



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

41. Jahrg.

Juni 2016

Heft 06

Aus dem Inhalt

- | | |
|------------------------|---|
| BGH: | Aushandeln von Vertragsbedingungen |
| OLG Jena: | Mängelrüge per E-Mail |
| BGH: | Fehlgeschlagener Versuch |
| BVerwG: | Vereinsverbot wegen Unterstützung der Hisbollah |
| OLG Düsseldorf: | Vorrang der Zulässigkeitsprüfung |
| BGH: | Ausschluss der Öffentlichkeit bei Schlussanträgen |
| OVG Berlin-Bbg: | Vollstreckung aus Bescheidungsurteil |

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 Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Inhalt

Brandaktuell

OVG Berlin-Bbg.:	Wohnung als Ferienwohnung (Vorliegen einer baugenehmigungspflichtigen Nutzungsänderung).....	1
------------------	---	---

Zivilrecht

BGH:	Aushandeln von Vertragsbedingungen (Freie Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte).....	2
OLG Jena:	Mängelrüge per E-Mail (Keine Verjährungsverlängerung).....	5

Strafrecht

OLG Stuttgart:	Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (Bevorzugung bei der Vermittlung in Arbeitsstellen).....	8
BGH:	Fehlgeschlagener Versuch (Erkennen fehlender Vollendungsmöglichkeit).....	12

Öffentliches Recht

BGH:	Schulfähigkeiten eines Grundschulkindes (Grundrechtsverletzung durch öffentliche Bekanntgabe).....	15
BVerwG:	Vereinsverbot wegen Unterstützung der Hisbollah (Verstoß gegen Gedanken der Völkerverständigung).....	18

Kurzauslese I

LG Berlin:	Digitaler Nachlass (Vererbbarkeit des Zugangs zu sozialen Netzwerken).....	22
BGH:	Begriff des Kraftfahrzeugs (Undichtigkeit von Schlauchmaterial eines Tanklastwagens).....	23
KG:	Testamentsanfechtung wegen Übergehens (Kein neues Testament trotz späterer Heirat).....	23
OLG Hamm:	Erheblichkeit des Fehlens einer vereinbarten Beschaffenheit (Hilfslinie bei Rückfahrkamera).....	23
BAG:	Vollurlaubsanspruch (Mehr als sechsmonatiges Bestehen des Arbeitsverhältnisses).....	24
OVG Saarlouis:	Nachweis des Eigentums am Fahrzeug (Nicht durch Eintrag in der Zulassungsbescheinigung).....	24
OLG Köln:	Leistung eines Vorschusses (Nachträgliche Tilgungsbestimmung).....	25
LG Potsdam:	Sachbeschädigung durch Graffiti (Zuordnung eines Tag).....	25
BGH:	Konkurrenzverhältnis (Besitz und Führen einer Schusswaffe).....	26
BGH:	Räuberische Erpressung (Individueller Schadenseinschlag).....	27
BVerwG:	Bauplanungsrechtliche Einordnung von Bordellen (Allgemeiner Gewerbebetrieb).....	27
VGH München:	Inzidentprüfung eines Bebauungsplans (Anfechtungsklage gegen Beseitigungsverfügung).....	28
OLG Koblenz:	Amtshaftung der Justiz (Greifbare richterliche Fehlleistung).....	29

Zivilrecht

BGH:	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Ausnahmen von der Jahresfrist).....	30
OLG Düsseldorf:	Vorrang der Zulässigkeitsprüfung (Zulässigkeit kann nicht offen gelassen werden).....	32

Strafrecht

BGH:	Ausschluss der Öffentlichkeit (Schlussanträge).....	34
------	--	----

Öffentliches Recht

BSG:	Fehlende richterlicher Unterschrift unter Urteil (Absoluter Revisionsgrund).....	36
OVG Berlin-Bbg.:	Vollstreckung aus Bescheidungsurteil (Missachtung der Rechtsauffassung des Gerichts bei Neubescheidung).....	39

Kurzauslese II

LG Frankfurt:	Räumungskosten (Gesamtschuld aller Ex-Mieter).....	42
BAG:	„Brutto“ und „Netto“ im Urteilsausspruch (Bedeutung für Beschwer).....	42
BGH:	Zulassung der Berufung (Nicht zwingend um Tenor des amtsgerichtlichen Urteils).....	43
BGH:	Verurteilung wegen Betäubungsmittelhandels (Verfall des Wertersatzes).....	43
BGH:	Fortsetzung der Hauptverhandlung (Verhandlung zur Sache und Verfahrensförderung).....	44
OLG Naumburg:	Kosten der Nebenklage (Rücknahme des Einspruchs gegen Strafbefehl).....	44
BGH:	Ausschöpfen von Anklage und Eröffnungsbeschluss (Abweichende Beurteilung der Konkurrenzverhältnisse).....	45
OVG Magdeburg:	Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits (Zulässigkeit des Antrags im erledigten Verfahren).....	45
BVerwG:	Änderungsverfahren nach § 80 VII 2 VwGO (Verfahrensbeteiligte).....	46
BVerfG:	Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtswegerschöpfung).....	46

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BGH:	Vorliegen derselben Angelegenheit (Unterlassungs-, Gegendarstellungs- und Richtigstellungsansprüchen).....	48
BGH:	Rückforderung von vereinbartem Anwaltshonorar (Ausschluss nach Treu und Glauben).....	48
OVG Bautzen:	Streitwert für Nachbarklagen (Baugenehmigungen für Einfamilienhäuser).....	49
BGH:	Kosten der Prozessbürgschaft (Kosten der Zwangsvollstreckung).....	49

Aus der Praxis

BGH:	Gesetzliche Beitreibungsrecht des beigeordneten RA (Vorrang vor Pfändung des Kostenerstattungsanspruchs).....	50
OVG Weimar:	Mutwilligkeit bei Prozesskostenhilfe (Abwarten des Ausgangs von Parallelverfahren).....	51
BVerwG:	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Divergenz aufgrund von Urteil nach Ablauf der Beschwerdebelegungsfrist).....	51
OLG Naumburg:	Antrag auf Prozesskostenhilfe (Hinreichende Erfolgsaussicht).....	52

Steuerrecht

FG Münster:	Verdeckte Gewinnausschüttung (Sonntags-, Feiertags- und Nachtzuschläge an faktischen Geschäftsführer).....	53
BGH:	Steuerzahlungen auf Kapitalerträge (Entnahmen der Gesellschafter).....	54
FG Düsseldorf:	Herstellungskosten eines neuen Gebäudes (Geltendmachung von Abbruchkosten).....	55

Weitere Schrifttumsnachweise:	56
--	----

Brandaktuell

BauO Bln
§ 60 I

Wohnung als Ferienwohnung Vorliegen einer baugenehmigungspflichtigen Nutzungsänderung

BauR

(OVG Berlin-Bbg. in BeckRS 2016, 46571; Beschluss vom 30.05.2016 - OVG 10 S 34.15)

Die dauerhafte Nutzung einer Wohnung, für die eine **Genehmigung als Wohngebäude** vorliegt als **Ferienwohnung** für einen wechselnden Personenkreis stellt eine **baugenehmigungspflichtige Nutzungsänderung** dar.

Fall: Die Antragstellerin wendet sich in dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Untersagung der Nutzung ihrer Eigentumswohnung als Ferienwohnung. Die Wohnung liegt in einem fünfgeschossigen Gebäude, das als Wohngebäude genehmigt wurde, auf einem Grundstück im unbeplanten Innenbereich in Berlin. Mit Bescheid vom 31.08.2015, der im Betreff als Nutzungsuntersagung für eine Wohnung „als Ferienwohnung“ bezeichnet wurde, untersagte der Antragsgegner die Nutzung der Wohnung Berlin - Prenzlauer Berg, J. 2. Obergeschoss links im Hinterhaus, „für eine kurzfristige, d. h. tageweise oder nur wochenweise, gewerbliche Vermietung an wechselnde Mieter“ ab dem 04.10.2015. Zu Recht?

Das Eigentumsobjekt der Antragstellerin wurde als Wohnung genehmigt. Eine die Nutzungsuntersagung rechtfertigende ungenehmigte Nutzung könnte darin liegen, dass die Wohnung als Ferienwohnung vermietet wird. Fraglich ist, ob die Nutzung als Ferienwohnung einen nach § 60 I BauO Bln genehmigungspflichtige Nutzungsänderung anzusehen ist.

*„Eine Nutzungsänderung baulicher Anlagen im bauordnungsrechtlichen Sinne liegt vor, wenn sich die **neue Nutzung** von der bisherigen (legalen), durch die Baugenehmigung dokumentierten Nutzung **dergestalt unterscheidet**, dass sie **anderen oder weitergehenden bauordnungs- oder bauplanungsrechtlichen Anforderungen unterworfen** ist oder unterworfen sein kann, also die der bisherigen Nutzung eigene, gewisse Variationsbreite verlassen wird und durch die Veränderung bodenrechtliche Belange neu berührt werden können (st. Rsp., OVG Bln-Bbg, Beschluss vom 26.10.2012 - OVG 10 S 35.12 -, juris Rn. 7; OVG NRW, Urteil vom 24.06.2004 - 7 A 4529/02 -, NVwZ-RR 2005, 695, juris Rn. 33; vgl. Jobs, LKV 2013, 529 (533) m. w. N.).*

*Bei der **Ferienwohnungsnutzung** handelt es sich **gegenüber der allgemeinen Wohnnutzung** um eine **eigenständige Nutzungsart**, für die andere bauplanungsrechtliche Anforderungen in Betracht kommen. Die dauerhafte Nutzung einer Wohnung, für die eine Genehmigung als Wohngebäude vorliegt, als Ferienwohnung für einen wechselnden Personenkreis stellt eine **baugenehmigungspflichtige Nutzungsänderung** dar (vgl. u.a. BayVGh, Beschluss vom 04.09.2013 - 14 ZB 13.6 -, BRS 81 Nr. 84, juris Rn. 11). **Ferienwohnungen fallen nämlich nicht unter den Begriff der Wohnnutzung.** Eine Ferienwohnungsnutzung, bei der zur Erzielung von Einkünften vom Nutzungskonzept her typischerweise nur zum vorübergehenden Aufenthalt **an einen wechselnden Personenkreis vermietet** wird, dient zwar auch dem Wohnen, jedoch handelt es sich gleichwohl nicht um eine Wohnnutzung im Sinne etwa von §§ 3 II Nr. 1, 4 II Nr. 1 BauNVO. In der Rechtsprechung ist geklärt, dass planungsrechtlich die **allgemeine Wohnnutzung und die Ferienwohnungsnutzung eigenständige Nutzungsarten** sind (vgl. BVerwG, Beschluss vom 08.05.1989 - BVerwG 4 B 78.89 -, NVwZ 1989, 1060, juris Rn. 3). Auch handelt es sich bei der Wohnnutzung nicht um einen Oberbegriff, der - wie die Antragstellerin meint - auch eine Ferienwohnungsnutzung als Variationsbreite einschließt (vgl. BVerwG, Urteil vom 11.07.2013 - BVerwG 4 CN 7.12 -, BVerwGE 147, 138, juris Rn. 11 zur Ferienhausnutzung). Eine **Wohnnutzung** im bauplanungsrechtlichen Sinn ist gekennzeichnet durch **eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, die Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises** sowie die **Freiwilligkeit des Aufenthalts** (BVerwG, Beschluss vom 25.03.1906 und - BVerwG 4 B 302.95 -, NVwZ 1996, 893, juris Rn. 12; OVG Bln-Bbg, Beschluss vom 06.07.2006 - OVG 2 S 2.06 -, LKV 2007, 39, juris Rn. 8). Insbesondere an dem Kriterium der dauerhaften Häuslichkeit fehlt es bei Ferienwohnungen, die von ihrem Nutzungskonzept her typischerweise nur zum vorübergehenden Aufenthalt durch einen ständig wechselnde Personenkreis genutzt werden. (Dauer-) Wohnungen werden demgegenüber von einem über einen längeren Zeitraum gleichbleibenden Bewohnerkreis genutzt. Die daraus resultierenden unterschiedlichen bodenrechtlichen Auswirkungen der beiden Nutzungsarten rechtfertigen die bauplanungsrechtliche typisierende Unterscheidung (OVG M-V, Urteil vom 19.02.2014 - 3 L 212/12 -, BauR 2015, 81; juris Rn. 39; vgl. Nds. OVG, Urteil vom 18.09.2000 - 1 KN 123/12 -, BauR 2015, 452, juris Rn. 22; Reidt/v. Landwüst, UPR 2015, 12 ff. m.w.N.).“ (OVG Berlin-Brandenburg aaO.)*

Die Nutzung der Wohnung als Ferienwohnung stellt daher eine genehmigungsbedürftige Nutzungsänderung dar, sodass die Nutzungsuntersagung zu Recht erfolgt ist.

Entscheidungen materielles Recht

BGB

Aushandeln von Vertragsbedingungen

SR AT

§§ 305 ff.

Freie Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte

(BGH in BB 2016, 851; Urteil vom 20.01.2016 – VIII ZR 26/15)

1. Ein Stellen von Vertragsbedingungen liegt nicht vor, wenn die **Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen** in einen Vertrag auf einer **freien Entscheidung** desjenigen beruht, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird.
2. Dazu ist es erforderlich, dass er **in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei** ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen.
3. Danach **entfällt ein Stellen** von Vertragsbedingungen **nicht bereits dann**, wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen dem anderen Vertragsteil **mit der Bitte übersandt** werden, **Anmerkungen oder Änderungswünsche** mitzuteilen.

Fall: Die Kl., ein pharmazeutisches Unternehmen, das auch Arzneimittel anderer Hersteller vertreibt, nimmt die Bekl., eine Arzneimittelgroßhändlerin, im Urkundenprozess auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch. Im Revisionsrechtszug ist nicht im Streit, dass die zu Grunde liegenden Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und nicht im Einzelnen zwischen den Parteien ausgehandelt worden sind. Die Parteien streiten darum, ob die Kl. Verwenderin der Vertragsbedingungen ist und diese bejahendenfalls einer Inhaltskontrolle standhalten. Im September 2006 schlossen die Parteien einen Vertrag über die Lieferung von Arzneimitteln. Die Bekl. wollte hierbei die Arzneimittel kaufen für Nichtregierungsorganisationen ... sowie humanitäre Hilfssendungen im Rahmen von Partnerschaften von Land- und Stadt-Kreisen und Gemeinden für ausländische Partner und diese ausschließlich im Rahmen von Hilfslieferungen an entsprechende Empfänger außerhalb der EU abgeben. Die Preise, die die Kl. der Bekl. berechnete, sollten gem. Nr. 3.1 des Vertrags 21 % unter dem Herstellerabgabepreis liegen. Nr. 6 sieht folgende Vertragsstrafenregelung vor, die im Wesentlichen inhaltsgleich auch in anderen Verträgen der Kl. verwendet worden ist:

„6.1. M wird die von K bezogenen Arzneimittel ausschließlich an solche Organisationen liefern, die glaubhaft nachweisen können, dass es sich um Hilfslieferungen außerhalb der EU handelt. M wird in Zusammenarbeit mit den Hilfsorganisationen sicherstellen, dass die Ware nicht wieder nach Deutschland veräußert wird.“

6.2. Die Arzneimittel, die M von K erhält, sind ausschließlich zur Verwendung von Hilfslieferungen bestimmt. Insbesondere ist M die Belieferung von Apotheken, Krankenhäusern bzw. des pharmazeutischen Großhandels und jeglicher Art von Zwischenhändlern sowie Ex- und Importeuren untersagt. Jeder Weiterverkauf an vorbezeichnete Dritte, der nachweislich durch M getätigt wurde, berechtigt K, von M die Zahlung einer Vertragsstrafe i.H.v. 50.000 € je Auftrag unter Ausschluss des Fortsetzungszusammenhangs einzufordern.“

Vor Vertragsabschluss hatte die F-GmbH, die die Bestellungen der Bekl. entgegennehmen sollte, dieser mit Schreiben vom 23.08.2006 mitgeteilt:

„Anbei erhalten Sie den Vertrag K–M in zweifacher Ausfertigung. Wenn Sie mit dem Inhalt einverstanden sind, bitten wir Sie, beide Exemplare zu unterschreiben und an uns zurückzusenden. Wir kümmern uns dann um die Gegenzeichnung durch K. Falls Sie Anmerkungen oder Änderungswünsche haben, lassen Sie uns dies bitte wissen. Eine Produktliste mit den lieferbaren Produkten von K und deren Zulieferfirmen übermitteln wir Ihnen ... nach Vertragsunterzeichnung.“

Die Bekl. veräußerte die Arzneimittel an ein Pharmahandelsunternehmen, das damit Apotheken in Deutschland belieferte. Die Kl. verlangt für fünf der vorgenannten Fälle Zahlung der ausbedungenen Vertragsstrafe, insgesamt 250.000 € nebst Zinsen. Zu Recht?

Die Kl. hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Vertragsstrafe, wenn die entsprechende Regelung wirksam in den Vertrag einbezogen wurde. Es ist davon auszugehen, dass die Parteien die entsprechende Regelung damit wirksam vereinbart sein könnte. Es könnte sich aber um **Allgemeine Geschäftsbedingungen** handeln. Wären diese von der Kl. als Verwenderin der Bekl. gestellt worden, so wäre die Vertragsstrafenregelung nur wirksam, wenn sie einer Prüfung nach den **§§ 305 ff. BGB** standhielte.

I. Vorliegen von AGB

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die der Verwender einer anderen Partei gestellt hat. Dass hier für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen vorliegen, ist zwischen den

Parteien unstreitig, fraglich ist jedoch, ob vom vorliegenden Fall davon auszugehen ist, dass diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen von der Kl. gestellt wurden.

1. Anforderungen an das Stellen von AGB durch einen Verwender

„**Verwender** ist nach der Legaldefinition in § 305 I 1 BGB diejenige Vertragspartei, die der anderen Partei bei Abschluss eines Vertrags **vorformulierte Vertragsbedingungen** „stellt“. Demgegenüber regelt § 305 I 3 BGB, dass AGB nicht vorliegen, soweit die **Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt** worden sind, selbst wenn sie im Übrigen die Merkmale des § 305 I BGB aufweisen. Auch vorformulierte Klauseln des Verwenders können deshalb im Einzelfall Gegenstand und Ergebnis von Individualabreden sein (vgl. BT-Drs. 7/3919, 15 f. [zu § 1 I, II AGBG]).

Das wesentliche Charakteristikum von AGB hat der Gesetzgeber in der **Einseitigkeit ihrer Auferlegung** sowie in dem Umstand gesehen, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann (BT-Drs. 7/3919, 15 f.). Mit Rücksicht darauf ist das Merkmal des Stellens erfüllt, wenn die **Formularbestimmungen auf Initiative einer Partei** oder ihres Abschlussgehilfen (vgl. Senat, NJW-RR 2015, 738 Rn. 14 m.w.N.) **in die Verhandlungen eingebracht** und ihre **Verwendung zum Vertragsabschluss verlangt** werden (Senat, NJW 2010, 1131 Rn. 11; ebenso BGH, NJW-RR 2014, 937 Rn. 9; NJW-RR 2014, 1133 Rn. 24). Der (**einseitige**) Wunsch einer Partei, bestimmte von ihr bezeichnete vorformulierte Vertragsbedingungen zu verwenden, ist **grundsätzlich ausreichend** (Senat, BGHZ 184, 259 = NJW 2010, 1131 Rn. 12). Dabei kommt es, wie das BerGer. im Ansatz zutreffend angenommen hat, nicht darauf an, wer die Geschäftsbedingungen entworfen hat. Entscheidend ist, ob eine der Vertragsparteien sie sich **als von ihr gestellt zurechnen** lassen muss (BGH, NJW-RR 2013, 102 Rn. 17; NJW 2010, 1131 Rn. 10; NJW 1994, 2825).

An dem durch einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit einer Vertragspartei zum Ausdruck kommenden **Stellen** vorformulierter Vertragsbedingungen **fehlt** es hingegen, wenn deren Einbeziehung sich als **Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen** darstellt, **der mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert** wird (vgl. BGH NJW 2010, 1131 Rn. 18; BGH, NJW 1997, 2043 [unter I 2 c]). Erforderlich hierfür ist, dass diese Vertragspartei in der Auswahl der in Betracht kommenden **Vertragstexte frei** ist und insbesondere Gelegenheit erhält, **alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung** in die Verhandlungen einzubringen (Senat, NJW 2010, 1131 Rn. 18 m.w.N.; ebenso BGH, NJW-RR 2014, 937; NJW-RR 2014, 1133 Rn. 25).“ (BGH aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Kl. nach diesen Grundsätzen Klauselverwenderin i.S.d. § 305 I 1 BGB ist, weil sie die vorformulierten Vertragsbedingungen gestellt hat.

„Der **Vertragstext** wurde der Bekl. hier von der auf Seiten der Kl. eingeschalteten Verhandlungsgehilfin, der F-GmbH, mit dem Anschreiben vom 23.08.2006 **übersandt**, das **mit der Bitte um Unterzeichnung im Fall des Einverständnisses** verbunden war. Auf diese Weise wurde der Vertragstext auf Initiative der Kl. in die Vertragsverhandlungen eingebracht und seine **Verwendung zum Vertragsschluss verlangt**. Dies wird durch den Vertragstext bekräftigt, in dem es heißt: „K erklärt sich bereit, M mit Arzneimitteln gemäß diesem Vertrag ... zu beliefern.“ (Nr. 1.1 S. 1 des Liefervertrags).

Anders als das BerGer. – unter Berufung auf Äußerungen im Schrifttum (Kaufhold, ZIP 2010, 631 [632]; Graf v. Westphalen, ZIP 2010, 1110 [1112]) gemeint hat, lässt das **Schweigen der Bekl. auf die** im Anschreiben der F-GmbH geäußerte **Bitte**, „**Anmerkungen oder Änderungswünsche**“ mitzuteilen, die Verwendereigenschaft der Kl. nicht entfallen. Zutreffend rügt die Revision, dass die Bekl. **keine effektive Möglichkeit zur Durchsetzung eigener Textvorschläge** erhalten hat.

Das Anschreiben der F-GmbH vom 23.08.2006 stellt der Bekl. gerade nicht frei, ohne Weiteres ein abweichendes Vertragsformular auszuwählen oder den Vertragstext abzuändern. Mit der Bitte, ihr „Anmerkungen oder Änderungswünsche“ mitzuteilen, hat die Kl. sich zwar offen dafür gezeigt, entsprechende Erklärungen entgegenzunehmen. Allenfalls hat sie damit eine **gewisse Verhandlungsbereitschaft signalisiert**. Der Bekl. ist durch die bloße Frage nach „Anmerkungen oder Änderungswünschen“ jedoch nicht – wie vom Senat gefordert (vgl. BGH NJW 2010, 1131) – eine tatsächliche Gelegenheit eröffnet worden, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlung einzubringen. An der Eigenschaft der Kl. als Klauselverwenderin ändert es somit nichts, dass die Bekl. **von einer etwaigen Verhandlungs- und Gestaltungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht** hat.

Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, die Kl. sei uneingeschränkt bereit gewesen, auf Änderungswünsche der Bekl. einzugehen, reicht dies nach den vorstehend aufgeführten Umständen nicht aus, um die Verwendereigenschaft der Kl. zu verneinen.“ (BGH aaO.)

Die AGB sind daher von der Kl. gestellt, so dass sie als Verwenderin i.S.d. § 305 I 1 BGB anzusehen ist.

II. Inhaltskontrolle

Das Vertragsstrafenversprechen muss daher einer Inhaltskontrolle standhalten. Da es sich bei beiden Parteien um Unternehmer handelt, **gelten die §§ 308, 309 BGB** nach § 310 I BGB

nicht, allerdings könnte die Regelung gegen § 307 I 1 BGB verstoßen, indem sie die Bekl. nach **Treu und Glauben unangemessen benachteiligt**.

1. Maßstab für unangemessene Benachteiligung bei Vertragsstrafenversprechen

„Eine Formalklausel benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, wenn der **Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen** versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (st. Rspr.; BGH NJW 1984, 1531; BGH NJW 1993, 326; BGH, NJW 2008, 214 Rn. 15; NJW 2014, 2180 Rn. 13; BGH NJW 2015, 1871 jew. m.w.N.). Dabei ist ein **generalisierender, überindividueller Prüfungsmaßstab** und eine von den Besonderheiten des Einzelfalls losgelöste typisierende Betrachtungsweise zu Grunde zu legen (BGH, NJW 2012, 2107 Rn. 10; NJW 2014, 2180; jew. m.w.N.).

Eine unangemessene, gegen Treu und Glauben verstoßende Benachteiligung des **Vertragsstrafschuldners** kann sich aus der **unangemessenen Höhe der Vertragsstrafe** ergeben (BGH, NJW-RR 1998, 1508 [unter I 2 b]; NJW 1997, 3233 [unter II 1]; NJW-RR 1990, 1076 [unter II 1 a]; NJW 1988, 1373 [unter I 2 c aa]; NJW 2014, 2180 Rn. 12, 14; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, Neubearb. 2013, § 309 Nr. 6 Rn. 24, 28; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2015, § 339 Rn. 137 ff.; jew. m.w.N.). Dies ist insbesondere der Fall, wenn die **Sanktion außer Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstoßes** und seinen Folgen für den Vertragsstrafschuldner steht (BGH, NJW 1994, 1060 [unter VI 2 b aa, insoweit in BGHZ 124, 351 nicht abgedruckt]; BGH, NJW 1997, 3233 [unter II 2]; NJW 1998, 2600 [unter II 3 b]). Ist ein bestimmter Betrag als **pauschale Sanktion** vorgesehen, **ohne dass nach Art, Gewicht und Dauer der Vertragsverstöße differenziert** wird, kann die Unangemessenheit schon daraus folgen; eine solche Sanktion wäre nur dann zulässig, wenn dieser Betrag **auch angesichts des typischerweise geringsten Vertragsverstoßes noch angemessen** wäre (Senat, NJW 1997, 3233 [unter II 5]; NJW-RR 1990, 1076 [unter II 2]; Staudinger/Rieble, § 339 Rn. 161).“ (BGH aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Gemessen daran müsste die hier verwendete Vertragsstrafenklausel einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 I 1 BGB standhalten. Die ausbedungene Vertragsstrafe bestimmt für **jegliche unberechtigte Weiterveräußerung** durch die Bekl. eine **einheitliche Sanktion** von 50.000 € je Auftrag, ohne auf dessen Umfang – etwa durch eine angemessene Staffelung der Vertragsstrafe – Rücksicht zu nehmen.

„Mit Blick auf den **gebotenen generalisierenden Prüfungsmaßstab** kommt es dabei nicht auf den Warenwert derjenigen Lieferungen an, die die Kl. zum Gegenstand der Klage gemacht hat. Bei dieser Beurteilung ist zwar nicht nur auf eine erleichterte Schadloshaltung des Gläubigers abzustellen. Vielmehr muss die Vertragsstrafe den Schuldner auch **als Druckmittel anhalten, seine Leistung ordnungsgemäß zu erbringen** (st. Rspr.; BGH NJW 1975, 163; NJW 2000, 2106 [unter II 2 b [1]; jew. m.w.N.). In der gegebenen Fallgestaltung muss sie namentlich geeignet sein, den Vertragspartner des Verwenders **von einem Verstoß gegen die** unter Nr. 6.2 S. 2 des Liefervertrags ausbedungene **Unterlassungspflicht abzuhalten** (vgl. BGH, NJW 2014, 2180 Rn. 17). Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Vertragsstrafschuldner in einer Fallgestaltung wie der vorliegenden Art nicht in besonderem Maße schutzwürdig ist.

Jedoch ist angesichts des **erheblich differierenden Umfangs der Arzneimittellieferungen** ein Pauschalbetrag von 50.000 € je Auftrag ohne jegliche Abstufung nach dem Gewicht des Vertragsverstoßes trotz der gebotenen Abschreckungswirkung **unverhältnismäßig** hoch. Nach den Feststellungen des BerGer. lag der Warenwert zahlreicher Geschäfte ganz erheblich unter diesem Betrag. Dass es sich dabei um außergewöhnliche, bei Vertragsabschluss nicht zu erwartende Ausnahmefälle gehandelt hätte, hat das BerGer. nicht festgestellt; abweichendes Vorbringen zeigt die Revisionserwiderung nicht auf. Auf diese Weise kann die Vertragsstrafenabrede – ihrem eigentlichen Sinn widersprechend – dazu missbraucht werden, dem Klauselverwender einen nicht gerechtfertigten Gewinn zu verschaffen (vgl. BT-Drs. 7/3919, 30; Senat, NJW 1997, 3233 [unter II 2] m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Die Klausel benachteiligt die Bekl. damit nach Treu und Glauben unangemessen.

Fraglich ist jedoch, ob hier nicht eine geltungserhaltende Reduktion dergestalt in Betracht kommt, dass dann zumindest eine Vertragsstrafe in angemessener Höhe als vereinbart gilt.

„Eine geltungserhaltende Reduktion findet nicht statt (zu unangemessenen formularvertraglichen Vertragsstrafenregelungen s. BGHZ 153, 311 [324] = NJW 2003, 1805; BGH, NJW-RR 2003, 1056 [unter II 3 g] = NJW 2003, 3049 Ls.; NJW-RR 1998, 1508 [unter I 2 c]; jew. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Danach ist die streitgegenständliche Klausel nach § 307 I BGB insgesamt unwirksam.

BGB
§§ 204 I Nr. 3, 126a

Mängelrüge per E-Mail Keine Verjährungsverlängerung

SR AT/BT

(OLG Jena in NJW 2016, 1330; Urteil vom 26.11.2015 – 1 U 201/15)

1. Ein **Mängelbeseitigungsverlangen** kann auch von einem **Stellvertreter** ausgesprochen werden. Dies setzt jedoch voraus, dass es in Vollmacht und erkennbar im Namen des Berechtigten ausgesprochen wird. Eine **spätere Genehmigung** ist **nicht möglich**.
2. Mängelbeseitigungsverlangen aus Bauverträgen sind **keine Geschäfte „für den, den es angeht“**, so dass das Offenkundigkeitsprinzip bei der Stellvertretung gewahrt werden muss.
3. § 126 BGB gilt auch für das **Schriftformerfordernis nach § 13 Nr. 5 I VOB/B 2006**. Das Mängelbeseitigungsverlangen kann grundsätzlich auch nach § 126a BGB in elektronischer Form erfolgen. Eine einfache E-Mail genügt hierzu jedoch nicht.
4. Ein Mahnbescheid hemmt nach § 204 I Nr. 3 BGB die Verjährung nur dann, wenn der Anspruch **hinreichend individualisiert** ist. Dazu ist erforderlich, dass der Anspruch durch seine Kennzeichnung **von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt** wird, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann und dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will.

Fall: Die Kl. begehrt aus abgetretenem Recht von der Bekl. Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung. Die F beauftragte die Bekl. mit Vertrag vom 30.05.2007 mit der schlüsselfertigen Erstellung eines Shoppingcenters mit Parkhaus in S. Mit notariellem Vertrag vom 31.07.2007 erwarb die Kl. das Shoppingcenter von der F. Am 10.03.2008 erfolgte die Abnahme der Werkleistungen der Bekl. In § 9 Nr. 2 des Vertrags vom 30.05.2007 zwischen der Bekl. und der Zedentin wurde eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren vereinbart. Mit notarieller Urkunde vom 09.07.2008 wurden der Kl. durch die F alle Gewährleistungsansprüche gegen die Bekl. aus dem Bauvorhaben abgetreten.

Die Fa. G übersandte der Bekl. im Namen der Kl. per E-Mail ein Mängelbeseitigungsverlangen. Die Kl. behauptet, hierbei wirksam vertreten worden zu sein. Eine schriftliche Vollmacht liegt nicht vor. Zwischen G und der Bekl. kam es in der Folge zu Verhandlungen über die vorhandenen Mängel.

Die Kl. hat gegen die Bekl. auf ihren Mahnantrag vom 01.03.2013 mit Mahnbescheid vom 05.03.2013 einen Anspruch geltend gemacht, wobei die Forderung bezeichnet wird als „Schadensersatz aus Bauvertrag vom 28.02.2013 100.000 €“. Nach Widerspruch der Bekl. hat die Kl. ihren Anspruch mit Schreiben vom 28.10.2013 begründet und darin den Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung geltend gemacht. Zu Recht?

I. Übergang der Rechte auf die Kl.

Die Kl. macht abgetretene Ansprüche auf Vorschusszahlung der Zedentin aus dem Werkvertrag zwischen der Zedentin und der Bekl. vom 30.05.2007 geltend.

„Die Zedentin hat die Gewährleistungsansprüche gegen die Bekl. aus dem Vertrag vom 09.07.2008 an die Kl. abgetreten. Die erforderlichen Genehmigungen und Vollmachten sind erteilt worden.“ (OLG Jena aaO.)

II. Verjährung

Der Durchsetzung etwaiger Ansprüche der Kl. gegen die Bekl. aus abgetretenem Recht auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung wegen der behaupteten Mängel könnte die von der Bekl. erhobene Einrede der Verjährung entgegenstehen.

1. Beginn der Verjährungsfrist

„In § 9 Nr. 2 des Vertrags vom 30.05.2007 zwischen der Bekl. und der Zedentin wurde eine **Gewährleistungsfrist von fünf Jahren** vereinbart. Die Werkleistungen der Bekl. wurden am 10.03.2008 abgenommen. Damit begann die Verjährungsfrist zu laufen.“ (OLG Jena aaO.)

2. Ende der Verjährungsfrist

Die Verjährung wäre damit ohne Hinzutreten weiterer Umstände am 10.03.2013 eingetreten.

3. Verlängerung der Verjährungsfrist

Es könnte aber eine Verlängerung der Verjährungsfrist ist gem. § 13 Nr. 5 I VOB/B in der Fassung von 2006 eingetreten ein. Danach verjähren **Mängel, die gerügt werden, innerhalb von zwei Jahren nach Zugang des schriftlichen Verlangens** auf Mängelbeseitigung. Das Schreiben der G vom 20.08.2012 könnte eine solche Wirkung entfalten.

a) Vertretung der Kl. durch G

„Das Schreiben der G vom 20.08.2012 stellt kein Schreiben der Kl. dar. Das **Mängelbeseitigungsverlangen** mit Schreiben der G vom 20.08.2012 ist daher **unwirksam**, denn die Aufforderung erfolgte **nicht**, wie § 13 Nr. 5 VOB/B verlangt, **von der Kl. als Auftraggeberin** bzw. Zessionarin. Zwar ist auch im Rahmen des Mängelbeseitigungsverlangens eine **Stellvertretung** entsprechend den §§ 164 f. BGB **zulässig**. Erforderlich ist aber das **Vorliegen einer Bevollmächtigung sowie die Erkennbarkeit**, dass als Bevollmächtigter gehandelt werde. Aus dem Schreiben vom 20.08.2012 ergibt sich nicht, dass die G als Bevollmächtigte der Kl. hat handeln wollen. Der Zeuge S, welcher für die G tätig gewesen ist, hat in seiner Einvernahme vor dem LG überdies erklärt, dass Auftraggeber der G die Firma M mit Sitz in London gewesen sei. Von einer etwaigen Bevollmächtigung durch die Kl. war dem Zeugen S nichts bekannt. Wenn aber die **G nicht einmal selbst wusste**, dass die Kl. Inhaberin der Gewährleistungsansprüche ist, kann eine entsprechende Erkenntnis oder wenigstens Erkenntnismöglichkeit auch bei der Bekl. nicht vorausgesetzt werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Bekl. erkannt haben sollte oder **hätte erkennen können**, dass die **G jedenfalls nicht im eigenen Namen** handelt. Auf die Erkennbarkeit des Vertretenen kann hier auch nicht ausnahmsweise verzichtet werden, denn im Zusammenhang mit umfangreichen Gewährleistungsansprüchen ist es keineswegs belanglos, in wessen Namen diese geltend gemacht werden. Es fehlt an konkretem Sachvortrag der Kl. zu einer Bevollmächtigung der G durch sie. [wird ausgeführt]

Auch kann nicht von einer Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips der Bevollmächtigung nach den Grundsätzen des „**Geschäfts für den, den es angeht**“ ausgegangen werden. So wird angenommen, dass bei Bargeschäften des täglichen Lebens es für die Vertragsschließenden in der Regel ohne Bedeutung ist, ob der andere Teil im eigenem oder in fremden Namen handelt. Hier ist die Offenlegung des Vertreterwillens nach der ratio des Offenkundigkeitsprinzips nicht erforderlich, da es die Gegenpartei schützen soll, diese aber nicht schutzbedürftig ist. Vorliegend handelt es sich aber nicht um ein **Bargeschäft des täglichen Lebens**. Auch die Rechtsfigur des unternehmensbezogenen Geschäfts greift vorliegend nicht, da auch diese eine Vollmacht voraussetzt. Eine nachträgliche Genehmigung der Mängelrüge der G vom 20.08.2012, welche die Kl. im Laufe des Prozesses erklärt hat, ist nicht möglich. Insbesondere führt eine solche nicht dazu, dass dem Schreiben vom 20.08.2012 die Wirkung eines Mängelbeseitigungsverlangens gem. § 13 Nr. 5 VOB/B zukommt.“ (OLG Jena aaO.)

Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Bekl. das Schreiben der G vom 20.08.2012 **unverzüglich zurückgewiesen** hat.

„§ 174 BGB ist nicht anwendbar, denn diese Vorschrift überwindet nicht den Mangel der Vollmacht, sondern setzt gerade voraus, dass ein Bevollmächtigter gehandelt hat.“ (OLG Jena aaO.)

b) Versendung des Mängelbeseitigungsverlangens durch E-Mail

Unabhängig von der fehlenden Bevollmächtigung der G ist fraglich, ob das Schreiben vom 20.08.2012 das **Schriftformerfordernis** des § 13 Nr. 5 VOB/B wahrt.

Nach **§ 126 I BGB** verlangt die Einhaltung der Schriftform, dass die Mängelanzeige von dem Anzeigenden **eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens** unterzeichnet wird. Eine solche Unterschrift trägt die E-Mail nicht. Allerdings kann die Schriftform nach § 126 III BGB durch die in § 126 a BGB geregelte **elektronische Form** ersetzt werden. Fraglich ist, ob das E-Mail-Schreiben vom 20.08.2012 diesem Formerfordernis genügt.

„Entgegen der Auffassung der Kl. **gilt § 126 BGB auch für das Schriftformerfordernis der VOB**. Durch die Vereinbarung der VOB/B werden die gesetzlichen Bestimmungen des BGB, insbesondere die Regelungen über die Rechtsgeschäfte nach den §§ 104–185 BGB, nicht abbedungen. Die VOB/B baut vielmehr auf der Grundlage der Vorschriften des BGB auf und ändert bzw. ergänzt diese lediglich entsprechend der Interessenlage der Parteien (vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW 2012, 2206). Die **E-Mail** vom 20.08.2012 ... wies ... **keine elektronische Signatur** auf.“ (OLG Jena aaO.)

Das per E-Mail übermittelte Mängelbeseitigungsverlangen hat damit das Schriftformerfordernis des § 13 Nr. 5 VOB/B nicht erfüllt, so dass die Verjährungsfrist nicht verlängert wurde.

4. Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen

Es könnte eine Hemmung der Verjährung gem. § 203 BGB eingetreten sein, wonach die Verjährung gehemmt ist, wenn zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch stattfinden.

„Unstreitig haben zwischen den Parteien direkt keine Verhandlungen stattgefunden. Allenfalls haben solche in Form von Schriftverkehr und Telefonaten zwischen der G und der Bekl. stattgefunden. Eine Bevollmächtigung der G durch die Kl. ist aber weder ausreichend dargelegt noch nachgewiesen, wie bereits ausgeführt worden ist.“ (OLG Jena aaO.)

5. Hemmung der Verjährung durch Mahnbescheid, § 204 I Nr. 3 BGB

Der Mahnbescheid vom 05.03.2013 könnte die Verjährungsfrist nach § 204 I Nr. 3 BGB gehemmt haben.

a) Anforderungen an verjährungshemmende Anspruchsindividualisierung

„Ein Mahnbescheid hemmt die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs gem. § 204 I Nr. 3 BGB nur, wenn **dieser Anspruch im Antrag** auf Erlass des Mahnbescheids in einer den Anforderungen des § 690 I Nr. 3 ZPO entsprechenden Weise **hinreichend individualisiert** ist. Dazu ist erforderlich, dass der Anspruch durch seine Kennzeichnung **von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt** wird, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann und dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will. Wann diese Anforderungen erfüllt sind, kann nicht allgemein festgelegt werden. Vielmehr hängen **Art und Umfang der erforderlichen Angaben** im Einzelfall von dem **zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis** und dem geltend gemachten Anspruch ab. Voraussetzung insoweit ist allerdings nicht, dass aus dem Mahnbescheid für einen außenstehenden Dritten ersichtlich ist, welche konkreten Ansprüche mit dem Mahnbescheid geltend gemacht werden. Es reicht, dass dies für den Ag. erkennbar ist. So kann im Mahnbescheid zur Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs auf Rechnungen oder andere Unterlagen Bezug genommen werden (vgl. BGH, NJW-RR 2010, 1455 = MDR 2010, 1097).“ (OLG Jena aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob der von der Kl. erwirkte Mahnbescheid im vorliegenden Verfahren diesen Anforderungen gerecht wird.

„Zutreffend ist zwar, dass zwischen der Zedentin und der Bekl. nur **ein einziger Bauvertrag bestanden** hat und deshalb die falsche Datumsangabe unter Umständen von der Bekl. hätte erkannt werden können und sie davon hätte ausgehen müssen, dass es sich um diesen einen zwischen ihr und der Zedentin abgeschlossenen Bauvertrag handelt. Dieses Argument kommt aber vorliegend nicht zum Tragen, da **nicht die Zedentin Antragstellerin des Mahnbescheids** war, sondern die Kl. Dass die Kl. selbst den Kauf des Shoppingcenters und die Abtretung der Gewährleistungsansprüche bereits zu diesem Zeitpunkt an die Bekl. mitgeteilt hatte, wird von dieser nicht vorgetragen. Ein Rückschluss der Bekl. auf den zwischen der Zedentin und ihr geschlossenen Bauvertrag musste sich der Bekl. daher nicht aufdrängen.

Auch ist im Hinblick auf die bereits genannte Entscheidung des BGH (NJW-RR 2010, 1455 = MDR 2010, 1097) **nicht davon auszugehen**, dass die **Forderung vorliegend hinreichend individualisiert** worden ist. Der Mahnbescheid hat nicht ... auf ein im Mahnbescheid genanntes Schreiben, welches unstreitig dem Ag. zugegangen war, zur Individualisierung Bezug genommen. Ohne einen solchen Vortrag war es der Bekl. nicht möglich, zu erkennen, für welche Mängel im ... Mahnverfahren welche Ansprüche geltend gemacht werden. Zudem war der geltend gemachte Anspruch durch seine Kennzeichnung nicht so individualisiert und abgegrenzt, dass er **Grundlage eines vollstreckungsfähigen Titels** hätte sein können.“ (OLG Jena aaO.)

Durch Erlass des Mahnbescheides ist daher keine Hemmung der Verjährung nach § 204 I Nr. 3 BGB eingetreten.

6. Hemmung der Verjährung durch Klageerhebung, § 204 I Nr. 1 BGB

Die Anspruchsbegründung vom 28.10.2013 könnte zwar als Klageerhebung anzusehen sein. Zu diesem Zeitpunkt war jedoch bereits Verjährung eingetreten. Mit dem Schriftsatz konnte auch nicht mehr die im Mahnbescheid fehlende Individualisierung nachgeholt werden.

„Zwar ist eine **Nachholung der Individualisierung** in bestimmtem Umfang möglich, wenn es sich nur um eine **Aufgliederung zur Höhe eines geltend gemachten Anspruchs** handelt, der sich aus mehreren Teilbeträgen zusammensetzt (vgl. BGH, NJW 2001, 305). Vorliegend handelt es sich aber nicht um eine Aufgliederung zur Höhe. Vielmehr wird **erstmalig ... dargelegt, welche Ansprüche** ... den Streitgegenstand darstellen sollen. Eine Hemmung der Verjährung kommt daher erst ab diesem Zeitpunkt in Betracht. Zu diesem Zeitpunkt war aber bereits Verjährung eingetreten.“ (OLG Jena aaO.)

(OLG Stuttgart in ArbRAktuell 2016, 70; Beschluss vom 29.06.2015 – 4 Ws 232/15)

1. **Schutzzweck** des § 299 StGB ist der freie Wettbewerb, als der **Freiheit der Marktkonkurrenz von unlauteren, nicht offenbarten Einflüssen**. Der Schutzzweck des geltenden § 299 StGB ist daher an wettbewerbsrechtlichen Regeln zu messen.
2. Mitbewerber i.S.d. § 299 StGB sind **alle Gewerbetreibenden**, die Waren oder Leistungen gleicher oder vergleichbarer Art herstellen oder in den geschäftlichen Verkehr bringen.
3. Der sich bewerbende private Arbeitnehmer bietet dagegen seine Arbeitskraft an. Er handelt nicht zugunsten eines eigenen Unternehmens. Sein Verhalten ist nicht darauf gerichtet, zugunsten eines fremden Unternehmens zu wirken. Das **bloße private Konkurrenzverhältnis** zu einem sich ebenfalls um eine Arbeitsstelle bewerbenden Arbeitnehmer ist **kein Wettbewerbsverhältnis** i.S.d. § 299 StGB.

Fall: Der Beschuldigte (B) war bei einer Zeitarbeitsfirma im „Großkundenmanagement“ angestellt und mit der Vermittlung von Leiharbeitern betraut. Ihm oblag die Anstellung von Arbeitnehmern bei der Firma und deren Vermittlung als Leiharbeiter. In mehreren Fällen stellte er Bewerbern in Aussicht, sie gegen die Zahlung einer „Provision“ bevorzugt zu vermitteln und machte dies auch bei der Firma F wahr. Infolgedessen erließ das AG Heilbronn gegen B einen Haftbefehl wegen des dringenden Verdachts der gewerbs- und bandenmäßigen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in zwölf Fällen, da die Gefahr bestehe, dass B flüchten werde. Zu Recht?

Die Untersuchungshaft darf nach § 112 I 1 StPO gegen den Beschuldigten angeordnet werden, wenn er der Tat dringend verdächtig ist und ein Haftgrund besteht. Es ergeht dann ein Haftbefehl nach § 114 StPO.

I. Dringender Tatverdacht

Es müsste zunächst ein dringender Tatverdacht bestehen.

1. Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, § 299 StGB

In Betracht kommt hier der Verdacht der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 I BGB.

Danach macht sich strafbar, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens

- einen **Vorteil für sich** oder einen Dritten als Gegenleistung **dafür** fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen **anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge**, oder
- ohne Einwilligung des Unternehmens einen **Vorteil** für sich oder einen Dritten als Gegenleistung **dafür** fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine **Handlung vornehme** oder unterlasse und dadurch seine **Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze**.

Im besonders schweren Fall handelt der Täter, wenn er gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat (§ 300 S. 2 Nr. 2 StGB).

a) Vorteilsannahme

B hat für sich Geldzahlungen angenommen und sich damit einen Vorteil verschafft.

b) Bevorzugung im Wettbewerb

Die bevorzugte Vermittlung von Leiharbeiten in Arbeitsstellen müsste auch eine Bevorzugung im Wettbewerb darstellen.

„Der Bevorzugte muss sich als **Mitbewerber im Wettbewerb** mit zumindest einem weiteren Mitbewerber darstellen (Dannecker in Nomos Kommentar, StGB, 2. Auflage, § 299 Rn. 46).“ (OLG Stuttgart aaO.)

Fraglich ist, ob die hier bevorzugten privaten Arbeitnehmer, die sich bei der Arbeitsplatzsuche in der Konkurrenz um eine Arbeitsstelle befinden, Mitbewerber i.S.v. § 299 I StGB sind.

aa) Schutzzweck des § 299 StGB

„**Schutzzweck** des § 299 StGB ist der freie Wettbewerb, als der **Freiheit der Marktkonkurrenz von unlauteren, nicht offenbarten Einflüssen**, die das Austauschverhältnis von Waren und Leistungen einseitig zugunsten eines Beteiligten verzerren. Mittelbar geschützt werden auch die **Vermögensinteressen der Mitbewerber sowie des Geschäftsherrn** (Fischer, StGB, 62. Auflage, vor § 298 Rn. 6 und § 299 Rn. 2 m.w.N.).

Die Vorschrift des § 299 I StGB ist durch Art. 1 Nr. 3 des Korruptionsbekämpfungsgesetzes vom 13.08.1997 (BGBl. I, 2038) in das Strafgesetzbuch eingefügt worden und entspricht im Wesentlichen dem durch Art. 4 Nr. 1 dieses Gesetzes aufgehobenen § 12 UWG. Mit der Übernahme in das Strafgesetzbuch sollte das Bewusstsein geschärft werden, „dass es sich auch bei **der Korruption im geschäftlichen Bereich** um eine Kriminalitätsform handelt, die nicht nur die Wirtschaft selbst betrifft, sondern Ausdruck eines **allgemein sozioethisch missbilligten Verhaltens** ist“ (BT-Drucksache 13/5884; BR-Drucksache 553/96). Eine inhaltliche Änderung der Tatbestandsmerkmale wurde hingegen - abgesehen von einer Erweiterung auf Dritt Vorteile und einer Anhebung des Regelstrafrahmens von einem auf drei Jahre nicht für nötig gehalten (Ludwig in Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Auflage, § 53 Korruption Rn. 70). Der Schutzzweck des geltenden § 299 StGB ist daher ... an wettbewerbsrechtlichen Regeln zu messen.“ (OLG Stuttgart aaO.)

bb) Wettbewerbsrechtlicher Begriff des Mitbewerbers

Wettbewerbsrechtlich ist „Mitbewerber“ nach § 2 I Nr. 3 UWG **jeder Unternehmer**, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen **in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis** steht. „**Unternehmer**“ ist dabei nach § 2 I Nr. 6 UWG ist jede natürliche oder juristische Person, die geschäftliche Handlungen **im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit** vornimmt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag einer solchen Person handelt. „**Geschäftliche Handlung**“ ist insofern nach § 2 I Nr. 1 UWG jedes Verhalten einer Person **zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens** vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, dass mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen.

„Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen hat der Bundesgerichtshof den Mitbewerber wie folgt bestimmt: Mitbewerber i.S.d. § 299 StGB sind **alle Gewerbetreibenden, die Waren oder Leistungen gleicher oder vergleichbarer Art herstellen oder in den geschäftlichen Verkehr bringen** (BGHSt 10, 358, 368; 37, 191, 203; ebenso Lackner/Kühl, StGB, 28. Auflage Rn. 5; Ludwig, aaO., Rn. 84).

Der sich bewerbende **private Arbeitnehmer** bietet dagegen seine Arbeitskraft an. Er handelt nicht zugunsten eines eigenen Unternehmens. Sein Verhalten ist nicht darauf gerichtet, zugunsten eines fremden Unternehmens zu wirken. Er nimmt damit **keine geschäftliche Handlung** vor, ist mithin **kein Unternehmer** und damit auch kein Mitbewerber im Wettbewerb. Das **bloße private Konkurrenzverhältnis** zu einem sich ebenfalls um eine Arbeitsstelle bewerbenden Arbeitnehmer ist kein Wettbewerbsverhältnis i.S.d. § 299 StGB.“ (OLG Stuttgart aaO.)

Die privaten Arbeitnehmer sind daher keine Mitbewerber, so dass tatbestandlich auch keine „Bevorzugung im Wettbewerb“ i.S.d. § 299 StGB vorliegen kann.

2. Untreue, § 266 StGB

B könnte dringend verdächtig sein, eine Untreue nach § 266 StGB zulasten seines Arbeitgebers begangen zu haben.

„Für die Annahme einer Untreue bedürfte es einer **Vermögensbetreuungspflicht des Beschuldigten gegenüber seinem Arbeitgeber**, die über die normalen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis hinausgeht (BGHSt 4, 170, 172; BGHSt 5, 187, 190). Eine solche ist aufgrund der bisherigen Ermittlungsergebnisse nicht erkennbar.

Nach den bisherigen Ermittlungen ist der Beschuldigte bei der Firma A. in der Zweigstelle ... im „Großkundenmanagement“ angestellt und mit der Vermittlung von Leiharbeitern betraut. Ihm obliegt die Anstellung von Arbeitnehmern bei der Firma A. und deren Vermittlung als Leiharbeiter an die Firma B., ... Der **wesentliche**

Gegenstand seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung ist damit die **Arbeitsvermittlung von Kunden in Leiharbeitsverhältnisse**, nicht aber die Pflicht, die Vermögensinteressen seines Arbeitgebers wahrzunehmen (BGH, aaO.).“ (OLG Stuttgart aaO.)

Für eine Strafbarkeit des Beschuldigten wegen Untreue (§ 266 StGB) zulasten seines Arbeitgebers, der Firma A., liegt nach derzeitigem Ermittlungsstand kein dringender Tatverdacht vor.

3. Betrug, § 263 StGB

B könnte dringend verdächtig sind, einen Betrug zulasten der vermittelten Arbeitnehmer (§ 263 StGB) oder zulasten der Fa F. begangen zu haben.

„Eine Strafbarkeit des Beschuldigten wegen Betruges zulasten der vermittelten Arbeitnehmer (§ 263 StGB) lässt sich **schon wegen mangelnder Täuschung nicht erkennen**, solange - wie nach den bisherigen Ermittlungsergebnissen anzunehmen - die gegen Provisionszahlung in Aussicht gestellten Bevorzugungshandlungen tatsächlich erfolgten oder erfolgen sollten (Fischer, aaO., § 299 Rn. 25a).

Für die Annahme eines Betruges zulasten der Firma F., ..., **fehlt es bislang an ausreichenden Feststellungen zu Täuschungshandlungen** des Beschuldigten gegenüber dieser. Im Übrigen würde sich der Vorteil des Beschuldigten durch erhaltene Provisionszahlung nicht zwingend im Nachteil der Firma B. in Gestalt der Einstellung eines - möglicherweise - unterqualifizierten Leiharbeitnehmers widerspiegeln (Fischer, aaO., § 263 Rn. 187).“ (OLG Stuttgart aaO.)

II. Haftgrund

Unabhängig vom dringenden Tatverdacht liegt aber auch schon kein Haftgrund vor.

Ein Haftgrund besteht, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen

- festgestellt wird, dass der Beschuldigte flüchtig ist oder sich verborgen hält,
- bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (**Fluchtgefahr**), oder
- das Verhalten des Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, er werde
 - Beweismittel vernichten, verändern, beiseiteschaffen, unterdrücken oder fälschen oder
 - auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige in unlauterer Weise einwirken oder
 - andere zu solchem Verhalten veranlassen.

Hinzukommen muss die Gefahr, dass die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde (**Verdunkelungsgefahr**).

Hier kommt allenfalls der Haftgrund der Fluchtgefahr in Betracht. Dieser liegt vor, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles die Gefahr besteht, dass der **Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen** werde (§ 112 II Nr. 2 StPO).

„Auch eine Straferwartung kann eine Fluchtgefahr (mit-)begründende Tatsache sein, wengleich sie allein genommen für die Annahme von Fluchtgefahr nicht ausreicht (Herrmann in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 1. Auflage 2014, § 112 Rn. 63 m.w.N.; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, aaO., § 112 Rn. 24). Die **Straferwartung** ist Ausgangspunkt für die Erwägung, ob der in ihr liegende Anreiz zur Flucht auch **unter Berücksichtigung aller sonstigen Umstände so erheblich** ist, dass die Annahme gerechtfertigt ist, der Beschuldigte werde ihm wahrscheinlich nachgeben und flüchtig werden. Je höher die Straferwartung ist, desto weniger Gewicht ist auf weitere Umstände zu legen (OLG Hamm, NSZ-RR 2010, 158; OLG Karlsruhe, NJW 1978, 333).

Nur bei einer **besonders hohen Straferwartung** kann sich die Prüfung darauf beschränken, ob Umstände vorhanden sind, die die hieraus herzuleitende Fluchtgefahr ausräumen können, wobei eine schematische Annahme einer Fluchtgefahr ab einer bestimmten Strafhöhe nicht zulässig ist (Herrmann, aaO. Rn. 63; OLG Düsseldorf, StV 1982, 585; OLG Frankfurt, NJW 1965, 1342; OLG Hamm, NSZ 2008, 649; OLG Karlsruhe, NJW 1978, 333; OLG Köln, StV 1993, 371).“ (OLG Stuttgart aaO.)

Fraglich ist daher, ob im vorliegenden Fall von einer besonders hohen Straferwartung auszugehen ist.

„Selbst im Falle eines dringenden Tatverdachts von Straftaten nach §§ 299, 300 StGB würden die bislang vorliegenden Tatsachen eine besonders hohe Straferwartung nicht begründen.“

Die Straferwartung mit Hinblick auf § 299 StGB hätte **nicht allein Art und Umfang des Vorteils**, sondern - zumindest bei erfolgter Bevorzugung - auch **Art und Ausmaß der unlauteren Bevorzugung** einzubeziehen (vgl. BGH, wistra 2010, 447, 449).

Die bislang konkret festgestellten Vorteilsgewährungen durch Provisionszahlungen an den Beschuldigten betragen **weniger als 50.000 €**. Hinsichtlich Dauer und Art der Bevorzugung, etwa zu Dauer und Art der bevorzugt erlangten Anstellung bei der Firma B., lassen die bisherigen Ermittlungen nur rudimentäre Schlüsse zu. Insbesondere erscheinen die bisherigen Erkenntnisse - vor allem in den Fällen der **ausreichend qualifizierten Arbeitnehmer** - eine Bewertung, inwieweit sie bevorzugt oder nur zu gleichen Konditionen vorrangig vermittelt wurden (vgl. Fischer, aaO., § 299 Rn. 15a; Tiedemann in Leipziger Kommentar, StGB, § 299 Rn. 38), nicht ausreichend, um eine besonders hohe Straferwartung zu begründen.“ (OLG Stuttgart aaO.)

Fehlt es an einer besonders hohen Straferwartung sind weitere Aspekte zu berücksichtigen, so Vorstrafen und sonstige Lebensverhältnisse.

„Im Rahmen der Prüfung einer Fluchtgefahr ist auch zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte **nicht vorbestraft** ist. Auch die bislang ermittelten sonstigen Umstände in der Person des Beschuldigten, seine Lebensverhältnisse, sein Vorleben und sein Verhalten vor und nach der Tat lassen **keine fluchtfördernden Umstände** erkennen, aus denen sich die überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Untertauchens des Beschuldigten ableiten lässt. Es liegen nach bisherigem Ermittlungsstand auch keine Hinweise auf eine besondere Labilität des Beschuldigten, etwa durch Suchtmittelkonsum oder eine psychische Erkrankung vor, die ein Untertauchen wahrscheinlich machen würden. Andere Haftgründe ergeben sich gegen den Beschuldigten aus den bislang vorliegenden Ermittlungen nicht.“ (OLG Stuttgart aaO.)

III. Ergebnis

Der Haftbefehl und die ihn betreffenden Beschlüsse des Amts- und Landgerichts waren daher aufzuheben.

Fehlgeschlagener Versuch
Erkennen fehlender Vollendungsmöglichkeit

(BGH in NSTZ 2016, 207; Beschluss vom 22.10.2015 – 4 StR 262/15)

1. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt vor, wenn die Tat **nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs** mit den bereits eingesetzten oder naheliegenden Mitteln objektiv **nicht mehr vollendet werden kann** und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält, wobei es auf die Tätersicht nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung ankommt.
2. Erkennt der Täter zu diesem Zeitpunkt oder hat er eine entsprechende **subjektive Vorstellung** dahin, dass es zur **Herbeiführung des Erfolges eines erneuten Ansetzens bedürfte**, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs, liegt ein Fehlschlag vor.

Fall: Vor dem Hintergrund erheblicher Beziehungsprobleme entschloss sich die Ehefrau des Angekl., das spätere Tatopfer K W, im Mai 2014, ihren Mann zu verlassen und mit der gemeinsamen Tochter zu ihren Eltern zu ziehen. Daraufhin bedrohte der Angekl., der sich mit der Trennung nicht abfinden wollte, seine Ehefrau in Telefongesprächen und per SMS mehrfach mit dem Tode, was ein polizeiliches Annäherungs- und Kontaktverbot zur Folge hatte. Zwei Tage später erschien der Angekl., der in seiner Wohnung einen an seine Ehefrau und seine Tochter gerichteten Abschiedsbrief mit einer Suizidankündigung hinterlassen hatte, gegen 19.00 Uhr mit einer scharfen Langwaffe vom Kaliber .22 Long Rifle 284 auf dem Anwesen seiner Schwiegereltern, wohin sich seine Ehefrau mit der gemeinsamen Tochter in der Zwischenzeit geflüchtet hatte.

Mit den Worten: „Jetzt hab’ ich euch alle und wo ist K, wo ist K“ durchsuchte der Angekl., der das Haus seiner Schwiegereltern mit der Waffe in der Hand durch die Terrassentür betreten hatte, verschiedene Räume nach seiner Ehefrau. Den Versuch seiner Schwiegermutter M W, mit dem Festnetztelefon einen Notruf abzusetzen, verhinderte der Angekl. durch Herausreißen des Telefonkabels, begleitet von dem Ausruf: „Ich knall dich nieder, wo ist K, wo ist K?“ Der Angekl. fand schließlich im Haus seine Ehefrau; diese flüchtete, verfolgt vom Angekl., hilfeschreiend auf eine angrenzende Wiese. Als der Angekl. sie erreichte und das Gewehr auf sie richtete, ging sie vor ihm zu Boden. Er trat ihr in den Rücken und in die Seite und schrie sie mit den Worten an: „Ich knall dich ab“. M W trat dazwischen, ergriff kurzzeitig das Gewehr des Angekl., konnte es diesem jedoch nicht entwinden. Aus Angst, vom Angekl. erschossen zu werden, der während des Gerangels um das Gewehr gerufen hatte: „Hau ab, ich knall’ dich nieder“, lief M W zum Hauseingang zurück, von wo aus sie dem Angekl. zurief, er solle ihre Tochter nicht erschießen. Hierauf reagierte der Angekl., indem er mit dem Gewehr aus der Hüfte schießend zweimal in Richtung seiner Schwiegermutter feuerte, die dadurch einen Einschuss im linken Oberschenkel erlitt. Nach dem Treffer begab sie sich unverzüglich ins Haus, um die blutende Schusswunde zu versorgen. Nunmehr richtete der Angekl. das Gewehr erneut auf die im Gras vor ihm kauende K W und trat mehrfach auf diese ein. Aufforderungen der inzwischen eingetroffenen und hinter ihrem Einsatzfahrzeug in Deckung gegangenen Polizeibeamten, das Gewehr fallen zu lassen, leistete der Angekl. keine Folge. Nachdem seine Ehefrau in der Hoffnung auf Hilfe durch die Polizeibeamten aufgesprungen und in deren Richtung gelaufen war, erhob sich der Angekl. und schoss seiner flüchtenden Ehefrau aus einer Entfernung von fünf bis maximal zehn Metern in den Rücken, woraufhin diese zu Boden ging. Der Angekl. lud sein Gewehr sofort wieder, begab sich hinter einem Betonmast in Deckung und gab aus einer Entfernung von etwa 80 Metern mindestens einen gezielten Schuss auf das Polizeifahrzeug ab. Das Projektil traf die Beifahrertür des Fahrzeugs und blieb dort stecken. Der Angekl. zog sich zum Haus seiner Schwiegereltern zurück; ein von da abgegebener weiterer Schuss aus seiner Waffe in Richtung des Polizeifahrzeugs blieb ohne Wirkung. Daraufhin setzte sich der Angekl. in seinen auf einem Nachbargrundstück abgestellten Pkw und entfernte sich. Während seiner Flucht kündigte er Arbeitskollegen gegenüber telefonisch an, er werde sich nunmehr erschießen. K W verstarb noch am Tatort an den Folgen der Schussverletzung. Die Schusswunde ihrer Mutter musste operativ versorgt werden. Das LG hat den Angekl. wegen Totschlags in Tateinheit mit versuchtem Totschlag und gefährlicher Körperverletzung sowie wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe verurteilt

1. Das LG hat angenommen, der Angekl. sei vom Versuch des Totschlags (in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung) zum Nachteil der Geschädigten M W nicht strafbefreiend zurückgetreten. Ein strafbefreiender Rücktritt komme schon deswegen nicht in Betracht, weil der Versuch des Totschlags fehlgeschlagen sei. Trifft dies zu?
2. Das LG ist hinsichtlich der Schüsse des Angekl. auf seine Ehefrau, seine Schwiegermutter und die Polizeibeamten ist die StrK von Tateinheit (§ 52 StGB) ausgegangen, weil das Handeln des Angekl. insgesamt von seinem Tatplan getragen gewesen sei, seine Ehefrau und danach sich selbst zu töten. Ist dies haltbar?

I. Ausschluss des Rücktritts wegen Fehlschlags des Versuchs

Der Rücktritt als freiwillige Aufgabe der weiteren Tatausführung setzt jedoch voraus, dass der Versuch nicht schon fehlgeschlagenen ist. Bei einem fehlgeschlagenen Versuch scheidet ein Rücktritt grundsätzlich aus.

1. Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs

Der „**fehlgeschlagene Versuch**“ ist zwar nicht im Gesetzeswortlaut verankert, wird aber als in der Struktur des § 24 StGB immanent angelegt betrachtet.

„Ein fehlgeschlagener Versuch liegt vor, wenn die Tat **nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs** mit den bereits eingesetzten oder naheliegenden Mitteln **objektiv nicht mehr vollendet werden kann** und der Täter dies erkennt oder wenn er **subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich** hält, wobei es auf die Tätersicht nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung ankommt. Erkennt der Täter zu diesem Zeitpunkt oder hat er eine entsprechende subjektive Vorstellung dahin, dass es **zur Herbeiführung des Erfolges eines erneuten Ansetzens bedürfte**, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs, **liegt ein Fehlschlag vor** (st. Rspr.; vgl. nur BGH Ur. v. 25.11.2004 – 4 StR 326/04, NSTz 2005, 263, 264; Ur. v. 08.02.2007 – 3 StR 470/06, NSTz 2007, 399). Ob – anderenfalls – der strafbefreiende **Rücktritt** allein schon durch das **Unterlassen weiterer Tathandlungen** (unbeendeter Versuch) oder durch **Verhinderung der Tatvollendung** (beendeter Versuch) erreicht werden kann, bestimmt sich ebenfalls allein nach der subjektiven Sicht des Täters nach Abschluss seiner letzten Ausführungshandlung, also danach, ob er nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges für möglich hält oder sich – namentlich nach besonders gefährlichen Gewalthandlungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben – keine Vorstellung über die Folgen seines Handelns macht (BGH Ur. v. 08.02.2007 aaO.; vgl. auch Senatsurt. v. 22.10.2015 – 4 StR 133/15; Fischer StGB, 63. Aufl., § 24 Rn. 15, 15 a m.w.N.).“ (BGH aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Die StrK hat festgestellt, dass sich das Tatopfer M W in das Haus begeben und somit aus dem Schussfeld des Angekl. entfernt hatte.

„Sie hat daher angenommen, dass dieser den **Taterfolg mit den eingesetzten und zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr erreichen** konnte, ohne eine ganz neue Handlungskette in Gang setzen zu müssen. Die Urteilsgründe lassen indes nicht erkennen, dass das LG insoweit auf die – **allein maßgebliche – Sicht des Angekl.** nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung abgestellt hat. Vielmehr trifft das LG **zur Vorstellung des Angekl.** nach Abschluss der Ausführungshandlung, also nach Schussabgabe, **keinerlei Feststellungen**. Ob der Angekl. mitbekam, dass die durch seinen Schuss Verletzte handlungsfähig geblieben war, bleibt ebenso offen wie die Frage, ob und gegebenenfalls welche Schlüsse der Angekl. hieraus hinsichtlich des möglichen Todes seines Opfers gezogen und ob er den Tötungsvorsatz endgültig aufgegeben hatte.“ (BGH aaO.)

Ein Fehlschlag des Versuchs kann daher nicht ohne weiteres angenommen werden, so dass auch ein Rücktritt vom Versuch nicht von vornherein ausgeschlossen ist.

II. Tateinheit (§ 52 StGB) zwischen dem vollendeten Tötungsdelikt zum Nachteil der Ehefrau des Angekl. sowie dem versuchten Tötungsverbrechen zum Nachteil seiner

„Nach der Rspr. des BGH sind **höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen** und deren Verletzung einer additiven Betrachtungsweise, wie sie etwa der **natürlichen Handlungseinheit** zugrunde liegt, **nur ausnahmsweise zugänglich**. Greift daher der Täter einzelne Menschen nacheinander an, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen, so besteht sowohl bei natürlicher als auch bei rechtsethisch wertender Betrachtungsweise **selbst bei einheitlichem Tatentschluss** und engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang **regelmäßig kein Anlass**, diese Vorgänge **rechtlich als eine Tat zusammenzufassen** (vgl. nur BGH Ur. v. 11.10.2005 – 1 StR 195/05, NSTz 2006, 284 m.w.N.). Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines **außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs**, etwa bei Messerstichen innerhalb weniger Sekunden oder bei einem gegen eine aus der Sicht des Täters nicht individualisierte Personenmehrheit gerichteten Angriff willkürlich und gekünstelt erschiene (BGH Ur. v. 11.10.2005 aaO; vgl. auch Beschl. v. 24.10.2000 – 5 StR 323/00, NSTz-RR 2001, 82). So liegt der Fall hier jedoch nicht.“ (BGH aaO.)

Der Standpunkt des LG zur Handlungseinheit zwischen den diesbezüglichen Taten ist daher nicht haltbar. Allerdings stellt sich die Frage, ob der Angekl. hierdurch überhaupt beschwert sein kann.

„Die StrK hat für ihre Bewertung der Tat zum Nachteil der K W als besonders schwerer Fall des Totschlags im Sinne des § 212 II StGB maßgeblich auf den **besonders engen Zusammenhang zwischen beiden Handlungen** abgestellt, der dem Gesamtgeschehen ein besonderes Gepräge verleihe und das Verschulden

des Angekl. als außergewöhnlich groß erscheinen lasse. Das Zurückbleiben der Tat hinter den Mordmerkmalen des § 211 StGB werde durch ein Mehr an Verwerflichkeit ausgeglichen, weil der Angekl. „sich durch nichts und niemanden“ von seinem Vorhaben habe abbringen lassen und die Tötung von M W – und die eines Polizeibeamten – in Kauf genommen habe, um diese als Hindernis bei der Verwirklichung seines Tötungsvorhabens hinsichtlich seiner Ehefrau „aus dem Weg zu räumen“. (BGH aaO.)

Vor diesem Hintergrund ist der Angekl. durch die Annahme einer Handlungseinheit auch ausnahmsweise beschwert und kann seine Revision daher auch darauf stützen.

III. Besonders schwerer Fall des Totschlags

Hinsichtlich der Frage, ob wegen der Tötung seiner Ehefrau von einem besonders schweren Fall des Totschlags auszugehen ist, hat der BGH für die neue Verhandlung und Entscheidung auf Folgendes hingewiesen.

„Nach der Rspr. des BGH setzt die Annahme eines **besonders schweren Falles des Totschlags** im Sinne des § 212 II StGB voraus, dass das in der Tat zum Ausdruck kommende **Verschulden des Täters außergewöhnlich groß** ist. Es muss ebenso schwer wiegen wie das eines Mörders. Hierfür genügt nicht schon die bloße Nähe der die Tat kennzeichnenden Umstände zu einem gesetzlichen Mordmerkmal. Es müssen vielmehr **schulderhöhende Momente** hinzutreten, die **besonders gewichtig** sind (vgl. nur BGH Urt. v. 19.05.1982 – 1 StR 77/82, NJW 1982, 2264, 2265; Urt. v. 03.12.1980 – 3 StR 403/80, NSZ 1981, 258, 259).

Für den Fall, dass nach dem Ergebnis der neuen Verhandlung ein **strafbefreiender Rücktritt** vom versuchten Tötungsdelikt zum Nachteil der M W zu bejahen sein sollte, wird in diesem Zusammenhang aber zu bedenken sein, dass der **auf die versuchte Tat gerichtete Vorsatz** sowie ausschließlich darauf bezogene Tatbestandsverwirklichungen **nicht strafschärfend berücksichtigt** werden dürfen. Diese Einschränkung gilt indes nicht für Umstände, die sich auf das Tatgeschehen insgesamt beziehen und den Unrechts- und Schuldgehalt auch des vollendeten Delikts charakterisieren (BGH Urt. v. 14.02.1996 – 3 StR 445/95, BGHSt 42, 43, 45 f. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

GG

Schulfähigkeiten eines Grundschulkindes

VerfR

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

Grundrechtsverletzung durch öffentliche Bekanntgabe

(BGH in NJW 2016, 789; Urteil vom 15.09.2015 – VI ZR 175/14)

1. Die öffentliche Bekanntgabe der von einem **namentlich benannten Kind** in der Grundschule gezeigten konkreten Verhaltensweisen und Fähigkeiten beeinträchtigt dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als **Recht auf ungestörte kindgemäße Entwicklung**.
2. Die durch die Preisgabe nicht in die Öffentlichkeit gehörender Lebenssachverhalte bewirkte Persönlichkeitsrechtsverletzung entfällt nicht dadurch, dass sich der Verletzte oder sein Erziehungsberechtigter nach der Verletzung ebenfalls **zu den offenbarten Umständen äußert**.

Fall: Die Kl. wurde nach einem Umzug im Winter 2007 an der Grundschule angemeldet, an der die Bekl. unterrichtete. Die Kl. wurde als hochbegabt eingestuft und nahm probeweise am Unterricht der dritten Klasse teil, um zu testen, ob sie geeignet sei, die zweite Klasse zu überspringen. Die Bekl., die die Klassenlehrerin dieser dritten Klasse war, sprach sich gegen ein Überspringen aus. In der Folge kam es zu Auseinandersetzungen zwischen der Mutter der Kl., der Bekl. und der Schulverwaltung.

Nach ihrem Ausscheiden aus dem Schuldienst im Jahr 2011 verfasste die Bekl. das Buch „H.“. Es erschien im Herbst 2012. Die Bekl. schildert darin auch die Vorgänge um die probeweise Versetzung der Kl. in eine höhere Klasse. Sie führt unter voller Namensnennung unter anderem aus:

„Am 12.11.2007 kam Frau W, damals kommissarische Konrektorin, im Schulflur auf mich zu. Im Hintergrund gewährte ich eine Mutter mit ihrer kleinen Tochter. Diese Mutter war AX (Mutter der Kl.). Ich sah mir das Kind genauer an. Es war ein aufgeschlossenes Mädchen, aber es stellte sich heraus, dass es für ein drittes Schuljahr noch zu unreif war. Die anderen Mädchen waren ihm sozial überlegen, was sie ihrerseits mit Maulereien und Beleidigtsein quittierte. Sie schrieb noch sehr langsam und ungelentk. Beim Lesen hatte sie Mühe, den Sinn zu erfassen, weinte schnell, wenn etwas nicht gleich gelang, wie einen Würfel zu falten und zu kleben. Beim Rechnen wurden mir von der Fachlehrerin auch große Schwierigkeiten genannt, ebenso gab es im Fach Englisch Probleme (...). Am 05.11.2008 erschien in der B. Zeitung ein Artikel unter der Überschrift, Die Frau des Senators sorgt für Streit. Es ging um die schon behandelte, Mächtegernüberspringerin, Tochter von Frau X (...). Ich war ratlos. Sollte es so sein, dass meine Kollegen den reißerischen Presseartikeln Glauben schenkten? (...) Um nun wenigstens an meiner Dienststelle eine Informationsbalance herzustellen, stellte ich für meine Kollegen in kurzen Worten zusammen, worum es eigentlich gegangen war (...) Hier der originale Text: Basisinformationen zum Fall UX (Anmerkung des Senats: Kl.) B., den 09.11.2008: UX kam im November 2007 unrechtmäßig auf Wunsch der Mutter und durch Veranlassung der kommissarischen Rektorin Frau W zur Probe in meine Klasse (...) Daher habe ich mich dagegen gewehrt. Das gefiel dem Schulrat und meiner Schulleiterin nicht, weil sie wohl gerne ihren Fehler, das Kind überhaupt ins 3. Schuljahr gegeben zu haben, vertuschen wollten. Gegenüber der Mutter stellten sie es so dar, als ob ich allein dafür gesorgt hätte, dass das Kind UX wieder ins 2. Schuljahr gehen musste. (...)“

Die Kl. macht geltend, die identifizierende Darstellung ihrer Person als unreife „Pseudo-Hochbegabte“, der es an der erforderlichen Intelligenz und Sozialkompetenz fehle, verletze sie in ihrer Intimsphäre. Nach Ansicht der Bekl. fehlt es an einer Rechtsverletzung der Kl., da der im Buch dargestellte Sachverhalt bereits Gegenstand umfassender Presseberichte gewesen sei. Besteht ein Unterlassungsanspruch?

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen sog. quasinegatorischen Unterlassungsanspruch analog § 1004 I 2 i.V.m. § 823 I BGB haben. Dies setzt voraus, dass die Gefahr besteht, die Verletzung in einem von § 823 I BGB geschützten Recht könnte sich wiederholen oder fortsetzen. In Betracht kommt hier als sonstiges Recht das von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kl.

I. Eingriff in das allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Das vom BVerfG aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG entwickelte allgemeine Persönlichkeitsrecht wird in verschiedenen Ausprägungen gewährleistet.

1. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Hier kommt wegen der Namensnennung der Kl. eine **Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** in Betracht.

„[Das] Recht auf informationelle Selbstbestimmung [gibt] dem Einzelnen die Befugnis ... grundsätzlich selbst darüber zu entscheiden, ob, wann und innerhalb welcher Grenzen **persönliche Lebenssachverhalte offenbart** werden (vgl. Senat, NJW 2014, 2276 = AfP 2014, 325 Rn. 9; NJW 2015, 782 = AfP 2014, 534 [536]; NJW 2015, 776 = VersR 2015, 336 Rn. 9, jew. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Da hier unter Nennung des Namens der Kl. Aussagen über sie getroffen wurden, wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Ausgestaltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen.

2. Recht des minderjährigen Kindes auf ungehinderte Entfaltung

Darüber hinaus schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch das Recht der minderjährigen Kl. auf ungehinderte Entfaltung ihrer Persönlichkeit und ungestörte kindgemäße Entwicklung (vgl. Senat, BGH NJW 2014, 768 Rn. 17 m.w.N.; BVerfGK 8, 173 [175]; BVerfG, NJW 2000, 2191 [2192]; NJW 2003, 3262).

*„Kinder bedürfen eines besonderen Schutzes, weil sie sich erst zu eigenverantwortlichen Personen entwickeln müssen. Ihre Persönlichkeitsentfaltung kann dadurch, dass persönliche Angelegenheiten zum Gegenstand öffentlicher Erörterung gemacht werden, wesentlich empfindlicher gestört werden als die von Erwachsenen (vgl. Senat, BGH NJW 2014, 768 Rn. 17; NJW 2014, 2276; BVerfG NJW 2008, 39 – Esra; BVerfG NJW 2008, 1793). Das Recht jedes Kindes auf **ungehinderte Entwicklung zur Persönlichkeit** – auf „Person werden“ – umfasst dabei sowohl die Privatsphäre als auch die kindgemäße Entwicklung und Entfaltung in der Öffentlichkeit (vgl. BVerfG, NJW 2000, 2191 [2192]). Der konkrete Umfang des Rechts des Kindes auf ungestörte kindliche Entwicklung ist vom Schutzzweck her unter Berücksichtigung der Entwicklungsphasen des Kindes zu bestimmen (BVerfG, NJW 2003, 3262 = AfP 2003, 537).“ (BGH aaO.)*

Die Veröffentlichung der Bekl. führt auch zu einem Eingriff in dieses Recht.

*„Im Zeitpunkt der Veröffentlichung des Buchs befand sich die Kl. in einer **besonders schutzwürdigen Phase ihrer Persönlichkeitsentwicklung**. Sie war zwölf Jahre alt, gerade in die siebte Klasse einer weiterführenden Schule gekommen und befand sich kurz vor oder schon in der Pubertät. Die **Bekanntgabe konkreter, in der Grundschule gezeigter Verhaltensweisen** (Maulereien, Beleidigtsein, Weinen, wenn etwas nicht gelingt) und die konkrete Beschreibung ihrer **angeblich noch unzureichenden Schreib-, Lese- und Rechenfähigkeiten**, die die Bekl. als Beleg für die von ihr behauptete soziale, emotionale und leistungsmäßige Überforderung der Kl. in der dritten Klasse anführt, beeinträchtigen ebenso wie die zusammenfassende, abwertende Bezeichnung der Kl. als „**Möchtegernüberspringerin**“ deren Recht auf ungestörte kindgemäße Entwicklung in erheblichem Maße.“ (BGH aaO.)*

Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Darstellung der Bekl. überhaupt tatsächlich wahrgenommen und in Bezug zur Kl. gesetzt wurde.

*„Denn der **Feststellung konkreter Beeinträchtigungen** für die Persönlichkeitsentfaltung des Minderjährigen oder zu einer Gefährdung seines Wohls **bedarf es** für die Annahme einer Beeinträchtigung des Rechts auf kindgemäße Entwicklung **nicht** (vgl. BVerfGK 8, 173 [176]; BVerfG, NJW 2003, 3262). In diesem Zusammenhang ist weiterhin zu berücksichtigen, dass die von der Bekl. preisgegebenen Informationen über die Kl. auch deshalb einen **gesteigerten Schutz vor einer Bekanntgabe an die Öffentlichkeit** genießen, weil sie von der – sowohl verbeamtete als auch angestellte Lehrer treffenden – **Verschwiegenheitspflicht** umfasst sind (§ 37 BeamStG; vgl. DIJuF-Rechtsgutachten v. 21.03.2012 – J 7250 Sm, JAmt 2012, 266; Schütz/Maiwald, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, § 37 BeamStG Rn. 7, März 2009). Die dargestellten Verhaltensweisen und Fähigkeiten der Kl. hat diese nämlich **im Schulverhältnis gegenüber ihrer Klassenlehrerin, anderen Lehrern oder gegenüber Mitschülern** gezeigt; die Bekl. zu 2 hat Kenntnis von diesen Umständen allein auf Grund ihrer dienstlichen Tätigkeit als Lehrerin erlangt.“ (BGH aaO.)*

II. Rechtswidrigkeit

Bei Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Rahmenrecht wird – anders als bei anderen Rechten – die Rechtswidrigkeit nicht durch den Eingriff indiziert.

*„Wegen der Eigenart des Persönlichkeitsrechts als eines Rahmenrechts liegt seine Reichweite nicht absolut fest, sondern muss erst durch eine **Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange** bestimmt werden, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die betroffenen Grundrechte und Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention interpretationsleitend zu berücksichtigen sind. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt (vgl. Senat, BGHZ 199, 237 = NJW 2014, 2029 = AfP 2014, 135 Rn. 22; NJW 2015, 782 = AfP 2014, 534 [536]).“ (BGH aaO.)*

Hier muss stehen dem durch Art. 2 I, 1 I GG, Art. 8 I EMRK gewährleisteten Interesse der Kl. am Schutz ihrer Persönlichkeit das Recht der Bekl. auf Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG, Art. 10 I EMRK), auf Kunstfreiheit und das von der Bekl. verfolgte Informationsinteresse der Öffentlichkeit gegenüber.

1. Kunstfreiheit, Art. 5 III GG

Die vorbehaltlos durch Art. 5 III GG gewährleistete Kunstfreiheit ist nur dann in Abwägung einzustellen, wenn das Buch der Bekl. hierunter fallen würde.

a) Kunstbegriff

„Der von Art. 5 III 1 GG geschützte Lebensbereich „Kunst“ ist durch die vom Wesen der **Kunst** geprägten, **ihr allein eigenen Strukturmerkmale** zu bestimmen. Wie weit danach die Kunstfreiheitsgarantie der Verfassung reicht und was sie im Einzelnen bedeutet, lässt sich nicht durch einen für alle Äußerungsformen künstlerischer Betätigung und für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen allgemeinen Begriff umschreiben. Die **Schwierigkeit, Kunst zu definieren**, entbindet indessen nicht von der verfassungsrechtlichen Pflicht, bei der konkreten Rechtsanwendung zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des Art. 5 III 1 GG vorliegen und zu diesem Zweck die Grundanforderungen künstlerischer Tätigkeit festzulegen (vgl. BVerfGE 67, 213 [225] = NJW 1985, 261; BVerfGE 75, 369 [377] = NJW 1987, 2661). Dabei ist im Interesse des Schutzes künstlerischer Selbstbestimmung **von einem weiten Kunstbegriff auszugehen** (BVerfGE 67, 213 [225] = NJW 1985, 261; BVerfGE 119, 1 [23] = NJW 2008, 39 – Esra; v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 5 III Rn. 298 f., 301; BeckOK GG/Kempen, 01.06.2015, Art. 5 Rn. 163). Ein Kunstwerk ist jedenfalls dann gegeben, wenn es sich um eine **freie schöpferische Gestaltung** handelt, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das **Medium einer bestimmten Formensprache** zur Anschauung gebracht werden (vgl. BVerfGE 30, 173 [188 f.] = NJW 1971, 1645; BVerfGE 67, 213 [226] = NJW 1985, 261; BVerfGE 75, 369, 377 = NJW 1987, 2661; BVerfGE 119, 1 [20 f.] = NJW 2008, 39 – Esra). Schildert der Autor eines Werks **tatsächliche Begebenheiten** und/oder existierende Personen, kommt es darauf an, ob er diese Wirklichkeit **künstlerisch gestaltet bzw. eine neue ästhetische Wirklichkeit** schafft. Letzteres liegt nahe, wenn der Autor tatsächliche und fiktive Schilderungen vermengt und keinen Faktizitätsanspruch erhebt. Erschöpft sich der Text dagegen in einer **reportagehaften Schilderung eines realen Geschehens** und besitzt er keine zweite Ebene hinter der realistischen Ebene, so fällt er **nicht in den Schutzbereich des Art. 5 III 1 GG** (vgl. Senat, NJW 2008, 2587 = AfP 2008, 385 Rn. 8 – Esra; BVerfGE 119, 1 [20 f., 28 f.] = NJW 2008, 39, 31 [33] – Esra; BVerfG, AfP 2008, 155 = BeckRS 2008, 31428 Rn. 4).“ (BGH aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

Nach diesen Grundsätzen ist das von der Bekl. verfasste Buch nicht als Kunst i.S.d. Art. 5 III 1 GG zu qualifizieren.

„Es handelt sich um einen **reinen Tatsachenbericht**, mit dem die Autorin keine gegenüber der realen Wirklichkeit verselbstständigte ästhetische Wirklichkeit geschaffen oder angestrebt hat. Die Autorin erhebt vielmehr ausdrücklich einen **Faktizitätsanspruch**. In ihrem Vorwort weist sie darauf hin, dass sie in erster Linie Missstände im Schulsystem aufdecken wolle und ausschließliche Geschehnisse in ihr Buch aufgenommen habe, die sich tatsächlich ereignet hätten und die sie belegen könne.“ (BGH aaO.)

Die Bekl. kann sich daher nicht auf die vorbehaltlos gewährleistete Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) berufen.

2. Meinungsfreiheit, Art. 5 I GG

Die Darstellung der Bekl. fällt jedoch ohne weiteres unter den Schutz der Meinungsfreiheit fallen und die Abwägung könnte zu ihren Gunsten ausgehen. Insofern ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen.

„Die Bekl. hätte **ihr Interesse an einer Richtigstellung der angeblich unzutreffenden Zeitungsberichte** und an einer Darstellung der Vorkommnisse an den Schulen in B. dagegen ohne ernstliche Einschränkungen auch dann verfolgen können, wenn sie die **Kl. anonymisiert** hätte (vgl. Senat, NJW 1994, 1281 = GRUR 1994, 394 = AfP 1994, 138 [139]). Entgegen der Auffassung des BerGer. waren die mitgeteilten Informationen über die Kl. auch **nicht bereits vor der Veröffentlichung des Buchs einer breiten Öffentlichkeit bekannt** und prägten die Sicht auf sie. Auf Grund der Berichterstattung in den Medien im November 2008 und Januar 2011 war **allenfalls bekannt** geworden, dass eine Tochter von AX an der Grundschule der Bekl. die **zweite Klasse überspringen** sollte und **die Bekl. dieses Ziel nicht ermöglicht** hat. Nicht bekannt waren hingegen die von der Bekl. im Einzelnen dargestellten schulischen Verhaltensweisen und die Schreib-, Lese- und Rechenfähigkeiten der Kl. Ebenso wenig war ihr voller oder abgekürzter Vorname bekannt geworden. Die identifizierende Darstellung der Kl. im Buch der Bekl. hatte damit entgegen der Auffassung des BerGer. einen **eigenständigen Verletzungsgehalt** (vgl. Senat, NJW 2014, 2276 = AfP 2014, 325 Rn. 22; NJW 1999, 2893 = AfP 1999, 350 [351]).“ (BGH aaO.)

Die Abwägung zwischen dem Interesse der Kl. am Schutz ihrer Persönlichkeit und dem in Art. 5 I GG, Art. 10 I EMRK verankerten Recht der Bekl. auf Meinungsfreiheit fällt zu Gunsten der Kl. aus. Der durch die identifizierende Berichterstattung bewirkte Eingriff in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht ist erheblich.

III. Ergebnis

Da auch eine Wiederholungsgefahr besteht, ist der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegeben.

VereinsG
§ 3 I 1 Alt. 3

Vereinsverbot wegen Unterstützung der Hisbollah Verstoß gegen Gedanken der Völkerverständigung

POR

(BVerwG in DÖV 2016, 395; Urteil vom 16.11.2015 - 1 A 4.15)

Ein Verein richtet sich gegen den **Gedanken der Völkerverständigung** i.S.v. § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 3 GG, wenn er eine Stiftung, die integraler Teil der Hisbollah ist, über einen langen Zeitraum und in beträchtlichem Umfang finanziell unterstützt, ihm die Zugehörigkeit der unterstützten Stiftung zur Hisbollah bekannt ist und er sich mit der Hisbollah einschließlich der von dieser vertretenen, das **Existenzrecht Israels** negierenden Einstellung und deren bewaffneten Kampf identifiziert.

Fall: Der Kläger wurde im Jahre 1997 mit dem Namen "Waisenkindprojekt Libanon" und dem Sitz in Stuttgart gegründet. In der Folgezeit wurde der Sitz des Vereins zunächst nach Göttingen und später nach Essen verlegt. Als Vereinszweck nennt § 2 I der Satzung des Klägers in der Fassung vom 20.06.2013 "die Unterstützung der Familien und Kinder von Kriegsgefallenen, Verstorbenen und Körperbehinderten, vor allem solcher im Libanon". Als weiterer Zweck ist die "Organisation und Schaffung von Nachhilfemöglichkeiten insbesondere für Schüler mit sogenanntem Migrationshintergrund unabhängig vom jeweils besuchten Schultyp" genannt. Diese Ziele sollen laut Satzung durch Patenschafts-, Medizinische und Behindertenprojekte sowie durch die Förderung von Schülern und Studenten und Nachhilfeunterricht verwirklicht werden.

Das Bundesministerium des Innern stellte ohne vorherige Anhörung des Klägers durch Verfügung vom 02.04.2014 fest, dass der Kläger sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung richte. Der Kläger wurde verboten und aufgelöst. Ferner wurde verboten, Ersatzorganisationen für den Kläger zu bilden oder bestehende Organisationen als Ersatzorganisationen fortzuführen sowie das Kennzeichen des Klägers öffentlich zu verwenden und die Internetseite des Klägers zu betreiben. Das Vermögen des Klägers sowie näher bezeichnete Forderungen und Sachen Dritter wurden beschlagnahmt und eingezogen.

Das Bundesministerium des Innern führte zur Begründung aus: Zweck und Tätigkeit des Klägers richteten sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung gemäß Art. 9 II GG, § 3 I 1 HS. 1 Alt. 3 Vereinsgesetz. Er habe über einen langen Zeitraum und in beträchtlichem Umfang - in der Zeit von 2007 bis August 2013 mit einem Gesamtbetrag von 3.296.888,25 € - die in Beirut (Libanon) ansässige Shahid Stiftung finanziell unterstützt. Die Shahid Stiftung betreue Waisenkinder sowie Hinterbliebene von Hisbollah-Kämpfern, die u.a. bei Kampfhandlungen gegen die israelischen Streitkräfte gefallen seien. Sie sei integraler Bestandteil der Hisbollah und flankiere durch ihre Rolle als Hinterbliebenenversorgung die gegen Israel gerichteten gewaltsamen Aktivitäten der Hisbollah. Die Hisbollah ihrerseits bestreite das Existenzrecht Israels, trage Gewalt in das Verhältnis zwischen dem israelischen und dem libanesischen Volk und beeinträchtige so das friedliche Zusammenleben dieser Völker. Das Festhalten der Hisbollah an ihren gegen Israel gerichteten Zielsetzungen und kämpferischen Aktivitäten habe dazu geführt, dass der Rat der Europäischen Union zumindest für den militärischen Arm der libanesischen Hisbollah die Eigenschaft als Terrororganisation bestätigt und sie in die Terrorliste aufgenommen habe. Insgesamt unterstütze der Kläger die Shahid Stiftung als Teil der Hisbollah und damit die auf Vernichtung des Staates Israels gerichtete völkerverständigungswidrige Ausrichtung der Hisbollah. Der Kläger hat gegen die Verbotsverfügung Klage erhoben. Ist das Vereinsverbot rechtmäßig?

I. Rechtsgrundlage für das Vereinsverbot und die Auflösungsverfügung

Rechtsgrundlage ist § 3 I VereinsG i.V.m. Art. 9 II GG. Die Verbotsfolge ergibt sich dabei unmittelbar aus der Verfassung. Allerdings darf ein Verein erst dann als verboten behandelt werden, wenn durch Verfügung der Verbotsbehörde festgestellt ist. Hier kommt eine Missachtung der Gedanken der Völkerverständigung in Betracht.

II. Formelle Voraussetzungen des Vereinsverbots

Hinsichtlich der Zuständigkeit sowie der Form des Vereinsverbots begegnet dieses keinen Bedenken. Fraglich ist jedoch, ob ein verfahrensrechtlicher Fehler deshalb vorliegt, § 28 I VwVfG für belastende Verwaltungsakte wie der hier fraglichen Verfügung grundsätzlich vorsieht, dass der Betroffene vor Erlass Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten muss und diese Anhörung hier unterblieben ist. Allerdings kann nach § 28 II Nr. 1 VwVfG von einer Anhörung abgesehen werden, wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint.

1. Anforderungen an Ausnahmefall

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Vereinsrecht (BVerwG, Beschluss vom 29.01.2013 - 6 B 40.12 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 60 Rn. 19 ff. m.w.N.) genügt es, dass die Verbotsbehörde unter diesen Gesichtspunkten aufgrund der ihr bekannt gewordenen Tatsachen eine sofortige Entscheidung für notwendig halten durfte. Dies wird namentlich in Fällen angenommen, in denen das Unterbleiben einer vorherigen Anhörung damit begründet wurde, dass eine Unterrichtung des betroffenen

Vereins über den bevorstehenden Eingriff vermieden und ihm so **keine Gelegenheit gegeben** werden sollte, sein **Vermögen, verbotsrelevante Unterlagen oder dergleichen dem behördlichen Zugriff zu entziehen**. Ein derartiges Bestreben, einer Verbotsverfügung größtmögliche Wirksamkeit zu verleihen, **rechtfertigt in der Regel das Absehen von einer Anhörung** (BVerwG, Beschluss vom 29.01.2013 - 6 B 40.12 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 60 Rn. 22).“ (BVerwG aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob eine solche Situation hier angenommen werden kann.

„Das Bundesministerium des Innern hat ausweislich der Begründung der angefochtenen Verfügung von einer Anhörung des Klägers deshalb abgesehen, weil es die mit einer solchen Maßnahme **verbundene Unterrichtung des Klägers über den Eingriff vermeiden** und ihm so keine Gelegenheit bieten wollte, das Vereinsvermögen und weitere verbotsrelevante Gegenstände dem behördlichen Zugriff zu entziehen und den Verbots-erfolg zu vereiteln. Hiergegen ist nichts zu erinnern.“ (BVerwG aaO.)

Nicht erforderlich ist, dass insofern eine konkrete Gefahr vorliegt sowie Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass der Betroffene bei vorheriger Unterrichtung Vereinsvermögen tatsächlich beseitigen wird.

„Bei der Beurteilung, ob Gefahr im Verzug im Sinne dieser Bestimmung vorliegt, ist von einer **ex-ante-Sicht** auszugehen, d.h. maßgeblich ist, wie **sich die Situation im Zeitpunkt der Entscheidung für die für die Entscheidung zuständigen Amtsträger darstellt**. Der objektiven Notwendigkeit steht demgemäß nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur sogenannten Anscheinsgefahr der Fall gleich, dass die Behörde aufgrund der gegebenen Umstände ein sofortiges Handeln für geboten halten durfte (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 28 Rn. 53).“ (BVerwG aaO.)

Auch ergeben sich aus dem Grundrecht der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 I GG keine über § 28 VwVfG hinausgehenden Anhörungsgebote.

„Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit wird **nicht** dadurch **gefährdet**, dass ein Verein unter den Voraussetzungen des § 28 II VwVfG ohne vorherige Anhörung mit einem Verbotsausspruch belegt werden kann. Denn dem Verein steht der **Rechtsweg offen**, der effektiven Rechtsschutz gegen eine rechtswidrige oder zu Unrecht für sofort vollziehbar erklärte Verbotsverfügung bietet (BVerwG, Beschluss vom 03.04.1985 - 1 ER 323/84 - juris Rn. 13).“ (BVerwG aaO.)

Das Unterbleiben der Anhörung führt daher nicht zu einem formellen Fehler der Verfügung. Die Maßnahmen sind formell rechtmäßig.

III. Materielle Voraussetzungen des Vereinsverbots

Es müssen aber auch materiellen Voraussetzungen für ein Vereinsverbot vorliegen, insbesondere müssen die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt und die Maßnahme verhältnismäßig sein.

1. Vorliegen der objektiven Voraussetzungen des Verbotstatbestandes

Nach Art. 9 II Alt. 3 GG sind Vereinigungen dann verboten, wenn sie sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten. Zwar ist das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 I GG ein **Deutschengrundrecht**, allerdings gelten die unmittelbaren Verbotstatbestände des Art. 9 II GG auch für **Ausländervereine** durch den Verweis des § 3 I 1 VereinsG auf diese. Insofern wird dies durch § 14 I 1 VereinsG unmittelbar klargestellt. Es kommt daher auf die Staatsangehörigkeit der Vereinsmitglieder nicht an.

a) Begriff des Gedankens der Völkerverständigung

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG Urteile vom 03.12.2004 - 6 A 10.02 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 41 = juris Rn. 18; vom 24.02.2010 - 6 A 7.08 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 53 Rn. 44 und vom 18.04.2012 - 6 A 2.10 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 56 Rn. 13 ff.) richtet sich eine Vereinigung dann objektiv gegen den Gedanken der Völkerverständigung, wenn ihre **Tätigkeit** oder ihr **Zweck geeignet** ist, den **Gedanken der Völkerverständigung zu beeinträchtigen**. Ein Verein richtet sich ...dann gegen den Gedanken der Völkerverständigung, wenn sein Zweck oder seine Tätigkeit der **friedlichen Überwindung der Interessengegensätze von Völkern zuwiderläuft**. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn Gewalt in das Verhältnis von Völkern hineingetragen und insbesondere **zur Tötung von Menschen aufgefordert** wird (BVerwG, Gerichtsbescheid vom 08.08.2005 - 6 A 1.04 - juris Rn. 26 und Urteil vom 25.01.2006 - 6 A 6.05 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 44 Rn. 15). In einem solchen Fall ist es für die Erfüllung des objektiven Verbotstatbestandes **nicht erforderlich**, dass der **Verein selbst Gewalt ausübt**. Der objektive Tatbestand kann auch dann erfüllt sein, wenn ein Verein eine **Gruppierung unterstützt**, die ihrerseits durch Ausübung von Gewalt das friedliche Miteinander der Völker beeinträchtigt (BVerwG, Urteil vom 03.12.2004 - 6 A 10.02 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 41 = juris Rn. 18) bzw. das **Existenzrecht eines Staates** vor dem Hintergrund eines Konflikts zwischen zwei Völkern in der Weise **verneint**, dass er **zu dessen gewaltsamer Beseitigung aufruft**

(BVerwG, Gerichtsbescheid vom 08.08.2005 - 6 A 1.04 - juris Rn. 26) und hierdurch mittelbar zu der gegen den Gedanken der Völkerverständigung gerichteten Zwecksetzung oder Tätigkeit beiträgt.

Die Erfüllung des Verbotstatbestandes setzt **nicht** voraus, dass die Unterstützungsleistung **unmittelbar den militärischen oder terroristischen Teilen einer Gewalt ausübenden Organisation** zugutekommt (BVerwG, Urteil vom 03.12.2004 - 6 A 10.02 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 41 = juris Rn. 60). Der objektive Verbotstatbestand kann vielmehr auch dann erfüllt sein, wenn die deren **Sozialvereinen** zugewandten Gelder zweckentsprechend für soziale Zwecke eingesetzt werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der **soziale Flügel der betroffenen Organisation nicht von dem militärischen (terroristischen) und politischen Bereich der Organisation getrennt** werden kann, so dass sich eine Unterstützung der der Organisation zuzuordnenden sozialen Einrichtungen angesichts des Charakters der Organisation als einheitliches Netzwerk auch als Unterstützung ihres militärischen Handelns darstellt. In diesem Fall kann die humanitäre Zwecksetzung der Hilfeleistung nicht isoliert betrachtet werden. Das **soziale Engagement** ist der betroffenen Organisation zuzurechnen, da es einen Beitrag zur **Akzeptanz der Organisation** in der Bevölkerung leistet, was wiederum die **Rekrutierung von Aktivisten** erleichtert, die sich an gewalttätigen Handlungen beteiligen (BVerwG, Urteile vom 03.12.2004 - 6 A 10.02 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 41 = juris Rn. 37 und vom 18.04.2012 - 6 A 2.10 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 56 Rn. 14).

Findet eine solche **Unterstützung über einen langen Zeitraum und in beträchtlichem Umfang** statt, liegt darin eine **schwerwiegende, ernste und nachhaltige Beeinträchtigung des Gedankens der Völkerverständigung** (BVerwG, Urteil vom 18.04.2012 - 6 A 2.10 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 56 Rn. 14). Eine **aggressiv-kämpferische Vorgehensweise** ist daneben und zusätzlich **nicht erforderlich** (Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 3 VereinsG Rn. 96). Die Völkerverständigungswidrigkeit muss aber, um ein Verbot rechtfertigen zu können, den Charakter des Vereins prägen (BVerwG, Urteil vom 14.05.2014 - 6 A 3.13 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 62 Rn. 54).“ (BVerwG aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

Der Kläger müsste bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe die objektiven Voraussetzungen des Verbotstatbestandes erfüllen. Diese Erfüllung könnte darin zu sehen sein, dass er über einen langen Zeitraum und in beträchtlichem Umfang die Hisbollah dadurch unterstützt, dass er der Shahid Stiftung im Libanon, die integraler Teil der Hisbollah ist, im Zeitraum von 2007 bis August 2013 einen Geldbetrag in Höhe von 3.296.888,25 € zukommen ließ.

„Die **Hisbollah** ("Partei Gottes", auch: Hizb Allah, Hezbollah, Hizbullah) ist damit als **völkerverständigungswidrige Organisation** anzusehen, weil sie das Existenzrecht des Staates Israel offen in Frage stellt und zu dessen gewaltsamer Beseitigung aufruft.[wird ausgeführt] Die Hisbollah trägt zudem Gewalt in das Verhältnis zwischen dem israelischen und dem palästinensischen Volk hinein, indem sie mit der **Hamas**, die nach den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteile vom 03.12.2004 - 6 A 10.02 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 41 und vom 18.04.2012 - 6 A 2.10 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 56) **ihrerseits als eine völkerverständigungswidrige Organisation** anzusehen ist, zusammenarbeitet und diese finanziell und militärisch unterstützt.

Die von dem Kläger unstreitig finanziell unterstützte **Shahid Stiftung** ("Märtyrer-Stiftung") ist der Hisbollah auch als deren **integraler Teil** zuzurechnen. Sie ist sowohl nach ihrem eigenen Verständnis als auch dem Selbstverständnis der Hisbollah **Teil des untrennbaren Gesamtgefüges dieser Organisation**, das neben diesem sozialen einen politischen und einen militärischen Bereich umfasst. Die Tätigkeit der Shahid Stiftung zielt darauf ab, durch das **Inaussichtstellen sozialer Absicherung der Hinterbliebenen der sogenannten "Märtyrer"** (also Hisbollah-Kämpfer, die im Kampf gegen die Gegner der Hisbollah oder als Attentäter ums Leben kamen) die Bereitschaft zu militärischem oder terroristischem Kampf zu wecken und zu stärken. Die Shahid Stiftung will durch ihre den Familien der getöteten Hisbollah-Kämpfer gewährten Hilfen die **Bereitschaft zum bewaffneten Kampf erhalten oder steigern**.“ (BVerwG aaO.)

Diese Erwägungen sind auch vor dem Hintergrund der von Art. 4 I GG vorbehaltlos gewährleisteten kollektiven Religions- und Weltanschauungsfreiheit nicht einzuschränken.

„Zur Religionsfreiheit gehört auch die **religiöse Vereinigungsfreiheit**, für deren Gewährleistung sich Art. 4 I, II GG auf Art. 140 GG, Art. 137 II WRV bezieht (BVerfG, Beschluss vom 05.02.1991 - 2 BvR 263/86 - BVerfGE 83, 341 [354 f.]). Die Gewährleistung der religiösen Vereinigungsfreiheit umfasst die Freiheit, aus gemeinsamem Glauben sich zu einer Religionsgemeinschaft zusammenzuschließen und zu organisieren. Mithin greift ein **gegen eine Religionsgemeinschaft gerichtetes Betätigungsverbot** in den Schutzbereich der religiösen Vereinigungsfreiheit ein. Wegen der in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 VII WRV vorgenommenen Gleichstellung der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften gilt Entsprechendes für die zuletzt genannten Vereinigungen (BVerwG, Urteil vom 25.01.2006 - 6 A 6.05 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 44 Rn. 10).

Es ist bereits zweifelhaft, ob der Kläger die Voraussetzungen einer Religionsgemeinschaft erfüllt, weil der Vereinssatzung des Klägers nicht entnommen werden kann, dass sich der Verein der **allseitigen**

Erfüllung der durch ein gemeinsames Bekenntnis gestellten Aufgaben widmet (vgl. zu dieser Anforderung: BVerwG, Urteil vom 25.01.2006 - 6 A 6.05 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 44 Rn. 11). Selbst wenn der Kläger als eine Religionsgemeinschaft (oder Weltanschauungsgemeinschaft) anzusehen wäre, würde dies die **Anwendung der Verbotsgründe des Art. 9 II GG nicht ausschließen**. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteile vom 25.01.2006 - 6 A 6.05 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 44 Rn. 12 und vom 14.05.2014 - 6 A 3.13 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 62 Rn. 31) finden die **Verbotsgründe des Art. 9 II 2 GG auch auf die verfassungsrechtlich geschützten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften Anwendung**. Der schwerwiegende Eingriff des Verbots einer religiösen Vereinigung ist jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn er bei der Abwägung mit den Verfassungsgütern, die mit dem Verbot geschützt werden sollen, **nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unerlässlich** ist (BVerfG, Kammerbeschluss vom 02.10.2003 - 1 BvR 536/03 - NJW 2004, 47; BVerwG, Urteile vom 25.01.2006 - 6 A 6.05 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 44 Rn. 12 und vom 14.05.2014 - 6 A 3.14 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 31 Rn. 31).

Auch wenn bei der Bewertung von Zweck und Tätigkeiten des Klägers der Schutz berücksichtigt wird, den die religiöse Vereinigungsfreiheit verleiht, erfüllt der Kläger den Verbotstatbestand des Art. 9 II GG. Denn die **Beeinträchtigung des Gedankens der Völkerverständigung** erweist sich hier als **so gewichtig**, dass auch mit Blick auf den besonderen Rang der religiösen und weltanschaulichen Vereinigungsfreiheit die jeweilige Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft verboten werden kann.“ (BVerwG aaO.)

2. Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des Verbotstatbestandes

Der Kläger müsste auch die subjektiven Voraussetzungen des Verbotstatbestandes des § 3 I 1 Alt. 3 VereinsG i.V.m. Art. 9 II Alt. 3 GG erfüllt haben.

„Ihm waren die **Umstände bekannt**, die wegen seiner finanziellen Zuwendungen an die Shahid Stiftung den Vorwurf der Unterstützung der Hisbollah begründen. Er hat sich zudem mit der Hisbollah und der von dieser propagierten **Negierung des Existenzrechts Israels** sowie mit den von ihr ausgehenden Gewalttaten identifiziert. [wird ausgeführt] Der Senat ist auch davon überzeugt, dass sich der Kläger mit der Hisbollah einschließlich der von ihr vertretenen das Existenzrecht Israels negierenden Einstellung und der durch sie ausgeübten Gewalt **identifiziert**. [wird ausgeführt]“ (BVerwG aaO.)

3. Verhältnismäßigkeit

a) Verhältnismäßigkeit als Tatbestandsvoraussetzung

„Nach der **ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts** (BVerwG, Urteile vom 05.08.2009 - 6 A 3.08 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 50 Rn. 86 f.; vom 18.04.2012 - 6 A 2.10 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 56 Rn. 75; vom 19.12.2012 - 6 A 6.11 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 59 Rn. 56; vom 14.05.2014 - 6 A 3.13 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 62 Rn. 70 und Beschluss vom 29.01.2013 - 6 B 40.12 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 60 Rn. 34;) ist aufgrund der durch Art. 9 II GG vorgegebenen Regelungsstruktur (vgl. dazu: BVerfG, Beschluss vom 15.06.1989 - 2 BvL 4/87 - BVerfGE 80, 244 [253 f.]) den Anforderungen des **verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf der Tatbestandsseite der Norm**, das heißt bei der Prüfung Rechnung zu tragen, ob die Voraussetzungen eines Verbotstatbestandes vorliegen. Für Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit auf der Rechtsfolgenseite des Verbotstatbestandes des § 3 I 1 VereinsG i.V.m. Art. 9 II GG ist demnach kein Raum mehr.“ (BVerwG aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

„Letztlich kann aber dahinstehen, ob die Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot bereits daraus folgt, dass ein Verbotstatbestand im Sinne von Art. 9 II GG erfüllt ist, so dass sich **unmittelbar aus der Verfassung ergibt**, dass die dahingehende **Feststellung der Verbotsbehörde nicht unverhältnismäßig sein kann**. Denn auch wenn die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einer besonderen Prüfung unterzogen wird, erweisen sich das Verbot und die Auflösung als verhältnismäßig. Es ist insbesondere nicht erkennbar, dass die mit dem Verbot und der Auflösung verfolgten **Zwecke durch weniger belastende und gleich wirksame Maßnahmen erreicht** werden könnten. Auch ein Verbot, der Hisbollah zuzurechnenden Sozialvereinen Spendengelder zuzuweisen, kam nicht als milderes Mittel in Betracht. Dies ergibt sich schon daraus, dass sich der Kläger mit den Zielen der Hisbollah identifiziert, so dass die schwer beherrschbare Gefahr bestanden hätte, dass er weiterhin die der Hisbollah zuzuordnende Shahid Stiftung oder eine andere in deren Gesamtgefüge stehende Einrichtung finanziell unterstützt.

Art. 11 I EMRK und die dort gewährleistete Vereinigungsfreiheit gebieten keine abweichende Auslegung oder Anwendung des § 3 I VereinsG i.V.m. Art. 9 II GG. Selbst wenn das Verbot des Klägers ein Eingriff in die Ausübung seines Rechtes auf Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK darstellen würde, wäre dieser Eingriff nach Vorstehendem hier **im Sinne von Art. 11 II EMRK gerechtfertigt** (vgl. BVerwG, Urteil vom 19.12.2012 - 6 A 6.11 - Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 59 Rn. 61).“ (BVerwG aaO.)

IV. Ergebnis

Die Maßnahmen waren rechtmäßig.

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
§ 1922

Digitaler Nachlass
Vererbbarkeit des Zugangs zu sozialen Netzwerken

ErbR

(LG Berlin in MDR 2016, 165; Urteil vom 17.12.2015 – 20 O 172/15)

Fall: Die Klägerin ist die Mutter der am 03.12.2012 im Alter von 15 Jahren verstorbenen ..., im Folgenden: Erblasserin. Die Klägerin war zu Lebzeiten der Erblasserin deren gesetzliche Vertreterin und ist nunmehr Erbin.

Die Beklagte betreibt unter der URL www...com das soziale Netzwerk ... Die ... -Dienste werden durch die ... mit Sitz in den USA - sowie der Beklagten - mit Sitz in Irland - erbracht. Die Beklagte stellt ihren Nutzern die technische Infrastruktur zur Verfügung, wodurch diese mit anderen Nutzern über das Internet kommunizieren und Inhalte austauschen können (sog. Software-as-a-Service-Dienst). Am 04.01.2011 registrierte sich die Erblasserin im Alter von 14 Jahren bei dem Dienst der Beklagten und unterhielt zuletzt unter dem Nutzernamen „...“ einen entsprechenden Account.

Am Abend des 03.12.2012 verunglückte die Erblasserin unter bisher ungeklärten Umständen tödlich. Die Klägerin hoffte, über den Account ihrer Tochter etwaige Hinweise über mögliche Absichten oder Motive ihrer Tochter für den Fall zu erhalten, dass es sich bei dem Tod der Erblasserin um einen Suizid handelte. Dies war ihr jedoch nicht möglich, da das Benutzerkonto der Erblasserin am 09.12.2012 durch die Beklagte in den sog. Gedenkzustand versetzt wurde. Der Gedenkzustand bewirkt, dass ein Zugang zu dem Benutzerkonto nicht mehr möglich ist. Bei Eingabe der korrekten Zugangsdaten erscheint nunmehr ein Hinweis auf den Gedenkzustand.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Gedenkzustandsrichtlinie unwirksam sei. Als Erbin stehe ihr ein Zugangsanspruch zu.

I. Zugehörigkeit des der Daten zum digitalen Nachlass

„Der steht ein Anspruch auf Zugang in das Benutzerkonto „...“ ihrer verstorbenen Tochter aus dem auf sie im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 BGB **übergegangenen Nutzungsvertrag** mit der Beklagten zu. Zwar kann an die Erben nicht das Eigentum an den Servern übergehen, weil diese nicht im Eigentum der Erblasserin standen. Allerdings hatte die Erblasserin aufgrund eines Vertrages mit der Beklagten, das Recht, auf diese Server zuzugreifen, und dieses Recht ist zusammen mit dem bestehenden Vertragsverhältnis auf die Erben der Erblasserin übergegangen. Auch dieses **Vertragsverhältnis ist Vermögen im Sinne des § 1922 BGB**. Ein weiterer sachenrechtlicher Bezug bzw. eine Materialisierung der Kommunikationsinhalte ist für die Vererbbarkeit von Ansprüchen aus Verträgen nicht erforderlich.“

Bei dem zwischen der Beklagten mit der Erblasserin geschlossenen Vertrag zur Nutzung der ...-Dienste handelt es sich um einen **schuldrechtlichen Vertrag mit miet-, werk- und dienstvertraglichen Elementen** (vgl. Bräutigam, MMR 2012, 635, 649). Dass keine Geldleistung vom Nutzer geschuldet wird, steht der schuldrechtlichen Natur nicht entgegen (vgl. Brinkert/Stolze/Heidrich, Der Tod und das soziale Netzwerk, ZD 2013, 153, 154). Die sich **aus diesem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten**, mithin auch das Recht, Zugang zu dem Nutzerkonto zu haben, sind im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 BGB auf die [Erbin] übergegangen, denn das **Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge gilt auch für die höchstpersönlichen Daten im digitalen Nachlass des Erblassers** (vgl. Groll, aaO., Rn. 12; Steiner/Holzer, Praktische Empfehlungen zum digitalen Nachlass, ZEV 2015, 262, 263; Pruns, Keine Angst vor dem digitalen Nachlass!, Erbrechtliche Grundlagen - Alte Probleme in einem neuen Gewand?; NWB 2013, 3161, 3167; Klas/Möhrike-Sobolewski, Digitaler Nachlass - Erbenschutz trotz Datenschutz, NJW 2015, 3473, 3474; Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, S. 5, 16 Rn. 1, 51, 55 f, die eine gesetzliche Änderung des TKG fordert), insbesondere auch in Bezug auf die Vertragsverhältnisse mit sozialen Netzwerken wie ... (vgl. Herzog, Der digitale Nachlass - ein bisher kaum gesehenes und häufig missverständliches Problem, NJW 2013, 3745, 3747 ff).

Eine **unterschiedliche Behandlung des digitalen und des „analogen“ Nachlasses** lässt sich nicht rechtfertigen und würde dazu führen, dass Briefe und Tagebücher unabhängig von ihrem Inhalt vererblich wären, E-Mails oder private ...-Nachrichten hingegen nicht (vgl. Groll, aaO., Rn. 12; Steiner/Holzer, ZEV 2015, 262, 263). Im Übrigen muss auch ein Vermieter dem Erben den Zugang zur Wohnung des Erblassers verschaffen, ohne zuvor die Wohnung nach persönlichen und vermögensrechtlichen Gegenständen zu durchsuchen (Herzog, aaO., S. 3750; Brisch/Müller ter Jung, Digitaler Nachlass - Das Schicksal von E-Mail und De-Mail-Accounts sowie Mediacenter-Inhalten, CR 2013, 446, 449).“ (LG Berlin aaO.)

II. Vererblichkeit

„Die Vererblichkeit des schuldrechtlichen Verhältnisses zwischen der Erblasserin und der Beklagten ist **nicht wegen besonderer Personenbezogenheit des Nutzungsvertrages ausgeschlossen**. Zwar kann die Vererbbarkeit eines schuldrechtlichen Verhältnisses entsprechend dem Gedanken des § 399 1. Alt. BGB ausgeschlossen sein, wenn sein Inhalt in einem solchen Maße auf die Person des Berechtigten oder des Verpflichteten zugeschnitten ist, dass bei einem **Subjektwechsel die Leistung in ihrem Wesen verändert** würde (Leipold in Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl., Bd. 9, § 1922 Rn. 21; Groll, aaO., Rn. 47). Hintergrund dieser Regelung ist, dass von der Natur des Schuldverhältnisses her ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners bestehen kann, **nur an eine bestimmte Person leisten zu müssen**, ein beliebiger Gläubigerwechsel also unzumutbar erscheint (vgl. Roth in Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl., Bd. 2, § 399 Rn. 2). Die Nutzer nehmen ... bei der Beklagten **kein persönliches Vertrauen in Anspruch** (vgl. Martini, Digitaler Nachlass und postmortaler Persönlichkeitsschutz im Internet, JZ 2012, 1145, 1147; Bräutigam, DAV-Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zum Digitalen Nachlass, S. 55). Aus diesem Grunde kann sich die Beklagte auch nicht darauf berufen, dass auch die **analoge Welt Vorschriften zur Geheimhaltung gegenüber dem Erben** kennt (z.B.: die Einsichtnahme in die Krankenpapiere eines Verstorbenen - BGH, NJW 1983, 2627; das anwaltliche und notarielle Beratungsgeheimnis - § 42 a II S. 1 BRAO, § 18 I, II 2. HS BnotO; das Archivgeheimnis § 5 II S. 1 BArchG).“ (LG Berlin aaO.)

StVG
§ 7

Begriff des Kraftfahrzeugs
Undichtigkeit von Schlauchmaterial eines Tanklastwagens

HaftungsR

(BGH in r + s 2016, 143; Urteil vom 08.12.2015 – VI ZR 139/15)

1. Werden beim Entladen von Heizöl aus einem Tanklastwagen wegen einer Undichtigkeit des zur Schlauchtrommel des Wagens führenden Verbindungsschlauches die Straße und das Hausgrundstück des Bestellers beschädigt, ist das dem Betrieb des Kraftfahrzeuges zuzurechnen (Abgrenzung zum Senatsurteil vom 23.05.1978 - VI ZR 150/76, BGHZ 71, 212 ff.).
2. Das Entladen von Öl aus einem Tanklastwagen mittels einer auf ihm befindlichen Entladevorrichtung gehört zum "Gebrauch" des Kraftfahrzeuges (Anschluss an Senatsurteil vom 26.06.1979 - VI ZR 122/78, BGHZ 75, 45 ff.). Diese Auslegung steht mit der 1. und 5. KH-Richtlinie in Einklang.

BGB
§ 2079

Testamentsanfechtung wegen Übergehens
Kein neues Testament trotz späterer Heirat

ErbR

(KG in MDR 2016, 217; Beschluss vom 10.11.2015 – 6 W 54/15)

Setzt der Erblasser vor seiner Heirat seine Tochter als Alleinerbin eines Grundstücks ein und ermittelt das Gericht unter Würdigung der Umstände den Willen des Erblassers, dass er auch nach der Eheschließung an diesem Testament festhalten wollte, ist das Testamentsanfechtungsrecht der späteren Ehefrau ausgeschlossen.

„Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) ist deswegen begründet, weil bei unstreitigem Vorliegen der Voraussetzungen des § 2079 BGB für **eine Testamentsanfechtung wegen Übergehens der Beteiligten zu 2) als späterer Ehefrau im Testament das Anfechtungsrecht der Beteiligten zu 2) gem. § 2079 S. 2 BGB ausgeschlossen ist, da anzunehmen ist, dass der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde. Diese Überzeugung gewinnt der Senat daraus, dass der Erblasser, obwohl er sich mit der Möglichkeit seines Todes beschäftigte, in Kenntnis der Umstände, d.h. der Stellung seiner Ehefrau als gesetzlicher Miterbin neben seiner Tochter, der Beteiligten zu 1), sowie seines abweichenden Testamentes, **gleichwohl kein neues Testament abfasste**, vielmehr zusätzlich Überlegungen zu dem Grundstück X-Straße anstellte, die er nur mit seiner Tochter absprach, ohne seine Ehefrau in diesem Zusammenhang ebenfalls auf die Umsetzung seines Willens zu verpflichten. Die Beteiligte zu 2) trägt selbst nicht vor, dass der Erblasser vorhatte, sie in einem neuen Testament als seine (Mit-)Erbin zu bedenken. Sie verweist lediglich darauf, dass der Erblasser wünschte, sie als seine Ehefrau solle die beiden Wohnungseigentumshälften der Wohnungen y-Straße in ... Berlin erhalten ... Die Beteiligte zu 2) behauptet auch nicht, dass dem Erblasser sein Testament aus dem Jahr 2005 nicht mehr in Erinnerung gewesen ist.“ (KG aaO.)**

BGB
§§ 434, 325 V 2

Erheblichkeit des Fehlens einer vereinbarten Beschaffenheit
Hilfslinie bei Rückfahrkamera

SR BT

(OLG Hamm in BeckRS 2016, 02116; Urteil vom 09.06.2015 – 28 U 60/14)

Fall: Die klagende Firma bestellte im März 2012 beim beklagten Autohaus einen Mercedes Benz, Typ CLS 350 CDI zum Preis von circa 77.500 €, unter anderem mit den Sonderausstattungen Rückfahrkamera (400 €), aktiver Park-Assistent inklusive Parktronic (730 €) und Command APS (2.620 €). In einer der Klägerin vor dem Verkauf überlassenen Verkaufsbroschüre ist in Bezug auf die Rückfahrkamera ausgeführt, dass sie sich automatisch beim Einlegen des Rückwärtsganges einschalte, den Fahrer beim Längs- und Quereinparken unterstütze und dass statische und dynamische Hilfslinien dem Fahrer Lenkwinkel und Abstand anzeigen würden. Nach der Auslieferung des Fahrzeugs beanstandete der Geschäftsführer der Klägerin, dass die aktivierte Rückfahrkamera im Display des Commandsystems keine Orientierungslinien anzeige und erhielt die Auskunft, dass die Fahrzeuelektronik keine Anzeige von Hilfslinien ermögliche. Einen von der Beklagten angebotenen Servicegutschein in Höhe von 200 € lehnte die Klägerin ab und erklärte den Rücktritt vom Fahrzeugkauf. Zu Recht?

Die Klägerin hat gegen die Beklagte gemäß §§ 437 Nr. 2, 323, 346, 434 BGB Anspruch auf Rückabwicklung des am 29.03./16.04.2012 geschlossenen Kaufvertrages, mit dem sie von der Beklagten den streitgegenständlichen Pkw zum unstreitig auf 80.069,15 € brutto erhöhten Kaufpreis erworben hat.

I. Vorliegen eines Sachmangels

„Der streitbefangene D war und ist **mangelhaft im Sinne von § 434 BGB**, weil er - was zwischen den Parteien unstreitig ist - bei Übergabe an die Klägerin auf dem Display des als Sonderausstattung mitbestellten Comand-Systems bei eingeschalteter Rückfahrkamera **keine dynamischen und statischen Hilfslinien** anzeigt, obwohl diese Funktion der Sonderausstattung Rückfahrkamera in dem - vor Vertragsschluss ausgegebenen und Grundlage des Kaufentschlusses der Klägerin gewordenen - **Verkaufsprospekt** bzw. der Preisliste des Herstellers **als vorhanden angegeben** war.

In dem Fehlen der Hilfslinien liegt ein **Sachmangel im Sinne von § 434 I 1 BGB**; das Fahrzeug weist deswegen eine vereinbarte Beschaffenheit nicht auf.

Grundsätzlich sind beim **Fahrzeugkauf alle im Bestellschein und der Annahmeerklärung aufgeführten Eigenschaften des Fahrzeugs ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarungen** im Sinne von § 434 I 1 BGB (Reinking/Eggert: Der Autokauf, 12. Auflage, Rn. 416, 2440). Vorliegend ergibt sich allerdings aus der in der Auftragsbestätigung vom 16.04.2012 enthaltenen Aufzählung der bestellten Zusatzausstattung Rückfahrkamera und Comand-APS nicht, welche konkreten Eigenschaften diese Sonderausstattung nach den Vorstellungen der Parteien haben sollte. Um das bestimmen zu können, müssen die Begleitumstände des Einzelfalles ausgewertet werden. Dabei sind die **Angaben des Verkäufers**, aber auch - auf den Erwartungshorizont des Kunden erkennbar Einfluss nehmende - (Modell-)Beschreibungen **in vor Vertragsschluss überlassenen Prospekten** (so beispielsweise BGH in NJW 2011,2872) oder Preislisten zu berücksichtigen, wenn sie vom Kunden der Bestellung zur Grunde gelegt worden sind.

Vorliegend haben dem Geschäftsführer der Klägerin vor Vertragsschluss die Preisliste sowie die Verkaufsbroschüre des Herstellers vorgelegen. Diese **Unterlagen verweisen ausdrücklich** darauf, dass die Sonderausstattung Rückfahrkamera es in Zusammenschau mit der Sonderausstattung Comand-System dem Fahrer ermöglicht, nicht nur durch das Bild der Rückfahrkamera den Raum hinter dem D in den Blick zu nehmen, sondern außerdem durch Anzeigen der **statischen und dynamischen Hilfslinien** Abstände zu Hindernissen und die Fahrzeugposition in der Umgebung besser einzuschätzen. Wählt der Kunde diese kosten-trächtige Zusatzausstattung gezielt aus, zeigt sich daran, dass es ihm auf die beschriebenen Funktionen ankommt.

In der Gesamtschau ergibt sich, dass sich die Soll-Beschaffenheit des Fahrzeugs im Streitfall nach den jedenfalls konkludent in den Vertrag einbezogenen, publizierten Angaben zu der Sonderausstattung, wie sie in der Preisliste/dem Verkaufsprospekt zu finden sind, richten sollte.“ (OLG Hamm aaO.)

II. Nacherfüllungsfrist

„Eine Frist zur Nacherfüllung (§ 323 I BGB) musste die Klägerin der Beklagten **nicht setzen**. Unabhängig davon, dass die Klägerin aufgrund des Schreibens des Kundencenters der Fahrzeugherstellerin vom 14.02.2013 annehmen durfte und musste, dass der **Mangel einer Nacherfüllung nicht zugänglich** sein würde, hat die Beklagte durch ihr vorprozessuales Verhalten, aber auch durch ihren Schriftsatz vom 28.02.2014 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie eine **Nacherfüllung aus Kostengründen nicht vornehmen wolle und deshalb ablehne**, § 439 III 1 BGB.“ (OLG Hamm aaO.)

III. Erheblichkeit des Mangels

„Insbesondere stellt sich das Fehlen der Anzeige der Hilfslinien **nicht als unerheblich** im Sinne von § 323 V 2 BGB dar.

Die in diesem Zusammenhang vorzunehmende **einzelfallbezogene Abwägung der Interessen der Vertragspartner** (s. auch BGH in NJW 2014, 3229) führt vorliegend dazu, dass zulasten der - für die behauptete Geringfügigkeit des Mangels darlegungs- und beweisbelasteten - Beklagten von einem erheblichen Mangel auszugehen ist.

Nach inzwischen ständiger **Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes** (vgl. nur Urteil vom 06.02.2013 in NJW 2013, 1365 und Urteil vom 17.02.2010 in NJW - RR 2010, 1289) **indiziert der Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung** in der Regel die Erheblichkeit der - in der Lieferung der mangelhaften Kaufsache liegenden - **Pflichtverletzung**. Das ist im Streitfall nicht anders: **Die bewusste Entscheidung für eine teure Zusatzausstattung** durch die Klägerin lässt ohne weiteres den Schluss darauf zu, dass gerade die nach dem Inhalt der vor Vertragsschluss überlassenen Unterlagen verbundenen Funktionen der Zusatzausstattung für die Wahl der Käuferin maßgebliches Gewicht gehabt haben. Das steht grundsätzlich der Annahme entgegen, das vollständige oder teilweise Fehlen der Funktionen habe nur geringfügige Bedeutung. Umstände, die die Indizwirkung entkräften könnten, sind nicht auszumachen.

Dabei kommt es im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung im vorliegenden Fall **nicht maßgeblich** auf die **Höhe der Mängelbeseitigungskosten**, sondern auf das **Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung** an.

Dabei ist **nach ständiger Rechtsprechung bei behebbaren Mängeln** im Rahmen des § 323 V 2 BGB regelmäßig auf die Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten abzustellen (s. dazu nur BGH in NJW 2014, 3229). Anderes gilt, wenn der Mangel nicht oder nur mit hohen Kosten behebbare ist; dann kommt es vornehmlich auf das **Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung** an (BGH in NJW 2011, 2872). Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass hier eine Konstellation vorliegt, in der der **Mangel zwar behebbare** ist, wegen der hierfür erforderlichen **besonders hohen Kosten** aber ausnahmsweise auf den **Umfang der Funktionsbeeinträchtigung** abzuheben ist. Die durch die fehlenden Hilfslinien bestehende Funktionseinschränkung der Rückfahrkamera ist nicht als geringfügig anzusehen. [wird ausgeführt]“ (OLG Hamm aaO.)

BURIG

Vollurlaubsanspruch

ArbeitsR

§ 4

Mehr als sechsmonatiges Bestehen des Arbeitsverhältnisses

(BAG in DB 2016, 539; Urteil vom 17.11.2015 – 9 AZR 179/15)

1. Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis am 30.06. eines Kalenderjahres endet, scheidet i.S.d. § 5 I Buchst. c BURIG stets in der ersten Hälfte des Kalenderjahres mit der Rechtsfolge aus dem Arbeitsverhältnis aus, dass er nach erfüllter Wartezeit lediglich Anspruch auf anteiligen Urlaub hat.
2. Wird ein Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 01.07. eines Jahres begründet, kann der Arbeitnehmer in diesem Jahr nach § 4 BURIG keinen Vollurlaubsanspruch erwerben. (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)

BGB

Nachweis des Eigentums am Fahrzeug

SachenR

§ 1006 I

Nicht durch Eintrag in der Zulassungsbescheinigung

(OVG Saarlouis in NJW 2016, 344; Beschluss vom 28.08.2015 – 1 A 5/15)

Das **Eigentum** an einem Kraftfahrzeug ergibt sich **weder aus Teil I noch aus Teil II der Zulassungsbescheinigung**.

Fall: Bei dem Beigel. wurde auf Veranlassung des beklagten Landespolizeipräsidiums ein Fahrzeug sichergestellt. Der Kl. begehrte mit seiner Klage die Verpflichtung des Bekl., das Fahrzeug an ihn statt an den Beigel. herauszugeben. Er sei Eigentümer des Fahrzeugs, der Beigel. habe es unterschlagen. Zum Nachweis seiner Eigentümerstellung legte der Kl. die Zulassungsbescheinigung Teil II, eine auf ihn lautende Versicherungspolice sowie einen Bescheid über die Festsetzung der Kfz-Steuer vor.

Das VG Saarlouis (Urt. v. 25.11.2014 – 6 K 1999/13, BeckRS 2015, 54671) hat die Klage abgewiesen, weil dem Kl. ein Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs nicht zustehe. Dieser habe nach § 24 I 1 und 2 SaarlPolG eine Berechtigung nicht glaubhaft machen können. Vielmehr spreche die Eigentumsvermutung des § 1006 I 1 BGB zu Gunsten des Beigel., der im Zeitpunkt der Sicherstellung Gewahrsamsinhaber des Fahrzeugs gewesen sei. Zu Gunsten des Kl. greife auch nicht die Regelung des § 1006 I 2 BGB ein.

„Nach der maßgeblichen Vorschrift des § 24 I 1 SaarlPolG ist eine polizeilich sichergestellte Sache, sobald die Voraussetzungen für die Sicherstellung weggefallen sind, an denjenigen herauszugeben, bei dem sie sichergestellt worden ist. Ist die Herausgabe an diesen

– aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen – nicht möglich, kann die sichergestellte Sache nach Satz 2 der Vorschrift an einen anderen herausgegeben werden, der seine Berechtigung glaubhaft macht. Im vorliegenden Fall war der Beigel. im Zeitpunkt der Sicherstellung Gewahrsamsinhaber des Fahrzeugs. Nach der Rechtsfolge des § 24 I 1 SaarlPolG ist das Fahrzeug daher an ihn herauszugeben. Eine Berechtigung des Kl. i.S.v. § 24 I 2 SaarlPolG hat dieser nicht glaubhaft gemacht.

Die Berechtigung des Beigel. beruht auf der **Eigentumsvermutung des § 1006 I 1 BGB**. Da der Beigel. im Zeitpunkt der Sicherstellung **Besitzer** des Fahrzeugs war, wird **vermutet**, dass er **Eigentümer der Sache** und damit Berechtigter sei.

Diese Vermutung ist fallbezogen **nicht widerlegt**. Zwar dürfen wegen der Unzuverlässigkeit des Schlusses vom Besitz auf das Eigentum an die Widerlegung der Vermutung keine hohen Anforderungen gestellt werden. Auch bei Zubilligung von Beweiserleichterungen in derartigen Fällen müssen jedoch zumindest Umstände bewiesen werden, die das Eigentum des Gegners der Vermutung – hier also des Kl. – wahrscheinlicher erscheinen lassen als das Eigentum des im Zeitpunkt der Sicherstellung gegenwärtigen Besitzers, oder die die vom Besitzer behaupteten Erwerbstatsachen – hier also der Kauf des Fahrzeugs – widerlegen (s. hierzu BVerwG, NJW 2003, 689).

Der **Beigel.** hat das Fahrzeug – unstreitig – am **25.06.2012 bei dem Autohaus R in K. gekauft** und das **Eigentum daran erworben**. Damit sind die vom Beigel. vorgetragenen Erwerbstatsachen nicht widerlegt.

Dass der **Kl. in der Folgezeit das Eigentum an dem Fahrzeug erlangt** habe, ist nicht wahrscheinlicher als dass der Beigel. auch noch im Zeitpunkt der Sicherstellung Eigentümer des Fahrzeugs war.

Zum **Beleg seiner Berechtigung** verweist der Kl. in erster Linie darauf, dass er am 04.10.2012 in die Zulassungsbescheinigung Teil I und Teil II eingetragen worden sei und diese Dokumente in Besitz habe. Diese Argumentation verfängt jedoch nicht. Denn weder der **Eintrag in der Zulassungsbescheinigung** noch der Besitz der Zulassungsbescheinigung belegt das Eigentum am Fahrzeug. Die Zulassungsbescheinigung Teil I (vormals Fahrzeugschein) dient lediglich als Nachweis dafür, dass das betreffende Fahrzeug zugelassen ist (Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl., § 11 FZV Rn. 8).

Ebenso wenig ergibt sich das Eigentum am Kraftfahrzeug aus der Eintragung in der Zulassungsbescheinigung Teil II (vormals Fahrzeugbrief), da diese lediglich dokumentiert, auf welche Person ein Kraftfahrzeug zugelassen ist; aus der Eintragung kann daher weder zwingend auf den Halter noch auf den Eigentümer geschlossen werden, da die Zulassungsbehörde die zivilrechtliche Rechtslage nicht prüft (Hentschel/König/Dauer, § 12 FZV Rn. 13; KG, NZV 2008, 93 Ls. = BeckRS 2007, 14694 und NJOZ 2008, 4080 (jew. für den Fahrzeugbrief)).

Die **fehlende Eignung der Zulassungsbescheinigung Teil I und Teil II zum Nachweis des Eigentums** am Kraftfahrzeug geht auch aus den Dokumenten selbst hervor. Denn in beiden Dokumenten ist unter C 4 c amtlich vermerkt, dass der Inhaber der Zulassungsbescheinigung nicht als Eigentümer des Fahrzeugs ausgewiesen wird.

Entgegen der Ansicht des Kl. folgt seine Eigentümerstellung auch nicht aus seiner Behauptung, die **Steuern und die Versicherung für das Fahrzeug** bezahlt zu haben. Denn hierbei handelt es sich um Verpflichtungen, die typischerweise dem Halter des Fahrzeugs obliegen.“ (OVG Saarlouis aaO.)

BGB
§ 366

Leistung eines Vorschusses
Nachträgliche Tilgungsbestimmung

ZivilR

(OLG Köln in NJW 2016, 252; Urteil vom 11.06.2015 – 8 U 54/14)

1. Der Schuldner kann sich die eigentlich bereits mit der Leistung zu treffende **Verrechnungsbestimmung vorbehalten**, indem er bei Zahlung einen Verrechnungsvorbehalt erklärt.
2. Ein solches Vorgehen enthält das **Angebot auf Abschluss eines Vertrags**, mit dem der Schuldner zu einer erst nach Leistung erfolgenden Verrechnungsbestimmung ermächtigt wird; dieser Vertrag wird durch die **Entgegennahme der Zahlung stillschweigend angenommen**.
3. Will der Gläubiger in diesem Fall das Bestimmungsrecht zum Erlöschen bringen, muss er den Schuldner **auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist von seinem Recht Gebrauch zu machen**.

StGB
§ 303

Sachbeschädigung durch Graffiti
Zuordnung eines Tag

StR BT

(LG Potsdam in ZMR 2016, 339; Beschluss vom 02.06.2015 – 24 Qs 110/14)

1. In der Graffiti-Szene gilt die Regel, dass ein **Tag-Schriftzug nur von einem Graffiti-Sprüher benutzt** wird und daher individuell zugeordnet werden kann. Ein Tag-Schriftzug hat daher einen ähnlichen **Beweiswert wie eine individuelle Unterschrift**.
2. Lässt sich ein Tag – etwa aus früheren Verfahren – einem bestimmten Sprayer zuordnen, so kann er ihm **auch in weiteren Fällen zugeordnet** werden, solange keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dieser Tag auch von einem anderen Sprayer verwendet wird oder dass der Tag verkauft worden ist.

Fall: Mit der Anklageschrift vom 02.06.2014 hat die Staatsanwaltschaft Potsdam den Angeschuldigten gemeinschaftlich begangene Sachbeschädigung in Tateinheit mit Störung öffentlicher Betriebe zur Last gelegt, indem sie in der Nacht vom 09. auf den 10.11.2011 einem gemeinsam gefassten Tatplan folgend jeweils vier Wagen der an den Bahnsteigen 5 und 6 abgestellten Regionalzüge RB 18961 und 18963 der Deutschen Bahn AG mit Graffitizeichnungen besprüht haben; durch das Eindringen von Sprühfarbe in die Türschlösser der beiden Wagenparks hätten die Führerstände der betroffenen Züge nicht betreten werden können, so dass sie abgeschleppt werden mussten. Insgesamt sei ein Schaden in Höhe von 3.302,49 € entstanden. Das Amtsgericht Nauen hat die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt. Zu Recht?

I. Voraussetzungen für Beschluss über Eröffnung der Hauptverhandlung

„Nach § 203 StPO beschließt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn der Angeschuldigte nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens **einer Straftat hinreichend verdächtig** erscheint. Hinreichender Tatverdacht ist anzunehmen, wenn die **Verurteilung** in einer Hauptverhandlung **bei vorläufiger Tatbewertung** auf der Grundlage des Ermittlungsergebnisses mit vollgültigen Beweismitteln **wahrscheinlich** ist (BGHSt 23, 304 [306]; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 14.08.2006 – 1 Ws 166/06; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 203 Rn. 2).

Bei seiner Prüfung hat das Gericht die **Beweislage vorläufig zu bewerten**. Dabei ist das Gericht gehalten, seine Beurteilung einerseits aufgrund des gesamten Ermittlungsergebnisses vorzunehmen, andererseits aber auch die besseren Aufklärungsmöglichkeiten der Hauptverhandlung in Rechnung zu stellen (OLG Koblenz, NJW 2013, 98 [OLG Koblenz 18.09.2012 - 2 Ws 712/12]). Bei dieser Entscheidung bleibt daher **für den Zweifelssatz in dubio pro reo kein Raum** (Meyer-Goßner/Schmitt, aaO., § 203, Rn. 2 m.w.N.). Bei **ungefähr gleicher Wahrscheinlichkeit** von Verurteilung und Nichtverurteilung ist das **Hauptverfahren zu eröffnen**, wen zweifelhafte Tatfragen in der Hauptverhandlung geklärt werden und zu einer die Verurteilung tragenden tatsächlichen Grundlage führen können (OLG Stuttgart NStZ-RR 2011, 318 [OLG Stuttgart 12.04.2011 - 5 Ws 6/11]; OLG Koblenz, NJW 2013, 98; Meyer-Goßner/Schmitt, aaO., § 203 Rn. 2).“ (LG Potsdam aaO.)

II. Anwendung auf den Fall

Nach diesem Prüfungsmaßstab ist betreffend die Angeschuldigten ein hinreichender Tatverdacht für die hier in Rede stehende Straftat gegeben.

„Die Ermittlungen haben ergeben, dass durch die hier gegenständliche Tat auf die abgestellten Bahnzüge die **Tag-Schriftzüge** der Angeschuldigten aufgebracht worden sind. In der Graffiti-Szene gilt die Regel, dass ein Tag-Schriftzug nur von einem Graffiti-Sprüher benutzt wird und daher **individuell zugeordnet** werden kann, LG Berlin, Urteil vom 11.08.2005, (524) – 21 Ju Js 783/03 (35/05). Im Graffiti-Jargon ist das „Tag“ ein **Signaturkürzel des Graffiti-Sprühers** und stellt sein Pseudonym dar; es wird häufig als Unterschrift verwendet, aber auch als territoriale Markierung **mit dem Ziel, den eigenen Style zu präsentieren** und in einem bestimmten Gebiet besonders präsent zu sein und so Bekanntheit (Fame) zu erreichen (vgl. Wikipedia-Eintrag zum Graffiti-Jargon <http://de.wikipedia.org/wiki/Graffiti-Jargon>).

Lässt sich ein **Tag** – etwa aus früheren Verfahren – **einem bestimmten Sprayer zuordnen**, so kann er ihm **auch in weiteren Fällen zugeordnet** werden, solange keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dieses Tag auch von einem anderen Sprayer verwendet wird oder dass der Tag verkauft worden ist; LG Berlin, Urteil vom 11.08.2005, (524) – 21 Ju Js 783/03 (35/05). Die Kammer **teilt ausdrücklich nicht den Standpunkt**, den das Landgericht Offenburg in seiner – oft zitierten – Entscheidung vom 15.01.2002 vertreten hat, wonach dem **Tag** für die Frage der Täterschaft **lediglich eine Indizwirkung** zukommen soll (LG Offenburg StV 2002, 359). Angesichts der oben geschilderten Gepflogenheiten in Graffiti-Kreisen, die jedenfalls heute im Internet leicht nachzulesen sind, und angesichts der Bedeutung, die dabei dem Tag als individuelle Signatur zukommt, ist sein **Beweiswert mit derjenigen einer individuellen Unterschrift vergleichbar**. Zwar mag es in Einzelfällen vorkommen, dass Tags nachgeahmt und insbesondere die Tags von bekannten Sprayern in Einzelfällen „unberechtigt“ kopiert worden sein können (sogenanntes biten; siehe den Wikipedia-Eintrag zum Graffiti-Jargon, vgl. AG Berlin-Tiergarten vom 01.09.2008 – Gz.: (279 Ds) 3023 PLs 7352/08 (107/08) und AG Nürnberg vom 10.03.2011 – Gz.: 17 C 10279/10, das sich allerdings auf Takes bezieht). Die bisherigen Ermittlungen haben allerdings **keine Anhaltspunkte** dafür ergeben, dass die oben genannten **Individual-Tags** der Angeschuldigten im vorliegenden Fall von anderen Personen nicht nur „unberechtigt“ **gebraucht**, sondern auch in ihrer individuellen optischen Gestaltung (dem Style) nachgeahmt worden sein könnten.“ (LG Potsdam aaO.)

StGB
§ 52

**Konkurrenzverhältnis
Besitz und Führen einer Schusswaffe**

StR AT

(BGH in NStZ 2016, 159; Beschluss vom 20.10.2015 – 4 StR 343/15)

Fall: Der Angekl. reiste in etwa im Februar 2011 nach Deutschland ein, um – dieses Mal als Mittäter – an einem (weiteren) Überfall auf einen Juwelier in M mitzuwirken. In der von ihm sodann bezogenen Wohnung befand sich eine „scharfe“ Pistole Crvena Zastava 9 mm sowie Munition. Diese verwendete der Angekl. bei dem Überfall auf den Juwelier in M am 14.03.2011 (Fall II. 3. der Urteilsgründe, abgeurteilt als besonders schwerer Raub in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz und Führen einer halbautomatischen Selbstladekurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition) sowie bei drei während der Flucht begangenen Taten, die auf die Erlangung von Fluchtfahrzeugen gerichtet waren (Fälle II. 4. bis 6. der Urteilsgründe; abgeurteilt im Fall II. 4. als versuchter besonders schwerer Raub in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz und Führen einer halbautomatischen Selbstladekurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition und mit räuberischem Angriff auf Kraftfahrer sowie in den Fällen II. 5. und 6. jeweils als besonders schwerer Raub in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz und Führen einer halbautomatischen Selbstladekurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition, im Fall II. 6. in weiterer Tateinheit mit räuberischem Angriff auf Kraftfahrer).

Das LG hat den Angekl. wegen „besonders schweren Raubes in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz und Führen einer halbautomatischen Selbstladekurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition, Beihilfe zum schweren Raub in zwei Fällen, versuchten besonders schweren Raubes in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz und Führen einer halbautomatischen Selbstladekurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition und mit räuberischem Angriff auf Kraftfahrer sowie wegen besonders schweren Raubes in zwei Fällen, jeweils in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz und Führen einer halbautomatischen Selbstladekurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition, davon in einem Fall in Tateinheit mit räuberischem Angriff auf Kraftfahrer“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt.

„Nach der Rspr. des BGH erfährt das **Dauerdelikt des unerlaubten Besitzes einer Waffe** materiell-rechtlich eine Zäsur, wenn der **Waffenbesitzer später einen neuen Entschluss zur Begehung eines Verbrechens mit dieser Waffe fasst**. Das **Dauerdelikt vor und nach dieser Tat ist jeweils selbständig zu beurteilen**. Das Verbrechen selbst steht in Tateinheit mit dem Dauerdelikt des Vergehens nach dem Waffengesetz (BGH, NStZ-RR 1999, 8; vgl. auch LK-StGB/Rissing-van Saan 12. Aufl., § 52 Rn. 33).

Daran gemessen ist es auch im Hinblick auf den bereits vor der Einreise des Angekl. nach Deutschland und der Inbesitznahme der Waffe gefassten **Entschluss zum Überfall auf den Juwelier in M** zwar rechtlich unbedenklich, für diese Tat **Tateinheit zwischen dem Besitz sowie Führen der Waffe und dem besonders schweren Raub anzunehmen**. Da das Dauerdelikt nach dieser Tat aber selbständig zu beurteilen ist, bei oder zwischen den sich unmittelbar an den Überfall auf den Juwelier anschließenden **Überfällen auf Kraftfahrer jedoch der Besitz der Waffe gegenüber dem Führen zurücktritt** und deren „bloßer“ **Besitz nicht festgestellt** ist, kommt diesem bei den Taten zum Nachteil der Kraftfahrer kein gegenüber dem Führen eigenständiger Unrechtsgehalt mehr zu. Für diese Taten **tritt der Besitz daher gegenüber dem Führen der Waffe zurück** (vgl. BGH NStZ 2015, 529 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

(BGH in NSTZ 2016, 149; Beschluss vom 11.06.2015 – 2 StR 186/15)

Fall: Die beiden Angekl. nötigten das Tatopfer, den Inhaber eines italienischen Restaurants, durch (konkludente) Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben dazu, ihnen 20 Kartons Wein zu einem Preis von 450 Euro abzukaufen, obwohl er dies nicht wollte. Feststellungen zum objektiven Wert des verkauften Weines oder zum etwaigen Erlös aus dessen Verkauf hat die StrK nicht getroffen. Sie ist davon ausgegangen, dass – unabhängig hiervon – nach den Grundsätzen des persönlichen Schadenseinschlags ein Vermögensnachteil für das Tatopfer in Höhe des gesamten Kaufpreises entstanden sei. Ein vom Täter zum Kauf einer Ware genötigtes Erpressungsoffer sei auch dann geschädigt, wenn es für die Ware keine sinnvolle Verwendung habe oder sie auch nur nicht verwenden wolle.

„Die Annahme eines Vermögensnachteils begegnet **durchgreifenden rechtlichen Bedenken**. Zwar kann grundsätzlich – unabhängig davon, welchen objektiven Wert eine dem Opfer zugeflossene Gegenleistung hat und ob dadurch im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtsaldierung die durch die eigenen Aufwendungen bewirkte Minderung des Vermögens ausgeglichen wird – ein Schaden nach den **Grundsätzen des subjektiven oder individuellen Schadenseinschlags** angenommen werden (zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit im Allgemeinen BVerfG NJW 2013, 365). Dies kommt nach der Rspr. insbesondere in Betracht, wenn dem Opfer **Mittel entzogen** werden, die für die ordnungsgemäße Erfüllung seiner sonstigen Verbindlichkeiten sowie für eine angemessene Wirtschafts- und Lebensführung **unerlässlich sind**, das Opfer zu **weiteren vermögensschädigenden Maßnahmen** genötigt wird oder das Opfer die **Gegenleistung nicht oder nicht in vollem Umfang** zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise **verwenden kann** (st. Rspr.; BGHSt 16, 321, 331; 23, 300, 301). Anhaltspunkte dafür, dass eine dieser Fallgestaltungen anzunehmen sein könnte, lassen sich den Urteilsgründen nicht entnehmen; vielmehr spricht nach der Lebenserfahrung eher Einiges dafür, dass das Opfer den ihm aufgezwungenen Wein im Rahmen seines Restaurantbetriebs weiterveräußert und dadurch Einnahmen erzielt hat, die als **Kompensation bei der Nachteilsfeststellung** zu berücksichtigen gewesen wären (vgl. BGH StV 1996, 33).

Soweit das LG darüber hinaus meint, ein Fall des **persönlichen Schadenseinschlags** sei auch gegeben, wenn das Opfer die ihm **aufgezwungene Ware nicht verwenden wolle** (so auch Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 29. Aufl., § 253 Rn. 9), trägt auch dies die Annahme eines Vermögensnachteils nicht. Die StrK hat zwar festgestellt, dass das Tatopfer den Wein ursprünglich nicht käuflich erwerben wollte und insoweit durch eine (konkludente) Drohung zu einer nicht gewünschten Handlung genötigt worden ist. Sie hat aber nicht – was darüber hinaus für die Annahme eines Nachteils erforderlich gewesen wäre – belegt, dass der Geschädigte diesen Wein nach dem aufgezwungenen Erwerb auch nicht etwa im Rahmen seines Geschäftsbetriebs verwenden oder anderweit veräußern wollte. Insoweit fehlt es schon am Nachweis der tatsächlichen Voraussetzungen für die vom Landgericht angenommene Fallgruppe.

Im Übrigen stünde der Annahme eines so begründeten Vermögensnachteils Rspr. des BGH entgegen, die in Fällen subjektiven Schadenseinschlags verlangt, bei der Schadensfeststellung den **in dem Erlangen enthaltenen Gegenwert kompensatorisch zu berücksichtigen**, den der Geschädigte mit zumutbarem Einsatz realisieren konnte (vgl. zuletzt m.w.N. BGH StV 2011, 728). Auf die Vorstellungen, Wünsche oder Absichten des Geschädigten kommt es insoweit nicht an. **Betrug schützt** wie auch Erpressung **nicht die Dispositionsfreiheit, sondern das Vermögen**; deshalb ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten, die es ausschließt, die Annahme eines Nachteils allein auf den Umstand zu stützen, der Geschädigte wolle die aufgezwungene Ware – obwohl er es in zumutbarer Weise könnte – nicht verwenden oder weiterveräußern.“ (BGH aaO.)

(BVerwG in BayVBl 2016, 276; Beschluss vom 02.11.2015 – 4 B 32.15)

Bordelle oder bordellähnliche Betriebe sind als in der sozialen und ökonomischen Realität vorkommende Nutzungen eine **Unterart der „Gewerbebetriebe aller Art“** i.S.v. § 8 II Nr. 1 BauNVO.

Die Entscheidung beschäftigt sich mit der Frage, ob ein Bordell als „Gewerbebetrieb aller Art“ i.S.v. § 8 II Nr. 1 BauNVO anzusehen ist oder Bordelle dem Begriff der Vergnügungsstätte i.S.v. § 7 II Nr. 2 BauNVO unterfallen.

„Nach der Rechtsprechung des Senats **sind Bordelle oder bordellähnliche Betriebe „Gewerbebetriebe aller Art“** i.S.v. § 8 II Nr. 1 BauNVO (BVerwG, ZfBR 2014, 574 = BeckRS 2014, 52752 Rn. 10). Ungeachtet der Neubestimmung des Verhältnisses von Vergnügungsstätten und Gewerbebetrieben durch die Vierte Verordnung zur Änderung der Baunutzungsverordnung vom 23.01.1990 (BGBl. I 1990, 127) (dazu BVerwG, Buchholz 406.12 § 4 BauNVO Nr. 4 = NVwZ 1991, 266) hält der Senat insoweit an seinem Urteil vom 25.11.1983 – 4 C 21/83 (BVerwGE 68, 213 [215] = NJW 1984, 1574 = NVwZ 1984, 511 Ls.) fest, dass Bordellbetriebe Einrichtungen sind, für die sich im Hinblick auf die sich aus dem „Milieu“ ergebenden Begleiterscheinungen eher ein **Standort eignet, der außerhalb oder allenfalls am Rande des „Blickfeldes“** und der Treffpunkte einer größeren und allgemeinen Öffentlichkeit liegt und auch nicht in der Nachbarschaft von Wohnungen.

Die Bf. zeigt mit ihrem nicht weiter ausgeführten Hinweis auf abweichende Rechtsprechung (VGH Kassel, BRS 74 Nr. 58 = BeckRS 2009, 34985; OVG Saarlouis, NJOZ 2010, 266 = NVwZ-RR 2009, 727 Ls., und OVG Saarlouis, Beschl. v. 08.01.2014 – 2 A 437/13, BeckRS 2014, 46001) und Literatur (Stühler, BauR 2010, 1013 [1021 f.]; ders., NVwZ 1997, 861 [866 f.]; Schlichter/Friedrich, WiVerw 1988, 199 [209, 225 f.]; Ziegler in Brügelmann, BauGB, Stand: Feb. 2015, § 4 a BauNVO Rn. 74; Knaup/Stange, BauNVO, 8. Aufl. 1997, § 4 a Rn. 51), welche den Beschluss des Senats vom 05.06.2014 (4 BN 8/14, BeckRS 2014, 52752) noch nicht berücksichtigen konnte, keinen Klärungsbedarf auf. Die „Nähe“ von Bordellen und bordellartigen Betrieben zu **anderen Stätten „sexuellen Amüsements“** (so insbes. Stühler, BauR 2010, 1013 [1022]) führt nicht zu einer bauplanungsrechtlichen Gleichbehandlung solcher Einrichtungen. Denn maßgeblich für die Rechtsprechung des Senats ist **nicht die Motivation der Besucher, sondern sind die städtebaulich bedeutsamen Begleiterscheinungen** der Prostitutionsausübung in Bordellen. Hiermit übereinstimmend hat der überwiegende Teil der Rechtsprechung (VGH München, Urt. v. 12.12.2013 – 15 N 12.1020, BeckRS 2013, 59872; VGH Mannheim, BRS 79 Nr. 87 = NVwZ-RR 2012, 431 Ls. = BeckRS 2012, 48456; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.11.2005 – OVG 10 S 3/05; OVG Hamburg, NordÖR 2009, 453 = BeckRS 2009, 38900; OVG Koblenz, BRS 69 Nr. 35 = BeckRS 2005, 26865) und der Literatur (Schiller in Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 1635; Stock in König/Roeser/Stock, BauNVO, 3. Aufl. 2014, § 8 Rn. 22; BeckOK BauNVO/Kämper, Stand 01.09.2015, § 9 Rn. 40; BeckOK BauNVO/Mampel/Schmidt-Bleker, Stand 01.03.2015, § 8 Rn. 106; Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand Sept. 2015, § 8 BauNVO Rn. 24 a; Stüer, HdB d. Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 614; Fickert/Fieseler, BauNVO, 12. Aufl. 2014, § 4 a Rn. 23.71; Wolf, Die prostitutive Einrichtung und

ihre Mitarbeiter im öffentlichen Recht – Rechtslage und Perspektiven, 2013, 88; v. Galen, Rechtsfragen der Prostitution, 2004, Rn. 499 f.) bereits vor dem Senat (BVerwG, Beschl. v. 05.06.2014 – 4 BN 8/14, BeckRS 2014, 52752) Bordelle und bordellartige Betriebe als „Gewerbebetriebe aller Art“ i.S.v. § 8 II Nr. 1 BauNVO angesehen.“ (BVerwG aaO.)

VwGO
§ 114 I

Inzidentprüfung eines Bebauungsplans Anfechtungsklage gegen Beseitigungsverfügung

VerwProzR

(VGH München in NVwZ-RR 2016, 135; Urteil vom 22.09.2015 – 1 B 14/1652)

1. Die Inzidentprüfung eines Bebauungsplans im Rahmen einer gegen eine Beseitigungsanordnung gerichteten Anfechtungsklage ist **nach Ablauf der Jahresfrist des § 215 I 1 BauGB** auf die von dieser Vorschrift nicht erfassten Mängel (sogenannten Ewigkeitsmängel) beschränkt.
2. Ein solcher Mangel ist auch das Überschreiten der Ermächtigung aus § 16 I Nr. 1, § 19 BauNVO zur Festsetzung der **Größe der Grundflächen**.

Fall: Die Kl. wandte sich gegen die vom Landratsamt S. verfügten Anordnungen, die an den Südostfassaden der beiden benachbarten, weitgehend baugleichen Einfamilienhäuser auf den Grundstücken Fl.-Nr. m316 und 316/3, Gemarkung G., errichteten je zwei Balkone (Nr. 1) sowie die beiden aufgeständerten, teilweise in den Hangbereich hineinragenden Terrassen zu beseitigen, soweit sie die im Bebauungsplan festgesetzten Baugrenzen überschreiten (Nr. 2). Die Mieter der beiden Einfamilienhäuser wurden zur Duldung der angeordneten Maßnahmen verpflichtet (Nr. 3). Für den Fall, dass die Kl. ihren Verpflichtungen nicht vollständig und unter Beachtung der gesetzten Fristen nachkommt, wurden Zwangsgelder angedroht (Nr. 4). Beide Grundstücke liegen im Bereich des ein reines Wohngebiet festsetzenden Bebauungsplans Nr. 137 i.d.F. vom 02.03.2004, geändert am 08.07.2008 durch den Bebauungsplan Nrn. 137–1 mit Geltung für die beiden streitgegenständlichen Grundstücke. Nach den zeichnerischen Festsetzungen im Bebauungsplan Nrn. 137–1 sind zwei Baufenster von etwa 12 m x 15 m vorgesehen, die sich bis zur Hangkante und damit bis zum Beginn des Geländeabfalls zum W.-Tal erstrecken; unmittelbar anschließend an die Hangkante ist die gesamte Hangfläche als „Fläche für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Natur und Landschaft“ ausgewiesen (Festsetzung A. 9.5: „Die nordwestliche Begrenzung dieser Fläche stellt die ortsbildprägende und zu schützende Hangkante dar“). Nebenanlagen und Einrichtungen i.S.d. § 14 I und II BauNVO sind „nur innerhalb des Baufensters und bis zu einer Maximalfläche von 5 m² pro Grundstück (ausgenommen Garagen) zulässig“ (Festsetzung A. 2.2). Für jedes der beiden Grundstücke wird eine Grundfläche („GR = 92,5“) festgesetzt; zur Festsetzung des Maßes der baulichen Nutzung heißt es in A.3.1: „höchstzulässige Grundfläche z.B. 140 m² (inklusive der Fläche möglicher Balkone)“. In der textlichen Festsetzung zur baulichen Gestaltung Nr. 5.4 (Balkone und Erker) heißt es u.a.: „Balkone und Erker sind außerhalb des Bauraums nur zulässig, soweit sie untergeordnete Bauteile i.S.d. BayBauO darstellen, d.h. wenn ihre Gesamtbreite pro Fassade kleiner als 1/3 Fassadenbreite ist und ihre Tiefe die Baugrenzen um nicht mehr als 1,5 m überschreitet.“ Zwischen den beiden Einfamilienhäusern ist eine 6 m breite private, von Bebauung freizuhaltende Grünfläche festgesetzt, die der Sicherung des Durchblicks zwischen den beiden Gebäuden zur oberen Hangkante hin dient (Festsetzung A. 9.1).

I. Umfang der Inzidentkontrolle

„Die für die hier streitgegenständlichen Beseitigungsanordnungen maßgeblichen **Festsetzungen des Bebauungsplans Nr. 137 i.d.F. des Bebauungsplans Nrn. 137–1 sind inzident auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen**. Keine Rolle spielt dabei, dass die für eine prinzipiale Normenkontrolle geltende Frist des § 47 II 1 VwGO abgelaufen ist (vgl. etwa: VGH Kassel, Ur. v. 15.12.2014 – 3 C 1990/13.N, DVBl 2015, 504 = BeckRS 2015, 42220). Der Umfang der Inzidentkontrolle ist allerdings **eingeschränkt auf die nicht von der Rügepflicht des § 215 I BauGB erfassten**, dort abschließend genannten Fälle der **stets beachtlichen Mängel**, insbesondere also des Verstoßes gegen den

- **Erforderlichkeitsgrundsatz** (§ 1 III 1 BauGB) oder gegen den
- **Bestimmtheitsgrundsatz** sowie im Falle eines
- **fehlerhaften Abwägungsergebnisses** (§ 1 VII BauGB) und des
- **Fehlens jeglicher oder der Überschreitung einer Rechtsgrundlage**.

Denn **§ 215 I BauGB zielt auf eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle nicht nur im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, sondern auch im Rahmen einer bei einer Anfechtungsklage vorzunehmenden inzidenten Prüfung** (Petz in BlnKomm, BauGB, 3. Aufl., Stand: Juli 2014, § 215 Rn. 7 u. § 214 Rn. 23). Die Gemeinde soll nach Ablauf der einjährigen Rügefrist davon ausgehen können, dass der Bestand ihres Bebauungsplans jedenfalls insoweit gesichert ist, als keine stets beachtlichen, nicht von § 215 I BauGB erfassten Mängel des Plans mehr geltend gemacht werden können (vgl. Kuschnerus, Der sachgerechte Bebauungsplan, 4. Aufl., S. 556, 4). Damit wird auch die Möglichkeit einer inzidenten Verwerfung der Norm durch ein Gericht im Interesse der Bestandserhaltung des Bebauungsplans auf beachtliche Rechtsverstöße begrenzt, die auf Dauer seiner Wirksamkeit entgegenstehen (Petz, BlnKomm, BauGB, 3. Aufl., Stand: Juli 2014, § 214 Rn. 27–30, sog. Ewigkeitsfehler).

Mit dem Vortrag der Kl., die Festsetzungen zur Größe der Grundflächen verstießen gegen § 16 III Nr. 1, § 19 BauNVO, behauptet sie ein **Überschreiten der Rechtsgrundlage** und damit einen Verstoß gegen den Typenzwang der Baunutzungsverordnung. Damit steht ein nicht unter § 215 I BauGB fallender, stets **beachtlicher materieller Verstoß** des Bebauungsplans gegen Bundesrecht in Rede.“ (VGH München aaO.)

II. Fehlerfolgen

„Die Unwirksamkeit der Festsetzung Nr. 3.1 führt zur **Gesamtunwirksamkeit der beiden Bebauungspläne**. Ein Bebauungsplan bleibt trotz der Unwirksamkeit einzelner Festsetzungen in seinen nicht betroffenen Teilen nur dann gültig, wenn diese **für sich betrachtet noch eine den Anforderungen des § 1 BauGB entsprechende Regelung** darstellen und wenn die Gemeinde nach ihrem im Planungsverfahren zum Ausdruck gekommenen Willen im Zweifel auch einen Plan dieses eingeschränkten Inhalts beschlossen hätte (BVerwGE 117, 58 = DVBl 2003, 207 = BeckRS 2002, 30283251). Gemessen an diesem Maßstab führt der Mangel bei der Festsetzung der zulässigen Grundfläche zur **Gesamtunwirksamkeit des Bebauungsplans**, weil nicht anzunehmen ist, dass die Ag. den Plan auch als einfachen Bebauungsplan ohne Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung erlassen hätte. Ohne Regelung der Grundfläche wäre keine sinnvolle, dem mutmaßlichen Willen der Beigel. entsprechende städtebauliche Ordnung gegeben (vgl. BVerwGE 133, 377 = DVBl 2009, 1178 = BeckRS 2009, 33211).

Aus der Unwirksamkeit des Bebauungsplans folgt, dass die **Beseitigungsanordnung** vom 12.10.2011 – auch wenn man annehmen wollte, dass die Balkone und Terrassen im Widerspruch zu anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sein sollten – jedenfalls **nach fehlerhafter Ausübung des in Art. 76 1 BayBauO eröffneten Beseitigungsermessens** erfolgt ist, weil von dem Ermessen nicht in einer der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht wurde (§ 114 1 VwGO).

Anders als bei einer Verpflichtungsklage braucht im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen eine Beseitigungsanordnung nicht entschieden zu werden, ob das maßgebliche Baugebiet nach inzidenter Feststellung der Unwirksamkeit des Bebauungsplans nunmehr als Innenbereich (§ 34 BauGB) zu behandeln ist und sich die (ungenehmigten) Bauteile in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen oder – wie der Bekl. meint – das Baugrundstück im Außenbereich liegt, in dem die Bauteile als sonstige Vorhaben möglicherweise öffentliche Belange beeinträchtigen. Diese Fragen wären im Rahmen eines denkbaren Tekturverfahrens, mit dem sich die Kl. um den Erhalt einer Genehmigung für die bislang nicht genehmigten Balkone und Terrassen bemüht, aufzuklären.“ (VGH München aaO.)

BGB
§ 839

Amtshaftung der Justiz
Greifbare richterliche Fehlleistung

ÖffR

(OLG Koblenz in MDR 2016, 328; Urteil vom 07.01.2016 – 1 U 657/15)

1. Versucht eine Familienrichterin zwei Mal eine Ehe durch einen **nicht unterschriebenen** und sodann durch einen **nicht verkündeten Beschluss** zu scheiden, so haftet der Dienstherr (Land) für die entstandenen Anwaltskosten, die durch die **zwei überflüssigen Beschwerdeverfahren**, die jeweils zur Zurückverweisung geführt haben, entstanden sind.
2. Jenseits der Haftung nach § 839 II BGB kann in derartigen Fällen auch eine **Haftung der Mitarbeiter der Geschäftsstelle** nach § 839 I BGB eingreifen, wenn diese auf erkennbare eklatante rechts-, gesetzwidrige Verfahrensweisen nicht hinweisen.

„Der Schadensersatzanspruch des Klägers folgt im vorliegenden Fall aus § 839 I BGB. Das beklagte Land geht selbst davon aus, **dass hinsichtlich des ersten Beschwerdeverfahrens massive Fehler vorlagen** und hat entsprechend die angefallenen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 6.584,98 € dem Kläger erstattet Es hat dies im Wesentlichen damit begründet, **dass Fehler der Mitarbeiter der Serviceeinheit** vorgelegen haben, die dann zu dem entsprechenden Beschwerdeverfahren und damit auch zu den bereits vorgerichtlich ersetzten Kosten geführt haben. Zweifelsfrei ist dieses von dem beklagten Land anerkannte Fehlverhalten **äquivalent kausal auch für das zweite Beschwerdeverfahren** geworden. Bei korrekter Arbeitsweise bereits bei der ersten Entscheidung wäre das zweite Beschwerdeverfahren nicht erforderlich geworden. Schon aus diesem Gesichtspunkt: kausale Verursachung der nunmehr verfahrensgegenständlichen Ersatzansprüche für die Kosten des zweiten Beschwerdeverfahrens, war der Anspruch des Klägers begründet.

Weiterhin gilt, dass **auch im Rahmen des zweiten Versuchs** einer Beendigung der familienrechtlichen Streitigkeit durch das AG ... es **wiederum zu Fehlern der Mitarbeiter der Serviceeinheit** (Geschäftsstelle) kam, die haftungsbegründend sind und ersatzpflichtig machen. Nach dem bereits vorliegenden im höchsten Maße problematischen Verfahrenslauf hätten die Besonderheiten und Auffälligkeiten im Zusammenhang mit der Generierung des zweiten Beschlussentwurfes im Oktober 2012 die Mitarbeiter der Serviceeinheit (Geschäftsstelle) zu entsprechenden Rückfragen, der Äußerung von Bedenken, Remonstration veranlassen können und auch müssen. Zur Überzeugung des Senats **bestand** hier eindeutig eine entsprechende Amtspflicht, als der Beschluss, der den Verkündungstermin festlegte, am Tag dieses Verkündungstermins erst herausgeschickt wurde und auch kein Verkündungsprotokoll zu den Akten gelangt ist. Bei dieser Sachlage war es **Pflicht, die Richterin auf die gegebene (falsche) Sachbehandlung hinzuweisen und rechtmäßiges Handeln anzuregen**. Der Senat ist auch der Überzeugung, dass auf die entsprechenden Vorhalte (Wahrung der Amtspflicht) die Richterin die Sache ordnungsgemäß und rechtmäßig behandelt hätte. Damit liegt unabhängig von § 839 II BGB ein den Schadensersatz begründetes amtspflichtwidriges Verhalten nach § 839 I BGB vor.

Weiterhin gilt, dass im vorliegenden Fall nach den überzeugenden Ausführungen in der obergerichtlichen familienrechtlichen Entscheidung ein **bloßer Beschlussentwurf vorlag**. Als solcher ist dieser frei abänderbar und unterfällt damit grundsätzlich nicht der Privilegierung nach § 839 II BGB. Es liegt gerade kein Urteil und auch kein urteilsvertretenes Erkenntnis vor (hierzu vgl. Stein/Itzel/Schwall, Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts, 2. Aufl., Rn. 634). Zwar ist anerkannt und durchgängige Rechtsauffassung, dass auch **außerhalb dieser Spruchrichtertätigkeit** bei frei änderbaren Entscheidungen die **Haftung wegen der richterlichen Unabhängigkeit eingeschränkt** ist. Es ist in diesem Fall lediglich eine Haftung und Ersatzpflicht für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln gegeben (vgl. nur BGH v. 03.07.2003 – III ZR 326/02, BGHZ 155, 306 ff. = MDR 2003, 1353 f.). Der Senat geht im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung gerade auch des gesamten Ablaufs und der Entscheidungsfindungen sowie unter Beachtung der Ausführungen des Familiensenats des OLG Koblenz davon aus, dass hinsichtlich des zweiten Beschlusses (Beschlussentwurf) **grobe Fahrlässigkeit der handelnden Richterin** deshalb gegeben war, weil sie ohne jedwede Begründung und auch nicht begründbar die Ehe (wiederum) lediglich durch einen Entwurf einer gerichtlichen Entscheidung scheiden wollte.“ (OLG Koblenz aaO.)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§§ 233, 234 III

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Ausnahmen von der Jahresfrist

ZivilProzR

(BGH in VIA 2016, 28, Beschluss vom 21.01.2016 – IX ZA 24/15)

1. Die Ausschlussfrist ist nicht anzuwenden, wenn das **Versäumen der Sphäre des Gerichts und nicht derjenigen des Antragstellers** zuzurechnen ist.
2. Dann verbietet es der **Anspruch** einer Partei **auf ein rechtsstaatliches, faires Verfahren** (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG), die Partei mit ihrem Wiedereinsetzungsantrag wegen Ablaufs der Jahresfrist auszuschließen.
3. Das ist dann der Fall, wenn
 - der Partei eine **fehlerhafte Urteilsausfertigung** zugestellt wurde.
 - das Gericht über einen **rechtzeitig gestellten Prozesskostenhilfeantrag nicht innerhalb eines Jahres entschieden** hat.
 - das Gericht eine **ablehnende Entscheidung über einen Prozesskostenhilfeantrag nicht zugestellt** hat.
 - das Gericht bei einer Partei durch seine Verfahrensweise über einen längeren Zeitraum das **Vertrauen erweckt** hat, der eingelegte **Rechtsbehelf sei zulässig**.
4. Ein nach **Ablauf eines Jahres** nach dem Ende der versäumten Frist gestellter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist auch dann **unzulässig**, wenn die Fristversäumung dadurch verursacht worden ist, dass ein zuzustellendes Schriftstück von der Person, an die eine zulässige Ersatzzustellung erfolgte, **dem Empfänger vorenthalten** wurde.

Fall: Der Schuldner beantragte am 28.01.2010 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen. Im Anhörungsfragebogen des Insolvenzgerichts gab er die Anschrift seiner Mutter, bei der er damals lebte, als seine Wohnanschrift an. Am 30.04.2010 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und ein Prüfungstermin für den 12.07.2010 anberaumt. In der Folgezeit meldeten zahlreiche Gläubiger Forderungen als solche aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung an. Am 22.06.2010 wurde dem Schuldner eine Aufstellung dieser Forderungen mit einer Belehrung über die Rechtsfolgen des § 302 InsO und über die Möglichkeit des Widerspruchs unter der von ihm angegebenen Anschrift durch Übergabe an seine Mutter zugestellt. Am Prüfungstermin vom 12.07.2010 nahm der Schuldner nicht teil. Mit Schreiben vom 27.03.2015 widersprach er gegenüber dem Insolvenzgericht mehreren als Deliktsforderungen angemeldeten Forderungen bezüglich dieser Qualifizierung und beantragte wegen der Versäumung der Widerspruchsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Zur Begründung führte er aus, er habe erst am 13.03.2015 vom Insolvenzverwalter erfahren, dass Deliktsforderungen angemeldet worden seien und er diesen zur Vermeidung der Rechtsfolgen des § 302 InsO widersprechen könne. Seine inzwischen verstorbene Mutter, zu der sein Verhältnis seit Beginn des Insolvenzverfahrens zerrüttet gewesen sei, habe ihm die von ihr entgegengenommenen Unterlagen nicht ausgehändigt. Wird dem Schuldner Wiedereinsetzung gewährt werden?

Der Wiedereinsetzungsantrag müsste zulässig und begründet sein.

I. Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

1. Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

§ 186 I 2 InsO verweist für die Versäumung des Prüfungstermins im Insolvenzverfahren auf § 233 ZPO, so dass der Antrag statthaft ist.

2. Ordnungsgemäße Antragsform

Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der **Form** gestellt werden, welche **für die versäumte Prozesshandlung vorgeschrieben** ist und nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten. Diesen Anforderungen genügt der schriftliche Antrag des Schuldners. an das Insolvenzgericht.

3. Wahrung der Wiedereinsetzungsfrist

Der Wiedereinsetzungsantrag muss gem. § 234 I ZPO innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist von **zwei Wochen** gestellt werden. Auch diese Frist wurde hier eingehalten. Ist allerdings seit dem Ablauf der Frist **mehr als ein Jahr** vergangen, kann die Wiedereinsetzung nach § 234 III ZPO gar **nicht mehr** beantragt werden.

„Wird zur Prüfung der im Insolvenzverfahren angemeldeten Forderungen ein Prüfungstermin durchgeführt, muss ein Widerspruch des Schuldners gegen eine angemeldete Forderung in diesem Termin erfolgen. Die Jahresfrist des § 234 III ZPO endete daher ein Jahr nach dem Prüfungstermin vom 12.07.2010 und war zum Zeitpunkt des Wiedereinsetzungsantrags am 27.03.2015 längst abgelaufen.“ (BGH aaO.)

Hiernach wäre der Schuldner mit seinem Wiedereinsetzungsantrag ausgeschlossen. Fraglich ist jedoch, ob diese Jahresfrist auch dann gilt, wenn dem Schuldner das die Frist **auslösende Schriftstück von einem Dritten vorenthalten** wurde und er deshalb gehindert war, die Wiedereinsetzungshöchstfrist zu wahren.

a) Ausnahmen von der Höchstfrist

„Die **absolute Ausschlussfrist** des § 234 III ZPO soll eine unangemessene Verzögerung des Rechtsstreits verhindern und den **Eintritt der Rechtskraft gewährleisten**. Sie ist mit dem Grundgesetz vereinbar (BVerfG, Beschluss vom 18.12.1972 - 2 BvR 756/71, zitiert nach BGH, Beschluss vom 19.02.1976 - VII ZR 16/76, MDR 1976, 569; vom 24.09.1986 - VIII ZB 42/86, VersR 1987, 256). Es kann aber geboten sein, sie **im Einzelfall ausnahmsweise nicht anzuwenden**, wenn nur so die verfassungsmäßigen Rechte des Antragstellers gewahrt werden können.

Ein solcher Ausnahmefall liegt insbesondere dann vor, wenn das **Versäumen** der Jahresfrist **der Sphäre des Gerichts und nicht derjenigen des Ast.** zuzurechnen ist (BGH, NJW 2013, 1684 Rn. 10; zu § 123 II 4 PatG vgl. BPatG, Beschluss vom 30.01.2014 - 7 W (pat) 13/14, nv Rn. 18). Dann verbietet es der **Anspruch einer Partei auf ein rechtsstaatliches, faires Verfahren** (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG), die Partei mit ihrem Wiedereinsetzungsantrag wegen Ablaufs der Jahresfrist auszuschließen. Das Rechtsstaatsprinzip ist durch die Anwendung des § 234 III ZPO etwa dann verletzt, wenn der Partei eine **fehlerhafte Urteilsaufbereitung** zugestellt wurde (BGH, NJW-RR 2004, 1651, 1653), wenn das Gericht über einen **rechtzeitig gestellten Prozesskostenhilfeantrag nicht innerhalb eines Jahres entschieden** (BGH, NJW 1973, 1373) oder eine **ablehnende Entscheidung über einen Prozesskostenhilfeantrag nicht zugestellt** hat (BGH, NJW-RR 2008, 878 Rn. 15 f), und wenn das Gericht bei einer Partei durch seine Verfahrensweise über einen längeren Zeitraum das **Vertrauen erweckt** hat, der eingelegte **Rechtsbehelf sei zulässig** (BGH, NJW 2011, 522 Rn. 37; BAG NJW 2004, 2112, 2114) oder ein gestellter Wiedereinsetzungsantrag sei begründet (vgl. BVerfG, NJW 2004, 2149, 2150).“ (BGH aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

Im vorliegenden Fall sind die Gründe, derentwegen die Jahresfrist des § 234 III ZPO versäumt wurde, nicht der Sphäre des Gerichts zuzurechnen.

„Das Gericht hat das **Schreiben**, das die Aufstellung der angemeldeten Deliktsforderungen und die nach § 175 II InsO vorgeschriebene **Belehrung** enthielt, dem Schuldner unter der von ihm angegebenen Wohnanschrift durch Übergabe an seine Mutter gemäß §§ 176, 178 I Nr. 1 ZPO **wirksam zustellen** lassen. Der Umstand, dass die Mutter das Schreiben nicht an den Schuldner weiterleitete, **liegt in der Sphäre des Schuldners** und kann nicht dem Gericht zugerechnet werden. Dass der Schuldner das Verhalten seiner Mutter nicht zu vertreten hat, führt allein nicht zur Unanwendbarkeit der Ausschlussfrist des § 234 III ZPO. Diese greift **selbst im Falle höherer Gewalt** ein (vgl. zu der entsprechenden Regelung in § 93 II V BVerfGG: Hömig in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 2015, § 93 Rn. 69 unter Hinweis auf BT-Drucks. 12/3628, S. 13; anders etwa die Regelung in § 60 III VwGO, § 56 III FGO, § 67 III SGG).“ (BGH aaO.)

c) Schutzwürdiges Vertrauen des Gegners

„Die Ausschlussfrist des § 234 III ZPO schützt im Zivilprozess insbesondere das **Vertrauen des Gegners auf den Eintritt der materiellen Rechtskraft** einer Entscheidung. Es wird deshalb vertreten, dass die Ausschlussfrist nicht anzuwenden sei, wenn es an einem solchen schutzwürdigen Vertrauen auf Seiten des Prozessgegners fehlt, etwa weil dieser die **Versäumung der Ausschlussfrist arglistig veranlasst** hat (MüKo-ZPO/Gehrlein, 4. Aufl., § 234 Rn. 15; OLG Stuttgart, NJW-RR 2002, 716, 717). Ob dieser Ansicht zu folgen ist, braucht nicht entschieden zu werden, weil eine solche **Fallgestaltung nicht vorliegt**.“ (BGH aaO.)

ZPO
§ 256**Vorrang der Zulässigkeitsprüfung**
Zulässigkeit kann nicht offen gelassen werden

ZivilProzR

(OLG Düsseldorf in VuR 2016, 157; Urteil vom 18.12.2015 – I-4 U 94/14)

Es ist **nicht möglich**, die **Frage der Zulässigkeit einer Klage nicht zu beantworten** und diese wegen feststehender Unbegründetheit abzuweisen. Schon wegen der Auswirkungen auf die Rechtskraft ergibt sich insoweit ein **absoluter Vorrang der Zulässigkeits- vor der Begründetheitsprüfung**.

Fall: Der Kläger unterhielt bei der Beklagten unter der Versicherungsnummer ...50 spätestens seit dem Jahr 2007 bis Ende 2011 eine Rechtsschutzversicherung. Vereinbart war ein Selbstbehalt in Höhe von 150,00 €. Im Jahr 2007 beteiligte sich der Kläger unter den Teilnehmern 32979 und 32980 mit einem Einlagebetrag von jeweils 15.000,00 € zuzüglich 5% Agio an dem Schiffsfonds „Produktentanker II“. Vermittelt wurde die Beteiligung durch die ...-bank Finanzberatung AG/...-bank AG, die hierfür Rückvergütungen erhielt, über die sie den Kläger jedoch nicht aufklärte. Im Jahr 2012 nahm der Kläger die ...-bank wegen der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten zunächst außergerichtlich auf Rückzahlung der geleisteten Beträge abzüglich erhaltener Ausschüttungen, Zug um Zug gegen Übertragung der Fondsanteile, in Anspruch. Seinen Schadensersatzanspruch bezifferte der Kläger auf 26.600,00 €.

Am 04.09.2012 meldete der Kläger der Beklagten den Sachverhalt als Versicherungsfall und beantragte, ihm für die außergerichtliche Vertretung und ein Gerichtsverfahren in erster Instanz Deckung zu gewähren. Die Beklagte erteilte dem Kläger schließlich mit Schreiben vom 02.07.2013 (Anlage K7, Bl. 36 GA) eine Kostenzusage für die außergerichtliche Tätigkeit seines Rechtsanwalts. In dem Schreiben heißt es unter anderem:

*„Vorsorglich weisen wir darauf hin, dass die Zusage ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt (...)
Vorsorglich weisen wir darauf hin, dass wir nach Abschluss der Sache eine Prüfung unter Schadensersatzgesichtspunkten vornehmen werden (etwaige Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages wegen aussichtsloser Mandatsführung).“*

Mit Kostennote vom 20.08.2013 (Bl. 119 GA) stellte der Klägervertreter dem Kläger für seine außergerichtliche Tätigkeit einen Betrag in Höhe von 1.801,66 €, entsprechend einer 1,8 Geschäftsgebühr nach einem Gegenstandswert von 31.000,00 € nebst Auslagenpauschale und Mehrwertsteuer, in Rechnung. Die Beklagte überwies am 13.09.2013 einen Betrag in Höhe von 1.226,83 € auf das Konto der Klägervertreter, der einer 1,5 Geschäftsgebühr nach einem Gegenstandswert von 26.600,00 € nebst Auslagenpauschale und Mehrwertsteuer abzüglich der vereinbarten Selbstbeteiligung entsprach. Im Juli 2015 glich die Beklagte einen weiteren Betrag in Höhe von 308,09 € aus (Bl. 128 GA).

Mit seiner am 23.09.2013 eingereichten und am 14.10.2013 zugestellten Klage hat der Kläger ursprünglich beantragt, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, aufgrund des Versicherungsscheins Nr. ...50 für den unter ihrer Schaden-Nr. ...195 erfassten Schaden eine Kostendeckungszusage für die außergerichtliche und gerichtliche Tätigkeit zu erteilen. Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 04.11.2013 (Bl. 30 GA) Kostenschutz für ein Gerichtsverfahren in erster Instanz erteilt hat, haben die Parteien den Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt.

Der Kläger beantragt, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, aufgrund des Versicherungsscheins Nr. 02758959 für den unter ihrer Schaden Nr. ...195 erfassten Schaden eine Kostendeckungszusage für die außergerichtliche Tätigkeit zu erteilen. Das LG hat in seinem Urteil die Zulässigkeit offengelassen und die Klage als unbegründet zurückgewiesen. Hält das Urteil einer Prüfung stand.

I. Fehlerhaftigkeit des Urteils wegen Abweisung als unbegründet

Das Urteil könnte schon deshalb fehlerhaft sein, weil das Landgericht die Frage der Zulässigkeit der Feststellungsklage offengelassen und diese als unbegründet abgewiesen hat.

*„Dies durfte das Landgericht nicht offen lassen, weil es **nicht möglich ist**, die **Frage der Zulässigkeit einer Klage nicht zu beantworten** und diese wegen feststehender Unbegründetheit abzuweisen. Schon wegen der Auswirkungen auf die Rechtskraft ergibt sich insoweit ein **absoluter Vorrang der Zulässigkeits- vor der Begründetheitsprüfung** (BGH, Urteil vom 19.06.2000 - II ZR 319/98 -, juris-Rn. 21). Weil der Vorrang der Zulässigkeitsprüfung grundsätzlich auch im Berufungsverfahren gilt, war der Tenor des landgerichtlichen Urteils deshalb wie geschehen klarstellend zu ergänzen. Mag auch in Ausnahmesituationen die Zulässigkeit eines Rechtsmittels, das offensichtlich unbegründet ist, offengelassen werden können, so gilt dies jedenfalls nicht für die Frage, ob die Klage als solche bereits unzulässig war oder nicht (BGH aaO).“* (OLG Düsseldorf aaO.)

II. Zulässigkeit der Feststellungsklage

Die Feststellungsklage setzt voraus, dass die Feststellungsklage nicht als subsidiär zurücktritt und ein Feststellungsinteresse besteht.

1. Subsidiarität der Feststellungsklage

Ein Feststellungsinteresse besteht nach h.M. jedenfalls dann nicht, wenn um ein Rechtsverhältnis gestritten wird und der **Kläger auch sofort Leistungsklage** erheben und damit

einen vollstreckbaren Titel erlangen könnte, da er dann **kein schutzwürdiges Interesse** daran hat, die Gerichte mehrfach mit seiner Angelegenheit zu befassen

„Das Fehlen eines Feststellungsinteresses ergibt sich ... daraus, dass der Kläger ohne Weiteres auf Erteilung einer Kostendeckungszusage hätte klagen können.“ (OLG Düsseldorf aaO.)

Die Feststellungsklage war daher subsidiär.

2. Fehlen eines Feststellungsinteresses

Ein Feststellungsinteresse ist anzunehmen, wenn der Kläger ein schutzwürdiges Interesse daran hat, die Gerichte mit seinem Anliegen zu beschäftigen. Dies ist der Fall, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige **Gefahr der Unsicherheit droht** und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Unsicherheit droht der **Rechtsposition** insbesondere, wenn der **Beklagte** sie **verletzt** oder **ernstlich bestreitet**.

Dem Kläger geht es um die Erteilung einer Deckungszusage.

a) Notwendigkeit einer Deckungszusage

„Eine **Deckungszusage** der Beklagten war für den Kläger ... in dem Moment **überflüssig** geworden, in dem der Anspruch seiner Prozessbevollmächtigten mit der Erteilung der **Kostenrechnung fällig** wurde (vgl. § 10 RVG, Armbrüster in: Prölss/Martin, 29. Aufl. 2015, § 5 ARB 2008/II Rn. 43) und damit die **Kosten für die außergerichtliche Tätigkeit bereits angefallen** waren. Von diesem Moment an richtete sich der Anspruch aus der Rechtsschutzversicherung unmittelbar auf die **Übernahme der Anwaltsvertretung**. Inzwischen hat die Beklagte diesen Anspruch überdies dadurch erfüllt, dass sie die dem Kläger entstandenen außergerichtlichen Kosten -soweit sie berechtigt waren - zum Ausgleich gebracht hat.“ (OLG Düsseldorf aaO.)

b) Erteilung einer Deckungszusage

Der Anspruch könnte jedoch durch Erfüllung schon bei Klageerhebung am 15.10.2013 schon nach § 362 BGB erloschen sein.

„Bei der **Deckungszusage** handelt es sich - wie der Kläger zutreffend ausführt - um ein **deklaratorisches Schuldanerkenntnis**, das den Versicherer mit Einwendungen (etwa mangelnde Erfolgsaussicht, Risikoausschluss) ausschließt, die er zum Zeitpunkt der Abgabe erheben konnte und zumindest aufgrund der ihm vorliegenden Schilderung des Sachverhalts hätte kennen müssen, sofern er nicht mit einem entsprechenden Vorbehalt versehen ist (Armbrüster in: Prölss/Martin, 29. Aufl. 2015, § 17 ARB 2008/II Rn. 10). Eine solche Deckungszusage hatte die Beklagte hier für die außergerichtliche Tätigkeit bereits mit Schreiben vom 02.07.2013 erteilt.

Dass die Beklagte die Deckungszusage „**ohne Anerkennung einer Rechtspflicht**“ geleistet hat, steht dem nicht entgegen. Zwar kann ein Schuldner, der „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ leistet, mit dieser Einschränkung zum Ausdruck bringen wollen, dass er nur bereit ist, **unter Vorbehalt zu leisten** (vgl. BGH VersR 1992, 1028). Dann wäre weiter zu entscheiden, ob der Schuldner in der Weise unter Vorbehalt leistet, dass er dem Leistungsempfänger **für einen späteren Rückforderungsstreit die Beweislast für das Bestehen des Anspruchs** auferlegen lässt, was die Schuldtilgung in der Schwebe lassen und keine Erfüllung im Sinne des § 362 BGB darstellen würde (BGHZ 86, 267, 269, 271), oder ob er - wie es im Allgemeinen der Fall sein wird - mit einem derartigen Vorbehalt die **Erfüllungswirkung des § 362 BGB nicht in Frage stellen** will. Letzteres ist der Fall, wenn der Schuldner lediglich dem Verständnis seiner Leistung als Anerkenntnis entgegengetreten und die Wirkung des § 814 BGB ausschließen, sich also die Möglichkeit offenhalten, das Geleistete gemäß § 812 BGB zurückzufordern (BGH VersR 1992, 1028; BGH NJW 1984, 2826, 2827).“ (OLG Düsseldorf aaO.)

Fraglich ist, ob die Beklagte hier einen Vorbehalt, der der Erfüllung ihrer Leistungsverpflichtung entgegenstünde, erklärt hat. Dies ist durch Auslegung der Erklärungen der Beklagten aus der objektiven Sicht eines verständigen Erklärungsempfängers (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln.

„Gerade angesichts des **Sinn und Zwecks einer Deckungszusage**, dem VN den Rechtsschutz verbindlich zu bestätigen, darf der VN erwarten, dass sein Rechtsschutzversicherer **Gründe, für eine Leistungsverweigerung**, auf die er sich später möglicherweise berufen will, **bei Erteilung der Zusage ausdrücklich benennt**. Schon deshalb konnten die Hinweise im Schreiben der Beklagten nur so verstanden werden, dass sich die Beklagte zwar rechtlich immer noch nicht verpflichtet sah, die Zusage zu erteilen, sie aber trotzdem bindend erteilte [m.w.N.]. (OLG Düsseldorf aaO.)

III. Ergebnis

Mangels Feststellungsinteresse ist die Klage schon nicht zulässig. Das Urteil ist daher fehlerhaft. Es wird jedoch nur im Tenor geändert, da die Klageabweisung letztlich zu Recht erfolgt ist.

(BGH in NStZ 2016, 180, Beschluss vom 12.11.2015 – 2 StR 311/15)

1. War die Öffentlichkeit während der Verhandlung und der Beweisaufnahme nach § 171b II GVG ausgeschlossen, so ist sie nach § 171b III 2 GVG auch **zwingend während der Schlussanträge** auszuschließen.
2. Einen Verstoß hiergegen kann der Angeklagte mit der Revision rügen, **§ 171b V GVG steht dem nicht entgegen.**

Fall: Der Angekl. wurde unter Freisprechung im Übrigen wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes und Besitzes kinderpornographischer Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sieben Monaten verurteilt.

In der Hauptverhandlung, die am 04.12.2014 begann, wurde die Öffentlichkeit während der Dauer der Vernehmung von Zeugen und des Angekl. mehrfach durch Gerichtsbeschluss gemäß § 171 b I 1, II GVG ausgeschlossen. Bei den Schlussanträgen war die Öffentlichkeit hergestellt. Es befanden sich auch Zuhörer im Sitzungssaal. Der Angekl. stützt seine Revision auf die Verletzung von § 171 b III 2 GVG. Zu Recht?

Nach § 337 StPO kann die Revision nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht.

I. Feststellung eines Gesetzesverletzung

Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Hier könnte ein Verstoß gegen § 171 b III 2 GVG vorliegen. § 171b GVG regelt den Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz der Privatsphäre.

1. Kann-Ausschluss

Nach § 171b I GVG kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, **soweit Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich eines Prozessbeteiligten**, eines **Zeugen** oder eines durch eine rechtswidrige Tat (§ 11 I Nr. 5 StGB) Verletzten zur Sprache kommen, deren **öffentliche Erörterung schutzwürdige Interessen verletzen** würde. Die besonderen Belastungen, die für Kinder und Jugendliche mit einer öffentlichen Hauptverhandlung verbunden sein können, sind dabei zu berücksichtigen.

2. Soll-Ausschluss

Nach § 171b II GVG soll die Öffentlichkeit soll ausgeschlossen werden, soweit in Verfahren wegen **Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung** (§§ 174 bis 184h des Strafgesetzbuchs) oder gegen das **Leben** (§§ 211 bis 222 des Strafgesetzbuchs), wegen **Misshandlung von Schutzbefohlenen** (§ 225 des Strafgesetzbuchs) oder wegen Straftaten gegen die **persönliche Freiheit** nach den §§ 232 bis 233a des Strafgesetzbuchs ein **Zeuge unter 18 Jahren vernommen** wird.

3. Umfang des Ausschlusses

Der Ausschluss der Öffentlichkeit gilt herbei nicht nur für die Verhandlung und die Beweisaufnahme, vielmehr sieht § 171b III 2 GVG vor, dass bei einem Ausschluss der Öffentlichkeit nach § 171b II GVG die Öffentlichkeit **auch** ohne gesonderten Antrag eines Beteiligten **für die Schlussanträge** auszuschließen ist.

4. Anwendung auf den Fall

Hier wurde die Öffentlichkeit nach § 171b II GVG für die Dauer der Vernehmung von Angekl. und Zeugen ausgeschlossen, für die Schlussanträge aber wiederhergestellt. Hierin könnte ein Verstoß gegen § 171b III 2 GVG liegen.

„Da Teile der Hauptverhandlung zuvor unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattgefunden haben, wäre indes nach der zwingenden Vorschrift des § 171 b III 2 GVG – auch ohne entsprechenden Antrag – die Öffentlichkeit während der Schlussanträge auszuschließen gewesen. Es liegt daher ein Verstoß gegen § 171 b III 2 GVG vor, der mit Wirkung vom 01.09.2013 durch Art. 2 StORMG (Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs) vom 26.06.2013(BGBl. I S. 1805) eingeführt wurde und der zurzeit der Hauptverhandlung galt.“ (BGH aaO.)

Es liegt daher ein Gesetzesverstoß vor.

II. Anfechtungsbefugnis

Allerdings müsste der Angekl. diesen auch im Rahmen der Revision rügen können. Dem könnte jedoch § 171 b V GVG i.V.m. § 336 S. 2 StPO entgegenstehen. Nach § 171b V GVG sind die Entscheidungen nach den Absätzen 1 bis 4 unanfechtbar.

*„Dies betrifft aber nur die inhaltliche Überprüfung der gerichtlichen Ausschlussanordnung darauf, ob die in § 171 b I, II GVG normierten **tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Ausschluss der Öffentlichkeit** im Einzelfall vorliegen (vgl. zu § 171 b III GVG a. F., BGH Urf. v. 21.02.1989 – 1 StR 786/88, BGHR GVG § 171 b I Dauer 1; BGHSt 57, 273, 275). Damit ist es dem Revisionsgericht zwar verwehrt, die **Begründung** einer nach § 171 b GVG ergangenen Entscheidung **inhaltlich zu überprüfen** (vgl. LR-StPO/Wickern StPO, 26. Aufl., § 171 b GVG, Rn. 25), **nicht gehindert** ist es dagegen, die **generelle Befugnis** für den Ausschluss der Öffentlichkeit während der Verlesung des Anklagesatzes **zu prüfen** (BGH Urf. v. 21.06.2012 – 4 StR 623/11; BGHSt 57, 273, 275).*

***Nichts anderes kann gelten**, wenn nur der Vorsitzende in einem Verfahrensabschnitt vor Anbringung der Schlussanträge (zu diesem Zeitpunkt rechtsfehlerfrei, weshalb eine Beanstandung nach § 238 StPO nicht in Betracht kommt) die **Wiederherstellung der Öffentlichkeit angeordnet** hat und das Gericht – wie vorliegend – weiterverhandelt und überhaupt keine Entscheidung über die Öffentlichkeit des Verfahrens getroffen hat (so schon zutr. BGH Beschl. v. 17.09.2014 – 1 StR 212/14, Beck RS 2014, 19859 – nicht tragend). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das erkennende Gericht **nach dem Gesetzeswortlaut** („ist die Öffentlichkeit auszuschließen“) **keinen Beurteilungsspielraum** hatte. Einer Anfechtbarkeit durch den Angekl. steht auch nicht entgegen, dass die Vorschrift **in erster Linie dem Opferschutz geschuldet** ist. Denn § 171 b GVG dient insgesamt dem Schutz der Privatsphäre, auch des Angekl. als Subjekt des Verfahrens (vgl. BGH aaO). Dies zeigt gerade der vorliegende Fall, in dem u. a. mehrmals die Öffentlichkeit auch auf Antrag des Angekl. ausgeschlossen wurde, weil Umstände aus seinem persönlichen Lebensbereich zur Sprache kommen sollten.“ (BGH aaO.)*

III. Beruhen der Entscheidung auf dem Gesetzesverstoß

Weiterhin müsste die Entscheidung auch auf dem Gesetzesverstoß beruhen

1. Absoluter Revisionsgrund, § 338 StPO

Sollte ein absoluter Revisionsgrund nach § 338 StPO vorliegen, so wäre davon auszugehen, dass das Urteil auch auf dem Verstoß beruht. Hier kommt der absolute Revisionsgrund nach **§ 338 Nr. 6 StPO** in Betracht, der eingreift, wenn das Urteil auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind. Diese Vorschrift ist allerdings bei einer **unzulässigen Erweiterung der Öffentlichkeit nicht anwendbar** ist (vgl. BGH Beschl. v. 17.09.2014 – 1 StR 212/14, Beck RS 2014, 19859 m.w.N.).

2. Relativer Revisionsgrund, § 337 StPO

Es ist daher einzelfallbezogen zu prüfen, ob die Entscheidung auf dem Gesetzesverstoß beruhen kann.

a) Schuldspruch

*„Auf dem dargelegten Verfahrensfehler kann jedoch der Schuldspruch nicht beruhen. Der Senat kann angesichts der insoweit **geständigen Einlassung** des Angekl. und der ansonsten gegebenen **klaren Beweislage ausschließen**, dass der Verteidiger oder der Angekl. in nicht-öffentlichen Schlussvorträgen insoweit **noch Erhebliches hätten bekunden** können. Soweit die StrK dem Angekl. unter Berücksichtigung der übrigen Beweisergebnisse hinsichtlich seiner sexuellen Orientierung nicht gefolgt ist, bleibt der Schuldspruch davon unberührt.“ (BGH aaO.)*

b) Strafmaß

*„Dagegen kann der Ausspruch über die Einzelstrafen und die Gesamtstrafe sowie die Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung auf dem Verfahrensfehler beruhen. Es ist **nicht ausgeschlossen**, dass jedenfalls der Angekl., wäre ihm das **letzte Wort unter Ausschluss der Öffentlichkeit** erteilt worden, Ausführungen gemacht hätte, die die Strafzumessung zu seinen Gunsten beeinflusst hätten.*

*Die Öffentlichkeit wurde in der Hauptverhandlung mehrfach auf Antrag des Angekl. nach § 171 b I GVG ausgeschlossen, weil im Rahmen seiner geständigen Einlassung **Umstände aus seiner Intimsphäre, namentlich seiner Sexualsphäre zur Sprache kamen**. Bereits aus diesem Grund besteht die begründete Annahme, dass der Angekl. über seine Einlassung hinaus in seinem letzten Wort weitere sich zu seinen Gunsten auswirkende Umstände angesprochen hätte, wenn er nicht der besonderen Belastung der öffentlichen Hauptverhandlung ausgesetzt gewesen wäre.“ (BGH aaO.).*

(BSG in BeckRS 2016, 66017; Beschluss vom 17.12.2015 – B 2 U 150/15 B)

1. Für eine Unterschrift in diesem Sinne ist erforderlich, aber auch genügend, dass ein die **Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnender Schriftzug** vorliegt, der individuelle und charakteristische Merkmale aufweist, die die Nachahmung erschweren, sich als **Wiedergabe eines Namens** darstellt und die **Absicht einer vollen Unterschriftsleistung** erkennen lässt.
2. Aus dem **Fehler des Gerichts** kann kein Anspruch auf **weitergehende prozessuale Rechte** folgen als sie das Gesetz vorsieht.
3. Als Prozesshandlung ist die **Klagerücknahme grundsätzlich unwiderruflich und unanfechtbar, selbst wenn sie auf einem durch das Gericht erregten Irrtum beruht**.

Fall: Die Klägerin verfolgt als Hinterbliebene die Ansprüche ihres tödlich verunglückten Ehemanns gegen den beklagten Unfallversicherungsträger.

Die Klägerin zeigte bei der Beklagten den Tod ihres am 18.04.2012 bei einem Unfall auf einer Baustelle verunglückten Ehemanns an. Die Beklagte lehnte mit Bescheid vom 28.11.2012 die Gewährung von Hinterbliebenenleistungen ab, weil der Ehemann zum Unfallzeitpunkt selbstständiger Unternehmer gewesen sei und keine freiwillige Unternehmensversicherung abgeschlossen habe. Der Widerspruch blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 07.02.2013). Die Klägerin hat durch ihre Prozessbevollmächtigte, eine Rechtsanwältin, vor dem SG Klage erhoben und schriftsätzlich den Antrag angekündigt, die Beklagte unter Aufhebung ihrer Bescheide zu verurteilen, der Klägerin Hinterbliebenenleistungen in gesetzlicher Höhe zu erbringen. In der mündlichen Verhandlung hat sie dann abweichend hiervon beantragt, die Beklagte unter Aufhebung ihrer Bescheide zu verurteilen, den Unfall vom 18.04.2012 als Arbeitsunfall anzuerkennen. Das SG hat die Klage als unbegründet abgewiesen (Urteil vom 22.07.2014). Gegen dieses Urteil hat die Klägerin, vertreten durch ihre Prozessbevollmächtigte, Berufung eingelegt und beantragt, das Urteil des SG aufzuheben. Weiterhin hat sie den erstinstanzlich in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag wiederholt. Das LSG hat mit Beschluss vom 23.03.2015 den Antrag auf Prozesskostenhilfe (PKH) abgelehnt, weil eine Klage einer Hinterbliebenen mit dem Ziel der Verurteilung der Beklagten zur Feststellung eines Arbeitsunfalls unzulässig sei. Die Klägerin hat darauf hingewiesen, dass im erstinstanzlichen Verfahren der ursprünglich angekündigte Klageantrag auf Verurteilung zur Gewährung von Hinterbliebenenleistungen gerichtet gewesen sei. Allein aufgrund des Hinweises der Vorsitzenden Richterinnen auf die Unzulässigkeit dieses Antrags sei der Antrag von ihr in der mündlichen Verhandlung geändert worden. Das LSG hat die Berufung ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen (Urteil vom 21.05.2015). Zur Begründung hat es u.a. ausgeführt, die auf Verurteilung der Beklagten zur Feststellung eines Arbeitsunfalls gerichtete Klage sei unzulässig, weil Hinterbliebene - anders als Versicherte - keinen Anspruch auf eine isolierte Vorabentscheidung über das Vorliegen eines Versicherungsfalles durch den Unfallversicherungsträger hätten.

Mit ihrer Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision macht die Klägerin das Vorliegen von Verfahrensmängeln i.S.v. § 160 II Nr. 3 SGG geltend. Sie rügt zum einen die Verletzung des § 153 III SGG, weil das schriftlich abgefasste, mit Gründen versehene Urteil des LSG von der Vorsitzenden nicht mit deren Namen, sondern nur mit einem Namenskürzel unterzeichnet worden sei. Zum anderen rügt sie Verstöße gegen §§ 123, 106 I i.V.m. § 153 I SGG und gegen den aus Art 2 I i.V.m. Art 20 III, Art 19 IV GG und Art 6 II EMRK folgenden Grundsatz des fairen Verfahrens. Das LSG hätte keine Verfahrensnachteile aus der Änderung des Klageantrags herleiten dürfen, weil diese allein auf einen richterlichen Hinweis erfolgt und das Ziel der Klägerin nach wie vor die Gewährung von Hinterbliebenenleistungen gewesen sei.

Das LSG hat in einer Stellungnahme vom 02.09.2015 gegenüber dem BSG erklärt, dass es sich bei der Unterschrift der Vorsitzenden, die handbehindert sei, nicht um ein Namenskürzel, sondern um die Unterschrift handele, die "mal gut und mal weniger gut" gelinge. Auf Nachfrage des Senats hinsichtlich der Umstände der Antragstellung vor dem SG hat die Vorsitzende Richterinnen des SG mit Schreiben vom 05.10.2015 mitgeteilt, sich an den genauen Ablauf der mündlichen Verhandlung nicht mehr erinnern zu können. Wird die Beschwerde Erfolg haben?

Die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 160a SGG hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor, allerdings ist die Beschwerde nur begründet, wenn ein Revisionszulassungsgrund nach § 160 II SGG vorliegt.

Die Revision ist nur zuzulassen, wenn

- die Rechtssache **grundsätzliche Bedeutung** hat oder
- das Urteil von einer Entscheidung des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht (**Divergenz**) oder
- ein **Verfahrensmangel** geltend gemacht wird, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann.

I. Revisionszulassung wegen des Fehlens einer Unterschrift

Nach § 153 III 1 SGG ist das Urteil von den Mitgliedern des Senats zu unterschreiben. Gegen diese Vorgabe könnte hier verstoßen worden sein. Würde das Urteil auf diesem Verfahrensfehler beruhen, so wäre das Urteil aufzuheben.

1. Fehlen der Unterschrift

a) Begriff der Unterschrift

„Für eine Unterschrift in diesem Sinne ist erforderlich, aber auch genügend, dass ein die **Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnender Schriftzug** vorliegt, der individuelle und charakteristische Merkmale aufweist, die die Nachahmung erschweren, sich als **Wiedergabe eines Namens** darstellt und die **Absicht einer vollen Unterschriftsleistung** erkennen lässt. Dieses Erfordernis ist auch erfüllt, wenn der Schriftzug nur flüchtig niedergelegt und von einem starken Abschleifungsprozess gekennzeichnet ist. Auch ein **vereinfachter und nicht lesbarer Namenszug** kann als Unterschrift anzuerkennen sein. Dabei ist von Bedeutung, ob der Unterzeichner **auch sonst in gleicher oder ähnlicher Weise unterschreibt**. Hingegen genügt ein Schriftzug, der nach seinem äußeren Erscheinungsbild eine **bewusste und gewollte Namensabkürzung** (Handzeichen, Paraphe) darstellt, nicht (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 153 Rn. 9, § 134 Rn. 2a, 2b, vgl. auch BSG vom 01.07.2010 - B 13 R 58/09 R - BSGE 106, 254; BGH vom 31.07.2013 - VIII ZB 18/13, VIII ZB 19/13 - NJW 2013, 3451; BFH vom 26.06.2014 - XB 215/13 - BFH/NV 2014, 1568).“ (BSG aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist ob die sich auf der mit Gründen versehenen Urteilsfassung befindenden Schriftzeichen der Vorsitzenden nach diesen Vorgaben eine Unterschrift sind oder lediglich ein Handzeichen darstellen.

„Auch wenn berücksichtigt wird, dass die Unterschriftsleistung der Vorsitzenden durch eine **Behinderung der Hand** erschwert ist, ist eindeutig erkennbar, dass die schriftliche Urteilsfassung **nur mit dem Namenskürzel** und nicht - wie erforderlich - mit dem sonst als Unterschrift verwendeten Namenszug unterzeichnet wurde. Die Schriftzeichen auf der mit Gründen versehenen Urteilsfassung bestehen nur aus **zwei bis drei Buchstaben** und **entsprechen exakt dem Namenskürzel**, das sich u.a. unter der Schlussverfügung vom 27.05.2015 findet, die üblicherweise nicht mit dem vollen Namenszug, sondern nur mit einem Handzeichen des oder der Vorsitzenden versehen wird. Dass nur ein Handzeichen vorliegt, wird auch durch einen Vergleich dieser Schriftzeichen mit der unter dem Protokoll des Tenors am 21.05.2015 geleisteten Unterschrift bestätigt, die **den aus sechs Buchstaben bestehenden vollen Namenszug der Vorsitzenden klar erkennen lässt**.“ (BSG aaO.)

Es liegt damit keine den Anforderungen des § 153 III SGG entsprechende Unterschrift vor.

2. Nachholung der Unterschrift

Obwohl das LSG durch das Schreiben der Klägerin vom 28.08.2015 von der Rüge dieses Verfahrensfehlers Kenntnis hatte und es zu diesem Zeitpunkt ein leichtes gewesen wäre, diesen Fehler noch zu korrigieren, ist die Unterschrift nicht nachgeholt worden.

Sie kann auch nun nicht mehr nachgeholt werden.

3. Beruhen der Entscheidung auf diesem Fehler

Fraglich ist jedoch, ob davon ausgegangen werden kann, dass das Urteil auf diesem Fehler beruht.

„Da nach **Ablauf von fünf Monaten seit Erlass des Urteils** eine Heilung durch Nachholung der Unterschrift nicht mehr möglich ist, liegt jedoch nunmehr ein **absoluter Revisionsgrund gemäß § 202 SGG i.V.m. § 547 Nr. 6 ZPO** vor (vgl. hierzu Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 153 Rn. 11, § 134 Rn. 2c; BGH vom 16.10.2006 - II ZR 101/05 - MDR 2007, 351; vgl. auch BSG vom 14.09.1994 - 3/1 RK 36/93 - BSGE 75, 74 und vom 20.11.2003 - B 13 RJ 41/03 R - BSGE 91, 283 = SozR 4-1500 § 120 Nr. 1, Rn. 16), so dass **davon auszugehen ist, dass das Urteil auch auf dem Fehler beruht**.“ (BSG aaO.)

4. Rechtsfolge

Das angefochtene Urteil war gemäß § 160a V SGG wegen des festgestellten Verfahrensfehlers aufzuheben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen.

„Dies gilt unabhängig davon, ob das ohne mündliche Verhandlung ergangene, nicht verkündete **Urteil bereits wirksam geworden** war oder es sich letztlich um ein **unwirksames Nicht- bzw. Scheinurteil** handelt, dessen Rechtschein zu beseitigen ist (vgl. hierzu Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 125 Rn. 4b, 5a, b, c). Einer Zurückverweisung steht auch nicht der Rechtsgedanke des § 170 I 2 SGG entgegen, der auch bei Entscheidungen über Nichtzulassungsbeschwerden Anwendung findet. Nach § 170 I 2 SGG ist eine Revision bei einer Gesetzesverletzung **auch dann zurückzuweisen**, wenn sich die **Entscheidung aus anderen Gründen als richtig** darstellt.

Dies gilt jedoch in der Regel nicht **beim Vorliegen absoluter Revisionsgründe** (vgl. BSG vom 02.11.2007 - B 1 KR 72/07 B - SozR 4-1100 Art 101 Nr. 3; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 160a Rn. 18, 18a m.w.N.). Zwar wird in Revisionsverfahren trotz des Vorliegens des absoluten Revisionsgrundes des § 547 Nr. 6 ZPO eine Entscheidung des BSG in der Sache für zulässig erachtet, wenn die **Klage unter keinem denkbaren Gesichtspunkt Erfolg** haben kann (vgl. BSG vom 14.09.1994 - 3/1 RK 36/93 - BSGE 75, 74 und vom 20.11.2003 - B 13 RJ 41/03 R - BSGE 91, 283). Auch im Beschwerdeverfahren wird bei Vorliegen eines Verfahrensfehlers eine Aufhebung des Urteils des LSG, ggf. verbunden mit einer Entscheidung des BSG in der Sache, für zulässig erachtet, wenn mit der Aufhebung der Rechtsstreit abgeschlossen ist oder wenn nach Zurückverweisung nur eine einzige Entscheidung in der Sache ergehen könnte (vgl. BSG vom 26.01.2005 - B 12 KR 62/04 B - SozR 4-1500 § 160a Nr. 6, vom 16.03.2006 - B 4 RA 24/05 B - SozR 4-1500 § 160a Nr. 13; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 160a Rn. 19e). Eine solche Prüfung, ob nach Zurückverweisung keine andere Entscheidung in der Sache ergehen kann, ist dem Senat hier aber nicht möglich. Diese setzt in der Regel **Feststellungen des LSG voraus**, die gerade **nicht vorliegen, weil es überhaupt keine Urteilsgründe** gibt, die gemäß § 163 SGG den Senat binden könnten. Der Senat hat daher in Ausübung seines ihm gemäß § 160a V SGG eingeräumten Ermessens die Sache an das LSG zurückverwiesen.“ (BSG aaO.)

II. Revisionszulassung wegen Veranlassung zur falschen Antragstellung

Die Klägerin macht zudem als Verfahrensfehler geltend, sie sei erst durch die Hinweise der Vorsitzenden Richterin am SG zu der (falschen) Antragstellung veranlasst worden. Hierin könnte ein Verstoß gegen den **Grundsatz des fairen Verfahrens** liegen.

„Der aus Art 2 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip (Art 20 III GG) sowie Art 6 I 1 EMRK abgeleitete Anspruch auf ein faires Verfahren ist verletzt, wenn grundlegende Rechtsschutzstandards, wie das **Gebot der Waffengleichheit** zwischen den Beteiligten, das **Übermaßverbot** (Gebot der Rücksichtnahme) und das **Verbot des widersprüchlichen Verhaltens** oder einer **Überraschungsentscheidung** nicht gewahrt werden. Aus Fehlern, die den Gerichten selbst zuzurechnen sind, dürfen keine Verfahrensnachteile für den Rechtsschutzsuchenden abgeleitet werden. Grundsätzlich darf sich ein **anwaltlicher Prozessbevollmächtigter** aber **bei einer klaren Rechtslage nicht auf eine falsche Auskunft des Gerichts verlassen**, es sei denn, besondere Umstände liegen vor (vgl. BVerfG vom 26.04.1988, BVerfGE 78, 123, vom 04.05.2004, BVerfGE 110, 339). Auch unter Zugrundelegung des von der Klägerin geschilderten Verfahrensgangs wird indes nicht ersichtlich, dass das LSG nach §§ 123, 106 I i.V.m. § 153 I SGG gehalten gewesen sein könnte, die in der mündlichen Verhandlung vor dem SG erhobene und **im Berufungsverfahren aufrechterhaltene unzulässige Klage** auf Verurteilung der Beklagten zur Feststellung des Ereignisses vom 18.04.2012 als Arbeitsunfall (vgl. hierzu BSG vom 04.12.2014 - B 2 U 18/13 R - SozR 4-2700 § 101 Nr. 2 Rn. 15 - auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen; vom 29.11.2011 - B 2 U 26/10 R - UV-Recht Aktuell 2012, 412, und vom 12.01.2010 - B 2 U 5/08 R - SozR 4-2700 § 9 Nr. 17 Rn. 26) als zulässig zu behandeln. Selbst wenn die zunächst zutreffend und zulässigerweise erhobene Klage auf Gewährung von Hinterbliebenenleistungen einzig aufgrund eines (insofern falschen) richterlichen Hinweises im erstinstanzlichen Verfahren zurückgenommen und danach eine für Hinterbliebene unzulässige Klage auf Feststellung eines Arbeitsunfalls erhoben worden sein sollte, so kann eine Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens aufgrund dieses fehlerhaften Verhaltens des Gerichts nicht dazu führen, dass entgegen den Formvorschriften des Prozessrechts geringere prozessuale Anforderungen an die Durchsetzung von Rechten gestellt werden können. Oder anders gewendet: Aus dem **Fehler des Gerichts** kann kein Anspruch auf **weitergehende prozessuale Rechte** folgen als sie das Gesetz vorsieht. Denn das LSG konnte ohne Verstoß gegen § 123 SGG davon ausgehen, dass die auf die Gewährung von Leistungen an Hinterbliebene gerichtete Klage in der mündlichen Verhandlung vor dem SG nach § 102 SGG (konkludent) zurückgenommen worden ist und damit **im Berufungsverfahren eine solche Klage nicht mehr anhängig** war, nachdem die anwaltlich vertretene Klägerin ihren entsprechenden Antrag nicht mehr aufrechterhielt und nunmehr die Verurteilung der Beklagten zur Feststellung eines Arbeitsunfalls beantragte. Als Prozesshandlung ist die **Klagerücknahme grundsätzlich unwiderruflich und unanfechtbar** (vgl. hierzu BSG vom 20.12.1995 - 6 Rka 18/95 - USK 95155 und vom 14.06.1978 - 9/10 RV 31/77 - SozR 1500 § 102 Nr. 2; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 102 Rn. 7c m.w.N.), **selbst wenn sie auf einem durch das Gericht erregten Irrtum beruht**. Die unwiderruflich verfahrensbeendende Wirkung der Rücknahme einer Klage dient der Rechtssicherheit, weil andernfalls ein die Beendigung des Verfahrens betreffender Schwebezustand bestände (vgl. BGH vom 26.09.2007 - XII ZB 80/07 - FamRZ 2008, 43; anders für das finanzgerichtliche Verfahren BFH vom 06.07.2005 - XIR 15/04 - BFHE 210, 4).“ (BSG aaO.).

VwGO
§ 172**Vollstreckung aus Bescheidungsurteil**
Missachtung der Rechtsauffassung des Gerichts bei Neubescheidung

VerwProzR

(OVG Berlin-Bbg. in NVwZ-RR 2016, 358; Beschluss vom 13.10.2015 – OVG 12 L 49/15)

1. Die Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Bescheidungsurteil setzt voraus, dass die Behörde ihrer im Urteil auferlegten Verpflichtung nicht nachgekommen ist.
2. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn sie überhaupt keine erneute Entscheidung getroffen hat, sondern auch dann, wenn sie die im Urteil verbindlich zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung des Gerichts bei der Neubescheidung nicht beachtet.
3. Dagegen ist die Behörde auch bei einem Bescheidungsurteil nicht gehindert, den begehrten Verwaltungsakt aus Gründen (erneut) zu versagen, zu denen sich das Urteil nicht verbindlich äußert.

Fall: Der Kl., ein Journalist, begehrt Einsicht in Unterlagen der Forschungsgruppe R. Die Forschungsgruppe R. war eine bei der Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR – BStU – angesiedelte Forschungsgruppe unter der Leitung des Wissenschaftlers D. Sie befasste sich in den Jahren 2003 bis Frühjahr 2005 mit der Aufbereitung der so genannten R.-Dateien. Dabei handelt es sich um mikroverfilmte Karteien der Hauptverwaltung Aufklärung (HV A) des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR. Die R.-Dateien gelangten 1989/90 auf nicht bekanntem Weg in die USA; die amerikanische Administration übergab der BRD ab Sommer 2000 auf CD-ROM gescannte Abbilder eines Teils der Unterlagen sowie ein dazu entwickeltes Recherchesystem. Der Kl. beantragte am 29.06.2006 bei der BStU unter Berufung auf das Informationsfreiheitsgesetz Einsicht in die Aufzeichnungen der Behörde über Gründung, Arbeit und Ergebnisse der ehemaligen Forschungsgruppe R., insbesondere in eventuelle Anweisungen zur Bildung und Auflösung der Forschungsgruppe und deren Auftrag, in den Bericht der Forschungsgruppe von 2005, in Aufzeichnungen über dessen behördeninterne Abstimmung sowie in Schlussfolgerungen der Behördenleitung und die veranlasste Überarbeitung.

Diesem Begehren wurden nur teilweise entsprochen. Der Kl. ist der Auffassung, die bislang an ihn herausgegebenen Unterlagen seien nicht vollständig. Die nicht vorgelegten Informationen und die geschwärzten Vorlagen in ungeschwärztem Zustand müssten dem Gericht für ein „in-camera Verfahren“ vorgelegt werden, damit dieses die Berechtigung zur Nichtvorlage oder zur Schwärzung überprüfen könne. Der Kl. hat sein Begehren auf die Informationen im Vorgang mit der Tagebuch-Nr. .../03z begrenzt.

Es ist dann folgendes Urteil ergangen:

Die Beklagte wird unter teilweiser Aufhebung ihres undatierten, im Juli 2006 abgesandten Bescheides in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.12.verpflichtet,

- a) dem Kläger über die bereits erteilte Auskunft hinaus Zugang zu allen weiteren Seiten des Vorgangs mit der Tagebuchnummer .../03 z zu gewähren, jedoch ohne die Namen und die dazugehörigen Sachverhalte über Personen, die nicht Mitarbeiter der Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik waren oder sind,
- b) über den Antrag des Klägers vom 29.06.2006 hinsichtlich der in Nr. 3 a des Tenors genannten Namen und Sachverhalte unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Die Vollstreckungsschuldnerin hat einen ungeschwärzten Zugang zu diesen Listen mit Bescheid vom 29.07.2010, bestätigt durch Widerspruchsbescheid vom 12.11.2010, mit der Begründung abgelehnt, eine Herausgabe von Namen natürlicher Personen, bei denen lediglich Anhaltspunkte für eine Tätigkeit als Informeller Mitarbeiter der Staatssicherheit bestünden, sei nach dem Stasi-Unterlagen-Gesetz unzulässig. Im Zuge der weiteren Verhandlungen der Bet. hat sie dem Vollstreckungsgläubiger 221 Klarnamen offengelegt, die Überprüfung der übrigen knapp 2.000 Namen auf Grund des Ausmaßes und der Komplexität der erforderlichen Recherchen jedoch abgelehnt, da der damit verbundene Aufwand nicht zu leisten und angesichts der Zurückstellung anderer Arbeitsaufgaben unverhältnismäßig wäre.

Die Vollstreckungsgläubigerin ist der Auffassung, dass die Vollstreckungsschuldnerin damit der titulierten Verpflichtung nicht nachgekommen ist und beantragt, diese unter Fristsetzung von zwei Wochen und Androhung eines Zwangsgeldes zur Neubescheidung zu verpflichten.

Kommt eine Behörde einer **Verpflichtung zur Neubescheidung nach § 113 V 2 VwGO** nicht nach, so kann das Gericht des ersten Rechtszugs nach § 172 VwGO auf Antrag unter Fristsetzung gegen sie ein **Zwangsgeld** bis zehntausend Euro durch Beschluss androhen, nach fruchtlosem Fristablauf festsetzen und von Amts wegen vollstrecken. Fraglich ist allerdings hier, ob die Vollstreckungsschuldnerin der titulierten Verpflichtung tatsächlich nicht nachgekommen ist, indem sie zwar einen neuen Bescheid erlassen, das Begehren der Vollstreckungsschuldnerin aber erneut abgelehnt hat.

„[Nach § 172 VwGO] setzt die Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Bescheidungsurteil (§ 113 V 2 VwGO) voraus, dass die Behörde ihrer im Urteil auferlegten Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Dies kann nach der

zutreffenden Auffassung des VG nicht nur dann der Fall sein, wenn sie überhaupt keine erneute Entscheidung getroffen hat, sondern auch dann, wenn sie die **im Urteil verbindlich zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung des Gerichts bei der Neubescheidung nicht beachtet**. Dagegen ist die Behörde auch bei einem Bescheidungsurteil nicht gehindert, den begehrten Verwaltungsakt **aus Gründen (erneut) zu versagen, zu denen sich das Urteil nicht verbindlich äußert**.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

I. Befugnis zur erneuten Ablehnung nach Bescheidungsurteil

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Behörde als Vollstreckungsschuldnerin bei einem Bescheidungsurteil überhaupt noch berechtigt ist, den zu bescheidenden Antrag abzulehnen.

„Dass eine der Vollstreckungsschuldnerin mit dem Urteil auferlegte Verpflichtung zur Ermittlung der überhaupt noch relevanten Unterlagen „völlig frei erfunden“ sei, trifft ausweislich der für den Umfang der Bindungswirkung maßgeblichen Urteilsgründe (BVerwG, NJW 1996, 737 = NVwZ 1996, 473 Ls.; Beschl. v. 22.04.1987 – 7 B 76/87, BeckRS 1987, 31287981) nicht zu. Mit Blick auf den geltend gemachten **Anspruch auf Zugang zu personenbezogenen Informationen**, die nicht Mitarbeiter der beklagten Behörde betreffen, ist in dem Urteil ausdrücklich darauf verwiesen worden, dass sich dem Vortrag der Behörde nicht entnehmen lasse, welche Unterlagen im Einzelnen welche personenbezogenen Informationen enthielten und welche schutzwürdigen Interessen gegebenenfalls in die gesetzlich vorgegebene Abwägung einzustellen seien. Diese Ausführungen beziehen sich nach dem Gesamtzusammenhang ersichtlich auf einen **Ausschnitt des streitbefangenen Vorgangs**, der von der Behörde zunächst konkret ermittelt werden musste. Gegen die Annahme des VG, die Vollstreckungsschuldnerin sei der ihr im Urteil auferlegten Ermittlungspflicht nachgekommen, ist nach Aktenlage nichts zu erinnern.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

II. Befugnis zur Ablehnung nur aus „neuen“ Gründen

Allerdings darf die Vollstreckungsschuldnerin den Antrag – hier den Zugang zu personenbezogenen Informationen – nicht erneut aus Gründen ablehnen, die der im Urteil verbindlich zum Ausdruck gebrachten **Rechtsauffassung des Gerichts widersprechen**.

1. Ablehnung aus Gründen des Datenschutzes Betroffener

„Die in Umsetzung der Verpflichtung zur Neubescheidung ermittelten und zwischen den Bet. noch streitigen Unterlagen enthalten Listen mit über 2.000 Namen natürlicher Personen. Die Vollstreckungsschuldnerin hat einen **ungeschwärzten Zugang** zu diesen Listen mit Bescheid vom 29.07.2010, bestätigt durch Widerspruchsbescheid vom 12.11.2010, mit der Begründung **abgelehnt**, eine **Herausgabe von Namen natürlicher Personen**, bei denen lediglich **Anhaltspunkte für eine Tätigkeit als Informeller Mitarbeiter der Staatssicherheit** bestünden, sei nach dem Stasi-Unterlagen-Gesetz unzulässig. Im Zuge der weiteren Verhandlungen der Bet. hat sie dem Vollstreckungsgläubiger **221 Klarnamen offengelegt**, die **Überprüfung der übrigen knapp 2.000 Namen** auf Grund des Ausmaßes und der Komplexität der erforderlichen Recherchen jedoch abgelehnt, da der damit verbundene Aufwand nicht zu leisten und angesichts der Zurückstellung anderer Arbeitsaufgaben unverhältnismäßig wäre. Zu beiden Gesichtspunkten enthält das Urteil vom 08.09.2009, wie bereits das VG zu Recht festgestellt hat, **keine Ausführungen mit Bindungswirkung**.

Soweit die damalige Entscheidung auf die **Notwendigkeit weiterer Ermittlungen** sowie umfangreicher tatsächlicher und rechtlicher Überlegungen verweist, hat sie der Vollstreckungsschuldnerin aufgegeben, die **bislang unterbliebene Aufklärung nachzuholen** und bei ihrer Entscheidung, ob, in welcher Form und mit welchen Maßgaben personenbezogene Daten herausgegeben werden, die **Anforderungen des Stasi-Unterlagen-Gesetzes** sowie die hierzu ergangene Rechtsprechung **zu berücksichtigen**. Bei einer etwaigen Abwägung müsse sie insbesondere beachten, dass keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen der in den Unterlagen genannten Personen beeinträchtigt werden dürften. **Über diese allgemeinen Vorgaben hinaus verhält sich das Urteil nicht** zu den gesetzlichen Anforderungen an die Herausgabe personenbezogener Daten und gibt der Vollstreckungsschuldnerin keine verbindlich zu beachtende Rechtsauffassung des Gerichts vor. Es verhält sich insbesondere nicht zu der Frage, ob das Stasi-Unterlagen-Gesetz die Herausgabe oder Veröffentlichung von Listen mit Namen von Personen zulässt, bei denen lediglich der Verdacht einer Tätigkeit als Informeller Mitarbeiter besteht. Die Vollstreckungsschuldnerin war daher **mangels verbindlicher Entscheidungsvorgaben nicht gehindert**, das Antragsbegehren mit der in den vorgenannten Bescheiden angeführten Begründung **erneut abzulehnen**.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

2. Ablehnung aus Gründen des unverhältnismäßigen Aufwandes

Fraglich ist jedoch, ob sich die Vollstreckungsschuldnerin auch darauf berufen kann, dass die Prüfung einer Herausgabe der noch streitbefangenen personenbezogenen Daten unverhältnismäßig sei.

„Zur Zulässigkeit des **Einwands eines unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwands** verhält sich die damalige Entscheidung nicht. Insbesondere trifft es entgegen der Behauptung des Vollstreckungsgläubigers nicht zu, dass „der Umfang der Listen von Anfang an bekannt war“. Dem Tenor des Beschei-

dingungsurteils lässt sich dies – wie vorstehend dargelegt – ebenso wenig entnehmen wie den Entscheidungsgründen, in denen lediglich allgemein von „weiteren erheblichen Ermittlungen“ bzw. „umfangreichen weiteren Ermittlungen und Überlegungen“ die Rede ist. Das Gericht hat in Ansehung des vom Antragsbegehren umfassten Gesamtvorgangs vielmehr **ausdrücklich deutlich gemacht**, dass mangels Vortrags der Behörde **unklar** sei, „**welche Unterlagen im Einzelnen welche personenbezogenen Informationen“ enthielten**. Das Urteil enthält dementsprechend weder Ausführungen zum konkreten Umfang des betroffenen Materials noch verhält es sich dazu, wie mit den von der Vollstreckungsschuldnerin ermittelten Arbeitslisten mit mehr als 2.000 Namen natürlicher Personen umzugehen ist. Namentlich hat das Gericht **nicht zu der Frage eines** mit der Überprüfung der Listen verbundenen **Verwaltungsaufwands Stellung genommen** oder der Vollstreckungsschuldnerin insoweit verbindlich eine vom Vollstreckungsgläubiger reklamierte „Ermittlung und Bewertung jedes einzelnen Namens“ aufgegeben. Der Hinweis in den Entscheidungsgründen auf eine „gegebenenfalls gem. § 32 a StUG“ erforderliche Beteiligung Dritter rechtfertigt keine andere Beurteilung. Er bezieht sich erkennbar allein auf den in § 32 I 1 Nr. 4 StUG genannten Personenkreis und verwehrt der Vollstreckungsschuldnerin im Übrigen nicht, nach § 32 a II StUG von der Durchführung des Benachrichtigungsverfahrens abzusehen.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

III. Ergebnis

Die titulierte Pflicht zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts wurde erfüllt. Weitere Prüfungen – insbesondere zur rechtlichen Tragfähigkeit der Begründung der Ablehnung – sind im Verfahren über den Vollstreckungsantrag nicht anzustellen.

„Im Vollstreckungsverfahren ist nach den vorstehenden Ausführungen lediglich zu prüfen, ob die Behörde ihrer im Urteil vom 08.09.2009 auferlegten Verpflichtung zur Neubescheidung nachgekommen ist. Der Vollstreckungsantrag umfasst daher weder die Prüfung, ob das Stasi-Unterlagen-Gesetz einen von der Bindungswirkung des Urteils nicht erfassten Ablehnungsgrund des unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand kennt, noch kann der Vollstreckungsantrag auf erstmals im hiesigen Verfahren geltend gemachte Anspruchsgrundlagen gestützt werden, die nicht Gegenstand der damaligen Entscheidung waren.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO.)

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 788 I 3

**Räumungskosten
Gesamtschuld aller Ex-Mieter**

ZwangsvollstrR

(LG Frankfurt am Main in ZMR 2016, 337; Beschluss vom 10.06.2015 – 2-09 T 162/15)

1. Bis zur **Bewirkung der ganzen Leistung** bleiben **sämtliche Schuldner verpflichtet** (§ 421 S. 2 BGB).
2. Bei der **gesamtschuldnerischen Verurteilung zur Räumung einer Wohnung** besteht die ganze Leistung in der vollständigen Räumung der Wohnung, nicht etwa nur in der Räumung von den eigenen Sachen beim eigenen Auszug.

Fall: Die Gläubigerin betrieb die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Amtsgerichts Frankfurt am Main vom 06.06.2014 (33 C 4389/13), mit dem der Schuldner gesamtschuldnerisch mit X zur Räumung der Wohnung im 2. Obergeschoss rechts verurteilt worden ist. Zwangsvollstreckungsauftrag gegen beide Schuldner erteilte sie mit Schreiben vom 17.06.2014.

Der Schuldner zog am 14.07.2014 aus der Wohnung aus und teilte dies der Gläubigerin mit Schreiben vom 23.07.2014 mit. Am 12.08.2104 führte der zuständige Obergerichtsvollzieher die Zwangsräumung durch. X befand sich zu dieser Zeit im Krankenhaus.

Auf Antrag der Gläubigerin hat das Amtsgericht Frankfurt am Main mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 03.02.2015 die vom Schuldner und X gesamtschuldnerisch an die Gläubigerin zu erstattenden Kosten der Zwangsvollstreckung auf 5.754,14 € zuzüglich genau bestimmter Zinsen festgesetzt. Zu Recht?

„Soweit **mehrere Schuldner als Gesamtschuldner** verurteilt worden sind, haften sie gemäß § 788 I 3 ZPO auch für die **Kosten der Zwangsvollstreckung als Gesamtschuldner**. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt.

*Nichts Anderes ergibt sich daraus, dass der Schuldner schon vor Beginn der Zwangsräumung aus der Wohnung ausgezogen ist. Soweit angenommen wird, der Schuldner habe mit seinem Auszug seine Pflicht bereits vor Beginn der Zwangsvollstreckung freiwillig erfüllt und es würden damit **gegen ihn keine Vollstreckungsmaßnahmen durchgeführt** (LG Koblenz, Beschluss vom 21.03.2006 – 2 T 65/06, Rn. 8 f.), überzeugt dies nicht und **widerspricht dem Grundgedanken der gesamtschuldnerischen Haftung**. Denn bei der gesamtschuldnerischen Haftung ist jeder der Schuldner gemäß § 421 S. 1 BGB zur **Bewirkung der ganzen Leistung verpflichtet**. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben **sämtliche Schuldner verpflichtet** (§ 421 S. 2 BGB). Bei der gesamtschuldnerischen Verurteilung zur Räumung einer Wohnung besteht die ganze Leistung in der vollständigen Räumung der Wohnung, nicht etwa nur in der Räumung von den eigenen Sachen beim eigenen Auszug.*

Überdies erteilte die Gläubigerin am 17.06.2014 den Zwangsvollstreckungsauftrag sowohl gegen X als auch gegen den Schuldner. Damit richtete sich die Zwangsvollstreckung anders als in dem vom Landgericht Kassel entschiedenen Fall (LG Kassel, Beschluss vom 11.04.2000 – 10 T 28/00, Rpfleger 2000, 402 [BFH 29.02.2000 - VII R 109/98]) auch gegen den Schuldner.“ (LG Frankfurt aaO.)

ZPO
§ 253 II Nr. 2

**„Brutto“ und „Netto“ im Urteilsausspruch
Bedeutung für Beschwer**

ZivilVerfR

(BAG in NRW 2016, 1262; Beschluss vom 17.02.2016 – 5 AZN 981/15)

Fall: Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Bekl., dem Kl. über den 30.04.2014 hinaus eine 1998 vereinbarte Ausgleichszahlung dafür zu gewähren, dass er keinen adäquaten neuen Firmenwagen erhalten hat.

Das ArbG Düsseldorf (Urt. v. 05.03.2015 – 10 Ca 5843) hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das LAG Düsseldorf (Urt. v. 26.08.2015 – 4 Sa 391/15, BeckRS 2016, 67376) der Klage antragsgemäß stattgegeben, jedoch die vom Kl. zur Zahlung und zur Feststellung gestellten Eurobeträge mit dem Zusatz „brutto“ versehen. Es hat die Revision nicht zugelassen. Dagegen richtete sich die Beschwerde des Kl..

„Die Beschwerde ist unzulässig. Der Kl. ist durch die anzufechtende Entscheidung nicht beschwert.

*Die Nichtzulassung der Revision durch das LAG kann nach § 72 a I ArbGG selbstständig durch **Beschwerde** angefochten werden und ist **damit stets statthaft**. Doch bedarf eine Nichtzulassungsbeschwerde – wie jedes Rechtsmittel und jeder Rechtsbehelf – des **Rechtsschutzbedürfnisses**. Dieses setzt voraus, dass der Nichtzulassungsbeschwerdeführer durch die anzufechtende Entscheidung **beschwert** ist (BAG, NZA-RR 2012, 602 Rn. 3; NJW 2008, 1610 = NZA 2008, 660 Rn. 18 m.w.N.).*

*Die Beschwerde eines Kl. als Nichtzulassungsbeschwerdeführer ergibt sich aus der **Differenz zwischen** dem vor dem BerGer. **gestellten Sachantrag** und der **darüber ergangenen Entscheidung**; bei nicht eindeutigen Tenor kann sie sich auch aus den Gründen ergeben (vgl. BAGE 144, 125 = NZA 2013, 669 Rn. 29 = NJW 2013, 2221 Ls.; GK-ArbGG/Mikosch, Dez. 2015, § 74 Rn. 65; Benecke in Grunsky/Waas/Benecke/Greiner, ArbGG, 8. Aufl., § 74 Rn. 26, jew. m.w.N.). Daran fehlt es vorliegend.*

*Das LAG hat den Anträgen des Kl. **in vollem Umfang stattgegeben**. Der Zusatz „brutto“ ist keine Einschränkung eines ohne diesen Zusatz gestellten Antrags, sondern verdeutlicht nur, was von Gesetzes wegen gilt. Unterliegt eine vom Arbeitgeber bezogene Leistung der Steuer und/oder Sozialabgaben, ist der Arbeitnehmer nach § 38 II EStG Schuldner der Lohnsteuer und muss im Innenverhältnis zum Arbeitgeber den ihn treffenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags tragen, § 28 g SGB IV (BAGE 139, 181 = NJW 2012, 1387 = NZA 2012, 145 Rn. 26 m.w.N.).*

***Etwas anderes** gilt nur dann, wenn aufgrund einer **Nettolohnvereinbarung** die gesetzlichen Abgaben und Beiträge nicht zu Lasten des Arbeitnehmers, sondern insgesamt zu Lasten des Arbeitgebers gehen sollen (BAG, Urt. v. 26.08.2009 – 5 AZR 616/08, BeckRS*

2010, 71478 Rn. 17). In einem solchen Fall muss der Arbeitnehmer bei streitiger Zahlungspflicht eine Nettolohnklage erheben (vgl. BAG, Urt. v. 08.04.1987 – 5 AZR 60/86, BeckRS 1987, 30721005 [zu II 2]). Dabei ist es zur Bestimmtheit des Antrags (§ 253 II Nr. 2 ZPO) erforderlich, in dem Klageantrag die begehrte Zahlung ausdrücklich als „netto“ zu bezeichnen, anderenfalls es bei der gesetzlichen Verteilung der Steuer- und Beitragslast verbleibt.“ (BAG aaO.)

ZPO

Zulassung der Berufung

ZivilProzR

§ 511 IV Nr. 1

Nicht zwingend um Tenor des amtsgerichtlichen Urteils

(BGH in MDR 2016, 476; Urteil vom 01.03.2016 - VIII ZB 88/15)

Eine **Zulassung der Berufung** muss nicht zwingend im Tenor des amtsgerichtlichen Urteils ausgesprochen sein. Es genügt, wenn sie **lediglich in den Gründen des Urteils** enthalten ist.

Fall: Die Parteien streiten um den Bestand von Ansprüchen aus einem Stromlieferungsvertrag sowie die Rückgewähr von Überzahlungen. Das Amtsgericht, das den Streitwert auf insgesamt 531,07 € festgesetzt hat, hat die Klage abgewiesen. In den Gründen seiner Entscheidung hat es vor der erteilten Rechtsmittelbelehrung ausgeführt:

„Die Berufung ist zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung besitzt bzw. die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert, § 511 IV Nr. 1 ZPO.“

Die hiergegen vom Kläger form- und fristgerecht eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht unter Festsetzung eines Streitwerts für die Berufungsinstanz auf bis zu 500 € als unzulässig verworfen, weil der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 € nicht übersteigt. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Rechtsbeschwerde. Zu Recht?

I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde

„Die Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 522 I 4, § 574 I Nr. 1 ZPO **statthaft**. Sie ist auch nach § 574 II ZPO zulässig, weil die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zu Unrecht nach § 522 I ZPO als unzulässig verworfen. Indem es dabei dem Beklagten den Zugang zur Berufungsinstanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise versagt hat, hat es zugleich dessen verfassungsrechtlich verbürgten **Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz** (Art. 2 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) **in zulassungsrelevanter Weise verletzt** (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 08.04.2014 - VIII ZB 30/13, WuM 2014, 427 Rn. 7; vom 04.06.2014 - IV ZB 2/14, NJW-RR 2014, 1102 Rn. 7; jeweils m.w.N.).“ (BGH aaO.)

II. Begründetheit der Rechtsbeschwerde

„Die Rechtsbeschwerde weist mit Recht darauf hin, dass es im Streitfall für die Statthaftigkeit der Berufung **auf den Wert des Beschwerdegegenstandes nicht ankommt**. Die Berufung ist vielmehr gemäß § 511 II Nr. 2 ZPO zulässig, weil das Gericht des ersten Rechtszuges - mit Bindungswirkung für das Berufungsgericht - die **Berufung** nach § 511 IV ZPO **zugelassen** hat. Diese Zulassung, die nicht zwingend im Tenor des amtsgerichtlichen Urteils ausgesprochen sein musste, sondern - wie hier - lediglich in den Gründen enthalten zu sein brauchte (vgl. BGH, Urteil vom 08.03.1956 - III ZR 265/54, BGHZ 20, 188, 189 [zur Zulassung der Revision]; vgl. auch BGH, Beschluss vom 15.06.2011 - II ZB 20/10, WM 2011, 1335 Rn. 1), hat das Berufungsgericht nicht zur Kenntnis genommen und dadurch dem Kläger den Zugang zur Berufungsinstanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise vereitelt.“ (BGH aaO.)

StGB

Verurteilung wegen Betäubungsmittelhandels

StrafProzR

§§ 73, 73 a, 73d

Verfall des Wertersatzes

(BGH in NSTZ-RR 2016, 83; Beschluss vom 18.11.2015 – 2 StR 399/15)

Fall: Das LG verurteilte den Angekl. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren. Daneben zog es u. a. die sichergestellten Betäubungsmittel ein und ordnete den Verfall von Wertersatz i. H. eines Betrags von 84.000 € an. Der Angekl. hat einen Betrag i. H. von 84.000 € erlangt hat. Die aus eigenen Betäubungsmittelgeschäften resultierenden Erlöse i. H. von 39.000 € hat der Angekl. jeweils „aus der Tat“ erlangt. Daneben hat er „für die Tat“ einen weiteren Betrag i. H. von 45.000 € auf Grund der Beteiligung an den Taten erhalten hat als Tatlohn erlangt. Im April 2014 hatte der Angekl. einen gebrauchten Pkw gekauft und den Kaufpreis i. H. von 17.000 € aus den deliktisch erlangten Geldern bezahlt.

I. Berechnung des Wertersatzverfalls

„Die Anordnung des Wertersatzverfalls käme hier lediglich i. H.v. 67.000 € in Betracht. Auf das **Eigentum an [dem] Pkw** hat der Angekl. am 15.05.2015 **schriftlich und unwiderruflich verzichtet**. Bei dem Pkw handelt es sich um einen Gegenstand, den der Angekl. als **Surrogat** i. S. d. § 73 II 2 StGB erworben hat. Hierzu zählen auch solche Gegenstände, die der Täter unter Verwendung (deliktisch) erlangter Geldbeträge angeschafft hat (vgl. Joecks, in: MüKo-StGB, 2. Aufl., § 73 Rn 59; Schmidt, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 73 Rn 46). Das LG hätte daher **den Pkw gem. § 73 II 2 StGB für verfallen erklären** und im Übrigen i. H.v. 67.000 € den Verfall von Wertersatz (§ 73 a StGB) anordnen können (vgl. Joecks, § 73 Rn 61). Infolge des Verzichts des Angekl. wurde eine Verfallsanordnung hinsichtlich des Pkws entbehrlich (vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl., § 73 Rn 41). Ungeachtet dessen hat der **Verzicht zur Folge**, dass sich die **Höhe der Anordnung des Wertersatzverfalls entsprechend verringert** (vgl. Senat, Urt. v. 05.04.2000 – 2 StR 500/99 = NSTZ 2000, 480 [481]; BGH, Urt. v. 10.10.2002 – 4 StR 233/02 = BGHSt 48, 40 = NJW 2003, 300 = NSTZ 2003, 257), da andernfalls der Wert des Erlangten 2 Mal abgeschöpft werden könnte (vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 73 Rn 46).“ (BGH aaO.)

II. Anordnung des Wertersatzverfalls

Es müssten die Voraussetzungen des § 73c StGB vorliegen.

„Das LG hat ausgeführt, dass **„weder eine unbillige Härte vorliegt noch Billigkeitserwägungen** ein Absehen von dieser [Verfalls-]Anordnung nahe legen“. Das Urteil enthält indes keine Feststellungen dazu, ob der Wert des Erlangten noch im Vermögen des Angekl. vorhanden ist. **Entsprechende Feststellungen** wären jedoch für die Prüfung des § 73 c I 2 StGB **erforderlich** gewesen. Nach dieser Vorschrift, die gegenüber § 73 c I 1 StGB vorrangig ist (vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl., § 73 c Rn 2), kann eine Verfallsanordnung unterbleiben, soweit das Erlangte oder dessen Wert zum Zeitpunkt der tatrichterlichen Entscheidung im

Vermögen des Betr. nicht mehr vorhanden ist. Es ist deshalb zunächst festzustellen, was der Angekl. **aus der Tat erlangt** hat, sodann ist diesem Betrag der Wert seines noch vorhandenen Vermögens gegenüber zu stellen. Ist auch ein **Gegenwert des Erlangten** im Vermögen des Angekl. **nicht mehr vorhanden**, kann der Tatrichter von einer Verfallsanordnung absehen (vgl. BGH, Beschl. v. 21.03.2013 – 3 StR 52/13, StV 2013, 630 = BeckRS 2013, 07696; v. 13.02.2014 – 1 StR 336/13 = BGHR StGB § 73 c Härte 16 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

StPO
§§ 229 I, 349 IV

Fortsetzung der Hauptverhandlung
Verhandlung zur Sache und Verfahrensförderung
(BGH in NSTZ 2016, 171; Beschluss vom 30.06.2015 – 3 StR 202/15)

StrafProzR

1. Eine Hauptverhandlung gilt nach Unterbrechung dann als fortgesetzt, wenn **zur Sache verhandelt** und das **Verfahren gefördert** wird.
2. Zwar kann auch in der **Befassung lediglich mit Verfahrensfragen** eine Förderung des Verfahrens in der Sache liegen, wenn deren Ziel die Klärung ist, durch welche Untersuchungshandlungen der Aufklärung des Sachverhalts Fortgang gegeben werden kann.
3. **Nicht ausreichend** hierfür ist jedoch **allein** die in der Sache selbst nicht weiterführende **Prüfung und Erörterung**, ob eine – **weitere** – **Unterbrechung der Hauptverhandlung notwendig** ist und wann diese gegebenenfalls fortgesetzt werden kann.

Fall: Am 05.11.2014 wurde die Hauptverhandlung unterbrochen. Zum Fortsetzungstermin am 26.11.2014 wurde eine Zeugin geladen. Diese ließ am 25.11.2014 unter Vorlage eines ärztlichen Attests mitteilen, sie könne der Ladung wegen einer akuten, voraussichtlich bis 02.12.2014 bestehenden Erkrankung keine Folge leisten. Dies gab der Vorsitzende in der Hauptverhandlung am 26.11.2014 bekannt; das Attest und die Mitteilung wurden laut Protokoll „zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht“. Anschließend wurde die Hauptverhandlung erneut unterbrochen; gemäß Absprache mit den Verfahrensbeteiligten wurde Fortsetzungstermin auf den 10.12.2014 bestimmt. Der Angekl. rügt, dass die Hauptverhandlung entgegen § 229 I StPO für die Dauer von mehr als drei Wochen unterbrochen gewesen sei. Zu Recht?

I. Fortsetzung der Hauptverhandlung

Die Hauptverhandlung könnte im Termin vom 26.11.2014 fortgesetzt worden sein.

„Nach **ständiger Rspr.** gilt eine Hauptverhandlung dann als fortgesetzt, **wenn zur Sache verhandelt und das Verfahren gefördert wird** (vgl. BGH Urt. v. 16.01.2014 – 4 StR 370/13, NSTZ 2014, 220). Zwar kann auch in der **Befassung lediglich mit Verfahrensfragen** eine Förderung des Verfahrens in der Sache liegen, wenn deren Ziel die Klärung ist, durch welche Untersuchungshandlungen der Aufklärung des Sachverhalts Fortgang gegeben werden kann (BGH aaO.). **Nicht ausreichend** hierfür ist jedoch **allein** die in der Sache **selbst nicht weiterführende Prüfung und Erörterung**, ob eine – **weitere** – **Unterbrechung der Hauptverhandlung notwendig** ist und wann diese gegebenenfalls fortgesetzt werden kann (vgl. LR-StPO/Becker 26. Aufl., § 229 Rn. 12; Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 58. Aufl., § 229 Rn. 11; jew. m.w.N.). So liegt der Fall indes hier.“ (BGH aaO.)

Eine Fortsetzung der Hauptverhandlung liegt damit nicht vor.

II. Unschädlichkeit der Nichtwahrung der Unterbrechungsfrist

In Ausnahmefällen kann allerdings die Nichtwahrung der Unterbrechungsfrist des § 229 I StPO unschädlich sein.

„[Der] BGH [hat] die Auffassung vertreten, dass die Unterbrechungsfrist des § 229 I StPO auch dann gewahrt ist, wenn die für den Fortsetzungstermin in Aussicht genommene **weitere Förderung des Verfahrens** in der Sache **infolge unvorhersehbarer Ereignisse nicht stattfinden** kann (BGH Beschl. v. 05.11.2008 – 1 StR 583/08, NJW 2009, 384). Der Senat kann offenlassen, ob er dieser Ansicht beitreten könnte, insbesondere, ob sie mit dem wesentlichen Zweck des § 229 StPO, der **Wahrung der Konzentrationsmaxime** (LR-StPO/Becker aaO, Rn. 1 m.w.N.), noch zu vereinbaren ist; denn auf die vorliegende Sachverhaltsgestaltung ist diese Entscheidung jedenfalls nicht übertragbar. Ihr lag zu Grunde, dass das Gericht im Fortsetzungstermin zunächst einem mit veränderter Sachlage begründeten Unterbrechungsantrag des Verteidigers entsprechen musste. Demgegenüber war das LG hier **ausschließlich infolge der Erkrankung der geladenen Zeugin** daran gehindert, die Beweisaufnahme wie vorgesehen fortzusetzen. Welche Auswirkungen es auf den Lauf der höchstzulässigen Unterbrechungsfrist hat, wenn ein Verfahrensbeteiligter wegen Krankheit nicht zur Hauptverhandlung erscheinen kann, ist indes **Gegenstand der besonderen und abschließenden Regelung in § 229 III StPO**. Eine Hemmung der Unterbrechungsfrist wegen Erkrankung eines Zeugen ist dort nicht vorgesehen. Dies kann **nicht dadurch umgangen werden**, dass die **Bekanntgabe einer Erkrankung als Sachverhandlung** im Sinne einer Fortsetzung der Hauptverhandlung nach § 229 IV 1 StPO gewertet wird, durch die die Unterbrechungsfrist gewahrt wird.“ (BGH aaO.)

StPO
§ 81a

Kosten der Nebenklage
Rücknahme des Einspruchs gegen Strafbefehl
(OLG Naumburg in NSTZ-RR 2016, 121; Beschluss vom 05.11.2015 – 2 Ws 201/15)

StrafVerfR

Die **bewusste Umgehung** des für die Blutentnahme vorgesehenen Richtervorbehalts führt zu einem Beweisverwertungsverbot. Eine solcherart bewusste Umgehung liegt auch vor, wenn es dem anordnenden Polizeibeamten **gleichgültig** ist, **ob ein richterlicher Bereitschaftsdienst eingerichtet** ist.

Fall: Dem Betr. lag zur Last, an einem Oktobertag gegen 16.30 Uhr einen Pkw geführt zu haben, obwohl eine kurz darauf bei ihm entnommene Blutprobe eine erhebliche Konzentration mehrerer illegaler Betäubungsmittel aufwies, die jeweils über den gesetzlichen Grenzwerten lag. Der Betr. unterzog sich bei dem Polizeibeamten freiwillig einem Drogenschnelltest. Dann ordnete der Polizeibeamte gegen den Willen des Betr. eine Blutentnahme an. An diesem Tag war ein richterlicher Eildienst für die Zeit von 8.30 Uhr bis 21 Uhr eingerichtet. Der Polizeibeamte T dokumentierte keinen Versuch, den Bereitschaftsrichter zu erreichen.

In der Hauptverhandlung vor dem AG berief er sich im Wesentlichen auf Erinnerungslücken. Das AG ging deshalb davon aus, dass das Unterbleiben des Versuchs eine richterliche Entscheidung einzuholen, nicht frei von Willkür war und nahm daher ein Beweisverwertungsverbot an.

„Das AG hat zu Recht angenommen, dass hier der Richtervorbehalt willkürlich bewusst und gezielt umgangen worden ist. Dafür spricht bereits, dass der Zeuge T nicht, wie erforderlich, schriftlich **Gründe dafür niedergelegt** hat, **weshalb er sich nicht bemüht hat, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen**. Die Information des Diensthabenden, wenn sie denn erfolgt sein sollte, reichte nicht aus, um dem Richtervorbehalt zu genügen. Die bloße Information des Diensthabenden ohne Rückfrage, ob der Richter erreicht wurde und wenn ja, wie er entschieden hat, würde nämlich den Richtervorbehalt in besonders deutlicher Weise missachten, nämlich dergestalt, dass der **Richter zwar informiert werden soll, dem Polizeibeamten aber völlig egal ist, ob der Richter eine Blutentnahme anordnet oder diese ablehnt**. Eine Respektierung des Richtervorbehalts setzt nicht nur die Information des Diensthabenden voraus, sondern auch eine Rückfrage dahingehend, ob der Richter erreicht wurde und wenn ja, ob er die Blutentnahme angeordnet oder eine solche Anordnung abgelehnt hat. All dies hat der Zeuge nicht getan, das erlaubt nur eine Schlussfolgerung: Es war ihm völlig gleichgültig, ob ein Richter erreichbar war und wenn ja, wie dieser entschied, auf jeden Fall wurde die Blutentnahme angeordnet. (OLG Naumburg aaO.)

StPO
§ 260

Ausschöpfen von Anklage und Eröffnungsbeschluss Abweichende Beurteilung der Konkurrenzverhältnisse

StrafVerfR

(BGH in FD-StrafR 2016, 376861; Beschluss vom 13.01.2016 – 5 StR 485/15)

Sieht die Anklageschrift vor, dass verschiedene Delikte in Tatumehrheit (§ 53 StGB) begangen wurden und erfolgt keiner Verurteilung wegen aller Delikte, so ist insoweit ein Freispruch erforderlich, um Anklage und Eröffnungsbeschluss zu erschöpfen. Erforderlich ist ein solcher Freispruch auch dann, wenn das Gericht das Konkurrenzverhältnis anders beurteilt und davon ausgeht, dass die angeklagten Delikte tateinheitlich (§ 52 StGB) begangen wurden, sofern das Gericht in einem solchen Fall die als tatumehrheitlich angeklagte „Tat“ nicht für erwiesen hält.

VwGO
§ 113 I 4

Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits Zulässigkeit des Antrags im erledigten Verfahren

VerwProzR

(OVG Magdeburg in LKV 2016, 185; Beschluss vom 07.01.2016 - 2 M 136/15)

Jedenfalls in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes **setzt** eine Erledigungsfeststellung die **Zulässigkeit des ursprünglich gestellten Antrages nicht voraus (Änderung der Rechtsprechung)**.

„Auch **im vorläufigen Rechtsschutzverfahren kann zulässigerweise ein Erledigungsfeststellungsantrag** gestellt werden (vgl. Beschl. d. Senats v. 31.07.2014 – 2 M 36/14, NVwZ-RR 2014, 822). Zwar hat der Senat in seinem Beschluss vom 30.07.2007 (aaO., Rn. 6) die Auffassung vertreten, dass die mangelnde Zulässigkeit der Klage oder des vorläufigen Rechtsschutzantrages das Gericht hindere, die Erledigung der Hauptsache auszusprechen. Dies entspricht der zu Hauptsacheverfahren ergangenen Rechtsprechung des 9. Senats des BVerwG (vgl. Ur. v. 25.04.1989 – 9 C 61.88, BVerwGE 82, 41 [43], Rn. 10 in juris) sowie des 3. Senats des BVerwG (vgl. Beschl. v. 06.08.1987 – 3 B 18.87, Buchholz 451, 54 MStG Nr. 11, Rn. 9 in juris). Der 4. Senat des BVerwG (vgl. Ur. v. 31.10.1990 – 4 C 7.88, BVerwGE 87, 62 [66], Rn. 20 in juris) vertritt allerdings die gegenteilige Auffassung, dass der vom Kl. allein noch beantragte Ausspruch des Gerichts, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt habe, regelmäßig nicht davon abhängig sein könne, dass die Klage ursprünglich zulässig war. Der 7. Senat des BVerwG (vgl. Beschl. v. 15.11.2012 – 7 VR 9.12, juris, Rn. 5) vertritt die Auffassung, dass es im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes auf die Zulässigkeit des ursprünglich gestellten Antrags im Erledigungsstreit grundsätzlich nicht ankomme, weil – anders als im Hauptsacheverfahren – dem Ag. ebenso wie dem Ast. die Berufung auf ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse in entsprechender Anwendung des § 113 I 4 VwGO verwehrt sei.

Der Senat hält – jedenfalls in **Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes – an seiner bisherigen Auffassung nicht mehr** fest. Vielmehr geht er nunmehr davon aus, dass eine Erledigungsfeststellung in diesen Verfahren die Zulässigkeit des ursprünglich gestellten vorläufigen Rechtsschutzantrages nicht voraussetzt.

Ausgangspunkt ist die für das Hauptsacheverfahren geltende Vorschrift des § 113 I 4 VwGO, der sich die Wertung entnehmen lässt, dass ein **Verfahren grundsätzlich nicht mehr mit einer Entscheidung über die Zulässigkeit und Begründetheit der erhobenen Klage fortgesetzt** werden kann, wenn sich die Hauptsache dieses Streits erledigt hat. Die Zulässigkeit und Begründetheit ist vielmehr nur zu prüfen, wenn der Kl. dies beantragt und er ein berechtigtes Interesse an einer Sachentscheidung trotz Erledigung hat. Die Vorschrift drückt den **Grundsatz der Prozessökonomie** aus; die Arbeitskraft des Gerichts soll nicht mehr ohne weiteres, sondern nur noch bei einem berechtigten Interesse beansprucht werden können, wenn die Hauptsache erledigt ist und es **sinnvoller Weise nur noch um die Kosten des erledigten Verfahrens** gehen kann (vgl. zum Ganzen Neumann, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 161 Rn. 152). Dem entsprechend besteht auch in der Rechtsprechung des BVerwG (vgl. etwa Ur. v. 31.10.1990, aaO., m.w.N.) Einigkeit darüber, dass für die nach einer einseitig gebliebenen Erledigungserklärung des Kl. vom Gericht in der Regel allein noch zu prüfende Frage, ob eine Erledigung der Hauptsache eingetreten ist oder nicht, es nicht darauf ankommt, ob die Klage ursprünglich begründet war; dem hat das Gericht – vorbehaltlich eines insoweit bestehenden schutzwürdigen Interesses des Beklagten an der gerichtlichen Feststellung, dass der mit der Klage erhobene Anspruch von Anfang an nicht bestanden habe – nicht nachzugehen. Es ist kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, für die Zulässigkeit der Klage anders zu entscheiden (vgl. zum Ganzen Neumann, aaO., Rn. 153 ff., m.w.N.).

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren kommt hinzu, dass dieses **Verfahren nur auf eine vorläufige Regelung** zielt und **nicht der endgültigen Klärung** der Rechtmäßigkeit der beanstandeten Maßnahme dient, so dass Fortsetzungsfeststellungsanträge unstatthaft sind (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 16.01.2013 – 13 B 1295/12, juris, Rn. 5 f., m.w.N.) und dem Ag. ebenso wie dem Ast. die Berufung auf ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse in entsprechender Anwendung des § 113 I 4 VwGO verwehrt ist (BVerwG, Beschl. v. 15.11.2012, aaO.).“ (OVG Magdeburg aaO.)

Maßgeblich für die Stellung der Beteiligten in einem Änderungsverfahren nach § 80 VII 2 VwGO ist die **Interessenlage in diesem Verfahren**, nicht die Beteiligtenstellung im vorausgegangenen Aussetzungsverfahren nach § 80 V VwGO.

Fall: Der Ag. wandte sich als Nachbar gegen eine dem Ast. von dem Beigel. erteilte Baugenehmigung. Auf Antrag des Ag. ordnete der VGH München mit Beschl. v. 10.04.2014 die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Baugenehmigung an, mit weiterem Beschl. v. 22.01.2015 über den 17.02.2015 hinaus. Die Klage in der Hauptsache blieb in den Vorinstanzen erfolglos. Einer Beschwerde des Ag. gegen die Nichtzulassung der Revision half der VGH nicht ab. Am 03.11.2015 hat der Ast. beim VGH beantragt, die Beschlüsse des VGH über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung und deren Fortdauer zu ändern und den Antrag auf aufschiebende Wirkung der Klage abzulehnen. Mit Beschluss vom 16.11.2015 hat der VGH sich für diesen Antrag für sachlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das BVerwG verwiesen.

„Nach dem Beschluss des VGH vom 16.11.2015 ist für das Verfahren das **BVerwG** nach § 83 S. 1 VwGO, § 17 a II 1 und 3 GVG **zuständig** (vgl. auch BVerwGE 124, 201 [203] = NVwZ 2005, 1422).

Der Senat hält es nach Anhörung der Bet. für sachgerecht, das Rubrum des Verfahrens wie geschehen zu berichtigen. Maßgeblich ist die **Interessenlage in dem hier anhängigen Änderungsverfahren nach § 80 VII 2 VwGO** und nicht die Beteiligtenstellung im vorausgegangenen Aussetzungsverfahren (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1998, 611 [611 f.]; OVG Bautzen, Beschl. v. 28.12.2009 – 1 B 400/09, BeckRS 2010, 46511; OVG Bremen, Beschl. v. 24.07.2013 – 1 B 118/13, BeckRS 2013, 54301; Eyermann/Schmidt, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 80 Rn. 107; a.A. OVG Magdeburg, Beschl. v. 19.10.1994 – 2 M 57/94, BeckRS 2008, 32343; OVG Münster, Beschl. v. 16.06.2000 – 7 B 715/00, BeckRS 2000, 17491 Rn. 3; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2005, 748; VGH München, Beschl. v. 15.10.2012 – 1 CS 12.2118, BeckRS 2012, 58525 Rn. 6; OVG Lüneburg, BauR 2015, 478 = BeckRS 2014, 53502; Schoch in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Losebl., Stand: März 2015, § 80 Rn. 548; W.-R. Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 80 Rn. 200; Reimer, DÖV 2010, 688 [689]). Denn das Verfahren nach § 80 VII 2 VwGO **dient nicht** in der Art eines Rechtsmittelverfahrens der **Überprüfung, ob ein vorangegangener Beschluss nach § 80 V VwGO formell und materiell richtig** ist (BVerwGE 80, 16 [17 f.] = NVwZ 1988, 1022), sondern eröffnet die Möglichkeit, einer nachträglichen Änderung der Sach- und Rechtslage Rechnung zu tragen (BVerwG, Beschl. v. 10.03.2011 – 8 VR 2.11, BeckRS 2011, 48999 Rn. 8). Den Ast. des vorangegangenen Verfahrens nach § 80 V VwGO als Ag. dieses Verfahrens zu führen, trägt dem Umstand Rechnung, dass er und nicht der Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde Begünstigter der aufschiebenden Wirkung ist, die der Ast. dieses Verfahrens im Wege des Änderungsantrags bekämpft. Soweit sich aus dem Senatsbeschluss (BVerwGE 64, 347 [355] = NVwZ 1982, 370) etwas Abweichendes ergeben sollte, hält der Senat hieran nicht fest.

Das Verfahren ist in entsprechender Anwendung von § 92 III 1 VwGO einzustellen, nachdem Ast. und Ag. das Verfahren übereinstimmend für erledigt erklärt haben.“ (BVerwG aaO.)

1. Ein Rechtsbehelf ist geeignet, die Einlegungsfrist für die Verfassungsbeschwerde offenzuhalten, wenn er **nicht von vornherein aussichtslos** ist. Aussichtslos ist ein Rechtsbehelf nur dann, wenn er offensichtlich unstatthaft oder unzulässig ist.
2. Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde verpflichtet den Beschwerdeführer, **von einem Rechtsmittel auch dann Gebrauch zu machen**, wenn nach dem Stand von Rechtsprechung und Lehre **zweifelhaft** ist, ob es statthaft ist und in zulässiger Weise eingelegt werden kann.
3. Bezieht sich ein geltend gemachter Verfassungsverstoß allein auf den Ausspruch über die Kosten und Auslagen, kann die Verfassungsbeschwerde sich auch **nur gegen die Kostenentscheidung** richten ohne die Entscheidung in der Hauptsache einzubeziehen.

Fall: Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Kosten- und Auslagenentscheidung nach gerichtlicher Einstellung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens.

Der Bf. ist Geschäftsführer einer im Umzugsgewerbe tätigen GmbH, die einen Lkw mit einem zulässigen Gesamtgewicht von 7,49 Tonnen bis Januar 2013 dauerhaft an ein anderes Unternehmen vermietet hatte. Im Rahmen einer polizeilichen Kontrolle am 09.11.2012 wurde festgestellt, dass das Transportfahrzeug mehrfach ohne Fahrerkarte gelenkt worden war. Der Bf. trug im daraufhin eingeleiteten Bußgeldverfahren unter anderem vor, das anmietende Unternehmen habe den Lkw seinerseits für private Zwecke weitervermietet. Das Landesamt für Verbraucherschutz Sachsen-Anhalt setzte mit Bußgeldbescheid vom 18.02.2013 gegen den Bf. als GmbH-Geschäftsführer eine Geldbuße i.H.v. 375 € fest. Ihm wurde zur Last gelegt, als Vermieter des Lkw entgegen § 2 VI 1 FPersV nicht sichergestellt zu haben, dass die Daten aus dem Massespeicher des digitalen Kontrollgeräts zur Verfügung standen, und keine Maßnahmen zur Sicherstellung des Datenschutzes und der Datensicherheit getroffen zu haben; eine Kontrolle sei aus diesem Grunde nicht möglich gewesen. Der Bf. legte fristgerecht Einspruch gegen den Bußgeldbescheid ein und führte zur Begründung aus, dass ihm bereits aus Rechtsgründen die Begehung der Ordnungswidrigkeit nicht vorgeworfen werden könne, da § 2 VI 1 FPersV im hier gegebenen Fall nicht anwendbar sei. Überdies sei der Bescheid inhaltlich nicht hinreichend bestimmt, weshalb das Verfahren nach §§ 206 a, 260 StPO i.V.m. § 46 I OWiG einzustellen sei.

Das AG Halle (Saale) stellte das Verfahren, ohne den Bf. dazu anzuhören, außerhalb der Hauptverhandlung gem. § 47 II OWiG ein, nachdem die StA dem unter der Voraussetzung, dass kein Auslagenersatz angeordnet werde, zugestimmt hatte. Mit dem Beschluss wurden dem Bf. zugleich die Kosten des Verfahrens und seine notwendigen Auslagen auferlegt, weil dies – wie das

AG ohne weitere Begründung ausführte – der Sach- und Rechtslage angemessen erscheine. Der Bf. erhob hiergegen Anhö-
rungs- und Auslagenentscheidung. Unter Verweis auf den Verfahrensgang bean-
standete er eine Verletzung rechtlichen Gehörs und hinsichtlich der Entscheidung über die Verfahrenskosten und seine notwen-
digen Auslagen, die zu § 467 I und IV StPO in Widerspruch stehe, zudem einen – von ihm näher ausgeführten – Verstoß gegen
das Willkürverbot. Das AG Halle (Saale) verwarf den Rechtsbehelf, ohne auf die rechtliche Argumentation des Bf. einzugehen.
Gegen diese Entscheidung legte der Bf. Beschwerde ein, welche das LG Halle verwarf. Hiergegen richtet sich die Verfassungs-
beschwerde des Beschwerdeführers.

I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

„Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Insbesondere hat der Bf. den **Rechtsweg** i.S.d. § 90 II 1 BVerfGG ordnungsgemäß
erschöpft und die **Einlegungsfrist** (§ 93 I 1 BVerfGG) **gewahrt**. Die von ihm erhobene Anhö-
rungs- und Auslagenentscheidung waren geeignet, die Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde offenzuhalten, weil sie **nicht**
von vornherein aussichtslos waren. **Aussichtslos** ist ein Rechtsbehelf nur dann, wenn er offensichtlich unstatthaft oder unzu-
lässig ist (vgl. BVerfGE 5, 17 [19] = NJW 1956, 985; BVerfGE 28, 1 [6] = NJW 1970, 651; BVerfGE 48, 341 [344] = NJW 1978,
1912 Ls. = BeckRS 9998, 148113; BVerfGK 7, 115 [116] = BeckRS 2005, 33615; BVerfGK 11, 203 [205 ff.] = NJW-RR 2008, 75;
BVerfGK 20, 300 [302 ff.] = BeckRS 2014, 55997). Davon ist hier nicht auszugehen.“ (BVerfG aaO.)

1. Anhörungsrüge als Rechtsweg

„Nach § 90 II 1 BVerfGG war der Bf. aus Gründen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gehalten, **gegen die nicht**
anfechtbare (§ 47 II 3 OWiG; § 464 III 1 Hs. 2 StPO i.V.m. § 46 I OWiG) **Entscheidung** des AG vom 24.09.2013 **Anhö-**
rungs- und Auslagenentscheidung nicht angehört. Das Gericht kann in einem
solchen Fall im Verfahren nach § 33 a StPO i.V.m. § 46 I OWiG seine an sich unanfechtbare Entscheidung über die Kosten
und Auslagen prüfen und ändern (vgl. BVerfG [1. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 08.10.2001 – 2 BvR 1424/01,
BeckRS 2001, 23239 Rn. 1; BayOLG, Beschl. v. 25.06.1980 – 1 Ob OWi 288/80 Rn. 4 f.; BerlVerfGH, Beschl. v. 18.07.2006
– 43/03, BeckRS 2006, 28307 Rn. 16; LG Flensburg, DAR 1985, 93 [94]; Mitsch in KK-OWiG, 4. Aufl. 2014, § 47 Rn. 140;
BeckOK OWiG/Bücherl, 15.12.2014, § 47 Rn. 31; Seitz in Göhler, OWiG, 16. Aufl. 2012, § 47 Rn. 36).

Dabei **beschränken die Vorschriften der §§ 33, 33 a StPO** – entgegen der Ansicht von AG und LG – die gebotene
nachträgliche Anhörung nicht auf Tatsachen und Beweisergebnisse; vielmehr ist über den Wortlaut der Bestimmung-
gen im engeren Sinne hinaus jeder Aspekt des rechtlichen Gehörs erfasst (vgl. BVerfGE 42, 243 [250] = NJW 1976, 1837;
BVerfGK 12, 111 [116] = NSTZ-RR 2008, 16). Art. 103 I GG gewährleistet dem Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht
nur zu dem einer Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt, sondern **auch zur Rechtslage zu äußern** (vgl. BVerfGE
60, 175 [210, 211 f.] = NJW 1982, 1579; BVerfGE 86, 133 [144] = VIZ 1992, 401 = NJW 1992, 2877 Ls.) und verpflichtet
die entscheidenden Gerichte, die entsprechenden Ausführungen zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (vgl.
BVerfGE 21, 191 [194] = NJW 1967, 923; BVerfGE 96, 205 [216] = NJW 1997, 2310 = NZA 1997, 996; BVerfG [2. Kammer
des Ersten Senats], Beschl. v. 05.07.2013 – 1 BvR 1018/13, BeckRS 2013, 53736 Rn. 14).“ (BVerfG aaO.)

2. Beschwerde gegen Zurückweisung der Anhörungsrüge als Rechtsweg

„Die gegen den die Anhörungsrüge zurückweisenden Beschluss des AG vom 23.07.2014 eingelegte **Beschwerde** (§ 304
I StPO i.V.m. § 46 I OWiG) **gehörte ebenfalls zum Rechtsweg** i.S.v. § 90 II 1 BVerfGG. Der Grundsatz der Subsidiarität
der Verfassungsbeschwerde **verpflichtet** den Bf., von einem Rechtsmittel auch dann **Gebrauch zu machen**, wenn nach
dem Stand von Rechtsprechung und Lehre **zweifelhaft ist**, ob es statthaft ist und **in zulässiger Weise eingelegt werden**
kann (vgl. BVerfGE 16, 1 [2 f.] = NJW 1963, 1491; BVerfGE 28, 1 [6] = NJW 1970, 651; BVerfGE 48, 341 [344] = NJW
1978, 1912 Ls. = BeckRS 9998, 148113; BVerfGE 91, 93 [106] = NJW 1994, 2817; BVerfGK 20, 300 [302] = BeckRS 2014,
55997).

Es ist **streitig**, ob **gegen eine nach § 33 a StPO ergangene Entscheidung die Beschwerde statthaft** ist. Die überwie-
gende Auffassung bejaht dies jedenfalls für den Fall, dass das Gericht die Durchführung des Nachverfahrens aus formellen
Gründen abgelehnt hat (vgl. zum Streitstand OLG Celle, NJW 2012, 2899 Rn. 4). Da das AG sich einer erneuten sachlichen
Prüfung verschlossen hat, weil es der unzutreffenden Ansicht war, **Rechtsvortrag des Bf. im Anhörungsverfahren generell**
nicht berücksichtigen zu müssen, waren diese Voraussetzungen hier gegeben. Der Bf. durfte deshalb davon ausgehen,
dass seine Beschwerde nicht von vornherein aussichtslos war.“ (BVerfG aaO.)

3. Verfassungsbeschwerde nur gegen Kostenentscheidung

„Die Verfassungsbeschwerde ist schließlich nicht deshalb unzulässig, weil sie sich **lediglich gegen eine Kostenentschei-**
dung richtet und nicht zugleich gegen die damit verbundene Entscheidung in der Hauptsache. Der **geltend gemachte**
Verfassungsverstoß bezieht sich **allein auf den Ausspruch über die Kosten und Auslagen**. In einem solchen Fall
besteht ein Rechtsschutzbedürfnis für dessen verfassungsgerichtliche Überprüfung. Anderenfalls wäre der verfassungsge-
richtliche Rechtsschutz lückenhaft, denn der Betroffene hätte keine Möglichkeit, sich gegen eine selbstständig in einer
Kostenentscheidung enthaltene Verletzung seiner verfassungsmäßigen Rechte zur Wehr zu setzen (vgl. BVerfGE 74, 78
[89 f.] = NJW 1987, 2569; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 18.04.2006 – 1 BvR 2094/05, BeckRS 2010,
48116 Rn. 11 und NJW 2010, 1349 Rn. 9; vgl. ferner BerlVerfGH, Beschl. v. 18.07.2006 – 43/03 BeckRS 2006, 28307 Rn.
13).“ (BVerfG aaO.)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

RVG
§ 15 II**Vorliegen derselben Angelegenheit**
Unterlassungs-, Gegendarstellungs- und Richtigstellungsansprüchen

GebührenR

(BGH in NJW 2016, 1245; Urteil vom 17.11.2015 – VI ZR 492/14)

Bei der Geltendmachung von Unterlassungs-, Gegendarstellungs- und Richtigstellungsansprüchen liegt regelmäßig **nicht dieselbe Angelegenheit** im Sinne des § 15 II RVG vor.

Fall: Der Kl. verlangt von der Bekl. die Erstattung von Rechtsanwaltskosten für die Geltendmachung von Unterlassungs-, Gegendarstellungs- und Richtigstellungsansprüchen. Die Bekl. ist Verlegerin und Herausgeberin der Print- und Onlineausgabe der B-Zeitung. Der Kl. ist Unternehmer und war vormals in dem Unternehmen A beschäftigt. Unmittelbar nach dem Ende dieser Tätigkeit arbeitete er für das Unternehmen B und danach für die Firma G. In den Print- und Onlineausgaben der B-Zeitung vom 21.11.2012 veröffentlichte die Bekl. einen Artikel, der in Bezug auf den Kl. unter voller Namensnennung die folgenden Tatsachenbehauptungen enthielt: „Vor seinem Engagement bei der angeblichen Biotech-Firma war J Vorstandschef des großen Bremer Fruchthandelsunternehmens A. Bei einer Übernahme verlor J dort seinen Job. Seitdem, so heißt es in Bremen, sei er auf der Suche nach neuen Angeboten.“ Mit getrennten Schreiben vom 23.11.2012 forderten die Prozessbevollmächtigten des Kl. in dessen Auftrag die Bekl. zur Unterlassung, Gegendarstellung und Richtigstellung auf. Die Bekl. gab daraufhin mit Schreiben vom 26.11.2012 die geforderte Unterlassungserklärung ab. Sie erklärte sich bereit, den Gegendarstellungs- und Richtigstellungsanspruch durch eine Korrekturberichterstattung zu erfüllen, was in der Folgezeit geschah. Am 29.11.2012 machten die Prozessbevollmächtigten des Kl. gegenüber der Bekl. Ansprüche auf Erstattung der durch die Aufforderungsschreiben entstandenen Rechtsanwaltsgebühren geltend, wobei sie die Begehren auf Unterlassung, Gegendarstellung und Richtigstellung als drei Angelegenheiten im gebührenrechtlichen Sinne abrechneten. Für die Begehren auf Unterlassung und Richtigstellung legten sie jeweils eine 1,3-Geschäftsgebühr, für das Begehren auf Gegendarstellung eine 1,5-Geschäftsgebühr zu Grunde. Auf diese Forderungen in Höhe von insgesamt 4.813,14 € zahlte die Bekl. einen Teilbetrag i.H.v. 1530,58 €. Mit der Klage hat der Kl. Zahlung eines nicht erstatteten Betrags i.H.v. 3.238,56 € verlangt.

„Die **Kosten der Rechtsverfolgung** und deshalb auch die Kosten eines mit der Sache befassten RA, soweit sie zur Wahrnehmung der Rechte **erforderlich und zweckmäßig** waren, gehören grundsätzlich zu dem wegen einer unerlaubten Handlung zu ersetzenden **Schaden** (vgl. BGH NJW 1995, 446; NJW-RR 2008, 656 Rn. 13 m.w.N.; NJW 2008, 1744 Rn. 5). Dementsprechend wird von der Bekl. auch nicht weiter in Frage gestellt, dass sie wegen der abgemahnten Veröffentlichungen zum Ersatz der notwendigen Rechtsanwaltskosten verpflichtet ist, die der Kl. dem für ihn tätigen RA zu zahlen hat. Die Revision macht nur geltend, es handele sich bei den mit den drei Anwaltsschreiben vom 23.11.2012 angemeldeten Ansprüchen **um eine Angelegenheit im gebührenrechtlichen Sinne** und es sei nur eine 1,3-Geschäftsgebühr für die außergerichtliche Geltendmachung einer Gegendarstellung anzusetzen.

Das BerGer. hat im Streitfall mit Recht drei verschiedene Angelegenheiten im gebührenrechtlichen Sinne angenommen.

Wie die Revision nicht in Frage stellt, ist das BerGer. bei seiner Beurteilung im rechtlichen Ausgangspunkt von den Grundsätzen ausgegangen, welche der erkennende Senat für **Klagen auf Erstattung der Rechtsanwaltsgebühren** im Zusammenhang mit der **Geltendmachung presserechtlicher Ansprüche** wegen Veröffentlichungen in Presseorganen entwickelt hat. Es hat insbesondere berücksichtigt, dass ein Erstattungsanspruch grundsätzlich voraussetzt, dass der Geschädigte im Innenverhältnis zur Zahlung der in Rechnung gestellten Kosten verpflichtet ist und die konkrete anwaltliche Tätigkeit im Außenverhältnis aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig war (vgl. Senat, NJW 2010, 3037 Rn. 14 m.w.N.; NJW 2011, 784 Rn. 11; NJW 2011, 2591 Rn. 7; NJW 2011, 3167 Rn. 8).

Das BerGer. hat ... den Begriff der **Angelegenheit im gebührenrechtlichen Sinne** nicht verkannt. Es hat mit Recht im Hinblick auf die Begründung des erkennenden Senats in seinem Urteil vom 03.08.2010 (NJW 2010, 3037 Rn. 18 ff.) im Streitfall angenommen, dass es sich bei der außergerichtlichen Geltendmachung des **Unterlassungs-, Gegendarstellungs- und Richtigstellungsanspruchs** um **drei verschiedene Angelegenheiten** im gebührenrechtlichen Sinne handelt. Nach den Ausführungen des Senats unterscheiden sich die von den Anwälten des Kl. im Rahmen der Geltendmachung der verschiedenen presserechtlichen Ansprüche erbrachten **anwältl. Leistungen sowohl inhaltlich als auch in der Zielsetzung** maßgeblich. Gegendarstellungs- und Berichtigungsbegehren sind gegenüber dem Unterlassungsbegehren ihrem Wesen nach verschieden. Während der **Unterlassungsanspruch** der **Abwehr zukünftigen rechtswidrigen Verhaltens** dient, zielt der **Berichtigungsanspruch** auf die **Beseitigung einer rechtswidrigen Störung** durch den Verletzer. Er räumt dem Betr. das Recht ein, die Richtigstellung einer unwahren Tatsachenbehauptung zu verlangen, um einem Zustand fortdauernder Rufbeeinträchtigung ein Ende zu machen. Demgegenüber gewährt der **Gegendarstellungsanspruch** dem Betr. ein **Entgegnungsrecht in dem Medium, das über ihn berichtet hat**. Sein Zweck besteht darin, den Verletzten ohne Prüfung der Wahrheit seiner Erklärungen selbst zu Wort kommen zu lassen. Die Presse muss eine Gegendarstellung auch dann abdrucken, wenn sie von der Richtigkeit der Erstmitteilung überzeugt ist (BGH, NJW 2010, 3037 Rn. 18 m.w.N.). Hinzu kommt, dass die verschiedenen Ansprüche vom RA ein unterschiedliches Vorgehen verlangen.“ (BGH aaO.)

RVG
§§ 3 a I 1, 4 b**Rückforderung von vereinbartem Anwaltshonorar**
Ausschluss nach Treu und Glauben

VergütungsR

(BGH in NJW 2016, 1391; Urteil vom 22.10.2015 – IX ZR 100/13)

I. Folgen des Formmangels

„Mit Recht nimmt das BerGer. allerdings an, dass bei der von den Parteien am 21.07.2008 getroffenen Vereinbarung über eine pauschale Vergütung i.H.v. 25.000 € für die Tätigkeit der Bekl. im Zusammenhang mit dem Wiederaufnahmeverfahren betreffend die Verurteilung durch das LG Nürnberg-Fürth die durch § 3 a I 1 RVG vorgeschriebene Textform nicht eingehalten wurde. Der Formmangel macht die Vereinbarung zwar **nicht nichtig**. Er führt aber dazu, dass der Anspruch der Bekl. **auf die gesetzliche Vergütung beschränkt** ist (§ 4 b S. 1 RVG; BGH NJW 2014, 2653). Diese beläuft sich einschließlich Kopiekosten und Entgeltpauschale auf 1.102,18 €. Die entsprechende Berechnung des Kl. haben die Bekl. nicht beanstandet.“ (BGH aaO.)

II. Ausschluss der Rückforderung wegen Treuwidrigkeit

„Im Anschluss an Rspr. des RG (RGZ 144, 89 [91]) hat der BGH entschieden, **unabhängig von § 814 BGB** könne eine **Rückforderung nach § 242 BGB auch bei bloßen Zweifeln an der Verpflichtung ausgeschlossen** sein, dann nämlich, wenn dem Empfänger erkennbar gemacht werde, der Leistende wolle die Leistung auch für den Fall bewirken, dass keine Verpflichtung dazu bestehe, wenn also das Verhalten des Leistenden derart sei, dass der Empfänger daraus schließen = NJW 1960, 1522; BGH, NJW-RR 2014, 1133 Rn. 112). Ob das Verhalten des Leistenden vom Empfänger in diesem Sinne verstanden werden kann, ist eine Frage der tatrichterlichen Auslegung, die in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt darauf überprüft werden kann, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist (st. Rspr., vgl. BGH, NJW-RR 2015, 264 0 Rn. 37; NJW 2015, 2584 Rn. 33, jew. m.w.N.). Ein solcher Fall liegt hier vor. Das BerGer. hat wesentlichen Auslegungstoff außer Acht gelassen. Treuwidrig im vorgenannten Sinne handelt ein Leistender nur dann, wenn er an einer in vollem Umfang wirksamen Verpflichtung zweifelt, sich aber gleichwohl in einer Weise verhält, dass der Leistungsempfänger annehmen darf, der Leistende sei sich der Möglichkeit einer fehlenden Verpflichtung bewusst, wolle hieraus aber keine Rechte ableiten. Solche den Bekl. **erkennbare Zweifel des Kl. an einer in vollem Umfang formwirksamen Verpflichtung** wurden nicht festgestellt.“ (BGH aaO.)

GKG
§ 52 I

**Streitwert für Nachbarklagen
Baugenehmigungen für Einfamilienhäuser**

KostenR

(OVG Bautzen in LKV 2016, 183; Beschluss vom 23.07.2015 – 1 E 57/15)

Liegen keine Anhaltspunkte für einen abweichenden wirtschaftlichen Schaden vor, ist in Anknüpfung an den nach Nr. 9.7.1 des Streitwertkatalogs 2013 zu berücksichtigenden Rahmen der Streitwert für Nachbarklagen gegen Baugenehmigungen für **Einfamilienhäuser**, auch wenn sie über eine Einliegerwohnung verfügen, **grundsätzlich mit 7.500 €** und in Abgrenzung dazu bei Mehrfamilienhäusern, die im Weiteren u.a. von Hochhäusern sowie Gebäuden mit gewerblicher und industrieller Nutzung zu unterscheiden sind, mit 10.000 €, anzusetzen.

„Nach § 52 I GKG ist in Verfahren vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit, soweit nichts anderes bestimmt ist, der Streitwert nach der sich aus dem Antrag eines Kl. für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Danach ist bei einem **Antrag des Nachbarn** auf Aufhebung einer dem Bauherrn erteilten Baugenehmigung nach Nr. 9.7.1 des hier anzuwendenden **Streitwertkatalogs 2013 regelmäßig ein Streitwert von 7.500 € bis 15.000 €**, soweit nicht ein höherer wirtschaftlicher Schaden feststellbar ist, festzusetzen. Anders als im Streitwertkatalog 2013 enthielt Nr. 9.7.1 des Streitwertkatalogs 2004 (NVwZ 2004, 1327) keinen Rahmen für die Streitwerthöhe, sondern nur den Betrag von 7.500 €, der vom Senat in ständiger Rechtsprechung bei fehlender Darlegung einer konkreten Grundstückswertminderung als Auffangwert in Ansatz gebracht wurde (vgl. etwa OVG Bautzen, Beschl. v. 20.10.2005 – 1 BS 251/05).

Aufgrund des nunmehr zu berücksichtigenden Rahmens sowie unter Einbeziehung einer Teuerungsrate hält der Senat in teilweiser Abweichung von der Rechtsprechung des VGH Mannheim (vgl. Beschl. v. 13.08.2014 – 8 S 979/14, juris) bei **Einfamilienhäusern**, auch wenn sie über eine Einliegerwohnung verfügen, einen **Betrag von 7.500 €** und in Abgrenzung dazu bei **Mehrfamilienhäusern**, die im Weiteren u.a. von Hochhäusern sowie Gebäuden mit gewerblicher und industrieller Nutzung zu unterscheiden sind, einen **Betrag in Höhe von 10.000 €, für angemessen**.

Dies zugrunde gelegt, ist hier ein Betrag von 10.000 € für das zur Genehmigung gestellte Mehrfamilienhaus in Ansatz zu bringen, da seitens des Ast. ein Schaden weder beziffert noch dargelegt worden ist.“ (OVG Bautzen aaO.)

ZPO
§§ 709, 788

**Kosten der Prozessbürgschaft
Kosten der Zwangsvollstreckung**

KostenR

(BGH in MDR 2016, 485; Beschluss vom 10.02.2016 – VII ZB 53/13)

Die **Kosten für eine Prozessbürgschaft** zur Vollstreckung aus einer nur gegen Stellung einer Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten Entscheidung gem. § 709 S. 1 ZPO sind **Kosten der Zwangsvollstreckung** i.S.d. § 788 I ZPO.

„Ob **Avalkosten für eine Prozessbürgschaft** für eine nur gegen Stellung einer Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärte Entscheidung gem. § 709 S. 1, § 711 S. 1 Halbs. 3 ZPO als **Kosten der Zwangsvollstreckung** nach § 788 I ZPO **oder als Verfahrenskosten** nach §§ 91, 103 ZPO einzuordnen sind, ist umstritten. Der BGH konnte diese Frage bislang offen lassen (vgl. BGH, Beschl. v. 04.10.2012 – VII ZB 11/10, NJW 2012, 3789 – Rn.).

Die **ganz überwiegende Meinung in der Rechtsprechung** der Instanzgerichte und im Schrifttum geht davon aus, dass Beschaffungskosten für eine vom Gläubiger nach § 709 S. 1 ZPO zu leistende Sicherheit **Kosten der Zwangsvollstreckung** i.S.d. § 788 I ZPO sind (vgl. OLG Koblenz v. 08.03.2004 – 14 W 184/04 – Rn. 6, MDR 2004, 835 = juris; ...). **Vereinzelte wird hingegen angenommen**, dass es sich um Kosten zur Beschaffung des Titels und damit um Kosten des Rechtsstreits, die nach §§ 103 ff. ZPO festzusetzen sind, handelt (vgl. OLG Koblenz, BeckRS 2010, 11399; ...).

Der **Senat entscheidet diese Streitfrage nunmehr dahingehend**, dass die Kosten einer Prozessbürgschaft für eine nur gegen Stellung einer Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärte Entscheidung gem. § 709 S. 1, § 711 S. 1 Halbs. 3 ZPO **Kosten der Zwangsvollstreckung** i.S.d. § 788 I ZPO sind. **Kosten des Rechtsstreits** auf Seiten des klagenden Gläubigers sind die **Kosten, die notwendig sind, um einen Titel zu erlangen**. Titel nach § 704 ZPO sind u.a. Endurteile, die für vorläufig vollstreckbar erklärt sind. Sind solche Titel nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, so stellt diese **Sicherheitsleistung eine besondere Vollstreckungsvoraussetzung** nach § 751 II ZPO dar. Kosten zur Erlangung dieser Sicherheit sind deshalb **Kosten der Zwangsvollstreckung** i.S.d. § 788 I ZPO. Sie dienen nicht der Erlangung eines Titels, sondern **ermöglichen den Zugriff auf das Schuldnervermögen** bereits im Stadium der nur vorläufigen Vollstreckbarkeit zur Abwendung des Risikos der Insolvenz des Schuldners bei gleichzeitiger Absicherung des Schuldners für den Fall der späteren Aufhebung oder Abänderung der vorläufig vollstreckbaren Entscheidung im Rechtsmittelzug. Solche Kosten sind auch die für eine Prozessbürgschaft anfallenden Avalzinsen und -gebühren.“ (BGH aaO.)

Aus der Praxis

ZPO
§ 126

Gesetzliche Beitreibungsrecht des beigeordneten RA Vorrang vor Pfändung des Kostenerstattungsanspruchs (BGH in Rpfleger 2016, 300; Beschluss vom 11.11.2015 – XII ZB 241/15)

ZivilProzR

Das gesetzliche Beitreibungsrecht des im Prozesskostenhilfverfahren beigeordneten Rechtsanwalts geht einer Pfändung des Kostenerstattungsanspruchs der von ihm vertretenen Partei vor.

Fall: Die Beteiligten streiten um die Kostenfestsetzung aus einem rechtskräftig abgeschlossenen Rechtsstreit.

Der Kläger führte gegen die vier Beklagten einen auf Zahlung von Miete gerichteten Rechtsstreit. Den Beklagten zu 1 und 2 wurde für das Berufungsverfahren Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von "Rechtsanwalt B. und Kollegen" bewilligt. Durch Endurteil wurden dem Kläger die den Beklagten zu 1 und 2 im Berufungsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten auferlegt. Deren damalige Prozessbevollmächtigte haben mit Schriftsatz vom 14.07.2006 für die Beklagten zu 1 und 2 beantragt, die vom Kläger zu erstattenden Kosten auf 6.547,19 € Wahlanwaltsvergütung unter Berücksichtigung ausgezahlter Prozesskostenhilfvergütung von 1.968,97 € festzusetzen. Mit Schriftsatz vom 15.08.2007 haben sie den Antrag unter Zugrundelegung eines verringerten Streitwerts auf 5.228,51 € Wahlanwaltsvergütung reduziert.

Durch Beschluss des Amtsgerichts - Vollstreckungsgericht - vom 03.08.2007 wurden aufgrund eines anderweitigen Titels die angeblichen Kostenerstattungsansprüche der Beklagten gegen den Kläger zu Gunsten der Beteiligten zu 3 gepfändet und ihr zur Einziehung überwiesen. Die Beteiligte zu 3 hat daraufhin die Festsetzung zu ihren Gunsten beantragt.

Mit Schriftsatz vom 13.11.2007 haben die damaligen Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 1 und 2 den für die Partei gestellten Kostenfestsetzungsantrag zurückgenommen und gemäß § 126 ZPO die Festsetzung der Kosten zu eigenen Gunsten, nämlich der "Rechtsanwälte B. und Kollegen", in Höhe von 5.228,51 € abzüglich der durch Prozesskostenhilfe bereits ausgezahlten Kosten beantragt. Durch weiteren Schriftsatz vom 15.01.2008 haben sie klargestellt, dass die Kosten allein zu Gunsten von Rechtsanwalt B. (Beteiligter zu 1) festzusetzen seien.

Das Landgericht hat zu Gunsten des Beteiligten zu 1 Kosten in Höhe von 3.259,54 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.07.2006 gegen den Kläger festgesetzt und den weiteren Festsetzungsantrag der Beteiligten zu 3 zurückgewiesen.

I. Eigens Beitreibungsrecht

„Gemäß § 126 I ZPO sind die für die Partei bestellten Rechtsanwälte berechtigt, **ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozesskosten verurteilten Gegner im eigenen Namen beizutreiben**. Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat (BGHZ 5, 251, 253; BGH Beschluss vom 20.11.2012 - VI ZB 64/11 - FamRZ 2013, 201 Rn. 8), räumt die Vorschrift dem beigeordneten Rechtsanwalt ein **selbständiges Beitreibungsrecht ähnlich einem Überweisungsgläubiger** (§§ 835 f. ZPO) ein. Dem Rechtsanwalt ist damit die Einziehung des Kostenerstattungsanspruchs seiner Partei **als Prozessstandschafter übertragen** (Senatsbeschluss vom 14.02.2007 - XII ZB 112/06 - FamRZ 2007, 710 Rn. 11; BGH Beschluss vom 09.07.2009 - VII ZB 56/08 - FamRZ 2009, 1577 Rn. 4).“ (BGH aaO.)

II. Keine Einrede gegen den Anspruch aus der Person der Partei

„Gemäß § 126 II ZPO ist eine **Einrede gegen den Anspruch aus der Person der Partei nicht zulässig**. Der Gegner kann (nur) mit Kosten aufrechnen, die nach der in demselben Rechtsstreit über die Kosten erlassenen Entscheidung von der Partei zu erstatten sind.

Mit dieser Regelung sollen dem beigeordneten Rechtsanwalt - über die Gebühren im Rahmen der Prozesskostenhilfe hinaus - seine Vergütungsansprüche gesichert werden (Senatsbeschluss vom 14.02.2007 - XII ZB 112/06 - FamRZ 2007, 710 Rn. 11). Der Ausschluss von Einreden aus der Person der Partei (**sog. Verstrickung**) tritt deshalb bereits mit der Entstehung des **Kostenerstattungsanspruchs ein** (OLG Schleswig JurBüro 1997, 368, 369; Musielak/Voit/Fischer ZPO 12. Aufl. § 126 Rn. 10; BeckOK ZPO/Kratz [Stand: 01.06.2015] § 126 Rn. 18) und ist so lange gerechtfertigt, wie der beigeordnete Rechtsanwalt die Kostenforderung noch im eigenen Namen geltend machen kann. **Unerheblich** ist demgegenüber, ob der Rechtsanwalt sein **Beitreibungsrecht nach § 126 I ZPO im Zeitpunkt der Einwendung bereits ausgeübt** hatte (Senatsbeschluss vom 14.02.2007 - XII ZB 112/06 - FamRZ 2007, 710 Rn. 12).

Zwar kann die **Verstrickung** des Kostenerstattungsanspruchs **nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift dann entfallen**, wenn - z.B. durch den Erlass eines Kostenfestsetzungsbeschlusses für die Partei - deutlich wird, dass der Rechtsanwalt von seinem Einziehungsrecht keinen Gebrauch macht (BeckOK ZPO/Kratz [Stand: 01.06.2015] § 126 Rn. 19; vgl. auch Senatsbeschluss vom 14.02.2007 - XII ZB 112/06 - FamRZ 2007, 710 Rn. 13). Erst dann können auch Einwendungen aus der Person der Partei den Kostenerstattungsanspruch zum Erlöschen bringen. Diese Wirkungen treten jedoch nicht schon dann ein, wenn - wie hier - zunächst ein Festsetzungsantrag für die Partei gestellt, dieser jedoch vor Erlass eines Kostenfestsetzungsbeschlusses wieder zurückgenommen wird.“ (BGH aaO.)

III. Pfändung als Einrede aus der Person der Partei

„Die von der Beteiligten zu 3 ausgebrachte **Pfändung** fällt auch unter den Begriff der **"Einrede aus der Person der Partei"**, die gemäß § 126 II ZPO nicht gegen den Anspruch erhoben werden kann.

Der Begriff der "Einreden" umfasst in diesem Zusammenhang **alle Einwendungen aus Rechtsbeziehungen des Kostengläubigers**, aus denen der Kostenschuldner eine Verteidigung gegen den Zahlungsanspruch herleiten kann, **nicht nur Einreden im rechtstechnischen Sinne** (Zöller/Geimer ZPO 30. Aufl. § 126 Rn. 14; Poller/Teubel/Steinberger Gesamtes Kostenhilferecht 2. Aufl. § 126 ZPO Rn. 20). Hierunter fallen etwa die Abtretung oder die Pfändung (vgl. Stein/Jonas/Bork ZPO 22. Aufl. § 126 Rn. 8).

Die **Partei** ist nämlich im Falle der Beitreibung durch den Rechtsanwalt gemäß § 126 ZPO **nicht mehr berechtigter Zahlungsempfänger**. Diese Verfügungsbeschränkung wirkt gemäß §§ 135, 136 BGB zugunsten des Rechtsanwalts; ihm gegenüber ist eine etwaige Erfüllung der Kostenschuld durch Leistung an die Partei unwirksam (vgl. für den Fall der Forderungsüberweisung BGHZ 58, 25, 26 f. = NJW 1972, 428; BGHZ 82, 28, 31 = NJW 1982, 173, 174). Der Kostenschuldner wird dann von seiner

Zahlungspflicht allein durch Leistung an den berechtigten Rechtsanwalt befreit. Zwar steht der Partei der Kostenerstattungsanspruch trotz des ihrem Rechtsanwalt gemäß § 126 ZPO eingeräumten Beitreibungsrechts weiterhin zu (Senatsbeschluss vom 14.02.2007 - XII ZB 112/06 - FamRZ 2007, 710 Rn. 11; BGH Beschluss vom 09.07.2009 - VII ZB 56/08 - FamRZ 2009, 1577 Rn. 4), weshalb er auch weiterhin der Forderungspfändung unterliegt. Die **Pfändung geht dem gesetzlichen Einziehungsrecht des Rechtsanwalts** jedoch aufgrund der durch § 126 II ZPO angeordneten, bereits mit dem Entstehen des Anspruchs eintretenden Verstrickungswirkung **im Rang nach**. Das eigene Einziehungsrecht des nachrangigen Vollstreckungsgläubigers greift daher nur so weit, als ihm nicht das vorrangige Einziehungsrecht des Rechtsanwalts vorgeht. (BGH aaO.)

ZPO
§ 114

**Mutwilligkeit bei Prozesskostenhilfe
Abwarten des Ausgangs von Parallelverfahren**

GebührenR

(OVG Weimar in LKV 2016, 192; Beschluss vom 27.04.2015 – 3 ZO 720/14)

Die Rechtsverfolgung ist **mutwillig** i.S.d. § 114 I 1, II ZPO, wenn dem Antragsteller zugemutet werden kann, die Klärung aufgeworfener Rechtsfragen im Rahmen bereits **vorgehend von ihm anhängig gemachter Parallelverfahren** abzuwarten.

Fall: Der Ast. begehrt – bundesweit flächendeckend – die Herausgabe aktueller Telefonlisten der jeweils regional tätigen Jobcenter nach dem Informationsfreiheitsgesetz; insoweit führt er diverse Klageverfahren. Das VG lehnte den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für ein bei ihm anhängiges entsprechendes Verfahren ab. Die dagegen erhobene Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe setzt voraus, dass der sie begehrende Verfahrensbeteiligte nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder -verteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint (§ 166 VwGO i.V.m. § 114 S. 1 ZPO).

„Gemäß § 114 II ZPO ist die **Rechtsverfolgung mutwillig**, wenn eine Partei, die keine Prozesskostenhilfe beansprucht, **bei verständiger Würdigung aller Umstände** von der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung absehen würde, obwohl eine hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht.

Diese seit dem 01.01.2014 geltende Regelung kodifiziert die schon bisher herrschende Rechtsprechung, wonach als **Vergleichsperson derjenige Bemittelte heranzuziehen** ist, der seine **Prozessaussichten vernünftig abwägt** und dabei auch das Kostenrisiko berücksichtigt. Denn Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG steht auch einer Besserstellung desjenigen entgegen, der seine Prozessführung nicht aus eigenen Mitteln bestreiten muss und daher von vornherein kein Kostenrisiko trägt (BVerfG, Beschlüsse v. 18.11.2009 – 1 BvR 2255/08, NJW 2010, 988 f. und v. 14.10.2008 – 1 BvR 2310/06, BVerfGE 122, 39; OVG Münster, Beschl. v. 17.12.2014 – 8 E 1090/14, juris).

In diesem Sinne ist die Rechtsverfolgung des Ast. **mutwillig**. Wie sich aus dem Vortrag des Ast. und den von ihm vorgelegten Unterlagen ergibt, ist es das Bestreben des Ast., **bundesweit flächendeckend die Herausgabe aktueller Telefonlisten** der jeweils regional tätigen Jobcenter zu erlangen und auch im Klagewege zu erstreiten. Dieses Verlangen und die damit aufgeworfenen Rechtsfragen sind bereits bundesweit Gegenstand mehrerer Klageverfahren vor verschiedenen Verwaltungsgerichten; auf die im erstinstanzlichen Beschluss dazu enthaltenen Ausführungen wird verwiesen. Ein sein **Kostenrisiko vernünftig abwägender Bürger**, der die Prozesskosten aus eigenen Mitteln finanzieren muss, würde vorliegend angesichts der vom Ast. selbst dargelegten Uneinigkeit der bisher mit den auch hier streitentscheidenden Rechtsfragen befassten Verwaltungsgerichten (siehe zum Meinungsstand auch: „Zugang zu den Diensttelefonlisten der Jobcenter nach dem IFG – Aktuelle Rechtslage“, LKV 2014, 529 f.; „Zugang zu behördlichen Telefonlisten“ Publicus online 2015.4) **kein weiteres Hauptsacheverfahren** gerichtet auf Herausgabe einer vollständigen Diensttelefonliste eines weiteren Jobcenters anstrengen, so lange die hier maßgeblichen Rechtsfragen **bereits in einem anderen Verfahren anhängig sind** (sog. „**unechte Musterverfahren**“). Denn auf diesem Wege kann er im Falle einer in seinem Sinne positiven höchstrichterlichen Entscheidung vom Ausgang dieses Verfahrens auch gegenüber allen anderen Jobcentern profitieren, ohne einem weiteren Kostenrisiko zu unterliegen (vgl. VGH München, Beschl. v. 23.10.2014 – 5 C 14.1925, juris). Dass der Ast. selbst eine bereits andernorts angestrebte obergerichtliche Klärung der Rechtsfragen als Maßstab für die Prüfung seines Informationsanspruches erachtet, wird auch daraus ersichtlich, dass er im Hinblick auf die Entscheidung des OVG Bautzen in dem (von ihm selbst als Musterprozess bezeichneten) Verfahren zum dortigen Aktenzeichen 5 A 207/13 das Ruhen des vorliegenden Verfahrens auf Gewährung von Prozesskostenhilfe beantragt hat.“ (OVG Weimar aaO.)

VwGO
§ 132 II

**Wiedereinsetzung in den vorigen Stand
Divergenz aufgrund von Urteil nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist**

VerwProzR

(BVerwG in NVwZ 2016, 468; Beschluss vom 29.10.2015 – 3 B 70/15)

1. Die **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** wegen Säumnis der Frist zur Begründung einer Nichtzulassungsbeschwerde (§§ 60 I und II 1 Teils. 2, 133 III VwGO) ist **nicht schon deshalb ausgeschlossen**, weil über die **Beschwerde bereits entschieden** wurde.
2. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen einer **nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist entstandenen Divergenz** ist nicht möglich. Ob sie für einzelne Rechtsbehelfsgründe überhaupt in Betracht kommt, bleibt (weiterhin) offen.
3. Die Zulassung der Revision wegen einer nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist entstandenen Divergenz kommt nur auf der Grundlage einer entsprechenden, **frist- und formgerecht geltend gemachten Grundsatzrüge** (§ 132 II Nr. 1 VwGO) in Betracht.

Fall: Der Kl. begehrt, im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand das Verfahren seiner zurückgewiesenen Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision fortzuführen und die Revision wegen Divergenz zuzulassen.

Das OVG Berlin-Brandenburg hat in dem zu Grunde liegenden Urteil vom 06.12.2013 seine Klage abgewiesen, mit der er eine Ausgleichszulage zur Förderung von landwirtschaftlichen Unternehmen in benachteiligten Gebieten begehrt. Der Kl. habe keinen Anspruch auf die Zulage, weil er absichtlich falsche Angaben gemacht habe. Seine gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des OVG erhobene und fristgerecht mit einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache und mit Verfahrensrügen begründete Beschwerde hat der Senat mit Beschluss vom 29.06.2015 zurückgewiesen. Auch eine Zulassung wegen der nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist mit Schriftsatz vom 13.02.2015 geltend gemachten nachträglichen Divergenz komme nicht in Betracht, weil der Kl. nicht die Klärung einer Grundsatzfrage angestrebt habe, die zwischenzeitlich abweichend von dem angefochtenen Urteil geklärt worden sei.

Ist die Frist zur Begründung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision (§ 133 III 1 VwGO) schuldlos versäumt worden, so ist auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren (§ 60 I VwGO). Der Antrag ist innerhalb eines Monats nach Wegfall des Hindernisses zu stellen (§ 60 II 1 Teils. 2 VwGO) und die versäumte Rechts-handlung nachzuholen; ist sie fristgerecht nachgeholt, so kann die Wiedereinsetzung ohne Antrag gewährt werden (§ 60 II 3 und 4 VwGO).

„Dem Begehren der Wiedereinsetzung steht **nicht von vornherein entgegen**, dass das **Beschwerdeverfahren mit Ablehnung der Beschwerde, hier dem Beschluss vom 29.06.2015, seinen Abschluss gefunden hat und damit das angefochtene Urteil rechtskräftig geworden ist** (§ 133 V 3 VwGO). Das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlaubt nicht nur **die Durchbrechung der Rechtskraft einer Entscheidung**, wenn die Frist für einen gegen sie gegebenen Rechtsbehelf ohne Verschulden versäumt wurde, sondern im Einzelfall auch dann, wenn der **Rechtsbehelf erfolglos geblieben ist**. Das kommt etwa in Betracht, wenn der Rechtsbehelf zwar innerhalb der Frist eingelegt wurde, sich seine Einlegung aber als nicht ordnungsgemäß erwiesen hatte, weil der Vertretungs-zwang nicht beachtet oder eine Begründung des Rechtsbehelfs versäumt und er deshalb verworfen worden war (vgl. BVerwGE 11, 322 [323] = NJW 1961, 573 m.w.N., BVerwG, NJW 1957, 804, und BVerwG, Beschl. v. 04.02.2002 – 4 B 51/01, BeckRS 2002, 20782).

Der Kl. macht hier allerdings nicht geltend, umfassend daran gehindert gewesen zu sein, die Frist zur Begründung seiner Beschwerde einzuhalten. **Jenseits seiner fristgerecht geltend gemachten Zulassungsgründe** beruft er sich nur darauf, dass er objektiv gehindert gewesen sei, den **Zulassungsgrund einer Divergenz fristgerecht geltend zu machen**. Die Divergenz beruhe auf dem Urteil des Senats vom 01.10.2014 (BVerwG, 3 C 31/13, Buchholz 451.500 Landw BetrPrämien Nr. 7 = NJOZ 2015, 632 = BeckRS 2015, 40696), also einer **Entscheidung, die erst nach Ablauf der Frist zur Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde am 09.07.2014 ergangen** sei.

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen einer **Divergenz**, die wie hier durch ein Divergenzurteil begründet sein soll, das **erst nach Ablauf der Frist zur Begründung einer Nichtzulassungsbeschwerde ergangen** ist, ist unabhängig davon nicht möglich. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand schafft nur Raum dafür, eine schuldlos versäumte Rechtshandlung nachzuholen. Das setzt voraus, dass diese **in dem gerichtlichen Verfahren bis zum Ablauf der zu beachtenden Frist objektiv hätte vorgenommen werden können**. Später eintretende Gründe, die eine Entscheidung zweifelhaft machen können, erlangen Bedeutung nur gemäß den hierfür geltenden Vorschriften (wie etwa § 153 VwGO). Einen Fall danach denkbarer Säumnis macht der Kl. nicht geltend.

Die Zulassung einer Revision wegen einer nachträglich, nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist entstandenen Divergenz, kommt daher **nur auf der Grundlage des § 132 II Nr. 2 VwGO** in Betracht. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 29.06.2015 ausgeführt hat, hätte der Kl. dazu fristgerecht eine **Grundsatzrüge** (§ 132 II Nr. 1 VwGO) erheben müssen, die **durch das divergierende Urteil geklärt** worden wäre. Dabei geht die Rechtsprechung des BVerwG im Ansatz davon aus, dass es für die Frage, ob eine Revision wegen Divergenz zuzulassen ist, auf den **Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung** ankommt (BVerwG, MDR 1954, 652, und BVerwG, NJW 1960, 594). Das ist insoweit nicht zweifelhaft, als sich die Durchführung eines Revisionsverfahrens nur rechtfertigt, wenn die **Divergenz zum Zeitpunkt der Beschwerdeentstehung fortbesteht**. Für den Fall, dass ein divergenzfähiges Urteil erst nach dem angefochtenen Urteil ergeht, beantwortet sich daraus allerdings noch nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen damit eine Divergenz i.S.v. § 132 II Nr. 2 VwGO begründet werden kann. Bereits in seinem Beschluss vom 24.05.1965 (BVerwG, 3 B 10/65, Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 49) hat der Senat eine fristgerecht auf eine grundsätzliche Bedeutung gestützte Revision wegen Divergenz zugelassen, weil einem Bf. kein Nachteil daraus erwachsen dürfe, dass auf Grund eines nach dem Ablauf der Beschwerdefrist ergangenen Urteils des BVerwG die **zuvor gegebene grundsätzliche Bedeutung entfalle**, das Berufungsurteil aber (nunmehr) zum Nachteil des Bf. davon abweiche. Wurde die Beschwerde **mit der Grundsatzrüge frist- und formgerecht begründet**, so wäre es auch verfassungsrechtlich bedenklich, die Zulassung der Revision wegen einer nachträglichen Divergenzentscheidung abzulehnen (BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NVwZ 2000, 1163 [1165] m.w.N.). Es entspricht der seit dem Beschluss vom 24.05.1965 **gefestigten Rechtsprechung des BVerwG**, dass sich die Zulassung der Revision wegen einer nachträglichen Divergenz nur unter den genannten Voraussetzungen in Betracht kommt (BVerwG, 3 B 83/84, Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 230; BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 74 = NVwZ-RR 1993, 513; BVerwG, Beschl. v. 09.04.1999 – 9 B 21/99, BeckRS 1999, 15552; BVerwG, Buchholz 310 § 132 II Nr. 2 VwGO Nr. 15 = BeckRS 2007, 24932, und BVerwG, Beschl. v. 21.04.2015 – 4 B 8/15, BeckRS 2015, 47732 Rn. 5).“ (BVerwG aaO.)

ZPO
§ 114

Antrag auf Prozesskostenhilfe Hinreichende Erfolgsaussicht

KostenR

(OLG Naumburg in NVwZ-RR 2016, 359; Beschluss vom 17.11.2015 – 1 W 40/15)

1. Auch im Prozesskostenhilfverfahren muss ein wirkungsvollen Rechtsschutz bietendes Maß rechtlichen Gehörs gewährleistet sein. Dazu gehört es, dem Antragsteller zumindest dann die Stellungnahme des Antragsgegners zur Erwiderng zuzuleiten, wenn das Gericht seine Entscheidung darauf stützen will.
2. An die hinreichende Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Die Prozesskostenhilfe soll den Rechtsschutz nicht selbst bieten, sondern den Zugang dazu ermöglichen.

Steuerrecht

ESTG
§ 8 II 4

Verdeckte Gewinnausschüttung Sonntags-, Feiertags- und Nachtzuschläge an faktischen Geschäftsführer (FG Münster in beclink 2002737; Urteil vom 27.01.2016 – 10 K 1167/13 K, G, F)

SteuerR

Sonntags-, Feiertags- und Nachtzuschläge (SFN-Zuschläge) führen nicht nur bei nominellen, sondern **auch bei faktischen Geschäftsführern** einer GmbH grundsätzlich zu **verdeckten Gewinnausschüttungen**

Fall: Die Klägerin ist eine GmbH, die eine Diskothek betreibt. Die alleinige nominelle Geschäftsführerin der Klägerin war in den Streitjahren deutlich über 70 Jahre alt. Der Gesellschafterbestand setzte sich aus ihr und ihrem circa 40 Jahre alten Sohn zusammen, der bei der GmbH angestellt war. Sein Gehalt (einschließlich Tantiemen) entsprach der Höhe nach in etwa demjenigen der Geschäftsführerin. Da er häufig während der Nachtveranstaltungen tätig war, zahlte die Klägerin ihm SFN-Zuschläge, die sie als steuerfrei behandelte. Solche Zuschläge erhielten auch die anderen Arbeitnehmer der Klägerin, nicht aber die Geschäftsführerin. Das Finanzamt behandelte die SFN-Zuschläge als verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA), da die Rechtsprechung, wonach derartige Zuschläge bei Geschäftsführern grundsätzlich zu verdeckten Gewinnausschüttungen führen, auch für faktische Geschäftsführer gelte. Der Sohn der Geschäftsführerin sei aufgrund seiner überragenden Stellung als solch ein faktischer Geschäftsführer anzusehen. Demgegenüber war die Klägerin der Auffassung, dass allein die Mutter als "Patriarchin" der Familie die Geschäfte der Klägerin kontrolliere.

I. Begriff des faktischen Geschäftsführers

„Jemand, der **formell nicht als Geschäftsführer einer GmbH bestellt** ist, kann nach der finanzgerichtlichen sowie der zivil- und strafrechtlichen Rechtsprechung gleichwohl als sog. **faktischer Geschäftsführer** anzusehen sein. Über die anzuwendenden Kriterien besteht zwar eine beträchtliche Unsicherheit (vgl. etwa Haas/Ziemons in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 28, m.w.N.). **Nach der Rechtsprechung** kommt es für die Beurteilung jedoch letztlich darauf an, wie sich das **Auftreten des Betroffenen** nach dem Gesamterscheinungsbild darstellt (vgl. etwa BGH, Urteile vom 27.06.2005 II ZR 113/03, ZIP 2005, 1414; vom 21.03.1988 II ZR 194/87, BGHZ 104, 44; FG Köln, Urteil vom 12.09.2005 8 K 5677/01, EFG 2006, 86). **Entscheidend ist hierbei, dass der Betreffende die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich in die Hand genommen und ihre Geschäfte wie ein Geschäftsführer geführt hat** (vgl. etwa BGH in BGHZ 104, 44). Hierbei genügt nicht eine bloße interne Einwirkung auf den satzungsmäßigen Geschäftsführer. Erforderlich ist vielmehr ein **eigenes Handeln des Betreffenden im Außenverhältnis** (vgl. etwa BGH, Urteil vom 25.02.2002 II ZR 196/00, BGHZ 150, 61; BGH in BGHZ 104, 44; FG Köln in EFG 2006, 86). Es ist diesbezüglich allerdings nicht erforderlich, dass er den satzungsmäßigen Geschäftsführer völlig verdrängt und sich allgemein an dessen Stelle setzt (vgl. etwa BGH in BGHZ 104, 44; in BGHZ 150, 61; in ZIP 2005, 1414). Da eine GmbH mehrere Geschäftsführer haben kann, genügt es, dass der **Betreffende in maßgeblichem Umfang Geschäftsführungsfunktionen übernommen hat**, wie sie nach Gesetz und Gesellschaftsvertrag für den Geschäftsführer oder Mitgeschäftsführer kennzeichnend sind (vgl. etwa BGH in BGHZ 104, 44).

Der Senat ist davon überzeugt, dass Herr E in den Streitjahren in einer Weise neben der formal bestellten Geschäftsführerin Frau B tätig war, welche die vorgenannten Voraussetzungen erfüllte. [wird ausgeführt]“ (FG Münster aaO.)

II. Sonntags-, Feiertags- und Nachtzuschläge als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA)

„Es liegt ... unter materiellen Gesichtspunkten eine vGA vor. Eine vGA i.S.v. § 8 III 2 KStG liegt bei einer **Kapitalgesellschaft** vor bei einer Vermögensminderung oder einer verhinderten Vermögensmehrung, die **durch das Gesellschaftsverhältnis** veranlasst ist, sich auf die **Höhe des Einkommens auswirkt** und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht. Für den größten Teil der entschiedenen Fälle hat der BFH die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen **Vermögensvorteil zuwendet**, den sie bei der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem **Nichtgesellschafter nicht gewährt** hätte (vgl. etwa BFH-Urteil vom 19.03.1997 I R 75/96, BStBl II 1997, 577).

Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH sind **gesonderte Vergütungen, die eine GmbH ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer** für die Ableistung von Überstunden zahlt, aus steuerrechtlicher Sicht regelmäßig vGA. Diese Beurteilung beruht auf dem Gedanken, dass ein Geschäftsführer sich **in besonderem Maße mit den Interessen und Belangen der von ihm geleiteten Gesellschaft identifizieren** und die notwendigen Arbeiten auch dann erledigen muss, wenn dies einen Einsatz außerhalb der üblichen Arbeitszeiten oder über diese hinaus erfordert. Eine gesonderte Vergütung zusätzlicher Arbeitszeiten trägt sich mit diesem Aufgabenbild nicht, weshalb sie **regelmäßig als durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst** anzusehen ist. Das gilt in besonderem Maße dann, wenn die zusätzliche Vergütung nur für Arbeiten an Sonn- und Feiertagen und zur Nachtzeit gezahlt wird, da dann die Annahme gerechtfertigt ist, dass dem Gesellschafter-Geschäftsführer aus im Gesellschaftsverhältnis liegenden Gründen die in § 3b EStG vorgesehene Steuervergünstigung verschafft werden soll (vgl. etwa BFH-Urteil in BStBl II 1997, 577; vom 14.07.2004 I R 24/04, BFH/NV 2005, 247). Dies gilt im Grundsatz gleichermaßen für beherrschende wie für nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer (vgl. etwa BFH-Urteil vom 27.03.2001 I R 40/00, BStBl II 2001, 655). Des Weiteren gilt die vorgenannte Beurteilung auch für Fälle, in denen mit dem Gesellschafter-Geschäftsführer keine Gewinnbeteiligung vereinbart ist (vgl. ebenfalls etwa BFH-Urteil in BStBl II 2001, 655).

Die genannte Rechtsprechung besagt jedoch **nicht**, dass die **Zahlung von Sonn- und Feiertagszuschlägen an einen Gesellschafter-Geschäftsführer stets als vGA einzustufen** ist. Vielmehr kann eine entsprechende Vereinbarung **im Einzelfall durch überzeugende betriebliche Gründe gerechtfertigt** sein, die geeignet sind, die Vermutung für die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis zu entkräften. Dann liegt keine vGA vor. Dies hat der BFH bisher in Fällen angenommen, in denen Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit nicht nur dem Gesellschafter-Geschäftsführer, sondern auch **gesellschaftsfremden Arbeitnehmern in vergleichbarer Position** gewährt wurden (vgl. BFH-Urteile vom 14.07.2004 I R 111/03, BStBl II 2005, 307; vom 03.08.2005 I R 7/05, BFH/NV 2006, 131). Diese Beurteilung beruht auf dem Gedanken, dass auch dann, wenn eine zu beurteilende Regelung im allgemeinen Wirtschaftsleben unüblich ist oder aus anderen Gründen regelmäßig zur vGA führt, im Einzelfall dennoch eine vGA zu verneinen sein kann, wenn die **Regelung einem betriebsinternen Fremdvergleich standhält**. Das weist nämlich darauf hin, dass die Vereinbarung in dem betreffenden Unternehmen auf betrieblichen Gründen beruhe (vgl. BFH-Urteile in BStBl II 2005, 307; in BFH/NV 2006, 131).

Ob eine Vereinbarung nach diesen Grundsätzen **ausschließlich betrieblich oder durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst** ist, hat im gerichtlichen Verfahren in erster Linie das Finanzgericht als Tatsacheninstanz anhand aller Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen (vgl. BFH-Urteil vom 14.07.2004 I R 111/03, BStBl II 2005, 307).“ (BFH aaO.)

III. Anwendung auf faktischen Geschäftsführer

„Die vorgenannte Rechtsprechung ist vom BFH bisher **ausschließlich auf formal bestellte Geschäftsführer angewendet** worden. Der Senat ist jedoch der Auffassung, dass sie jedenfalls unter den Umständen des Streitfalls **auch auf einen faktischen Geschäftsführer anzuwenden** ist.

Herr E als faktischer Geschäftsführer war hier **vergütungsmäßig vollständig mit der formal bestellten Geschäftsführerin Frau B gleichgestellt**. In einem solchen Fall erscheint es nicht fremdvergleichsgerecht, wenn dem faktischen Geschäftsführer, nicht aber dem formal bestellten Geschäftsführer SFN-Zuschläge gezahlt werden.

Ausgehend hiervon waren die SFN-Zuschläge an Herrn E als vGA zu beurteilen. Die Vermutung einer vGA greift für die an ihn gezahlten SFN-Zuschläge ein. Es sind **keine überzeugenden betrieblichen Gründe** dafür ersichtlich, welche geeignet wären, die Vermutung für eine Veranlassung der Zuschläge im Gesellschaftsverhältnis zu entkräften. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist eine solche Entkräftung im Streitfall insbesondere nicht über einen betriebsinternen Fremdvergleich möglich. Zwar wurden nach dem Vorbringen der Klägerin **sämtlichen Arbeitnehmern außer Frau B entsprechende Zuschläge gewährt**. Diese waren jedoch nicht in vergleichbarer Position beschäftigt. Dies gilt nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin insbesondere für Herrn F als weiteren fest angestellten Arbeitnehmer. Für die überwiegend beschäftigten Aushilfen gilt das erst recht. Von der Position her vergleichbar mit Herrn E war allein Frau B als formal bestellte Geschäftsführerin, welche jedoch gerade keine Zuschläge erhielt.“ (BFH aaO.)

EStG
§ 43 I 1

Steuerzahlungen auf Kapitalerträge Entnahmen der Gesellschafter

SteuerR

(BGH in BB 2016, 1383; Urteil vom 05.04.2015 – II ZR 62/15)

1. Die nach § 43 I 1 EStG durch Abzug auf die Kapitalerträge der Insolvenzmasse erhobene Einkommen- oder Körperschaftsteuer (**Kapitalertragsteuer**) ist ebenso wie der darauf entfallende **Solidaritätszuschlag** auch im Insolvenzverfahren vermögensmäßig als **Abzug von Gesellschaftskapital** anzusehen und wegen der steuerlichen Anrechnung auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer der Gesellschafter **wie eine Entnahme zu behandeln**.
2. Die Gesellschafter sind deshalb unabhängig vom Inhalt des Gesellschaftsvertrages zur Erstattung der Zinsabschläge in die Masse verpflichtet

Fall: Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der E. K. GmbH & Co. KG. Die beklagte Aktiengesellschaft ist mit einem Anteil von 90,5 % Kommanditistin der Schuldnerin.

Der Kläger hat die Insolvenzmasse auf Festgeldkonten angelegt. Von den daraus erwirtschafteten Zinsen hat das kontoverwaltende Kreditinstitut in den Jahren 2004 und 2006 bis 2010 Kapitalertragsteuern und Solidaritätszuschläge (im Folgenden auch: Zinsabschläge) in Höhe von zusammen 195.570,19 € an das Finanzamt abgeführt.

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte schulde ihm Erstattung des auf sie entfallenden Anteils von diesem Betrag, nämlich 176.991,02 €. Trifft das zu?

„Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die von dem kontoführenden Kreditinstitut einbehaltene Kapitalertragsteuer und der darauf entfallende Solidaritätszuschlag bei einer Personenhandelsgesellschaft, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, von den Gesellschaftern in die Insolvenzmasse zu erstatten sind.

Ob eine **Gesellschaft gegen die Gesellschafter Anspruch auf Erstattung der Zinsabschläge** hat, richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag. Wie der Senat hinsichtlich der Zinsabschläge in der werbenden Personenhandelsgesellschaft bereits entschieden hat, sind die nach § 43 I 1 EStG durch Abzug auf die Kapitalerträge der Gesellschaft erhobene Einkommen- oder Körperschaftsteuer (Kapitalertragsteuer) ebenso wie der darauf entfallende Solidaritätszuschlag **vermögensmäßig als Abzug von Gesellschaftskapital anzusehen** und wegen der **steuerlichen Anrechnung auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer der Gesellschafter wie eine Entnahme zu behandeln**. Der Abzug der Kapitalertragsteuer von den Kapitalerträgen der ihrerseits nicht einkommen- oder körperschaftsteuerpflichtigen Personenhandelsgesellschaft bewirkt im Hinblick auf die Anrechnung nach § 36 II Nr. 2 EStG eine **Vorauszahlung auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuerschuld der Gesellschafter als Mitunternehmer** nach § 2 I 1, § 15 I 1 Nr. 2 EStG, die entweder zur Minderung ihrer Einkommensteuerschuld oder zu einer Steuererstattung nach § 36 IV 2 EStG führt. Der hierdurch erlangte Vorteil kann zivilrechtlich nicht anders bewertet werden, als wäre der Gesellschaft zunächst der gesamte Kapitalertrag zugeflossen und sodann von ihr im Umfang der Zinsabschläge zur Leistung einer Vorauszahlung auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuerschuld der Gesellschafter verwendet worden. Ob die Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter einen Anspruch darauf hat, dass sie ihr die Zinsabschläge BB 2016 S. 1383 (1384) erstatten, richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag (BGH, Urteil vom 16.04.2013 II ZR 118/11, ZIP 2013, 1174 Rn. 14; Urteil vom 30. Januar 1995 II ZR 42/94, ZIP 1995, 462, 464 [BB 1995, 719]; s. auch BGH, Urteil vom 29. März 1996 II ZR 263/94, BGHZ 132, 263, 277 [BB 1996, 1105]).

Im **Insolvenzverfahren** ist die Lage insofern anders, als der Insolvenzverwalter nach § 80 InsO befugt ist, über die **für die Masse erwirtschafteten Zinseinkünfte** zu verfügen. Unter diesen Umständen ist weder damit zu rechnen, dass diese Einkünfte an die Gesellschafter ausgekehrt werden, noch, dass sie bei einer Gewinnthesaurierung den Wert der Gesellschaftsbeteiligungen nachhaltig erhöhen. Die einkommen- oder körperschaftsteuerrechtliche Behandlung der **während des Insolvenzverfahrens** vom Insolvenzverwalter **erwirtschafteten Zinseinkünfte** unterscheidet sich nicht von den Regeln, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten (BFH, ZIP 1995, 661, 662; ZIP 1995, 1275 f.; ZIP 2008, 1643, Rn. 20; Schöne/Ley, DB 1993, 1405; Frotzcher, Besteuerung bei Insolvenz, 8. Aufl., S. 24, 167 f.). In beiden Fällen sind Steuerschuldner („Steuersubjekte“) die Gesellschafter, nicht dagegen schuldet die Gesellschaft die Einkommen- oder Körperschaftsteuer und damit auch die Kapitalertragsteuer auf die Zinserträge und den Solidaritätszuschlag.

Zivilrechtlich haben die **Gesellschafter** dagegen in der werbenden Gesellschaft, sofern nichts anderes vereinbart ist, **kein "Steuerentnahmerecht"**, also kein Recht, Beträge in Höhe der von ihnen auf die Kapitalerträge oder auf sonstige Gewinne der Gesellschaft zu zahlenden Steuern unabhängig vom Inhalt des Gesellschaftsvertrages aus dem Gesellschaftsvermögen zu entnehmen (BGH, Urteil vom 29. März 1996 II ZR 263/94, BGHZ 132, 263, 277 [BB 1996, 1105]). Deshalb sind die **Gesellschafter** in der werbenden Gesellschaft nach der Rechtsprechung des Senats bei Fehlen abweichender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag **verpflichtet**, die als **Zinsabschläge** bei der Gesellschaft einbehaltenen Steuervorauszahlungen **wie unberechtigte Entnahmen in das Gesellschaftsvermögen zurückzuzahlen**. Damit stimmt die steuerliche Rechtslage mit der gesellschaftsrechtlichen überein. Die Gesellschafter zahlen die gesamte Einkommen- oder Körperschaftsteuer nebst Solidaritätszuschlag aus ihrem Privatvermögen. Das Gesellschaftsvermögen bleibt davon unberührt.“ (BGH aaO.)

ESTG
§ 6 V 3

Herstellungskosten eines neuen Gebäudes Geltendmachung von Abbruchkosten

SteuerR

(FG Düsseldorf in BB 2016, 1265; Urteil vom 23.02.2016 – 10 K 2708/15 F)

Die Rechtsgrundsätze zu einem Erwerb eines Gebäudes mit Abbruchabsicht gelten auch dann, wenn ein Gebäude vor dem Abbruch von einem Sonderbetriebsvermögen bei einer Mitunternehmerschaft gemäß § 6 V 3 EStG zu Buchwerten in das Gesamthandsvermögen einer anderen Mitunternehmerschaft übertragen wurde.

Fall: Zu entscheiden ist, ob der Restwert von Gebäuden, die in den Streitjahren abgebrochen wurden, und die dabei angefallenen Abbruchkosten als sofort abziehbarer betrieblicher Aufwand behandelt werden durften oder aufgrund einer bei der Überführung der Gebäude in das Betriebsvermögen der Klägerin gegebenen Abbruchabsicht zu den Herstellungskosten der an dieser Stelle errichteten neuen Gebäude gehören.

“Die Klägerin durfte auf die Restbuchwerte der abgebrochenen Gebäude keine AfA gemäß § 7 I 7 EStG vornehmen und die **Abbruchkosten nicht als Betriebsausgaben** i.S.v. § 4 IV EStG absetzen. Denn es handelt sich hierbei um **Herstellungskosten** der neu errichteten Gebäude, für die nach § 7 I 1, IV EStG **lediglich AfA in gleichen Jahresbeträgen** in Anspruch genommen werden kann.

Nach § 7 I 1 EStG ist bei **Wirtschaftsgütern, deren Verwendung oder Nutzung** durch den Steuerpflichtigen zur Erzielung von Einkünften **sich erfahrungsgemäß auf einen Zeitraum von mehr als einem Jahr erstreckt**, jeweils für ein Jahr der Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten abzusetzen, der bei gleichmäßiger Verteilung dieser Kosten auf die Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung auf ein Jahr entfällt (AfA in gleichen Jahresbeträgen). § 7 IV EStG sieht abweichend von § 7 I 1 EStG **für Gebäude** abhängig von der Zugehörigkeit zum Betriebs- oder Privatvermögen und dem Zeitpunkt der Fertigstellung **festen Prozentsätze für die AfA** vor (für zum Betriebsvermögen gehörende, nicht Wohnzwecken dienende Gebäude, für die der Bauantrag – wie im Streitfall – nach dem 31.03.1985 gestellt worden ist, jährlich 3 %). Bemessungsgrundlage sind auch insoweit die Anschaffungs- oder Herstellungskosten.

Herstellungskosten sind nach der auch im Steuerrecht geltenden Begriffsbestimmung des § 255 II 1 des Handelsgesetzbuchs (HGB) die **Aufwendungen**, die durch den Verbrauch von Gütern und die Inanspruchnahme von Diensten **für die Herstellung eines Vermögensgegenstands**, seine Erweiterung oder für eine über seinen ursprünglichen Zustand hinausgehende wesentliche Verbesserung entstehen (zur Maßgeblichkeit der handelsrechtlichen Begriffsbestimmung auch für das Einkommensteuerrecht vgl. BFH, Beschluss vom 04.07.1990 - GrS 1/89, BStBl II 1990, 830). Erwirbt der Steuerpflichtige ein objektiv technisch oder wirtschaftlich noch nicht verbrauchtes Gebäude in der Absicht, es abzubauen und an dieser Stelle ein neues Gebäude zu errichten, so ist die **Vernichtung des alten Gebäudes Voraussetzung für die Errichtung des neuen Wirtschaftsgutes**. Damit besteht zwischen dem Abbruch des Gebäudes und der Herstellung des neuen Wirtschaftsgutes ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang, der es rechtfertigt, die **mit dem Abbruch verbundenen Aufwendungen als Herstellungskosten des neuen Wirtschaftsgutes** zu behandeln. Der Abbruch ist gleichsam der Beginn der Herstellung. Für den Restbuchwert des abgebrochenen Gebäudes darf der Steuerpflichtige dann keine AfA in Anspruch nehmen; die Abbruchkosten dürfen nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgesetzt werden (BFH-Beschluss vom 12.06.1978 - GrS 1/77, BStBl II 1978, 620). Diese Rechtsgrundsätze gelten auch bei einer als anschaffungsähnlicher Vorgang anzusehenden Einlage eines bebauten Grundstücks in ein Betriebsvermögen mit Abbruchabsicht (vgl. BFH-Urteile vom 07.12.1978 - I R 142/76, BStBl II 1979, 729; vom 09.02.1983 - I R 29/79, BStBl II 1983, 451, und vom 10.02.1988 - VIII R 352/88, BFH/NV 1988, 704; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 05.07.2011 2 K 4725/09, DStRE 2012, 1173) und bei einem unentgeltlichen Erwerb mit Abbruchabsicht (BFH-Urteil vom 07.10.1986 - IX R 93/82, BStBl II 1987, 330).“ (FG Düsseldorf aaO.)

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Dörr:** Aktuelle Entwicklungen im Verkehrszivilrecht (in: MDR 2016, 431)

Rechtsprechungsübersicht von März 2015 bis 2016. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die Rechtsprechung im Verkehrszivilrecht. Behandelt wird die höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung, soweit diese im Zeitraum März 2015 bis 2016 veröffentlicht worden ist.

2. **Jerger/Zehentbauer:** Grundlage und Geltendmachung von Schäden im Zusammenhang mit der Finanzierung des Zivilprozesses (in: NJW 2016, 1353)

Nicht selten belaufen sich die Kosten eines Zivilprozesses auf einen bemerkbaren Betrag. Für die obliegende Partei stellt sich daher nicht nur die Frage, ob und wie sie die für den Prozess notwendigen Kosten von ihrem Gegenüber ersetzt bekommt, sondern insbesondere auch, ob sie ihr im Zusammenhang mit der Prozessfinanzierung entstandene Schäden wie etwa entgangene Zinsgewinne oder erlittene Zinsschäden ersetzt verlangen kann. Dieser Beitrag geht auf die Grundlage eines solchen Anspruchs und dessen prozessuale Geltendmachung ein.

3. **Symosek:** Verjährungshemmung, aber richtig (in: NJW 2016, 1142)

Die drohende Verjährung eines Anspruchs, der weder titulierte noch anerkannt ist, kann nur dadurch hinausgeschoben werden, dass die Verjährung gehemmt wird. Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet (§ 209 BGB). Der Anwalt prüft die Verjährung zu Beginn des Mandats und notiert den frühestmöglichen Fristablauf mit Vorfrist im Fristenkalender. Während des Mandats sorgt er dafür, dass die Verjährung sicher gehemmt ist. Sobald die Hemmung endet, berechnet er die Verjährungsfrist erneut und notiert den geänderten Fristablauf. Was bei der Verjährungshemmung zu beachten ist, erklärt der Beitrag an Beispielen aus dem Bauvertragsrecht.

4. **Führich:** Die neue Pauschalreiserichtlinie - Inhalt und erste Überlegungen zur Umsetzung (in: NJW 2016, 1204)

Am 11.12.2015 wurde die neue Richtlinie (EU) 2015/2302 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen im Amtsblatt der EU verkündet. Bis zum 31.12.2017 haben die Mitgliedstaaten sie in ihr nationales Recht umzusetzen. Ab 01.07.2018 wenden sie ihre nationalen Umsetzungs Vorschriften an. Der Beitrag stellt den wesentlichen Inhalt der Richtlinie dar und zeigt erste Überlegungen für die Umsetzung in das Reisevertragsrecht der §§ 651 a ff. BGB auf. So wird auf das Gesetzgebungsverfahren eingegangen, der Anwendungsbereich einschließlich der neuen Kategorie der verbundenen Reiseleistungen aufgezeigt und es werden die neuen Informationspflichten des Reiseveranstalters und Reisevermittlers vorgestellt, Inhalt und Änderungsmöglichkeiten des Pauschalreisevertrags verdeutlicht und die neuen Haftungsregelungen und die Änderungen des Insolvenzschutzes dargelegt.

II. Strafrecht

1. **Roxin:** Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative (in: NSStZ 2016, 185)

Der Deutsche Bundestag hat am 06.11.2015 einen neuen § 217 StGB eingeführt, demzufolge mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird, „wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt“ (§ 217 I). „Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Abs. 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.“

Die Vorschrift beruht auf einem Gesetzesvorschlag der Abgeordneten Brand, Griese und Vogler¹ und hat in der neueren Sterbehilfe-Diskussion eine Flut von Stellungnahmen ausgelöst, ohne dass sich eine deutlich herrschende Meinung herausgebildet hat.

Schwerpunktheft mit zahlreichen Aufsätzen zum Thema liefern einerseits die von der Humanistischen Union herausgegebenen „Vorgänge“², andererseits die „Zeitschrift für Lebensrecht“³. Während die erste Publikation tendenziell der Autonomie des Sterbewilligen größeres Gewicht einräumt, fühlt sich die zweite in stärkerem Maße dem Lebensschutz verpflichtet.

Der Beitrag beschäftigt sich mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift sowie den verschiedenen rechtswissenschaftlichen Verständnisansätzen.

2. **Hawickhorst:** «Wo Rauch ist, da ist auch Feuer» – Über die Ohnmacht des Beschuldigten bei Opportunitätseinstellungen durch die Staatsanwaltschaft (in StraFo 2016, 141)

Gegen eine Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft nach § 153 I StPO hat der Beschuldigte nach derzeitiger Gesetzeslage keine Rechtsschutzmöglichkeiten. Der Autor gibt zu bedenken, dass dadurch im Einzelfall bestehenden berechtigten Interessen Beschuldigter an einer Zurückweisung der Einstellung nicht Rechnung getragen wird.

3. **Schröder:** Und täglich grüßt die Arbeitszeit – auch als Strafbarkeitsrisiko?! (in: ArbRAktuell 2016, 177)

Ein Arbeitsumfeld muss heutzutage einer Vielzahl an Anforderungen gerecht werden: Zum einen sollen sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitsstellen flexibel sein (Heimarbeitsplätze, Gleitzeit, Jobsharing), um Arbeit und Familie unter einen Hut zu bekommen, eine ausgewogene Work-Life-balance zu ermöglichen und Kreativität sowie Entfaltungsmöglichkeiten sicher zu stellen. Zum anderen müssen Waren rechtzeitig produziert und ausgeliefert, Dienstleistungen regelmäßig, zu unterschiedlichen Zeiten und teilweise über unterschiedliche Zeitzonen hinweg erbracht werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass manche Produktionslinien nie stehen, Öffnungszeiten immer länger werden, Tätigkeiten in der Gastronomie in Freizeiten vieler Mitbürger fallen oder auch, dass eine Rund-um-die-Uhr-Versorgung im Gesundheitswesen und der Notfallversorgung sichergestellt sein muss. Doch aller notwendigen Flexibilität und Individualität sind Grenzen gesetzt – nicht zuletzt durch das Arbeitszeitgesetz (ArbZG), welches einen wesentlichen Teil des Arbeitsschutzes bildet. Was oftmals übersehen wird ist, dass (hartnäckige) Verstöße auch strafrechtlich sanktioniert werden können.

III. Öffentliches Recht

1. **Scheidler:** Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts (in: BayVBl.2016, 145)

Die noch relativ neue Möglichkeit für Gemeinden, sich unternehmerisch in Form eines „selbständigen Kommunalunternehmens des öffentlichen Rechts“ (Art. 86 Nr. 2 GO) zu betätigen, hat gegenüber den anderen betätigungsformen (Eigenbetrieb, Rechtsformen des Privatrechts) in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen, Grund genug, diese Form eines gemeindlichen Unternehmens einer näheren Betrachtung zu unterziehen und dabei die Vorteile gegenüber den anderen Formen herauszustellen.

2. **Lindner:** Zur Drittanfechtungsklage im Gewerberecht (in: GewA 2016, 135)

Die Vergabe knapper Ressourcen ist ein klassisches Problem des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Gibt es mehr Bewerber als Güter [z.B. Lizenzen, Erlaubnisse, Zulassung zu Stellplätzen einer Veranstaltung (z.B. nach §§ 69, 70 GewO), öffentliche Aufträge, Plätze in einer öffentlichen Einrichtung nach Kommunalrecht] zu verteilen sind, kommt es häufig zum Konkurrentenstreit. Der nicht zum Zuge gekommene Bewerber wird die Rechtmäßigkeit der Auswahl- bzw. Verteilungsentscheidung gerichtlich angreifen wollen. Dieses Interesse ist durch Art. 19 IV GG geschützt. In solchen Fällen treffen sich das Wirtschaftsverwaltungsrecht (mit den formellen und materiellen Maßstäben für die Vergabe des knappen Guts) und das Verwaltungsprozessrecht. Von Bedeutung ist dabei insbesondere die Frage nach der statthafter Klageart. Der VGH München hat diesbezüglich eine wichtige Entscheidung zur sog. „Drittanfechtungsklage“ gegen die Zulassung eines Konkurrenten getroffen (besprochen in ZA 01/2016, S. 44 ff.). Zum besseren Verständnis dieses für die Praxis wichtigen Urteils werden zunächst die verschiedenen Fallkonstellationen des gewerberechlichen Konkurrentenstreits aufgezeigt. Die Entscheidung des VGH München betraf einen positiven Konkurrentenverdrängungsstreit. Zu dessen dogmatischer und prozessualer Bewältigung hat der übergangene Bewerber neben einer Verpflichtungsklage (gerichtet auf die eigene Zulassung) zusätzlich eine Anfechtungsklage gegen die Auswahl (genauer: Zulassung) des zugelassenen Konkurrenten zu erheben. Dies ist noch nichts weltbewegend Neues. Von großer Bedeutung ist die genannte Entscheidung des VGH München aber deswegen, weil Situationen benannt werden, in denen die zusätzliche Erhebung einer Drittanfechtungsklage unzumutbar, also nicht notwendig ist.

3. **Buchheister:** Entwicklungslinien im Versammlungsrecht (in: LKV 2016, 160)

Der Autor ist Präsident des OVG Berlin-Brandenburg. Der Text gibt leicht gekürzt einen Vortrag in der Universität Potsdam anlässlich der Buchvorstellung „Handbuch Versammlungsrecht“ von Peters/Janz, erschienen im Beck-Verlag 2015, wieder. Der Vortragsstil ist beibehalten worden.

4. **Stumpf:** Der Ruf nach der „Rückkehr zum Recht“ bei der Bewältigung der Flüchtlingskrise (in: DÖV 2016, S. 357)

Missachtet die Bundesregierung bei der Bewältigung der Flüchtlingskrise geltendes Recht? In den Medien wird diese Frage nur allzu oft mit „Ja“ beantwortet: Deutschland sei für die Asylanträge der über die Balkanroute einreisenden Flüchtlinge nicht nur unzuständig, sondern dürfe ihnen aufgrund der in Art. 16 a Abs. 2 GG normierten Drittstaatenregelung von Rechts wegen auch keinen Schutz gewähren. In diesem Lichte wird der Ruf nach der „Rückkehr zum Recht“ vielerorts lauter. Aber hat sich die Bundesregierung überhaupt vom Recht entfernt? Was könnte sie tatsächlich gegen das von anderen EU-Staaten organisierte Durchschleusen von Flüchtlingen „Richtung Germany“ tun? Der vorliegende Beitrag gibt darauf (für manchen überraschende) Antworten.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare / Steuerberater

1. **Nickel:** Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Prozesskosten- und Beratungshilfe im Jahr 2015 (in: MDR 2016, 438)

Der Beitrag schließt an die Darstellungen in MDR 2015, 684 ff. an. Erneut hat sich die Rechtsprechung im Bereich der Prozess- und Verfahrenskostenhilfe auch in 2015 munter weiterentwickelt. Jedoch finden sich ebenso wie schon im Vorjahr erstaunlich wenige Entscheidungen zum Recht der Beratungshilfe, das ebenfalls zum 01.01.2014 weitgehend reformiert worden ist.

2. **Wolf:** Sozialrechtliche, arbeitsrechtliche und berufsrechtliche Implikationen für den Syndikusrechtsanwalt – ein erster Überblick (in: BRAK Mitt. 2016, 9)

Das neue Jahr begann mit einer neu geschaffenen Kategorie von Rechtsanwälten. Am 01.01.2016 trat das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusrechtsanwälte in Kraft. In seiner Sitzung am 18.12.2015 hat Bundesrat dem Gesetz noch zugestimmt, nachdem der Bundestag das Gesetz am 17.12.2015 verabschiedet hat. Damit hat der Gesetzgeber den Weg dafür freigemacht, dass angestellte Unternehmensjuristen in ihrem Unternehmen künftig auch als Syndikusrechtsanwälte tätig sein dürfen.

3. **Hartmann/Horn:** Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte (in: BRAK Mitt. 2016, 46)

Zu Jahresbeginn ist das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte in Kraft getreten. Bei der Zulassungspraxis der Rechtsanwaltskammern stellt sich dabei seit kurzem die Frage, wie man mit dem Problem umgeht, dass nach Auffassung der Deutschen Rentenversicherung Bund die Rückwirkungsfiction des § 6 IV SGB VI keine Anwendung auf das Befreiungsrecht von Syndikusrechtsanwälten finden soll. Dies deshalb, weil nach Auffassung der Behörde regelmäßig erst mit der Zulassung als Syndikusrechtsanwalt die materiellen Befreiungsvoraussetzungen des § 6 SGB VI eintreten sollen. Insofern unterscheidet sich die rechtliche Situation maßgeblich von derjenigen der Kanzleirechtsanwälte. Diese Rechtsauslegung hat zur Folge, dass insbesondere bei späteren Tätigkeitswechseln von Syndikusrechtsanwälten eine Befreiung erst auf den Stichtag der Zulassung erfolgen kann.

4. **Jungk:** Pflichten und Haftung des Anwalts – Eine Rechtsprechungsübersicht (in: BRAK Mitt. 2016, 19)

Die Wahrung von Fristen ist eine Kernaufgabe der anwaltlichen Tätigkeit, in jedem Mandat gibt es Fristen, die beachtet werden müssen. Hiermit beschäftigt sich der vorliegende Beitrag.

5. **Delhey:** Verfassungsrechtliche Grenzen einer Pflicht für Rechtsanwälte zur Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel (in: NJW 2016, 1274)

Zum 01.01.2016 plante die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) für alle in der Bundesrepublik Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte das so genannte besondere elektronische Anwaltspostfach (kurz: beA) einzuführen. Während die BRAK den Termin zur Einrichtung inzwischen auf den 29.09.2016 verschoben hat, wird eine anwaltliche Pflicht zur Nutzung des beA zunehmend in Frage gestellt. Der Beitrag beleuchtet die Diskussion aus verfassungsrechtlicher Perspektive.

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



