme einer von ihm für mangelhaft gehaltenen Leistung gezwungen** wäre, um vom nachbesserungsunwilligen Auftragnehmer die Mittel für eine Selbstvornahme der Mängelbeseitigung fordern zu können. Da die zuletzt genannten Voraussetzungen hier vorliegen, kann die Klägerin Vorschuss zur Mängelbeseitigung auch schon vor der Abnahme verlangen.“ (OLG Hamm aaO)

BGB
§ 563

Mietermehrheit nach Tod des Mieters
Wirksamkeit einer Kündigung

ZivilR

(BGH in NJW 2015, 473; Urteil vom 10.12.2014 – VIII ZR 25/14)

Fall: Die Bekl. und ihre Schwester Carolin S sind Erben nach ihrer am 07.01.2012 verstorbenen Mutter, die auf Grund eines Mietvertrags vom 05.03.1995 Mieterin der streitgegenständlichen Wohnung in Berlin war. Die Kl. ist die Vermieterin. Die Bekl. und ihre Schwester zeigten der Kl. mit Schreiben vom 01.02.2012 den Tod ihrer Mutter an. Das Schreiben war mit den Absenderanschriften der Bekl. unter der streitgegenständlichen Wohnung und ihrer Schwester in D. versehen. Sie trugen darin unter anderem vor: „Wir haben mit unserer Mutter in einem gemeinsamen Haushalt gelebt und sind nun nach § 563 II BGB per Gesetz an die Stelle unserer Mutter in das Mietverhältnis getreten. Hiermit erklären wir, dass wir das bestehende Mietverhältnis fortsetzen wollen. Weitere Erben oder Anspruchsberechtigte gibt es nicht. Die Miete wird in Zukunft von Sophie S. überwiesen. Im Schriftverkehr wenden Sie sich bitte auch an Sophie S.“

Hierauf erklärte die Kl. mit Schreiben vom 29.02.2012 die Kündigung. Als Empfänger ist in dem Kündigungsschreiben unter der Anschrift der streitgegenständlichen Wohnung angegeben: „Frau S., Sophie“, wobei der Vorname handschriftlich eingefügt ist. In dem Kündigungsschreiben heißt es: „Sehr geehrte Damen und Herren, hiermit mache ich von meinem Sonderkündigungsrecht lt. BGB § 563 (Eintrittsrecht bei Tod des Mieters) Gebrauch, da Sie nicht im Haushalt Ihrer Mutter gelebt haben. Ich kündige zum nächstmöglichen Zeitpunkt fristgerecht ...“ Auf dem Schreiben befindet sich ein handschriftlicher Vermerk, der von der Bekl. unterschrieben ist: „Am 29.02.2012 erhalten: Diese Kündigung wird umgehend an die Schwester, Frau Carolin S., weitergeleitet.“ Ist die Kündigung wirksam

I. formelle Wirksamkeit der Kündigung

„Die (formelle) Wirksamkeit der Kündigung vom 29.02.2012 scheidet jedenfalls nicht daran, dass sich die Kündigung nur an die Bekl. und nicht an deren Schwester Carolin S richtete.“ (BGH aaO)

II. materielle Wirksamkeit der Kündigung

1. Inhalt der Kündigungserklärung

„Zutreffend hat das BerGer. angenommen, dass die **Kündigungserklärung** der Kl. vom 29.02.2012 dahingehend auszuliegen ist, dass sie (auch) eine **Kündigung nach § 564 BGB** enthält. Nach den insoweit rechtsfehlerfrei getroffenen, von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. hat die Kl. durch die Formulierung „hiermit mache ich von meinem Sonderkündigungsrecht lt. BGB § 563 (...) Gebrauch, da Sie nicht im Haushalt Ihrer Mutter gelebt haben“ den **Eintritt der Bekl. in das Mietverhältnis gem. § 563 BGB** bestritten und ihr Räumungsverlangen in materieller Hinsicht auf die (nachrangig zu prüfende) Kündigungsregelung in § 564 BGB gegen die Bekl. als (Mit-)Erbin und Rechtsnachfolgerin nach ihrer verstorbenen Mutter als Mieterin gestützt.“

2. Kündigung gegenüber allen Erben

Die **Kündigung** gem. § 564 BGB muss **gegenüber sämtlichen Erben als Rechtsnachfolgern des verstorbenen Mieters** erfolgen. Fraglich ist, ob dies der Fall ist.

„Eine empfangsbedürftige Willenserklärung – wie hier die Kündigungserklärung – ist gem. §§ 133, 157 BGB so **auszulegen**, wie sie der Erklärungsempfänger nach **Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte** verstehen musste. Der Erklärungsempfänger ist verpflichtet, unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren Umstände zu prüfen, was der Erklärende gemeint hat (stRspr; BGH, NJW 2008, 2702 Rn. 30). Entscheidend ist dabei der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert des Verhaltens des Erklärenden (BGHZ 36, 30 [33] = NJW 1961, 2251; Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl., § 133 Rn. 9).

Zwar ist ein entsprechender Wille der Kl. aus der maßgeblichen Sicht der Schwester der Bekl. als Empfängerin – entgegen der Ansicht der Revision – nicht schon der allgemein gehaltenen Anrede „Sehr geehrte Damen und Herren“ zu entnehmen, wohl jedoch dem Inhalt des handschriftlichen Zusatzes auf diesem Schreiben. Hiernach verpflichtete sich die Bekl., die Kündigung **umgehend an die namentlich genannte Schwester weiterzuleiten.**“ (BGH aaO)

3. Einhaltung der Monatsfrist

Mit diesem Inhalt ist das Kündigungsschreiben vom 29.02.2012 beiden Mieterinnen innerhalb der Monatsfrist des § 564 S. 2 BGB auch rechtzeitig zugegangen.

III. Ergebnis

„Das BerGer. wird hinsichtlich der bei der Klärung der materiellen Begründetheit der Kündigung gem. § 564 BGB vorab zu prüfenden Frage, ob ein Eintritt der Bekl. in das Mietverhältnis gem. § 563 II 1 BGB als im Haushalt der verstorbenen Mieterin lebendes Kind erfolgt ist, zu bedenken haben, dass insoweit keine überspannten Anforderungen zu stellen sind. Insbesondere muss das Kind gem. § 563 II 1 BGB nicht wie ein übriger Angehöriger den Haushalt zusammen mit dem verstorbenen Mieter geführt haben, sondern es reicht aus, dass es lediglich in dessen Haushalt gelebt hat.“ (BGH aaO)

BGB
§ 433 I

Abbruch eine Ebay-Auktion Wirksamkeit eines Kaufvertrages über „Schnäppchen“ (BGH in NJW 2015, 548; Urteil vom 12.11.2014 – VIII ZR 42/14)

ZivilR

Wird eine Internetauktion vorzeitig abgebrochen, so hat der Höchstbietende auch bei einem **Höchstgebot unterhalb des Marktwertes einen Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrages.**

Fall: Der Bekl. stellte am Abend des 24.05.2012 einen gebrauchten VW Passat für zehn Tage zur Internetauktion bei eBay mit einem Startpreis von 1 € ein. Der Kl. nahm das Angebot wenige Minuten später an, wobei er ein Maximalgebot von 555,55 Euro festlegte. Nach rund sieben Stunden brach der Bekl. die Auktion ab. Zu dieser Zeit war der Kl. der einzige Bieter. Auf dessen Nachfrage teilte der Bekl. mit, dass er einen Käufer außerhalb der Auktion gefunden habe. Der Kl. nimmt den Bekl. auf Schadensersatz i.H.v. 5.249 € mit der Behauptung in Anspruch, dass das Fahrzeug 5.250 € wert gewesen sei.

Ein Anspruch des Kl. auf Schadensersatz statt der Leistung kann sich aus gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB ergeben.

Grundsätzlich kommt ein Kaufvertrag zwischen dem Höchstbietenden und dem Anbieter einer Internetauktion zustande. Dieser scheidet jedenfalls nicht daran, dass der Bekl. die Auktion abrechnen oder wegen Irrtums den Vertrag anfechten durfte. Erfüllt der Verkäufer den Vertrag dann nicht, schuldet er Schadensersatz statt der Leistung.

I. Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit

„Entgegen der Auffassung der Revision scheidet der Schadensersatzanspruch nicht daran, dass der mit dem Bekl. geschlossene Kaufvertrag als **wucherähnliches Rechtsgeschäft** wegen Sittenwidrigkeit nichtig wäre (§ 138 I BGB). Bei einer Internetauktion rechtfertigt ein **grobes Missverhältnis** zwischen dem Maximalgebot eines Bieters und dem (angenommenen) Wert des Versteigerungsobjekts nicht ohne weiteres den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Bieters i.S.v § 138 I BGB. Es bedarf vielmehr zusätzlicher – zu einem etwaigen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung hinzutretender – Umstände, aus denen bei einem Vertragsschluss im Rahmen einer Internetauktion auf eine **verwerfliche Gesinnung des Bieters** geschlossen werden kann (Senat, NJW 2012, 2723 = MMR 2012, 451 Rn. 20 f.).

Solche Umstände hat das BerGer. nicht festgestellt. Zu Unrecht meint die Revision, die Begrenzung des Gebots auf 555,55 Euro mache deutlich, dass der Kl. nicht bereit gewesen sei, einen auch nur annähernd dem Marktpreis entsprechenden Preis zu bieten. Wie die Revisionserwiderung zutreffend geltend macht, erschließt sich nicht, weshalb ein (Höchst-)Gebot unterhalb des Marktpreises sittlich zu missbilligen sein soll. Gibt der Bieter ein Maximalgebot ab, ist er nicht gehalten, dieses am mutmaßlichen Marktwert auszurichten. Wie der Senat bereits entschieden hat, macht es gerade den **Reiz einer Internetauktion** aus, den **Auktionsgegenstand zu einem „Schnäppchenpreis“ zu erwerben**, während umkehrt der Veräußerer die Chance wahrnimmt, durch den Mechanismus des Überbietens einen für ihn vorteilhaften Preis zu erzielen (Senat, NJW 2012, 2723).“ (BGH aaO)

II. Rechtsmissbräuchlichkeit

Dem Kl., kann auch nicht den Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) entgegengehalten. werden.

„Die Annahme eines Rechtsmissbrauchs erfordert eine **sorgfältige und umfassende Prüfung** aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls und muss **auf besondere Ausnahmefälle beschränkt** bleiben (BGHZ 68, 299 [304] = NJW 1977, 1234; BGHZ 55, 274 [279 f.] = NJW 1971, 1127). Einen solchen Fall hat das BerGer. rechtsfehlerfrei verneint.

[Es] ist der Verkäufer, der das **Risiko eines für ihn ungünstigen Auktionsverlaufs** durch die Wahl eines **niedrigen Startpreises unterhalb des Marktwerts ohne Einrichtung eines Mindestpreises** eingegangen ist (zutr. OLG Köln, MMR 2007, 446 [448 f.] zum Fall einer regulär beendeten Internetauktion). Zudem hat der Bekl. in der hier gegebenen Fallgestaltung durch seinen freien Entschluss zum nicht gerechtfertigten Abbruch der Auktion die Ursache dafür gesetzt, dass sich das Risiko verwirklicht.“ (BGH aaO)

(BGH in StV 2015, 110; Beschluss vom 15.05.2014 – 2 StR 581/13)

Lässt sich der **Ladezustand einer Waffe nicht aufklären**, ist im Hinblick auf die Rücktrittsmöglichkeit **in dubio pro reo** davon auszugehen, dass sie noch geladen war.

Fall: Nach den Feststellungen versuchte der Angekl. vergeblich, die beiden Brüder Z. unter Vorhalt einer Schreckschusspistole zur Herausgabe von Geld oder anderen Wertgegenständen zu nötigen. Zum Ladezustand der Waffe konnte die StRK keine Feststellungen treffen, weshalb sie – vermeintlich zu Gunsten des Angekl. – von einer ungeladenen Schreckschusspistole ausgegangen ist. Im Weiteren nimmt das LG einen den Rücktritt ausschließenden fehlgeschlagenen Versuch vor allem deshalb an, weil dem Angekl. – nachdem sich die Brüder Z. von der Bedrohung mit der Pistole weitgehend unbeeindruckt gezeigt hatten – eine Intensivierung der Drohung mit der ungeladenen Waffe nicht möglich gewesen sei. Zu Recht?

Der BGH hat mit dem vorliegenden Beschluss entschieden, dass hier zu Unrecht eine Rücktrittsmöglichkeit abgelehnt wurde.

„Damit verkennt das LG, dass es bei der Frage des Rücktritts **in dubio pro reo** nicht von einer ungeladenen, sondern von einer geladenen Schreckschusswaffe hätte ausgehen müssen. Dann nämlich wäre dem Angekl. unter Umständen die Herbeiführung des Erfolgseintritts – z.B. durch die intensivere Einschüchterung der Überfallenen mittels Schussabgabe – objektiv noch möglich gewesen. Hätte er die Ausführung der Tat unter Verwendung einer geladenen Schreckschusswaffe auch subjektiv noch für möglich gehalten, wäre sein Verzicht auf ein Weiterhandeln als **freiwilliger Rücktritt vom unbeeendeten Versuch** zu bewerten (BGH NStZ 2007, 91 [BGH 26.09.2006 - 4 StR 347/06]; 2008, 393; Fischer, StGB, 61. Aufl. § 24 Rn. 10 ff.). [...]“ (BGH aaO)

(BGH in NVwZ 2014, 1675; Beschluss vom 21.05.2014 – 4 StR 70/14)

Schließen sich Personen, die **nur Hehler** sind, mit ein oder zwei **anderen am Diebstahl Beteiligten** zusammen, kommt die Annahme einer Diebesbande nur in Betracht, wenn die Betreffenden nach der **Bandenabrede** auch zugleich an den Diebstahlstaten, und sei es auch nur **als Gehilfen, teilnehmen** sollen.

Den Angekl. S. hat das LG wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs in acht Fällen und wegen schweren Bandendiebstahls in neun Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. und 6 M. verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet.

„Die Urteilsgründe tragen die Verurteilung wegen schweren Bandendiebstahls in den Fällen [...] nicht. Die Feststellungen belegen nicht hinreichend, dass sich die vier Mitangekl. [...] zur Begehung von Diebstahlstaten zusammengeschlossen hatten. Der Angekl. S. beging absprachegem. die Diebstähle allein; gemeinschaftlich wurden dann die erbeuteten EC- und Kreditkarten bei späteren Einkäufen betrügerisch eingesetzt.“

Das Gesetz sieht eine aus Dieben und Hehlern bestehende »gemischte« Bande als Qualifikationsmerkmal nur bei den Hehlereitattbeständen (§§ 260 I Nr. 2, 260a I StGB) vor, nicht dagegen bei den entsprechenden Diebstahlstatbeständen (§§ 244 I Nr. 2, 244a I StGB). Damit scheidet die Annahme einer Diebesbande aus, wenn sich Personen, die nur Hehler sind, mit ein oder zwei anderen am Diebstahl Beteiligten zusammenschließen. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Betreffenden nach der Bandenabrede auch zugleich an den Diebstahlstaten, und sei es auch nur als Gehilfen, teilnehmen sollen. Hierzu fehlen indes Feststellungen. [...]“ (BGH aaO)

(BGH in NZG 2015, 246; Beschluss vom 18.12.2014 – 4 StR 324/14)

Der **faktische Geschäftsführer** einer GmbH kann **Täter einer Insolvenzverschleppung** nach § 15 a IV InsO sein.

In der Entscheidung ging es um die Frage, inwieweit der faktische Geschäftsführer einer GmbH als Täter einer Insolvenzverschleppung nach § 15 a IV InsO in Betracht kommt. In diesem Zusammenhang war zu klären, ob die bislang anerkannte strafrechtliche Haftung des faktischen Geschäftsführers bei unterlassener oder verspäteter Konkurs- oder Insolvenzantragstellung mit der Einfügung des § 15 a in die Insolvenzordnung durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG, BGBl. I 2008, 2026 [2037]) entfallen ist.

„Die in der Rechtsprechung des BGH seit jeher **anerkannte Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers bei unterlassener oder verspäteter Konkurs- oder Insolvenzantragstellung** (vgl. BGHSt 3, 32 [37]; BGHSt 21, 101 [10]; BGHSt 31, 118 [12]; BGHSt 46, 62 [64 f.]; BGH, NStZ 2004, 582 [583]; zust. etwa Tiedemann/Rönnau in Scholz, GmbHG, 11. Aufl., § 84 Rn. 21 ff. m.w.N.; ablehnend ua Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 18. Aufl., § 84 Rn. 7) ist **durch die Neuregelung in § 15 a IV InsO nicht entfallen**.“

Nach § 15 a IV InsO wird bestraft, wer entgegen Abs. 1 S. 1 der Vorschrift einen Insolvenzantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt. Nach § 15 a I 1 InsO haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler einer juristischen Person, die zahlungsunfähig wird oder überschuldet ist, ohne schuldhaftes Zögern, **spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung** einen Insolvenzantrag zu stellen. Der Wortlaut des § 15 a I 1 InsO – „Mitglieder des Vertretungsorgans“ – schließt entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (vgl. Ulmer/Ransiek, GmbHG, vor § 82 Rn. 60; KrefT/Kleindiek, InsO, 6. Aufl., § 15 a Rn. 40) den faktischen Geschäftsführer nicht aus. Die Formulierung umschreibt zusammenfassend die Verantwortlichen verschiedener Gesellschaftsformen. „Mitglied des Vertretungsorgans“ der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist der Geschäftsführer, dem nach ständiger Rechtsprechung der **faktische Geschäftsführer gleichsteht**.

Dass durch die Neufassung des § 15 a InsO die (strafrechtliche) Haftung des faktischen Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung keine Änderung erfahren hat, ist in der Rechtsprechung des BGH auch bereits inzident bejaht worden (BGH, NZG 2013, 1347; NZG 2013, 397; Beschl. v. 26.5.2009 – 4 StR 10/09, BeckRS 2009, 15909; NJW-RR 2010, 1048 [1050]).“ (BGH aaO)

(BGH in NSTz 2015, 85; Beschluss vom 17.09.2014 – 1 StR 387/14)

Entziehung Minderjähriger liegt auch dann vor, wenn ein **sorgeberechtigter Elternteil** zwangsweise für eine gewisse Dauer **von seinem unter achtzehnjährigen Kind entfernt** wird.

Fall: Der Angekl. und seine Ehefrau haben zwei gemeinsame Kinder. Nach jahrelangen Ehestreitigkeiten ließ der Angekl. im Januar 2012 beim Familiengericht in Istanbul eine Scheidungsschrift einreichen und beantragte die Übertragung der elterlichen Sorge für die beiden gemeinsamen Kinder auf seine Ehefrau. Er fasste dann den Entschluss, sich seiner Ehefrau „gänzlich zu entledigen“, indem er sie auf Dauer in die Türkei zu deren Familie zurückschickte, während er die beiden Kinder bei sich in Deutschland behalten wollte.

Anfang 2012 eröffnete er seiner Ehefrau, dass er sie in die Türkei abschieben werde, die beiden Kinder aber bei sich behalten wolle. Als seine Frau erklärte, sie werde das nicht tun, drohte der Angekl. ihr mit dem Tode, wenn sie nicht in die Türkei ginge. Die Geschädigte nahm die Drohung ernst und ließ sich vom Angekl. gegen ihren Willen dazu zwingen, ein Flugzeug in die Türkei zu besteigen und ihre Kinder in Deutschland zu lassen. Erst im Dezember 2012 kehrte sie mit Hilfe Dritter nach Deutschland zurück.

Der Angekl. hat sich hier einer Entziehung Minderjähriger nach § 235 I Nr. 1 StGB schuldig gemacht, indem er zwei Personen unter achtzehn Jahren durch Drohung mit einem empfindlichen Übel einem Elternteil entzogen hat.

„Den Eltern „entzogen“ ist der Minderjährige schon dann, wenn das Recht zur Erziehung, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung durch räumliche Trennung für eine gewisse, nicht nur ganz vorübergehende Dauer so beeinträchtigt wird, dass es nicht ausgeübt werden kann (vgl. BGH Urt. v. 07.03.1996 – 4 StR 35/96, NSTz 1996, 333, 334 m.w.N.).

Eine Entziehung im Sinne dieser Vorschrift liegt **nicht nur** vor, wenn der **Minderjährige** unter den Voraussetzungen des § 235 Abs. 1 Nr. 1 StGB **vom Elternteil** entfernt wird, sondern **auch**, wenn der **Elternteil** unter diesen Voraussetzungen **vom Minderjährigen entfernt** und ferngehalten wird (vgl. hierzu auch Sch/Sch-Eser/Eisele StGB, 29. Aufl., § 235 Rn 6; MüKo/StGB-Wieck-Noodt 2. Aufl., § 235 Rn 38; SK/StGB-Wolters 8. Aufl., § 235 Rn 4; LK/StGB-Gribbohm 11. Aufl., § 235 Rn 49 ff.). Denn das von § 235 StGB vorrangig geschützte Rechtsgut des Sorgerechts der für den jungen Menschen verantwortlichen Personen und das daraus abgeleitete Obhuts- und Aufenthaltsbestimmungsrecht (vgl. hierzu BGH Urt. v. 11.02.1999 – 4 StR 594/98, BGHSt 44, 355, 357) sind auch verletzt, wenn ein Elternteil selbst räumlich entfernt wird und seine Rechte deshalb nicht wahrnehmen kann.“ (BGH aaO)

(BVerfG in NVwZ 2015, 216; Beschl. vom 16.12.2014 - 2 BvE 2/12)

Fall: Das Organstreitverfahren betrifft die Rechte eines Mitglieds der 15. Bundesversammlung anlässlich der Wahl Joachim Gaucks zum Bundespräsidenten.

Der Ast. wurde durch die Volksvertretung des Landes Mecklenburg-Vorpommern als Mitglied der 15. Bundesversammlung gewählt. Im Vorfeld der Bundesversammlung legte er in zehn Bundesländern gegen die Wahl der dortigen Delegierten Einspruch ein. Vor dem Zusammentritt der 15. Bundesversammlung stellte der Ast. schriftlich Anträge auf Ausschluss der Delegierten aus den zehn Ländern und auf Befassung der Bundesversammlung mit den Einsprüchen gegen die Delegiertenwahlen. Ferner reichte er den Antrag ein, eine Geschäftsordnung zu beschließen, die mündliche Vorstellung der Kandidaten zu ermöglichen und „**Wahlbeobachter**“ bei der Stimmauszählung zu bestimmen.

1. Antrag, die Wahl von Joachim Gauck zum Bundespräsidenten für ungültig erklärt und eine Wiederholungswahl anzuordnen.

„Der Antrag ist damit unmittelbar auf eine **unzulässige Rechtsgestaltung** und den **Ausspruch einer Verpflichtung** gerichtet. Er kann auch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der Ast. die Feststellung einer Verletzung seiner organschaftlichen Rechte und damit ein zulässiges Rechtsschutzziel verfolgt. Denn er begehrt mit dem weiteren Antrag., den er auf denselben Sachverhalt stützt, ausdrücklich die **Feststellung einer Verletzung seiner Rechte** aus Art. 38 I 2 GG.“ (BVerfG aaO)

Der Antrag ist daher unzulässig.

2. Feststellung der Verletzung organschaftlicher Rechte durch die Wahl der anderen Vertreter

„Dem Ast. steht von Verfassungs wegen **ein organschaftliches Recht nicht** zu, die **Wahl der von anderen Ländern in die Bundesversammlung entsandten Delegierten zu rügen** und mit dieser Begründung die ordnungsgemäße Zusammensetzung der Bundesversammlung auf den Prüfstand zu stellen. Wie der Senat bereits entschieden hat, bestehen keine über § 5 BPräs-WahlG hinausgehenden organschaftlichen Rechte auf Überprüfung der Wahl der Delegierten in den Volksvertretungen der Länder (BVerfG, NVwZ 2014, 1149 Rn. 73 ff.). [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

Hieraus ergibt sich, dass dieser Antrag ebenfalls unzulässig ist.

3. Verletzung der Rede- und Antragsrechte des Ast.

„Den Mitgliedern der Bundesversammlung sind durch Art. 54 GG außer dem Recht zur Teilnahme an der Wahl **nur begrenzt Mitwirkungsrechte** zugewiesen, soweit sie zur Wahrnehmung des Wahlrechts erforderlich sind. Die für Abgeordnete des Bundestages geltende Regelung des **Art. 38 I 2 GG** ist wegen der andersartigen Aufgabe der Bundesversammlung auf deren Mitglieder **nicht übertragbar** (vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 1149 Rn. 90, 99 ff.). Das Grundgesetz gewährleistet ihnen **kein generelles Rede- und Antragsrecht**. Insbesondere findet die Wahl des Bundespräsidenten nach Art. 54 I GG „ohne Aussprache“ statt; zu einer Personal- und Sachdebatte über oder mit den Kandidaten sind die Mitglieder der Bundesversammlung danach nicht berechtigt (vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 1149 Rn. 108 ff.).

Der Präsident des Bundestages als Leiter der Bundesversammlung ist befugt, Sach- und Geschäftsordnungsanträge, die offensichtlich nicht im Einklang mit der Verfassung stehen, nicht zur Abstimmung zu stellen, ohne dem jeweiligen Antragsteller zuvor das Wort zu erteilen (vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 1149 Rn. 117 f.).“ (BVerfG aaO)

Die entsprechenden Anträge sind daher unbegründet.

4. Ablehnung eines „Wahlbeobachters“

„Das BVerfG hat wiederholt entschieden, dass das Grundgesetz einem Mitglied der Bundesversammlung **kein Recht** übertragen hat, als „Wahlbeobachter“ nach jedem Wahlgang zur Wahl des Bundespräsidenten an der Auszählung der Stimmen und der Ermittlung des Wahlergebnisses teilzunehmen, und der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl die Zulassung von „Wahlbeobachtern“, die durch Wahlvorschlagsträger benannt werden, bei der Auszählung der Stimmen und der Ermittlung des Wahlergebnisses der einzelnen Wahlgänge in der Bundesversammlung nicht gebietet (BVerfGE 130, 367 [369 f.] = NVwZ-RR 2012, 537 Ls.; BVerfG, NVwZ 2014, 1149 Rn. 134).“ (BVerfG aaO)

BayVersG
Art. 15

Lärmschutzaufgabe im Versammlungsrecht
Schutz von Polizeikräften

POR

(VGH München in NVwZ 2015, 106; Beschl. vom 16.10.2014 – 10 ZB 13.2621)

Fall: Der Kl. wandte sich gegen die Beschränkung in Nr. 5.2 S. 3 des Bescheides der Bekl. vom 19.06.2013 für die Versammlung des Kl. auf dem W.-Platz am 22.06.2013, wonach die (von der Beschallungsanlage ausgehende) Lautstärke einen Höchstwert von 85 dB (A), gemessen 1 m vor dem Lautsprecher, nicht überschreiten darf. Die Auflage wurde u.U. mit dem Schutz der eingesetzten Polizeikräfte begründet. Ist die Auflage rechtmäßig?

I. Anwendbarkeit der LärmVibrationsArbSchV auf Polizeibeamte im Einsatz

„Die LärmVibrationsArbSchV dient dem Schutz von Beschäftigten vor tatsächlichen oder möglichen Gefährdungen ihrer Gesundheit durch Lärm. Die öffentliche Sicherheit, zu deren Schutz nach Art. 15 BayVersG Beschränkungen verfügt werden können, umfasst die gesamte Rechtsordnung. Dazu zählen auch die Bestimmungen des Arbeitsschutzrechts, das grundsätzlich, wie das VG zutreffend festgestellt hat, auch für Polizeibeamte im Rahmen eines Einsatzes bei Versammlungen gilt (vgl. Arbeitsschutzverordnung v. 21.04.2009; so auch: OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 141 = NordÖR 2011, 45 = NdsVBI 2011, 78).

Der Grenzwert von 85 dB (A) diene der Vermeidung irreversibler Schäden des Innenohrs. Das Tragen eines **Gehörschutzes** komme **für Polizeibeamte bei Versammlungen nicht in Betracht**. In der Festsetzung eines Höchstwerts von 85 dB (A) liege keine unzumutbare Einschränkung der Versammlungsfreiheit. Der Redner sei bei einer Lautstärke seines Schallverstärkers von 85 dB (A) auch in ca. 30 m Entfernung noch deutlich zu hören gewesen. Bei gezielten Störungen durch Gegendemonstranten seien die Redebeiträge nur noch teilweise hörbar gewesen, es sei dem Versammlungsleiter aber zuzumuten, in einem solchen Fall polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.“ (VGH München aaO)

II. Verhältnismäßigkeit

„Zutreffend ist das VG auch davon ausgegangen, dass die Beschränkung der Lautstärke der Beschallungsanlage **auch in Bezug auf die Außenkommunikation** des Kl. bei seiner Versammlung **nicht unverhältnismäßig** war. Die Erregung öffentlicher Aufmerksamkeit über die eigentlichen Versammlungsteilnehmer hinaus ist zentraler Bestandteil des Versammlungsrechts (VGH Kassel, DVBI 2012, 1117 = NJW 2013, 555 Ls. = BeckRS 2012, 52448; u. Hinw. auf: BVerfG, Beschl. v. 12.7.2001 – 1 BvQ 28/01, 30/01, BeckRS 2012, 55620). Diese Außenkommunikation war dem Kl. entgegen seinem Vorbringen im Zulassungsverfahren möglich, weil der Redner trotz der Lautstärkebegrenzung der Beschallungsanlage in einem Radius von ca. 30 m um die Beschallungsanlage fast auf dem ganzen Platz gut verständlich zu hören war. Bei einem Gesamtdurchmesser des W.-Platzes von 90 m und einem **Beschallungsradius von 30 m** konnte der Kl. fast den ganzen Platz in gut vernehmbarer Lautstärke schallverstärkt erfassen.

Die Wahrnehmbarkeit der lautsprecherverstärkten Redebeiträge war **nur dann eingeschränkt**, wenn die Versammlung **gezielt von Gegendemonstranten gestört** wurde. Insoweit hat das VG zu Recht darauf abgestellt, dass der Kl. in einem solchen Fall darauf verwiesen werden kann, polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, um das Übertönen seiner rechtmäßigen Versammlung durch Gegendemonstranten zu verhindern (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 141 = NordÖR 2011, 45 = NdsVBI 2011, 78).

Das Vorhandensein eines „milderen“ **Mittels** führt nur dann zur Unverhältnismäßigkeit einer Anordnung, wenn dieses Mittel ebenso geeignet ist, den mit der Anordnung verfolgten Zweck zu erreichen. Die vorgeschlagene **Unterbrechung der Schallverstärkung bei Polizeieinsätzen** zum Schutz der Versammlung des Kl. erweist sich jedoch als ungeeignet, da für den Versammlungsleiter schon **nicht ohne weiteres erkennbar** ist, wann ein Polizeieinsatz in seiner Nähe beginnt.“ (VGH München aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

Streitverkündung im selbstständigen Beweisverfahren

ZPO

§§ 68, 485

Umfang der Bindungswirkung

(BGH in NJW 2015, 559; Urteil vom 18.12.2014 – VII ZB 102/14)

Verkündet der Antragsteller in einem selbstständigen Beweisverfahren, das er gegen einen vermeintlichen Schädiger führt, einem **möglicherweise stattdessen haftenden Schädiger** den Streit, so umfasst die Bindungswirkung des § 68 ZPO grundsätzlich jedes Beweisergebnis, das im Verhältnis zum Antragsgegner von rechtlicher Relevanz ist

Fall: Der Kl. verlangte vom Bekl. Schadensersatz für eine vermeintlich mangelhafte Reparatur seines Pkw. Nach einem Unfall ließ der Kl. bei der K-GmbH am 15.07.2010 einen neuen Kühler in sein Fahrzeug einbauen. Anfang September 2010 reparierte der Bekl. in seiner Kfz-Werkstatt einen Motorschaden an dem Pkw. Am 08.11.2010 blieb der Kl. mit dem Wagen auf der Autobahn liegen. Der Bekl. untersuchte das Fahrzeug und teilte dem Kl. mit, dass der Kühler des Wagens undicht sei und der dadurch verursachte Wasserverlust zu einer Überhitzung des Motors mit der Folge eines Motorschadens geführt habe. Darauf wandte sich der Kl. an die K-GmbH, die jedoch die Auffassung vertrat, dass Ursache für den Motorschaden nicht eine Undichtigkeit des von ihr eingebauten Kühlers, sondern eine fehlerhafte Reparatur durch den Bekl. sei. Der Kl. schlug sodann sowohl dem Bekl. als auch der K-GmbH vor, einen unabhängigen Sachverständigen mit der Feststellung der Schadensursache zu beauftragen. Dies lehnten beide ab. Der Kl. leitete ein selbstständiges Beweisverfahren zur Feststellung der Schadensursache gegen die K-GmbH ein und verkündete dem Bekl. den Streit. Der Bekl. trat dem Verfahren nicht bei. Nach den Feststellungen des im selbstständigen Beweisverfahren beauftragten Sachverständigen waren die Schäden an Motor und Kühler nicht auf eine Fehlerhaftigkeit des eingebauten Kühlers, sondern auf eine mangelhafte Reparatur des Bekl. zurückzuführen. Die Haftpflichtversicherung des Bekl. zahlte an den Kl. Reparaturkosten und eine Nutzungsausfallentschädigung. Der Kl. hat in erster Instanz unter anderem den Ersatz der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens in Höhe von insgesamt 6.446,46 Euro (eigene Anwaltskosten, Anwaltskosten der Ag. sowie Gerichtskosten) nebst Zinsen verlangt. Zu Recht?

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Kosten des gegen die K-GmbH geführten selbstständigen Beweisverfahrens nach § 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 I BGB haben.

I. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs

Ein solcher Schadensersatzanspruch setzt voraus, dass das von dem Bekl. hergestellte Werk (Reparatur des Motorschadens) mangelhaft war. Fraglich ist, ob das erkennende Gericht hiervon ohne weiteres aufgrund des Ergebnisses des selbstständigen Beweisverfahrens, welches gegen die K-GmbH gerichtet war, ausgehen kann. Dies wäre nur dann der Fall, wenn durch die Streitverkündung im selbstständigen Beweisverfahren eine Bindungswirkung entsprechend § 74 III i.V.m. § 68 ZPO gegenüber dem Bekl. eingetreten wäre.

1. Zulässigkeit der Streitverkündung

Eine Bindungswirkung gegenüber einem Streitverkündeten, der dem Verfahren nicht beigetreten ist, kann nur dann eingetreten sein, wenn die Streitverkündung des Kl. gegenüber dem Beklagten nach § 72 I ZPO zulässig war (allgM; vgl. BGH, NJW 1982, 281 [282] m.w.N.).

a) Zulässigkeit der Streitverkündung im selbstständigen Beweisverfahren.

Dann müsste eine Streitverkündung auch im selbstständigen Beweisverfahren überhaupt möglich sein.

*„Eine Streitverkündung ist auch in einem selbstständigen Beweisverfahren zulässig. In diesem Fall ist § 68 ZPO entsprechend in der Weise anzuwenden, dass dem Streitverkündeten das **Ergebnis der Beweisaufnahme entgegengehalten** werden kann (BGHZ 134, 190 [193] = NJW 1997, 859). Dadurch wird wie in einem Rechtsstreit der **Zweck einer Streitverkündung** erreicht, indem diese einerseits das rechtliche Gehör des Streitverkündeten gewährleistet, aber auch ebenso wie die §§ 485 ff. ZPO zur **Vermeidung widersprüchlicher Prozessergebnisse** und der Verringerung der Zahl der Prozesse beiträgt. Außerdem kann die Beteiligung des Dritten die Aufklärung des Sachverhalts wesentlich fördern (BGHZ 134, 190 [193] = NJW 1997, 859).“* (BGH aaO)

b) Voraussetzungen der Streitverkündung

Nach § 72 I ZPO ist eine Streitverkündung aber nur möglich, wenn der Streitverkünder für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits meint, einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können oder aber befürchtet, dass ein Dritter einen solchen Anspruch gegen sie geltend macht.

*„Über den Wortlaut von § 72 I ZPO hinaus ist eine Streitverkündung auch dann zulässig, wenn der vermeintliche Anspruch gegen den Dritten, dessentwegen die Streitverkündung erfolgt, mit dem im Erstprozess vom Streitverkünder geltend gemachten Anspruch in einem **Verhältnis der wechselseitigen Ausschließung** (Alternativverhältnis) steht (BGH, NJW 1989, 521, insow. nicht abgedruckt in BGHZ 106, 1; BGH, BauR 1982, 514 [515] = BeckRS 1982, 31075059; BeckOK ZPO/Dressler, 15.09.2014, § 72 Rn. 11; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 72 Rn. 5, 8, jew. m.w.N.). Soweit **nur eine gesamtschuldnerische Haftung** in Betracht kommt, ist eine Streitverkündung dagegen **unzulässig** (BGH, BauR 1982, 514 = BeckRS 1982, 31075059).“* (BGH aaO)

Fraglich ist hierbei allerdings, ob die Ansprüche einander **rechtlich ausschließen** müssen oder ob sich die Alternativität der Ansprüche auch aus tatsächlichen Aspekten ergeben kann.

*„Nach der Rechtsprechung des BGH kann das Alternativverhältnis **auch aus tatsächlichen Gründen** bestehen (vgl. etwa BGH, BauR 1982, 514 = BeckRS 1982, 31075059 – Haftung des Architekten wegen unterlassener Planung einer Abdichtung oder des Bauunternehmers wegen mangelhaft durchgeführter Abdichtung; BGHZ 70, 187 [189 ff.] = NJW 1978, 643 – Fehler des Planers oder Bauunternehmers; BGHZ 65, 127 [131 ff.] = NJW 1976, 39 – Verantwortlichkeit des Vorunternehmers oder des Unternehmers für Nässebeschäden). Es muss sich **nicht** um eine **rechtliche Alternativität** handeln.*

*Außerdem braucht das Vorliegen des **Alternativverhältnisses nicht von vornherein festzustehen**. Nach § 72 I ZPO ist eine Streitverkündung vielmehr dann zulässig, wenn die Partei im Zeitpunkt der Streitverkündung aus in diesem Augenblick naheliegenden Gründen für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch gegen einen Dritten **erheben zu können glaubt**. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Sachverhalt eine alternative Schuldnerschaft nahelegt. Eine Streitverkündung ist nur hinsichtlich solcher Ansprüche unzulässig, die nach Lage der Dinge von vornherein sowohl gegenüber dem Bekl. des Vorprozesses als auch gegenüber dem Dritten geltend gemacht werden können. Denn in einem derartig gelagerten Fall kommt es auch im Zeitpunkt der Streitverkündung nicht mehr auf einen für den Streitverkünder ungünstigen Ausgang des Rechtsstreits an (vgl. BGHZ 65, 127 [131] = NJW 1976, 39; BGHZ 70, 187 [18] = NJW 1978, 643).“* (BGH aaO)

c) Anwendung auf den Fall

Die Streitverkündung war zulässig, weil eine alternative Haftung der K-GmbH und des Bekl. in Betracht kam.

2. Wirkung der Streitverkündung

Nach § 74 III ZPO hat die wirksame Streitverkündung für den Streitverkündeten die **Wirkung einer Nebenintention** nach § 68 ZPO. Dies hat zur Folge, dass er nach Abschluss des Verfahrens nicht mehr behaupten kann, dieses sei, wie es dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden. Auf Mängel der Prozessführung der Hauptpartei kann er sich nur berufen, wenn er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder wenn Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht wurden.

a) Anwendbarkeit der Bindungswirkung auf das Ergebnis der Beweisaufnahme

Fraglich ist also hier, ob der Bekl. das Beweisergebnis des selbständigen Beweisverfahrens, wonach der spätere Motorschaden durch eine von ihm durchgeführte fehlerhafte Reparatur des Motors eingetreten ist, gegen sich gelten lassen muss, da es sich hierbei nicht um die Entscheidung selbst, sondern ein Ergebnis der Beweisaufnahme handelt.

*„Die Bindungswirkung einer in einem Rechtsstreit erfolgten Streitverkündung kommt nicht nur dem Entscheidungsausspruch, sondern **auch den tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen** zu, auf denen das Urteil im Vorprozess beruht. Sie greift dagegen nicht für Feststellungen des Erstgerichts, auf denen sein Urteil nicht beruht (sog **überschießende Feststellungen**). Dafür kommt es nicht auf eine subjektive Sichtweise des Gerichts, sondern darauf an, worauf die **Entscheidung des Erstprozesses objektiv***

nach zutreffender Rechtsauffassung **beruht**. Jedoch muss der Empfänger einer Streitverkündung auch damit rechnen, dass sich das Erstgericht für einen Begründungsansatz entscheidet, den er nicht für richtig hält. Dieser Begründungsansatz gibt den Rahmen vor. Eine in diesem Rahmen **objektiv notwendige Feststellung** wird nicht deshalb überschießend, weil sie sich bei der Wahl eines anderen rechtlichen Ansatzes erübrigt hätte (vgl. BGHZ 157, 97 [99] = VIZ 2004, 176).

Bei der entsprechenden Anwendung auf ein selbstständiges Beweisverfahren bedeutet dies, dass dessen **Beweisergebnis** Bindungswirkung gegenüber dem Streitverkündeten nach § 68 ZPO entfaltet, wenn es im **Verhältnis zum Antragsgegner von rechtlicher Relevanz** ist. Das ist auch dann der Fall, wenn die vom Sachverständigen durchgeführte Begutachtung zugleich zu Erkenntnissen darüber führt, ob ein Dritter die Ursache des Mangels oder des Schadens gesetzt hat. Dagegen besteht keine rechtliche Relevanz im Verhältnis zum Antragsgegner, soweit das Beweisergebnis nicht geeignet ist, zur Klärung der Frage beizutragen, ob der Antragsgegner den streitgegenständlichen Mangel oder Schaden verursacht hat.“ (BGH aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Die Feststellungen des Sachverständigen im selbstständigen Beweisverfahren hatten **rechtliche Relevanz für die K-GmbH**.

„Der Sachverständige hat die technische Ursache des Schadens, nämlich nicht sach- und fachgerecht durchgeführte Reparaturarbeiten an der Zylinderkopfdichtung, ermittelt und daraus geschlossen, dass nicht die K-GmbH Verursacherin der Schäden war. Er hat damit die Beweisfrage auch im Verhältnis zur K-GmbH beantwortet. Hierzu gehörte auch die Klärung der Frage, ob ein Schaden an der Zylinderkopfdichtung als Schadensursache in Betracht kam.“ (BGH aaO)

Hiergegen spricht auch nicht die Rechtsprechung des BGH, nach welcher die Streitverkündung ungeeignet sei, bei unklarer Beweislage den Anspruchsgegner des Klägers festzustellen, wenn dieser im Verhältnis zu jedem in Betracht kommenden Anspruchsgegner beweispflichtig ist (vgl. BGH, NJW 2010, 3576 Rn. 13; NJW-RR 2005, 1585 = WM 2005, 2108 Hässemeyer, Z郑 84 [1971], 179 [196 f.]).

„[Dies] **schließt es nur aus**, auf Grund der Unaufklärbarkeit im Verhältnis zu einem der möglichen Anspruchsgegner im Wege einer Bindungswirkung den **anderen haften zu lassen**, obwohl auch ihm gegenüber der **obliegende Beweis nicht geführt** ist. Hier ist die Schadensursache dagegen nicht unklar geblieben, sondern positiv festgestellt worden.“ (BGH aaO)

II. Haftung auf Kostenersatz für Beweisverfahren

Aus der Bindungswirkung des selbstständigen Beweisverfahrens gegenüber dem Bekl. müsste sich aber auch herleiten lassen, dass er die dort entstandenen Kosten zu tragen hat.

„Im Ergebnis zutreffend hat das BerGer. außerdem angenommen, dass die dem Kl. entstandenen Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens einen durch die fehlerhafte Reparatur des Bekl. **adäquat verursachten ersatzfähigen Schaden** darstellen. Ihr Ersatz ist insbesondere vom Schutzzweck der verletzten Norm umfasst.

Eine Schadensersatzpflicht umfasst auch **Aufwendungen**, die der Geschädigte **zur Schadensbeseitigung getätigt** hat. Sein Willensentschluss unterbricht den Zurechnungszusammenhang nicht, da er nicht frei getroffen, sondern durch das Verhalten des Schädigers veranlasst worden ist. Die Ersatzpflicht besteht allerdings nur für Aufwendungen, die ein **wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten für zweckmäßig und notwendig** halten durfte (Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., Vorb. v. § 249 Rn. 44 m.w.N.).

Hierzu können auch **Kosten eines erfolglosen Vorprozesses** gegen einen vermeintlichen Schädiger gehören (Palandt/Grüneberg, § 249 Rn. 58; BGH, NJW 1971, 134 [135]; NJW 1969, 1109 m.w.N.). Wenn der Schädiger seine Verantwortlichkeit gerade in der Weise verneint, dass er den Geschädigten zu **Unrecht auf einen vermeintlichen Schädiger verweist** und er sich darüber hinaus zur Ursachenermittlung nicht damit einverstanden erklärt, dass der Geschädigte ein – bindendes – Privatgutachten einholt, darf der Geschädigte die Kosten der Rechtsverfolgung gegen diesen Dritten regelmäßig für angemessen und notwendig erachten.“ (BGH aaO)

III. Ergebnis

Der Kl. hat einen Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Kosten des gegen die K-GmbH geführten selbstständigen Beweisverfahrens nach § 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 I BGB.

Urkundsprozess

Geltendmachung von Betriebskostennachforderungen

(BGH in NJW 2015, 475; Urteil vom 22.10.2014 – VIII ZR 41/14)

1. Ansprüche des Vermieters auf **Betriebskostennachzahlungen** aus Wohnraummietverträgen können **im Urkundenprozess** geltend gemacht werden.
2. Will ein Mieter die vom Vermieter vorgetragene Flächenangaben **substanziell bestreiten**, so muss er seinerseits Angaben zur Flächenberechnung machen.
3. Hierbei reicht es aus, wenn er eine im Rahmen seiner Möglichkeiten liegende **Vermessung der Mietwohnung** vornimmt.

Fall: Die Bekl. ist Mieterin einer Dachgeschosswohnung des Kl. Der Mietvertrag aus 2006, in dem die Wohnfläche nicht angegeben ist, sieht unter § 4 Buchst. b vor, dass der Mieter die Betriebskosten der dort genannten Positionen Nr. 1–21 zu tragen hat, und bestimmt dazu:

„Die Betriebskosten der Positionen 1–21 werden grundsätzlich anteilig nach dem Verhältnis der Wohnfläche der Mietsache zur Gesamtwohnfläche des Anwesens abgerechnet. Soweit der tatsächliche Verbrauch für Energie und Wasser gesondert erfasst ist, wird dieser der Abrechnung zu Grunde gelegt. Heiz- und Warmwasserkosten werden unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften, insbesondere der Heizkosten-Verordnung, abgerechnet. (...)“

Mit der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2011, die die Bekl. mit einem von der Hausverwaltung unterzeichneten Begleitschreiben vom 01.10.2012 am 10.11.2012 erhielt, machte der Kl. – unter Ansatz einer Wohnfläche der Wohnung der Bekl. von 40 qm und einer Gesamtwohnfläche des Gebäudes von 240 qm – eine Nachforderung über 1.187,54 Euro geltend, die die Bekl. nicht beglich. Der Kl. hat im Urkundenprozess unter Vorlage der Mietvertragsurkunde, der Betriebskostenabrechnung sowie des Anschreibens der Hausverwaltung Zahlung von 1.187,54 Euro nebst Zinsen verlangt. Die Bekl. hat die Flächenwerte bestritten.

Darf eine Entscheidung im Urkundsprozess ergehen?

Es darf eine Entscheidung im Urkundsprozess ergehen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen. Vom Vorliegen der allgemeinen Prozess- und Sachentscheidungsvoraussetzungen kann ausgegangen werden. Fraglich ist allein, ob die Klage im Urkundsprozess statthaft ist.

I. ausdrückliche Klage im Urkundsprozess

Der Kl. hat deutlich gemacht, dass er im Urkundsprozess klagen will.

II. Anspruchsinhalt

Die Klage ist auch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet und damit einen tauglichen Anspruchsinhalt.

*„§ 592 S. 1 ZPO eröffnet den Urkundenprozess unterschiedslos für alle Ansprüche, welche die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand haben. **Betriebskostennachforderungen** sind davon **nicht auszunehmen**. Ebenso wenig wie bei Ansprüchen auf Miete aus Wohnraummietverträgen, für die der Senat bereits entschieden hat, dass diese im Urkundenprozess geltend gemacht werden können (Senat, NJW 2005, 2701 = NZM 2005, 661; NJW 2007, 1061 = NZM 2007, 161; NJW 2009, 3099 = NZM 2009, 734; einschränkend für den Fall anfänglicher Mängel Senat, GE 2011, 53 = ZMR 2011, 204 = WuM 2010, 761 = BeckRS 2010, 29074 Rn. 11 f.), bestehen bei Betriebskostennachforderungen Gründe, den Wortlaut des § 592 ZPO in der Weise einzuschränken, dass solche Ansprüche generell vom Urkundenprozess ausgeschlossen wären.*

*Das entspricht der **ganz überwiegenden Meinung im Schrifttum** (Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl., J Rn. 84 ff.; Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2014, § 556 Rn. 147; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. XIV 110; Schmid, HdB der Mietnebenkosten, 14. Aufl., Rn. 7017 m; ders., MDR 2013, 1266 [1268]; Fischer in Bub/Treier, HdB der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Kap. IX Rn. 117; Both, NZM 2007, 156 [158]; Flatow, DWW 2008, 88 [91 f.]; Wichert/Sommer, ZMR 2009, 503 [509 f.]; Musielak/Voit, ZPO, 11. Aufl., § 592 Rn. 9 a; Bub/von der Osten, FD-MietR 2009, 292917; Herlitz, jurisPR-MietR 13/2014, Anm. 4; s. auch KG, ZMR 2011, 116 = WuM 2012, 156 = IBRRS 76711; anders Blank, NZM 2000, 1083 [1084]; differenzierend LG Bonn, WuM 2012, 155 = BeckRS 2009, 28572).“ (BGH aaO)*

III. Beweismittel

Fraglich ist jedoch, ob der Nachweis der Zahlungsverpflichtung hier allein durch die Vorlage von Urkunden grundsätzlich geführt werden kann.

1. Urkundsbeweis nicht auch für unstrittige Tatsachen

„Entgegen der Auffassung der Revision setzt die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses nicht voraus, dass auch unstrittige Anspruchsvoraussetzungen mit Urkunden bewiesen werden. Vielmehr bedürfen unstrittige, zugestandene oder offenkundige Tatsachen auch im Urkundenverfahren, abgesehen von dem hier nicht ge-

gebenen Fall der Säumnis der beklagten Partei (§ 597 II ZPO), keines Beweises und somit auch keiner Urkundenvorlage (Senat, BGHZ 62, 286 [289 ff.] = NJW 1974, 1199; BGH, WM 1985, 738 = BeckRS 2013, 20007 [unter 2]).“ (BGH aaO)

2. Urkundsbeweis für streitige Tatsachen

Der Kl. müsste seinen Anspruch auf Nachzahlung von Betriebskosten ausreichend mit Urkunden belegt haben.

Hierzu gehören ohne weiteres der Mietvertrag, aus dem sich die Kosten-tragungspflicht der Bekl. ergibt, sowie die **Betriebskostenabrechnung mit einem Zugangsnachweis**. Fraglich ist jedoch, ob der Vermieter auch eine Wohnflächenberechnung in Urkundsform vorlegen und nachweisen muss.

a) Anforderungen an Bestreiten von Flächenansätzen durch den Mieter

„Nach **allgemeinen Grundsätzen** hat der Vermieter, der eine Betriebskostennachforderung erhebt, die **Darlegungs- und Beweislast für die Flächenansätze**. Wenn er – wie hier – bestimmte Flächenwerte vorträgt, genügt dies den Anforderungen an eine substantiierte Darlegung (Schmid, Rn. 7039; ders., ZMR 2009, 335 [336]). Der sodann **erklärungsbelastete Mieter** hat – soll sein Vortrag beachtlich sein – auf die Behauptungen des Vermieters grundsätzlich ebenfalls **substantiiert** (d.h. mit näheren positiven Angaben) zu **erwidern** und muss erläutern, von welchen tatsächlichen Umständen er ausgeht, denn mit **bloßem Bestreiten** darf der Mieter sich **nur bei pauschalem Vorbringen** des Vermieters begnügen (BGH, NJW 2008, 1801 = NZM 2008, 403 Rn. 29).

Die Verpflichtung zu einem substantiierten Gegenvortrag setzt voraus, dass ein solches **Vorbringen der erklärungsbelasteten Partei möglich und zumutbar** ist. Dies ist in der Regel der Fall, wenn sich die behaupteten Umstände in ihrem Wahrnehmungsbereich verwirklicht haben (s. BGH, NJW-RR 2014, 830 Rn. 7; NJW 2010, 1357; Urt. v. 06.10.2007 – V ZR 128/06, BeckRS 2007, 13464 Rn. 17; BGH NJW 1999, 579; BGH, NJW-RR 1990, 78 [unter II 3 b aa]; BGH NJW 1987, 2008, jew. m.w.N.).“ (BGH aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Der Bekl. hat hier schlicht bestritten ohne darzulegen, warum die vom Vermieter angegebenen Quadratmeterzahlen unrichtig sind.

„Unabhängig davon, ob die Größe der gemieteten Wohnung in der Mietvertragsurkunde angegeben ist oder nicht, ist es dem **Mieter** in aller Regel **selbst möglich**, die **Wohnfläche der gemieteten Wohnung zu vermessen** und seinerseits einen bestimmten Flächenwert vorzutragen (Langenberg, J Rn. 36).

Im Schrifttum wird zwar **vereinzelt** die Auffassung vertreten, dass eine Flächenberechnung der eigenen Räume vom Mieter nicht verlangt werden könne, weil billigerweise nicht zu erwarten sei, dass er über die Anwendung der Berechnungsmethoden Bescheid wisse (Schmid, Rn. 7040; ders., ZMR 2009, 335 [337]; zu den Berechnungsmethoden s. Eisenschmid in Eisenschmid/Wall, Betriebskosten-Kommentar, 3. Aufl., Rn. 4008 ff.; Schmid, Rn. 4127 a). **Substantiiertes Bestreiten** verlangt jedoch nicht, dass der Mieter sich an einer bestimmten Berechnungsmethode, etwa den Vorgaben der Wohnflächenverordnung, orientiert, zumal die Berechnung etwa bei Dachgeschosswohnungen auf Grund von Schrägen und Winkeln kompliziert sein kann (vgl. Senat, NJW 2011, 143 = NZM 2010, 858 Rn. 29). Um die vom Vermieter vorgetragene Quadratmeterzahlen wirksam zu bestreiten, genügt es daher, wenn ihm der Mieter das **Ergebnis einer laienhaften**, im Rahmen seiner Möglichkeiten liegenden **Vermessung** entgegen hält.

Schließlich lässt sich dem pauschalen Bestreiten der Flächenangaben nicht entnehmen, dass das in der Betriebskostenabrechnung angenommene Verhältnis der Fläche der Mietwohnung (40 qm) zur Gesamtwohnfläche (240 qm) zu Lasten der Bekl. unrichtig ist. Es wird nicht deutlich, dass das Verhältnis der Fläche der Mietwohnung zur Gesamtwohnfläche für die Bekl. günstiger ist, denn ihr Bestreiten lässt nicht erkennen, ob die von ihr gemietete **Wohnung (wesentlich) kleiner** oder die **Gesamtwohnfläche größer** sein soll als vom Kl. vorgetragen.“ (BGH aaO)

Hat aber der Bekl. nicht substantiiert bestritten, so muss der Kl. auch keine Wohnflächenberechnung vorlegen. Er kann damit alle zum Beweis seines Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden belegen.

Der Urkundsprozess ist damit statthaft.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist schlüssig und der Anspruch durch Vorlage von Urkunden nachgewiesen. Das Bestreiten des Beklagten ist unsubstantiiert und erfolgt auch nicht durch Vorlage von Urkunden. Es wird daher ein Vorbehaltsurteil im Urkundsverfahren geben.

(BGH in NVwZ-RR 2015, 136; Beschluss. v. 17.09.2014 – 1 StR 212/14)

Wird ein Angeklagter im Rahmen einer Ordnungsmaßnahme für die Dauer einer Vernehmung **von der Hauptverhandlung ausgeschlossen** und erfolgt währenddessen eine Inaugenscheinnahme, auf die sich der Ausschluss nicht bezieht, so liegt ein **absoluter Revisionsgrund** nach § 338 Nr. 5 StPO vor, wenn die Inaugenscheinnahme nicht nachgeholt wird, denn diese gehört nicht zur Vernehmung

Fall: Das LG hat den Angekl. wegen Vergewaltigung in zwei Fällen, Sachbeschädigung in Tateinheit mit vorsätzlicher Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe und mit vorsätzlichem Besitz von Munition, Körperverletzung in Tateinheit mit vorsätzlichem Führen einer halbautomatischen Kurzwaffe und mit vorsätzlichem Besitz von Munition und wegen vorsätzlicher Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe in Tateinheit mit vorsätzlichem Führen einer halbautomatischen Kurzwaffe, mit vorsätzlichem Führen von zwei Schalldämpfern, mit vorsätzlichem Besitz von Munition sowie mit vorsätzlichem Umgang mit explosionsgefährlichen Stoffen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und vier Monaten verurteilt. Es hat weiter seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Hiergegen richtet sich seine Revision, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt. Der Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 5 StPO liegt folgendes Prozessgeschehen zu Grunde:

Durch Beschluss des LG wurde der Angekl. gem. § 177 GVG für die weitere Vernehmung der Zeugin B am 15.11.2013 aus dem Sitzungszimmer entfernt, nachdem er zuvor mehreren sitzungspolizeilichen Anordnungen des Vorsitzenden nicht nachgekommen war. Nach Entfernung des Angekl. machte die Zeugin weitere Angaben. Im Protokoll heißt es sodann: „Die von der Polizei gefertigten Lichtbilder der Wohnung der Geschädigten B wurden in Augenschein genommen.“ Die Zeugin machte sodann weitere Angaben zur Sache. Der Angekl. wurde über den wesentlichen Inhalt der Zeugenaussage B informiert (§§ 231 b II, 231 a II StPO). Die Lichtbilder werden im Protokoll anschließend nicht mehr erwähnt. Wird der Angekl. mit seiner Rüge Erfolg haben?

Der Angekl. mach einen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 5 StPO geltend. Danach ist ein Urteil stets auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen, wenn die Hauptverhandlung in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft oder einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, stattgefunden hat.

I. Zulässige Erhebung der Rüge

Die Erhebung einer Revisionsrüge nach § 338 Nr. 5 StPO setzt voraus, dass der die Rüge begründende Sachverhalt vollständig vorgetragen wird. Dies ist der Fall.

*„Gemäß § 344 II 2 StPO war es im vorliegenden Fall **nicht erforderlich**, die **Lichtbilder im Einzelnen zu beschreiben**, wenn dies auch im Einzelfall zur erforderlichen Klarstellung schon verlangt wurde (vgl. BGH, Ur. v. 4.5.2004 – 1 StR 391/03, BeckRS 2004, 05911). Dies war weder notwendig, um die Frage beantworten zu können, ob die Abwesenheit bei einem wesentlichen Teil der Hauptverhandlung stattfand, noch ob es sich nur um einen Vernehmungsbefehl handelte. Hier ergibt sich aus den auf die Sachrüge zugänglichen schriftlichen **Urteilsgründen**, dass die **Lichtbilder für das erkennende Gericht wesentlich** waren, denn sie werden bei der Beweiswürdigung dreimal angeführt. **Nicht wesentlich** waren für das Gericht die **Einzelheiten der Bilder**, denn es ist nur von „Lichtbildern ihres Schlafzimmers“, „Lichtbildern der Wohnung“ und „Bildern ihrer Wohnung“ die Rede. Näherer Vortrag war daher im vorliegenden Fall für die Beurteilung durch das Revisionsgericht entbehrlich (vgl. auch: BGH, Ur. v. 7.4.2004 – 2 StR 436/03, BeckRS 2004, 04888 = StV 2005, 6). Dies gilt auch für die Prüfung der Frage, ob lediglich von einem Vernehmungsbefehl auszugehen ist.“ (BGH aaO)*

II. Begründetheit der Rüge

Grundsätzlich sieht das Gesetz in §§ 230 I, 231 I 1 StPO auch die Anwesenheit des Angeklagten als verbindlich vor. Da dieser von der Verhandlung ausgeschlossen wurde, könnte insofern eine vorschriftswidrige Abwesenheit im Sinne des § 338 Nr. 5 StPO vorliegen. Allerdings sieht § 231b StPO vor, dass in Abwesenheit des Angekl. verhandelt werden kann, wenn er nach § 177 GVG wegen ordnungswidrigen Benehmens aus dem Sitzungszimmer entfernt oder zur Haft abgeführt wurde, das Gericht seine fernere Anwesenheit nicht für unerlässlich hält und solange zu befürchten ist, dass die Anwesenheit des Angeklagten den Ablauf der Hauptverhandlung in schwerwiegender Weise beeinträchtigen würde.

1. Nachweis des Ausschlusses nach § 177 GVG

Das Verhandlungsprotokoll erbringt den Nachweis für den Ausschluss des Angekl. nach § 177 GVG.

2. Nachweis der Einvernahme der Lichtbilder

„Durch die **Niederschrift über die Hauptverhandlung** wird bewiesen (§ 274 StPO), dass während der Vernehmung der Zeugin B, bei der der Angekl. nach § 177 GVG ausgeschlossen war, die **Inaugenscheinnahme der Lichtbilder** durchgeführt wurde.“ (BGH aaO)

3. förmliche Beweiserhebung durch Betrachten der Bilder

Fraglich ist jedoch, ob es sich bei dem anlässlich der Vernehmung der Zeugin B. Betrachten der Bilder überhaupt um eine förmliche Inaugenscheinnahme als Beweiserhebung handelte und nicht nur um einen Vernehmungsbehelf (vgl. hierzu: BGH, NStZ 2003, 320 = BeckRS 2003, 00438).

„Die Verwendung von Augenscheinsobjekten als **Vernehmungsbehelfe** im Verlaufe einer Zeugenvernehmung hätte **keiner Aufnahme in die Sitzungsniederschrift** bedurft (vgl. u.a.: BGH, NStZ 2014, 223 = BeckRS 2014, 03300 m.w.N.).

Der Wortlaut des Protokolls ist eindeutig: Die Bilder wurden „in Augenschein genommen“. Auf die Einschätzung des Sitzungsstaatsanwalts in seiner Gegenerklärung, wo nach seiner Erinnerung die Lichtbilder „als Hilfe dienten, die Angaben des Zeugen B betreffend ihrer Wohnverhältnisse nachvollziehen zu können“, kommt es danach nicht an.

Den Urteilsgründen lässt sich auch nicht entnehmen, dass kein förmlicher Augenschein erfolgt ist. Denn dort heißt es: „Dieses Geschehen konnte B anhand von in Augenschein genommenen Lichtbildern ...“ und „beruhen u.a. ... auf den in Augenschein genommenen Lichtbildern der Wohnung von B.“ Umstände, die die Beweiskraft des Urteils in Zweifel ziehen könnten (vgl. hierzu ua: BGH, Beschl. v. 13.11.2002 – 1 StR 270/02, BeckRS 2002, 09475), liegen danach nicht vor. Eine ggf. zulässige Protokollberichtigung ist nicht erfolgt.“ (BGH aaO)

4. Umfang des Ausschlusses

Der Angekl. war jedoch nur für die Beweiserhebung durch Einvernahme der Zeugin B. nach § 177 GVG aus der Hauptverhandlung ausgeschlossen worden, nicht jedoch für die Inaugenscheinnahme der Lichtbilder.

„Danach ist ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angekl. vorgenommen und **auch nicht in seiner Anwesenheit wiederholt worden** (vgl. hierzu ua: BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 3 StR 163/07, BeckRS 2007, 13410). Das der Angekl. hier nicht nach § 247 StPO, sondern nach § 177 GVG entfernt wurde, ist für die Beurteilung des Verstoßes ohne Bedeutung. Es liegt der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO vor, weil ein Teil der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angekl. durchgeführt wurde (vgl. ua: BGH, NStZ 2014, 223 = BeckRS 2014, 03300), **ohne dass dies durch den Entfernungsbefehl gedeckt war**; denn die Augenscheinnahme gehörte nicht zur Vernehmung (vgl. auch: Meyer-Goßner/Schmitt, 57. Aufl. Rn 7 und 20 ff. – zu § 247 StPO). Es stand auch nicht zu befürchten (vgl. § 231 b I StPO), dass der Angekl. bei **nachträglicher Inaugenscheinnahme** der Lichtbilder (bei seiner Unterrichtung gem. §§ 231 b II, 231 a II StPO) den Ablauf der Hauptverhandlung in schwerwiegender Weise beeinträchtigen würde.“ (BGH aaO)

5. Ergebnis

Der dargestellte Verfahrensverstoß führt zur Aufhebung der Verurteilung des Angekl. wegen den beiden Vergewaltigungsfällen, bei denen sich das LG ausdrücklich auf die Lichtbilder gestützt hat, und der Gesamtstrafe sowie der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB).

„Hingegen gefährdet dieser Verfahrensfehler den Bestand der Verurteilung wegen der Waffendelikte nicht. Ein Einfluss des Verfahrensfehlers ist insoweit ausgeschlossen (vgl. ua: Meyer-Goßner/Schmitt, Rn 2 – zu § 338 StPO), weil sich die Beweisaufnahme durch die Inaugenscheinnahme der Lichtbilder bei der Vernehmung der Zeugin B darauf nicht bezog (vgl. auch: BGH, Urt. v. 7.4.2004 – 2 StR 436/03, BeckRS 2004, 04888 = StV 2005, 6).“ (BGH aaO)

Durchsuchung und Beschlagnahme in Rechtsanwaltskanzlei
Rechtmäßigkeitsanforderungen

(BVerfG in AnwBl 2015, 177; Beschluss vom 06.11.2014 – 2 BvR 2928/10)

1. Richtet sich eine **strafrechtliche Ermittlungsmaßnahme** gegen einen **Berufsgeheimnisträger** in der räumlichen Sphäre seiner Berufsausübung, so bringt dies darüber hinaus regelmäßig die **Gefahr** mit sich, dass unter dem Schutz des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG stehende **Daten von Nichtbeschuldigten**, etwa den Mandanten eines Rechtsanwalts, zur Kenntnis der Ermittlungsbehörden gelangen, die die Betroffenen in der Sphäre des Berufsgeheimnisträgers gerade sicher wähen durften. Dadurch werden nicht nur die Grundrechte der Mandanten berührt.
2. Der **Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant** liegt auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechts-pflege. Diese Belange verlangen eine besondere Beachtung bei der Prüfung der Angemessenheit.
3. Zur Flankierung des **Zeugnisverweigerungsrechts** gemäß § 53 I Nr. 2 StPO hat der Gesetzgeber in § 160a I 1 StPO normiert, dass **Ermittlungsmaßnahmen** gegen einen Strafverteidiger als Unverdächtigen **generell unzulässig** sind, wenn voraussichtlich auch **Erkenntnisse** zu erwarten sind, über **welche jener das Zeugnis verweigern** dürfte.
4. **Einschränkungen der Beschlagnahmefreiheit** ergeben sich dann aber nur in engem Rahmen, insbesondere, wenn etwas beschlagnahmt wird, worüber der Strafverteidiger das **Zeugnis nicht verweigern** dürfte, beziehungsweise bei Schriftstücken, die - wie notarielle Urkunden - **für die Kenntnisnahme Dritter bestimmt** sind und keiner besonderen Geheimhaltung bedürfen

Fall: Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Anordnung der Durchsuchung der Rechtsanwaltskanzlei des Strafverteidigers eines Angeklagten nach § 103 StPO und die Beschlagnahme von Beweismitteln.

Gegen den Beschwerdeführer zu 1., einen Zahnarzt, wurde wegen des Verdachts des Abrechnungsbetruges und der fahrlässigen Körperverletzung ermittelt. Der Beschwerdeführer zu 2. ist der Strafverteidiger des Beschwerdeführers zu 1. Während der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht München hielt der Beschwerdeführer zu 2. dem Sachverständigen sowie einem Zeugen Patientenunterlagen vor.

Das Amtsgericht erließ am 21.07.2010 nach § 103 StPO den hier angegriffenen Durchsuchungsbeschluss für die Kanzleiräume des Beschwerdeführers zu 2. Aufgrund der Prozessvertretung für den Beschwerdeführer zu 1. sei die Annahme gerechtfertigt, dass die Durchsuchung zum Auffinden von Patientenunterlagen führen werde. Es handele sich nicht um beschlagnahmefreie Unterlagen nach § 97 StPO, weil keine schriftlichen Mitteilungen zwischen Rechtsanwalt und Angeklagtem, sondern lediglich „Geschäftsunterlagen“ des Angeklagten betroffen seien.

Bei der Durchsuchung am 26.07.2010 wurden in der Kanzlei des Beschwerdeführers zu 2. 17 Einzelunterlagen - weitestgehend Kopien - beschlagnahmt, darunter die getippte Form zweier „Patientenkarteikarten“, in denen der Beschwerdeführer zu 1. den Behandlungsablauf aus seiner Sicht detailliert geschildert und deren handschriftliche Fassung er für den Beschwerdeführer zu 2. eigens abgetippt hatte, sowie eine kommentierte Rechnung.

War die Durchsuchungsanordnung verfassungsmäßig?

I. Schutz der Wohnung (Art. 13 GG)**1. Art des Eingriffs**

Da Art. 13 GG verschiedene Ansätze für die Rechtfertigung von Eingriffen vorsieht, ist zunächst festzustellen, um welche Art von Eingriff es sich handelt. Es könnte sich um eine Durchsuchung handeln. Durchsuchung ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offen legen oder herausgeben will. Laut Sachverhalt wurde in der Kanzlei gezielt nach Unterlagen des Beschwerdeführers zu 1. gesucht. Damit ist eine Durchsuchung nach Art. 13 II GG einschlägig.

2. Beschränkbarkeit

Durchsuchungen sind zulässig, wenn sie in einem Gesetz vorgesehen sind. Als Ermächtigung kommt § 103 StPO in Betracht.

Hierbei handelt es sich um ein förmliches Gesetz, das grundsätzlich geeignet ist, das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung zu beschränken.

3. Grenzen der Beschränkbarkeit

Ein Eingriff in Art. 13 GG ist trotz grundsätzlicher Zulässigkeit einer Durchsuchung nach Art. 13 II GG aber nicht ohne jede Grenze möglich. So muss das die Einschränkung zulassende Gesetz ebenso wie die Anwendung im Einzelfall den Anforderungen entsprechen. Von der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der StPO kann ausgegangen werden; aber auch die Einzelmaßnahme muss verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen.

a) Besondere Verfahrensvorgaben

Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung steht nach Art. 13 II GG unter Richtervorbehalt.

*„Eine Durchsuchung greift in die durch Art. 13 I GG geschützte persönliche Lebenssphäre schwerwiegend ein. Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 II GG die Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält. Diesen trifft als **Kontrollorgan der Verfolgungsbehörden** 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 (vgl. BVerfGE 103, 142 [151]).“* (BGH aaO)

Eine solche richterliche Anordnung ist im vorliegenden Fall erfolgt. Die besonderen Verfahrensvorgaben sind eingehalten.

b) Verhältnismäßigkeit

Die Maßnahme muss aber auch verhältnismäßig gewesen sein.

*„Richtet sich eine strafrechtliche Ermittlungsmaßnahme gegen einen **Berufsgeheimnisträger** in der räumlichen Sphäre seiner Berufsausübung, so bringt dies darüber hinaus regelmäßig die Gefahr mit sich, dass unter dem Schutz des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG stehende **Daten von Nichtbeschuldigten**, etwa den Mandanten eines Rechtsanwalts, zur Kenntnis der Ermittlungsbehörden gelangen, die die Betroffenen in der Sphäre des Berufsgeheimnisträgers gerade sicher wahren dürfen. Dadurch werden nicht nur die **Grundrechte der Mandanten** berührt. Der Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant liegt auch im **Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege**. Diese Belange verlangen eine besondere Beachtung bei der Prüfung der Angemessenheit der Zwangsmaßnahme (vgl. BVerfGE 113, 29 [47 ff.]; BVerfGK 14, 83 [88]). Die Durchsuchung bei einem Nichtbeschuldigten, der durch sein Verhalten auch aus Sicht der Ermittlungsbehörden **in keiner Weise Anlass zu den Ermittlungsmaßnahmen** gegeben hat, stellt ebenfalls erhöhte Anforderungen an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGK 14, 83 [87]).“*

*Zur Flankierung des insbesondere dem Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Strafverteidiger und Mandant dienenden **Zeugnisverweigerungsrechts** gemäß § 53 I Nr. 2 StPO hat der Gesetzgeber in § 160a I 1 StPO normiert, dass **Ermittlungsmaßnahmen gegen einen Strafverteidiger als Unverdächtigen generell unzulässig** sind, wenn voraussichtlich auch Erkenntnisse zu erwarten sind, über welche jener das Zeugnis verweigern dürfte. Gemäß § 160a I 12 StPO dürfen **dennoch erlangte Erkenntnisse** ungeachtet ihres Inhalts **nicht verwertet** werden. Dies entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben zum **Kernbereichsschutz** (vgl. BVerfGE 109, 279 [331]).“* (BVerfG aaO)

aa) Legitimes Ziel

Das Auffinden von Beweismitteln ist grundsätzlich ein legitimes Ziel. Allerdings ist bei der Durchsuchung von Räumen Nichtbeschuldigter, insbesondere bei Rechtsanwälten, zu beachten, dass sich diese nicht auf die Erlangung von Erkenntnissen über andere Mandanten und über solche Erkenntnisse beziehen darf, bezüglich derer der Rechtsanwalt ein Zeugnisverweigerungsrecht hätte.

bb) Geeignetheit

Nach diesem Maßstab könnte die vorliegende Durchsuchungsmaßnahme zur Verfolgung des legitimen Zwecks der Aufklärung der Anklagevorwürfe ungeeignet und daher unverhältnismäßig sein.

*„[Etwa] gewonnene **Erkenntnisse** würden **ohnehin keine Verwendung** finden können. Dies wäre nur dann anders zu beurteilen, wenn nach den zum Zeitpunkt des Erlasses des Durchsuchungsbeschlusses tatsächlich vorliegenden Anhaltspunkten eine **Prognose** ergeben hätte, dass **ausschließlich relevante Erkenntnisse aus dem nicht absolut geschützten Bereich** zu erwarten seien. Derartige Prognoseerwägungen hat das Amtsgericht bei Erlass des Durchsuchungsbeschlusses jedoch nicht angestellt. Es hat sich weder mit der Problematik der **Durchsuchung beim Strafverteidiger** noch mit **§ 160a I StPO** auseinandergesetzt. Dazu hätte angesichts der bereits*

laufenden Hauptverhandlung und der dort vorgehaltenen Unterlagen jedoch Veranlassung bestanden. Bei diesem Vorgehen besteht die Gefahr, dass der **Schutz des Vertrauensverhältnisses** infolge der Sichtung sämtlicher Verteidigungsunterlagen **ins Leere läuft**. Dies gilt umso mehr, wenn - wie hier - trotz der besonderen Sensibilität einer Durchsuchung beim Strafverteidiger **keine umfassende Angemessenheitsprüfung** unter Berücksichtigung der Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses zwischen Strafverteidiger und Mandant erfolgt.“ (BVerfG aaO)

Die Durchsuchungsanordnung war daher zur Aufklärung der Anklagevorwürfe ungeeignet und damit unverhältnismäßig.

4. Ergebnis

Die Durchsuchungsanordnung verletzt den Beschwerdeführer zu 2. in seinem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 I, II GG

II. Berufsfreiheit (Art. 12 I GG)

Die Durchsuchung der Kanzleiräume könnte den Beschwerdeführer zu 2. auch in seiner durch Art. 12 I GG geschützten Berufsfreiheit verletzen.

Der zweifellos stattgefundene Eingriff könnte gerechtfertigt sein. Grundsätzlich steht Art. 12 I GG nach Art. 12 I 2 GG unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt, der hier von § 103 StPO ausgefüllt wird. Allerdings ist die Durchsuchungsanordnung rechtswidrig erfolgt.

„Denn die Beschlagnahme konnte entsprechend den vorstehenden Ausführungen wegen § 160a I 2 StPO **nicht zu verwertbaren Ergebnissen führen**, da die Beweiserhebung ohne ausdrückliche Prognoseerwägungen und somit unter Verstoß gegen § 160a I 1 StPO erfolgte.

Unabhängig davon, steht einer derartigen Grundrechtsverletzung ferner nicht etwa entgegen, dass für die **Beschlagnahmefreiheit** ein **besonderer „Verteidigerbezug“** der Unterlagen erkennbar sein müsse. Dieser Verteidigerbezug ist vorliegend bereits deshalb indiziert, weil die **Schriftstücke beim Verteidiger aufgefunden** wurden und einen **Bezug zum Strafverfahren** hatten.

Einschränkungen der Beschlagnahmefreiheit ergeben sich dann aber nur **in engem Rahmen** - insbesondere, wenn etwas beschlagnahmt wird, worüber der Strafverteidiger das Zeugnis nicht verweigern dürfte, beziehungsweise bei Schriftstücken, die - wie notarielle Urkunden - **für die Kenntnisnahme Dritter bestimmt** sind und **keiner besonderen Geheimhaltung bedürfen** (vgl. Greven, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 97 Rn. 12). Eine Prüfung, ob das Zeugnisverweigerungsrecht bei den beschlagnahmten Dokumenten zur Anwendung gekommen wäre, stellen die Instanzgerichte jedoch nicht ausdrücklich an, obwohl dazu Anlass bestanden hätte, weil der Beschwerdeführer zu 1. die **handschriftlich geführten Patientenkartekarten** eigens für die Kommunikation mit seinem Strafverteidiger **abgetippt** hatte.

Die Annahme, eine **beschlagnahmefähige Unterlage** könne durch Anmerkungen des strafrechtlich Verfolgten zur Verteidigung nicht beschlagnahmefrei werden, ist unzutreffend. Denn von diesen Anmerkungen ist das Dokument nicht zu trennen, so dass der Bezug zur Verteidigung - und zum Zeugnisverweigerungsrecht des Strafverteidigers - gegeben ist. Hier hat der Beschwerdeführer zu 1. mit seiner getippten „Übersetzung“ der Patientenkartekarten, die offenbar wegen der Unleserlichkeit der handschriftlichen Aufzeichnungen erforderlich war, eine **Erläuterung gegeben**, zu der ausschließlich sein Verteidiger Zugang haben sollte.“ (BVerfG aaO)

Der Beschwerdeführer zu 2. ist auch in seiner Berufsfreiheit verletzt, die durch Art. 12 I GG geschützt wird.

III. Recht auf ein faires Verfahren (Art. 2 I i.v.m. Art. 20 III GG)

Durch die Beschlagnahme könnte der Beschwerdeführer zu 1 in seinem Recht auf effektive Verteidigung als Ausprägung des Anspruchs auf ein faires Verfahren aus Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG verletzt sein.

„Aus dem rechtsstaatlichen Gebot, dem Beschuldigten jederzeit die Möglichkeit einer **geordneten und effektiven Verteidigung** zu geben, ergibt sich, dass **Unterlagen**, die ein Beschuldigter erkennbar **zu seiner Verteidigung** in dem gegen ihn laufenden Strafverfahren anfertigt, **weder beschlagnahmt, noch** gegen seinen Widerspruch **verwertet** werden dürfen (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30.01.2002 - 2 BvR 2248/00 -, NJW 2002, S. 1410-1411; BGHSt 44, 46).“ (BVerfG aaO)

Das Recht des Beschwerdeführers zu 1. auf ein faires Verfahren ist daher ebenfalls verletzt.

(VGH München in NVwZ-RR 2015, 85; Urteil vom 25.09.2014 – 20 B 14.477)

1. Die **Kosten der Ersatzvornahme** müssen in der Androhung nur **vorläufig beziffert** werden.
2. Entstehen tatsächlich höhere Kosten, so bleibt ein **Recht zur Nachforderung** grundsätzlich **unberührt**.
3. Dies gilt aber nicht, wenn im Laufe des Verfahrens **absehbar** war, dass höhere Kosten entstehen werden. In einem solchen Fall muss die Behörde diese weiteren Kosten dem Pflichtigen gegenüber **schlüssig und nachprüfbar zu belegen**.

Fall: Die Kl. wandte sich gegen die Verpflichtung zur Tragung der Kosten i.H.v. 15.500 Euro einer im Wege einer Ersatzvornahme vorgenommenen Entsorgung und Entfernung von Gegenständen von ihrem Hausgrundstück X. in K. Mit Bescheid vom 19.02.2013 hatte das Landratsamt W. die Kl. zur Duldung der Besichtigung aller Gebäude sowie Räume ihres Anwesens verpflichtet. Die Besichtigung fand am 25.02.2013 statt. Mit Bescheid vom 28.02.2013, der Kl. mit Rechtsmittelbelehrung zugestellt am 01.03.2013, ordnete der Bekl. an, dass die Kl. die sach- und fachgerechte Entsorgung sämtlicher Abfälle sowie der vermoderten und verschimmelten Gegenstände in allen Gebäuden sowie in allen Räumen auf ihrem Anwesen durch eine Fachfirma unverzüglich zu veranlassen und bis spätestens 02.04.2013 abzuschließen habe (Räumung). Für den Fall der Nichtbeachtung würden die unverzüglich Räumung und Entsorgung im Wege der Ersatzvornahme angedroht. Dafür entstünden nach vorläufiger Schätzung Kosten in Höhe von ca. 7.500 Euro. Der Bescheid wurde auf § 16 I IfSG gestützt. Nach Verstreichen dieses Termins holte das Landratsamt W. Angebote für die Entsorgung sämtlicher Abfälle ein und teilte der damaligen Klägervertreterin den Räumungstermin (ab 14.05.2013) mit. Die Kl. habe bis zum Stichtag noch Gelegenheit, erhaltenswertes Hab und Gut beiseite zu schaffen.

Mit Schreiben vom 08.05.2013 beauftragte das Landratsamt W. die Firma Y. mit der fachgerechten Entrümpelung des Anwesens der Kl. Als Gegenleistung werde gemäß Kostenvoranschlag zunächst ein Pauschalpreis von 9.500 Euro vereinbart. Mit der Ausführung der Räumung wurde am 14.05.2013 begonnen und diese nach Unterbrechungen am 28.05.2013 abgeschlossen (Räumungstermine 14. 05. bis 16. 05., 21. 05. bis 23. 05. und 28.05.2014). Sämtliche geräumten Gegenstände sollen thermisch verwertet worden sein. Mit formblattmäßigem Kostenvoranschlag vom 21.5.2013 zeigte die Firma Y. (weitere) 5000 Euro für „Entrümpelung Einliegerwohnung und Garage nach Landratsamt pauschal“ an. Mit Rechnung vom 22.05.2013 setzte diese Firma für Dienstleistungen für die Durchführung sachgerechter Entsorgung 9.500 Euro und für unverschuldete Arbeitsverzögerung 6 h/jeweilig für 4 Mann plus 2 x Anhänger pauschal (Behinderung durch Kl., Abbruch laut Weisung Polizei) 1.000 Euro, insgesamt 10.500 Euro an, mit weiterer Rechnung vom 28.05.2013 für die fachgerechte Entsorgung „der Anliegerwohnung und Garage pauschal“ 5.000 Euro. Das Landratsamt W. bezahlte diese Beträge. In einem undatierten, beim Landratsamt W. am 10.06.2013 eingegangenen Nachtrag zum Auftrag beschrieb die beauftragte Firma die abtransportierte Menge mit 15 t Restmüll, ca. 240 qbm, und die Gesamtstunden mit ca. 204.

Mit Bescheid vom 11.06.2013, ordnete der Bekl. an, dass die Kl. die Auslagen für die Durchführung der Ersatzvornahme zur sach- und fachgerechten Entsorgung sämtlicher Abfälle sowie der vermoderten und verschimmelten Gegenstände in allen Gebäuden sowie allen Räumen auf dem Anwesen der Kl. in K. nach Maßgabe des Landratsamtes W. (Räumung) i.H.v. 15.500 Euro zu tragen habe. Eine Gebühr für den Bescheid wurde nicht festgesetzt. Als Vollstreckungsschuldner sei die Kl. zur Zahlung der Auslagen für die Vollstreckungsmaßnahme verpflichtet. An Auslagen für die Räumung seien insgesamt 15.500 Euro angefallen.

Am 04.07.2013 erhob die Kl. gegen diesen Bescheid Klage zum VG. Zur Begründung führte sie u.a. aus, es wäre nicht gerechtfertigt gewesen, die Räumung im Wege der Ersatzvornahme auf ihre Kosten wahrzunehmen. Da sie nur eine Hinterbliebenenrente von ca. 1.220 Euro beziehe, könne sie den geforderten Betrag nicht zahlen. Die Frist zur Räumung sei zu knapp bemessen, die Ersatzvornahme unverhältnismäßig gewesen. Es seien auch wertige Gegenstände entsorgt oder entwendet worden. Räumungsarbeiten habe sie nicht gestört. Zu Unrecht sei sie zum Klinikum nach Z. gebracht worden. Die Schätzung der Kosten für die Ersatzvornahme im bestandskräftigen Bescheid vom 28.02.2013 läge mit 7.500 Euro wesentlich unter der nun beanspruchten Summe. Ist die Anfechtungsklage begründet?

Die Klage ist begründet, wenn der Leistungsbescheid des Bekl. vom 11.06.2013 rechtswidrig ist und die Kl. in ihren Rechten verletzt (§ 113 I 1 VwGO).

Der Leistungsbescheid ist rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen für eine Pflicht der Kl. zur Tragung der Kosten der Ersatzvornahme nicht besteht.

I. Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen

Nach Art. 32 S. 2 BayVwZVG kann die Vollstreckungsbehörde eine Handlung auf Kosten des Pflichtigen vornehmen lassen, wenn dieser eine Pflicht zur Vornahme einer vertretbaren Handlung nicht erfüllt.

1. Vollstreckbarer Grund-VA

Hier ordnete die Bekl. mit Bescheid vom 28.02.2013, zugestellt am 01.03.2013 an, dass die Kl. die sach- und fachgerechte Entsorgung sämtlicher Abfälle sowie der vermoderten und verschimmelten Gegenstände in allen Gebäuden sowie in allen Räumen auf ihrem Anwesen durch eine Fachfirma unverzüglich zu veranlassen und bis spätestens 02.04.2013 abzuschließen habe (Räumung). Dieser Bescheid ist am 01.04.2013 bestandskräftig geworden, so dass ein vollstreckbarer Grund-VA vorliegt.

2. Androhung

Nach Art. 36 I 1 BayVwZVG muss das Zwangsmittel unter Bestimmung einer Erfüllungsfrist schriftlich angedroht werden. Dies ist mit Bescheid vom 28.02.2013 erfolgt.

Soll - wie hier - die Durchsetzung im Wege der Ersatzvornahme erfolgen, so ist in der Androhung der Kostenbetrag vorläufig zu veranschlagen (Art. 36 IV 1 BayVwZVG). Dieser wurde im Bescheid mit vorläufig 7.500 EUR beziffert.

Die Voraussetzungen für die Durchführung einer Ersatzvornahme lagen damit vor.

II. Kostentragungspflicht

Da somit die Voraussetzungen für die Durchführung einer Ersatzvornahme vorlagen, ist die Kl. grundsätzlich auch nach Art. 10 I Nr. 5 BayKG verpflichtet, die Kosten der Ersatzvornahme zu tragen und der Bekl. die Auslagen zu ersetzen. Hierbei ist grundsätzlich in Art. 36 IV 3 BayVwZVG auch vorgesehen, dass das Recht auf Nachforderung unberührt bleibt, falls die Ersatzvornahme einen höheren Kostenaufwand verursacht hat, als ursprünglich angekommen. Allerdings sind im vorliegenden Fall die geltend gemachten Kosten mehr als doppelt so hoch, wie die ursprünglich angenommen.

*„Zu Grunde liegen **Rechnungen** der beauftragten Firma Y. vom 22.05.2013 über 10.500 Euro (Entsorgung fachgerecht laut Kostenvoranschlag durchgeführt 9.500 Euro, unverschuldete Arbeitsverzögerung 1.000 Euro), und vom 28.05.2013 über 5.000 Euro (Entsorgung fachgerecht laut Kostenvoranschlag vom 21.05.2013).“ (VGH München aaO)*

Die bezifferten Kosten müssten aber schlüssig dargelegt und überprüfbar nachgewiesen sein. Die Vorlage von Rechnungen allein hier hierbei nicht ausreichend, vielmehr müssen auch die Rechnungen selbst nachvollziehbare Rechnungsposten enthalten.

*„Wie sich aus den vorgelegten Behördenakten ergibt, hatte das Landratsamt W. mit der beauftragten Firma Y. als Gegenleistung für die Entrümpelung Haus X. gem. Kostenvoranschlag „zunächst“ einen **Pauschalpreis von 9.500 Euro** vereinbart. Dem lagen Ortsbesichtigungen und schriftliche Äußerungen zweier Firmen zu Grunde. Während die Firma Y. mit Schreiben vom 29.04.2012 (richtig wohl 2013) unter Darlegung der Anzahl der zu räumenden Räume (12) einschließlich Dachboden und Garage einen Betrag von insgesamt 15.500 Euro ansetzte – davon 6.500 Euro für Transport und Entsorgungskosten bei 10 Containern mit insgesamt 30 t Abfall, 9.000 Euro Personalkosten bei veranschlagten 250 h Arbeitszeit –, gab die Firma MKD unter dem 06.05.2013 und der Überschrift „Kostenvoranschlag“ lediglich Folgendes an: „Entrümpelung Haus K, ca. 9.500“ und weiter unten „pauschal ca. 9.500“ und schließlich „Summe 9.500“.“ (VGH München aaO)*

Fraglich ist, ob es sich bei dem Schreiben der beauftragten Firma Y. vom 06.05.2013 überhaupt um einen Kostenvoranschlag nach § 650 BGB handelt. Denn für einen solchen müsste eine fachmännische Berechnung der voraussichtlichen Kosten erfolgt sein.

*„Eine **fachmännische Berechnung** der voraussichtlichen Kosten enthält jedoch der dürftige Text des „Kostenvoranschlags“ vom 06.05.2013 **nicht ansatzweise**, so dass möglicherweise von einem Pauschalpreis oder Festpreis für das zu erstellende Werk (Räumung des Anwesens der Kl. einschl. Beseitigung des Abfalls) auszugehen wäre (vgl. hierzu: Palandt, § 632 Rn. 7, 8). Ein **Festpreis dürfte** im Hinblick auf die Wortlaute von „Kostenvoranschlag“ (06.05.2013) und Auftragserteilung (08.05.2013) **ausscheiden**.“*

Grundsätzlich kann auch für die zu erbringende Leistung, die im Vertrag ganz oder zum Teil durch Detailbeschreibung (Detail-Pauschalpreisvertrag) und/oder Leistungsziel (Global-Pauschalpreisvertrag) festgelegt ist, eine **pauschale Vergütung** vereinbart werden (Palandt, § 632 BGB Rn. 7). Fraglich ist deswegen hier, ob mit der zwischen Landratsamt und Firma Y. geschlossenen Vereinbarung diese **Firma** auch das **Risiko von Änderungen** im Rahmen der so geschuldeten Leistung **übernommen hat**, die sich während der Ausführung ergeben, mit der Folge, dass diese Änderungen die Vergütung nicht beeinflussen, oder ob bei wesentlichen Änderungen der Pauschalpreis an die tatsächlich ausgeführten Leistungen anzupassen (gewesen) wäre (vgl. Palandt, §632 Rn. 7). Für Letzteres spricht, dass offenbar das Landratsamt W. und die beauftragte Firma Y. am 21.05.2013 davon ausgegangen sind, dass der Preis („**Pauschalpreis**“) **an tatsächlich (mehr) auszuführende Leistungen anzupassen** wäre.“ (VGH München aaO)

Hat aber eine solche Preisanpassung zwischen Behörde und Unternehmer zu erfolgen, so darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Pflichtige diese Mehrkosten dann wegen des Rechts auf Nachforderung grundsätzlich zu tragen hat.

*„[Daher] hätte das Landratsamt **nicht davon absehen** dürfen, spätestens ab dem Zeitpunkt, in dem sich das Entstehen weiterer, über das „Pauschalangebot“ hinausgehender Kosten abzeichnete (hier wohl der 21.05.2013 mit weiterem „Kostenvoranschlag Entrümpelung Einliegerwohnung und Garage nach Maßgabe Landratsamt pauschal 5.000 €“), **von der beauftragten Firma eine detaillierte Kostenaufstellung** bereits getätigter Leistungen und einen detaillierten Kostenvoranschlag für noch notwendige künftige Leistungen zu verlangen, um die **Notwendigkeit der Änderungen** der geschuldeten Leistung und die Höhe der Kosten insgesamt auch dem Pflichtigen, hier der Kl., gegenüber schlüssig und nachprüfbar belegen zu können. Das trifft auch für die Kosten zu, welche als unverschuldete Arbeitsverzögerung wegen Behinderung durch die Kl. und Abbruch durch die Polizei mit 1.000 Euro in der Rechnung vom 22.05.2013 angesetzt worden waren.*

Die gleichen Bemühungen blieben jedoch in Ansätzen stecken. Zwar hat das Landratsamt die ausführende Firma Y. mit Schreiben vom 28.05.2013 – wohlweislich! – für die Festsetzung der entstandenen Kosten gegenüber der Kostenschuldnerin um Mitteilung der Anzahl der eingesetzten Mitarbeiter mit Namen und Wohnanschrift gebeten, weiter auch um einen „Überblick“ auf die aufgewendeten Gesamtstunden sowie die insgesamt abtransportierte Menge an kontaminierten Gegenständen (Müll) in Tonnen bzw. nach Möglichkeit in Kubikmetern. Diese Informationen sollten kurzfristig nach Auftragsabschluss zusammen mit der Schlussrechnung eingereicht werden, was jedoch nicht geschah. Lediglich eine Rechnung über 5.000 Euro vom 28.05.2013 folgte („Entsorgung fachgerecht laut Kostenvoranschlag vom 21.05.2013/Anliegerwohnung und Garage pauschal“). Ein undatiertes Nachtrag, eingegangen beim Landratsamt am 10.06.2013 gibt zur abtransportierten Menge des Restmülls und Arbeitsaufwands ca. 15 t Restmüll, etwa 240 qbm, und Gesamtstunden mit 204 an. Die vom Landratsamt angeforderten Wiegescheine sind für einen insgesamt schlüssig belegten und nachprüfaren Gesamtbetrag ebenfalls nicht ertragreich.

*Alle diese **spärlichen Angaben und Belege** weisen zur Überzeugung des Senats **bisher immer noch nicht schlüssig** nach, dass für die Räumung des Anwesens der Kl. und die Entsorgung des Abfalls einschließlich möglicherweise zu berücksichtigender Behinderungen **tatsächlich 15.500 Euro an Kosten entstanden** sind. Darauf, dass eine solche Aktion wohl hätte billiger erfolgen können, deuten Vergleichsberechnungen der Klägervertreterin zur Begründung der Berufung unter Berücksichtigung der Angaben aus dem Angebot der Firma Y. hin.“ (VGH München aaO)*

III. Ergebnis

Daher ist der Bescheid des Bekl. vom 11.06.2014 im Umfang der Anfechtung aufzuheben und das Urteil des VG zu ändern.

Anordnungsanspruch bei offenen Erfolgsaussichten Zugangsfiktion nur bei sicherer und geeigneter Bekanntgabeform (OVG Bautzen in LKV 2015, 83; Beschluss vom 12.08.2014 – 3 B 498/13)

1. Grundsätzlich sind für den **Anordnungsanspruch** nach § 123 I VwGO bei summarischer Prüfung **überwiegende Erfolgsaussichten für das Hauptsacheverfahren** zu fordern.
2. Drohen dem Betroffenen ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung irreparable **Folgen oder ein irreversibler Rechtsverlust**, so rechtfertigen ausnahmsweise bereits offene Erfolgsaussichten den Erlass einer einstweiligen Anordnung (hier bejaht für einstweiligen Rechtsschutz gegen die Aufforderung zur Abgabe einer Vermögenserklärung zur Vollstreckung von Rundfunkgebührenbescheiden).
3. Die **Zugangsfiktion** des § 41 II 1 VwVfG kann nur greifen, wenn die Behörde eine **sichere und geeignete Bekanntgabeform** gewählt hat (hier verneint bei falscher Adressierung).

Fall: Der Ast. wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 I VwGO gegen die vom Ag. betriebene Zwangsvollstreckung von Rundfunkgebühren. Dem Ast. wurde schon die Abnahme der Vermögensauskunft angekündigt. Er macht geltend, die zugrunde liegenden Bescheide hätte ihn nicht erreicht.

Die Gebührenbescheide vom 02.10. und 02.11. 2012, deren Vollstreckung der Ag. betreibt, sind auch an den betreffenden Tagen versendet worden. Allerdings liegt ein Zugangsnachweis nicht vor. Der Ast. trägt vor, die Adressierung sei falsch gewesen, da er unter der Anschrift M. 28 in G wohne und nicht unter der Anschrift M. 28a in G. Der Ag. ist der Auffassung, dass der Zusatz „a“ die Adressierung nicht falsch mache, sondern nur der Klarstellung diene.

Ist der zulässige Antrag begründet?

Der Antrag nach § 123 I VwGO ist begründet, wenn ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund vorliegen.

I. Allgemeine Anforderungen

„Grundsätzlich sind für den Anordnungsanspruch nach § 123 I VwGO bei summarischer Prüfung **überwiegende Erfolgsaussichten für das Hauptsacheverfahren** zu fordern. Der Anspruch des Betroffenen auf vorläufigen Rechtsschutz ist jedoch umso stärker, je schwerer die ihm durch Zeitablauf drohenden Nachteile sind und je weniger diese Nachteile nach einem Obsiegen in der Hauptsache wieder rückgängig gemacht werden können (BVerfG, Beschl. v. 27. 10. 1995 – 2 BvR 384/95, juris Rn. 52). **Drohen** dem Betroffenen ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung **irreparable Folgen** oder ein **irreversibler Rechtsverlust**, so rechtfertigen ausnahmsweise bereits offene Erfolgsaussichten den Erlass einer einstweiligen Anordnung (Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. [2014], § 123, Rn. 94; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. [2013], § 123 Rn. 25 f.).“ (OVG Bautzen aaO)

II. überwiegende Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Fraglich ist danach, ob bereits überwiegende Erfolgsaussichten in der Hauptsache festgestellt werden können. Diese bestehen nur, wenn die zu vollstreckenden Bescheide nicht bereits bestandskräftig geworden sind.

Dies setzt voraus, dass sie wirksam bekannt gegeben wurden und die Rechtsbehelfsfrist abgelaufen ist. Hier bestehen jedoch schon Zweifel hinsichtlich der Bekanntgabe.

1. Anforderungen an Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes

„Nach § 43 I 1 VwVfG wird ein **Verwaltungsakt** gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, **in dem Zeitpunkt wirksam**, in dem er ihm **bekannt gegeben** wird. Bekanntgabe bedeutet, dass der Verwaltungsakt dem Adressaten **tatsächlich zugegangen** ist, der Verwaltungsakt also derart in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, dass dieser bei gewöhnlichem Verlauf und unter normalen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 14. Aufl. [2014], § 41 Rn. 7).

Nach § 41 II 1 VwVfG gilt ein **schriftlicher Verwaltungsakt**, der im Inland durch die Post übermittelt wird, **am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben**. Diese Vermutung greift jedoch nach § 41 II 3 VwVfG nicht, wenn der Verwaltungsakt nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist; in diesen Fällen hat die Behörde den Zugang des Verwaltungsakts und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen. Dies gilt auch in Massenverwaltungsverfahren. Jedoch kann die Behörde in solchen Verfahren ihrer Beweispflicht nach den Grundsätzen des **Beweises des ersten Anscheins** genügen, wenn sie Tatsachen vorträgt, aus denen **nach allgemeiner Lebenserfahrung** geschlossen werden kann, dass der Empfänger den Bescheid tatsächlich erhalten haben muss. Diese Grundsätze sind auch für die Erhebung von Rundfunkgebühren anerkannt (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 16. 7. 2012 – 3 A 663/10, juris Rn. 7 m. w. N.). Die aus

der gewählten Bekanntgabeform ggf. resultierenden Risiken einschließlich der Gefahr des Verlustes des Schriftstücks hat bis zum tatsächlichen Zugang beim Empfänger die Behörde zu tragen (OVG Schleswig, Beschl. v. 2. 8. 2001 – 1 M 24/00, juris Rn. 4). Regelmäßig wird mit dem durch den zuständigen Behördenmitarbeiter zu dokumentierenden Zeitpunkt der Aufgabe zur Post folglich ein **typischer Geschehensablauf** dahingehend **in Gang gesetzt**, dass im Inland eine Postbeförderung innerhalb von drei Tagen an den Bestimmungsort erwartet werden kann. Kommt das Schreiben **nicht als unzustellbar zurück**, sind Zweifel am Zugang und am Zugangszeitpunkt – soll die Zugangsfiktion nicht ihren Sinn verlieren – nur gerechtfertigt, wenn der Adressat einen **atypischen Geschehensablauf** schlüssig vorträgt.“ (OVG Bautzen aaO)

2. atypischer Verfahrensablauf

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob sich der Ast. auf einen atypischen Geschehensablauf berufen kann. Zwar sind die Gebührenbescheide vom Ag. nachweislich abgesandt und sie sind auch nicht als unzustellbar an ihn zurückgesandt worden.

„[Der Ast.] hat im erstinstanzlichen Verfahren an Eides statt versichert, keinen der Gebührenbescheide erhalten zu haben und er hat unter Vorlage einer Kopie seines Personalausweises nachgewiesen, unter der Adresse M. 28 gemeldet zu sein. Aus Letzterem folgt zwar nicht, dass der Ast. unter der gemeldeten Adresse auch sicher postalisch erreichbar ist. Wenngleich sich die Meldepflicht auf die Angabe der Anschrift (§ 5 Nr. 11, § 10 III, § 12 SächsMG) erstreckt, die (anschließend) von der Meldebehörde auch an andere zuständige Behörden weitergegeben werden darf (§ 29 I Nr. 6 SächsMG), begründet die gemeldete Anschrift für sich genommen keine Vermutung dafür, dass an diesem Ort der „Machtbereich“ eines Bescheidempfängers dergestalt erreicht wird, dass mit der Möglichkeit zur Kenntnisnahme tatsächlich zu rechnen ist (vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 2. 8. 2001 – 1 M 24/00, juris Rn. 9). Jedoch ist hier zumindest offen, ob die Gebührenbescheide dem Ast. tatsächlich zugegangen sind, da der Ast. **durchgreifende Mängel in der vom Ag. gewählten Bekanntgabeform** behauptet, die in der Hauptsache zu klären sein werden. Die Zugangsfiktion des § 41 II 1 VwVfG kann nämlich nur greifen, wenn die Behörde eine **sichere und geeignete Bekanntgabeform** gewählt hat. Dies ist nicht der Fall, wenn die Behörde ihren Bescheid **falsch adressiert** hat (OVG Schleswig, a. a. O.; OLG Köln, Beschl. v. 9. 6. 2009 – 83 Ss 40/09, juris Rn. 9). Die Ermittlung der richtigen Anschrift des Bescheidadressaten fällt grundsätzlich in die Risikosphäre der Behörde (Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. [2014], § 41 Rn. 70).“ (OVG Bautzen aaO)

Somit hat der Ast. atypische Umstände vorgetragen, die geeignet sind, berechnete Zweifel an der ordnungsgemäßen Bekanntgabe der Gebührenbescheide zu begründen und damit die gesetzliche Vermutung des § 41 II 1 VwVfG zu erschüttern.

Hiergegen kann der Ag. auch nicht einwenden, dass Zusatz „a“ zur Hausnummer „28“ nicht irreführend oder falsch sei, sondern vielmehr der Klarstellung diene und die Zustellung erleichtere.

„Ob die Adressierung mit dem Zusatz „a“ richtig ist und ob sie die Zustellung erleichtert oder erschwert, kann hier nur **anhand der gesamten Umstände**, insbesondere anhand der tatsächlichen Verhältnisse vor Ort (wie etwa der Lage des Briefkastens und dessen Zuordnung zu den Doppelhaushälften) geklärt werden. Entgegen der Ansicht des Ag. kann bei falsch adressierten Postsendungen **auch innerhalb eines kleinen Zustellbezirks** nicht zuverlässig davon ausgegangen werden, dass diese den Adressaten immer erreichen werden. Es mag sein, dass ein Postzusteller, der dort über einen längeren Zeitraum tätig ist, innerhalb des Zustellbezirks falsch adressierte Postsendungen gleichwohl richtig zustellen wird. Wird der gewöhnlich dort tätige Postzusteller jedoch beispielsweise von einer Aushilfskraft vertreten, kann hiervon nicht mehr ausgegangen werden.“ (OVG Bautzen)

Greift die Zugangsfiktion des § 41 II 1 VwVfG nach alledem nicht und lässt sich auch nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, dass die zu vollstreckenden Gebührenbescheide tatsächlich bekanntgegeben und somit wirksam geworden sind, sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache als offen zu beurteilen.

III. schwerwiegende Nachteile bei offenen Erfolgsaussichten

Allerdings kann bei schwerwiegenden Nachteilen auch bei offenen Erfolgsaussichten ein Anordnungsanspruch bestehen.

„Da die durch **Abgabe einer Vermögensauskunft** eintretenden Folgen für die **Kreditwürdigkeit** des Ast. jedoch **irreparabel** wären (vgl. BVerfG, Beschl. v. 11. 10. 2013 – 1 BvR 2626/13, juris Rn. 9), reicht es zu, dass sich die Erfolgsaussichten in der Hauptsache **bei summarischer Prüfung als offen** darstellen.“ (OVG Bautzen aaO)

So liegt der Fall hier, weswegen das Verwaltungsgericht dem Ast. im Ergebnis zu Recht vorläufigen Rechtsschutz gewährt hat.

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
§ 233

**Verwechslung von Faxnummern
keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**

ZPO

(OLG Karlsruhe MDR 2015, 235; Beschluss vom 05.01.2015 – 4 U 204/14)

Geht eine per Fax übermittelte Berufungsschrift verspätet beim Berufungsgericht ein, weil sie unter **Verwechslung der Faxnummern** an das Gericht des ersten Rechtszuges gelangt war, kann dem Berufungsführer keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden.

Fall: Die Berufungsschrift wurde am 15.12.2014 per Fax an das Landgericht gerichtet, welches das Urteil erlassen hatte und wurde von dort an das für die Berufung zuständige OLG weitergeleitet, wo sie am 16.12.2014, einen Tag nach Fristablauf einging. Der Prozessbevollmächtigte trug vor, dass die Faxnummern verwechselt worden seien und beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

„**Wiedereinsetzung** gegen die Fristversäumnis ist nach § 233 ZPO **nicht zu gewähren**, denn die aus der versehentlichen Versendung der Berufungsschrift an das LG resultierende Fristversäumnis hat die Beklagte zu verantworten. Zwar muss sich die Beklagte ein Verschulden der Sekretärin ihres Anwalts nicht zurechnen lassen, aber dessen eigenes Verschulden steht nach § 85 II ZPO dem Verschulden der Beklagten gleich.

Das eigene Verschulden des Prozessbevollmächtigten liegt darin, dass ein Rechtsanwalt für die richtige Adressierung – und zwar **einschließlich der Verwendung der richtigen Faxnummer** – die Verantwortung trägt. Soweit er die Adressierung seinem Büropersonal überlässt, hat er sie selbst auf **Vollständigkeit und Richtigkeit zu überprüfen** (OLG Frankfurt, Beschl. v. 1.3.2004 – 23 U 118/03, juris; vgl. auch BGH, Beschl. v. 26.5.1994 – III ZB 35/93, juris; a.A. BVerwG, Urt. v. 26.4.1988 – 9 C 271/86, juris). Das gilt jedenfalls dann, wenn der Schriftsatz bereits bei der Unterzeichnung durch den Rechtsanwalt die unzutreffende Faxnummer enthält und bekanntermaßen wegen einer gewissen Ähnlichkeit der Faxnummern von LG (0761 205 2030) und OLG (0761 205 3028) eine erhöhte Verwechslungsgefahr besteht.“ (OLG Karlsruhe aaO)

ZVG
§ 23

**Veräußerungsverbot
auch bei Teilungsversteigerung hinsichtlich Grundstück einer GbR**

ZV-Recht

(LG Bonn in NZG 2015, 191; Beschluss vom 03.09.2014 – 6 T 218/14)

Fall: Auf Antrag der Gläubigerin vom 18.10.2012 ordnete das AG Bonn mit Beschluss vom 13.12.2012 – 23 K 208/12 die Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück an. Grundlage der Vollstreckung ist der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des AG Bonn vom 02.04.2012, mit welchem die Anteile des Bet. zu 2 an der Bet. zu 5 sowie der sich hieraus ergebende Auseinandersetzungsanspruch gepfändet und zur Einziehung überwiesen wurden. Mit Schreiben vom 16.8.2012 kündigte die Gläubigerin gegenüber den Bet. zu 2 und 3 die Bet. zu 5. Im Grundbuch waren seit dem 29.10.2007 die Bet. zu 1 bis 3 „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ als Eigentümer eingetragen. Am 21.10.2009 war eingetragen worden, dass der Gesellschaftsanteil des Bet. zu 1 infolge Abtretung den Mitgesellschaftern angewachsen ist. Mit Schreiben vom 07.05.2014 beantragten die Notare Dr. S & Dr. H unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH vom 25.02.2010 (NJW-RR 2010, 1098) und den Inhalt des Grundbuchs die Löschung des Versteigerungsvermerks gem. § 28 ZVG mit der Begründung, dass das Eigentum an dem in Rede stehenden Grundbesitz auf den Bet. zu 1 umgeschrieben wurde (was sich aus dem Grundbuch ergibt). Das AG hob das Verfahren mit Beschluss vom 24.06.2014 auf. Zur Begründung führte das Amtsgericht aus, dass nach dem Inhalt des Grundbuchs die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht mehr Eigentümer des in Rede stehenden Grundbesitzes sei. Angesichts der Entscheidung des BGH vom 25.02.2010 (V ZB 92/09) habe auch kein Veräußerungsverbot gem. § 23 ZVG bestanden. Zu Recht?

Grundsätzlich finden nach § 180 I ZVG auf die Teilungsversteigerung die Vorschriften des ersten und zweiten Abschnitts des ZVG Anwendung und daher auch das Veräußerungsverbot nach § 23 ZVG. Fraglich ist, ob hierfür für den Fall der Versteigerung eines Grundstücks im Fall der Teilung einer GbR eine Ausnahme zu machen ist.

„Der BGH hat hierzu – zu Recht – für den Fall von **Miteigentümern** entschieden, dass **§ 23 ZVG** insoweit **nicht gilt** mangels Schutzbedürftigkeit des Gläubigers, der den **Miteigentumsanteil selber pfänden** kann (und nicht nur den Auseinandersetzungsanspruch) und eine Sicherungshypothek eintragen lassen kann:

Sofern aber ... die Auffassung gestützt werden soll, dass **allgemein § 23 ZVG in der Teilungsversteigerung nicht anwendbar** sei, weil die Erlösverteilung außerhalb des Verfahrens stattfindet, ist dem nicht zu folgen. Der BGH hat zutreffend einen Vergleich zu den Funktionen von § 23 ZVG in der Vollstreckungsversteigerung gezogen und – u.a. – auf die (im „Miteigentumsfall“ fehlende) Schutzbedürftigkeit des betreibenden Gläubigers abgestellt, der die Vollstreckung in den Miteigentumsanteil und die Eintragung einer Sicherungshypothek hätte erwirken können. Eine solche **fehlende Schutzbedürftigkeit** eines Gläubigers, der eine Teilungsversteigerung **wegen einer Forderung gegen einen Gesellschafter einer GbR** betreibt, **liegt nicht vor**. Ein solcher Gläubiger vermag auf Grund der gesamthänderischen Bindung des gesamten Vermögens der GbR eine Veräußerung des Grundbesitzes, welches Gegenstand der Teilungsversteigerung ist, nicht zu verhindern. Der Gläubiger eines Gesellschafters einer GbR ist durch die Pfändung und Überweisung des Gesellschaftsanteils gem. § 859 ZPO auch im Falle der Erklärung der Kündigung der Gesellschaft gem. § 725 II BGB nicht vor einer Veräußerung der Vermögensgegenstände geschützt, weil der Pfändungsgläubiger nicht in die Stellung als Gesellschafter einrückt und damit keinen direkten Einfluss auf die Verwertung des Gesellschaftsvermögens (vgl. § 733 III BGB) nehmen kann und somit die Veräußerung von Vermögensgegenständen nicht verhindern kann (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 859 Rn. 4; Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., § 725 Rn. 2). Im Unterschied zum Fall von Miteigentümern ist ein direkter Anteil an einzelnen Bestandteilen des Vermögens der Gesellschaft (wie der einzelne Grundbesitz) nicht pfändbar, und daher ist ein Veräußerungsverbot hinsichtlich der Vermögensgegenstände nicht (anders als über die Anwendung von § 23 ZVG) erreichbar.

Entscheidend ist, dass sich nach Auffassung der Kammer aus den §§ 181–185 ZVG und nach Sinn und Zweck des Teilungsversteigerungsverfahrens im vorliegenden „GbR-Fall“ nicht ergibt, dass § 23 ZVG nicht anwendbar wäre. Den Regelungen der §§ 181–185 ZVG

ist eine **allgemeine Nichtanwendbarkeit** von § 23 ZVG im Teilungsversteigerungsverfahren – auch nach Sinn und Zweck der Vorschriften – **nicht zu entnehmen**.

Das durchaus zutreffende Argument, dass die **Teilungsversteigerung den Auseinandersetzungsanspruch nicht durchsetzen soll** und kann, sondern **nur vorbereitet**, reicht nicht aus, um die Sicherungsfunktion von § 23 ZVG in allen Fällen der Teilungsversteigerung zu verneinen. Sofern sich der Gläubiger anderweitig vor Veräußerungen des Gegenstands der Teilungsversteigerung – und damit vor potenzieller Vereitelung bzw. Gefährdung des Auseinandersetzungsanspruchs – nicht schützen kann, ist schon aus **Gründen des effektiven Rechtsschutzes** (Schutz der Durchsetzbarkeit von Forderungen in der Zwangsvollstreckung, Art. 14 GG i.V.m. Art. 19 IV GG) verfassungsrechtlich geboten, § 23 ZVG anzuwenden.

Es ist auch angesichts der **Ziele der Teilungsversteigerung** sachgerecht, dass bei einer Teilungsversteigerung hinsichtlich des Grundbesitzes der GbR ein Veräußerungsverbot gem. § 23 ZVG allgemein besteht – im Ergebnis wie in der Vollstreckungsversteigerung – und dass damit die GbR diesen Vermögensgegenstand freihändig grundsätzlich nur noch im Falle der Zustimmung des betreibenden Gläubigers veräußern kann bzw. darf (§ 23 ZVG i.V.m. § 135 BGB). Der **Gläubiger eines Mitgesellschafters einer GbR ist ähnlich schutzwürdig** wie der nur persönliche Gläubiger in der Vollstreckungsversteigerung (§ 10 I Nr. 5 ZVG). Beide träfe das Risiko, „dem Geld hinterher laufen“ zu müssen, falls zu ihren Gunsten kein Veräußerungsverbot bestünde.“ (LG Bonn aaO)

ZPO
§§ 835 IV, 850k I

Pfändungsschutzkonto Übertragung des pfändungsfreien Guthabens in übernächsten Monat

BGH

(BGH in MDR 2015, 235; Urteil vom 04.12.2014 – IX ZR 115/14)

Gepfändetes Guthaben auf einem Pfändungsschutzkonto, das erst nach Ablauf des auf den Zahlungseingang folgenden Kalendermonats an den Gläubiger geleistet werden darf, kann, soweit der Schuldner hierüber in diesem Kalendermonat nicht verfügt und dabei seinen Pfändungsfreibetrag nicht ausschöpft, in den übernächsten Monat nach dem Zahlungseingang übertragen werden und erhöht dort den Pfändungsfreibetrag.

Bei einem Pfändungsschutzkonto kann der Schuldner zur Sicherung der persönlichen Lebensgrundlage monatlich über sein Guthaben auf einem als Pfändungsschutzkonto geführten Girokonto bis zur Höhe des Freibetrags nach § 850c I S. 1 i.V.m. § 850c IIa ZPO verfügen; insoweit wird das Guthaben von der Pfändung nicht erfasst (§ 850k I S. 1 ZPO). Schöpft der Schuldner trotz eines entsprechenden Guthabens den Freibetrag nicht aus, so stellt sich die Frage, ob ihm dieses Guthaben im Folgemonat zusätzlich pfändungsfrei zur Verfügung steht.

I. gesetzliche Regelung

„Nach dem **Wortlaut** [des § 850k I S. 2 ZPO in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes] konnten Beträge, die zum Ende eines Monats auf dem Konto eingingen, aber für den Folgemonat bestimmt waren, insbesondere Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (vgl. § 41 I S. 4 SGB II), von der Pfändung erfasst werden, wenn der Schuldner zuvor schon in Höhe des Freibetrags über sein Guthaben verfügt hatte. Sie standen dann im Folgemonat für den Lebensunterhalt nicht mehr zur Verfügung. Zur Lösung dieses „**Monatsanfangsproblems**“ bestimmte der Gesetzgeber durch das Gesetz v. 12.04.2011 (BGBl. I, 615) mit Wirkung zum 16.04.2011, dass bei der Pfändung künftiger Guthaben auf einem Pfändungsschutzkonto **eingehende Zahlungen erst nach Ablauf des Folgemonats** an den Gläubiger ausgekehrt werden dürfen (§ 835 IV ZPO n.F.). Nach dem Inhalt des in § 850k I ZPO neu eingefügten Satzes 2 (der bisherige Satz 2 wurde unverändert zu Satz 3) gehört das so gesperrte Guthaben zu dem Guthaben nach § 850k I S. 1 ZPO, über das der Schuldner in Höhe seines Freibetrags verfügen darf.“ (BGH aaO)

II. Anwendung auf den Fall

„Entgegen der Ansicht des LG kann Guthaben, das aufgrund der Regelung in § 835 IV ZPO erst nach Ablauf des auf den Zahlungseingang folgenden Monats an den Gläubiger geleistet werden darf, unter den Voraussetzungen des § 850k I S. 3 ZPO in den hierauf folgenden Monat, somit **in den übernächsten Monat nach dem Zahlungseingang, übertragen werden** und erhöht in diesem Monat den Pfändungsfreibetrag.

Dies ergibt sich allerdings **nicht unmittelbar aus dem Gesetz**. Nach § 850k I S. 2 ZPO gehört das nach § 835 IV 4 ZPO gesperrte Guthaben zu dem Guthaben i.S.d. § 850k I S. 1 ZPO, über das der Schuldner im Folgemonat im Rahmen seines Freibetrags verfügen darf. Eine ausdrückliche Verknüpfung des gesperrten Guthabens mit der Übertragungsmöglichkeit nach § 850k I S. 3 ZPO enthält das Gesetz nicht.

Die Anwendbarkeit der Regelung in § 850k I S. 3 ZPO auf das nach § 835 IV ZPO gesperrte Guthaben folgt aber aus dem **Zweck der gesetzlichen Regelung**. Die durch § 850k I S. 3 ZPO geschaffene Möglichkeit, im Falle eines nicht ausgeschöpften Freibetrags das betreffende Guthaben pfändungsfrei in den folgenden Monat zu übernehmen, soll den Schuldner in die Lage versetzen, **in begrenztem Umfang Guthaben anzusparen**, um auch solche Leistungen der Daseinsvorsorge bezahlen zu können, die nicht monatlich, sondern in größeren Zeitabständen zu vergüten sind (vgl. ... BT-Drucks. 16/7615, 13 [18 f.]). Die Auszahlungssperre des § 835 IV ZPO bis zum Ablauf des Folgemonats bezweckt hingegen zusammen mit der Regelung in § 850k I S. 2 ZPO, dass Zahlungseingänge dem Schuldner in dem Zeitraum tatsächlich zur Verfügung stehen, für den sie bestimmt sind. Der Schuldner soll nicht dadurch schlechter stehen, dass ihm Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nicht erst in dem Monat, für den die Leistungen gedacht sind, sondern bereits im Vormonat überwiesen werden. Er kann deshalb noch im Monat nach dem Leistungsempfang über das dadurch gebildete Guthaben im Rahmen seines Freibetrags verfügen (... BT-Drucks. 17/4776, 8 f.).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts widerspricht dieses Verständnis nicht dem im Gesetzgebungsverfahren betonten Grundsatz, dass ein aus dem Vormonat übertragenes Guthaben, das im Folgemonat nicht verbraucht wird, nicht ein zweites Mal in einen weiteren Monat übertragen werden kann, sondern dem Pfändungsgläubiger zusteht (BT-Drucks. 16/7615, 31; BT-Drucks. 16/12714, 19). Dieser Grundsatz gilt für die Übertragung von Guthaben unter Erhöhung des Freibetrags nach § 850k I S. 3 ZPO. Wird über ein solches übertragenes Guthaben im Folgemonat nicht verfügt, ist es an den Gläubiger auszuzahlen. Die in § 850k I S. 2 ZPO geregelte Zurechnung von Einkünften des Vormonats zu dem Guthaben, aus dem im Folgemonat nach § 850k I S. 1 ZPO in Höhe des Freibetrags verfügt werden kann, ist hiervon zu unterscheiden. Sie verändert nicht den Freibetrag, über den der Schuldner in einem Monat verfügen kann, und ermöglicht deshalb kein Ansparen von Guthaben über diesen Freibetrag hi–MDR 2015, 238naus. Sie stellt nur sicher, dass dem Schuldner aus einer überpünktlichen Zahlung insbesondere von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts keine Nachteile erwachsen. Die Anwendung des § 850k I S. 3 ZPO auf Guthaben i.S.v. §§ 835 IV, 850k I S. 2 ZPO führt mithin nicht zur zweimaligen Anwendung einer vom Gesetzgeber nur einmalig vorgesehene Übertragungsmöglichkeit. [Rn. 14-17].“ (BGH aaO)

**Wiedereintritt in die Beweisaufnahme
nach letzten Wort des Angeklagten**

(BGH in NStZ 2015, 105; Beschluss vom 24.06.2014 – 3 StR 185/14)

Fall: Das LG hat den Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung zu der Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Hiergegen erhebt der Angekl. die Revision gestützt auf Verfahrensbeanstandungen und die Rüge der Verletzung materiellen Rechts. In der Hauptverhandlung vom 16.12.2013 schloss der Angekl. mit dem Nebenkl. im Adhäsionsverfahren einen Vergleich über die Zahlung von 15.000 €, wobei ein Teilbetrag von 5.000 € am 18.12.2013 fällig war. Nachdem die Vertreterin der StA und die Verteidiger des Angekl. an demselben Prozesstag ihre Schlussvorträge gehalten und ihre Anträge gestellt hatten, hatte der Angekl. das letzte Wort. Am darauffolgenden Sitzungstag, dem 18.12.2013, übergab der Angekl. an den Nebenkl. 5.000 € in bar.

Er ist der Auffassung, dass deshalb die in § 258 StPO vorgesehenen Worterteilungen hätten wiederholt werden müssen.

„Im Falle des **Wiedereintritts in die Hauptverhandlung** müssen die in § 258 StPO vorgeschriebenen Worterteilungen - mithin auch das letzte Wort des Angekl. im Sinne des § 258 II HS. 2 StPO - wiederholt werden. Ein **Wiedereintritt** in die Hauptverhandlung setzt keinen Gerichtsbeschluss oder eine sonstige ausdrückliche Anordnung voraus, sondern kann auch **stillschweigend** geschehen. Er liegt insbesondere bei allen Prozesshandlungen vor, die ihrer Natur nach in den Bereich der Beweisaufnahme gehören (vgl. LR/Stuckenberg StPO, 26. Aufl., § 258 Rn 4 ff., 7). So verhielt es sich hier:

Die sich aus den Urteilsgründen ergebende **Feststellung** des LG über die Barzahlung von 5.000 € war ein - selbständiges, nicht nur einen Annex zum Vergleichsschluss darstellendes - **zur Beweisaufnahme im „materiellen Sinne“** (vgl. LR/Becker aaO, § 244 Rn 3) über die Wiedergutmachung des vom Angekl. angerichteten Schadens gehörendes Prozessgeschehen. Es führte daher - auch ohne eine förmliche Anordnung der Fortsetzung der Beweisaufnahme - zum Wiedereintritt in die Hauptverhandlung und machte eine Wiederholung der in § 258 StPO vorgeschriebenen Worterteilungen einschließlich der Gewährung des letzten Wortes des Angekl. erforderlich.

Dieser Rechtsfehler hat die **Aufhebung des Strafausspruches** zur Folge. Die Nichterteilung des letzten Wortes begründet nicht ausnahmslos die Revision, sondern nur dann, wenn und soweit das Urteil darauf beruht. Dies kann indes nur in besonderen Ausnahmefällen ausgeschlossen werden (vgl. BGH Urt. v. 15.11.1968 – 4 StR 190/68, BGHSt 22, 278, 280 f.; LR/Stuckenberg aaO, Rn 60 ff., 69). Vorliegend kann der Senat im Hinblick auf die Beweislage zur Täterschaft des Angekl., der diese nach den Gesamtumständen eingeräumt hat, und die Tatsache, dass das nach dem letzten Wort des Angekl. stattgefundene Prozessgeschehen **ausschließlich für die Strafzumessung relevant** war, ausschließen, dass der Schuldspruch auf dem Verfahrensverstoß beruht. Dies gilt indes nicht für den Strafausspruch (vgl. BGH Beschl. v. 13.04.1999 – 4 StR 117/99, NStZ 1999, 473). Dieser bedarf daher neuer Verhandlung und Entscheidung.“ (BGH aaO)

**Aussage gegen Aussage
Lügen des Belastungszeugen**

(BGH in NStZ-RR 2015, 86; Beschluss vom 19.11.2014 – 4 StR 427/14)

Eine Verurteilung darf nicht allein auf die Angaben des einzigen Belastungszeugen gestützt werden, wenn dessen Aussage sich als in einem wesentlichen Detail bewusst falsch herausstellt. In einem solchen muss sich die Verurteilung auf außerhalb der Zeugenaussage liegende gewichtige Gründe stützen, die es rechtfertigen, der Zeugenaussage gleichwohl einen Beweiswert beizumessen.

Fall: In der Sache geht es Sexualdelikte an Kindern. Bei der ersten Vernehmung in der Hauptverhandlung hatte der Zeuge entsprechende Taten „im Ansatz“ bekundet, bei einer weiteren Vernehmung eingeräumt haben, insoweit die Unwahrheit gesagt zu haben. Zu derartigen Taten des Angekl. sei es nicht gekommen. Diese hätten sich ihre Geschwister ausgedacht und ihn überredet, entsprechende unwahre Angaben zu machen.

Gleichwohl hielt das LG die Aussage des Zeugen trotz der eingeräumten Lügen für glaubhaft. Es sei kein Grund ersichtlich, warum der Zeuge wahrheitswidrig einen Tatvorwurf aufrechterhalten haben sollte. Er habe den Vorfall in der Hauptverhandlung zwar nicht bestätigt, er habe ihn aber seiner Mutter unmittelbar vor der Anzeigerstattung spontan geschildert.

Die Revision des Angekl. ist der Auffassung, dass die Beweiswürdigung des LG einer rechtlichen Überprüfung aus sachlich-rechtlichen Gründen nicht standhält. Zu Recht?

„In einer Konstellation, in der **„Aussage gegen Aussage“** steht und außer der Aussage des einzigen Belastungszeugen **keine weiteren belastenden Indizien** vorliegen, muss sich der Tatrichter bewusst sein, dass die Aussage dieses Zeugen einer besonderen Glaubwürdigkeitsprüfung zu unterziehen ist. Die Urteilsgründe müssen erkennen lassen, dass das TatGer. **alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen** hat (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschl. v. 06.02.2014 – 1 StR 700/13 = BeckRS 2014, 06229 Rn 3 = FD-StrafR 2014, 356973 [Ls]; Beschl. v. 12.09.2012 – 5 StR 401/12 = BeckRS 2012, 20644 Rn 8; Beschl. v. 19.08.2008 – 5 StR 259/08 = NStZ-RR 2008, 349 f. – jew. m.w.N.). Allein auf Angaben des **einzigen Belastungszeugen**, dessen Aussage **in einem wesentlichen Detail als bewusst falsch** anzusehen ist, kann eine Verurteilung nicht gestützt werden (BGH, Urt. v. 19.04.2007 – 4 StR 23/07 = BeckRS 2007, 07155 Rn 11; Urt. v. 29.07.1998 – 1 StR 94/98 = BGHSt 44, 153 [158]; Urt. v. 17.11.1998 – 1 StR 450/98, BGHSt 44, 256, 257 – jew. m.w.N.). Dann muss der Tatrichter jedenfalls regelmäßig außerhalb der Zeugenaussage liegende gewichtige Gründe nennen, die es ihm ermöglichen, der Zeugenaussage im Übrigen dennoch zu glauben.“ (BGH aaO)

Der Zeuge hatte eingeräumt, bei der Polizei und im ersten Hauptverhandlungstermin „gelogen“ zu haben und „Sachen erzählt“ zu haben, „die der Angekl. nicht gemacht habe“. Das LG hat seine Angaben zu der ausgeurteilten Tat dennoch als glaubhaft bewertet.

„Es hat dabei die Glaubhaftigkeit der auf das Tatgeschehen bezogenen Angaben des Zeugen **nicht grundlegend von der Nullhypothese ausgehend bewertet**, sondern nur unter wenigen Aspekten, was bereits Bedenken begegnet. Aber auch die vom LG herangezogenen Gesichtspunkte vermögen seine Wertung der Aussage als glaubhaft nicht zu tragen.

Das LG hat im Wesentlichen darauf abgestellt, dass der Zeuge den **ausgeurteilten Vorfall konstant gegenüber seiner Mutter, bei der Polizei und in beiden Hauptverhandlungsterminen geschildert** habe. Dies greift bereits deshalb zu kurz, weil der Zeuge auch die übrigen Vorfälle, die nicht der Wahrheit entsprachen, zuvor konstant geschildert hat. Soweit das LG insoweit bei der Vernehmung im ersten Hauptverhandlungstermin bei den erlogenen Vorfällen **„auffällige Unsicherheiten“** bemerkt haben will, sind diese **in den Urteilsgründen nicht belegt**.

Wird die Aussage des einzigen Belastungszeugen hinsichtlich einzelner Taten und Tatmodalitäten widerlegt, so ist damit seine **Glaubwürdigkeit in schwerwiegender Weise in Frage gestellt**. Seinen übrigen Angaben kann dann nur gefolgt werden, wenn außerhalb der Aussage Gründe von Gewicht für ihre Glaubhaftigkeit vorliegen. Solche zeigt das LG nicht auf. [wird ausgeführt]" (BGH aaO)

BayPAG
Art. 25 Nr. 1, 2l

**Sicherstellung von eventuell inkriminiertem Bargeld
bei Wegfall der Voraussetzungen aufzuheben**

POR

(VG München in FD-StrafR 2015, 366633; Urteil vom 10.12.2014 - M 7 K 12.4367)

Eine **gegenwärtige Gefahr** als Voraussetzung der Sicherstellung von inkriminiertem Bargeld nach Art. 25 Nr. 1 und 2 PAG kann **mit Antritt der Strafhaft** entfallen, wenn eine Gesamtwürdigung der Umstände nichts Gegenteiliges ergibt.

Fall: Der Kläger (K) ist ein mehrfach wegen unerlaubter Einfuhr von und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln vorbestrafter nigerianischer Staatsangehöriger. Im September 2011 wurde er wegen eines Rotlichtverstößes von der Polizei angehalten. Als die Polizeibeamten in diesem Zusammenhang mit Einwilligung des K das Fahrzeug durchsuchten, fanden sie im Handschuhfach einen Geldbeutel mit insgesamt 10.200 EUR und in einer Fototasche weitere 3.300 EUR Bargeld. Die Polizeibeamten beschlagnahmten das Bargeld. Nachdem dem K das Verzeichnis der Beschlagnahme der Gegenstände ausgehändigt worden war, verlangte er lautstark „seine“ 200 EUR zurück, da es sich hierbei um sein Verpflegungsgeld handele.

Das AG hat die Beschlagnahme bestätigt und in den Gründen festgestellt, dass K unter dem Verdacht stehe, als Kurier für einen Rauschgifthändler tätig gewesen zu sein und gewusst habe, dass es sich bei dem Bargeld um die Bezahlung für eine erhebliche Menge an Betäubungsmitteln gehandelt habe. Im August 2012 wurden die beschlagnahmten Bargelder durch die zuständige Behörde (B) im Falle der Aufhebung der Beschlagnahme durch die Staatsanwaltschaft sichergestellt und in öffentliche Verwahrung genommen. Zur Begründung führte die B aus, es bestehe die gegenwärtige Gefahr, dass der K mit dem Bargeld weitere Straftaten begehen würde, wie illegalen Handel mit Betäubungsmitteln. Der Nachweis der rechtmäßigen Erlangung des Geldes sei ihm nicht gelungen. Er sei bereits mehrfach polizeilich in Erscheinung getreten, u.a. auch einschlägig wegen Handels mit Betäubungsmitteln. Auch seine sonstigen Angaben zur Herkunft des Geldes seien widersprüchlich und nicht glaubhaft. Gegen diesen Sicherstellungsbescheid wehrt sich der K mit seiner Klage.

I. Sicherstellungsanordnung vom August 2012

„Die Sicherstellungsanordnung vom August 2012 [ist] .. nicht aufzuheben, da sie den K nicht in seinen Rechten verletzt. Zum damaligen Zeitpunkt habe die gegenwärtige Gefahr bestanden, K würde das zuvor beschlagnahmte Geld unmittelbar zur Begehung von Straftaten nach dem BtMG verwenden.“ (VG München aaO)

II. Herausgabeanspruch wegen Wegfall der Gefahr

„Weil diese nun jedoch nicht mehr bestehe, könne die Sicherstellung nicht (mehr) auf Art. 25 Nr. 1 u. 2 BayPAG gestützt werden. Diese erlaubten eine präventive Sicherstellung u.a. dann, wenn hinreichende **Anhaltspunkte** dafür vorlägen, dass mit Geld **Straftaten vorbereitet oder gefördert** werden sollen. Auch dabei ermächtigt Art. 25 Nr. 1 BayPAG die Polizei grundsätzlich nur zur **präventiven, der Gefahrenabwehr dienenden Sicherstellung** von Sachen, nicht hingegen zur repressiven, allein der Bestrafung eines Beschuldigten dienenden Wegnahme von Gegenständen. Der **Gefahrenprognose** müssten dabei **konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte** zugrunde liegen, bloße Verdachtsmomente oder Vermutungen reichten nicht aus. Es müsse stets gewährleistet bleiben, dass Annahmen und Schlussfolgerungen einen konkret umrissenen Ausgangspunkt im Tatsächlichen haben. Zum Zeitpunkt der Beschlagnahmeanordnung habe die B zu Recht eine gegenwärtige Gefahr angenommen. K sei als bereits einschlägig vorbestraft, das Geld sei zudem in einer für das Milieu typischen Stückelung (Häufung von 50-Euro-Scheinen) aufgefunden worden. K habe keine glaubhafte Begründung für das Mitführen des Geldes geben können. Stattdessen habe er die 200 EUR, die sich im Geldscheinfach des Geldbeutels befunden hätten, sofort als sein Verpflegungsgeld reklamiert, was für seine Kuriertätigkeit und nicht für eine vorgesehene Übergabe des Geldes als einheitlichen Betrag i.H.v. 13.200 EUR spreche.“ (VG München aaO)

Eine solche Gefährdungsprognose ist aber nunmehr nicht mehr gegeben, da K in Strafhaft sitzt.

„Zwar sei es **theoretisch möglich**, dass K ...für das Geld Betäubungsmittel erwerbe oder mit diesen Handel treibe. Gegen eine Investition in Betäubungsmittel spreche aber, dass er bereits in der Vergangenheit versucht habe, vom Drogenkonsum wegzukommen, er seinem Verteidiger einen erheblichen Teil des freizugebenden Geldes versprochen und noch weitere Schulden habe. Es bestünden außerdem **keine konkreten Anhaltspunkte** dafür, dass K das Geld an Dritte zu deliktischen Zwecken weiterleiten werde.

Auch könne die Sicherstellung des Geldes zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts nicht auf Art. 25 Nr. 2 BayPAG gestützt werden. Eine solche **polizeiliche Maßnahme zum Schutz privater Rechte** erfolge ausschließlich zugunsten des Eigentümers und zudem in dessen Interesse. Dabei sei vorrangig die Frage zu beantworten, ob die Maßnahme dem mutmaßlichen Willen des Berechtigten entspricht, was dann der Fall sei, wenn sie dessen objektivem Interesse entspreche. Drogenkonsumenten, die den gewünschten Stoff erhalten haben, wollten aber kein Rückgaberecht und keine Rückzahlung des Geldes geltend machen und bedürften dazu auch nicht der polizeilichen Hilfe. Aufgrund des **Wegfalls der Voraussetzungen für die Sicherstellung** seien die sichergestellten Geldmittel nach Art. 28 I 1 BayPAG an den K herauszugeben.“ (VG München aaO)

Streitigkeiten aus einem Vertrag, durch den eine Gemeinde ihre **auf öffentlichem Grund** zur Verfügung stehenden **Werbeflächen vermarktet**, sind jedenfalls dann nach dem Zivilrecht zu beurteilen und unterliegen gem. § 13 GVG der Zuständigkeit der **ordentlichen Gerichte**, wenn in dem Vertrag nicht pauschal ohne Prüfung des Einzelfalls für eine unbestimmte Anzahl von Sondernutzungstatbeständen die entsprechenden Erlaubnisse nach öffentlichem Recht gewährt werden.

Die Klägerin, die Gemeinde, vermarktet Werbeflächen auf öffentlichem Grund. In den entsprechenden Verträgen werden keine pauschalen Sondernutzungserlaubnisse nach öffentlichem Recht in unbestimmter Anzahl gewährt. Welcher Rechtsweg ist für die Zahlungsklage der Gemeinde eröffnet?

I. Abgrenzungskriterien

„Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der **Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet** wird. Dabei kommt es regelmäßig darauf an, ob die Beteiligten zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der **Über- und Unterordnung** stehen und sich der Träger hoheitlicher Gewalt der **besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts** bedient (s. GmS-OGB v. 10.4.1986 – GmS-OGB 1/85, BGHZ 97, 312 ff. = MDR 1986, 822; BVerwG v. 2.5.2007 – 6 B 10/07, BVerwGE 129, 9 = MDR 2007, 1148 LS = NJW 2007, 2275 – Rn. 4 m.w.N.). Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann aber auch auf einem **Gleichordnungsverhältnis** beruhen, wenn die das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsnormen nicht für jedermann gelten, sondern **Sonderrecht des Staates** oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind, das sich zumindest an einer Seite nur an Hoheitsträger wendet (BVerwG, a.a.O.; GmS-OGB v. 10.07.1989 – GmS-OGB 1/88, BGHZ 108, 284 [286] = MDR 1990, 508).“ (OLG Bremen aaO)

II. Anwendung auf den Fall

„Nach diesen Maßstäben leitet die Klägerin ihren Zahlungsanspruch aus einem dem Zivilrecht unterliegenden Vertrag ab. Ebenso wie in dem Beschluss vom OLG Hamburg v. 13.09.2011 – 3 W 50/11, GRUR-RR 2012, 126 zu beurteilenden Fall hat die Klägerin mit dem vorliegenden Vertrag die auf öffentlichem Grund zur Verfügung stehenden Werbeflächen vermarktet und ist insoweit **unternehmerisch tätig**. Sie hat sich mit der Ausschreibung dieser Flächen als Wettbewerberin neben die privaten Anbieter von Werbeflächen begeben. Der **Vertrag** ist nicht Ausdruck eines zwischen den Vertragsparteien bestehenden Unterordnungsverhältnisses, sondern **beruht auf der unternehmerischen Entscheidung der Klägerin**, den öffentlichen Grund zur Erzielung von Einnahmen zu vermarkten, sowie auf der Bereitschaft der Beklagten, diese Nutzungsmöglichkeit gegen Entgelt zu erwerben. Schließlich beruht die Möglichkeit, auf staatlichem Grund gegen Entgelt Werbeflächen zur wirtschaftlichen Nutzung zur Verfügung zu stellen, **nicht auf staatlichem Sonderrecht**, sondern auf der jedem Grundstückseigentümer zustehenden Befugnis, sein Grundstück wirtschaftlich nutzbringend zu verwenden. Dass von der Beklagten zu errichtende Werbeanlagen **öffentlich-rechtliche Genehmigungen** nach § 64 BremLBO bedürfen oder – soweit sie hiervon befreit sind – jedenfalls die Erteilung einer **Sondernutzungserlaubnis** nach § 18 BremLStrG erforderlich ist, steht dem nicht entgegen. Gegenstand des vorliegenden Vertrags sind nicht die hierfür erforderlichen Genehmigungen oder Erlaubnisse, sondern die Bereitstellung der öffentlichen Flächen der Klägerin außerhalb von Gebäuden zur Durchführung der in Ziff. 1 des Vertrags im Einzelnen definierten Werbemaßnahmen. Vertraglich eingeräumte Nutzungsrechte werden nicht bereits dadurch dem öffentlichen Recht unterworfen, dass sie die Erteilung der entsprechenden Genehmigungen voraussetzen.

Dies wäre möglicherweise **anders zu beurteilen**, wenn der Vertrag auch **inhaltliche Bindungen der öffentlichen Hand hinsichtlich der zu erteilenden Genehmigungen** enthielte, wenn etwa im Vertrag dem Erlaubnisnehmer pauschal ohne Prüfung des Einzelfalls für eine unbestimmte Anzahl von Sondernutzungstatbeständen nach öffentlichem Recht die entsprechenden Erlaubnisse gewährt würden (so der VGH München, Urt. v. 29.10.2008 – 8 B 05.1468, DÖV 2009, 594 = BeckRS 2009, 33077 – Rn. 56 unter Verweis auf das zu beachtende Prüfungs- und Entscheidungsprogramm der Art. 18ff. BayStrWG). Die im vorliegenden Fall unter Rn. 14 „Genehmigungen und Erlaubnisse“ aufgeführten Bestimmungen erschöpfen sich aber in Hinweisen auf die je nach Sachlage erforderlichen Genehmigungen und die hierfür einzureichenden Antragsunterlagen und Nachweise. Sie nehmen weder die von der zuständigen Behörde durchzuführende Prüfung der jeweiligen Anträge gem. § 18 Abs. 4 BremLStrG oder § 64 BremLBO vorweg noch lässt sich ihnen eine jeweilige Ermessensbindung entnehmen. Vielmehr enthält Rn. 14.7 des Vertrags Regelungen, mit denen nachteilige Auswirkungen abgelehnter Genehmigungen für die im Vertrag vorgesehenen Standorte durch die Bereitstellung von Ersatzstandorten oder durch eine Anpassung des Entgelts ausgeglichen werden sollen. Dies zeigt, dass die vertragliche Festlegung der Standorte unter dem Vorbehalt steht, dass bei einer auf die jeweiligen konkreten Verhältnisse abstellenden Genehmigungs- bzw. Erlaubnisprüfung eine derartige Genehmigung bzw. Erlaubnis zu erreichen ist, und diese Genehmigungen oder Erlaubnisse nicht durch den Gestattungsvertrag ersetzt werden.“ (OLG Bremen aaO)

Damit wird im vorliegenden Prozess ein Anspruch aus einem gem. § 13 GVG **in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fallenden Vertragsverhältnis** geltend gemacht, so dass der Prozess der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterliegt.

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

VV RVG

Vorb. 3 Abs. 5

Kosten des selbständigen Beweisverfahrens
keine Anrechnung bei verschiedenen Prozessbevollmächtigten
 (BGH in Rpfleger 2015, 114; Beschluss vom 27. 08. 2014 - VII ZB 8/14)

RVG

1. Wird ein selbständiges Beweisverfahren **von einzelnen Erwerbern von Wohnungseigentum** wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums betrieben und **klagt** nach Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens die **Wohnungseigentümergeinschaft** aufgrund eines Beschlusses, mit dem sie die Durchsetzung der Rechte der Erwerber auf Beseitigung der genannten Mängel wirksam an sich gezogen hat, gegen die Antragsgegnerin des selbständigen Beweisverfahrens auf Kostenvorschuss zur Beseitigung der Mängel, werden die **Kosten des selbständigen Beweisverfahrens** von der Kostenentscheidung im Verfahren der Kostenvorschussklage **mitumfasst**.
2. Werden die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens von der Kostenentscheidung im anschließenden Hauptsacheverfahren mitumfasst und sind die **Verfahrensgebühr des selbständigen Beweisverfahrens** und die **Verfahrensgebühr des Hauptsacheverfahrens von verschiedenen Rechtsanwälten** verdient worden, scheidet eine Anrechnung der Verfahrensgebühr des selbständigen Beweisverfahrens auf die Verfahrensgebühr des Hauptsacheverfahrens gemäß Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG aus .
3. Wird **im selbständigen Beweisverfahren** auf Antragstellerseite ein **anderer Rechtsanwalt** beauftragt als im **Hauptsacheverfahren** auf Klägerseite, ist im Rahmen der Kostenfestsetzung nach dem Rechtsgedanken des § 91 II 2 ZPO **keine Anrechnung der auf Antragstellerseite** im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Verfahrensgebühr auf die auf Klägerseite im Hauptsacheverfahren entstandene Verfahrensgebühr vorzunehmen.

I. keine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren

„Im selbständigen Beweisverfahren ergeht, außer in den Fällen des § 494a Abs. 2 ZPO, grundsätzlich keine Kostenentscheidung. Die Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens werden vielmehr **von der Kostenentscheidung eines sich anschließenden Hauptsacheverfahrens mitumfasst**, wenn zumindest ein Teil der Streitgegenstände und die Parteien der beiden Verfahren identisch sind (BGH, Beschluss vom 12.09.2013 - VII ZB 4/13, BauR 2013, 2053 Rn. 11; Beschluss vom 10.01.2007- XII ZB 231/05, BauR 2007, 747, 748 = NZBau 2007, 248; Beschluss vom 09.02. 2006 - VII ZB 59/05, BauR 2006, 865, 866 = NZBau 2006, 374).“ (BGH aaO)

II. Identität der Parteien

„Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde fehlt es auch nicht an der erforderlichen Identität der Parteien des selbständigen Beweisverfahrens mit denen des Hauptsacheverfahrens. Zwar hat im Hauptsacheverfahren **anstelle der Erwerber G.**, die das selbständige Beweisverfahren betrieben hatten, die **Klägerin** einen Kostenvorschuss zur Beseitigung von Mängeln des Wärmeverbundsystems der Außenfassade eingeklagt. Das steht der Kostenausgleichung unter Einbeziehung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens indes nicht entgegen.“ (BGH aaO)

III. Anrechnung nach Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG

1. Grundsatz

„Allerdings könnte sich die Beklagte auf eine etwa gemäß Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG gebotene **Anrechnung nach § 15a II Fall 3 RVG** im Rahmen der Kostenfestsetzung **an sich berufen**, da die im selbständigen Beweisverfahren entstandene Verfahrensgebühr und die im Hauptsacheverfahren entstandene Verfahrensgebühr **in demselben Kostenfestsetzungsverfahren** gegen die Beklagte geltend gemacht werden (vgl. Müller-Rabe in Gerold/Schmidt, RVG, 21. Aufl., § 15a Rn. 41; Hansens, RVGreport 2009, 467, 468; Enders, JurBüro 2013, 113, 116).“ (BGH aaO)

2. Ausnahme

„Die Anrechnungsvorschrift gemäß Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG ist im Streitfall indes nicht einschlägig, soweit es um die Anrechnung der auf Antragstellerseite im selbständigen Beweisverfahren entstandenen Verfahrensgebühr auf die auf Klägerseite im Hauptsacheverfahren entstandene Verfahrensgebühr geht. Eine **Anrechnung** gemäß Vorbemerkung 3 Abs. 5 VV RVG **scheidet aus, wenn** - wie hier auf Klägerseite - die Verfahrensgebühr des selbständigen Beweisverfahrens und die Verfahrensgebühr des Hauptsacheverfahrens **von verschiedenen Rechtsanwälten** verdient worden sind (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2009 - VII ZB 41/09, JurBüro 2010, 190, 191, zur Anrechnungsvorschrift gemäß Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG; Müller-Rabe in Gerold/Schmidt, aaO, VV Vorb. 3 Rn. 327; Keller in Riedel/Sußbauer, aaO, VV Teil 3 Vorbem. 3 Rn. 73; Enders, JurBüro 2013, 113, 114; a. M. OLG Hamburg, MDR 2007, 559).“ (BGH aaO)

IV. Anrechnung nach § 91 II 1 ZPO

„Auch eine im Rahmen der Kostenfestsetzung zu berücksichtigende Anrechnung **nach dem Rechtsgedanken des § 91 II 2 ZPO** scheidet entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts aus.

Allerdings wird in der **Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ganz überwiegend vertreten**, dass die Regelung des § 91 II 2 ZPO die Prüfung erfordert, ob ein **Anwaltswechsel** zwischen selbständigem Beweisverfahren und nachfolgendem Hauptsacheverfahren **notwendig** gewesen ist (vgl. OLG Köln, JurBüro 2013, 590, 591; OLG Hamm, BeckRS 2002 30252713; OLG

Koblenz, AGS 2002, 164, 165). Dem tritt ein **Teil der Literatur** unter Hinweis darauf entgegen, dass das selbständige Beweisverfahren und das Hauptsacheverfahren gebührenrechtlich selbständige Angelegenheiten sind (vgl. Schneider, AGS 2013, 571, 572; ders., AGS 2012, 258; vgl. ferner Müller-Rabe in Gerold/Schmidt, aaO, Anhang III Rn. 75).

Der Senat muss diesen Streit nicht grundsätzlich entscheiden. Jedenfalls in dem Fall, dass **Erwerber von Wohnungseigentum** ein selbständiges Beweisverfahren mit einem Anwalt ihres Vertrauens eingeleitet haben und die **Wohnungseigentümergeinschaft** dann aufgrund eines Beschlusses, mit dem sie die Durchsetzung der Rechte der Erwerber auf Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums an sich gezogen hat, das Hauptsacheverfahren mit einem anderen Anwalt durchführt, kann die Verfahrensgebühr beider Anwälte im Rahmen der Kostenfestsetzung in Ansatz gebracht werden.“ (BGH aaO)

RVG
§§ 3a, 34 I 1

Abgrenzung von Vergütungs- und Gebührenvereinbarung Vergütungsvereinbarung nur bei gesetzlicher Gebühr

RVG

(OLG Karlsruhe in FD-RVG 2015, 366367; Urteil vom 20.01.2015 - 19 U 99/14)

Fall: Die Klägerin - bei ihr handelt es sich um eine Anwaltssozietät - macht gegen die Beklagte im Urkundenprozess ein Vergütungsbegehren aus einem so bezeichneten Beratungsvertrag geltend. Hierin ist die monatliche Bezahlung eines Pauschalhonorars für anwaltliche Leistungen vorgesehen.

I. Abgrenzung zwischen Vergütungsvereinbarung und Gebührenvereinbarung

Gemäß § 34 I 1 RVG soll der Rechtsanwalt für eine **Beratung** - also die Erteilung eines **Rats** oder einer **Auskunft** -, die nicht mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit zusammenhängt, auf den Abschluss einer **Gebührenvereinbarung** hinwirken. Hängt die Beratung mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit zusammen, kann hingegen eine Vergütung nach § 34 RVG nicht berechnet werden; vielmehr wird die Beratung in diesem Fall durch die für die Angelegenheit vorgesehene Gebühr abgegolten (vgl. Gerold/Schmidt/Mayer, RVG, 19. Aufl., §34 Rn. 19m. w. N.).

„Nach zutreffender Ansicht, welcher der Senat beitrifft, lässt sich daraus auch eine klare systematische Abgrenzung der Begriffe **„Vergütungsvereinbarung“** einerseits und **„Gebührenvereinbarung“** andererseits herleiten: Das Gesetz verwendet den Begriff der Vergütungsvereinbarung dann, wenn eine höhere oder niedrigere als die gesetzlich festgelegte Vergütung zwischen Anwalt und Mandant vereinbart werden soll, während es im Anwendungsbereich des **§ 34 I 1 RVG** an gesetzlich festgelegten Gebühren fehlt, weshalb die vom Gesetzgeber insoweit gewählte Bezeichnung **Gebührenvereinbarung** folgerichtig erscheint (vgl. Gerold/Schmidt/Mayer, aaO., § 34 Rn. 4 m.w.N.).“ (OLG Karlsruhe aaO)

Gemessen daran verkörpert die zwischen den Parteien getroffene Abrede über die Zahlung eines monatlichen Pauschalhonorars keine Gebührenvereinbarung im Sinne des § 34 I 1 RVG, sondern vielmehr eine **Vergütungsvereinbarung** gemäß § 3a RVG.

„Die von der Klägerin vertraglich **geschuldeten Leistungen** erschöpften sich nämlich **nicht in einer bloßen Beratung**, sondern sie umfassten auch eine nach Nr. 2300 VV von Gesetzes wegen zu vergütende Geschäftstätigkeit. Dies folgt bereits aus § 1 Abs. 1 des Vertrages: Zum Aufgabenkreis der Klägerin zählte es u. a., zum einen **Verträge zu erstellen** sowie zum andern an **Verhandlungen** mit Geschäftspartnern und sonstigen Dritten **mitzuwirken**. Jeder dieser beiden Gesichtspunkte steht für sich genommen der Bewertung des Landgerichts entgegen: Tritt der Rechtsanwalt nach außen hervor, ist das ein sicheres Zeichen für eine **Geschäftstätigkeit** in dem vorbezeichneten Sinne (vgl. Gerold/Schmidt/Mayer, aaO., § 34 Rn. 14 m. w. N.). Ebenso steht außer Frage, dass die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrages das Entstehen einer Geschäftsgebühr auslöst (vgl. dazu Vorbemerkung 2.3 Absatz 3 W).

Greift mithin die Ausnahmebestimmung des § 3a I 4 RVG aus den gerade dargestellten Gründen nicht Platz, hätte der Klägerin das von ihr geltend gemachte **vertragliche Pauschalhonorar** (vgl. § 4b RVG), nur dann gebührt, wenn die getroffene **Vergütungsvereinbarung** den in § 3a I 1, 2 RVG geregelten **formalen Anforderungen** genügt. Dies ist jedoch nicht der Fall.

II. formale Anforderungen an Vergütungsvereinbarung

„Zwar weist sie die erforderliche **Textform** (vgl. § 3a I 1 RVG) auf. Auch ist sie nicht in der Vollmacht (mit-)enthalten (vgl. § 3a I 2 Var. 3 RVG). Jedoch ist sie **nicht von den „anderen Vereinbarungen“** - die Auftragserteilung ausgenommen - **„deutlich abgesetzt“** (vgl. § 3a I 2 Var. 2 RVG), weshalb der Senat nicht darüber zu befinden braucht, ob der gegenständliche Vertrag überhaupt eine dem Begriff „Vergütungsvereinbarung“ vergleichbare Bezeichnung (vgl. § 3a Abs. 1 Satz 2 Variante 1 RVG) enthält, und was die Rechtsfolgen eines (alleinigen) Verstoßes dagegen wären (vgl. BGH NJW 2004, 2818).“ (OLG Karlsruhe aaO)

Zu den „anderen Vereinbarungen“, von welchen die Vergütungsvereinbarung **deutlich abzusetzen** ist, zählen sämtliche Klauseln, die die Vergütung nicht unmittelbar betreffen (vgl. Gerold/Schmidt/Mayer, aaO., § 3a Rn. 10).

Was unter **„deutlichem Absetzen“** im Sinne des § 3a Abs. 1 Satz 2 RVG zu verstehen ist, wird in der Literatur - soweit ersichtlich, ist zu dieser Frage bislang weder höchst- noch obergerichtliche Rechtsprechung ergangen, - kontrovers beurteilt.

Nach dem Dafürhalten des Senats umschreibt das Tatbestandsmerkmal des „deutlichen Absetzens“ in Einklang mit der vorgenannten Gesetzesbegründung das **Gebot einer räumlichen Trennung** der Vergütungsvereinbarung von den „anderen Vereinbarungen“ in ihrer Gesamtheit. Um diesem Dualismus Rechnung zu tragen, bedarf es zwar keiner drucktechnischen Hervorhebung. Von dieser Einschränkung abgesehen, erscheint jedoch ein Rückgriff auf diejenigen Anforderungen angezeigt, welche die Rechtsprechung an die **äußere Gestaltung der Widerrufsbelehrung** nach Art. 246 III EGBGB (bzw. § 360 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F.) stellt (vgl. Mayer/Kroiß/Teubel, aaO., Rn. 42). Gemessen daran kann hier nicht angenommen werden, dass die Vergütungsvereinbarung von den „anderen Vereinbarungen“ in dem oben näher umschriebenen Sinne hinreichend deutlich abgesetzt ist.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Aus der Praxis

Richtlinie
93/13/EWG

Formularverträge über juristische Dienstleistungen Anwendbarkeit der EU-Klauselrichtlinie

RVG

(EuGH in BB 2015, 257; Urteil vom 15.01.2015 – Rs. C-537/13)

Die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über **missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen** ist dahin auszulegen, dass sie auf **Formularverträge über juristische Dienstleistungen** wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden anwendbar ist, die ein Rechtsanwalt mit einer natürlichen Person schließt, wenn diese **nicht** zu einem Zweck handelt, der ihrer **gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit** zugerechnet werden kann.

Fall: Im Rahmen der Honorarklage eines Rechtsanwalts gegen eine Verbraucherin stellte sich die Frage, ob die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen auch für Formularverträge über juristische Dienstleistungen gilt. Die Frage lag im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens dem EuGH vor. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts bedarf der Klärung, ob ein Rechtsanwalt, der einen freien Beruf ausübt, als „Gewerbetreibender“ angesehen werden kann und ob ein zwischen einem Rechtsanwalt und einer natürlichen Person geschlossener Vertrag über juristische Dienstleistungen für die natürliche Person einen Verbrauchervertrag mit allen damit einhergehenden Schutzbestimmungen darstellt.

I. Schutzzweck der Richtlinie

„Hierzu ist festzustellen, dass die Richtlinie 93/13, wie sich aus ihren Art. 1 I und III, I ergibt, auf **Klauseln „in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern“** Anwendung findet, die **„nicht im Einzelnen ausgehandelt“** wurden (vgl. in diesem Sinne Urteil *Constructora Principado*, C-226/12, EU:C:2014:10, Rn. 18). Nach dem zehnten Erwägungsgrund der Richtlinie 93/13 sollten einheitliche Rechtsvorschriften auf dem Gebiet **missbräuchlicher Klauseln für „alle Verträge“ zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern** im Sinne von Art. 2 Buchst. b und c der Richtlinie gelten (vgl. Urteil *Asbeek Brusse und de Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, Rn. 29).

Die Richtlinie 93/13 definiert daher die Verträge, auf die sie anwendbar ist, **unter Bezugnahme auf die Eigenschaft der Vertragspartner**, d. h. darauf, ob sie im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handeln oder nicht (Urteil *Asbeek Brusse und de Man Garabito*, EU:C:2013:341, Rn. 30).

Dieses Kriterium entspricht dem Gedanken, auf dem das mit der Richtlinie geschaffene Schutzsystem beruht, nämlich dass sich der **Verbraucher gegenüber dem Gewerbetreibenden in einer schwächeren Verhandlungsposition** befindet und einen geringeren Informationsstand besitzt, was dazu führt, dass er den vom Gewerbetreibenden vorformulierten Bedingungen zustimmt, ohne auf deren Inhalt Einfluss nehmen zu können (Urteil *Asbeek Brusse und de Man Garabito*, EU:C:2013:341, Rn. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung).“ (EuGH aaO)

II. Anwendung auf juristische Dienstleistungen

„In Bezug auf Verträge über juristische Dienstleistungen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden ist jedoch darauf hinzuweisen, dass im Bereich der von Rechtsanwälten angebotenen Leistungen grundsätzlich eine **Ungleichheit zwischen den „Verbrauchern als Mandanten“ und den Rechtsanwälten** besteht, die insbesondere auf eine Asymmetrie der Information zwischen diesen Parteien zurückzuführen ist. Die Rechtsanwälte verfügen nämlich über ein hohes Maß an Fachkenntnissen, die die Verbraucher nicht zwangsläufig haben, so dass es Letzteren schwerfallen kann, die Qualität der ihnen erbrachten Dienstleistungen zu beurteilen (vgl. in diesem Sinne Urteil *Cipolla u. a.*, C-94/04 und C-202/04, EU:C:2006:758, Rn. 68).

Daher **ist ein Rechtsanwalt**, der wie im Ausgangsverfahren im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit einer zu privaten Zwecken handelnden natürlichen Person juristische Dienstleistungen gegen Entgelt erbringt, ein „**Gewerbetreibender**“ im Sinne des Art. 2 Buchst. c der Richtlinie 93/13. Der Vertrag über die Erbringung einer solchen Dienstleistung unterliegt daher der in dieser Richtlinie enthaltenen Regelung.

Beschließt ein Rechtsanwalt, in den Vertragsbeziehungen mit seinen Mandanten von ihm selbst oder den Organen seiner Berufskammer **vorformulierte Klauseln** zu verwenden, so werden diese Klauseln **auf Veranlassung des Anwalts** unmittelbarer Bestandteil der jeweiligen Verträge.

Beschließen Rechtsanwälte aus freien Stücken, auf solche vorformulierten Klauseln zurückzugreifen, die nicht auf bindenden Rechtsvorschriften im Sinne von Art. 1 II der Richtlinie 93/13 beruhen, kann im Übrigen nicht geltend gemacht werden, dass die Anwendung dieser Richtlinie geeignet sei, die Besonderheiten des Verhältnisses zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Mandanten sowie die Grundsätze zu verletzen, auf denen die Ausübung des Anwaltsberufs beruht.

Im Hinblick auf das mit dieser Richtlinie verfolgte **Ziel des Verbraucherschutzes** können der **öffentliche oder private Charakter der Tätigkeiten** des Gewerbetreibenden oder dessen spezielle Aufgabe nicht für die Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie ausschlaggebend sein (vgl. entsprechend Urteil *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C-59/12, EU:C:2013:634, Rn. 37).

Insbesondere steht der Umstand, dass Rechtsanwälte im Rahmen ihrer Berufsausübung zur Wahrung der Vertraulichkeit des Mandats verpflichtet sind, der Anwendung der Richtlinie 93/13 auf vorformulierte Klauseln in Verträgen über die Erbringung juristischer Dienstleistungen nicht entgegen.

Vertragsklauseln, die nicht einzeln ausgehandelt wurden, namentlich Klauseln, die zur allgemeinen Verwendung abgefasst wurden, enthalten nämlich als solche **keine persönlichen Informationen über die Mandanten** der Rechtsanwälte, deren Preisgabe gegen das anwaltliche Berufsgeheimnis verstoßen könnte.

Daher ist es bei **Verträgen über juristische Dienstleistungen** wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Sache des vorlegenden Gerichts, im Einklang mit Art. 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13 bei seiner Beurteilung, ob die Vertragsklauseln klar und verständlich sind, die **besondere Art dieser Dienstleistungen zu berücksichtigen** und in Zweifelsfällen nach Art. 5 Satz 2 die für den Verbraucher günstigste Auslegung vorzunehmen.

Nach alledem ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass die **Richtlinie 93/13** dahin auszulegen ist, dass sie auf **Formularverträge über juristische Dienstleistungen** wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden **anwendbar** ist, die ein Rechtsanwalt mit einer natürlichen Person schließt, wenn diese nicht zu einem Zweck handelt, der ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“ (EuGH aaO)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand
Unverschuldete Fristversäumung bei wirtschaftlichem Unvermögen
(BGH in DB 2015, 434; Beschluss vom 16.12.2014 - VI ZA 15/14)

1. Die Versäumung einer Frist ist unverschuldet und einer Partei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn die **rechtzeitige Vornahme** einer fristwährenden Handlung **wegen des wirtschaftlichen Unvermögens** einer Partei **unterbleibt**.
2. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Partei **bis zum Ablauf der Frist** einen den gesetzlichen Anforderungen **entsprechenden Antrag auf Prozesskostenhilfe eingereicht** und alles in ihren Kräften Stehende getan hat, damit über den Antrag ohne Verzögerung sachlich entschieden werden kann, und sie deshalb **vernünftigerweise nicht mit einer Verweigerung der Prozesskostenhilfe** mangels Bedürftigkeit rechnen musste.
3. Daran fehlt es, wenn die Partei im Prozesskostenhilfeantrag - für sie selbst offensichtlich - **wahrheitswidrig angegeben** hat, über **keine Bankkonten** zu verfügen.

„Die als Gegenvorstellung zu dem die Prozesskostenhilfe **mangels Glaubhaftmachung der persönlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen** versagenden Senatsbeschluss vom 06.08.2014 zu wertende "Beschwerde" der Klägerin ist unbegründet. Dabei kann offenbleiben, ob es der Klägerin nunmehr gelungen ist, die für die Gewährung von Prozesskostenhilfe erforderlichen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse glaubhaft zu machen. Der beabsichtigten Nichtzulassungsbeschwerde fehlt jedenfalls die hinreichende Erfolgsaussicht (§ 114 I 1 ZPO).

Nach § 544 I 2 ZPO ist die Nichtzulassungsbeschwerde **innerhalb einer Notfrist von einem Monat** nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils einzulegen. Diese Frist ist im Streitfall am 30.05.2014, 24.00 Uhr, abgelaufen. **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** könnte der Klägerin hinsichtlich der Beschwerdefrist auch im Falle, ihr würde Prozesskostenhilfe bewilligt, **nicht gewährt werden**. Zwar ist anerkannt, dass die Versäumung einer Frist unverschuldet und einer Partei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist, wenn die rechtzeitige Vornahme einer fristwährenden Handlung, hier also die formgerechte Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt, wegen des wirtschaftlichen Unvermögens der Partei unterbleibt. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Partei bis zum Ablauf der Frist einen den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Antrag auf Prozesskostenhilfe eingereicht und **alles in ihren Kräften Stehende getan hat**, damit über den Antrag ohne Verzögerung sachlich entschieden werden kann, und sie deshalb vernünftigerweise nicht mit einer Verweigerung der Prozesskostenhilfe mangels Bedürftigkeit rechnen musste (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 24.07. 2014 - III ZB 4/14, juris Rn. 3 m.w.N.).

Daran fehlt es hier. Zwar hat die Klägerin **vor Ablauf der Frist** zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde die ausgefüllte "**Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse bei Prozess- und Verfahrenskostenhilfe**" nebst einer Reihe von Belegen vorgelegt. Sie durfte aber dennoch nicht darauf vertrauen, dass ihr aufgrund ihrer Angaben Prozesskostenhilfe gewährt werden würde, weil sie in ihrem Antrag - auch für sie selbst offensichtlich - **objektiv wahrheitswidrig angegeben** hatte, **über keine Bank-, Giro- oder Sparkonten zu verfügen**. Tatsächlich verfügte sie über jedenfalls drei Girokonten, über die ihr Zahlungsverkehr abgewickelt wurde. Ob der wahrheitswidrigen Angabe, über keine Girokonten zu verfügen, die **Absicht der Klägerin** zugrunde lag, ihre wirtschaftlichen Verhältnisse zu verschleiern, insbesondere die als Darlehensraten bezeichneten Überweisungen ihres Prozessbevollmächtigten auf eines ihrer Girokonten zu verschweigen, oder ob die falsche Behauptung in der eingereichten Erklärung **lediglich auf Nachlässigkeit der Klägerin** selbst oder/und ihres Prozessbevollmächtigten (vgl. § 85 II ZPO; vgl. BGH, Beschluss vom 12.06.2001 - XI ZR 161/01, BGHZ 148, 66, 70 ff.) beruhte, ist unerheblich.“ (BGH aaO)

Anforderungen an zulässige Werbung
Begriff "Spezialist"

(BGH in DB 2015, 305; Urteil vom 24.07.2014 - I ZR 53/13)

1. Entsprechen die Fähigkeiten eines RA, der sich als **Spezialist auf einem Rechtsgebiet** bezeichnet, für das eine Fachanwaltschaft besteht, den an einen **Fachanwalt** zu stellenden Anforderungen, besteht keine Veranlassung, dem RA die Führung einer entsprechenden Bezeichnung zu untersagen, selbst wenn beim rechtssuchenden Publikum die Gefahr einer Verwechslung mit der Bezeichnung "Fachanwalt für Familienrecht" besteht.
2. Der sich selbst als Spezialist bezeichnende **RA trägt** für die Richtigkeit seiner Selbsteinschätzung die **Darlegungs- und Beweislast**.

I. Verwechslungsgefahr zwischen „Fachanwalt“ und „Spezialist“

„Das Berufungsgericht hat zwar in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass zwischen den Bezeichnungen "**Spezialist für Familienrecht**" und "**Fachanwalt für Familienrecht**" **Verwechslungsgefahr** besteht. Es hat aber keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Angabe des Beklagten, er sei Spezialist für Familienrecht, zutreffend ist und ihm die Führung der Bezeichnung deshalb aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht verboten werden kann.“ (BGH aaO)

II. Darlegungs- und Beweislast des Rechtsanwalts

„Angesichts der vom Berufungsgericht festgestellten Verwechslungsgefahr zwischen den Bezeichnungen "Spezialist" und "Fachanwalt" ist es im Hinblick auf die Interessenlage des rechtssuchenden Publikums und der Anwaltschaft gerechtfertigt, von einem sich selbst als Spezialisten bezeichnenden RA zumindest die **Expertise eines Fachanwalts** zu erwarten. Jedenfalls wenn das Fachgebiet, für das sich der werbende RA als Spezialist bezeichnet, auch ein Rechtsgebiet ist, für das eine Fachanwaltschaft besteht, ist zur Überprüfung dieser Werbebehauptung auf die jeweiligen Anforderungen der Fachanwaltsordnung an **besondere theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrungen** zurückzugreifen. Entsprechen die Fähigkeiten eines Rechtsanwalts, der sich als Spezialist auf einem Rechtsgebiet bezeichnet, für das eine Fachanwaltschaft besteht, den **an einen Fachanwalt zu stellenden Anforderungen**, werden die Interessen der Rechtssuchenden nicht beeinträchtigt, wenn sie die Begriffe "Fachanwalt" und "Spezialist" verwechseln. Es besteht bei einer solchen Sachlage keine Veranlassung, dem RA die Führung der Bezeichnung "Spezialist" zu untersagen. Ein in diesem Fall gleichwohl ausgesprochenes Verbot der Verwendung der Bezeichnung "Spezialist für Familienrecht" ist zum Schutz des rechtssuchenden Publikums und im Interesse der Rechtsanwaltschaft nicht erforderlich und verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit sind aber nur dann mit Art. 12 I GG vereinbar, wenn sie den Berufstätigen nicht übermäßig oder unzumutbar treffen, also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.“ (BGH aaO)

Steuerrecht

AO
§ 355

(Teil-)Einspruchsentscheidung Erneuter Einspruch innerhalb der Einspruchsfrist

AO

(BFH in BB 2015, 230; Urteil vom 18.09.2014 – VI R 80/13)

Erlässt das Finanzamt vor Ablauf der Einspruchsfrist eine (Teil-)Einspruchsentscheidung, ist ein nochmaliger Einspruch gegen die Steuerfestsetzung nicht statthaft, auch wenn er innerhalb der noch währenden Einspruchsfrist (§ 355 I AO) eingelegt worden ist.

Fall: Mit Bescheid vom 04.06.2012 setzte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) die Einkommensteuer für 2011 auf 7.032 € fest. Mit Schreiben vom 04.06.2012, das dem FA am 05.06.2012 zugegangen ist, legten die Kläger Einspruch ein. Der Einspruch richtete sich gegen die Kürzung der als außergewöhnliche Belastungen nach § 33 des Einkommensteuergesetzes abgezogenen Krankheitskosten um zumutbare Belastungen.

Am 06.07.2012 und damit innerhalb der Einspruchsfrist legten die Kläger erneut Einspruch gegen den Einkommensteuerbescheid 2011 vom 04.06.2012 ein. Dem am 20.09.2012 vorgebrachten Einwand des FA, dass der erneute Einspruch nicht zulässig sei, hielten sie entgegen, dass die Einspruchsfrist des § 355 I AO durch eine vorzeitige Teileinspruchsentscheidung nicht verkürzt werden dürfe. Mit Einspruchsentscheidung vom 15.11.2012 verwarf das FA den (erneuten) Einspruch der Kläger als unzulässig. Zu Recht?

„Gemäß § 347 I 1 Nr. 1 AO ist gegen Verwaltungsakte in Abgabenangelegenheiten der Einspruch statthaft. Soweit das **Einspruchsverfahren durch eine wirksame Einspruchsentscheidung abgeschlossen** wird (vgl. Birkenfeld in Hübschmann/ Hepp/Spitaler – HHSp –, § 367 AO Rn. 300), können Verwaltungsakte jedoch **nur noch mit der Klage angefochten** werden (§§ 40 ff. FGO); ein erneuter Einspruch gegen die Steuerfestsetzung ist nicht mehr zulässig.

Ist das außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren --wie vorliegend-- durch eine (wirksame) Rechtsbehelfsentscheidung abgeschlossen worden, liegen **zwei Verwaltungsakte** vor, der ursprüngliche Verwaltungsakt (hier: der **Einkommensteuerbescheid** vom 04.06.2012) und die (Teil)**Einspruchsentscheidung** (Urteil des BFH vom 18.10.1972 – II R 110/69, BFHE 107, 409, BStBl. II 1973, 187; Steinhoff in HHSp, § 44 FGO Rn. 300; von Beckerath in Beermann/Gosch, FGO § 44 Rn. 165; Seer in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 44 FGO Rn. 16).

Die **Einspruchsentscheidung ist ein selbständiger Verwaltungsakt**. Die Finanzbehörde entscheidet über den Fortbestand und Inhalt des angefochtenen Verwaltungsaktes. **Verfahrensrechtlich** bilden ursprünglicher Verwaltungsakt und Einspruchsentscheidung jedoch einen **Rechtsverbund** (BFH-Beschluss vom 29.06.1999 – VII B 303/98, BFH/NV 1999, 1585), eine Verfahrenseinheit (BFH-Urteil vom 19.05.1998 – I R 44/97, BFH/NV 1999, 314) in der Weise, dass der **ursprüngliche Verwaltungsakt „in der Gestalt“** (mit dem Inhalt) zu beurteilen ist, die er durch die Entscheidung über den außergerichtlichen Rechtsbehelf gefunden hat (§ 44 II FGO). Die Vorschrift legt damit fest, gegen welche Einzelfallregelung die Klage zu richten ist und mit welchem Inhalt die angefochtene Einzelfallregelung in das Verfahren eingeht (Gräber/von Groll, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 44 Rn. 31 f., m.w.N.).

Diese verfahrensrechtliche Einheit hat zum einen zur Folge, dass die **Einspruchsentscheidung** – obwohl Verwaltungsakt – **nicht nochmals mit dem Einspruch** (§ 348 Nr. 1 AO) **und in der Regel auch nicht „isoliert“ angefochten** werden kann (Steinhoff in HHSp, § 44 FGO Rn. 303; von Beckerath, a. a. O., FGO § 44 Rn. 171, 178; Seer, a. a. O., § 44 FGO Rn. 16 f.). Überdies kann eine Einspruchsentscheidung nicht neben einer gegen den Steuerbescheid gerichteten Klage gesondert im Klagewege angefochten werden (BFH-Urteil vom 30.01.1976 – III R 61/74, BFHE 118, 288, BStBl. II 1976, 428). Zum anderen entfällt **wegen des „Verbundes“ von ursprünglichem Verwaltungsakt und Einspruchsentscheidung** die Möglichkeit, den Ausgangsbescheid nach dem Ergehen einer Einspruchsentscheidung nochmals – in seiner ursprünglichen Gestalt – zum **Gegenstand eines außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahrens** zu machen. Denn in seiner ursprünglichen Form existiert der Ausgangsbescheid verfahrensrechtlich in einem solchen Fall nicht (mehr). § 44 II FGO behandelt das zweistufige Verwaltungshandeln insoweit vielmehr als Einheit. Ein erneuter Einspruch gegen die nämliche Steuerfestsetzung nach dem Ergehen einer Einspruchsentscheidung ist deshalb ausgeschlossen, auch wenn er innerhalb der Einspruchsfrist (§ 355 I AO) eingelegt wird.“ (BFH aaO)

EStG
§ 4 V 1 Nr. 6 I

Fahrten zwischen Wohnung und Betriebsstätte Keine Betriebsstätte in selbstgenutzter Wohnung

EStG

(BFH in DB 2015, 283; Urteil vom 22.10.2014 - X R 13/13)

1. Aufwendungen eines **Erzielers von Gewinneinkünften** für regelmäßige **Pkw-Fahrten zu seinem einzigen Auftraggeber** sind nur in Höhe der Entfernungspauschale als Betriebsausgaben abziehbar.
2. Betriebsstätte i.S.d. § 4 V 1 Nr. 6 EStG ist - abweichend von § 12 AO - bei einem im Wege eines Dienstvertrags tätigen Unternehmer, der **nicht über eine eigene Betriebsstätte** verfügt, der **Ort, an dem oder von dem aus die beruflichen oder gewerblichen Leistungen erbracht** werden.
3. Betrieblich genutzte Räume, die sich in der i.Ü. selbstgenutzten Wohnung des Stpfl. befinden, können wegen ihrer **engen Einbindung in den privaten Lebensbereich nicht als Betriebsstätte** i.S.d. § 4 V 1 Nr. 6 EStG angesehen werden.

Fall: Der Kläger K erzielt als Einzelunternehmer Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Im Streitjahr 2008 hatte er lediglich einen einzigen Auftraggeber, für den er die Finanzbuchhaltung, die Lohn- und Gehaltsabrechnungen sowie das EDV-System betreute. Er suchte dessen Betrieb an vier bis fünf Tagen wöchentlich auf; weitere betriebliche Tätigkeiten führte er in Räumen durch, die im Obergeschoss des von ihm und seiner Lebensgefährtin bewohnten Einfamilienhauses liegen. K machte die Kosten für den zu seinem Betriebsvermögen gehörenden Pkw auch insoweit in voller Höhe geltend, als sie auf die Fahrten zwischen dem Einfamilienhaus und dem Betrieb des Auftraggebers entfielen. Das FA setzte hingegen unter Hinweis auf § 4 V 1 Nr. 6, § 9 I 3 Nr. 4 EStG nur die Entfernungspauschale an und erhöhte den Gewinn entsprechend. Das FG gab der Klage statt, da die Abzugsbeschränkung nicht anwendbar sei, weil K im Betrieb des Auftraggebers keine eigene Betriebsstätte unterhalten habe. Zwar sei der Begriff der Betriebsstätte in der bisherigen Rspr. der für die Gewinneinkünfte zuständigen Senate des BFH abweichend von der gesetzlichen Definition in § 12 AO ausgelegt worden. Daran könne aber angesichts der neueren Rspr. des VI. Senats des BFH, wonach eine betriebliche Einrichtung eines Kunden des Arbeitgebers nicht als regelmäßige Arbeitsstätte des Arbeitnehmers anzusehen sei,

nicht mehr festgehalten werden, sodass die Definition des § 12 AO auch für Zwecke der Anwendung des § 4 V 1 Nr. 6 EStG uneingeschränkt heranzuziehen sei.

I. Begriff der Betriebsstätte

„Nach ständiger Rspr. der für die Gewinneinkünfte zuständigen Senate des BFH ist als **Betriebsstätte** bei einem im Wege eines Dienstvertrags tätigen Unternehmer, der **nicht über eine eigene Betriebsstätte** verfügt, der **Ort** anzusehen, **an dem er die geschuldete Leistung zu erbringen hat**, i.d.R. also der Betrieb des Auftraggebers. In anderen Entscheidungen wird die Formulierung verwendet, es handele sich um den Ort, an dem oder von dem aus die beruflichen oder gewerblichen Leistungen erbracht werden, ohne dass in diesem Formulierungsunterschied allerdings eine inhaltliche Abweichung zu sehen ist.“ (BFH aaO)

Damit hat der Kläger bei seinem Auftraggeber eine Betriebsstätte i.S.d. § 4 V 1 Nr. 6 1 EStG unterhalten.

II. Ausnahmen von der Abzugsbeschränkung auch bei Gewinneinkünften

„Die für Arbeitnehmer entwickelten **Ausnahmen** von der - für Pkw-Nutzer - mit der Anwendung des § 9 I 3 Nr. 4 EStG verbundenen Abzugsbeschränkung **gelten allerdings auch zugunsten der Bezieher von Gewinneinkünften**. Dies ist bisher v.a. für Stpfl. entschieden worden, die an - so die Terminologie der damaligen Rspr. - ständig wechselnden Einsatzstellen tätig waren.

Die dargestellte, **zu § 4 V 1 Nr. 6 EStG entwickelte Definition der Betriebsstätte** weicht zwar vom allgemeinen Betriebsstättenbegriff des § 12 AO ab, der eine nicht nur vorübergehende Verfügungsmacht des Stpfl. über die von ihm genutzte Einrichtung voraussetzt. Diese **normspezifische Gesetzesauslegung** ist jedoch im Hinblick auf den mit § 4 V 1 Nr. 6 EStG verfolgten Zweck, die Bezieher von Gewinneinkünften **in Bezug auf regelmäßige Fahrten mit Arbeitnehmern gleichzustellen**, geboten. Demgegenüber dient der Betriebsstättenbegriff des § 12 AO im Wesentlichen der Abgrenzung von Besteuerungsbefugnissen zwischen verschiedenen Steuergläubigern (z.B. GewSt-Zerlegung nach § 28 GewStG, nationales Zugriffsrecht auf die Einkünfte von Steuerausländern nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG, Aufrechterhaltung des nationalen Zugriffsrechts in Anwendung des im Recht der DBA entwickelten Betriebsstättenbegriffs), was für den Regelungsbereich des § 4 V 1 Nr. 6 EStG indes nicht von Bedeutung ist.

An der dargestellten Auslegung des § 4 V 1 Nr. 6 EStG ist **ungeachtet der neueren Rspr. des VI. Senats des BFH** zu dem in § 9 I 3 Nr. 4 EStG verwendeten Begriff der regelmäßigen Arbeitsstätte festzuhalten. Der VI. Senat hat für die Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit in seiner neueren Rspr. allerdings angenommen, regelmäßige Arbeitsstätte könne nur eine betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers sein, **nicht aber die betriebliche Einrichtung eines Kunden des Arbeitgebers**. Dies soll selbst dann gelten, wenn der Arbeitnehmer jahrzehntelang ausschließlich in derselben Einrichtung des Kunden des Arbeitgebers tätig wird. Auch nach Bekanntwerden dieser Rspr. haben verschiedene für die Gewinneinkünfte zuständige Senate des BFH hinsichtlich des Begriffs der Betriebsstätte an der dargestellten, langjährigen Auslegung des § 4 V 1 Nr. 6 EStG festgehalten. Der erkennende Senat schließt sich dem an.

Eine Abweichung von der neueren Rspr. des VI. Senats liegt darin ...nicht. ...[Das] vom VI. Senat für Zwecke der Besteuerung von Arbeitnehmern entwickelte Differenzierungskriterium, ob deren Arbeitgeber bei dem Kunden, in dessen Räumen der Arbeitnehmer tätig sei, eine eigene Betriebsstätte unterhalte oder nicht, **[ist] auf die Gewinneinkünfte nicht übertragbar**. Denn dort **fehlt** es bei typisierender Betrachtung an dem für die Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit **typischen Dreiecksverhältnis** zwischen dem Arbeitnehmer, seinem Arbeitgeber und dem Kunden des Arbeitgebers. Vielmehr ist allein das **zweipolige Rechtsverhältnis** zwischen dem Gewerbetreibenden und seinem Kunden maßgebend. Zudem fehlt es an einem Direktionsrecht eines Arbeitgebers, das der VI. Senat als entscheidend für seine Differenzierung angesehen hat. Der **Gewerbetreibende** ist vielmehr regelmäßig **selbst Herr seiner Entscheidungen**.

Vorliegend hatte der Kläger nach den Feststellungen des FG **nur einen einzigen Auftraggeber** und hat dessen Betrieb **an vier bis fünf Tagen wöchentlich aufgesucht**. Damit stellt der Betrieb des Auftraggebers für Zwecke des § 4 V 5 Nr. 6 EStG in Anwendung der dargestellten ständigen höchstrichterlichen Rspr. **zugleich eine Betriebsstätte des Klägers** dar. Die für **ständig wechselnde Einsatzstellen** entwickelte Ausnahme ist im Streitfall **nicht einschlägig**, da der Kläger nicht an unterschiedlichen Einsatzstellen tätig war.“ (BFH aaO)

III. Betriebsstätte im selbstgenutzten Einfamilienhaus

„Sind auch die Räume im Einfamilienhaus als Betriebsstätte anzusehen, stellen die Fahrten des Klägers zu seinem Auftraggeber **Wege zwischen zwei Betriebsstätten** dar. Derartige Aufwendungen fallen nach ständiger Rspr. nicht unter die Abzugsbeschränkung des § 4 V 1 Nr. 6 EStG. Die Sachverhalte, die den beiden vorstehend zitierten Entscheidungen zugrunde lagen, waren allerdings dadurch gekennzeichnet, dass die **Betriebsstätten von den jew. selbstgenutzten Wohnungen räumlich getrennt** waren; eine solche räumliche Trennung ist für die Annahme von Fahrten zwischen zwei Betriebsstätten zwingend erforderlich.

Sind die **Räume wegen ihrer engen Einbindung in den privaten Lebensbereich** hingegen nicht als Betriebsstätte anzusehen, überlagert die Nutzung des Gebäudes als Wohnung die dort auch verwirklichten betrieblichen Zwecke. In einem solchen Fall kann nicht davon gesprochen werden, dass der Stpfl. seine auswärtige Betriebsstätte von einer in der Wohnung befindlichen Betriebsstätte aufsucht; **Ausgangs- und Endpunkt der Fahrten ist vielmehr die Wohnung**. Damit würde es sich bei den hier streitigen Fahrtkosten um Aufwendungen für Wege zwischen Wohnung und Betriebsstätte handeln, die unter die Abzugsbeschränkung des § 4 V 1 Nr. 6 EStG fallen. Der BFH hat in diesem Zusammenhang bereits vielfach entschieden, dass insb. ein häusliches Arbeitszimmer stets derart in den privaten Bereich eingebunden ist, dass seine Existenz die Anwendung des § 4 V 1 Nr. 6 EStG nicht ausschließt. Auch dies dient der Gleichbehandlung der Bezieher von Gewinneinkünften mit Arbeitnehmern, bei denen allein die Existenz eines häuslichen Arbeitszimmers nicht dazu führt, dass die Entfernungspauschale auf ihre Wege zwischen der Wohnung und der regelmäßigen Arbeitsstätte keine Anwendung mehr findet. Schon nach dem eigenen Vorbringen des Klägers im Klageverfahren spricht zwar Vieles dafür, dass die Räume im EFH lediglich als häusliches Arbeitszimmer anzusehen sind und ihre betriebliche Nutzung der Anwendung des § 4 V 1 Nr. 6 EStG daher nicht entgegensteht. Da das FG hierzu aber keine Feststellungen getroffen hat, ist dem Senat eine eigene Entscheidung verwehrt.“ (BFH aaO)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Vander:** Reform des Fernabsatzrechts - Probleme und Fallstricke der neuen Widerrufsbelehrung (in: MMR 2015, 75)

Mit Wirkung zum 13.06.2014 wurden vor dem Hintergrund der Umsetzung der **europäischen Verbraucherrecht-richtlinie** umfangreiche Änderungen im Bereich des Fernabsatzrechts vorgenommen. Es mag Zufall sein, dass die Neuregelungen an einem Freitag den 13. in Kraft getreten sind. Für den **Online-Handel gehen** die umfangreichen Änderungen jedenfalls mit erheblichen strukturellen Änderungen und praktischen Umsetzungsproblemen einher. Zentrale Schwerpunkte der fernabsatzrechtlichen Änderungen betreffen **weitreichende Änderungen des Widerrufsrechts**. Dieser Beitrag widmet sich ausgewählten Einzelproblemen der Reform des Widerrufsrechts und geht ausgewählten praktischen Umsetzungsschwierigkeiten mit Blick auf eine gesetzeskonforme Widerrufsbelehrung, vor allem bei Verwendung der neuen Muster-Widerrufsbelehrung beim Verkauf körperlicher Waren nach. Eine zentrale Feststellung des Beitrags sei vorweggenommen: Gesetzliche Muster für die Widerrufsbelehrung haben schon in der Vergangenheit erhebliche Probleme bereitet und nicht zuletzt die Gerichte intensiv beschäftigt. Das neue **Musterbelehrungskonzept** führt den „musterhaften“ Ansatz ad absurdum und erweist sich mehr denn je als wenig musterhaft.

2. **Zintl/Singbartl:** Tempora mutantur – § 1357 BGB ein Relikt aus vergangenen Tagen? (in: NJOZ 2015, 321)

Zeiten ändern sich und damit auch die Lebensverhältnisse der Bürger. Das Recht muss daher stets bemüht sein, dem sozialen Wandel Rechnung zu tragen. Dies kann durch eine Rechtsprechungsänderung¹ vollzogen werden, jedoch auch durch ein Aktivwerden des Gesetzgebers. Anders gewendet: Das Recht muss sich ständig evolutiv an die herrschenden gesellschaftlichen Strukturen anpassen und es ist gerade Aufgabe der Rechtswissenschaft, diesen Prozess kritisch zu begleiten. Einen besonderen Blick verdient die sich stetig wandelnde Materie des Familienrechts. Zwar war die dogmatische Einordnung des § 1357 BGB mehrfach Thema wissenschaftlicher Abhandlungen, allerdings ist der Frage nach der Existenzberechtigung dieser Vorschrift in den letzten drei Jahrzehnten kaum mehr nachgegangen worden. Nach § 1357 BGB kann jeder Ehegatte Geschäfte auch mit Wirkung für den anderen besorgen. Die so genannte Schlüsselgewalt soll nach der Intention des Gesetzgebers den haushaltsführenden Ehegatten in die Lage versetzen, seine Aufgaben mit der nötigen wirtschaftlichen Handlungsfreiheit zu erfüllen. Denn es muss berücksichtigt werden, dass die Rechtswirklichkeit ständig im Fluss ist. War noch in den 1960er Jahren und bis weit in die 1970er-Jahre hinein das Leitbild der Hausfrauenehe prägend (§ 1356 BGB aF), so sind Doppelverdiener-, Zuverdiener- und Hausmannsehen heutzutage selbstverständlich geworden. Man muss sich vor diesem Hintergrund die Frage stellen, ob eine Norm wie § 1357 BGB überhaupt noch zeitgemäß ist. Dieser Frage will der vorliegende Beitrag nachgehen. An der Spitze des Aufsatzes soll ein kurzer Überblick über die Normgeschichte gegeben werden, um sodann den Telos der Norm genauer zu untersuchen und kritisch zu würdigen. Der Beitrag schließt mit einem Plädoyer für die ersatzlose Streichung der Norm.

3. **Gehrlein:** Die Rechtsprechung des BGH zu gegenseitigen Verträgen in der Insolvenz (in: NZI 2015, 97)

Die Behandlung gegenseitiger Verträge in der Insolvenz gehört seit jeher zu den schwierigsten Bereichen des Insolvenzrechts. Die Materie hat große praktische Bedeutung, geht es doch gerade bei Sanierungen darum, mit Hilfe bestehender Vertragsverbindungen das Unternehmen in eine bessere Zukunft zu führen. Die InsO hat hier im Vergleich zur KO durch §§ 103 ff. wesentliche Neuerungen und Klarstellungen geschaffen; viele Probleme sind aber geblieben oder neu entstanden. Der Beitrag versucht, in diesem Bereich die Grundzüge der höchstrichterlichen Rechtsprechung herauszuarbeiten.

II. Strafrecht

1. **Peglau:** Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet der Strafrechtspflege (in NJW 2015, 677)

Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege hat der Rechtsschutz nach den §§ 23 ff. EGGVG (Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen einen so genannten **Justizverwaltungsakt**) eine nicht geringe Bedeutung, ist aber gleichwohl wenig bekannt. So findet er beispielsweise – um nur einige der häufigsten Fallgruppen zu nennen – Anwendung gegen die Versagung einer Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG, gegen die Versagung eines Absehens von der weiteren Vollstreckung nach § 456 a StPO bei Auslieferung und Ausweisung und gegen Entscheidungen der Registerbehörde (Bundeszentralregister, auch Gewerbezentralregister; vgl. OLG Karlsruhe, NVwZ 2000, 118). Die **Funktionsweise dieses Rechtsschutzsystems** und die von dem Rechtsschutzsuchenden zu erfüllenden grundlegenden Anforderungen sind Gegenstand der Darstellung.

Der Rechtsschutz nach den §§ 23 ff. EGGVG ist ein **subsidiärer Rechtsschutz** (§ 23 III EGGVG). Sieht das Gesetz andere Rechtsbehelfe vor, so greifen die §§ 23 ff. EGGVG nicht ein (KG, NStZ-RR 2009, 324). Dabei kommt es nur darauf an, dass ein anderer Rechtsbehelf an sich statthaft ist. Ist er nicht mehr zulässig (etwa wegen Verfristung), führt dies nicht dazu, dass nunmehr nach den §§ 23 ff. EGGVG vorgegangen werden könnte (OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 17.12.2008 – 20 VA 10/08, BeckRS 2009, 01545).

Dementsprechend ist zunächst eingehend zu prüfen, welcher Rechtsbehelf für das konkrete Begehren der einschlägige ist. Tut man dies nicht und wählt den falschen Rechtsbehelf, läuft man Gefahr, dass ein nach Erkennen des Fehlers später gestellter Antrag nach §§ 23 ff. EGGVG wegen Versäumung der Antragsfrist nach § 26 EGGVG als unzulässig verworfen wird.

2. **Wenske:** Das Verständigungsgesetz und das Rechtsmittel der Berufung (in: NStZ 2015, 137)

Seit Inkrafttreten des **Verständigungsgesetzes** im Jahre 2009 und erst recht nach seiner Billigung durch das BVerfG im Jahre 2013 stellen sich den Strafrechtspraktikern nahezu täglich neue verständigungsspezifische Fragen, vergeht kaum eine Woche, in der die „Montagspost“ des BGH keine Entscheidungen über entsprechende Rechtsfragen enthält, und erscheint kaum ein strafrechtliches Periodikum, das keinen Beitrag über das Recht der Verständigung im Strafprozess aufweist. Zwischenzeitlich sind **verständigungsspezifische Fragestellungen** auch bei den Oberlandesgerichten angelangt. Die bislang veröffentlichten Entscheidungen belegen zweierlei: Das Rechtsmittel der Berufung wirft einerseits besondere Fragestellungen im Verständigungskontext auf; andererseits fehlen hierfür spezifische gesetzliche Regelungen. Nachstehend sollen die **Anwendbarkeit des Verständigungsgesetzes auf das Berufungsverfahren** dargestellt und die wichtigsten berufungsspezifischen Problemkreise im Lichte der hierzu bislang vorliegenden obergerichtlichen Rspr. skizziert werden.

III. Öffentliches Recht

1. **Finke/Kreuter:** Hundesteuer und die Legitimation ähnlicher Aufwandsteuern unter Berücksichtigung der intransparenten Rechtsprechung zur Beachtung aufwandsbezogener – beruflicher Motive (in: LKV 2015, 49)

In Zeiten klammer Kassen der Kommunen macht Not erfinderisch und das allgemein anerkannte **Steuerfindungsrecht** der Städte und Gemeinden bringt neue Innovationen hervor. Beispiele hierfür sind die in den letzten Jahren – mehr oder minder – etablierte Kulturförderabgabe, auch plakativ als „Bettensteuer“ kommerzialisiert, oder die Bestrebungen zur Einführung einer Waffen- oder Pferdesteuer. Die diesem kommunalen Steuerfindungsrecht unterliegenden **„örtlichen Aufwand- und Verbrauchsteuern“** müssen hingegen geltendem Recht entsprechen und für diese Legitimation nicht unwesentliche rechtliche Hürden überwinden. Die als solche „örtliche Aufwandsteuer“ anerkannte **Hundesteuer** hat in diesem System einen fest eingestammten Platz, wird als „Prototyp“ der Aufwandsteuer in der überwiegenden Mehrzahl bundesdeutscher Städte und Kommunen generiert.

Allerdings sind auch beim Erlass und den, durch die Entwicklung notwendig werdenden Änderungen einer möglichst rechtswirksamen Hundesteuersatzung gewisse – insbesondere: juristische – Aspekte und Stimmungen zu berücksichtigen. Hierzu gehört u. a. der im letzten Jahrzehnt stark in Wandel und die wissenschaftliche Diskussion geratene Begriff der Aufwandsteuer, der Schwingungen in das System bringt. Soweit **BVerfG** und **BVerwG** im Rahmen ihrer Entscheidungen zur Zweitwohnungsteuer und Bettensteuer wiederholt betont haben, dass es im Rahmen der Steuererhebung **nicht darauf ankomme, zu welchem Zweck** bzw. aus welchen Motiven heraus ein besonderer (im Sinne eines außergewöhnlichen), **der Aufwandsteuer unterfallender Aufwand betrieben** werde, setzen sich die vorbenannten Gerichte, insbesondere das BVerwG, mit den von Ihnen selbst erstellten Prinzipien in Widerspruch. Dies trägt zu einer erheblichen Verunsicherung auch bei der Erhebung der Hundesteuer bei. Diese, wie auch weitere, nicht zuletzt tatsächliche Veränderungen bei der Hundehaltung geben Veranlassung, die Reifung der Hundesteuer zu überprüfen (sodann II.) und die innovative, an diese alteingesessene Errungenschaft anlehrende, als Ertragspotential entdeckte und jüngst verstärkt ins Gespräch gebrachte, **Pferdsteuer** zu überprüfen. Zusammenfassend wird resümierend dargestellt, welche Auswirkungen das jüngere Verständnis der Aufwandsteuer auf die Praxis hat und welche Handlungsempfehlungen hieraus für die Kommunen als Rechtsanwender herzuleiten sind.

2. **Beaucamp/Beaucamp:** In dubio pro libertate – Überlegungen zur Kopftuch- und Burkaverbotsdebatte – (in: DÖV 2015, S. 174)

a) **Bekleidung und Glaubensfreiheit**

Einigkeit besteht darüber, dass es einen Eingriff in die Glaubensfreiheit bedeutet, wenn der Staat religiös motivierte Bekleidung reglementiert. Obwohl der Koran das Tragen eines Kopftuchs nicht völlig eindeutig verlangt, wird doch von der ganz überwiegenden Meinung der Gelehrten aus der Sure 24 Vers 31, sowie der Sure 33, Verse 53 und 59 abgeleitet, dass gläubige muslimische Frauen in der Öffentlichkeit ein Kopftuch tragen sollten. Das Tragen eines Kopftuchs außerhalb der eigenen Wohnung stellt deshalb eine religiöse Bekleidungs Vorschrift des Islam für Frauen dar. Die Vollverschleierung der Frau, in Gestalt der Burka oder des Niqab, wird dagegen nur von einer Minderheit der Muslime als religiöses Gebot angesehen. Dennoch wird das Tragen dieser Bekleidung zu Recht ebenfalls unter den Schutzbereich der Glaubensfreiheit gestellt. Es reicht nämlich generell aus, die religiöse Motivation eines Verhaltens plausibel darzulegen, um den Schutzbereich des Art. 4 I, II GG zu eröffnen. Eine solche religiöse Basis lässt sich für den Wunsch nach Vollverschleierung finden. Es ist also nicht erforderlich, dass die Mehrheit der Gläubigen einer Religion eine Glaubensüberzeugung teilt. Anderenfalls müsste sich der Staat zum Schiedsrichter in Glaubensfragen machen; staatlichen Stellen ist jedoch eine Bewertung von Glaubensüberzeugungen nicht erlaubt.

b) **Das Gewicht des Eingriffs**

Überwiegend wird das Verbot der Vollverschleierung oder das Verbot des Kopftuchtragens als gravierender Grundrechtseingriff bewertet. Dies erscheint zutreffend, denn staatliche Bekleidungs Vorschriften beeinträchtigen die Betroffenen jeden Tag.¹ Sie zwingen muslimische Frauen ferner sich zu entscheiden, ob sie ihrer Glaubensvorstellung und der Familientradition folgen wollen oder die staatlichen Regeln akzeptieren und auf

Kopftuch bzw. Burka verzichten. Außerdem betreffen Bekleidungs Vorschriften das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG bzw. Art. 8 I EMRK. Die Persönlichkeit drückt sich auch in der Art sich zu kleiden aus. Bestimmte persönlich gewählte Erscheinungsbilder in der Öffentlichkeit oder in der beruflichen Tätigkeit zu verbieten, greift in dieses Grundrecht ein. Im Extremfall können Bekleidungs Vorschriften verhindern, dass ein bestimmter gewünschter Beruf weiter ausgeübt werden kann, oder wie im Fall der Referendarin, die Ausbildung zu einem bestimmten Beruf abgeschlossen werden kann.

c) Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Die belegte Intensität des Eingriffs in die Glaubensfreiheit und andere Grundrechte stellt ein erstes Argument dafür da, dass das Parlament per Gesetz über Bekleidungsverbote entscheiden muss und diese Entscheidung nicht an die Exekutive delegieren darf. Denn die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung ist ein zentrales Kriterium für den aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Parlamentsvorbehalt.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. Stephan: Neues Vergütungsrecht im reformierten Privatsolvenzrecht (in: VIA 2015, 1)

Mit dem Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens sind auch einige Vergütungsvorschriften geändert worden. Ohne Bezug zur Reform des Restschuldbefreiungs- und Verbraucherinsolvenzverfahrens ist der Vergütungsanspruch des vorläufigen Insolvenzverwalters nunmehr in § 63 III InsO nF geregelt worden. Für den Fall, dass nach der Anordnung einer vorläufigen Verwaltung das Insolvenzverfahren nicht eröffnet wird, sieht § 26 a InsO nF vor, dass die Vergütung und die Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters gegen den Schuldner festzusetzen sind, es sei denn, der Eröffnungsantrag war unzulässig oder unbegründet und den antragstellenden Gläubiger trifft ein grobes Verschulden. Diese Änderungen und die damit verbundene Folgeregelung in § 11 InsVV sind am 19.7.2013 für ab diesen Zeitpunkt beantragten Insolvenzverfahren in Kraft getreten (Art. 9 des Gesetzes i.V.m. Art. 103 h S. 3 EGIInsO). Die vergütungsrechtlichen Änderungen, die ausschließlich das neue Privatsolvenzrecht betreffen, gelten für ab 1.7.2014 beantragte Insolvenzverfahren. Für Anträge, die bis zum 30.06.2014 bei Gericht eingegangen sind, sind die alten Vergütungsvorschriften maßgeblich. Die Praxis wird daher noch einige Jahre mit dem Nebeneinander von unterschiedlichen Vergütungsregelungen, die nachfolgend dargestellt werden, leben müssen.

2. Haug: Informationspflichten bei Social Media-Präsenzen von Rechtsanwälten (in: NJW 2015, 661)

Die Selbstdarstellung im Internet wird für das **anwaltliche Marketing** immer wichtiger. In den letzten Jahren haben dabei **soziale Netzwerke** eine bedeutende Rolle eingenommen, da sie eine interaktive Kommunikation ermöglichen. Nicht überraschend geraten deshalb Social Media-Profile von Rechtsanwälten immer wieder ins Visier von Wettbewerbern. Viele Betroffene müssen sich dann in kürzester Zeit erstmals mit IT- und wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzen. Der Beitrag soll Orientierung bieten.

Fast jeder deutsche Rechtsanwalt verfügt heute über eine eigene Homepage. Die meisten Rechtsanwälte wissen, dass sie dort die Informationspflichten des § 5 TMG (umgangssprachlich: „Impressumpflicht“) erfüllen müssen.

Seit einigen Jahren nutzen Rechtsanwälte neben ihrer herkömmlichen Homepage zunehmend auch die Möglichkeit der Selbstdarstellung in Social Media: Neben den klassischen Business-Plattformen Xing (vorwiegend für den deutschsprachigen Raum) und LinkedIn (mit einer stärkeren internationalen Ausrichtung) erfreuen sich auch Twitter (für die regelmäßige Verbreitung von Kurzinformationen) und Facebook (hauptsächlich für die Kommunikation mit Verbrauchern) immer stärkerer Beliebtheit. In solchen Portalen werden die Informationen gem. § 5 TMG allerdings weit seltener erfüllt als auf klassischen Kanzlei-Homepages. In den letzten Monaten haben „freundliche Berufskollegen“¹ deswegen Abmahnungen ausgesprochen, was auch ein starkes mediales Echo² fand. Diese Thematik zum Anlass nehmend, erläutert der Beitrag das Erfordernis eines „Impressums“ in Social Media auch für Rechtsanwälte.

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



