



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

38. Jahrg.

November 2013

Heft 11

Aus dem Inhalt:

- | | |
|--------------------------|--|
| BGH: | Keine Mängelansprüche bei Werkleistung in Schwarzarbeit |
| BGH: | Unterstützung einer terroristischen Vereinigung |
| SaarlVerfGH: | Kein Mandatsverlust bei Parteiaustritt |
| OVG Münster: | Akteneinsichtsrecht des Ratsmitglieds |
| BGH: | Bindungswirkung der Rechtswegverweisung |
| OLG Braunschweig: | Wirksame Zustellung an Verteidiger trotz fehlender Vollmacht |
| BVerwG: | Antragsfrist für Normenkontrolle bei Rechtsänderung |



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR
Hiberniastraße 6
45879 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

Bezugspreis: vierteljährlich 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Änderungen im Verbraucherschutz.....	1
--------------------------------------	---

Brandaktuell

BGH: Versand- und Gefahrübergangsklausel (im Möbelversand).....	3
--	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

LG Karlsruhe: Angaben des eBay-Anbieters (Haftung für Richtigkeit).....	4
BGH: Werkleistung in Schwarzarbeit (Nichtigkeit des Vertrages und Mängelansprüche).....	6

Strafrecht

BGH: Unterstützung einer terroristischen Vereinigung (Förderung mitgliedschaftlicher Propaganda).....	9
BGH: Hehlerei (Vollendung bei erfolglosen Absatzbemühungen).....	12

öffentl. Recht

SaarlVerfGH: Parteiaustritt eines gewählten Abgeordneten (kein Mandatsverlust auch vor konstituierender Sitzung).....	14
OVG Münster: Akteneinsichtsrecht des Ratsmitglieds (umfassende Abwägung der Belange).....	19

Kurzauslese I

AG Bremen: Annahmeverzug (Angebot eines Installationstermins „8-16 Uhr“).....	23
BGH: Einrede des nichterfüllten Vertrags (Erforderlichkeit des Willens, am Vertrag festhalten zu wollen).....	23
LG Oldenburg: Schmerzensgeldanspruch (Beleidigung).....	23
LG Karlsruhe: Verjährung (Zahlungsanspruch aus Stromlieferungsvertrag).....	24
LG Karlsruhe: Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Weiterverkauf ohne Gewinnerzielungsabsicht).....	24
BGH: Geldfälschung (Inverkehrbringen).....	24
OLG Hamm: Computerbetrug (Entwendung von Ware aus Selbstbedienungsladen).....	25
OVG Münster: Baugenehmigung (Geltungsdauer).....	26
BVerwG: Ruhestandsbeamtenverhältnis (Beendigung nach strafgerichtlicher Verurteilung).....	26
BVerwG: Disziplinarverfahren (Ausscheiden von Tathandlungen).....	27

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

OLG Nürnberg:	Widerspruch gegen einen Mahnbescheid (Hemmungswirkung bzgl. Wirkungsfrist).....	28
BGH:	Bindungswirkung der Rechtswegverweisung (keine Durchbrechung bei Willkürlichkeit).....	31

Strafrecht

OLG Braunschweig:	Zustellung an Verteidiger (Wirksamkeit trotz fehlender Vollmacht).....	34
-------------------	---	----

öffentl. Recht

BVerwG:	Antragsfrist für Normenkontrolle (Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse).....	36
BVerwG:	Anordnung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens (Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Fahrerlaubnis).....	39

Kurzauslese II

BAG:	Bestimmender Schriftsatz (Erfordernis einer qualifizierten elektronischen Signatur).....	43
BGH:	Richterliche Hinweispflicht (Anforderungen).....	43
BGH:	Urkundenbeweis (Protokollierte Zeugenaussagen).....	43
BGH:	Verweisung eines Rechtsstreits (Bindungswirkung trotz fehlender Belehrung).....	44
BGH:	Berücksichtigung neuen Vorbringens (nachgereichter Schriftsatz).....	44
LAG S-H:	Zuständigkeit des Arbeitsgerichts (Streitigkeit über Arbeitgeberdarlehen).....	44
BAG:	Unterbrechung eines Rechtsstreits durch Insolvenzverfahren (Zulässigkeit der Aufnahme des Rechtsstreits).....	45
BGH:	Strafverteidigung (kurzfristige Beiordnung eines Ersatzverteidigers).....	45
BGH:	Strafschärfung (mangelnde Mitwirkung an der Sachaufklärung).....	46
AG Rudolstadt:	Akteneinsichtsrecht (Zeugenbeistand).....	46
OLG Celle:	Anklageschrift (Mängel der Informationsfunktion).....	46
BVerfG:	Organstreitverfahren (Anwendbarkeit der Verzögerungsbeschwerde).....	47
BVerwG:	Nichtzulassungsbeschwerde (Verfahrenseinstellung).....	47
OVG Bautzen:	Anwaltlicher Vertretungszwang (Klagerücknahme).....	48

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

VG Münster:	Einigungsgebühr (Anwaltlicher Vergütungsanspruch im Rechtsbehelfsverfahren).....	49
LG Stuttgart:	Gegenstandswert (Wert einer wertlosen Forderungspfändung).....	49
OLG Hamburg:	Umsatzsteuererstattungsanspruch	

Inhaltsverzeichnis

	(Vorsteuerabzugsberechtigung des Mandanten).....	50
AG Bremen:	Einigungsgebühr (Erfordernis eines Vergleichsabschlusses).....	50
OLG Schleswig:	Vergütung des Nachlasspflegers (Anwendbarkeit des RVG).....	51
BGH:	Verfahrens-/Prozesskostenhilfeantrag (Darlegung der Bedürftigkeit).....	51
OLG Saarbrücken:	Streitwert (Berücksichtigung von Leistungen nach dem SGB II).....	52
Aus der Praxis		
LG Düsseldorf:	Wettbewerbsverstoß (irreführende Werbung mit „Kundenanwalt“).....	53
AnwGH München:	Ausschluss aus der Rechtsanwaltschaft (Untreue).....	53
BGH:	Amtsenthebung (nachlässige Handhabung steuerlicher Verpflichtungen).....	54
OLG Düsseldorf:	Honoraranspruch einer Rechtsanwalts-GbR (Aktivlegitimation).....	54
AG Berlin-Bbg:	Zeugenvernehmung des Prozessbevollmächtigten (Notwendigkeit der Beauftragung eines weiteren Rechtsanwalts).....	55
BGH:	Erfüllungseinwand (Berücksichtigung im Zwangsvollstreckungsverfahren).....	55
Steuern		
BFH:	Außergewöhnliche Belastung (Strafverteidigungskosten).....	57
FG Schleswig:	Einkommenssteuererklärung (Eigenhändigkeit der Unterschrift).....	57
Weitere Schriftumsnachweise		61

Aus der Gesetzgebung

Änderungen im Verbraucherschutz

Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013 (BGBl. I,); In-Kraft-Treten am 13.06.2014

I. Allgemeines

Das Gesetz dient der **Umsetzung der Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher**. Die Mitgliedstaaten müssen die zur Umsetzung notwendigen Rechtsvorschriften bis zum 13.12.2013 erlassen. Mit der Verabschiedung des Gesetzes durch den Bundestag ist Deutschland einer der ersten Mitgliedstaaten, der die notwendigen Voraussetzungen für eine Umsetzung der Richtlinie in das innerstaatliche Recht schafft.

Die Verbraucherrechterichtlinie trifft wichtige Regelungen zur Vereinheitlichung des vertraglichen Verbraucherschutzrechts in der Europäischen Union. Das deutsche Umsetzungsgesetz schafft die Voraussetzungen für europaweit einheitliche Bestimmungen zu Informationspflichten und Widerrufsrechten, indem es die vollharmonisierten Bestimmungen der Richtlinie in das deutsche Recht übernimmt.

II. Die Neuregelungen im Überblick

1. Bisher bestanden **vorvertragliche Informationspflichten** für Unternehmer nur für bestimmte Bereiche, wie etwa für Fernabsatzverträge und Darlehensverträge mit Verbrauchern. Das Gesetz führt nunmehr - wie von der Richtlinie vorgesehen - **grundlegende Informationspflichten auch für Geschäfte im stationären Handel** ein.
2. Mit der **Einführung allgemeiner Pflichten und Grundsätze für Verträge mit Verbrauchern**, die **unabhängig von der Vertriebsform** gelten, wird der **Verbraucher vor versteckten und unangemessenen Zusatzkosten geschützt**.

So muss eine Vereinbarung über eine Zahlung, die über das Entgelt für die Hauptleistung des Unternehmers hinausgeht, etwa eine Bearbeitungsgebühr oder ein Entgelt für eine Stornoversicherung, künftig ausdrücklich vereinbart werden. Eine Vereinbarung im Internet darüber ist nur wirksam, wenn der Unternehmer sie nicht durch eine sog. Voreinstellung herbeiführt (Kreuz oder „Häkchen“ ist bereits gesetzt und soll vom Verbraucher gelöscht werden, wenn er die Vereinbarung nicht möchte).

Darüber hinaus schränkt das neue Gesetz die Möglichkeit ein, vom Verbraucher ein Entgelt für die Zahlung mit einem bestimmten Zahlungsmittel, etwa einer Kreditkarte, zu verlangen. Ruft der Verbraucher bei einer Kundendienst-Hotline des Unternehmers an, muss der Verbraucher künftig nur noch für die Telefonverbindung bezahlen. Ein darüber hinausgehendes Entgelt für die Information oder Auskunft darf nicht mehr verlangt werden.

3. Entsprechend den Vorgaben der Richtlinie sieht das Gesetz ein weitgehend **einheitliches Regime für Fernabsatzverträge und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge** vor.

Dies **gilt auch für Verträge über Finanzdienstleistungen**, die von der Verbraucherrechterichtlinie nicht erfasst werden: Das Gesetz sieht nunmehr auch für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge über Finanzdienstleistungen neben dem Widerrufsrecht Informationspflichten vor. Die bislang allein für Fernabsatzverträge geltenden Vorgaben der Richtlinie 2002/65/EG vom 23.09.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher sollen zukünftig grundsätzlich auch für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge über Finanzdienstleistungen gelten.

4. Zur Verbesserung der Übersichtlichkeit und Verständlichkeit der gesetzlichen Regelungen **fasst das Gesetz die Vorschriften über das Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen grundlegend neu**. Das **Widerrufsrecht bei fehlender oder falscher Belehrung erlischt** wie von der Richtlinie vorgesehen **nach zwölf Monaten und vierzehn Tagen**.

Grundsätzlich hat der Verbraucher nach einem Widerruf die Kosten für die Rücksendung der Ware zu tragen. Voraussetzung ist, dass der Unternehmer den Verbraucher von dieser Pflicht unterrichtet hat. Der Unternehmer kann sich jedoch auch bereit erklären, die Rücksendekosten zu übernehmen. Das Gesetz enthält sowohl ein Muster-Widerrufsformular als auch ein Muster für die Widerrufsbelehrung und erleichtert so Unternehmen wie Verbrauchern die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben.

5. Die sog. **Buttonlösung zum Schutz vor Kostenfallen im Internet gilt fort.**

Brandaktuell

BGB
§ 307

Versand- und Gefahrübergangsklausel im Möbelversand

BGB

(BGH in becklink 1029487, Urteil vom 06.11.2013, Az.: VIII ZR 353/12)

Fall: Die beklagte Möbelhändlerin betreibt auch einen Online-Shop. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Online-Shop ist geregelt: «Wir schulden nur die rechtzeitige, ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen und sind für vom Transportunternehmen verursachte Verzögerungen nicht verantwortlich.» Der klagende Verbraucherschutzverband hält diese Klausel für unwirksam und nimmt die Beklagte auf Unterlassung ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern in Anspruch, da diese Klausel auch den Fall einbezieht, dass die Möbel nicht nur schlicht versendet werden, sondern auch dann gelten soll, wenn eine Montagevereinbarung getroffen wurde.

Nach § 1 des Unterlassungsklagengesetzes kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehlers auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden, wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt. Berechtig, diesen Anspruch geltend zu machen, sind nach § 3 I Nr. 1 UKlaG auch Verbraucherschutzverbände.

Es kommt daher darauf an, ob die beanstandete Klausel einer rechtlichen Prüfung anhand von §§ 305 ff. BGB standhält. In Betracht kommt hier eine Unwirksamkeit der Klausel wegen nach Treu und Glauben unangemessener Benachteiligung der Verwendungsgegner der Klausel.

I. Abweichung von einer gesetzlichen Regelung

Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit die Klausel überhaupt i.S.d. § 307 III BGB von der Regelung im BGB zur Gefahrtragung abweicht. Immerhin sieht § 447 BGB eine entsprechende Gefahrtragung des Verkäufers nur bis zur Übergabe an die Transportperson grundsätzlich vor.

„Die Klausel bezieht sich, wie sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ergibt, auch auf Kaufverträge, in denen sich die Beklagte zur Montage der Möbel beim Kunden verpflichtet. Bei einem Möbelkaufvertrag mit der Verpflichtung des Verkäufers zur Montage der bestellten Möbel beim Kunden liege nach der Natur des Schuldverhältnisses eine Bringschuld vor. Denn bei solchen Verträgen könne die Montage der gekauften Möbel als vertraglich geschuldete Leistung des Verkäufers nur beim Kunden erbracht und auch nur dort festgestellt werden, ob die Kaufsache vertragsgemäß geliefert und aufgebaut wurde.“ (BGH aaO)

Ist aber der Leistungsort und damit der Ort des Gefahrübergangs in einem solchen Fall der Wohnsitz des Kunden, so verlagert die Klausel den Leistungsort und den Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Übergabeort an die Transportperson. Eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung liegt daher vor.

II. unangemessene Benachteiligung durch Abweichung von Gesetzeslage

Fraglich ist, ob diese Abweichung von der gesetzlichen Ausgangslage mit dem Sinn der gesetzlichen Regelung noch zu vereinbaren ist oder für den Verbraucher eine unangemessene Benachteiligung darstellt.

„Die Klausel, nach der die Beklagte nur die rechtzeitige, ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen schulde, benachteilige den Kunden eines solchen Vertrages unangemessen, weil sie ohne sachlichen Grund von der gesetzlichen Regelung über den Leistungsort abweiche und dadurch den Gefahrübergang zum Nachteil des Kunden verändere (§ 307 I 1, II Nr. 1 BGB). Hinzu komme, dass die Klausel die Haftung der Beklagten für ein Verschulden des Transportunternehmens als ihres Erfüllungsgehilfen ausschließe; insoweit verstoße die Regelung auch gegen das Klauselverbot des § 309 Nr. 7b BGB.“

III. Ergebnis

Eine Versand- und Gefahrübergangsklausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Möbelversandhändlerin, nach der das Unternehmen nur die rechtzeitige, ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an das Transportunternehmen schuldet, ist unwirksam, wenn sie sich auch auf Kaufverträge bezieht, in denen sich das Unternehmen zur Montage der Möbel beim Kunden verpflichtet. Sie hält dann der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand, weil sie den Kunden unangemessen benachteiligt.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§§ 133,157

**Angaben des eBay-Anbieters
Haftung für Richtigkeit**

ZivilR

(LG Karlsruhe in MMR 2013, 644; Urteil vom 09.08.2013 – 9 S 391/12)

Bei der Auslegung eines Angebots bei eBay, das sich auf Gold- oder Silberwaren bezieht, ist der bei diesen Gegenständen insbesondere durch das Feingehaltsgesetz gesteigerte Verkehrsschutz zu berücksichtigen.

Fall: Die Parteien streiten über Ansprüche aus dem Verkauf eines vergoldeten Armbands auf der Auktionsplattform eBay. Die Kl. hatte das Armband in der Kategorie „Edelmetall: Gold“ als „massives goldenes Armband“ unter Angabe eines Goldanteils von „750er/18 kt.“ eingestellt, woraufhin der Bekl. es zum Preis von 500,00 EUR erwarb. Im Anschluss stellte sich heraus, dass es sich um eine Messinglegierung mit vergoldeter Oberfläche handelte. Auf Veranlassung des Bekl. kam es zur Rückabwicklung des Kaufvertrags. Die Klägerin verlangt vom Beklagten Kaufpreiszahlung i.H.v. 500,00 EUR Zug um Zug gegen erneute Übergabe und Übereignung des Armbands. Der Beklagte verlangt widerklagend Schadensersatz in Höhe von 1.559,75 EUR zugesprochen, welcher sich aus dem Materialpreis für ein derartiges massives Goldarmband abzüglich des Kaufpreises von 500,00 EUR zusammensetzt. Wie sind die Ansprüche zu beurteilen?

I. Anspruch des Klägers auf Zahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Übereignung und Übergabe des Armbandes

Die Klägerin könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Übereignung und Übergabe des Armbandes aus § 433 I BGB haben.

Ein Kaufvertrag ist durch das Angebot des Klägers und die Annahme des Beklagten im Rahmen der Versteigerung bei eBay zustande gekommen. Allerdings könnte der Beklagte nach §§ 323, 434 I 1, 437 Nr. 2 BGB wirksam vom Vertrag zugetreten sein. Eine Rücktrittserklärung ist erfolgt, fraglich ist jedoch, ob die Voraussetzungen für einen solchen Rücktritt vorgelegen haben.

Als Rücktrittsgrund kommt hier das Vorliegen eines Sachmangels nach § 434 BGB in Betracht. Es könnte eine Abweisung der Ist-Beschaffenheit von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 434 I 1 BGB vorliegen, da es sich entgegen dem Wortlaut der Anzeige nicht um ein massivgoldenes Armband handelte.

„Dabei ist die gesamte eBay-Anzeige gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen, wobei insb. auch die gesetzlichen Bestimmungen beim Verkauf von Goldwaren zu berücksichtigen sind.“ (LG Karlsruhe aaO)

Der reine Anzeigetext mit dem Wortlaut „massives goldenes Armband“ lässt zunächst bei Zugrundelegung eines **objektiven Empfängerhorizonts** zwei Auslegungsschlüsse zu; darunter kann ein Armband aus **Massivgold** ebenso verstanden werden wie die Beschreibung eines golden aussehenden **Armbands von massiver Form und Gestalt**.

*„Das Gericht geht nicht davon aus, dass die Kl. die genaue Qualität des Armbands kannte und darauf spekulierte, durch **Verwendung zweideutiger Formulierungen** einen Käufer hierüber in die Irre zu führen. Dies ist jedoch unerheblich für die Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 I 1 BGB sowie für das Rücktrittsrecht bei Abweichung hiervon.*

*Vielmehr muss sich die Kl. daran festhalten lassen, wie ihre **Anzeige insgesamt zu verstehen** war (vgl. LG Frankfurt/M., Urteil vom 31.01.2007 – 2-16 S 3/06 [= MMR 2007, 677]). Dabei sind auch ihre Angaben in den sog. Kategorien des Anzeigetexts zu berücksichtigen. Das Armband wurde in der **Kategorie „Edelmetall: Gold“** eingestellt. Sowohl im Text wie auch in der Kategorie „Goldanteil“ wird es mit **750er-Gold und 18 Karat** näher ausgezeichnet. Eine Relativierung der Kategorienangabe ist dem Text der Anzeige nicht zu entnehmen. Bei Gesamtbetrachtung der Anzeige verdichten sich daher die Merkmale, die nur ein Auslegungsergebnis dahingehend zulassen, dass die Kl. ein **Armband aus Massivgold angeboten** hat.“* (LG Karlsruhe aaO)

Dies geht auch aus den Vorgaben des FeinGehG hervor. Nach § 7 S. 1 FeinGehG besteht eine Garantiehaftung des Verkäufers für die Richtigkeit des angegebenen Feingehalts. Der Feingehalt darf nach § 8 I FeinGehG bei Gold- und Silberwaren zudem von vornherein nicht angegeben werden, wenn diese mit anderen metallischen Stoffen ausgefüllt sind. § 9 I Nr. 4 FeinGehG normiert eine Ordnungswidrigkeit für vorsätzliches oder fahrlässiges Feilhalten

von Ware, deren Bezeichnung gegen diese Bestimmungen verstößt. Die Vorschriften dienen dem Schutz des Vertrauens, reelle Gold- und Silberware zu erhalten (vgl. KG GRUR 1987, 448, m.w.N.). Damit ist der Verkehrs- und Vertrauensschutz bei solchen Waren deutlich ggü. dem Verkauf sonstiger Artikel gesteigert.

*„Dies beeinflusst die Auslegung, welche Beschaffenheit die Parteien vorliegend vereinbart haben. Bei dem von der Kl. unter zweifacher Feingehaltsangabe – in Text und Kategorie – zum Verkauf gestellten Armband handelt es sich **tatsächlich** – unstreitig und ausweislich des Gutachtens v. 15.01.2011 – um eine **Messinglegierung**. Lediglich die **Oberfläche ist vergoldet**. Unabhängig von der Richtigkeit der Angaben bezogen auf die Vergoldung, verstoßen diese angesichts der metallischen Füllstoffe gegen § 8 I FeinGehG. Des Weiteren sind solche **Feingehaltsstempelungen mit Karatangabe** – wie vorliegend „750er/18 kt.“ – **gerade als Kennzeichen massiven Goldschmucks** verkehrsbekannt. Für lediglich vergoldete Ware dürfen sie wegen der damit verbundenen Qualitätsvorstellungen nicht verwendet werden, da andernfalls der Anschein einer in Wahrheit nicht bestehenden Hochwertigkeit erzeugt wird (vgl. KG aaO; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 5 Rn. 4.31).*

*Unter sinngemäßer Heranziehung dieser Grundsätze zum Verkauf von Goldwaren ergibt sich, dass die Kl. die **Angaben zum Feingoldgehalt** im vorliegenden Fall **nicht hätte machen dürfen**. Vielmehr konnte ein Käufer, dessen Vertrauen in diesem Bereich gesteigerten Schutz genießt, die Anzeige nur so verstehen, dass es sich um ein **Armband aus Massivgold** handele. Dies wird durch Einstellen in der Kategorie „Edelmetall: Gold“ noch verstärkt (vgl. den ähnlich gelagerten Fall eines versilberten Teeservices, LG Frankfurt/M., aaO).*

*Der Bekl. durfte sich – unabhängig von seiner eigenen Gut- oder Bösgläubigkeit – zudem **darauf verlassen**, dass die **Artikelbeschreibung zutreffend** war, nachdem bei Käufen über den virtuellen Marktplatz eBay eine körperliche Untersuchung der Kaufgegenstände regelmäßig nicht möglich ist. Eine **Rückfrageobliegenheit** bei der Kl. **traf den Bekl. nicht**, vielmehr liegt die Verantwortung für eine eindeutige und zutreffende Artikelbeschreibung beim Anbieter.“ (LG Karlsruhe aaO)*

Die Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung berechnete den Bekl. nach §§ 323, 434 Abs. 1 Satz 1, 437 Nr. 2 BGB zu seinem konkludent erklärten Rücktritt.

Der Kläger hat daher keinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen die Übergabe und Übereignung des Armbandes.

II. Anspruch des Beklagten gegen die Klägerin auf Schadensersatz i.H.v. 1.599,75 €

Der Beklagte könnte gegen die Klägerin einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 1.599,75 € haben. Ein solcher Anspruch könnte sich aus §§ 280 I, III, 281, 434 I 1, 437 Nr. 3 BGB ergeben.

1. Schadensersatz neben Rücktritt.

Zunächst stellt sich die Frage, ob ein Anspruch auf Schadensersatz wegen des Fehlens einer vereinbarten Beschaffenheit neben der Erklärung des Rücktritts möglich ist. Dies ist jedoch nach § 325 BGB gesetzlich ohne weiteres vorgesehen.

2. Voraussetzungen der Sachmängelhaftung

Die Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung liegen aus den o.g. Gründen vor.

3. Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch

Die Klägerin müsste die ihr obliegende Leistungspflicht schuldhaft verletzt haben, wobei ihr Verschulden nach § 280 I 2 BGB vermutet wird.

„Die Auslegung hat ergeben, dass die Kl. ein Armband aus massivem Gold schuldete. Diese Leistungspflicht hat sie mit Übergabe und Übereignung des lediglich vergoldeten Armbands verletzt. Für die anscheinend in ihrem Auftrag von ihrer Tochter gemachten Angaben auf www.ebay.de haftet die Kl. nach § 278 BGB.“ (LG Karlsruhe aaO)

4. Umfang des Schadensersatzanspruchs

Fraglich ist jedoch, ob dem Beklagten ein Schadensersatzanspruch in der geltend gemachten Höhe zusteht.

*„§ 249 I BGB bestimmt, dass der Geschädigte so zu stellen ist, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Maßgeblich für die **konkret vorzunehmende Schadensberechnung** ist auch eine ausbleibende Vermögensmehrung (Grüneberg, in: Palandt, BGB, 72. Aufl., Vorb. v. § 249 Rn. 21). Dabei ist auf den **Wert der Sache im Zeitpunkt der Internetauktion** abzustellen (OLG Oldenburg NJW 2005, 2556, 2557 [= MMR 2005, 766]). Vorliegend errechnet sich der Schaden aus einem unstreitigen **Materialpreis** für ein solches Goldarmband von 2.059,75 EUR im Vertragszeitpunkt. Nach **Abzug des Kaufpreises** von 500,00 EUR ergibt sich hieraus der geltend gemachte Schaden. Auf einen etwaigen Erlös beim Weiterverkauf kommt es daher bei der vom AG zutreffend vorgenommenen Schadensberechnung nicht an (Grüneberg, aaO, Rn. 16).“ (LG Karlsruhe aaO)*

(BGH in NJW 2013, 3167; Urteil vom 01.08.2013 – VII ZR 6/13)

1. § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG enthält das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrags, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich auf Grund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.
2. Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrags gem. § 134 BGB, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.
3. Mängelansprüche des Bestellers bestehen in diesem Fall grundsätzlich nicht.

Fall: Die Kl. begehrt Vorschuss für Mängelbeseitigungsaufwendungen und die Feststellung der Ersatzpflicht des Bekl. für einen weitergehenden Schaden. Die Kl. ist Eigentümerin eines Grundstücks. Sie und der Bekl., der im selben Ort wohnt, vereinbarten im Mai 2008, dass der Bekl. Auffahrt auf dem Grundstück neu pflastern sollte. Die Kl. stellte das Material und die Geräte. Der Bekl. führte die Arbeiten im Mai und Juni 2008 aus. Kurz danach traten Unebenheiten auf. Nacharbeiten des Bekl. hatten keinen Erfolg. Ursache für die Unebenheiten ist eine von dem Bekl. zu dick ausgeführte Sandschicht unterhalb der Pflastersteine. Zur Beseitigung sind Aufwendungen in Höhe von ca. 6.069 Euro brutto notwendig. Die Kl. behauptet, die Parteien hätten einen Werkvertrag geschlossen. Es sei ein Werklohn in Höhe von 1.800 Euro vereinbart worden. Dabei habe man sich darauf geeinigt, dass die Bezahlung bar ohne Rechnung und ohne Abführung von Umsatzsteuer erfolgen solle. Sie habe den Betrag an den Bekl. bezahlt. Der Bekl. behauptet, er habe nur aus Gefälligkeit bei der Pflasterung der Auffahrt geholfen, wobei ihm im Gegenzug nur die Lieferung verbilligten Brennholzes auf Vermittlung des Ehemanns der Kl. in Aussicht gestellt worden sei. Besteht ein Anspruch auf Ersatz der zur Mangelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen?

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Kostenvorschuss für die beabsichtigte Selbstvornahme der Mangelbeseitigung nach §§ 633, 634 Nr. 2, 637 III BGB haben.

I. Bestehen eines Werkvertrages

Eine entsprechende Einigung zwischen den Parteien über die Durchführung der Pflasterarbeiten gegen Zahlung eines Werklohns in Höhe von 1.800 Euro ist erfolgt. Fraglich ist jedoch, ob dieser Vertrag wirksam ist. In Betracht kommt hier, eine **Nichtigkeit** des Vertrages wegen des **Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot** (§ 134 BGB).

1. gesetzliches Verbot

Der hier geschlossene Vertrag könnte gegen § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen.

„§ 1 II Nr. 2 SchwarzArbG enthält das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrags, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich auf Grund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrags, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.“ (BGH aaO)

Fraglich ist ob diese Voraussetzungen hier vorliegen.

a) Rechtsprechung des BGH zur Rechtslage vor dem 01.08.2004

„Der BGH hat zu den vor dem 01.08.2004 geltenden Fassungen des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit angenommen, dass **Verstöße** gegen das Gesetz **zu einer Nichtigkeit der Werkverträge gem. § 134 BGB führen**, wenn beide Vertragsparteien gegen das Gesetz verstoßen haben (BGH NJW 1983, 109 m. w.N.; BGHZ 89, 369 [372]). Dabei hat er die in diesen früheren Fassungen ausschließlich vorhandenen Ordnungswidrigkeitstatbestände als Verbotsgesetze i. S. des § 134 BGB angesehen. Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (i. d. F. v. 31.05.1974) enthielt zwar **kein ausdrückliches Verbot der Schwarzarbeit**. Sinn und Zweck des Gesetzes sowie die in §§ 1 und 2 enthaltene Androhung von Geldbuße sprachen jedoch dafür, das Gesetz als Verbotsgesetz und ein gegen das Gesetz verstoßendes Rechtsgeschäft gem. § 134 BGB als **nichtig anzusehen** (BGHZ 85, 39 [43 f.] = NJW 1983, 109). Sinn und Zweck des Gesetzes gingen dahin, im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft die rechtliche Wirkung zu versagen, weil nur so das Ziel, Schwarzarbeit tatsächlich zu verhindern, erreicht werden konnte (BGH NJW 1983, 109). Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit wollte die Schwarzarbeit schlechthin verbieten und den Leistungsaustausch zwischen den „Vertragspartnern“ verhindern (BGH NJW 1990, 2542).

Ebenso wurden Fälle beurteilt, in denen der Auftraggeber zwar nicht selbst verbotswidrig handelte, aber den Gesetzesverstoß des Vertragspartners kannte und diesen bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzte (BGH NJW 1984, 1175; vgl. auch BGH, NJW 1985, 2403; NJW-RR 2002, 557).“ (BGH aaO)

b) Beurteilung des BGH nach neuer Rechtslage

Fraglich ist, ob sich an dieser Auffassung des BGH etwas durch das seit dem 01.08.2004 geltende Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz etwas ändert.

*„Dieses Gesetz dient ausweislich § 1 I SchwarzArbG der Intensivierung der **Bekämpfung der Schwarzarbeit**. Schon daraus ergibt sich, dass die Novellierung des Vorgängergesetzes ausschließlich eine **Verschärfung der gesetzlichen Maßnahmen** zur Bekämpfung der Schwarzarbeit bewirken sollte. Nachdem zu diesem Zeitpunkt nach der Rechtsprechung des BGH in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung (vgl. die Nachw. bei BGH NJW 1984, 1175) schon die frühere Fassung des SchwarzArbG erforderte, dass Verträge, die den Ordnungswidrigkeitstatbeständen zu Grunde lagen, bei bestimmter Beteiligung beider Vertragspartner nichtig waren, gibt es **keinen Anhaltspunkt** dafür, dass diese **Rechtsfolge nunmehr mit dem neuen Gesetz nicht mehr eintreten** sollte. Auch das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz ist Verbotsgesetz. Es will nicht nur den tatsächlichen Vorgang der Schwarzarbeit eindämmen, sondern ... den zu Grunde liegenden Rechtsgeschäften die rechtliche Wirkung nehmen (Armbrüster, in: MüKo-BGB, 6. Aufl., § 134 Rn. 77).*

*Deshalb ist es **unschädlich**, dass auch das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz **keine ausdrücklichen Verbote** enthält. Es definiert erstmals den Begriff der Schwarzarbeit (§ 1 II SchwarzArbG) und übernimmt aus dem bisherigen Gesetz bestimmte Ordnungswidrigkeitstatbestände (§ 8 SchwarzArbG). Die klare Beschreibung des Schwarzarbeitsbegriffs sollte mit dazu beitragen, das Unrechtsbewusstsein in der Bevölkerung zu stärken und damit präventiv der Schwarzarbeit entgegenzuwirken (BT-Dr 15/2573, S. 18).“ (BGH aaO)*

Darüber hinaus hat die Neufassung des Gesetzes weitere Tatbestände als Schwarzarbeit definiert. Insbesondere „leistet“ nach § 1 II SchwarzArbG nunmehr auch derjenige Schwarzarbeit, der Dienst- oder Werkleistungen „ausführen lässt“ und dabei bestimmte in den Nrn. 1–3 normierte qualifizierte Merkmale erfüllt.

*„Außerdem zählt zur **Schwarzarbeit** nunmehr gem. § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG auch die Erbringung oder Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen, wenn dabei von einem Steuerpflichtigen eine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebende **steuerliche Pflicht nicht erfüllt** wird. Im Falle der Entlohnung eines selbstständigen Handwerkers durch den Besteller **ohne Rechnungsstellung** liegt jedenfalls in objektiver Hinsicht regelmäßig ein **Verstoß des Unternehmers gegen die Erklärungs- und Anmeldungspflichten** gem. § 25 III EStG und § 18 I, III UStG sowie gegen die Rechnungsstellungspflicht gem. § 14 II 1 Nr. 1 UStG vor (vgl. Bosch, NJW 2008, 2684). Der Gesetzgeber hat den Tatbestand der **Verletzung steuerlicher Pflichten ausdrücklich** zur Beschreibung einer **Form der Schwarzarbeit** eingeführt, weil diese in Zusammenhang mit Schwarzarbeit regelmäßig in der Absicht verletzt werden, Steuern zu hinterziehen (BT-Dr 15/2573, S. 19). Mit der Regelung wurde **bewusst auch der Auftraggeber erfasst**, der die Schwarzarbeit erst ermöglicht oder unterstützt, da ohne ihn die Schwarzarbeit gar nicht vorkommen würde. Auch dieser neue Tatbestand stellt ein Verbotsgesetz dar (Bosch, NJW 2008, 2684; Fricke, Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG, S. 227; Stamm, NZBau 2009, 78 [86]; a. A. Jooß, JR 2009, 397 [398]).“ (BGH aaO)*

Das SchwarzArbG enthält daher ein gesetzliches Verbot der Erbringung von Dienst- und Werkleistungen ohne Abführung der darauf entfallenden Umsatzsteuer und ohne Angabe bei der Einkommenssteuerberechnung.

2. Verstoß gegen das gesetzliche Verbot

a) Verstoß des Beklagten als Werkunternehmer

„Der Bekl. hat verbotene Schwarzarbeit gem. § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG geleistet. Er ist Steuerpflichtiger gem. § 33 I AO unter anderem deshalb, weil er aus der Erbringung der Werkleistung Umsatzsteuer schuldet und der Werklohn der Einkommensteuerpflicht unterliegt. Er hat eine Steuerhinterziehung begangen. Er hat zudem gegen seine steuerliche Pflicht aus § 14 II 1 Nr. 1 UStG in der Fassung vom 13.12.2006 verstoßen, weil er als Unternehmer eine sonstige Leistung im Zusammenhang mit einem Grundstück ausgeführt hat und der Verpflichtung nicht nachgekommen ist, innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung der Leistung eine Rechnung auszustellen.“ (BGH aaO)

Der Beklagte hat damit verbotene Schwarzarbeit geleistet.

b) Verstoß der Klägerin als Bestellerin

Das Verhalten der Klägerin könnte unter § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG fallen. Dies kann jedoch dahinstehen, wenn ein entsprechender Verstoß zusätzlich zu dem festgestellten Verstoß des Beklagten gar nicht erforderlich ist.

*„[Es] ergibt sich bereits aus der **bisherigen Rechtsprechung des Senats**, [dass] ...es für die Annahme einer Nichtigkeit ausreichen kann, dass der **Besteller den Gesetzesverstoß des Unternehmers kennt** und diesen **bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt**. Nach der Neufassung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit reicht eine solche Beteiligung des Bestellers jedenfalls in den Fällen aus, eine Nichtigkeit eines zu Grunde liegenden Werkvertrags herbeizuführen, in denen der Unter-*

nehmer seine Pflicht zur Erteilung einer Rechnung verletzt und der Besteller dies bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt.

Denn der Gesetzgeber hat zusammen mit der Neufassung des Gesetzes gegen Schwarzarbeit **zugleich das Umsatzsteuergesetz geändert**, um die Pflichten zur Rechnungserteilung und -aufbewahrung zu erweitern und umfassender zu sanktionieren (vgl. Art. 12 des Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung v. 23.07.2004, BGBl I, 1842). Er hat hierfür gerade deshalb eine Notwendigkeit gesehen, weil nur so das Ziel, die Form der Schwarzarbeit in Gestalt von „Ohne-Rechnung-Geschäften“ wirkungsvoll zu bekämpfen, erreicht werden könne (BT-Dr 15/2573, S. 34). Ziel war es, die „Ohne-Rechnung-Geschäfte“ zu verhindern. Angesichts des enormen Ausmaßes der Steuerausfälle seien derartige Verhaltensweisen nicht hinnehmbar. Es müssten sowohl für den Unternehmer als auch für den Leistungsempfänger entsprechende Pflichten bestehen. Die **zusätzliche Rechnungsaufbewahrungspflicht des privaten Leistungsempfängers** (§ 14 b I 5 UStG i. d. F. v. 23.07.2004) neben der Rechnungsausstellungspflicht des Unternehmers führe dazu, dass beide Seiten ein erhebliches Interesse daran hätten, dass das Geschäft legal mit Rechnung abgewickelt wird. Dies werde durch entsprechende Bußgeldbewehrungen noch verstärkt (BT-Dr 15/2573, S. 34 f.).

Das zeigt, dass unabhängig von ihrer systematischen Einordnung in das Umsatzsteuergesetz auch diese Gesetzesänderungen nicht isoliert der Steuererhebung dienen sollten, sondern in erster Linie veranlasst waren, um zusammen mit der Schaffung des neuen Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes diese vom Gesetzgeber missbilligte Form von Rechtsgeschäften ganz zu verhindern. Adressat war dabei ausdrücklich auch der Besteller. Dem entspricht es, die Nichtigkeitsfolge aus dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz schon dann eintreten zu lassen, wenn der Besteller von den entsprechenden Verstößen des Unternehmers weiß und sie bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt.“ (BGH aaO)

So liegt der Fall hier. Die Verstöße gegen die steuerlichen Vorschriften erfolgten vorsätzlich. Sie waren ausdrücklich vereinbart. Die Kl. ersparte auf diese Weise einen Teil des Werklohns jedenfalls in Höhe der anfallenden Umsatzsteuer. Auch sie verstößt daher gegen ein Verbotsgesetz, so dass der Werkvertrag nach § 134 BGB nichtig ist.

II. Mängelansprüche trotz Nichtigkeit des Werkvertrages nach § 134 BGB

Allerdings könnten der Kl. gleichwohl Ansprüche wegen der mangelhaften Erbringung der Leistung zustehen. Dies kommt in Betracht, wenn die Klägerin dem Beklagten mit der Berufung auf das Nichtbestehen von Mängelansprüchen wegen der Nichtigkeit des Vertrages den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten könnte.

In seiner Rechtsprechung zu Mängelansprüche bei einem Bauvertrag hat der BGH unter engen Voraussetzungen die Möglichkeit eines solchen Einwandes angenommen und die Nichtigkeit unter Heranziehung des § 139 BGB nur auf die Ohne-Rechnung-Abrede selbst bezogen (BGHZ 176, 198 = NJW-RR 2008, 1050 und NJW-RR 2008, 1051 = NZBau 2008, 436 = BauR 2008, 1330).

„Derartige Erwägungen kommen vorliegend nicht in Betracht. Die Schaffung des Schwarzarbeitstatbestands des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG führt wie dargelegt dazu, dass die **Verstöße gegen steuerrechtliche Pflichten bereits ohne Weiteres zur Nichtigkeit des gesamten zu Grunde liegenden Werkvertrags** führen. Eine isolierte Prüfung nur der Ohne-Rechnung-Abrede erfolgt nicht.

Eine nach § 134 BGB im öffentlichen Interesse und zum Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs angeordnete Nichtigkeit kann – anders als die Nichtigkeitsfolge aus § 139 BGB – **allenfalls in ganz engen Grenzen durch eine Berufung auf Treu und Glauben überwunden werden** (vgl. BGHZ 176, 198 [202] = NJW-RR 2008, 1050 m. w. Nachw.; BGHZ 85, 39 [47 ff.]; ganz abl. etwa Armbrüster, in: MüKo BGB, § 134 Rn. 112). Hierfür **reicht es jedenfalls nicht aus**, dass ein **widersprüchliches Verhalten** des Unternehmers darin liegt, dass er bei einem Bauvertrag die von ihm geschuldeten Bauleistungen **regelmäßig an dem Grundstück** des Bestellers erbringt und er sich bei der Inanspruchnahme wegen Mängeln anschließend auf die Nichtigkeit des Bauvertrags beruft, obwohl der Besteller wegen der Schwierigkeiten einer Rückabwicklung das **Werk typischerweise behalten wird**. Vielmehr bleibt es bei dem Grundsatz, dass wegen der Nichtigkeit des Vertrags Mängelansprüche von vornherein nicht gegeben sind (vgl. BGHZ 111, 308 [314] = NJW 1990, 2542). Die im besonderen Maße von den Grundsätzen von Treu und Glauben beeinflussten **Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung** (§§ 812 ff. BGB) sind regelmäßig geeignet, unerträgliche Ergebnisse auch in den Fällen zu verhindern, in denen die auf Grund eines nichtigen Werkvertrags erbrachten Leistungen mangelhaft sind (vgl. BGHZ 111, 308 [312]; Armbrüster, JZ 2008, 1006 [1007 f.]; Jooß, JR 2009, 397 [399 f.]; Lorenz, in: Festschr. f. Buchner, S. 571; Pauly, MDR 2008, 1196; i. E. ebenso Stamm, NZBau 2009, 78).“ (BGH aaO)

III. Ergebnis

Die Klägerin hat gegen den Beklagten keine Mängelansprüche, so dass sie auch nicht die Erstattung/Vorauszahlung der Kosten für die eigene Mängelbeseitigung (sog. Selbstvornahme) verlangen kann.

StGB **Unterstützung einer terroristischen Vereinigung** **StGB**
§§ 129, 129a V 1 **Förderung mitgliedschaftlicher Propaganda**
 (BGH in NJW 2013, 3257; Beschluss vom 11.07.2013 – AK 13/13, AK 14/13)

Ein **Außenstehender** unterstützt eine **terroristische Vereinigung** auch mit **Tätigkeiten**, die sich der Sache nach als **Förderung des Werbens für die Vereinigung durch ein Organisationsmitglied** darstellen.

Fall: Den Angesch. wird vorgeworfen, sie hätten gemeinsam mit dem weiteren Besch. U eine Zelle der in den Provinzen Nord-Kivu und Süd-Kivu der Demokratischen Republik Kongo (im Folgenden: DRC) operierenden paramilitärischen Milizen-Organisation „Forces Démocratiques du Libération de Rwanda“ (im Folgenden: FDLR) gebildet und Teile der Tätigkeiten übernommen, welche zuvor von den anderweitig verfolgten Dr. Mu, M und Mb ausgeübt worden waren, strafbar als mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland nach §§ 129 a I, 129 b I StGB. Der Angesch. T habe daneben dem Dr. Mu zwei Geldbeträge zukommen lassen, obwohl dies nach Art. 2 II der Verordnung (EG) Nr. 1183/2005 des Rates der Europäischen Union vom 18. 7. 2005 in Verbindung mit der im Anhang I der Verordnung enthaltenen Liste der in Art. 2 genannten Personen untersagt gewesen sei.

Die Angesch. könnten sich nach den **§§ 129 a, 129 b StGB** strafbar gemacht haben.

- I. Die **FDLR** stellt auf Grund ihrer Organisationsstruktur, der Anzahl und willensmäßigen Einbindung ihrer Mitglieder sowie der Dauerhaftigkeit der Verbindung eine **Vereinigung im Ausland i. S. der §§ 129, 129 a, 129 b StGB** dar (vgl. hierzu im Einzelnen schon BGHSt 55, 157 = NJOZ 2010, 1736 = NSTZ 2010, 581).

Die **Zwecke oder Tätigkeit der FDLR** sind auch **darauf gerichtet, Straftaten** nach § 129 a I Nr. 1 StGB, insbes. Tötungsdelikte und Straftaten nach den §§ 7, 8 Völkerstrafgesetzbuch (VStGB), **zu begehen**. Hierfür genügt es, wenn sich die Mitglieder der Vereinigung bewusst sind, dass es bei der Verfolgung ihrer Pläne zur Begehung von Katalogtaten kommen kann und sie dies auch wollen; die Vereinigung muss nicht ausschließlich das Ziel der Begehung solcher Taten verfolgen.

- II. **An dieser Vereinigung** haben sich die Angesch. durch ihre in der Bundesrepublik Deutschland entfalteten Tätigkeiten entweder **als Mitglied beteiligt**, oder sie haben jeweils mehrfach diese **Vereinigung unterstützt**.

1. Nach st. Rspr. bedarf die **Frage, ob eine Person, die in der Bundesrepublik Deutschland lebt, sich als Mitglied an einer terroristischen Vereinigung im Ausland beteiligt**, regelmäßig bereits deshalb **besonderer Prüfung**, weil sie sich nicht im unmittelbaren Betätigungsgebiet der (Kern-)Organisation aufhält; dies gilt insbes. dann, wenn sie sich nie an einem Ort befunden hat, an dem Vereinigungsstrukturen bestehen, und sie nur der Kontakt zu einem in Deutschland befindlichen Mitglied mit der Organisation verbindet.

*„Allein die Tätigkeit für die Vereinigung, mag sie auch besonders intensiv sein, reicht hierfür nicht aus; denn ein Außenstehender wird nicht allein durch die Förderung der Vereinigung zu deren Mitglied. Vielmehr **setzt die Mitgliedschaft ihrer Natur nach eine Beziehung voraus, die der Vereinigung regelmäßig nicht aufgedrängt werden kann, sondern ihre Zustimmung erfordert**. Eine Beteiligung als Mitglied scheidet deshalb aus, wenn die Unterstützungshandlungen nicht von einem einvernehmlichen Willen zu einer **fortdauernden Teilnahme am Verbandsleben** getragen sind (vgl. etwa BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448 = NSTZ 2010, 44; BGH NSTZ-RR 2011, 372). Der Senat lässt offen, ob eine diesen Maßstäben genügende Einbindung der Angesch. in die FDLR bei Berücksichtigung aller maßgebenden Umstände bereits allein dadurch belegt werden kann, dass die Angesch. zu den führenden Vertretern der FDLR in Europa vor deren Verhaftung in langjähriger Verbindung standen und ihre Handlungen mit hochrangigen Funktionsträgern der FDLR eng abstimmten, die sich im Gebiet der Kivu-Provinzen in der DRC befanden.“ (BGH aaO)*

2. Sollten sich die Angesch. nicht mitgliedschaftlich an der FDLR beteiligt haben, so hätten sie jedenfalls durch ihre Tätigkeiten die **FDLR unterstützt**. Dies gilt unabhängig davon, ob die Inhalte der Kommunikés, an deren Veröffentlichung die Angesch. mitwirkten, als werbende Äußerungen für die FDLR anzusehen sind.

- a) Nach **st. Rspr. des BGH** ist unter einem **Unterstützen i. S. von §§ 129 a V 1, 129 b I 1 StGB** grds. **jedes Tätigwerden** zu verstehen, **durch das ein Nichtmitglied der Vereinigung deren innere Organisation und ihren Zusammenhalt unmittelbar fördert**, die Realisierung der von ihr geplanten Strafta-

ten – wenn auch nicht unbedingt maßgebend – erleichtert oder sich sonst auf deren Aktionsmöglichkeiten und Zwecksetzung in irgendeiner Weise positiv auswirkt und damit die ihr eigene Gefährlichkeit festigt (s. etwa BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448 = NStZ 2010, 44).

Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass ein Außenstehender mitgliederschaftliche Betätigungsakte eines Angehörigen der Vereinigung fördert; i. d. S. handelt es sich beim Unterstützen um eine zur Täterschaft verselbstständigte Beihilfe zur Mitgliedschaft (vgl. etwa BGHSt 20, 89 = NJW 1965, 260; BGHSt 29, 99 = NJW 1989, 64). Zum anderen greift der Begriff des Unterstützens einer Vereinigung über ein im strengeren Sinne des § 27 I StGB auf die Förderung der Tätigkeit eines Vereinigungsmitglieds beschränktes Verständnis hinaus; denn er bezieht sich auch und – wie schon der Wortlaut des Gesetzes zeigt – sogar in erster Linie auf die Vereinigung als solche, ohne dass im konkreten Fall die Aktivität des Nichtmitglieds zu einer einzelnen organisationsbezogenen Tätigkeit eines Organisationsmitglieds hilfreich beitragen muss (vgl. BGHSt 51, 345 = NJW 2007, 2782 = NStZ 2007, 635; BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448 = NStZ 2010, 44).

Auch muss das Wirken des Nichtmitglieds nicht zu einem von diesem erstrebten Erfolg führen, es genügt, wenn sein Tun für die Organisation objektiv nützlich ist, ohne dass ein messbarer Nutzen für diese eintritt (BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448 = NStZ 2010, 44; BGHSt 33, 16 = NJW 1984, 2956 = NStZ 1985, 21; BGHSt 32, 243 = NJW 1984, 1049).

- b) Diese im Ausgangspunkt **weite Begriffsbestimmung des Unterstützens** darf indes nicht dahin missverstanden werden, dass jedes Handeln eines Nichtmitglieds i. S. der Vereinigung als tatbestandsmäßig einzustufen wäre, ohne dass es auf die konkreten Wirkungen seines Tuns ankäme.

„Die vorausgesetzte Nützlichkeit für die Vereinigung muss anhand belegter Fakten nachgewiesen sein und darf sich nicht nur auf vermeintliche Erfahrungswerte oder allgemeine Vermutungen stützen. Außerdem darf nicht aus dem Blick verloren werden, dass der Gesetzgeber mit dem 34. Strafrechtsänderungsgesetz (v. 22.08.2002, BGBl I, 3390) und dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13.06.2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze (v. 22.12.2003, BGBl I, 2836) die Strafbarkeit des propagandistischen Wirkens eines Nichtmitglieds i. S. der Vereinigung auf die Fälle des Werbens um Mitglieder oder Unterstützer für die Organisation beschränkt und das lediglich befürwortende Eintreten für eine terroristische Vereinigung, die Rechtfertigung ihrer Ziele oder der aus ihr heraus begangenen Straftaten straffrei gestellt hat.

Diese gesetzgeberische Grundentscheidung ist zu beachten. Es ist nicht zulässig, sie dadurch zu umgehen, das propagandistische Handeln eines Nichtmitglieds, das sich nicht als Werben um Mitglieder oder Unterstützer für die Vereinigung darstellt, allein wegen der psychologischen Folgen, die es – insbesondere etwa im Falle der Rechtfertigung oder Verherrlichung von Gewalttaten der Organisation – auf die angesprochenen Adressatenkreise haben kann, als Unterstützen der Vereinigung einzustufen (BGH NStZ-RR 2013, 171; BGHSt 51, 345 = NJW 2007, 2782 = NStZ 2007, 635).“ (BGH aaO)

- c) An dieser Auffassung hält BGH aaO fest.
- aa) Ein **Unterstützen** ist auch anzunehmen bei **Tätigkeiten, die inhaltlich als Werbung für die Vereinigung einzuordnen sind**, wenn im konkreten Einzelfall das Handeln des Nichtmitglieds über die propagandistische Wirkung seines Tuns hinaus einen **objektiv nützlichen Effekt für die mitgliederschaftliche Betätigung eines Angehörigen der Organisation** bewirkt (vgl. schon BGH NStZ-RR 2013, 171 m. w. Nachw.; insow. noch offen BGHSt 51, 345 = NJW 2007, 2782 = NStZ 2007, 635).

*„Dies bedeutet, dass ein Außenstehender eine Vereinigung auch mit Tätigkeiten unterstützt, die sich der Sache nach als **Förderung des Werbens für die Vereinigung durch ein Organisationsmitglied** darstellen, unabhängig davon, ob dieses um (weitere) Mitglieder oder Unterstützer der Gruppierung wirbt oder sein Verhalten als sonstige propagandistische Tätigkeit im Sinne einer reinen Sympathiewerbung anzusehen ist.“ (BGH aaO)*

- bb) Demgegenüber unterfällt die um Sympathie oder um Mitglieder oder Unterstützer werbende **Tätigkeit eines Nichtmitglieds** dann nicht dem Tatbestandsmerkmal des Unterstützens i. S. des § 129 a V 1 StGB, wenn sie sich **allgemein für die Organisation oder ihre Ziele einsetzt**, ohne dabei die propagandistische Tätigkeit eines Vereinigungsmitglieds individuell zu fördern.

„Die bisher vom Senat in diesem Zusammenhang zu beurteilenden Fallgestaltungen waren jeweils dadurch maßgebend geprägt, dass der Täter selbst propagandistisch für die Vereinigung tätig wurde, nicht aber einem Mitglied der Vereinigung bei dessen werbender Tätigkeit Hilfe leistete. Wirbt ein Mitglied einer terroristischen Vereinigung um Sympathie oder um Mitglieder oder Unterstützer für die Organisation, ist dies materiell-rechtlich nach allgemeiner Auffassung als eine

von § 129 a I StGB erfasste **Beteiligungshandlung** des Mitglieds an der Vereinigung einzuordnen, nicht aber als straflose oder in den Bereich des § 129 a V 2 StGB fallende Tätigkeit zu qualifizieren (BGHSt 31, 16 = NJW 1982, 2508; Krauß, LK-StGB, 12. Aufl., § 129 Rn 120). Hieran hat sich durch die **Neufassung des § 129 a StGB** durch das 34. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22.08.2002 (BGBl I, 3390) sowie das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13.06.2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze vom 22.12.2003 (BGBl I, 2836) nichts geändert. Durch diese Neufassungen ist – soweit hier von Bedeutung – lediglich die Tatbestandsalternative des Werbens auf das Werben um Mitglieder oder Unterstützer beschränkt, nicht aber die Tathandlung der mitgliedschaftlichen Beteiligung modifiziert worden. Soweit der außerhalb der Vereinigung stehende Täter einem Mitglied der Organisation bei dessen Werbung für die Gruppierung Hilfe leistet, ist **Anknüpfungspunkt des strafrechtlichen Vorwurfs** nicht in erster Linie der Inhalt der werbenden Äußerung, sondern die **Hilfeleistung zu der propagandistischen mitgliedschaftlichen Betätigung des Angehörigen der Organisation**, die sich ohne die Sonderregelung des § 129 a V StGB ohne Weiteres als Beihilfe (§ 27 StGB) zu dem Beteiligungsakt des Vereinigungsmitglieds darstellen würde. Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber durch das Herausnehmen der Sympathiewerbung aus dem Kreis strafbarer Werbungs- und Unterstützungshandlungen auch dieses nach allgemeinen Grundsätzen zu ahndende Verhalten von der Strafbarkeit ausnehmen oder nicht als täterschaftliche Unterstützungshandlung, sondern lediglich als Beihilfe zur mitgliedschaftlichen Beteiligung pönalisieren wollte (vgl. BT-Dr 14/8893, S. 8).

Fördert der Außenstehende konkret die mitgliedschaftliche Beteiligung eines Mitglieds an der Vereinigung, so bedarf es für die Tathandlung Unterstützen i. d. Regel nicht der Feststellung eines noch weitergehenden **positiven Effekts der Handlungen des Nichtmitglieds** für die Vereinigung. Da als Folge des Unterstützens ein **irgendwie gearteter Vorteil für die Vereinigung ausreicht**, liegt es nahe, dass bei einer Tätigkeit, die sich in der Sache als Beihilfe zur Beteiligung eines Mitglieds an der Vereinigung darstellt, regelmäßig bereits hierin ein ausreichender Nutzen für die Vereinigung zu sehen ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Täter ein Mitglied der Vereinigung bei der Erfüllung einer Aufgabe unterstützt, die diesem von der Vereinigung übertragen worden ist. Denn die Mitwirkung an der Erfüllung eines Auftrags, den die Vereinigung selbst einem Mitglied erteilt hat, erweist sich nicht nur allein für das betroffene Mitglied als im hier relevanten Sinne vorteilhaft; der ausreichende, nicht notwendigerweise spezifizierte Nutzen wirkt sich in einem solchen Fall vielmehr auch auf die Organisation als solche in vergleichbarer Weise aus wie in den Fällen, in denen die Mitglieder in ihrem Entschluss gestärkt werden, die Straftaten zu begehen, die den Zwecken der terroristischen Vereinigung dienen oder ihrer Tätigkeit entsprechen (BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448 = NSTZ 2010, 44).“ (BGH aaO)

2. **Ergebnis:** Beide Angesch. haben die FSLR mehrfach unterstützt, denn ihre Tätigkeiten erschöpften sich nicht lediglich darin, werbend für die FDLR einzutreten. Vielmehr förderten sie jeweils die mitgliedschaftliche Beteiligung eines hochrangigen Mitglieds der FDLR, indem sie ihn bei der Erfüllung der ihm von der FDLR übertragenen, für die Organisation erkennbar besonders wichtigen Aufgaben Hilfe leisteten.

Hehlerei

Vollendung bei erfolglosen Absatzbemühungen

(BGH in NSTZ 2013, 584; Beschluss vom 14.05.2013 – 3 StR 69/13)

Eine Verurteilung wegen **vollendeter Hehlerei** durch Absetzen **setzt** die Feststellung eines **Absatzerfolges voraus**.

Fall: Der Angekl. bemühte sich im Einverständnis mit dem Zeugen B sowie in dessen Interesse selbstständig um den Verkauf mehrerer Gemälde im Gesamtwert von mindestens 1,5 Mio. €. Diese waren Jahre zuvor von Unbekannten aus dem Atelier-Magazin des Malers entwendet und von B in Kenntnis des Diebstahls entgegengenommen worden. Nach dem Tod des Malers hatte B den Angekl. damit beauftragt, einen Käufer für die Bilder zu suchen, und ihm 13 der Bilder überbracht. Der Angekl. hielt es für möglich, dass es sich bei B entgegen dessen Behauptung nicht um den Eigentümer der Bilder, sondern einen Hehler handelte. Dies war ihm aber vor allem wegen der versprochenen Provision in Höhe von 10% des Verkaufserlöses gleichgültig. Im Rahmen seiner Bemühungen fertigte er Fotografien von den Werken und sprach verschiedene ihm bekannte Personen an, von denen er hoffte, dass sie ihm beim Verkauf dienlich sein könnten. Die Bemühungen des Angekl. hatten keinen Erfolg.

Zu prüfen ist, ob der Angekl. sich wegen Hehlerei nach § 259 StGB strafbar gemacht hat.

Dies ist dann zu bejahen, wenn für die Vollendung das **bloße Tätigwerden durch vorbereitende oder ausführende Tätigkeiten zum Zwecke des Absatzes ausreichend** ist.

I. Das **RG** hat wiederholt die Auffassung vertreten, dass für die Absatzhilfe der Eintritt eines Absatzerfolges nicht erforderlich sei.

Zur Begründung hat das RG unter Hinweis auf die damalige Fassung des § 253 StGB, in der die Tathandlung – abweichend von der heutigen Fassung („absetzt oder absetzen hilft“) – mit „zu deren Absatze bei anderen mitwirkt“ beschrieben war, betont, dass danach nicht die Mitbewirkung des Absatzes, sondern die Mitwirkung zum Absatz unter Strafe gestellt sei. Ein weiteres Argument für das RG war die fehlende Strafbarkeit des Versuchs (RGSt 5, 241; RGSt 40, 199; RGSt 55, 58; RGSt 56, 191).

II. An dieser Rspr. hat der **BGH** – trotz der mit Wirkung vom 15.06.1943 erfolgten Einführung der Versuchsstrafbarkeit – festgehalten (BGHSt 2, 135; BGH NJW 1955, 350).

Auch die am 01.01.1975 in Kraft getretene **Neufassung des § 259 StGB** mit der noch heute gültigen Formulierung „absetzt oder absetzen hilft“ durch Art. 19 Nr. 132 EGStGB führte zu keiner Änderung der Rspr.: Zwar entschied der 2. Strafsenat (NJW 1976, 1698) unter Bezugnahme auf den Wortlaut zunächst, dass die Tathandlung des Absetzens nur bei Eintritt eines Absatzerfolges vollendet sei. Diese Rspr. gab er jedoch bereits wenige Monate später auf Anfrage des 4. Strafsenats wieder auf, der unter Verweis auf den „eindeutigen“ Gesetzgeberwillen an der bisherigen Auslegung festhielt (BGHSt 27, 45).

Eine Einschränkung dieser Rspr. fand in der Folgezeit nur insoweit statt, als verlangt wurde, dass das Bemühen um Absatz geeignet sein müsse, die rechtswidrige Vermögenssituation aufrechtzuerhalten oder zu vertiefen, was bei einer Lieferung an einen verdeckten Ermittler bzw. an eine Vertrauensperson der Polizei nicht der Fall sei (BGHSt 43, 110; BGH NSTZ-RR 2000, 266).

III. **An dieser st. Rspr.**, die – jedenfalls seit der Neufassung des § 259 StGB – nahezu einhelliger Ablehnung durch die Lit. ausgesetzt ist (statt vieler Stree GA 1961, 33; Küper JuS 1979, 633; Zieschang, Gedächtnisschrift Ellen Schlüchter, 2002, S. 403; Berz Jura 1980, 57; Franke NJW 1977, 857; Schönke/Schröder/Stree/Hecker, 28. Aufl., § 259 Rn 29) und nur vereinzelt befürwortet (Meyer MDR 1975, 721; Rosenau NSTZ 1999, 352) bzw. mit unterstützender Argumentation als hinnehmbar bezeichnet wird (Wessels/Hillenkamp StrafR, BT 2, 35. Aufl., Rn 864), **kann nach** Auffassung des **BGH aaO nicht festgehalten werden**.

1. Für die Auslegung des Tatbestands der Hehlerei als **Erfolgsdelikt** auch in den Fällen des Absetzens und der Absatzhilfe spricht der **Wortlaut der Vorschrift**.

„Schon der **allgemeine Sprachgebrauch** unterscheidet zwischen dem erfolgreichen Absetzen und bloßen Absatzbemühungen. Im Verkehr unter Kaufleuten, aus dem der Begriff stammt, würde niemand davon sprechen, dass ein Händler Waren abgesetzt hat, wenn er sich nur vergeblich um den Verkauf bemüht hat. Von diesem Verständnis ging auch das RG aus, das den Verzicht auf den im Absatzbegriff enthaltenen Erfolg – wie dargelegt – allein aus der Handlungsformulierung des Mitwirkens herleitete (RGSt 5, 241).“ (BGH aaO)

2. Zudem führt die bisherige Auslegung zu einem **systematischen Bruch** zwischen den Tathandlungsalternativen des Absetzens und der Absatzhilfe einerseits sowie des Ankaufens und des sonstigen sich Verschaffens andererseits, wenn nur bei letzteren zur Vollendung – wie es einhelliger Auffassung entspricht – der Übergang der Verfügungsgewalt verlangt wird.

„Wie **wenig sachgerecht** dieser systematische Bruch ist, wird besonders deutlich beim Blick auf die Konsequenzen für die Absatzhilfe: Diese ist vor allem deshalb als eigenständige, täterschaftliche Tatbestandsalternative ausgestaltet, weil die **Absatzbemühungen des Vortäters ihrerseits § 259 StGB nicht unterfallen**, mithin keine taugliche Vortat darstellen können. Kommt jedoch dem Absatzhelfer im Vergleich zum Gehilfen des Ankäufers schon die zwingende Strafraumenverschiebung des § 27 II 2 StGB nicht zugute, sollte dies nicht noch dadurch verstärkt werden, dass ihm die Möglichkeit einer solchen nach § 23 II StGB zusätzlich genommen wird.

Dem Argument aus der systematischen Auslegung kann nicht überzeugend entgegengehalten werden, die einzelnen Stadien der auf Absatz zielenden Tätigkeiten – Vorbereitung, Versuch, Vollendung – seien anders als beim Sichverschaffen einer klaren Abgrenzung nicht zugänglich (vgl. hierzu Wessels/Hillenkamp aaO). Denn gerade **durch das Erfordernis eines Absatzerfolges wird eine klare Grenze zwischen den Stadien vor und nach Vollendung geschaffen**. Die bisherige Rspr. lässt demgegenüber – systemwidrig – die Versuchsstrafbarkeit im Bereich des Absetzens und der Absatzhilfe weitestgehend leerlaufen. Ihr Anliegen ist es, befürchtete Strafbarkeitslücken zu vermeiden, die bei einem Abstellen auf einen Absatzerfolg entstehen könnten (so ausdrücklich Wessels/Hillenkamp aaO), und die deswegen als besonders misslich angesehen werden, weil die Hehlerei in Form des Absetzens durch das Schaffen von Anreizen zur Begehung von (weiteren) Diebstahlstaten als besonders gefährlich gelten müsse (in diese Richtung Rosenau aaO). Solche Lücken entstehen indes nicht, weil, soweit der Täter zum Absetzen (oder der Absatzhilfe) unmittelbar angesetzt hat, die dann angemessene Versuchsstrafbarkeit zum Tragen kommt, und, sofern sie – etwa in Fällen des Rücktritts – entfällt, dies dem Willen des Gesetzes entspricht. I. Ü. ist die Schließung von Strafbarkeitslücken nicht Sache der Rspr., sondern die der Gesetzgebung.“ (BGH aaO)

3. Das Verständnis des Absetzens als Erfolgsdelikt verdient schließlich auch bei **teleologischer Auslegung** den Vorzug.

„Denn wenn das **Wesen der Hehlerei in der Aufrechterhaltung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage** liegt, „die durch das Weiterschieben der durch die Vortat erlangten Sache im Einverständnis mit dem Vortäter erreicht wird“ (BT-Dr. 7/550, S. 252, sog. Perpetuierungstheorie), liegt die Annahme von Vollendung fern, wenn diese Weiterschiebung noch nicht abgeschlossen ist (so auch Küper aaO, 635). Dies stellt **keinen Rückfall in das Verständnis der Hehlerei als Restitutionsvereitelungsdelikt** dar (so aber Rosenau aaO, 352), sondern berücksichtigt, dass der Absetzende im Lager des Vortäters steht (Zieschang aaO, S. 411).“ (BGH aaO)

4. Dieser Auslegung steht auch nicht der **Wille des Gesetzgebers** entgegen.

„Soweit es in der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum EGStGB vom 11.05.1973 heißt, die Änderung diene „nur der Klarstellung, dass Hehler auch derjenige ist, der die Sache zwar im Einverständnis mit dem Vortäter, aber sonst völlig selbständig auf dessen Rechnung absetzt“ (BT-Dr. aaO, S. 253), folgt daraus zwar, dass eine Änderung der Rechtslage mit der Neuformulierung nicht beabsichtigt war. Es ist jedoch nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber die bisherige Auslegung durch die Rspr., die sich von Beginn an systematischer und teleologischer Kritik ausgesetzt sah, festschreiben wollte (vgl. Zieschang aaO, S. 410).“ (BGH aaO)

(SaarVerfGH in NVwZ-RR 2013,825; Urteil vom 16.04.2013 – Lv 10/12)

1. Der Austritt einer gewählten Bewerberin um das Mandat einer Abgeordneten aus der sie aufstellenden politischen Partei vor Zusammentritt des Parlaments führt nicht dazu, dass sie das Mandat nicht wirksam erworben hat.
2. Soweit ein Wahlgesetz für diesen Fall keine Regelung trifft und der ausgetretenen Abgeordneten daher das Mandat belässt, ist dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Fall: Die Wahlprüfungsbeschwerde betrifft die Wahl zum 15. Landtag des Saarlandes am 25.03.2012. Die beschwerdeführende Landtagsfraktion der Partei „DIE LINKE.“ (im Folgenden: Bf.) macht geltend, dass an Stelle der gewählten Bewerberin Frau P – der Bet. zu 4 – deren Listennachfolgerin Frau D aus dem Wahlvorschlag der Partei DIE LINKE. für den Wahlkreis N. die Mitgliedschaft im Landtag des Saarlandes erworben habe, da nach Annahme des Mandats Frau D ihren Austritt aus der Partei DIE LINKE. erklärt habe und in die SPD eingetreten sei. Die Bf. beantragte die Feststellung, dass nicht Frau D, sondern vielmehr deren im Wahlvorschlag der Partei DIE LINKE für den Wahlkreis N. auf dem nachfolgenden Listenplatz aufgeführte Kandidatin, Frau S, die ordnungsgemäß gewählte Bewerberin ist, hilfsweise die Feststellung, dass der Erwerb der Mitgliedschaft im Saarländischen Landtag durch Frau D ungültig ist. Ist die Wahlprüfungsbeschwerde begründet?

I. Prüfungsinhalt des Wahlprüfungsverfahrens

Zunächst ist festzustellen, innerhalb welchen rechtlichen Rahmens das Gericht die Wahl innerhalb eines Wahlprüfungsverfahrens zu untersuchen hat.

„Das Wahlprüfungsverfahren dient der Gewährleistung einer unverfälschten und fehlerfreien Durchsetzung des Wählerwillens, mithin der gesetzmäßigen Zusammensetzung des Parlaments (BVerfGE 89, 291 [304] = NJW 1994, 927 = NVwZ 1994, 573 L; SaarVerfGH, NVwZ-RR 2012, 169). Nach § 46 II SaarWahlG kann eine Landtagswahl wegen Verstoßes gegen wesentliche Wahlvorschriften angefochten werden, wenn die Möglichkeit besteht, dass durch den Verstoß die Sitzverteilung beeinflusst worden ist.

*Neben der Einhaltung der **formellen und materiellen Vorschriften des Landeswahlrechts** hat der SaarVerfGH zu überprüfen, ob die Vorschriften des Landtagswahlgesetzes mit den Vorgaben der Saarländischen Verfassung in Einklang stehen (SaarVerfGH, NVwZ-RR 2012, 169; auch: BVerfG, NVwZ 2012, 1167; BVerfGE 97, 317). Wegen des dem Landesgesetzgeber zustehenden Gestaltungsspielraums ist indessen ohne Belang, ob sie zweckmäßig oder politisch wünschenswert erscheinen (vgl. BVerfG NVwZ 2012, 1101 m. Anm. Morlok – negatives Stimmengewicht, Überhangmandate; BadWürttStGH, VBIBW 2012, 462).“ (SaarVerfGH aaO)*

II. Einhaltung des formellen und materiellen Vorschriften des Landeswahlrechts

Zunächst ist daher zu prüfen, ob Frau P in Übereinstimmung mit den Vorschriften des Landeswahlgesetzes ein Mandat erlangt hat. Eine Regelung für die Mandatsvergabe bei einem Parteiaustritt nach der Wahl aber vor der konstituierenden Sitzung des Parlaments wurde im Gesetz nicht getroffen.

In § 42 SaarWahlG ist lediglich eine Regelung für den Fall getroffen, dass ein gewählter Bewerber stirbt, die Annahme der Wahl ablehnt, ein Mitglied des Landtags stirbt oder sonst aus dem Landtag ausscheidet. Insofern ist vorgesehen, dass der Sitz mit einem nachfolgenden Listenbewerber besetzt wird. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Fraglich ist jedoch, ob die betreffende Regelung bei verfassungskonformer Auslegung und Anwendung auf den hier vorliegenden Fall dazu führen muss, Frau S. auf ihren Antrag vom 23.04.2012 an Stelle von Frau D. analog § 42 S. 2 SaarWahlG als Listennachfolgerin zu berufen. Dies kommt jedoch nur in Betracht, wenn Frau D. ihr Mandat nicht wirksam erworben hat.

1. Vorliegen der Voraussetzungen des § 40 I SaarWahlG

*Gemäß § 40 I SaarWahlG wird ein gewählter Bewerber Mitglied im Landtag, wenn er auf die Benachrichtigung von Seiten der Landeswahlleitung nach § 39 II SaarWahlG **frist- und formgerecht die Annahme des Mandats erklärt**, jedoch nicht vor Ablauf der Wahlperiode des letzten Landtags. Hier hat die Bet. zu 4 die Wahl angenommen. Die Wahlperiode endete gem. Art. 67 I 2 SaarVerf. mit der konstituierenden Sitzung des neuen Landtags am 24.04.2012. Nach **Wortlaut und Systematik des Landtagswahlgesetzes** war der damit eingetretene Mandatsserwerb nicht an die – fortbestehende – **Mitgliedschaft der Bet. zu 4 in der Partei DIE LINKE.** geknüpft. Nach dem Landtagswahlgesetz war er allein für die Zulässigkeit des Wahlvorschlags von Bedeutung. Hierzu regelt § 17 SaarWahlG, dass als Bewerber einer Partei in einem Wahlvorschlag nur benannt werden kann, wer nicht Mitglied einer anderen Partei oder Wählergruppe ist. Die Vorschrift betrifft allein die **Kandidatenaufstellung**, statuiert aber keine Voraussetzung für den Erwerb des Mandats nach der Wahl.“ (SaarVerfGH aaO)*

Alle Voraussetzungen für den Mandatserwerb im Saarländischen Landtag, wie sie in § 40 I SaarlWahlG geregelt sind, waren erfüllt.

2. Verstoß gegen das SaarlWahlG wegen Weigerung der Landeswahlleitung, Frau S. zu berufen

Wenn auch Frau D. damit zunächst das Mandat wirksam erlangt hat, könnte ein Rechtsverstoß darin zu sehen sein, dass die Landeswahlleiterin es vor der konstituierenden Sitzung abgelehnt hatte, eine Listennachfolgerin für Frau D zu berufen, um den Mandatserwerb zu verhindern.

*„Die einschlägige Regelung des § 42 SaarlWahlG verpflichtete sie dazu nicht. Im saarländischen Landesrecht sind **mandatsbezogene Rechtsfolgen** für den Fall, dass sich ein gewählter Bewerber oder ein Abgeordneter **von seiner Partei oder Fraktion löst, nicht getroffen**. Der deutschen Verfassungsgeschichte ist solches allerdings nicht fremd. So war etwa in § 5 des Reichswahlgesetzes, welcher den Verlust des Parlamentssitzes regelte, mit Gesetz vom 03.07.1934 eine Nr. 6 angefügt worden, die als Voraussetzung den „Austritt oder Ausschluss aus der Reichstagsfraktion“ aufführte (hierzu: Säcker, DVBl 1970, 567 m.w.N.). Der saarländische Gesetzgeber hat von einer vergleichbaren Regelung abgesehen.“ (SaarlVerfGH aaO)*

Fraglich ist allerdings, ob nicht gleichwohl eine analoge Anwendung des § 42 SaarlWahlG in Betracht kommt. Dann müsste eine planwidrige Regelungslücke bestehen und eine vergleichbare Interessenlage vorhanden sein. Zunächst kann schon eine planwidrige Regelungslücke aber nach den vorstehenden Ausführungen nicht angenommen werden. Die Situation des Parteiaustritts war bei Abfassen des Landeswahlgesetzes nicht unbekannt, gleichwohl hat sich der Landesgesetzgeber dazu entschieden, eine Regelung nicht zu treffen, so dass von einer Planwidrigkeit nicht ausgegangen werden kann. Es liegt aber auch keine vergleichbare Interessenlage vor.

*„Der Fall, dass es nicht zur Mandatsübernahme eines gewählten Bewerbers kommt oder dass ein Abgeordneter aus dem Landtag ausscheidet, löst (nur) **unter den Voraussetzungen des § 42 SaarlWahlG** eine **Listennachfolge** aus. Solche sind: das **Versterben** eines gewählten Bewerbers, die **Ablehnung** der Annahme der Wahl und das **Versterben** oder **sonstige Ausscheiden** eines Landtagsmitglieds. Weder ist in § 42 SaarlWahlG der hier in Rede stehende Fall des Parteiaustritts zwischen dem Wahltermin und der konstituierenden Sitzung des Landtags als tatbestandliche Voraussetzung einer Listennachfolge aufgeführt, noch ist an anderer Stelle ein Mandatsverlust bzw. ein Hindernis für den Mandatserwerb vorgesehen. Die Situation, dass jemand das Mandat annimmt, aber aus der Partei austritt, ist mit diesen Fällen nicht vergleichbar“ (SaarlVerfGH aaO)*

Mangels des Vorliegens der Voraussetzungen für einen Analogieschluss kommt daher auch eine Anwendung des § 42 SaarlWahlG nicht in Betracht, so dass ein rechtswidriges Verhalten der Landeswahlleiterin nicht festgestellt werden kann.

„Die Abgeordnete D hat die Mitgliedschaft im Landtag des Saarlandes wirksam erworben und behalten. Der SaarlVerfGH hat die einschlägigen Vorschriften des einfachgesetzlichen Wahlrechts auszulegen und das Auslegungsergebnis zum Maßstab der Wahlprüfung zu machen (vgl. SchlHVerfG, JZ 2011, 254 = NVwZ 2010, 1560 L). Hiervon ausgehend, ist die Zuteilung eines Mandats an die Abgeordnete D nicht zu beanstanden.“ (SaarlVerfGH aaO)

III. Verfassungsmäßigkeit der Regelungen des Landeswahlgesetzes

Im Rahmen des Wahlprüfungsverfahrens ist aber – wie schon ausgeführt – ebenfalls zu prüfen, ob die nach dem Vorstehenden eingehaltenen Vorgaben des SaarlWahlG einer Verfassungsprüfung standhalten.

Aus der Verfassung könnte sich eine Verpflichtung ergeben, über die in § 42 SaarlWahlG genannten Fälle hinaus einen Listennachfolger auch dann zu berufen, wenn der gewählte Bewerber zwischen einer Landtagswahl und der konstituierenden Sitzung des Landtags aus einer Partei austritt.

1. verfassungsrechtliche Bewertung bei bereits bestehenden Abgeordnetenmandat

Zunächst ist zu betrachten, wie die verfassungsrechtliche Situation zu bewerten ist, wenn ein Abgeordneter, der bereits ein Mandat innehat, aus der Partei, für die er angetreten war, austritt.

*„Es handelt sich um eine Frage, deren Behandlung von der Gewichtung der **verfassungsrechtlich geregelten Stellung des Abgeordneten** einerseits (Art. 66 II Nr. 1 SaarlVerf.) und der **Bedeutung der Parteien** andererseits (Art. 21 GG) abhängt. Die Mitwirkung der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes ist in **Art. 21 GG, der unmittelbar auch in den Bundesländern gilt** (Gröpl, in: Wendt/Rixecker, SaarlVerf., 2009, Art. 63 Rn. 2; Wohlfarth, Art. 8 Rn. 3; s. auch: BVerfGE 66, 107), anerkannt. Die **Abge-***

ordneten wiederum sollen, nachdem sie mit Hilfe der Parteien ins Parlament gelangt sind, gem. Art. 66 II 1 SaarVerf. – entsprechend Art. 38 I 2 GG – das ganze Volk vertreten, nur ihrem Gewissen unterworfen und an Aufträge und Weisungen nicht gebunden sein. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum SRP-Verbot vom 23.10.1952 (BVerfGE 2, 1 = NJW 1952, 1407) ein „besonderes Spannungsverhältnis“ zwischen Art. 21 GG und Art. 38 I 2 GG angenommen. Der Abgeordnete habe als Vertreter des gesamten Volkes und zugleich als Exponent einer konkreten Parteiorganisation eine Doppelstellung inne. Die beiden Vorschriften seien theoretisch schwer in Einklang zu bringen: auf der einen Seite erschienen die Parteien als hauptsächliche Träger der politischen Willensbildung des Volkes, auf der anderen Seite solle der Abgeordnete, der doch in aller Regel über eine Partei sein Mandat erhalte, als Vertreter des Gesamtvolkes und nicht als Repräsentant seiner Partei gesehen werden. Die Lösung könne nur so erfolgen, dass ermittelt werde, welches Prinzip bei der Entscheidung einer konkreten verfassungsrechtlichen Frage jeweils das höhere Gewicht habe.“ (SaarVerfGH aaO)

Diese Frage wird unterschiedlich diskutiert.

a) Auffassung in der Literatur

In der Literatur findest sich die Auffassung, dass freie Mandat – jedenfalls in den Fällen des freiwilligen Parteiaustritts – hinter dem Prinzip der Parteienstaatlichkeit zurücktreten müsse (z.B. Siegfried, ZRP 1971, 9; Kriele, ZRP 1971, 99; Dästner, Recht und Politik 1973, 65; Kramer, Recht und Politik 1972, 107).

„Abgeordnetenmandat und Parteizugehörigkeit seien auch in ihrer verfassungsrechtlichen Funktion miteinander verbunden (Siegfried, ZRP 1971, 9 f.). Das Einbringen eines Mandats in eine andere Partei/Fraktion liefere die Politik unberechenbaren Zufällen aus. Der „Kern des politischen Bewusstseins des Volkes“ werde empfindlich getroffen, wenn Partei-/Fraktionsübertritte innerhalb einer Legislaturperiode die politische Gliederung des Parlaments, die ausschließlich vom Volk durch die Wahl bestimmt worden sei, veränderten (Siegfried, ZRP 1971, 9 [11 f.]; Kramer, Recht und Politik 1972, 107 [110]).“ (SaarVerfGH aaO)

Allerdings geht auch dieser Ansatz nicht davon aus, dass aus der Verfassung selbst ein automatischer Mandatsverlust bei Parteiaustritt abzuleiten sei bzw. die Verfassung den Gesetzgeber verpflichte, ihn gesetzlich festzuschreiben. Die Prämisse ist auch **nicht** ein im Grundgesetz angelegter **Vorrang des Art. 21 GG gegenüber dem Art. 38 GG**, sondern eine grundsätzliche Gleichberechtigung der Vorschriften, welche einen **legislativen Spielraum** gewähre (s. S. 26 des Abschlussberichts, in: BT-Dr 7/5924).

b) ganz herrschende Auffassung

Die – ganz herrschende – Gegenansicht hingegen geht davon aus, dass **nicht** einmal im Wege einer Gesetzesänderung ein **Primat der Parteienstaatlichkeit gegenüber dem freien (repräsentativen) Mandat**, wie es mit einer Koppelung des Mandatsbestands an die Zugehörigkeit zu einer Partei verbunden wäre, – ohne Verfassungsänderung – eingeführt werden (Trute, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. [2012], Art. 38 Rn. 85; Magiera, in: Sachs, GG, 6. Aufl. [2011], Art. 38 Rn. 48; Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Okt. 2010, Art. 38 Rn. 208; Kretschmer, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl. [2008], Art. 38 Rn. 85; Achterberg/Schulte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. [2000], Art. 38 Rn. 53, 55; Morlok, in: Dreier, GG, 1998, Art. 38 Rn. 141; Klein, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. d. StaatsR, Bd. II, 1987, § 41 Rn. 18; Achterberg, ParlamentsR, 1984, § 11 I 2, S. 257; Kasten, ZParl 1985, 475 [482]; Stern, Das StaatsR der BRep. Dtschld., Bd. I, 2. Aufl. [1984], Kap. 24 IV, S. 1074; Schröder, ZRP 1971, 97 [99]).

„Die im Februar 1973 eingesetzte Enquete-Kommission Verfassungsreform des Bundestags hatte sich mit der Frage beschäftigt und in ihrem Schlussbericht vom 09.12.1976 mehrheitlich die Auffassung vertreten, Art. 38 GG verbiete es, dem Abgeordneten, der aus einer Partei ausgeschlossen werde oder freiwillig aus ihr austrete oder in eine andere Partei übertrete, sein Mandat zu entziehen (BT-Dr 7/5924, S. 26 f.). Jede Sanktion eines Partei- oder Fraktionswechsels durch Mandatsverlust sei geeignet, den Abgeordneten bei seiner nach Art. 38 GG „nur seinem Gewissen“ unterworfenen Willensbildung unter Druck zu setzen und seinen repräsentativen Status zu beeinträchtigen; dies wolle Art. 38 GG verhindern.“ (SaarVerfGH aaO)

c) Ansicht des SaarVerfGH

Der SaarVerfGH weist in seiner Entscheidung darauf hin, dass es nicht darum geht, ob ein Mandatsverlust bei Parteiaustritt verfassungsmäßig gesetzlich regelbar

wäre, sondern nur darum, ob das Fehlen einer entsprechenden Regelung verfassungswidrig ist. Dies wird abgelehnt.

„Die **Bindung des Abgeordneten allein an sein Gewissen**, ist „die magna charta des Abgeordnetenverhältnisses“ (Achterberg, DVB I 1983, 478 [485]; ders., *ParlamentsR*, 1984, § 11 I 1, S. 218), der „Schlüsselbegriff des repräsentativ-parlamentarischen Regierungssystems“ (Stern, *Das StaatsR der BRep. Dtschld.*, Bd. I, 2. Aufl. [1984], Kap. 24 IV, S. 1070). Die Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestags hat das **freie Mandat** als den **Unterschied zwischen einer freiheitlichen Demokratie und totalitären Herrschaftsformen** prägend gewertet (S. 22 des Abschlussber., in: BT-Dr 7/5924). Die von der Verfassung gewährleistete **Freiheit des Mandats** wird rechtlich **nicht durch die Tatsache beschränkt**, dass die Abgeordneten als **Kandidaten einer Partei** in das Parlament gelangt sind (Klein, in: Isensee/Kirchhof, *Hdb. d. StaatsR*, Bd. II, 1987, § 41 Rn. 5). Dabei bezieht sich die Schutzwirkung nicht nur auf die Ausgestaltung der Tätigkeit innerhalb des Parlaments, sondern auch auf den Erwerb und den Verlust des Mandats als solchem. Denn ein **stärkerer Eingriff** in das Mandat **als seine Aberkennung** ist **kaum denkbar** (zum Bestandsschutz des Mandats: Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Okt. 2010, Art. 38 Rn. 205). Dem **Mandat** wurde zwar durch eine bestimmte Partei und ihre Arbeit im Vorfeld einer Wahl der Weg geebnet, es wurde indessen allein durch den **Rechtsakt der Wahlentscheidung des Volks übertragen**, und zwar **dem Gewählten, nicht der Partei** (Stern, *Das StaatsR der BRep. Dtschld.*, Bd. I, 2. Aufl. [1984], Kap. 24 IV, S. 1073).

Art. 38 I 2 GG bzw. Art. 66 II 1 SaarlVerf. billigen [dem Abgeordneten] zu, **selbstständig darüber befinden, welche Partei – aus seiner, nicht justiziablen Sicht – die Interessen des „ganzen Volkes“ am ehesten vertritt** (s. BVerfGE 84, 304 = NJW 1991, 2474 NVwZ 1991, 977 L – Anerkennung des Fraktionsstatus), selbst die Bildung der Fraktionen beruhe auf der in Ausübung des freien Mandats getroffenen Entscheidung der Abgeordneten (dazu, dass Art. 21 GG das innerparlamentarische Geschehen und den Abgeordnetenstatus nicht beeinflusst: Morlok, ZParl 2004, 633 [640]).

All dies berücksichtigend, steht fest, dass die Vorgaben des Art. 66 II 1 SaarlVerf. zweifellos gewichtig genug sind, ein aus Art. 21 GG folgendes verfassungsrechtliches Gebot, ihre Partei verlassende Abgeordnete aus dem Parlament auszuschließen, zu verwerfen.“ (SaarlVerfGH aaO)

2. verfassungsrechtliche Bewertung zwischen Wahl und Mandaterlangung

Fraglich ist allerdings, ob dies anders zu bewerten ist, wenn der Parteiaustritt zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem das Mandat noch gar nicht wirksam erworben ist, weil die konstituierende Parlamentssitzung noch nicht stattgefunden hat.

„Dass der **Erwerb des Mandats erst dann vollendet** wird, wenn das **neue Parlament sich konstituiert**, beruht auf dem Periodizitäts- und Diskontinuitätsprinzip und schlicht darauf, dass die alten und die neuen Abgeordneten nicht zeitgleich im Amt sein können (vgl. Schneider, GG, 2. Aufl. [1989], Art. 39 Rn. 12). Aus diesem Grund muss die Schnittstelle mit der konstituierenden Sitzung punktgenau fixiert werden (nämlich auf den Zeitpunkt der Erklärung zur Eröffnung der Sitzung, s. für den Bundestag: Schneider, Art. 39 Rn. 12). Es handelt sich – mit Blick auf den Mandatserwerb – um einen **rein formalen, hinsichtlich des „Ob“ sicheren und nur terminlich zunächst unbestimmten Akt**. Ob sich ein gewählter Bewerber einen Tag davor oder ob sich ein Abgeordneter einen Tag danach von seiner Partei löst, kann nicht darüber entscheiden, ob er sein Mandat erhält bzw. behält.“ (SaarlVerfGH aaO)

3. Beachtung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl

Gleichwohl könnte ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl (Art. 63 I SaarlVerf) vorliegen. Wahlrechtsgleichheit bedeutet, dass die Stimmen aller Wahlbürger ungeachtet der zwischen ihnen bestehenden Unterschiede grundsätzlich gleich zu gewichten sind, dass mithin jeder Stimme der gleiche Zählwert zukommt. Zur Wahlrechtsgleichheit zählt gleichfalls – in den Grenzen, die das Wahlsystem und die von den Bedingungen des Funktionierens von Volksvertretungen abhängige Größe der zu wählenden Organe ziehen – grundsätzlich der **gleiche Erfolgswert einer jeden Stimme**.

„Eine nähere Konkretisierung erhält die Wahlgleichheit durch die Festlegung auf die Grundsätze eines Verhältniswahlrechts (Art. 66 I SaarlVerf.). Anders als bei der Mehrheitswahl wirkt sich die Wahlrechtsgleichheit bei der Verhältniswahl nicht nur als Zählwert- und Erfolgchancengleichheit, sondern als Erfolgswertgleichheit der Stimmen aus (SaarlVerfGH, NVwZ-RR 2012, 169; Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: Okt. 2010, Art. 38 Rn. 120 m.w.N.). Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich gehalten, das Wahlverfahren derart zu gestalten, dass der **Wähler vor dem Wahlakt erkennen** kann, welche **Personen sich um ein Abgeordnetenmandat bewerben** und wie sich die eigene Stimmabgabe auf Erfolg oder Misserfolg der Wahlbewerber auswirken kann. Das sich anschließende **Verfahren der Mandatzuteilung muss frei von willkürlichen oder widersinnigen Effekten** sein (BVerfGE 131, 316 = NVwZ 2012, 1101m. Anm. Morlok). In Zusammenhang mit all dem steht das Gebot der **Gleichbehandlung politischer Parteien**. Inhaltlich verlangt es, dass jeder Partei, jeder Wählergruppe und ihren Wahlbewerbern grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im gesamten Wahlverfahren und gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze eingeräumt werden (SaarlVerfGH, NVwZ-RR 2012, 169).

Diese **Grundsätze** werden durch den Mandatserwerb der Abgeordneten D trotz ihres Parteübertritts „zwischen“ alter und neuer Wahlperiode **nicht verletzt**. Den Wählern wurde über die gem. § 24 II SaarWahlG veröffentlichten Wahlvorschläge bekannt gegeben, wer sich über welche Liste um ein Abgeordnetenmandat beworben hat, und sie haben ihre Wahlentscheidung danach ausgerichtet. Die Stimmen der Wähler für die Liste der Partei DIE LINKE. hatten denselben Erfolgswert wie die Stimmen anderer Wähler. Der damit gewährte gleiche Erfolg auch der Stimmen für den Wahlvorschlag der Partei DIE LINKE. wird **nicht dadurch entwertet**, dass die als gewählt ermittelte Listenkandidatin D sich nach der Wahl **politisch neu ausrichtete**. Verletzt demnach der Mandatserwerb der Abgeordneten D das Prinzip der Wahlrechtsgleichheit nicht, so steht er auch mit den Anforderungen in Einklang, die der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien an das Wahlrecht stellt (vgl. zu jenem Zusammenhang: BVerfGE 131, 316 = NVwZ 2012, 1101 m. Anm. Morlok). Die Partei der Bf. hatte im gesamten Wahlverfahren die gleichen Möglichkeiten wie alle anderen Parteien und damit auch gleiche Chancen bei der Verteilung der Sitze.“ (SaarVerfGH aaO)

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl kann daher auch nicht darin gesehen werden, dass der gewählte Abgeordnete auch vor formal-rechtlicher Mandatserlangung trotz Parteiaustritts sein Mandat nach den Vorgaben des Gesetzes behalten kann.

4. Beachtung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Wahl

Jede abgegebene Stimme muss **bestimmten oder bestimmbar**en Wahlbewerbern zugerechnet werden, ohne dass nach der Stimmabgabe eine andere Instanz nach ihrem Ermessen die Abgeordneten endgültig auswählt (BVerfGE 7, 63 = NJW 1957, 1313).

„Steht, wie hier, nach der Stimmenabgabe fest, dass eine **bestimmte Person ein Mandat** errungen hat, hat diese Person das **Mandat angenommen** und ist sie – anders als in den Fällen des § 42 S. 1 SaarWahlG – nach wie vor für die Wahrnehmung des Abgeordnetenamts **verfügbar**, so würde der unmittelbare Zusammenhang zwischen dem Votum der Wähler und dem Mandatserwerb gelöst, wenn der Sitz nunmehr einem anderen Listenkandidaten zugeordnet würde.“ (SaarVerfGH aaO)

Insofern spricht der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl (Art. 63 I SaarVerf. für die Gültigkeit des Mandats der D.

5. Beachtung des Prinzips der Volkssouveränität und der repräsentativen Demokratie (Art. 20 II GG, Art. 61 I SaarVerf.)

Es müsste auch das Prinzip der Volkssouveränität und der repräsentativen Demokratie (Art. 20 II GG, Art. 61 I SaarVerf.) beachtet sein. Hierbei müssen die Parteien entsprechend dem Zuspruch der Wähler zu berücksichtigen sein. Gerade das ist aber geschehen.

„Festzustellen, **warum** Wähler für die Liste einer Partei votiert haben, ist **unmöglich**. „Den Wählerwillen“ gibt es nicht, statt dessen eine **Vielzahl individueller, unterschiedlich motivierter Wahlentscheidungen**. Die These der Bf., es sei „dem **Wählerwillen**“, nur dadurch zu entsprechen, dass ein anderer **Abgeordneter der Partei DIE LINKE** ein Mandat erhalte, überzeugt aus diesem Grund nicht.

Die **Beweggründe und persönlichen Erwartungen** der Wähler sind mit Blick auf das Prinzip der repräsentativen Demokratie **unerheblich**. Mit der Wahl hat das Volk seine **Vertretung den Gewählten überantwortet**, und diesen wird – gem. Art. 20 II, 38 I 2 GG bzw. Art. 61 I, 66 II 1 SaarVerf. nunmehr die Aufgabe zuteil, es in seiner Gesamtheit zu repräsentieren, nicht einen Wahlkreis, eine Partei oder einer Bevölkerungsgruppe (BVerfG NVwZ 2012, 1101 m. Anm. Morlok; BGBl I 2012, 1769; Stern, Das StaatsR der BRep. Dtschld., Bd. I, 2. Aufl. [1984], Kap. 24 IV, S. 1069). Schon im Hinblick auf die Dauer der Wahlperiode, die **Komplexität der demokratischen Vorgänge** und die **Realität nicht eingehaltener „Wahlversprechen“** kann nach der Wahl ein **rechtlich relevanter Bezug der Wahlentscheidung(en) zu den Inhalten**, welche von den Fraktionen und von den Abgeordneten in ihrer parlamentarischen Arbeit umgesetzt werden, **nicht mehr hergestellt** werden. Im Übrigen ist die These, der repräsentierte Staatsbürger wolle durch den Abgeordneten ein bestimmtes Parteiprogramm vertreten sehen, nicht zu belegen. Die Annahme einer dauerhaften Übereinstimmung zwischen dem Willen des Bürgers und dem Programm der von ihm gewählten Partei ist ebenso hypothetisch so wie die Annahme einer dauernden Übereinstimmung zwischen dem Willen des Bürgers und demjenigen bestimmter Abgeordneter, und in erster Linie will der Wähler letztlich seinen eigenen Willen repräsentiert sehen (so zutreffend: Achterberg/Schulte in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. [2000], Art. 38 Rn. 38).“ (SaarVerfGH aaO)

IV. Ergebnis

„Der Beschluss des Landtags des Saarlandes vom 29.08.2012 ist rechtmäßig. Er beruht auf einer fehlerfreien Auslegung und Anwendung ihrerseits verfassungskonformer Vorschriften des Landtagswahlgesetzes. Die Bf. zu 4 hat ihr Mandat gültig erworben, ein **Grund für einen Mandatsverlust ist nicht gegeben** (Hilfsantrag), deshalb kann auch eine Listennachfolge (Hauptantrag) nicht eintreten.“ (SaarVerfGH aaO)

(OVG Münster in NwVBl. 2013, 446, Beschluss vom 22.05.2013 – 15 B 556/13)

1. **Richtiger Antragsgegner** in einem - wie hier vorliegenden - Organstreitverfahren ist nicht die Körperschaft, dem das hier nach § 55 V 1 GO NRW **anspruchspflichtige Organ** dient, sondern dieses selbst
2. Die Akteneinsicht darf dem Ratsmitglied nur verweigert werden, soweit ihr **schutzwürdige Belange Betroffener oder Dritter** entgegenstehen. Solche können sich insbesondere aus datenschutzrechtlichen Gründen ergeben.
3. Bestehen solche Belange, hat der Bürgermeister aber nach **pflichtgemäßem Ermessen** zu entscheiden, ob er die begehrte Akteneinsicht gewährt oder nicht. Dies bedarf grundsätzlich der umfassenden Abwägung der beteiligten Interessen.
4. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass das **Ratsmitglied**, welches Akteneinsicht begehrt, gemäß § 43 II i. V. m. 30 I GO NRW **zur Verschwiegenheit verpflichtet** ist. Einen Automatismus in dem Sinne, dass jedem Akteneinsichtsgesuch schon deshalb zu entsprechen ist, gibt es aber nicht.
5. **Je schwerer der Eingriff** in die zu schützende Belange wirkt, **desto eher** wird allein der Verweis auf die bestehende **Verschwiegenheitspflicht nicht ausreichen**, um der begehrten Akteneinsicht zu entsprechen

Fall: Die Beteiligten streiten um die Zulässigkeit eines Akteneinsichtsgesuchs des Klägers. Dieser ist Mitglied des Rates der Gemeinde. In dieser Eigenschaft beehrte er zwecks Vorbereitung auf den Beschluss des Rates über den Haushaltsplan 2013 Einsicht in eine von einem externen Dienstleister erstellte Stellen- und Dienstpostenbewertung für die Mitarbeiter der Gemeinde. Nachdem dies abgelehnt worden war, erhob das Ratsmitglied Klage vor dem Verwaltungsgericht gegen die Gemeinde. Wie wird das Gericht entscheiden?

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

I. Zulässigkeit der Klage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Hier ist maßgeblich die Gemeindeordnung. Hierbei handelt es sich um ein Regelwerk, das eine Behörde berechtigt und verpflichtet, so dass nach der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Da keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten ist die Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlich und damit der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. statthafte Klageart

Da der Ablehnung des Akteneinsichtsgesuchs des Bürgermeisters gegenüber dem Kläger die Außenwirkung fehlt, handelt es sich nicht um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG. In Betracht kommt daher nur die Leistungsklage gerichtet auf die Gewährung der Akteneinsicht sowie die Feststellungsklage gerichtet auf die Feststellung der entsprechenden Verpflichtung. Da hier eine konkrete Maßnahme, nämlich die Gewährung der Akteneinsicht begehrt wird, entspricht hier die Allgemeine Leistungsklage als Klageart dem Begehren des Klägers und ist als solche auch statthaft.

3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

Soweit auch für die allgemeine Leistungsklage in analoger Anwendung des § 42 II VwGO geltend zu machen ist, dass eine Rechtsverletzung nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist, wirken sich die Besonderheiten des Organstreitverfahrens dahingehend aus, dass der Kläger sich nicht auf seine subjektiv-öffentlichen Rechte, sondern im Rahmen eines solchen Verfahrens nur auf seine organ-schaftlichen Rechte berufen kann. Hier kann sich ein solches Recht aus § 55 V 1 GO

NRW ergeben, so dass eine Rechtsverletzung nicht ausgeschlossen ist und Klagebefugnis vorliegt.

4. Klagegegner

Richtiger Klagegegner der allgemeinen Leistungsklage ist nach dem sich aus dem Rechtsgedanken des § 78 I Nr. 1 VwGO ergebenden Rechtsträgerprinzip der Rechtsträger der handelnden Behörde. Dies wäre hier die vom Kläger auch verklagte Gemeinde. Allerdings führt der Umstand, dass es sich hier ein Organstreitverfahren in einer Kommunalverfassungsstreitsituation handelt, dazu, dass auch diese Vorgabe zu modifizieren ist. Gerade bei einem Intraorganstreit – also wie einem Streit zwischen dem Ratsmitglied und dem Organ, dem er angehört – sind beide Beteiligten demselben Rechtsträger zuzuordnen, so dass es nicht angezeigt erscheint, dass Rechtsträgerprinzip in einem solchen Fall anzuwenden.

„Richtiger Antragsgegner in einem - wie hier vorliegenden - Organstreitverfahren ist nicht die Körperschaft, dem das hier nach § 55 V 1 GO NRW anspruchspflichtige Organ dient, sondern dieses selbst.“ (OVG Münster aaO)

5. Zwischenergebnis

Da die weiteren Voraussetzungen keine Bedenken bestehen, ist die Klage zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn dem Kläger als Ratsmitglied ein Anspruch auf Einsichtnahme in die begehrten Unterlagen zusteht. Der Anspruch kann sich aus § 55 V 1 Alt 1 GO NRW ergeben. Danach ist jedem **Ratsmitglied** oder jedem Mitglied einer Bezirksvertretung ist vom Bürgermeister **auf Verlangen Akteneinsicht** zu gewähren, soweit die Akten der **Vorbereitung oder der Kontrolle von Beschlüssen** des Rates, des Ausschusses oder der Bezirksvertretung dienen, der es angehört. Die Akteneinsicht darf **nur verweigert** werden, soweit ihr **schutzwürdige Belange Betroffener oder Dritter entgegenstehen**. Die ablehnende Entscheidung ist schriftlich zu begründen.

1. Anspruchsberechtigung

Der Kläger ist Ratsmitglied und insofern auch anspruchsberechtigt.

2. Zweck der Akteneinsicht

Die Akteneinsicht muss der Vorbereitung oder der Kontrolle von Beschlüssen des Rates dienen.

*„Dass hier die begehrte Akteneinsicht dem **vorbeschriebenen Zweck dient**, hat das Verwaltungsgericht in seinem den Beteiligten bekannten Urteil vom 15.11.2012 in dem dem hiesigen Rechtsstreit vergleichbaren Verfahren 2 K 1743/12 **zutreffend entschieden**, was vom [Beklagten] dem Grunde nach auch nicht angezweifelt wird. Der Senat nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungsgründe im vorzitierten Urteil Bezug (dort: Urteilsabdruck Seite 12, 4. Absatz, bis Seite 13 Ende 2. Absatz).“ (OVG Münster aaO)*

3. Vorliegen eines Verweigerungsgrundes nach § 55 V 3 GO NRW

Vielleicht ist die vom Kläger begehrte Akteneinsicht in die externe Stellenbewertung aber vom Beklagten unter Hinweis auf § 55 V 3 GO NRW zu Recht abgelehnt worden. Danach darf die Akteneinsicht nur verweigert werden, wenn ihr schutzwürdige Belange Betroffener oder Dritter entgegenstehen.

a) Vorliegen schutzwürdigen Belange

Zunächst stellt sich die Frage, ob hier schutzwürdige Belange im Sinne der Vorschrift überhaupt betroffen sind.

*„Solche Belange, die sich namentlich aus den **Grundrechten, datenschutzrechtlichen Bestimmungen** oder auch aus der **Gemeindeordnung selbst** ergeben können, sind hier zwar anzunehmen. Durch die begehrte Akteneinsicht werden **Belange des Datenschutzes erkennbar betroffen**. Dies hat das Verwaltungsgericht in seinem bereits oben zitierten Urteil zutreffend herausgearbeitet.“ (OVG Münster aaO)*

b) Wahrung der schutzwürdigen Belange

Fraglich ist jedoch, ob zur Wahrung der betroffenen, schutzwürdigen Belange einzig die Verweigerung der Akteneinsicht in Betracht kommt.

„Bestehen solche Belange, hat der Bürgermeister aber nach **pflichtgemäßem Ermessen** zu entscheiden, ob er die begehrte Akteneinsicht gewährt oder nicht. Dies bedarf grundsätzlich der **umfassenden Abwägung der beteiligten Interessen**. Dabei ist die hohe Bedeutung des Informationsanspruches des Ratsmitglieds als **wichtiges Kontrollinstrument im demokratisch organisierten Gemeinwesen** in den Blick zu nehmen. Dem ist die Schwere eines aus der begehrten Akteneinsicht resultierenden Eingriffes in die schutzwürdigen Belange Betroffener oder Dritter gegenüberzustellen und zu prüfen, ob und ggf. wie deren Interessen bei Gewährung der verlangten Akteneinsicht hinreichend geschützt werden können. Ist der erforderliche Schutz der betroffenen Belange möglich, wird die Ermessensentscheidung zugunsten des um die Akteneinsicht nachsuchenden Ratsmitglieds auszufallen haben.“ (OVG Münster aaO)

Es könnten auch andere Aspekte die Datenschutzbelange der Betroffenen wahren.

„Als **Schutzvorkehrung** ist etwa - soweit möglich - an eine **Anonymisierung** der fraglichen Akte(n) zu denken. Lässt eine Anonymisierung Rückschlüsse auf die von dem Aktenvorgang betroffenen Personen nicht zu, wird in aller Regel Akteneinsicht zu gewähren sein. Kommt eine Anonymisierung nicht in Betracht - z. B. weil dadurch der Akteninhalt unverständlich wird oder weil trotz Anonymisierung ohne großen Aufwand zu ermitteln ist, wer die in dem Vorgang anonymisierten Personen sind -, wird der Bürgermeister weiter in Rechnung zu stellen haben, dass das **Ratsmitglied**, welches Akteneinsicht begehrt, gemäß § 43 II i. V. m. 30 I GO NRW **zur Verschwiegenheit verpflichtet** ist und bei einem Zuwiderhandeln gegen das Verschwiegenheitsgebot gemäß §§ 30 VI, 29 III 3 GO NRW mit einem Ordnungsgeld ...belegt werden kann.“ (OVG Münster aaO)

c) Abwägung zwischen Datenschutzbelangen und Informationsinteresse

Damit sieht die GO NRW mit ihren Regeln über die Verschwiegenheit einen **bestimmten Schutzmechanismus** für von einer Akteneinsicht betroffene schutzwürdige Belange Betroffener oder Dritter vor.

„Mit Blick auf diesen Schutzmechanismus wird der Bürgermeister regelmäßig bei durch die begehrte Akteneinsicht hervorgerufenen Eingriffen in schutzwürdige Belange Betroffener oder Dritter, die nicht besonders schwer wiegen, die also auf **niedriger Intensitätsstufe** stehen, dem geltend gemachten Anspruch nach § 55 V 1 GO NRW zu entsprechen haben.“ (OVG Münster aaO)

Bei **wachsender Eingriffsschwere** wird der Bürgermeister jedoch zu prüfen haben, ob den bei einem Akteneinsichtsgesuch zu schützenden Belangen noch **durch die Verschwiegenheitspflicht hinreichend Rechnung** getragen wird.

„Insoweit wird in den Blick zu nehmen sein, dass ein **Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht** „lediglich“ mit einem der Höhe nach doch deutlich begrenztem **Ordnungsgeld geahndet** werden kann. Strafrechtlicher Schutz scheidet hier grundsätzlich aus (vgl. § 30 VI 2 GO NRW). Die insoweit vom Ansatz her in Betracht zu ziehenden Vorschriften der §§ 203 II Nr. 1, 204, 201 III, 353 b I Nr. 1 StGB greifen in aller Regel nicht ein. Denn Voraussetzung für das Vorliegen der jeweiligen Straftatbestände wäre u. a., dass es sich bei dem um Akteneinsicht nachsuchenden Ratsmitglied um einen **Amtsträger** im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB handeln würde. Das ist jedoch bei **kommunalen Mandatsträgern regelmäßig nicht** der Fall (vgl. BGH, Urteil vom 09.05.2006 - 5 StR 453/05 -, BGHSt 51, 44 ff.). Mit anderen Worten: Einen **Automatismus** in dem Sinne, dass **jedem Akteneinsichtsgesuch** nach § 55 I 1 GO NRW schon deshalb **zu entsprechen** ist, weil das um die Akteneinsicht nachsuchende Ratsmitglied zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, **gibt es nicht**.

Je schwerer der Eingriff in die zu schützenden Belange wirkt, **desto eher** wird **allein** der **Verweis auf die bestehende Verschwiegenheitspflicht nicht ausreichen**, um der begehrten Akteneinsicht zu entsprechen. So kann es unter Berücksichtigung der verhältnismäßig gering ausgeprägten Möglichkeiten, einen Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht zu sanktionieren, u. U. politisch opportun sein, aus einer Akteneinsicht gewonnene Erkenntnisse trotz entsprechenden gemeindeverfassungsrechtlichen Verbots gleichwohl der Öffentlichkeit bekannt zu machen.“ (OVG Münster aaO)

d) Anwendung auf den Fall

„Das **Ermessen** des [Beklagten] in diesem Zusammenhang ist im Ergebnis **auf Null reduziert**. Zwar dürften die stellenscharfen Beschreibungen der externen Stellenbewertung Rückschlüsse auf den **Stelleninhaber** zulassen. Ihnen wird auch entnommen werden können, welche Aufgaben den jeweiligen Stellen zugeordnet werden, wie die Stellen vergütet bzw. **besoldet** und wie sie tarifrechtlich bzw. besoldungsrechtlich **eingruppiert** werden. Mit Blick auf diesen Informationsgehalt der in Rede stehenden Daten bewegt sich der mit einer **Einsicht** in diese einhergehende Eingriff in die Rechte der Betroffenen jedoch **auf niedrigster Stufe**. Die von der Akteneinsicht Betroffenen werden **ausschließlich in ihrer beruflichen Sphäre** und dort erkennbar auch nur im Randbereich betroffen.

Wiegt damit der in Rede stehende Eingriff in die schutzwürdigen Belange der Beschäftigten der Gemeinde I. im vorliegenden Einzelfall leicht, wird ihren Interessen nach den Darlegungen im Maßstäblichen hinreichend Rechnung getragen durch die den Antragsteller nach erfolgter Akteneinsicht treffende Verschwiegenheitspflicht. Weitergehender Schutzvorsehrungen bedarf es hier nicht.“ (OVG Münster aaO)

4. Ergebnis

Dem Kläger als Mitglied des Rates der Gemeinde steht der geltend gemachte Anspruch auf Akteneinsicht in die von der M. erstellte Stellen- und Dienstpostenbewertung für die Mitarbeiter der Verwaltung der Gemeinde I. zu.

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
§§ 293, 299

Annahmeverzug Angebot eines Installationstermins „8-16 Uhr“

BGB

(AG Bremen MMR 2013, 751; Urteil vom 14.03.2013 – 9 C 481/12)

Ein für den Zeitraum „8-16 Uhr“ angebotener Installationstermin ist grds. **nicht geeignet**, einen **Annahmeverzug** des Kunden **zu begründen**.

„Einem, heutzutage oftmals in einem Einzelhaushalt lebenden, Arbeitnehmer ist es nicht zuzumuten, einen ganzen Arbeits- bzw. Urlaubstag zu opfern, um ggf. nach achtstündiger Wartezeit einem Techniker den regelmäßig nur Minuten andauernden Ortstermin zu ermöglichen.

Auch wenn die TK-Anbieter im Hinblick auf die technische Freischaltung auf die Mitarbeit bzw. das Diktat der T. angewiesen sind (vgl. §§ 9, 19 ff. TKV), wären Organisationsprobleme bzw. eine gewisse Kooperationsunwilligkeit des Monopolanbieters dem (Konkurrenz-)Anbieter im Außenverhältnis zum Kunden zuzurechnen (§ 278 BGB). Die übrigen TK-Anbieter haben sicherzustellen, dass die T. ihnen bzw. ihren Kunden einen konkreten Anschlussstermin unterbreitet, dessen Zeitfenster nur in Ausnahmefällen 1-2 Stunden übersteigen sollte.

Selbst wenn ein hinreichend präziser Anschlussstermin mitgeteilt wird, gerät der Kunde nicht in Annahmeverzug, sofern er dem TK-Anbieter seine Verhinderung zum avisierten Termin mitteilt und seinerseits Terminangebote unterbreitet. Denn die Bereitstellung eines Telefonanschlusses verlangt der Natur der Sache nach eine besondere Rücksichtnahme des Anbieters auf die Belange des Kunden. Der Anschlussstermin ist – mangels gegenteiliger Regelung in den TK-Verträgen – zwischen den Parteien zu vereinbaren. Schließlich stünde es jedem TK-Anbieter frei, in dem Vertrag einen konkreten Anschlussstermin, der dann verbindlich wäre, zu vereinbaren. Jedenfalls bestimmt § 43a I Nr. 3 TKG, dass dem Kunden die voraussichtliche Dauer bis zur Bereitstellung des Anschlusses mitzuteilen ist. Nach § 45d I TKG ist der Zugang zu öffentlichen TK-Netzen an festen Standorten an einer mit dem Teilnehmer zu vereinbarenden, geeigneten Stelle zu installieren. Das Gesetz sieht ein einseitiges Bestimmungsrecht hinsichtlich des Anschlussstermins nicht ausdrücklich vor und impliziert in den genannten Vorschriften vielmehr ein kooperatives Verhalten der Vertragsparteien.

Ein außerordentliches Kündigungsrecht des TK-Anbieters – mit der Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatz wegen vorzeitiger Vertragsbeendigung – kommt nach Auffassung des Gerichts lediglich bei ernsthafter und endgültiger Kooperationsverweigerung des Kunden in Betracht, etwa weil der Kunde rechtzeitig mitgeteilte und ausreichend präzise Technikertermine wiederholt unentschuldigst hat verstreichen lassen, gleichwohl sich der Anbieter um schnellstmögliche Bereitstellung bemühte.“ (AG Bremen aaO)

BGB
§ 320

Einrede des nichterfüllten Vertrags Erforderlichkeit des Willens, am Vertrag festhalten zu wollen

BGB

(BGH NZI 2013, 891; Urteil vom 17.07.2013 – VIII ZR 163/12)

Die **Einrede aus § 320 BGB** steht einer Partei, die deutlich gemacht hat, dass sie **nicht am Vertrag festhalten will**, **nicht zu**.

*„Denn diese Einrede hat die Funktion, die geschuldete Gegenleistung zu erzwingen, und setzt deshalb voraus, dass derjenige, der sich auf sie beruft, seinerseits **erfüllungsbereit** ist. Derjenige, der deutlich gemacht hat, dass er nicht am Vertrag festhalten will, kann sich die Einrede nicht zunutze machen (BGH NJW 2002, 3541).“ (BGH aaO)*

BGB
§ 823

Schmerzensgeldanspruch Beleidigung

BGB

(LG Oldenburg StV 2013, 690; Urteil vom 20.02.2013 – 14 Ns 533/12)

Die **Beleidigung begründet nur ausnahmsweise** einen **Schmerzensgeldanspruch**, wenn unter Würdigung von Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie Intensität und Ausmaß der mit der Beleidigung einhergehenden Beeinträchtigungen eine **schwerwiegende Verletzung des allgem. Persönlichkeitsrechts** vorliegt.

*„Allerdings kann ein Schmerzensgeldanspruch nach der Rspr. des BVerfG (BVerfG NJW 2004, 2371) im Falle einer Beleidigung unmittelbar aus Art. 1 und 2 GG folgen, auch wenn der Gesetzgeber den § 253 II BGB dahingehend gefasst hat, dass die **Ehre und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als Rechtsgüter nicht ausdrücklich aufgeführt** werden. Allerdings kommt nach dieser Rspr. ein Schmerzensgeldanspruch im Falle einer Beleidigung nicht stets, sondern (ausnahmsweise) nur dann in Betracht, wenn - unter Würdigung von Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie Intensität und Ausmaß der mit der Beleidigung einhergehenden Beeinträchtigungen - eine schwerwiegende Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt. Von einer solchen schwerwiegenden Beeinträchtigung zum Nachteil der Adhäsionskl. kann vorliegend indes nicht ausgegangen werden.*

Zwar ist zu berücksichtigen, dass sich die Beleidigungen über einen nicht unerheblichen Zeitraum erstreckt haben. Auch haben die beiden Adhäsionskl. anlässlich ihrer Zeugenaussagen glaubhaft und nachvollziehbar bekunden können, dass sie sich durch die Äußerungen der Angekl. nicht nur in ihrer Stellung als Polizeibeamte, sondern auch nachhaltig in ihrer persönlichen Ehre angegriffen

gefühlt haben. Allerdings kann bei der Beurteilung, ob es sich vorliegend um eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt, nicht unberücksichtigt bleiben, dass Anlass für die Äußerungen eine Diensthandlung der beiden Adhäsionskl. war und die Angekl. erkennbar allein aufgrund dieses Umstandes Veranlassung gesehen hat, die Beleidigungen auszusprechen, zumal die beleidigenden Äußerungen unbeteiligten Dritten zudem auch nicht zu Gehör gelangt sind. Wenngleich ein Polizeibeamter Beleidigungen in seinem Dienst in keiner Weise dulden muss und die Kammer auch jedes Verständnis dafür hat, dass Beamte, die Opfer einer Beleidigung geworden sind, insoweit Strafantrag stellen, so dass die entsprechende Tat strafrechtlich geahndet werden kann, so darf andererseits von ihnen erwartet werden, dass sie **anlässlich ihrer Dienstverrichtung ihnen gegenüber ausgesprochene Beleidigungen i. d. R. nicht auf die eigene Person, sondern vornehmlich auf ihre hiervon zu trennende Amtsträgerschaft beziehen.**“ (LG Oldenburg aaO)

BGB
§§ 1357 I, 421

Verjährung
Zahlungsanspruch aus Stromlieferungsvertrag

BGB

(LG Karlsruhe NJW-RR 2013, 1326; Urteil vom 17.05.2013 – 9 S 364/12)

Bei einem **Dauerschuldverhältnis** greift **§ 1357 I BGB** auch nach (dem Vertragspartner nicht angezeigter) Trennung der Eheleute auch insoweit ein, als ein (früherer) Ehegatte zu Gunsten und zu Lasten des anderen **empfangszuständig** bleibt.

„Ob ein Geschäft unter § 1357 I BGB fällt, ist auch bei Dauerschuldverhältnissen nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beurteilen (BGH FamRZ 2004, 779). Der **Abschluss eines Stromlieferungsvertrags für die gemeinsame Ehwohnung stellt ein Geschäft zur angemessenen Deckung eines beständigen Energiebedarfs** dar und **unterfällt § 1357 I BGB** (vgl. BGH NJW 2004, 1593 = FamRZ 2004, 778; MüKo-BGB/Roth, 6. Aufl. 2013, § 1357 Rn 29). Auch lag im Vertragsabschlusszeitpunkt noch keine Trennung vor; der Ausschlussstatbestand des § 1357 III BGB greift insofern nicht ein.

Folge von § 1357 BGB ist die **Mitberechtigung** (§ 432 BGB) und **Mitverpflichtung** (§ 421 BGB) der Eheleute (Palandt/Brudermüller, BGB, 72. Aufl., § 1357 Rn 5). Diese Rechtsfolgen **geraten bei einem Dauerschuldverhältnis nicht schon durch Trennung bzw. Auszug eines Ehegatten aus der Bezugswohnung in Wegfall**. Vielmehr besteht das Schuldverhältnis – schon aus Gründen der **Rechtssicherheit** – weiter, bis die Trennung dem Vertragspartner angezeigt wird (so zutr. LG Oldenburg FamRZ 2006, 703; AG Beckum FamRZ 1988, 501; MüKo-BGB/Roth, § 1357 Rn 49). Dogmatisch kann dies mit einer **Rechtsscheinhaftung für das Fortbestehen der ehelichen Gemeinschaft** bis zur Anzeige analog §§ 169, 170, 173 BGB begründet werden (so Wacke FamRZ 1980, 16).

Eine Mitteilung der Trennung ist seitens des Bekl. nicht erfolgt. Das bloße Abnehmen von Strom an einer anderen Bezugsstelle lässt diesbzgl. noch keine klaren Rückschlüsse zu (vgl. LG Oldenburg FamRZ 2006, 703). Auch eine Kündigung durch den Bekl. liegt jedenfalls mangels Formwirksamkeit (vgl. § 20 II StromGVV) nicht vor.

§ 1357 I BGB greift damit im Zeitpunkt des Rechnungszugangs trotz Trennung weiterhin ein. Hiernach ist jeder Ehegatte mit Wirkung für beide empfangszuständig (BGH NJW 2002, 2866; MüKo-BGB/Roth, § 1357 Rn 39; Erman/Kroll-Ludwigs, BGB, 13. Aufl. 2011, § 1357 Rn 20). Zwei Wochen nach Rechnungszugang bei der Ehefrau ist also bereits im Jahr 2007 Fälligkeit auch gegenüber dem Bekl. eingetreten.“ (LG Karlsruhe aaO)

BtMG
§ 29

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln
Weiterverkauf ohne Gewinnerzielungsabsicht

BGB

(BGH StV 2013, 701; Beschluss vom 06.11.2012 – 2 StR 410/12)

Wer **Rauschgift** einkauft, um es **ohne Gewinn zum gleichen Preis weiterzugeben**, handelt **nicht eigennützig i.S. des § 29 BtMG**.

„Eigennützig handelt der Täter, dem es auf einen **persönlichen Vorteil**, insbesondere auf die **Erzielung von Gewinn** ankommt. Sein Handeln muss vom Streben nach Gewinn geleitet sein oder er muss sich sonst irgendeinen persönlichen Vorteil von ihm versprechen, durch den er **materiell oder immateriell besser gestellt** wird (st. Rspr.; vgl. nur Weber, BtMG, 3. Aufl., § 29 Rn 290 m. w. Nachw.). Derartige Feststellungen lässt das angefochtene Urteil vermissen. Zwar kann grds. ein **relevanter Vorteil** darin liegen, durch Hingabe von Betäubungsmitteln im Rahmen einer bestimmten wertmäßigen Anrechnung von einer bestehenden Geldverbindlichkeit befreit zu werden, doch ist auch insoweit die Feststellung einer Gewinnerzielungsabsicht erforderlich. Wer Rauschgift einkauft, um es ohne Gewinn zum gleichen Preis weiterzugeben, handelt nicht eigennützig (vgl. BGH StV 1992, 420). Gleiches muss gelten, wenn der Verrechnung auf bestehende Schulden lediglich der Einkaufspreis der erworbenen Betäubungsmittel zugrunde gelegt wird.“ (BGH aaO)

StGB
§ 146 I Nr. 1 u. 2

Geldfälschung
Inverkehrbringen

StGB

(BGH StV 2013, 701; Beschluss vom 20.11.2012 – 2 StR 189/12)

I. Der **Tatbestand des Inverkehrbringens** ist **nicht erfüllt**, wenn der Bundesbank **Münzen** von vorneherein **mit dem Ersuchen um Einziehung und Ersatz übergeben** werden, da in einem solchen Fall das Geld **außerhalb des allgemeinen Zahlungsverkehrs** eingeliefert wird.

„In Verkehr gebracht wird falsches Geld, wenn es so **aus dem Gewahrsam entlassen** wird, dass ein anderer tatsächlich in die Lage versetzt wird, sich des falschen Geldes zu bemächtigen und nach Belieben damit umzugehen, es insbes. weiterzuleiten (vgl. RGSt 67, 167; BGHSt 1, 143 = NJW 1951, 529; BGHSt 42, 162 = NJW 1996, 2802 = NSTz 1996, 604; BGH NSTz 2003, 423). Dies kann **auch durch Einzahlung von Falschgeld bei der Bank** im Rahmen des allgemeinen Zahlungsverkehrs erfolgen (OLG Schleswig NJW 1963, 1560), selbst dann, wenn die betreffende Notensorte zur Einziehung aufgerufen ist, die Umlaufzeit jedoch noch nicht abgelaufen ist.

Durch das Handeln des Täters muss aber auch tatsächlich eine **Gefahr des Umlaufs des falschen Geldes begründet** sein, was sich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls bestimmt (vgl. BGHSt 35, 21 = NJW 1973, 65). Entsprechend kann ein Inverkehrbringen auch dann gegeben sein, wenn falsches Geld weggeworfen wird, sofern die naheliegende Gefahr besteht, dass es gefunden wird und wieder in den Zahlungsverkehr gelangt (BGHSt 35, 21 = NJW 1973, 65). Der Tatbestand des Inverkehrbringens ist demgegenüber nicht erfüllt, wenn der Bundesbank ein Geldschein von vorneherein mit dem Ersuchen um Einziehung und Ersatz übergeben wird, da in einem solchen Fall das Geld außerhalb des allgemeinen Zahlungsverkehrs eingeliefert wird (vgl. OLG Schleswig NJW 1963, 1560).

Vorliegend bestand keine Gefahr, dass die Münzen wieder in den Umlauf gelangten, da diese nicht nur erkennbar unfachmännisch zusammengesetzt, sondern auch stark beschädigt und von daher nicht mehr umlauffähig waren. Bereits die Abgabe der Münzen – unter Angabe des Namens, der Adresse und der Kontoverbindung des Einreichenden – in normierten, durchsichtigen „Safebags“, die einer Sichtkontrolle unterzogen wurden, belegt, dass diese lediglich zum Zwecke der Erstattung des Nennwerts der Münzen und nicht im Rahmen des allgemeinen Zahlungsverkehrs eingereicht wurden. Da es sich bei der Bundesbank um diejenige Behörde handelt, die beschädigtes Geld zwecks Entwertung und Vernichtung auch selbst aus dem Verkehr zieht, bestand keine Gefahr, dass die Münzen noch an Dritte weitergegeben und wieder in den Zahlungsverkehr gelangen konnten.“ (BGH aaO)

- II. Wer sich **gefälschte Münzen verschafft oder sie selbst fälscht mit dem Ziel, diese bei der Bundesbank als der dafür zuständigen Stelle zur Erstattung des Nennwerts einzureichen, macht sich nicht nach § 146 I Nr. 1 und Nr. 2 StGB strafbar.**

„Es muss dem Täter auf das Inverkehrbringen oder das Ermöglichen des Inverkehrbringens von Falschgeld als echtem Geld ankommen, ohne dass diese Zielvorstellung Endzweck seines Handelns zu sein braucht (BGH NJW 1952, 311; Ruß, LK-StGB, 12. Aufl., § 146 Rn 15; MüKo-StGB/Erb, § 146 Rn 24; Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 146 Rn 7). Die Angekl. wollten auch nicht nur mittelbar die Weitergabe der Münzen in den Umlauf ermöglichen, sondern **für jedermann erkennbar nicht mehr umlauffähige Münzen** bei der dafür zuständigen Stelle zur Erstattung des Nennwerts einreichen.“ (BGH aaO)

StGB
§ 263a

Computerbetrug
Entwendung von Ware aus Selbstbedienungsladen

StGB

(OLG Hamm NJW-Spezial 2013, 664; Beschluss vom 08.08.2013 – III-5 RVs 56/13)

Die **Mitnahme von Ware in einem Selbstbedienungsladen**, ohne diese zu bezahlen, **erfüllt nicht den Tatbestand des Computerbetruges nach § 263a StGB**, weil es an dem für die Verwirklichung des § 263 a StGB notwendigen (Zwischen-)Erfolg der Beeinflussung des Ergebnisses des Datenverarbeitungsvorgangs. Dieser tritt in der Entsprechung zu § 263 StGB an die Stelle der (irrtumsbedingten) Vermögensverfügung.

- I. Der **Tatbestand des § 263 a StGB** erfordert, dass die Manipulation des Datenverarbeitungsvorgangs unmittelbar eine **vermögensrelevante Disposition des Computers** verursacht (vgl. OLG Hamm NJW 2006, 2341; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 263 a Rn 20; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 263a Rn 16).

„Die **Vermögensminderung** muss **unmittelbar**, d. h. ohne weitere Zwischenhandlung des Täters, des Opfers oder eines Dritten durch den Datenverarbeitungsvorgang selbst eintreten. Daran fehlt es, wenn **durch die Manipulation der Datenverarbeitung nur die Voraussetzungen für eine vermögensmindernde Straftat geschaffen** werden, z. B. beim Ausschalten oder Überwinden elektronischer Schlösser (vgl. Lackner/Kühl, aaO, § 263a Rn 19). Hier führt das Einscannen des Strichcodes allein zu der Anzeige eines im Verhältnis zu den tatsächlich ausgewählten Zeitschriften geringeren Kaufpreises. Diese Anzeige bewirkt noch keinen verfügensähnlichen Vorgang, der sich als unmittelbare Vermögensbeeinträchtigung darstellte. Die nachfolgende Mitnahme der Zeitschriften wird durch den Datenverarbeitungsvorgang als solchen weder ermöglicht noch erleichtert. Hierzu bedurfte es vielmehr einer selbstständigen, den Übergang der Sachherrschaft bewirkenden Handlung des Angekl.“ (OLG Hamm aaO)

- II. Mit dem **Einscannen eines an der Ware befindlichen Strichcodes** ist auch **keine der Tathandlungen des § 263 a I StGB** verwirklicht.

1. Das **unrichtige Gestalten eines Programms** (1. Var.) setzt das **Neuschreiben, Verändern oder Löschen ganzer Programme oder jedenfalls von Programmteilen** voraus (vgl. Fischer aaO, § 263 a Rn 6). Nichts davon geht mit dem Einscannen des „WAZ“-Strichcodes einher.

„Das **Verwenden unrichtiger oder unvollständiger Daten** (2. Var.) erfasst Fälle, in denen eingegebene Daten in einen anderen Zusammenhang gebracht oder unterdrückt werden, wobei eine Programmgestaltung unrichtig bzw. unvollständig ist, wenn sie bewirkt, dass die Daten zu einem Ergebnis verarbeitet werden, das inhaltlich entweder falsch ist oder den bezeichneten Sachverhalt nicht ausreichend erkennen lässt, den Computer also gleichsam „täuscht“ (vgl. Lackner/Kühl aaO, § 263 a Rn 10; Fischer aaO, § 263 a Rn 6). Vorliegend wird über das Einlesen des Strichcodes der **Kaufpreis richtig und vollständig angezeigt**, diesen Kaufpreis hat der Angekl. auch bezahlt.“ (OLG Hamm aaO)

2. Das Merkmal der **unbefugten Verwendung von Daten** (3. Var.) ist nach ganz überwiegender Ansicht in Rspr. und Lit., der sich der Senat anschließt, „betrugsspezifisch“ auszulegen (vgl. BGHSt 38, 120; BGH NSStZ 2005, 213; BGH NJW 2008, 1394; OLG Köln NJW 1992, 125).

„Unbefugt ist die Verwendung danach dann, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person **Täuschungscharakter** hätte. Insoweit muss auf das **Vorstellungsbild einer natürlichen Person** abgestellt werden, die sich ausschließlich mit den Fragen befasst, die auch der Computer „prüft“ (vgl. BGHSt 47, 160). Da das Lesegerät einer Selbstbedienungskasse lediglich den in dem Strichcode festgelegten Kaufpreis anzeigt, ohne zu prüfen, ob auch tatsächlich die dem Strichcode zugewiesene Ware bezahlt und mitgenommen wird, würde auch ein „fiktiver Kassierer“ nur eine derart eingeschränkte Prüfung vornehmen und deshalb über den eingelesenen Preis nicht getäuscht.“ (OLG Hamm aaO)

3. Das **sonstige unbefugte Einwirken auf den Ablauf** (4. Var.) erfasst – i. S. eines **Auffangtatbestandes** – solche strafwürdige Maßnahmen, die nicht unter Var. 1 bis 3 fallen.

„Jedoch beinhaltet das Einscannen des Strichcodes **keine Einwirkung auf den Ablauf, d. h. auf das Programm oder den Datenfluss** (vgl. hierzu Fischer aaO, § 263 a Rn 18). Außerdem kann § 263 a StGB vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte nicht derart weit ausgelegt werden, dass auch solche Verhaltensweisen erfasst werden, die ohnehin bereits nach § 242 StGB unter Strafe gestellt sind. Beide Tatbestände schließen sich aus (vgl. Tiedemann/Valerius, Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 263 a Rn 65).“ (OLG Hamm aaO)

NWBauO
§ 77

Baugenehmigung Geltungsdauer

öffR

(OVG Münster NVwZ 2013, 1499; Urteil vom 17.07.2013 – 7 A 1896/12)

Der **Ablauf der Frist für die Geltung einer Baugenehmigung** ist **gehemmt**, wenn der Bauherr durch höhere Gewalt am Baubeginn gehindert ist, oder wenn ihm auf Grund eines erfolgten oder drohenden hoheitlichen Eingriffs die Ausnutzung der Baugenehmigung nicht möglich oder zumutbar ist.

„Dementsprechend führt auch ein **Nachbarrechtsbehelf** – selbst wenn er keine aufschiebende Wirkung entfaltet und die Baugenehmigung sofort vollziehbar ist –, zur **Hemmung des Fristablaufs** (vgl. OVG Münster BeckRS 2001, 18099).

Denn auch insoweit kommt ein **hoheitlicher Eingriff** – in Gestalt der gerichtlichen Aufhebung der Baugenehmigung und nachfolgender bauaufsichtlicher Maßnahmen – in Betracht, weshalb einem verständigen Bauherrn die Ausnutzung vor einer abschließenden Klärung nicht zugemutet wird.“ (OVG Münster aaO)

BeamtVG
§ 59 I Nr. 1 u. 2a

Ruhestandsbeamtenverhältnis Beendigung nach strafgerichtlicher Verurteilung

BeamtenR

(BVerwG NVwZ-RR 2013, 888; Urteil vom 21.12.2012 – 3 U 22/12)

Das **Ruhestandsbeamtenverhältnis** eines früheren Beamten auf Zeit **endet** auch dann nach § 59 I 1 Nr. 1 BeamtVG mit der **rechtskräftigen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe** von mindestens einem Jahr wegen der Begehung einer vorsätzlichen Straftat, wenn während dieser Zeit bereits ein Ruhestandsbeamtenverhältnis bestanden hat.

I. Die **Verlustregelungen des § 59 I 1 BeamtVG** unterscheiden danach, ob der Ruhestandsbeamte die vorsätzliche Straftat, derentwegen er rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, vor oder nach Beendigung des Beamtenverhältnisses, d. h. vor oder nach dem Eintritt in den Ruhestand, begangen hat.

Hat er die **Tat im aktiven Dienst** begangen, ordnet § 59 I 1 Nr. 1 BeamtVG a. F. den Verlust der Rechte als Ruhestandsbeamter an, wenn die Tat bei einem aktiven Beamten nach § 48 BBG a. F. oder entsprechendem Landesbeamtenrecht, hier nach § 66 I BadWürttBG a. F., zum Verlust der Beamtenrechte geführt hätte. Dies ist bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr der Fall.

Dagegen tritt der Verlust wegen einer **im Ruhestand begangenen Straftat** nach § 59 I 1 Nr. 2a BeamtVG a. F. erst bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren ein.

II. Die Verlustregelung des § 59 I 1 Nr. 1 BeamtVG a. F. knüpft nach ihrem **Wortlaut** an die gesetzlichen Regelungen an, die den Verlust der Beamtenrechte wegen einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr anordnen.

1. Diese Regelungen beruhen auf der **gesetzlichen Wertung**, dass ein Beamter nach einer Verurteilung in dieser Höhe im aktiven Dienst nicht mehr tragbar ist, weil feststeht, dass er einen schwerwiegenden Rechtsverstoß und damit ein besonders schweres Dienstvergehen begangen hat.

Daher verliert er die Beamtenrechte ohne Durchführung eines Disziplinarverfahrens unmittelbar kraft Gesetzes. § 59 I 1 Nr. 1 BeamtVG stellt klar, dass sich an dieser gesetzlichen Wertung nichts ändert, wenn der Beamte nach der Begehung der Straftat in den Ruhestand tritt und daher erst als Ruhestandsbeamter rechtskräftig verurteilt wird (BVerwGE 107, 34 = NVwZ 1998, 1305).

„In der Verlustregelung des § 59 I 1 Nr. 1 BeamtVG kommt der **Rechtsgrundsatz** zum Ausdruck, dass sich **ein Beamter der Sanktionierung eines besonders schweren Dienstvergehens**, das er während seiner Dienstzeit begangen hat, **nicht durch den Eintritt in den Ruhestand entziehen kann**. Der Eintritt in den Ruhestand lässt das Dienstvergehen nicht in einem milderen Licht erscheinen. Damit entspricht diese Verlustregelung den Regelungen der Disziplinargesetze, die die Aberkennung des Ruhegehalts als Disziplinarmaßnahme für ein schweres Dienstvergehen vorschreiben, wenn der Ruhestandsbeamte als noch im Dienst befindlicher Beamter aus dem Beamtenverhältnis hätte entfernt werden müssen (vgl. § 13 II 2 BDG, § 33 I 2 BadWürttDiszG).

Diese Regelungen, die eine **gleichmäßige Sanktionierung für im aktiven Dienst begangene schwere Dienstvergehen** sicherstellen, sind dazu bestimmt, die Integrität des Berufsbeamtentums und das Ansehen des öffentlichen Dienstes zu wahren. Diese Schutzgüter würden beeinträchtigt, wenn der gesetzlich angeordnete oder disziplinarrechtlich gebotene Verlust der Beamtenrechte wegen eines besonders schweren Dienstvergehens davon abhinge, ob sich der Beamte bei rechtskräftigem Abschluss des Straf- oder Disziplinarverfahrens noch im aktiven Dienst befindet. Daneben dienen die Regelungen der Gleichbehandlung. **Beamte sollen bei gleich bleibendem Sanktionsbedürfnis nicht milder behandelt werden, weil sie in den Ruhestand getreten sind** (st. Rspr., vgl. zuletzt: BVerwGE 140, 185 = NVwZ-RR 2012, 356; BVerwG NVwZ-RR 2013, 693).“ (BVerwG aaO)

2. Demgegenüber beruht die **mildere Verlustregelung des § 59 I 1 Nr. 2a BeamtVG** auf der Erwägung, dass Ruhestandsbeamte nicht mehr im Dienst als Repräsentanten des Staates oder einer Gemeinde auftreten können.

„Sie können keine **beamtenrechtlichen Pflichten verletzen**, die die Dienstausbübung betreffen. Daher hält der Gesetzgeber den Verlust der Rechte als Ruhestandsbeamter wegen einer im Ruhestand begangenen Straftat zur Wahrung des Ansehens des öffentlichen Dienstes nur noch für geboten, wenn die Freiheitsstrafe eine Höhe erreicht, die auf eine gravierende Verletzung der in der Strafrechtsordnung verankerten elementaren Regeln schließen lässt (BVerwGE 107, 34 = NVwZ 1998, 1305). Dem entspricht, dass Ruhestandsbeamte nur noch wegen ganz schwerwiegender Verstöße gegen die Rechtsordnung oder gegen im Ruhestand fortwirkende Beamtenpflichten disziplinarisch belangt werden können (vgl. § 77 I BBG).“ (BVerwG aaO)

3. Aus diesem **Normzweck der § 59 I 1 Nr. 1 und 2a BeamtVG** folgt zwingend, dass die Verlustregelung für eine während der Dienstzeit begangene Straftat auch anwendbar ist, wenn während des Tatzeitraums zugleich ein Ruhestandsbeamtenverhältnis besteht.

„Das **Sanktionsbedürfnis** für ein während der Dienstzeit begangenes Dienstvergehen wird dadurch nicht gemildert. Die **Beeinträchtigung der Integrität des Berufsbeamtentums** und der **Ansehensschaden** für den öffentlichen Dienst haben nicht deshalb ein geringeres Gewicht, weil der Beamte zusätzlich in einem Ruhestandsbeamtenverhältnis steht.

Solange sich ein Beamter im Dienst befindet, d. h. bei einem Beamten auf Zeit während der Amtszeit, nimmt er dienstliche Aufgaben wahr und tritt als Repräsentant des Staates oder der Gemeinde auf. Seine Rechts- und Pflichtenstellung wird ausschließlich durch das aktive Beamtenverhältnis bestimmt. Aus dem Ruhestandsbeamtenverhältnis ergeben sich während der Dienst- bzw. Amtszeit keine Rechtsfolgen. Es dient lediglich der **versorgungsrechtlichen Absicherung**. Dies wird besonders deutlich, wenn der Beamte Straftaten unter Ausnutzung seiner dienstlichen Stellung begangen hat.“ (BVerwG aaO)

BDG
§ 56 S. 1

Disziplinarverfahren Ausscheiden von Tathandlungen

BDG

(BVerwG NVwZ-RR 2013, 926; Beschluss vom 06.06.2013 – 2 B 50/12)

Das Disziplinargericht kann nach § 56 S. 1 BDG nur **Tathandlungen aus dem Disziplinarverfahren ausscheiden, die für die Bestimmung der Disziplinarmaßnahme unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt ins Gewicht fallen** können.

„§ 56 S. 1 BDG ermöglicht aus Gründen der **Verfahrensökonomie** das Ausscheiden von Tathandlungen, deren Bedeutung für die Bestimmung der Disziplinarmaßnahme bereits während des anhängigen Verfahrens nach jeder Betrachtungsweise sicher ausgeschlossen werden kann. Dagegen ermöglicht es § 56 S. 1 BDG nicht, dass das Gericht Vorwürfe nicht behandelt, weil es sie nach seiner Einschätzung für weniger schwerwiegend hält. Insbesondere darf es den **Sach- und Streitstoff nicht verkürzen**, indem es für einen Vorwurf oder einen Teil der Vorwürfe die Höchstmaßnahme verhängt. Die gesetzliche Beschränkungsmöglichkeit führt weder das Opportunitätsprinzip ein noch ermöglicht sie eine Beschränkung unter dem Gesichtspunkt der Verständigung der Bet. („Deal“).“ (BVerwG aaO)

- I. Diese Auslegung des § 56 S. 1 BDG ergibt sich aus **Gesetzeswortlaut und -zweck**.

„Die Regelung knüpft an den **Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens** an. Nach diesem in § 77 I 1 BBG verankerten Grundsatz begehen Beamte ein Dienstvergehen (Einzahl), wenn sie schuldhaft die ihnen obliegenden Pflichten (Mehrzahl) verletzen. Der **gesetzliche Begriff des Dienstvergehens** umfasst **alle disziplinarrechtlich bedeutsamen Dienstpflichtverletzungen des Beamten**. Diese werden durch eine **einheitliche Disziplinarmaßnahme** geahndet, die auf Grund des Verhaltens und der Persönlichkeit des Beamten zu bestimmen ist (BVerwGE 128, 125; BVerwGE 140, 185 = NVwZ-RR 2012, 356). Der Grundsatz bringt zum Ausdruck, dass Gegenstand der disziplinarrechtlichen Betrachtung und Wertung die Frage ist, ob ein Beamter, der in vorwerfbarer Weise gegen Dienstpflichten verstoßen hat, nach seiner Persönlichkeit noch im Beamtenverhältnis tragbar ist und falls das zu bejahen ist, durch welche Disziplinarmaßnahme auf ihn eingewirkt werden muss, um weitere Pflichtenverstöße zu verhindern (st. Rspr.; vgl. zuletzt: BVerwG NVwZ-RR 2013, 693 m. w. Nachw.). Der Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens verlangt, dass über alle Pflichtverletzungen grundsätzlich eine einheitliche Maßnahme bestimmt wird.“ (BVerwG aaO)

- II. Allerdings hat der Disziplinarsenat des BVerwG für die Berufungsinstanz aus **prozessökonomischen Gründen** zugelassen, dass nicht alle Tatvorwürfe geprüft werden müssen, wenn bereits einzelne festgestellte Pflichtverletzungen die Verhängung der disziplinarischen Höchstmaßnahme gebieten (BVerwGE 113, 32 = NVwZ 1997, 1220).

„Die Beschränkungsmöglichkeit nach § 56 S. 1 BDG bezweckt in Anknüpfung an die hierzu ergangene Rspr. die **Beschleunigung der Disziplinarverfahren** durch die instanzübergreifende Möglichkeit, einzelne Handlungen auszuschneiden, die für die zu erwartende Disziplinarmaßnahme voraussichtlich nicht ins Gewicht fallen (BT-Dr 14/4659, S. 40 [49]). Das **Disziplinarverfahren soll von überflüssigem Ballast befreit** werden können, muss aber weiterhin die gebotene **Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Beamten** (vgl. § 13 BDG) **ohne Abstriche ermöglichen**.“ (BVerwG aaO)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO
§ 701 S. 1

**Widerspruchs gegen einen Mahnbescheid
Hemmungswirkung bzgl. Wirkungsfrist**
(OLG Nürnberg in NJW-RR 2013, 1337, Beschluss vom 15.05.2013 - 1 U 846/13)

ZPO

Der Ablauf der Frist nach § 701 S. 1 ZPO wird durch einen gegen den Mahnbescheid eingelegten Widerspruch gehemmt und läuft erst nach dessen Rücknahme weiter.

Fall: Am 11.01.2011 wurde gegen die Beklagte vom Amtsgericht Hagen ein Mahnbescheid erlassen, der ihr am 15.01.2011 zugestellt wurde.

Am 04.02.2011 hat die Klägerin Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheides auf der Grundlage des Mahnbescheides gestellt, der aber nicht bearbeitet wurde, weil bereits Gesamtwiderspruch von der Beklagten erhoben worden war. Das Amtsgericht Hagen hat das Verfahren nach Widerspruch an das Landgericht Weiden i.d.OPf. abgegeben. Mit Schriftsatz vom 13.02.2012, eingegangen beim Landgericht Weiden am 14.02.2012, hat der Beklagtenvertreter den Widerspruch gegen den Mahnbescheid des Amtsgerichts Hagen zurückgenommen.

Am 28.02.2012 hat die Klägerin erneut Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheides beim Amtsgericht Hagen gestellt. Dieser Antrag wurde an das Landgericht Weiden i.d.OPf. zuständigkeitshalber übersandt. Mit Verfügung vom 13.03.2012 wies die zuständige Rechtspflegerin die Klägerin darauf hin, dass eine maschinelle Bearbeitung beim Landgericht Weiden nicht möglich sei und ersuchte darum, einen von ihr beigefügten „alten“ Vordrucksatz auszufüllen und einzureichen. Der nach diesen Vorgaben erstellte Antrag ging am 29.3.2012 beim Landgericht ein.

Am 30.03.2012 wurde der beantragte Vollstreckungsbescheid durch das Landgericht Weiden i. d. OPf. erlassen. Gegen den am 04.04.2012 der Beklagten zugestellten Vollstreckungsbescheid hat diese mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 18.04.2012, eingegangen am selben Tag, form- und fristgerecht Einspruch eingelegt.

Zu dem auf Dienstag, den 19.03.2013 vor dem Landgericht anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung über Einspruch und Hauptsache, wurde der Prozessbevollmächtigte des Beklagten ordnungsgemäß am 30.01.2013 geladen. Zum Termin ist für die Beklagte jedoch niemand erschienen. Das Landgericht hat deshalb den Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid vom 30.03.2012 mit Versäumnisurteil vom 19.03.2013 verworfen.

Das Versäumnisurteil wurde dem Beklagtenvertreter am 26.03.2013 zugestellt. Am 26.04.2013 ging beim Oberlandesgericht Nürnberg ein Prozesskostenhilfesuch ein, mit dem die Beklagte für die beabsichtigte und im Entwurf beigefügte Berufung die Bewilligung von Prozesskostenhilfe und die Beiordnung des erstinstanzlichen Bevollmächtigten beantragt.

Mit der im Entwurf vorgelegten Berufungsbegründung macht die Beklagte geltend, dass die Verwerfung ihres Einspruchs gegen den Vollstreckungsbescheid des Landgerichts Weiden vom 30.3.2012 durch sog. Zweites Versäumnisurteil vom 19.3.2013 rechtsfehlerhaft gewesen sei, weil die Voraussetzungen für den Erlass des Vollstreckungsbescheides nicht vorgelegen hätten. Da der Vollstreckungsbescheid vom 30.3.2012 nicht innerhalb von 6 Monaten seit der Zustellung des Mahnbescheides beantragt worden sei, sei die Wirkung des Mahnbescheides nach § 701 S. 1 ZPO entfallen. Damit habe die gem. § 699 Abs. 1 S. 1 ZPO notwendige Grundlage für den am 30.3.2012 erlassenen Vollstreckungsbescheid gefehlt. Wie wird das Gericht entscheiden?

I. Prüfungsumfang bei zweitem Versäumnisurteil wegen Säumnis im Einspruchstermin

Wurde Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid eingelegt und erscheint der Einspruchsführer im Einspruchstermin nicht, so kann gegen ihn ein zweites Versäumnisurteil nach § 345 ZPO ergehen, da der Vollstreckungsbescheid nach § 700 I ZPO einem ersten Versäumnisurteil gleichsteht.

*„Nach **ständiger Rechtsprechung des BGH** (grundlegend BGHZ 73, 85) und der **herrschenden Meinung in der Literatur** (vgl. etwa Zöller-Vollkommer, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 700 Rn. 14 mit weiteren Nachweisen zum Schrifttum) ist § 514 Abs. 2 ZPO in den Fällen, in denen durch Zweites Versäumnisurteil der Einspruch gegen einen vorausgegangenen Vollstreckungsbescheid verworfen wird, dahingehend auszulegen, dass die **Berufung auch auf die verfahrensrechtliche Unzulässigkeit des Vollstreckungsbescheides gestützt werden kann**. Grund dafür ist der Gleichlauf von Prüfungsumfang und -pflicht des Einspruchsrichters einerseits und Berufungsfähigkeit andererseits (BGHZ 73, 87, 89 ff; 112, 367, 371 ff; NJW 1999, 2599).*

Die beabsichtigte Berufung des Beklagten wäre insoweit also statthaft und könnte bei zu gewährender Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsfrist rechtzeitig erhoben und begründet werden, weil der Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe innerhalb der Frist nach § 517 ZPO eingelegt wurde.“ (OLG Nürnberg aaO)

II. Prüfung der verfahrensrechtlichen Unzulässigkeit des Vollstreckungsbescheides

Auf der Grundlage des Mahnbescheids erlässt das Gericht nach § 699 I ZPO auf Antrag einen Vollstreckungsbescheid, wenn der Antragsgegner nicht rechtzeitig Widerspruch erhoben hat. Allerdings fällt nach § 701 S. 1 ZPO die Wirkung des Mahnbescheids weg, wenn nicht binnen einer Frist von sechs Monaten nach Zustellung des Mahnbescheids der Erlass eines Vollstreckungsbescheides beantragt wird. Entfällt aber die Wirkung des Mahnbescheides, so darf kein Vollstreckungsbescheid ergehen.

Da hier zwischen dem Erlass des Mahnbescheides und dem Erlass des Vollstreckungsbescheides mehr als 6 Monate liegen, könnte dessen Erlass verfahrenswidrig erfolgt sein.

„Zwar wurde der Mahnbescheid der Beklagten am 15.01.2011 zugestellt. Der schließlich am 30.03.2012 erlassene Vollstreckungsbescheid war nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Erstgerichts am 28.02.2012 zunächst beim nicht mehr zuständigen Amtsgericht Hagen beantragt worden. Erst am 29.03.2012 - also mehr als ein Jahr nach Zustellung des Mahnbescheids - ging ein formgültiger Antrag beim jetzt zuständigen Landgericht Weiden ein.“ (OLG Nürnberg aaO)

§ 701 S. 1 ZPO sieht allerdings einen **Wegfall der Wirkungen des Mahnbescheides nach 6 Monaten** nur vor, wenn gegen diesen **kein Widerspruch erhoben** wurde. Hier war aber am 31.01.2011 zunächst Widerspruch erhoben und dann am 13.02.2012 zurückgenommen worden. Erst ab diesem Zeitpunkt konnte die Beklagte erneut einen Vollstreckungsbescheid beantragen. Der **Wortlaut** des § 701 S. 1 ZPO trifft für den Fall des eingelegten und zurückgenommenen Widerspruchs **keine Regelung**. **Höchstrichterlich** ist die Frage, welche Auswirkung dies für den Lauf der 6-Monatsfrist hat **nicht geklärt**.

1. Meinungsstand in der Literatur

*„Die **Kommentarliteratur** geht aber nahezu einstimmig davon aus, dass die **Frist** durch den eingelegten Widerspruch **gehemmt** ist und erst **nach dessen Rücknahme weiterläuft** (Thomas/Putzo-Hüßtege, ZPO, 34. Aufl. 2013, § 701 Rn. 3; Schüler in Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2012, § 701 Rn. 3; Musielak-Voit, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 701 Rn. 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl. 2013, § 701 Rn. 3). Soweit Sommer (in Prütting/Gehrlein, ZPO, 2010, § 701 Rn. 3) im Hinblick auf die von § 701 ZPO erstrebte Rechtssicherheit Bedenken erhebt, räumt auch er ein, dass es Umstände geben mag, in welchen es nicht hinnehmbar erscheine, dem Antragsteller nur wegen § 701 ZPO den Vollstreckungsbescheid zu versagen, wenn er diesen als natürliche Folge der Widerspruchsrücknahme erwarten darf.“ (OLG Nürnberg aaO)*

2. Auffassung des OLG Nürnberg

*„§ 701 ZPO bezweckt nach allgemeiner Meinung **Rechtsklarheit** und schützt damit den Antragsgegner (Schüler in Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2012, § 701 Rn. 1; Musielak-Voit, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 701 Rn. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl. 2013, § 701 Rn. 1; Prütting/Gehrlein-Sommer, ZPO, 2010, § 701 Rn. 1). Nachdem ein Vollstreckungsbescheid zunächst längere Zeit nicht beantragt wurde, soll der **Schuldner nicht mehr damit rechnen müssen**, dass der gegen ihn erhobene **Anspruch** von der Zustellung des Mahnbescheids an **als rechtshängig angesehen wird** (Musiellak-Voit, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 701 Rn. 1). Mit diesen Zwecken ist es nicht vereinbar, dem Antragsteller einen Vollstreckungsbescheid deshalb zu versagen, weil er - nach eingelegtem Widerspruch - das streitige Verfahren betrieben hat. Mit der **Einlegung des Widerspruchs nimmt der Antragsgegner dem Gläubiger die Möglichkeit, einen Vollstreckungsbescheid zu beantragen**. Er selbst verhindert also, dass der Antragsteller diesen Weg beschreitet und ist insoweit nicht schutzwürdig.*

*Würde man eine Hemmung durch Einlegung des Widerspruchs verneinen, hätte es der **Schuldner in der Hand**, sobald sechs Monate seit der Zustellung des Mahnbescheids verstrichen sind, die vom Gläubiger im Mahnverfahren **erreichte Verfahrensposition durch Rücknahme des Widerspruchs zu entwerten**, ohne dass der Gläubiger dies verhindern könnte.“ (OLG Nürnberg aaO)*

Diese bei Nichtannahme einer Fristhemmung eintretende Rechtsfolge kann auch nicht dadurch abgemildert werden könnte, dass es dem Gläubiger gestattet wird - in Anlehnung an die zu § 167 ZPO entwickelte Rechtsprechung - „demnächst“, also nach Ansicht des Beklagten binnen vier Wochen nach Rücknahme des Widerspruchs, einen Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheides zu stellen.

*„[Einer] solchen engen zeitlichen Begrenzung [steht] die in § 701 S. 1 ZPO zum Ausdruck gekommene Wertung des Gesetzgebers entgegen. Der Norm lässt sich entnehmen, dass der **Gläubiger sechs Monate lang zuwarten** darf, ob der Mahnbescheid als solcher den Schuldner zur Erfüllung der Forderung veranlasst oder ob er das Verfahren mit dem Ziel, einen Vollstreckungstitel zu erwirken, weiter betreibt. Das muss auch dann gelten, wenn der Mahnbescheid erst durch Rücknahme des Widerspruchs für den Gläubiger wieder Bedeutung erlangt.*

*Im Übrigen hat der Kläger im konkreten Fall am 28.02.2012, also **zwei Wochen nach der Rücknahme** des Widerspruchs, bei dem - wenn auch wegen § 699 Abs. 1 S. 3 ZPO nicht mehr zuständigen - Amtsgericht Hagen einen Vollstreckungsbescheid beantragt. Dieser wurde, wie sich einem Vermerk des Landgerichts Weiden vom 13.03.2012 (Bl. 29 d. A.) entnehmen lässt, spätestens am 13.03.2012, also **vier Wochen nach Rücknahme** des Mahnbescheids, an das zuständige Gericht weitergeleitet und konnte dort zunächst nur deshalb nicht bearbeitet werden, weil bei dem Landgericht Weiden eine maschinelle Bearbeitung nicht möglich war. Ist ein **mangelhafter Antrag fristgerecht gestellt** worden, treten die Folgen des § 701 S. 1 ZPO aber jedenfalls dann nicht ein, wenn der Mangel - wie hier - behebbar ist, auch wenn die Behebung erst nach Fristablauf erfolgt (KG Berlin, Beschl. v. 25.6.2009, 8 W 56/09, Rz. 8 - zitiert nach juris). Auch nach der vom Beklagten vertretenen Rechtsauffassung wurde der Vollstreckungsbescheid damit rechtzeitig beantragt.“ (OLG Nürnberg aaO)*

III. Ergebnis

Der von der Beklagten geltend gemachte rechtliche Einwand greift nicht durch. § 701 S. 1 ZPO führt im konkreten Fall nicht zum Wegfall der Wirkung des Mahnbescheids. Der Vollstreckungsbescheid vom 30.3.2012 durfte erlassen werden. Die insoweit erhobenen Einwände gegen das Zweite Versäumnisurteil vom 19.03.2013 erweisen sich daher als unbegründet.

(BGH in FamRZ 2013, 1302; Beschluss vom 14.05.2013 – X ARZ 167/13)

1. Die Verweisung an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs ist hinsichtlich des Rechtswegs für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, bindend und kann nur auf das Rechtsmittel einer Partei überprüft werden.
2. Für eine Durchbrechung der Bindungswirkung, wie sie im Anwendungsbereich des § 281 I ZPO insbesondere für objektiv willkürliche Entscheidungen anerkannt ist, ist jedenfalls grundsätzlich kein Raum.

Fall: Der klagende Sozialhilfeträger gewährte einer Hilfeempfängerin Leistungen der Hilfe zur Pflege. Hierzu zahlte er direkt an die Beklagte, die ein Seniorenzentrum betreibt, in dem die Hilfeempfängerin lebte. Nachdem diese verstorben war, forderte der Kläger von der Beklagten anteilige Rückzahlung der geleisteten Beträge. Dem kam die Beklagte nur zum Teil nach. Der Kläger hat wegen eines nach seiner Auffassung offenen Rückzahlungsanspruchs in Höhe von 185,00 EUR Klage vor dem Sozialgericht Berlin erhoben. Dieses hat mit unangefochten gebliebenem Beschluss vom 23.10.2012 die Unzulässigkeit des Sozialrechtswegs ausgesprochen und den Rechtsstreit an das Amtsgericht Schöneberg verwiesen.

Das Amtsgericht hat durch Beschluss vom 03.04.2013 die Übernahme des Verfahrens abgelehnt, da der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten unzulässig sei, und die Sache dem Bundesgerichtshof zur Bestimmung des zuständigen Gerichts vorgelegt. Es meint, der Verweisungsbeschluss sei nicht bindend, da er sich bei der Auslegung und Verwendung der Zuständigkeitsnormen so weit von dem diese beherrschenden verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters entferne, dass er nicht mehr zu rechtfertigen sei. Wie ist die Sache rechtlich zu beurteilen.

I. Beschluss nach § 17a II GVG

Die Klage wurde vor dem Sozialgericht Berlin als Gericht der besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit (§ 1 SGG) erhoben. Nach § 8 SGG entscheiden die Sozialgerichte, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist, im ersten Rechtszug über alle Streitigkeiten, für die der Rechtsweg vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit offensteht. Wann dieser Rechtsweg offensteht, ist in § 51 SGG geregelt.

Ist der beschrittene Rechtsweg unzulässig, spricht das Gericht dies nach Anhörung der Parteien von Amts wegen aus und verweist den Rechtsstreit zugleich an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtsweges.

Das Sozialgericht Berlin war der Auffassung, dass der Rechtsweg zu den Sozialgerichten nicht eröffnet ist, sondern der ordentliche Rechtsweg zu beschreiten ist. Für eine Klage von 185,00 € im ordentlichen Rechtsweg sind nach § 23 Nr. 1 GVG die Amtsgerichte zuständig, wobei der allgemeine Gerichtsstand einer natürlichen Person nach § 13 ZPO durch den Wohnsitz bestimmt wird. Da der Beklagte im Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichts Schöneberg wohnt, hat das Sozialgericht Berlin demgemäß an dieses Gericht verwiesen.

Nach § 17a II 2 GVG ist dieser Beschluss für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, hinsichtlich des Rechtsweges bindend.

Allerdings ist das Amtsgericht Schöneberg nicht bereit, den Rechtsstreit zu entscheiden und hält den Beschluss für nicht bindend. Fraglich ist daher, wie die Frage der Verbindlichkeit des Verweisungsbeschlusses gerichtlich geklärt werden kann.

II. Analoge Anwendung des § 36 I Nr. 6 ZPO

Das Gesetz trifft zu dieser Frage keine Regelung. Allerdings muss es eine Möglichkeit der Prüfung geben, damit die Betroffenen eine gerichtliche Entscheidung erhalten können.

1. Anwendbarkeit bei Rechtswegdifferenzen

*„Nach ständiger Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes ist § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO bei **negativen Kompetenzkonflikten zwischen Gerichten verschiedener Gerichtszweige entsprechend anwendbar** (BGH, Beschlüsse vom 26. Juli 2001 - X ARZ 69/01, NJW 2001, 3631, 3632; vom 30. Juli 2009 - Xa ARZ 167/09, NJW-RR 2010, 209 Rn. 6; vom 09. Dezember 2010 - Xa ARZ 283/10, MDR 2011, 253 Rn. 7; vom 18. Mai 2011 - X ARZ 95/11, NJW-RR 2011, 1497 Rn. 4; BAG, Beschluss vom 19. März 2003 -*

5 AS 1/03, BAGE 105, 305; BFH, Beschluss vom 26. Februar 2004 - VII B 341/03, BFHE 204, 413, 416; BVerwG, Beschluss vom 15. April 2008 - 9 AV 1/08, NVwZ 2008, 917).

Obwohl ein nach § 17a GVG ergangener und unanfechtbar gewordener Beschluss, mit dem ein Gericht den bestrittenen Rechtsweg für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an ein anderes Gericht verwiesen hat, nach dem Gesetz keiner weiteren Überprüfung unterliegt, ist eine - regelmäßig deklaratorische - **Zuständigkeitsbestimmung** entsprechend § 36 I Nr. 6 ZPO im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege und der Rechtssicherheit dann geboten, wenn es innerhalb eines Verfahrens zu **Zweifeln über die Bindungswirkung der Verweisung** kommt und deshalb keines der in Frage kommenden Gerichte bereit ist, die Sache zu bearbeiten, oder die Verfahrensweise eines Gerichts die Annahme rechtfertigt, dass der Rechtsstreit von diesem nicht prozessordnungsgemäß gefördert werden wird, obwohl er gemäß § 17b Abs. 1 GVG vor ihm anhängig ist (BGH, Beschlüsse vom 26.07.2001, aaO, 3632; vom 13.11.2001 - X ARZ 266/01, NJW-RR 2002, 713, 714; vom 30.07.2009, aaO Rn. 9 und vom 09.12.2010, aaO Rn. 10; BAG, aaO). So liegt der Fall hier. Sowohl das Sozialgericht als auch das Amtsgericht haben eine inhaltliche Befassung mit der Sache abgelehnt.“ (BGH aaO)

2. Zuständigkeit des BGH

§ 36 I ZPO sieht vor, dass bei Auseinandersetzungen über die Zuständigkeit das nächsthöhere Gericht entscheidet. Fraglich ist daher, ob hier bei einem Streit über die Zuständigkeit zwischen Sozialgericht und Amtsgericht der Bundesgerichtshof zur Entscheidung berufen ist.

„Sofern zwei **Gerichte unterschiedlicher** Rechtswege ihre Zuständigkeit verneint haben, obliegt die Bestimmung des zuständigen Gerichts demjenigen **obersten Gerichtshof des Bundes, der zuerst darum angegangen wird** (BGH, BAG und BVerwG, aaO).“ (BGH aaO)

Der Bundesgerichtshof ist folglich für die Entscheidung zuständig.

III. Bestimmung des zuständigen Gerichts

1. grundsätzliche Bindungswirkung der Rechtswegverweisung

„Ein nach § 17a GVG ergangener Beschluss, mit dem ein Gericht den zu ihm beschrittenen **Rechtsweg für unzulässig** erklärt und den Rechtsstreit an das Gericht eines **anderen Rechtswegs** verwiesen hat, ist einer weiteren Überprüfung entzogen, sobald er unanfechtbar geworden ist. Ist das **zulässige Rechtsmittel nicht eingelegt worden** oder ist es **erfolglos geblieben** oder zurückgenommen worden, ist die Verweisung für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, hinsichtlich des Rechtswegs bindend (§ 17a II 3 GVG). So verhält es sich hier, denn eine Beschwerde an das Landessozialgericht nach § 172 Abs. 1 SGG ist innerhalb der Rechtsmittelfrist nicht eingelegt worden.“ (BGH aaO)

2. Umfang der Bindungswirkung

Das Gesetz misst zwar der Entscheidung des Rechtsstreits durch das Gericht des zulässigen Rechtswegs größere Bedeutung zu als der Entscheidung durch das örtlich oder sachlich zuständige Gericht.

„Das **gesetzliche Mittel** zur Sicherung einer Entscheidung durch das Gericht des zulässigen Rechtswegs ist aber allein die **Eröffnung des Rechtsmittels gegen den Verweisungsbeschluss**. Ist die örtliche oder sachliche Zuständigkeit zweifelhaft, ist die Verweisung nicht nur bindend (§ 281 Abs. 2 Satz 4 ZPO), sondern auch der **Überprüfung im Rechtsmittelzug** entzogen (§ 281 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Demgegenüber kann die **Frage des Rechtsweges im Rechtsmittelzug** - uneingeschränkt - **überprüft werden**, und insoweit muss gegebenenfalls das Interesse der nicht rechtsmittelführenden Partei an einer zügigen Sachprüfung des Klagebegehrens zurücktreten. Damit hat es jedoch auch sein Bewenden: Nicht das Gericht des von dem verweisenden Gericht für zulässig erachteten Rechtswegs, sondern **allein das Rechtsmittelgericht ist zu dieser Überprüfung berufen**.“ (BGH aaO)

3. Durchbrechung der Bindungswirkung

Stellt sich die Rechtswegverweisung allerdings als objektiv willkürlich dar, so könnte dies Anlass geben, die Bindungswirkung zu durchbrechen. Im Bereich des Zivilprozessrechts sieht § 281 ZPO vor, dass ein sachlich oder örtlich unzuständiges Gericht sich auf Antrag des Klägers für unzuständig zu erklären hat. Für derartige Zuständigkeitsentscheidungen ist anerkannt, dass die Bindungswirkung der Entscheidung über die Unzuständigkeit durchbrochen wird, wenn sie objektiv willkürlich ist. Fraglich ist, ob auch im Rahmen des § 17a II GVG bezüglich der Bindungswirkung des § 17a II 3 GVG eine solche Durchbrechung der Bindungswirkung angenommen werden kann.

„Für eine **Durchbrechung der Bindungswirkung**, wie sie im Anwendungsbereich des § 281 Abs. 1 ZPO insbesondere für objektiv willkürliche Entscheidungen anerkannt ist, ist deshalb jedenfalls **grundsätzlich kein Raum**. Nicht das Gericht, an das verwiesen wird, sondern die **Parteien sollen vor willkürlichen** oder

sonst jeder gesetzlichen Grundlage entbehrenden **Entscheidungen geschützt werden**, mit der ihr Streitfall dem zuständigen Gericht und damit dem gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG) entzogen wird. Steht den **Parteien aber ein Rechtsmittel zu Gebote und wird dieses nicht genutzt**, besteht **kein Anlass**, dem **Gericht** des für zulässig erklärten Rechtswegs die **Befugnis zuzubilligen**, sich an die Stelle des Rechtsmittelgerichts zu setzen. Ebenso wenig kann eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, die von der betroffenen Partei nicht mit dem zulässigen Rechtsmittel geltend gemacht worden ist, es rechtfertigen, die Bindungswirkung außer Acht zu lassen (BGH, Beschluss vom 08.07.2003 - X ARZ 138/03, NJW 2003, 2990).

Der **Bundesgerichtshof** hat **bislang offenlassen** können, ob gleichwohl noch Ausnahmefälle denkbar sind, in denen die bindende Wirkung einer rechtskräftigen Verweisung verneint werden kann, und diese Frage kann auch im Streitfall offen bleiben. Jedenfalls kommt eine **Durchbrechung der Bindungswirkung**, wie es das Bundesverwaltungsgericht formuliert hat (BVerwG, Beschluss vom 08.11.1994 - 9 AV 1/94, NVwZ 1995, 372) **allenfalls bei "extremen Verstößen" gegen die den Rechtsweg und seine Bestimmung regelnden materiell- und verfahrensrechtlichen Vorschriften in Betracht** (BGH, Beschlüsse vom 13.11.2001, aaO; vom 08.07.2003, aaO, 2991; vom 09.12.2010, aaO Rn. 16; vom 18.05.2011, aaO Rn. 9; s. auch BAG, Beschluss vom 12.07.2006 - 5 AS 7/06, NJW 2006, 2798 Rn. 5: nur bei "krassen Rechtsverletzungen")." (BGH aaO)

Fraglich ist, ob hier von einer solchen **schwerwiegenden, nicht mehr hinnehmbaren Verletzung der Rechtswegordnung** hier ausgegangen werden kann.

„Auf die ausführlichen Erwägungen des Amtsgerichts dazu, warum die Begründung des Sozialgerichts, der Sozialhilfeträger trete der Schuld des Hilfeempfängers gegenüber dem Leistungserbringer in Höhe der durch Bescheid dem Hilfeempfänger gewährten Leistung bei, wodurch der Leistungserbringer einen unmittelbaren Anspruch auf Zahlung gegen den Sozialhilfeträger erwerbe, der wie der Anspruch zwischen Leistungserbringer und Hilfeempfänger privatrechtlicher Natur sei, es nicht rechtfertige, den mit der Klage geltend gemachten Rückforderungsanspruch als zivilrechtlichen Anspruch zu qualifizieren, kommt es nicht an.

Angesichts der **komplexen**, teils dem Sozialrecht, teils dem bürgerlichen Recht angehörenden **Rechtsbeziehungen des Dreiecksverhältnisses** zwischen den Parteien und der verstorbenen Hilfeempfängerin kann von einer solchen schwerwiegenden, nicht mehr hinnehmbaren Verletzung der Rechtswegordnung keine Rede sein.“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis

Zuständiges Gericht ist das Amtsgericht Schöneberg. Seine Zuständigkeit ergibt sich aus der Bindungswirkung des Beschlusses des Sozialgerichts nach § 17a II 3 GVG.

(OLG Braunschweig in NJW 2013, 3111; Beschluss vom 13.05.2012 – 1 Ss (OWi) 83/13)

Ergibt sich aus den Akten, dass dem **Verteidiger** eine **Vollmacht zur Vertretung des Betroffenen** erteilt worden ist, kann an ihn **wirksam zugestellt** werden; dies **gilt selbst dann, wenn sich eine auf ihn lautende schriftliche Verteidigervollmacht nicht bei den Akten befindet**.

Fall: Mit Schreiben vom 23.07.2012 hatte sich Rechtsanwältin F beim Landkreis H. erstmals als Verteidigerin des Betroffenen gemeldet und bat um Übersendung der Akten an sie. Dem Schreiben hatte sie eine Vollmachtsurkunde beigelegt, die auf Rechtsanwältin H ausgestellt war. Diese Rechtsanwältin wird auf dem Briefkopf des genannten Schreibens, dessen Briefkopf ansonsten den Namen „F“ als Namen der Kanzlei angibt und hervorhebt, als „angestellte Rechtsanwältin“ bezeichnet. Nachdem Rechtsanwältin F die Akten eingesehen und wieder zurückgesandt hatte, erließ der Landkreis H. unter dem 04.09.2012 einen Bußgeldbescheid, der der genannten Verteidigerin am 07.09.2012 zugestellt wurde. Noch am selben Tage legte die Verteidigerin „namens und mit Vollmacht des Betroffenen“ Einspruch ein, worauf das AG Termin zur Hauptverhandlung auf den 21.11.2012 anberaumte, deren Verlegung die Verteidigerin mit Schreiben vom 07.11.2012 beantragte. Nach Neuterminierung und einem weiteren Verlegungsantrag der Verteidigerin wurde schließlich Termin auf den 17.01.2013 bestimmt. Mit Schreiben vom 13.01.2013 stellte die Verteidigerin im Vorfeld der Verhandlung den Antrag, das Verfahren wegen zwischenzeitlich eingetretener Verfolgungsverjährung einzustellen. Der Bußgeldbescheid habe, da er nur ihr und deshalb wegen § 51 III OWiG nicht wirksam zugestellt worden sei, die Verjährung nicht unterbrochen. Auch die ansonsten weiter in Betracht zu ziehende Unterbrechungshandlung – Übersendung der Akten an das AG (§§ 33 I Nr. 10, 69 III OWiG) – sei zu spät erfolgt. Das AG folgte dem Antrag nicht und führte die Hauptverhandlung, an der für den Betroffenen Rechtsanwältin F teilnahm, durch. Die Nichteinstellung des Verfahrens hat das AG damit begründet, dass das Verhalten der Verteidigerin als sog. „Verjährungsfalle“ rechtsmissbräuchlich sei. Zum Beleg hat das AG auf einen weiteren Vorgang hingewiesen, in dem die Verteidigerin ebenfalls allein in Erscheinung getreten sei, wiederum zunächst eine auf einen anderen Verteidiger ausgestellte Vollmacht zu den Akten gereicht und sich wegen angeblich unwirksamer Zustellung des Bußgeldbescheids dann später auf Verjährung berufen habe. Eine auf Rechtsanwältin F ausgestellte Vollmacht befand sich auch im Zeitpunkt des hier veröffentlichten oberlandesgerichtlichen Beschlusses nicht bei den Akten. Auf den Vorwurf, sich einer „Verjährungsfalle“ bedienen zu haben, hat sie in der Verhandlung vor dem AG jedoch vorgetragen, dass sie vom Betroffenen „per Telefax und Telefon“ als Verteidigerin beauftragt worden sei. Durch ein „Versehen der Mitarbeiter“ sei dem Betroffenen anschließend dann aber der Vordruck einer auf Frau Rechtsanwältin H lautenden Vollmacht übersandt worden, was ihr erst bei der Vorbereitung auf den Verhandlungstermin aufgefallen sei. Die zu den Akten gelangte, auf Rechtsanwältin H lautende Vollmacht enthält ausdrücklich die Befugnis, für den Betroffenen „Zustellungen aller Art“ entgegennehmen zu dürfen.

Zu prüfen ist, ob – trotz der Regelungen der **§ 51 III OWiG, § 145 a I StPO** – die Zustellung eines Bußgeldbescheids an einen Verteidiger, dessen Vollmacht sich nicht bei den Akten befindet, wirksam ist, wenn sich aus den Akten und dem dort dokumentierten Auftreten des Verteidigers ergibt, dass ihm schon **zum Zustellungszeitpunkt eine Verteidiger- und Zustellungsvollmacht rechtsgeschäftlich erteilt** worden war.

- I. Solange kein Bußgeldbescheid erlassen ist, beträgt die Frist der **Verfolgungsverjährung** bei einer Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG drei Monate und nach Erlass sechs Monate (§ 26 III StVG).

„Die dem Betroffenen vorgeworfene Ordnungswidrigkeit ist am 13.04.2012 begangen worden. Die ab diesem Zeitpunkt einsetzende Verjährungsfrist wurde gem. § 33 I 1 Nr. 1 OWiG durch die am 12.07.2012 verfügte Anordnung der Anhörung des Betroffenen erstmals und dann durch den Erlass des Bußgeldbescheids am 04.09.2012 gem. § 33 I 1 Nr. 9 OWiG erneut unterbrochen. Innerhalb der ab Erlass des Bußgeldbescheids laufenden (nunmehr sechs Monate betragenden) Frist ist das angefochtene Urteil ergangen.“ (OLG Braunschweig aaO)

- II. Fraglich ist, ob die an die Verteidigerin am 07.09.2012 erfolgte **Zustellung des Bußgeldbescheids wirksam** ist und die **Verjährung unterbrechen** konnte.

Der Wirksamkeit der Zustellung könnte entgegenstehen, dass eine **Verteidigervollmacht nicht zu den Akten gelangt** ist.

1. § 51 III OWiG – und regelungsgleich für das Strafverfahren § 145 a StPO – enthalten nur die Fiktion einer für und gegen den Betroffenen wirksamen Empfangsberechtigung des

gewählten oder beigeordneten Verteidigers, obgleich dieser als solcher nicht **rechtsgeschäftlicher Vertreter des Angekl.**, sondern nur dessen Beistand (§ 137 I 1 StPO) ist (BayObLG NJW 2004, 1263).

*„Als Folge dieser **gesetzlichen Fiktion** kommt es für die Wirksamkeit der Zustellung dann nicht darauf an, ob sich auf der zu den Akten gelangten Vollmachtsurkunde eine ausdrückliche Ermächtigung zur Entgegennahme von Zustellungen befindet, und es ist ebenso wenig möglich, diese Befugnis durch eine entsprechende – engere – Fassung der Verteidigervollmacht auszuschließen.*

*Einem Rechtsanwalt, der wirksam zum Verteidiger gewählt und für den Betroffenen tätig geworden ist, wird der Bußgeldbescheid auch dann wirksam zugestellt, wenn nur eine „**außergerichtliche Vollmacht**“ zu den Akten gelangt und dort eine **Zustellungs- bzw. Empfangsberechtigung ausgeschlossen** ist (sog. „**Verjährungsfalle**“; vgl. Göhler/Gürtler, OWiG, 16. Aufl., § 33 Rn 35; OLG Brandenburg BeckRS 2009, 26373; OLG Düsseldorf NJW 2008, 2727 = NStZ 2008, 534 = StraFo 2008, 332).“ (OLG Braunschweig aaO)*

2. Ob der vorliegende Fall ebenfalls als **bewusst herbeigeführte „Verjährungsfalle“** und damit rechtsmissbräuchliches Verhalten der Verteidigerin (vgl. dazu auch BGHSt 51, 88 = NJW 2006, 3579 = NStZ 2007, 49) zu bewerten ist und dies dann zur Folge hat, dass es auf eine zur Akte gelangte Verteidigervollmacht nicht mehr ankommt, kann aber dahinstehen, weil der Verteidigerin eine Zustellungsvollmacht jedenfalls rechtsgeschäftlich erteilt wurde.

- a) Die Regelung der § 145 a StPO, § 51 III OWiG schließt eine rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht keineswegs aus, sondern schafft nur daneben eine **zusätzliche – fingierte – Rechtsmacht zur Entgegennahme von Zustellungen durch einen Strafverteidiger**.

Auch einem Verteidiger kann aber – zusätzlich – **durch Rechtsgeschäft eine Zustellungsvollmacht erteilt** werden, was angesichts dessen, dass eine Zustellung auch an sonstige rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Dritte erfolgen könnte, sogar naheliegt (BayObLG NJW 2004, 1263). Diese bedarf dann **keiner besonderen Form** (§ 167 BGB), so dass sie bspw. **auch mündlich erteilt** werden kann (vgl. zur einem Verteidiger rechtsgeschäftlich erteilten Zustellungsvollmacht BGH NStZ 1997, 293; BayObLG aaO).

„Eine solche Vollmacht ist der Verteidigerin vorliegend erteilt worden. Danach hat der Betroffene „per Telefax und Telefon“ sie – also gerade nicht Rechtsanwältin H – als Verteidigerin beauftragt. Durch ein „Versehen der Mitarbeiter“ sei dem Betroffenen anschließend dann aber der Vordruck einer auf Frau Rechtsanwältin H lautenden Vollmacht übersandt worden.

*Dem entspricht auch das gesamte **aus den Akten ersichtliche Verhalten der Verteidigerin**: Sie – und nicht Rechtsanwältin H – hat sich zu den Akten als Verteidigerin gemeldet, hat um Akteneinsicht ersucht und diese erhalten, hat den Einspruch eingelegt, die Einstellung des Verfahrens beantragt, als Verteidigerin an der Hauptverhandlung teilgenommen, und nur sie hat die Rechtsbeschwerde eingelegt und begründet. Zudem hat Rechtsanwältin F den an sie zugestellten Bußgeldbescheid sowie das Urteil entgegengenommen. Daran, dass der Betroffene Rechtsanwältin F und – trotz des Wortlauts der zu den Akten gelangten Urkunde – gerade nicht Rechtsanwältin H als Verteidigerin gewählt hat, bestehen daher keine Zweifel.*

Die zu den Akten gelangte Vollmachtsurkunde, die ersichtlich das vorher „per Telefax und Telefon“ vereinbarte schriftlich dokumentieren sollte, hätte also – gerade so wie erteilt – eigentlich auf die Verteidigerin lauten sollen. Da die Urkunde eine Zustellungsbefugnis aber ausdrücklich enthält, hat die Verteidigerin diese Befugnis somit rechtsgeschäftlich eingeräumt bekommen. Darauf, dass eine auf sie lautende schriftliche Verteidigervollmacht nicht zu den Akten gelangt ist, kommt es somit zur Beurteilung der Verjährungsfrage nicht an.“ (OLG Braunschweig aaO)

- b) Das weitere Erfordernis, dass aus Gründen der **Rechtssicherheit** auch das Vorliegen einer rechtsgeschäftlich erteilten Zustellungsvollmacht in den Akten dokumentiert sein muss (vgl. BayObLG NJW 2004, 1263), ist ebenfalls erfüllt, weil sich die Ausführungen der Verteidigerin aus dem Protokoll der Hauptverhandlung vor dem AG ergeben.

„Zwar wurde kein Wortprotokoll geführt, sondern nur festgehalten, dass die Verteidigerin (im Zusammenhang mit den Erörterungen zur Verjährungsfrage) eine Erklärung abgegeben hat, jedoch wird der Inhalt dieser Erklärung dann im schriftlichen Urteil des AG im Einzelnen mitgeteilt. Da der Senat der Verteidigerin unter ausführlichem Hinweis auf die mögliche rechtliche Bedeutung der Erklärung vorab Gelegenheit gegeben hat, hierzu Stellung zu nehmen, und sie davon keinen Gebrauch gemacht hat, bestehen keine Zweifel daran, dass das AG die Erklärungen der Verteidigerin im schriftlichen Urteil zutreffend wiedergegeben hat.

*Danach lassen sich aus den Akten somit eindeutige **Anhaltspunkte für eine rechtsgeschäftlich erteilte Zustellungsvollmacht** entnehmen. Die am 07.09.2012 an die Verteidigerin erfolgte Zustellung des Bußgeldbescheids war daher wirksam und hat die Verjährung somit unterbrochen.“ (OLG Braunschweig aaO)*

Antragsfrist für Normenkontrolle
Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse
(BVerwG in LKV 2013, 417; Beschluss vom 22.07.2013 - 7 BN 1.13)

Jedenfalls für Normenkontrollanträge nach § 47 I Nr. 2 VwGO gilt die Antragsfrist von einem Jahr nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift auch dann, wenn der Ast. geltend macht, die Rechtsvorschrift sei erst nach ihrer Bekanntmachung infolge einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse rechtswidrig geworden.

Fall: Die Ast. wenden sich im Wege der Normenkontrolle gegen § 4 der Verordnung des Landkreises S. über die Entsorgung bestimmter pflanzlicher Gartenabfälle außerhalb von Abfallentsorgungsanlagen durch Verbrennen (GartAbfVO). Die Vorschrift lässt das Verbrennen von pflanzlichen Gartenabfällen in der Zeit vom 01.10. bis 30.11. und vom 01.02. bis 15.03. unter bestimmten Bedingungen zu. Die Ast. haben Gärten und unterfallen demgemäß den vorstehenden Regeln.

Die Vorschrift wurde am 01.03.2011 bekannt gemacht. Am 04.06.2012 wird beim OVG ein Normenkontrollantrag gestellt. Zugleich wird ausgeführt, dass der Antrag deshalb nicht verfristet sei, weil am 01.06.2012 das KrWG in Kraft getreten und die GartAbfVO hiermit nicht zu vereinbaren sei. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag wird nur dann Erfolg haben, wenn er überhaupt zulässig ist.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.

Hier wird um die Wirksamkeit einer kommunalen Abfallverordnung gestritten, die auf der Grundlage von kommunalrechtlichen Vorschriften ergangen und damit als öffentlich-rechtlich anzusehen ist. Da keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten (sog. Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit) ist die Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlich und damit der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen

Bedenken hinsichtlich des Vorliegens der allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen bestehen nicht, insbesondere ist nach § 47 I VwGO das OVG für die erstinstanzliche Entscheidung zuständig.

III. Statthaftigkeit des Antrags

Das Normenkontrollverfahren ist nach § 47 I Nr. 1 VwGO statthaft gegen Satzungen nach BauGB. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Gegen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften ist das Verfahren möglich, sofern das Landesrecht dies bestimmt. Für das Land Sachsen-Anhalt ist dies in § 10 AG VwGO LSA entsprechend vorgesehen, so dass der Normenkontrollantrag gegen die GartAbfVO statthaft ist.

IV. Antragsbefugnis, § 47 II 1 VwGO

Antragsbefugt ist jede natürliche oder juristische Person, die geltend machen kann aktuell oder **in absehbarer Zeit** in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein. Behörden hingegen sind ohne weiteres antragsbefugt. Hinsichtlich der Antragsbefugnis der Ast. bestehen, da diese unmittelbar von den Vorgaben der GartAbfVO betroffen sind, keine Bedenken.

V. Vorverfahren

Ein Vorverfahren findet nicht statt

VI. Frist, § 47 II 1 VwGO

Das Verfahren ist innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift einzuleiten. Hier wurde das Verfahren allerdings erst nach Ablauf dieser Frist eingeleitet.

Fraglich ist, ob insofern etwas Besonderes zu gelten hat, als dass die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Beurteilung der in der GartAbfVO getroffenen Regelungen sich durch

das am 01.06.2012 in Kraft getretene KrWG maßgeblich geändert haben. Dies könnte eine Modifizierung der Antragsfrist erforderlich machen. Diese Frage ist umstritten.

1. Auffassung in der Literatur

„In der Literatur wird allerdings verbreitet gefordert, das an die Bekanntmachung der Rechtsvorschrift anknüpfende **Fristerfordernis** des § 47 II 1 VwGO **nicht anzuwenden**, wenn mit dem Normenkontrollantrag geltend gemacht wird, eine Rechtsvorschrift sei erst **nach ihrer Bekanntmachung rechtswidrig geworden** (Gerhardt/Bier, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Bd. 1, Stand: August 2012, § 47 Rn. 38; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. [2010], § 47 Rn. 290; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. [2013], § 47 Rn. 85; Giesberts, in: Posser/Wolf, VwGO, 2008, § 47 Rn. 55).“ (BVerwG aaO)

2. Auffassung des BVerwG

Das BVerwG setzt sich in seiner Entscheidung mit der Frage auseinander, ob § 47 II 1 VwGO eine solche Auslegung zulässt.

a) Wortlautauslegung

Der Nichtanwendung der Antragsfrist in Fällen des Eintritts der Rechtswidrigkeit nach Bekanntmachung könnte schon der **Wortlaut** des § 47 II 1 VwGO entgegenstehen.

„Nach dieser Vorschrift kann der Antrag nur innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift gestellt werden; das gilt unabhängig davon, welche Gründe für die Unwirksamkeit der Rechtsvorschrift der Ast. geltend macht.“ (BVerwG aaO)

Es steht daher bereits der Wortlaut des § 47 II 1 VwGO der Auffassung der Literatur entgegen.

b) historische Auslegung / Entstehungsgeschichte

Allerdings könnten sich aus den **Gesetzgebungsmaterialien** Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung des Fristerfordernisses ergeben.

„Ursprünglich waren **Normenkontrollanträge unbefristet** zulässig. Durch das 6. VwGOÄndG vom 01.11.1996 (BGBl, 1626) wurde zunächst eine **Frist von zwei Jahren** ab Bekanntmachung der Rechtsvorschrift eingeführt; durch das Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21.12.2006 (BGBl I, 3316) wurde diese **Frist auf ein Jahr verkürzt**.

Zur **Begründung** wurde ausgeführt, ohne Fristbindung sei es möglich, dass **Normen, die bereits lange praktiziert würden** und auf deren Rechtsgültigkeit sowohl die Behörden als auch die Bürger vertraut hätten, **als Rechtsgrundlage** für nicht bestandskräftige Entscheidungen **entfielen**; dies könne zu erheblichen **Beeinträchtigungen der Rechtssicherheit** führen (BT-Dr 13/3993, S. 10; 16/2496, S. 17 f.). Zur hier in Rede stehenden Fallgruppe verhalten sich die Gesetzgebungsmaterialien nicht. Die Einführung der Antragsfrist und ihre nachfolgende Verkürzung zeigen jedoch, dass eine **Prinzipale Normenkontrolle** nach der Vorstellung des Gesetzgebers **nur in engem zeitlichen Zusammenhang** mit dem Erlass der Rechtsvorschrift zulässig sein soll. Im Übrigen soll es bei den außerhalb von § 47 VwGO gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten und der in diesen Verfahren gegebenen Befugnis der Verwaltungsgerichte bleiben, die **Rechtsvorschrift inzident** auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht **zu prüfen** (vgl. BT-Dr 13/3993, S. 10).“ (BVerwG aaO)

Auch vor dem Hintergrund der Gesetzesentstehung ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Nichtanwendung der Frist in Fällen wie dem vorliegenden.

c) teleologische Auslegung

Es könnte sich aber aus dem **Sinn und Zweck** einer Normenkontrolle gegen Rechtsnormen unter dem Landesrecht (§ 47 I Nr. 2 VwGO) ergeben, das Normenkontrollverfahren bei Änderungen der Rechtslage auch nach Ablauf der Antragsfrist zu ermöglichen.

„Das Fristerfordernis führt zwar dazu, dass ein **nachträgliches Rechtswidrigwerden einer Rechtsnorm** mit einem Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO in aller Regel **nicht geltend gemacht** werden kann. Insoweit kann die Normenkontrolle ihren Zweck, die **Verfahrensökonomie** und den Rechtsschutz des Einzelnen zu verbessern (BT-Dr 3/1094, S. 6), nicht erreichen. Eine Notwendigkeit, die Normenkontrolle in diesen Fällen unbefristet oder innerhalb einer im Wege richterlicher Rechtsfortbildung festzulegenden Frist zuzulassen, ergibt sich hieraus jedoch nicht.“ (BVerwG aaO)

Auch Sinn und Zweck der Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 2 VwGO rechtfertigen es nicht, das Fristerfordernis des § 47 II VwGO auf Anträge, mit denen eine nachträg-

lich eingetretene Rechtswidrigkeit der Rechtsvorschrift geltend gemacht wird, nicht anzuwenden.

d) verfassungskonforme Auslegung

Sollte die uneingeschränkte Anwendung der Frist auf untergesetzliche Normen nach § 47 I Nr. 2 VwGO gegen die Verfassung verstoßen, so könnte die Auffassung der Literatur sich im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung als zutreffend erweisen.

aa) Meinungsstand bei § 47 I Nr. 1 VwGO

Hilfreich kann insofern ein Vergleich mit dem Stand der Diskussion Normenkontrollklage gegen Städtebaurecht nach § 47 I Nr. 1 VwGO sein.

„Jedenfalls für Normenkontrollanträge nach § 47 I Nr. 2 VwGO gilt die Antragsfrist von einem Jahr nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift auch dann, wenn der Ast. geltend macht, die Rechtsvorschrift sei erst nach ihrer Bekanntmachung infolge einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse rechtswidrig geworden (so auch VGH Mannheim, Ur. v. 17.10.2002 – 1 S 2114/99, juris, Rn. 53 f.; Redeker, in: Redeker/v. Oertzen, VwGO, 15. Aufl. [2010], § 47 Rn. 26).

*Die in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum **umstrittene Frage**, welche Bedeutung dem Fristfordernis im Fall von Normenkontrollanträgen nach § 47 I Nr. 1 VwGO zukommt, wenn die **Feststellung eingetretener Funktionslosigkeit** eines Bebauungsplans beantragt wird, braucht im vorliegenden Verfahren nicht entschieden zu werden (offen gelassen auch im Urteil des BVerwG vom 03.12.1998 – 4 CN 3.97, BVerwGE 108, 71 [75] = Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 128 S. 121, und im Beschluss des BVerfG v. 15.09.2011 – 1 BvR 2232/10, NVwZ 2012, 429 Rn. 51). Die hier in Streit stehende **GartAbfVO ist** – wie dargelegt – **nicht funktionslos** geworden. Es geht auch nicht um einen Normenkontrollantrag nach § 47 I Nr. 1 VwGO“ (BVerwG aaO)*

bb) Situation bei § 47 I Nr. 2 VwGO

Außerhalb des Städtebaurechts überlässt § 47 VwGO den **Ländern die Entscheidung**, ob die Normenkontrolle gegen im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften eröffnet werden soll oder nicht (§ 47 I Nr. 2 VwGO).

*„Ein **lückenloser Rechtsschutz im Wege der Prinzipalen Normenkontrolle** wird insoweit **nicht gewährleistet**. Würden Normenkontrollanträge in Ländern, die die Normenkontrolle eröffnet haben, in der hier in Rede stehenden Konstellation ohne Einhaltung einer Frist zugelassen, würde dies dem **Ziel des Bundesgesetzgebers widersprechen**, die Zulässigkeit von Normenkontrollen im Interesse der Rechtssicherheit zeitlich zu beschränken. Die durch die Nichtanwendung der Antragsfrist des § 47 II VwGO entstehende Lücke könnte auch im Wege der Rechtsfortbildung nicht ohne Weiteres geschlossen werden. Insbesondere bei einer **Änderung der tatsächlichen Verhältnisse** ist unklar, **durch welches Ereignis** die Frist (erneut) in Lauf gesetzt werden sollte. Aber auch bei einer **Rechtsänderung** kommen unter Umständen **verschiedene Anknüpfungspunkte** in Betracht. Im Übrigen müsste nicht nur die Frist, sondern auch der Prüfungsmaßstab modifiziert werden. Denn wenn ein Normenkontrollantrag, mit dem ein nachträgliches Rechtswidrigwerden einer Rechtsvorschrift geltend gemacht wird, zu einer Vollüberprüfung der Rechtsvorschrift einschließlich ihrer ursprünglichen Wirksamkeit führen würde, würde das **Fristfordernis des § 47 I VwGO umgangen**.“ (BVerwG aaO)*

Jedenfalls im Anwendungsbereich des **§ 47 I Nr. 2 VwGO** ist für eine solche **Rechtsfortbildung kein Raum**.

*„Die praktischen Schwierigkeiten, mit denen sich die Ast. bei der gerichtlichen Durchsetzung eines Anspruchs auf behördliches Einschreiten gegen das Verbrennen von Gartenabfällen konfrontiert sehen, würden unabhängig von der hier in Rede stehenden Fristproblematik auch in den **Bundesländern** bestehen, die die **Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 2 VwGO nicht zugelassen** haben.“ (BVerwG aaO)*

3. Ergebnis

Eine Abweichung von der Ausschlussfrist des § 47 II 1 VwGO ist nicht geboten. Die Vereinbarkeit der GartAbfVO mit dem neuen KrWG kann im Rahmen der den Ast. eröffneten indirekten Rechtsschutzmöglichkeiten überprüft werden. Der Antrag ist unzulässig. .

VwGO Anordnung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens VwGO
§ 113 I 4 Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Fahrerlaubnis

(BVerwG in NZV 2013, 462, Urteil vom 21.03.2013 - 3 C 6/12)

1. Ein beabsichtigter **Schadensersatzprozess** begründet nur dann ein besonderes Feststellungsinteresse, wenn er **nicht offensichtlich aussichtslos** ist.
2. Es wird als Regel angenommen, dass einen Beamten kein Verschulden trifft, wenn ein mit mehreren Berufsrichtern besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat (sog. „**Kollegialgerichts-Richtlinie**“).
3. Eine **Wiederholungsgefahr** setzt voraus, dass auch in Zukunft die gleichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bestehen wie in dem für die Beurteilung der erledigten Maßnahme maßgeblichen Zeitpunkt.
4. Hat die Fahrerlaubnisbehörde für die Erteilung einer Fahrerlaubnis die Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens gefordert und die Erteilung wegen Nichtvorlage des Gutachtens abgelehnt, kann sich der Betroffene nur dann auf ein **Rehabilitationsinteresse** berufen, wenn die Beibringungsanordnung **wegen besonderer Umstände des Einzelfalls eine diskriminierende Wirkung** hat.

Fall: Der Kl. beantragt die Feststellung, dass der Bekl. verpflichtet war, ihm die beantragte Fahrerlaubnis ohne die vorherige Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens zu erteilen.

Im Mai 2005 wurde der Kl. wegen einer Trunkenheitsfahrt mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,32 Promille rechtskräftig verurteilt; ihm wurde die Fahrerlaubnis entzogen. Im Januar 2006 wurde dem Kl. erneut eine Fahrerlaubnis erteilt. Im September desselben Jahres erhielt die Fahrerlaubnisbehörde von der Polizei die Mitteilung, dass der Kl. Cannabis konsumiere. In dem ärztlichen Gutachten, das der Kl. auf Anforderung der Fahrerlaubnisbehörde im Februar 2007 vorlegte, wird gelegentlicher Cannabiskonsum festgestellt und das Vorliegen von Betäubungsmittelabhängigkeit verneint; allerdings lägen Hinweise auf zeitweisen Alkoholmissbrauch vor. Auf Grund dessen forderte die Fahrerlaubnisbehörde den Kl. auf, ein medizinischpsychologisches Fahreignungsgutachten beizubringen. Nachdem der Kl. dieser Aufforderung nicht nachkam, entzog ihm die Fahrerlaubnisbehörde auf der Grundlage von § 11 VIII der Fahrerlaubnis-Verordnung (FeV) mit bestandskräftigem Bescheid vom 22.01.2008 die Fahrerlaubnis.

Im März 2008 beantragte der Kl. deren Neuerteilung. Die Fahrerlaubnisbehörde forderte ihn unter Hinweis auf § 13 S. 1 Nr. 2 lit. a FeV wieder zur Vorlage eines medizinisch-psychologischen Gutachtens auf. Dieses Gutachten ließ der Kl. zwar erstellen, legte es aber wiederum nicht vor. Mit Bescheid vom 18.09.2008 lehnte die Behörde seinen Antrag gestützt auf § 11 VIII FeV mit der Begründung ab, er habe ein Fahreignungsgutachten nicht beigebracht; dessen Vorlage sei im Hinblick auf seine Trunkenheitsfahrt, die Hinweise auf Alkoholmissbrauch im ärztlichen Gutachten und die vorangegangene Fahrerlaubnisentziehung zu Recht gefordert worden. Hiergegen erhob der Kl. Verpflichtungsklage.

Die vom Kl. hiergegen erhobene Verpflichtungsklage hat das VG abgewiesen. Mit der Berufung hat der Kl. seinen Neuerteilungsantrag zunächst weiterverfolgt. Im November 2010 hat er von der Fahrerlaubnisbehörde die beantragte Fahrerlaubnis erhalten, nachdem er ihr ein positives medizinisch-psychologisches Gutachten vorgelegt hatte. Der Kl. hat daraufhin die Fortführung des Verfahrens als Fortsetzungsfeststellungsklage beantragt. Sein Feststellungsinteresse ergebe sich aus der von ihm beabsichtigten Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, außerdem bestehe Wiederholungsgefahr. Wird er hiermit Erfolg haben?

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

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier ist maßgeblich die Fahrerlaubnisverordnung. Hierbei handelt es sich um ein Regelwerk, das eine Behörde berechtigt und verpflichtet, so dass nach der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Da keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten (sog. Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit) ist die Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlich und damit der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. statthafte Klageart

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist nach § 113 I 4 VwGO statthaft, wenn sich ein Verwaltungsakt, der mit der Anfechtungsklage angegriffen wird, während des Klageverfahrens erledigt. Vorliegend wurde jedoch eine Verpflichtungsklage erhoben. In einem solchen Fall ist jedoch, wenn sich das Begehren auf Erlass eines Verwaltungsaktes während der Klageverfahrens erledigt, die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO statthaft. Insofern ist eine Umstellung des Klageantrags stets möglich.

III. Vorliegen der besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen der ursprünglich erhobenen Verpflichtungsklage

Da eine bei ihrer Einlegung unzulässige Verpflichtungsklage nicht durch den Eintritt eines erledigenden Ereignisses in eine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage umgestellt werden kann, kommt es bei einer Erledigung – wie hier – nach Klageerhebung darauf an, ob die ursprünglich erhobene Klage zulässig war. Hiervon kann nach den Vorgaben des Falles ausgegangen werden.

IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Allerdings ist die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage darüber hinaus noch davon abhängig, ob der Kl. ein besondere Interesse daran hat, trotz des Eintritts der Erledigung noch das Verwaltungsgericht mit der Angelegenheit zu befassen und die Feststellung zu begehren, dass die Ablehnung der Fahrerlaubniserteilung rechtswidrig war.

„Der nun gestellte Feststellungsantrag ist nach § 113 I 4 VwGO, der auf die Fälle eines erledigten Verpflichtungsbegehrens entsprechend anwendbar ist (st. Rspr.; vgl. u.a. BVerwGE 106, 295 [296] = NVwZ 1998, 1295 = NJW 1999, 305L m.w.N.), nur dann zulässig, wenn der Kl. ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung hat.

*Ein solches Interesse kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Natur sein. Entscheidend ist, dass die gerichtliche Entscheidung geeignet ist, die Position des Kl. in den genannten Bereichen zu verbessern (st. Rspr.; vgl. u.a. BVerwGE 53, 134 [137]). Für die Beurteilung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses als Sachentscheidungsvoraussetzung kommt es nicht auf den Zeitpunkt des Eintritts der Erledigung, sondern im Regelfall auf den **Schluss der letzten mündlichen Verhandlung** oder bei einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung auf den Entscheidungszeitpunkt an (BVerwGE 106, 295 [299] = NVwZ 1998, 1295 = NJW 1999, 305 L).“ (BVerwG aaO)*

Ein solches besonderes Interesse besteht nur, wenn ein Rehabilitationsinteresse anzunehmen ist oder eine Wiederholungsgefahr besteht. Darüber hinaus kann unter weiteren Voraussetzungen auch die Vorbereitung einer Schadensersatzklage zu einem berechtigten Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes führen.

1. Vorbereitung einer Schadensersatzklage

Ein berechtigtes Interesse i. S. von § 113 I 4 VwGO könnte der Kl. daraus herleiten, dass er – wie er beim Übergang auf den Feststellungsantrag vorgetragen hatte – einen Schadensersatzanspruch wegen der u.a. für die Begutachtung entstandenen Kosten geltend machen will. Allerdings reicht das bloße Bekunden an der Absicht der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches nicht aus. Der Kläger muss vielmehr zum einen im laufenden Prozess schon etwas erreicht haben, da er nicht um die **Früchte des bereits geführten Prozesses** gebracht werden darf. Zum anderen darf ein entsprechendes **Schadensersatzbegehren nicht von vornherein aussichtslos** erscheinen.

*„Ein möglicher Amtshaftungsanspruch würde schon daran scheitern, dass das VG in Kammerbesetzung – und damit ein Kollegialgericht – die Aufforderung des Kl. zur Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens für rechtmäßig gehalten hat. Damit kann der Kl. das Vorliegen einer schuldhaften Amtspflichtverletzung nicht dartun, der **beabsichtigte Zivilprozess wäre offensichtlich aussichtslos**. Sowohl vom BVerwG (st. Rspr.; vgl. u.a. BVerwG, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 17 = NVwZ 2004, 104, und BVerwG, Buchholz 310 § 161 VwGO Nr. 113 = NVwZ 1999, 404) als auch von den für die Durchführung von Amtshaftungsprozessen zuständigen Zivilgerichten (vgl. etwa BGH, NVwZ-RR 2003, 166 = NZV 2003, 125) wird als Regel angenommen, dass einen Beamten **kein Verschulden** trifft, wenn ein mit **mehreren Berufsrichtern besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen** hat (sog. „Kollegialgerichts-Richtlinie“). Dass es sich hier um ein erstinstanzliches Gericht handelt und dessen Entscheidung im Berufungsverfahren keinen Bestand hatte, ist für die schuld ausschließende Wirkung der Kollegialentscheidung unerheblich (st. Rspr.; vgl. u.a. BVerwG, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 17*

=NVwZ 2004, 104 Rn. 9 m.w.N.). Sonstige, verschuldensunabhängige Schadensersatzansprüche des Kl. sind nicht ersichtlich.“ (BVerwG aaO)

2. Wiederholungsgefahr

Ein besonderes Feststellungsinteresse kann sich auch aus einer Wiederholungsgefahr ergeben.

„Sie setzte voraus, dass auch **in Zukunft die gleichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bestehen** wie in dem für die Beurteilung der erledigten Maßnahme maßgeblichen Zeitpunkt (st. Rspr.; vgl. u.a. BVerwG, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 8 Rn. 15 = NVwZ 2000, 574 = NJW 2000, 3297 L m.w.N.). Eine solche **unverändert fortbestehende Sachlage gibt es hier nicht**. Nachdem der Kl. die begehrte Fahrerlaubnis erhalten hat, ist die erneute Aufforderung zur Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens nicht zu erwarten, es sei denn, es sollten sich neue Anhaltspunkte für einen Eignungsmangel ergeben.“ (BVerwG aaO)

3. Rehabilitationsinteresse

Allerdings könnte ein Rehabilitationsinteresse bestehen, dies setzt voraus, dass von dem erledigten Verwaltungsakt weiterhin diskriminierende Wirkungen ausgehen. Fraglich ist, ob dies bei der Anordnung einer der Vorlage eines medizinisch-psychologischen Gutachtens angenommen werden kann.

a) Prüfungsmaßstab

Zunächst kommt es darauf an, nach welchen Maßstäben das Vorliegen einer diskriminierenden Wirkung zu bewerten ist.

„Das Verlangen nach Rehabilitierung begründet nach ständiger Rechtsprechung ein Feststellungsinteresse nur dann, wenn es **bei vernünftiger Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalls als schutzwürdig** anzuerkennen ist. Dafür reicht es nicht aus, dass der Betroffene die von ihm beanstandete Maßnahme als diskriminierend empfunden hat. Maßgebend ist vielmehr, ob bei objektiver und vernünftiger Betrachtungsweise **abträgliche Nachwirkungen der Maßnahme fortbestehen**, denen durch eine gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns wirksam begegnet werden könnte (BVerwG, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 8 = NVwZ 2000, 574 = NJW 2000, 3297 L Rn. 16f.).“ (BVerwG aaO)

b) Diskriminierende Wirkung wegen Ablehnung nach § 11 VIII FeV

Nach § 11 VIII FeV darf die Fahrerlaubnisbehörde bei ihrer Entscheidung auf die Nichteignung des Betroffenen schließen, wenn dieser sich weigert, sich untersuchen zu lassen, oder er der Fahrerlaubnisbehörde das von ihr geforderte Gutachten nicht fristgerecht beibringt. Erfolgt dann auf dieser Grundlage eine Ablehnung, könnte dies diskriminierende Wirkung haben.

„Voraussetzung für eine solche Ablehnung ist lediglich, dass ein zu Recht angefordertes **Fahreignungsgutachten nicht beigebracht** wurde. Die Prüfung des Vorliegens einer rehabilitierungsbedürftigen Diskriminierung verlagert sich damit im Wesentlichen auf die **Gründe**, auf Grund derer die Behörde vom Betroffenen die **Beibringung eines Fahreignungsgutachtens** fordert. Dabei ist insbesondere in den Blick zu nehmen, auf welche gesundheitlichen oder sonstigen fahreignungsrelevanten Mängel sich die Fahrerlaubnisbehörde dabei berufen hat und in welcher Art und Weise sowie in welcher Form das geschehen ist. Für die zu klärende Frage einer fortdauernden Beeinträchtigung des Betroffenen in seinen Persönlichkeitsrechten sowie eines daraus resultierenden Rehabilitationsinteresses ist noch **nicht zu prüfen**, ob mit den von der Fahrerlaubnisbehörde für das Vorliegen von Eignungszweifeln aufgeführten Umständen auch die **rechtlichen Voraussetzungen für eine Gutachtensanforderung erfüllt** werden. Das ist, falls ein Rehabilitationsinteresse anzuerkennen ist, dann erst eine Frage der **Begründetheit des Feststellungsantrags**.“ (BVerwG aaO)

Eine diskriminierende Wirkung ergibt sich daher regelmäßig nicht allein aus dem Umstand, dass ein Antrag auf Fahrerlaubniserteilung auf der Grundlage von § 11 VIII FeV abgelehnt wurde.

„Im Fall des Kl. waren nach der Einschätzung der Fahrerlaubnisbehörde **Eignungszweifel wegen** eines bei ihm möglicherweise vorliegenden **Alkoholmissbrauchs** abzuklären. Dieser Begriff ist, wie Nr. 8.1 der Anlage 4 zur Fahrerlaubnis-Verordnung (Eignung und bedingte Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen) zu entnehmen ist, im Zusammenhang mit § 13 S. 1 Nr. 2 FeV dahingehend zu verstehen, dass das **Führen von Fahrzeugen** und ein die Fahrsicherheit beeinträchtigender **Alkoholkonsum nicht hinreichend sicher getrennt** werden können. Übermäßiger Alkoholgenuß ohne Bezug zum Führen von Fahrzeugen im Straßenverkehr genügt somit für die Annahme von Alkoholmissbrauch noch nicht.

Die **Behauptung, beim Kl. liege Alkoholmissbrauch vor**, hat die Fahrerlaubnisbehörde **weder bei der Anforderung des Gutachtens noch in ihrem die Erteilung der Fahrerlaubnis ablehnenden Bescheid aufgestellt**. Sie hat im Ablehnungsbescheid lediglich die Umstände aufgezählt, aus denen sich aus ihrer Sicht **Zweifel an der Fahreignung** des Kl. im Hinblick auf den Eignungsmangel des Alkoholmissbrauchs ergeben. Aufgeführt werden in diesem Zusammenhang seine **Trunkenheitsfahrt vom 30.01.2005 mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,32 Promille**, das ärztliche Gutachten vom 26.01.2007, in dem die Gutachterin zu dem Ergebnis kommt, dass ein Hinweis auf zumindest passageren Missbrauch von Alkohol vorliege, der Umstand, dass der Kl. bereits einmal ein wegen des Verdachts auf Alkoholmissbrauch angefordertes Gutachten nicht vorgelegt habe sowie schließlich die Angabe des Kl. bei der Erstellung des genannten ärztlichen Gutachtens, er habe **zeitweise Alkohol und Cannabis gleichzeitig konsumiert**. Ob danach die Legaldefinition des Alkoholmissbrauchs erfüllt sei, sei – so der Bescheid weiter – durch Vorlage eines medizinisch-psychologischen Gutachtens zu klären. Die bloße Benennung der zu dieser Schlussfolgerung führenden Tatsachen lässt schon deswegen **keinen unzulässigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht** des Kl. erkennen, weil sie unstrittig sind.

Eine rehabilitationsbedürftige Diskriminierung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Fahrerlaubnisbehörde aus einer **Zusammenschau dieser Tatsachen** Eignungszweifel im Hinblick auf einen möglicherweise vorliegenden Alkoholmissbrauch herleitet; denn dieser Schluss liegt keineswegs so fern, dass er den Verdacht auf eine unsachgemäße oder gar willkürliche, die persönlichen Belange des Kl. missachtende Sachbehandlung begründen könnte. Auch im Ton ist der Bescheid nicht etwa beleidigend, sondern sachlich gehalten. Davon, dass der Kl. „ein Säufer“ sei, ist – entgegen seiner Revisionserwiderung – im angegriffenen Bescheid und ebenso in der Aufforderung zur Beibringung des Fahreignungsgutachtens weder ausdrücklich noch sinngemäß die Rede.“ (BVerwG aaO)

c) Herabsetzung des Klägers in der Öffentlichkeit

Ein Rehabilitationsinteresse liegt aber auch dann vor, wenn die Anforderung des Fahreignungsgutachtens und der auf dessen Nichtvorlage gestützten Ablehnungsbescheid die Gefahr einer Herabsetzung des Kl. in der Öffentlichkeit besteht mit sich bringt (vgl. zu diesem Aspekt BVerwG, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 8 = NVwZ 2000, 574 = NJW 2000, 3297 L Rn. 18).

„**Adressat der Beibringungsanordnung und des Ablehnungsbescheids mit den dort geäußerten Eignungszweifeln war allein der Kl.** Es fehlt an einer auf die Fahrerlaubnisbehörde zurückgehenden **Bekanntgabe oder Verbreitung des Verdachts** des Alkoholmissbrauchs, die zu einer Ausgrenzung des Kl. in der Öffentlichkeit führen könnte. Dem kann der Kl. nicht entgegenhalten, es sei nach außen aber erkennbar gewesen, dass er über eine längere Zeit keine Fahrerlaubnis mehr gehabt habe. Dieser Umstand ist in erster Linie auf die dem Ablehnungsbescheid vorangegangene Fahrerlaubnisentziehung zurückzuführen, die der Kl. bestandskräftig werden ließ.“ (BVerwG aaO)

Mangels Öffentlichkeitswirkung der Entscheidung kann auch auf diesen Aspekt ein Rehabilitationsinteresse nicht gestützt werden.

4. Ergebnis

Es besteht kein besonderes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der zuvor erfolgten, aber zwischenzeitlich erledigten Ablehnung der Neuerteilung der Fahrerlaubnis. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist daher schon unzulässig.

Kurzauslese II

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

ZPO **ZPO**
Bestimmender Schriftsatz
 §§ 130, 130a Erfordernis einer qualifizierten elektronischen Signatur
 (BAG DB 2013, 2400 = NZA 2013, 983; Beschluss vom 11.07.2013 – 2 AZB 6/13)

Ein **bestimmender Schriftsatz** kann auch ohne qualifizierte elektronische Signatur formgerecht per E-Mail an das zuständige Gericht übermittelt werden. Die Rechtsmittelfrist ist aber nur dann gewahrt, wenn er dem zuständigen Gericht – mit der in Kopie wiedergegebenen Unterschrift des Prozessbevollmächtigten versehen – noch innerhalb der Frist in ausgedruckter Form vorliegt.

„Eine E-Mail ist ein **elektronisches Dokument**, das aus der in einer elektronischen Datei enthaltenen Datenfolge besteht. Ein solches wahrt nicht die in § 130 ZPO vorausgesetzte Schriftform für vorbereitende und bestimmende Schriftsätze (BGH NJW-RR 2009, 357; BGH NJW 2008, 2649).

Die Berufungsschrift genügt mangels einer qualifizierten elektronischen Signatur auch nicht den Anforderungen des § 130 a I 2 ZPO. Diese Vorschrift enthält für bestimmende Schriftsätze nicht nur eine Ordnungsvorschrift (BGHZ 184, 75 = NJW 2010, 2134).

Zwar kann ein bestimmender Schriftsatz auch ohne qualifizierte elektronische Signatur formgerecht per E-Mail übermittelt werden. Auf diese Weise wahrt der Schriftsatz aber nur dann die Rechtsmittelfrist, wenn er dem zuständigen Gericht – mit der in Kopie wiedergegebenen Unterschrift des Prozessbevollmächtigten versehen – noch innerhalb der Frist in ausgedruckter Form vorliegt (BGH NJW-RR 2009, 357; BGH NJW 2008, 2649).“ (BAG aaO)

ZPO **ZPO**
Richterliche Hinweispflicht
 § 139 I Anforderungen
 (BGH BB 2013, 2689; Urteil vom 18.04.2013 – I ZR 66/12)

Ein **richterlicher Hinweis** erfüllt nur dann seinen Zweck, Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Irrtümer auszuräumen, wenn er **rechtzeitig erteilt** wird und **gezielt den fehlenden Sachvortrag anspricht**, den das Gericht als entscheidungserheblich ansieht.

„Das **Gericht erfüllt seine Hinweispflicht** gem. § 139 I ZPO **nicht**, wenn es vor der mündlichen Verhandlung **lediglich allgemeine und pauschale Hinweise** erteilt. Es muss die Parteien vielmehr **auf den fehlenden Sachvortrag**, den es als entscheidungserheblich ansieht, **unmissverständlich hinweisen** und ihnen die **Möglichkeit eröffnen**, ihren **Vortrag sachdienlich zu ergänzen** (BGHZ 140, 365; BGH NJW 2002, 3317; BGH NJW 2005, 2624; MüKo-ZPO/Wagner, 4. Aufl., § 139 Rn 20; Prütting/Gehrlein, ZPO, 4. Aufl., § 139 Rn 8). Ein richterlicher Hinweis erfüllt nur dann seinen Zweck, Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Irrtümer auszuräumen, wenn er **gezielt und konkret den einzelnen Mangel anspricht**.

Diesen Anforderungen wird der gerichtliche Hinweis nicht gerecht (wird ausgeführt). Diesem allgemein gehaltenen Hinweis konnte die Bekl. nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit entnehmen, welche Angaben nach Ansicht des Gerichts noch fehlten.“ (BGH aaO)

ZPO **ZPO**
Urkundenbeweis
 § 355 I Protokollierte Zeugenaussagen
 (BGH MDR 2013, 1184 = ZfBR 2013, 766; Urteil vom 12.07.2013 – V ZR 85/12)

Das **Gericht darf** die in einem anderen Verfahren **protokollierten Aussagen der benannten Zeugen** im Wege des **Urkundenbeweises verwerten**. Es muss die Zeugen aber dann selbst vernehmen, wenn eine Partei dies beantragt.

„Die Verwertung der Niederschrift einer Zeugenaussage aus einem anderen Verfahren im Wege des Urkundenbeweises ist zwar grds. zulässig (BGHZ 7, 116; BGH NJW-RR 1992, 1214). Sie **setzt die Zustimmung der Parteien nicht voraus** (BGH VersR 1983, 667). Auch der Widerspruch einer Partei gegen die Verwertung einer protokollierten Aussage steht deren Auswertung im Wege des Urkundenbeweises nicht entgegen (BGH VersR 1970, 322).

Unzulässig wird die Verwertung der früheren Aussagen der benannten Zeugen im Wege des Urkundenbeweises anstelle von deren Vernehmung im anhängigen Verfahren aber dann, wenn eine Partei zum Zwecke des **unmittelbaren Beweises** die Vernehmung dieses Zeugen beantragt (BGHZ 7, 116; BGH NJW-RR 1992, 1214; BGH VersR 1995, 1370; BGH NJW 2000, 1420). Die Parteien haben nach §§ 355, 373 ZPO einen gesetzlichen Anspruch auf eine mit den Garantien des Zeugenbeweises ausgestattete Vernehmung (BGHZ 7, 116). Diesen Anspruch macht das Gesetz wegen der **offenkundigen Schwächen der urkundenbeweislichen Verwertung von Zeugenaussagen** – fehlender persönlicher Eindruck von den Zeugen, fehlende Möglichkeit, Fragen zu stellen und Vorhalte zu machen, fehlende Möglichkeit der Gegenüberstellung (BGH NJW 2000, 1420) – nicht von der näheren Darlegung von Gründen abhängig.“ (BGH aaO)

ZPO
§§ 39, 504

Verweisung eines Rechtsstreits
Bindungswirkung trotz fehlender Belehrung

BGB

(BGH MDR 2013, 1304; Beschluss vom 27.08.2013 – X ARZ 425/13)

Die **antragsgemäße Verweisung des Rechtsstreits** durch das örtlich unzuständige Amtsgericht **vor Eintritt in die mündliche Verhandlung zur Hauptsache** ist auch dann bindend, wenn der **Bekl. nicht nach § 504 ZPO belehrt** worden ist.

„Der Senat hat bereits entschieden, dass eine Verweisung des Rechtsstreits wegen örtlicher Unzuständigkeit auch dann bindend ist, wenn der Bekl. zwar erklärt hat, er werde die örtliche Unzuständigkeit in der mündlichen Verhandlung nicht rügen, **auf die Zuständigkeitsrüge aber nicht verzichtet** (BGH NJW-RR 2013, 764). Er hat ferner entschieden, dass sich eine abweichende Beurteilung auch nicht aus § 504 und § 39 S. 2 ZPO ergibt, weil die Regelung in § 39 S. 1 ZPO auf der Erwägung beruht, dass es nicht hinnehmbar wäre, wenn sich der Bekl. in Kenntnis der Unzuständigkeit auf eine Verhandlung vor dem an sich unzuständigen Gericht einlassen und in einem späteren Stadium des Prozesses noch die Rüge der Unzuständigkeit erheben könnte, der Regelung aber nicht entnommen werden kann, dass das Gericht dem Bekl. auch dann stets die Möglichkeit einräumen muss, die **Zuständigkeit durch rügeloses Verhandeln zur Hauptsache zu begründen**, wenn der Kl. schon vor der mündlichen Verhandlung die Verweisung an das zuständige Gericht beantragt.

Bei Anlegung dieses rechtlichen Maßstabes kommt auch dem hier zu beurteilenden Verweisungsbeschluss die im Gesetz vorgesehene Bindungswirkung zu: Nach § 504 ZPO hat das AG den Bekl. **vor der Verhandlung zur Hauptsache auf seine fehlende Zuständigkeit und die Folgen einer rügelosen Einlassung zur Hauptsache hinzuweisen**. In die Verhandlung zur Hauptsache ist das AG jedoch nicht eingetreten, weil es das AG K. als aufgrund einer von den Parteien getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung ausschließlich zuständig angesehen hat, die Kl. die Verweisung an dieses Gericht beantragt hat und der anwaltlich vertretene Bekl. von der Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, durch einen Verzicht auf die Zuständigkeitsrüge die Zuständigkeit seines von der Kl. angerufenen Wohnsitzgerichts zu begründen. **Mangels einer gesetzlich vorgeschriebenen Belehrung des Bekl. über diese Möglichkeit** hat das AG damit weder den Anspruch des Bekl. auf rechtliches Gehör verletzt noch willkürlich entschieden.“ (BGH aaO)

ZPO
§§ 525 S.1, 296a S.1

Berücksichtigung neuen Vorbringens
Nachgereichter Schriftsatz

ZPO

(BGH ZAP 2013, 978; Beschluss vom 04.07.2013 – V ZR 151/12)

Weist das **Berufungsgericht** den Berufungsbeklagten **erstmalig im Termin darauf hin, dass es in einem entscheidungserheblichen Punkt die Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts nicht teilt**, so muss es das **entsprechende neue Vorbringen des Berufungsbeklagten in einem nachgereichten Schriftsatz berücksichtigen** und ggf. die **mündliche Verhandlung wiedereröffnen**.

„Die in Art. 103 I GG normierte Gewährleistung stellt eine **Ausprägung des Rechtsstaatsgedankens** für das gerichtliche Verfahren dar (BVerfGE 55, 72). Rechtliche Hinweise müssen danach unter Berücksichtigung der Parteien in ihrer konkreten Situation so erteilt werden, dass es den Parteien auch tatsächlich möglich ist, Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis zu nehmen, sie also nicht gehindert sind, rechtzeitig ihren Sachvortrag zu ergänzen (BVerfGE 84, 188; BVerfGE 86, 133). Dem Inhalt des **Verfahrensgrundrechts** entnimmt der BGH daher in st. Rspr., dass eine in erster Instanz siegreiche Partei darauf vertrauen darf, von dem Berufungsgericht rechtzeitig einen Hinweis zu erhalten, wenn dieses in einem entscheidungserheblichen Punkt der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will und auf Grund seiner abweichenden Ansicht eine Ergänzung des Vorbringens oder einen Beweisbeitrag für erforderlich hält (BGH NJW-RR 2006, 937 m. w. Nachw.). Der Berufungsbeklagte darf darauf vertrauen, dass ihn das Berufungsgericht, wenn es in der tatsächlichen oder rechtlichen Würdigung dem Erstrichter nicht folgen will, darauf hinweist, und zwar so rechtzeitig, dass darauf noch vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung reagiert werden kann (vgl. BVerfG NJW 2003, 2524).

Gegen diese Grundsätze hat das Berufungsgericht verstoßen, indem es das Vorbringen der Bekl. zu den Absprachen zwischen dem Streithelfer und dem Vater über die Übernahme der Darlehensverbindlichkeiten nach § 525 S. 1 i. V. m. § 296a S. 1 ZPO zurückgewiesen hat. Diesen Vortrag hätte es berücksichtigen müssen, selbst wenn es sich dabei um neues Vorbringen der Bekl. in einem nachgereichten Schriftsatz handelte, der von dem durch Schriftsatznachlass nach § 283 S. 1 ZPO gewährten Recht zur Replik auf ein nicht rechtzeitig vor dem Termin vorgebrachtes Vorbringen der Kl. nicht mehr gedeckt war.“ (BGH aaO)

GVG
§ 17a II, IV 3

Zuständigkeit des Arbeitsgerichts
Streitigkeit über Arbeitgeberdarlehen

GVG

(LAG Schleswig-Holstein DB 2013, 2340; Beschluss vom 08.07.2013 – 5 Ta 110/13)

Bei **Rechtsstreitigkeiten über ein Arbeitgeberdarlehen** ist der **Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen** gem. § 2 I Nr. 4a ArbGG **gegeben**, denn ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis nach § 2 I Nr. 4a ArbGG liegt insbes. dann vor, wenn das Darlehen durch entsprechende Lohninbehalte des Arbeitnehmers zurückgezahlt werden soll.

„Bei **Rechtsstreitigkeiten über ein Arbeitgeberdarlehen** ist nach der h. M. ein **unmittelbar wirtschaftlicher Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis** gegeben, der die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nach § 2 I Nr. 4a ArbGG - ggf. auch/oder nach § 2 I Nr. 3a ArbGG - begründet (vgl. Düwll/Lipke, ArbGG, 3. Aufl., § 2 Rn 20; Grunsky, ArbGG, 7. Aufl. 1995, § 2 Rn 85; ErfK/Koch, 13. Aufl., § 2 ArbGG Rn 23). Ein Arbeitgeberdarlehen liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis einem Arbeitnehmer Kapital zur vorübergehenden Nutzung, typischerweise zu günstigeren Bedingungen als auf dem Kapitalmarkt überlässt (ErfK/Preis, 13. Aufl., § 611 BGB Rn 426; HWK/Thüsing, 5. Aufl., § 611 BGB Rn 153). Mit der Gewährung eines Arbeitgeberdarlehens wird auf Seiten des Arbeitgebers **häufig bezweckt, die Bindung des Arbeitnehmers an den Betrieb oder dessen Leistungsmotivation zu steigern**. Das Arbeitgeberdarlehen unterscheidet sich mithin vornehmlich dadurch vom Privatdarlehen, dass der Darlehensnehmer zugleich Arbeitnehmer des Darlehensgebers ist und der Arbeitgeber das Darlehen wegen des bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses gewährt.“ (LAG Schleswig-Holstein aaO)

InsO
§ 180 II

Unterbrechung eines Rechtsstreits durch Insolvenzverfahren
Zulässigkeit der Aufnahme des Rechtsstreits

InsO

(BAG DB 2013, 2340; Beschluss vom 28.08.2013 – 5 AZN 426/13)

Trägt der Insolvenzverwalter eine angemeldete titulierte Forderung nicht in die Tabelle ein oder bestreitet er die Forderung, ohne seinen Widerspruch zu verfolgen, ist der Gläubiger der Forderung zur Aufnahme des Rechtsstreits befugt.

„Ist in einem Insolvenzverfahren eine Forderung vom Insolvenzverwalter oder von einem Insolvenzgläubiger bestritten worden, so bleibt es nach § 179 I InsO dem Gläubiger überlassen, die Feststellung gegen den Bestreitenden zu betreiben. War zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so ist die Feststellung durch Aufnahme des Rechtsstreits zu betreiben, § 180 II InsO. Zwar obliegt es gem. § 179 II InsO dem Bestreitenden, den Widerspruch zu verfolgen, wenn für eine Forderung - wie im Streitfall - ein vollstreckbarer Schuldtitel oder ein Endurteil vorliegt. Es ist aber auch der Gläubiger der Forderung zur Aufnahme befugt, wenn der Bestreitende seinen Widerspruch nicht verfolgt (BGHZ 195, 233). Nichts anderes gilt, wenn nach nicht bestrittenem Vorbringen des Gläubigers der Insolvenzverwalter gänzlich untätig bleibt und eine angemeldete titulierte Forderung entgegen § 175 I 1 InsO nicht einmal in die Tabelle einträgt.“ (BAG aaO)

StPO
§§ 140, 145

Strafverteidigung
Kurzfristige Beordnung eines Ersatzverteidigers

StPO

(BGH NJW 2013, 2981; Urteil vom 20.06.2013 – 2 StR 113/13)

Durch kurzfristige Beordnung eines Ersatzverteidigers wird die Verteidigung beschränkt, wenn bei kurzfristiger Erkrankung des Pflichtverteidigers ein anderer Verteidiger für einen Tag der Hauptverhandlung bestellt wird, um die Vernehmung eines Zeugen zu ermöglichen, ohne dass der Ersatzverteidiger sich in die Sache einarbeiten konnte.

- I. Die **Lit.** geht grds. davon aus, dass dem Besch. der eingearbeitete und vertraute Verteidiger zu erhalten ist und deshalb eine Aussetzung bzw. Unterbrechung grds. trotz Verfahrensverzögerung der Vorzug vor einer neuen Bestellung zu geben ist (Löwe/Rosenberg, § 145 Rn. 19; Laufhütte, KK-StPO, 6. Aufl., § 145 Rn 7). So soll ein kurzfristiger Ausfall wegen Erkrankung des Verteidigers i. d. R. zu einer Aussetzung führen (Meyer-Goßner, 55. Aufl., § 145 Rn 9). Dahinter steht die Erwägung, dass § 145 StPO nicht dem Ziel der Verfahrenssicherung dient, sondern das Recht des Beschuldigten zu einer effektiven und angemessenen Verteidigung wahren soll (Löwe/Rosenberg, § 145 Rn 1).
- II. Der **BGH** hat sich bisher nicht weitergehend zur Frage einer Aussetzung bzw. Unterbrechung nach § 145 I 2 StPO geäußert (vgl. aber BGH MDR 1977, 767).

Er hatte sich bisher lediglich damit zu befassen, ob nach einem Wechsel des Verteidigers eine i. S. von § 265 IV StPO veränderte Sachlage eingetreten ist, die zur genügenden Vorbereitung der Verteidigung eine Aussetzung angemessen erscheinen lässt. Die dort in der Rspr. entwickelten Grundsätze lassen sich entsprechend auch für die – zeitlich vorangehende – Konstellation des § 145 I StPO nutzen, in der es um die Frage geht, ob bei Ausbleiben eines Verteidigers überhaupt ein neuer Verteidiger beizubringen ist oder ob nicht stattdessen die Hauptverhandlung auszusetzen bzw. zu unterbrechen ist, um dem Angekl. die weitere Verteidigung durch den bisherigen Verteidiger zu ermöglichen. In beiden Fällen geht es darum, eine sachgerechte und angemessene Verteidigung des Angekl. sicherzustellen (so auch knapp BGH MDR 1977, 767 zu § 145 StPO). Dabei steht diese Entscheidung in Ausübung der prozessualen Fürsorgepflicht im pflichtgemäß auszuübenden Ermessen des Gerichts und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. zuletzt BGH NSTZ 2013, 122). Maßgeblich ist zunächst die Erwägung, wie der Strafverteidiger als Organ der Rechtspflege selbst beurteilt, ob er für die Erfüllung seiner Aufgabe hinreichend vorbereitet ist. Hält er die Vorbereitungszeit für ausreichend, ist das Gericht grundsätzlich nicht berufen, dies zu überprüfen. Doch gibt es greifbare Anhaltspunkte dafür, dass dies nicht der Fall sein könnte, gebietet die Fürsorgepflicht des Gerichts die Prüfung einer Aussetzung oder Unterbrechung des Verfahrens. Dies ist etwa der Fall, wenn der Verteidiger objektiv nicht genügend Zeit hatte, sich vorzubereiten (vgl. BGH NJW 1965, 2164) oder wenn sich die dem Prozessverhalten des Angekl. und seines Verteidigers zu entnehmende Einschätzung der Sach- und Rechtslage als evident interessenwidrig darstellt und eine effektive Verteidigung (Art. 6 III c EMRK) unter keinem Gesichtspunkt mehr gewährleistet gewesen wäre (vgl. BGH NSTZ 2013, 122).

- III. Nach **BGH aaO** ist die Verteidigung durch eine kurzfristige Beordnung eines Ersatzverteidigers, der sich in den Stand des Verfahrens aufgrund Zeitmangels nicht einarbeiten konnte, in unzulässiger Weise eingeschränkt.

*„Mit der Beordnung eines neuen Verteidigers sind **Verteidigungsrechte des Angekl. in erheblicher Weise eingeschränkt** worden (vgl. § 338 Nr. 8 StPO). Der neue Verteidiger hat zwar mit dem Angekl. sprechen können; es liegt allerdings angesichts des Verfahrensablaufs und auch des Aktenumfangs auf der Hand, dass eine **Information des neuen Verteidigers**, die ihn nur annähernd auf den Stand des Verfahrens hätte bringen können, **nicht erfolgt** sein kann. Nur ein Verteidiger aber, der den Stoff ausreichend beherrscht, kann die Verteidigung mit der Sicherheit führen, die das Gesetz verlangt (BGHSt 13, 337) = NJW 1960, 253 unter Hinw. auf RGSt 71, 353). Die Absicht, einem „Auslandszeugen“ die erneute Anreise zu ersparen, kann das rechtsstaatlich gebotene Recht auf eine angemessene und effektive Verteidigung (Art. 6 III c EMRK) nicht wirksam beschränken, zumal Anhaltspunkte für eine längerfristige Erkrankung des Pflichtverteidigers offenbar nicht gegeben waren und auch nichts dafür sprach, dass der Zeuge nicht erneut an dem bereits sechs Tage später bestimmten Fortsetzungstermin erschienen wäre. I. Ü. ist zu berücksichtigen, dass es sich um die Vernehmung eines Zeugen handelte, die der Verteidiger beantragt hatte.*

*Dass der neu beigeordnete Pflichtverteidiger nicht selbst Einwendungen gegen das prozessuale Vorgehen erhoben und einen Antrag nach § 145 III StPO auf Unterbrechung des Verfahrens nicht gestellt hat, kann an diesem Befund nichts ändern. Auf die Einschätzung des neuen Verteidigers, der selbst wohl keine Zweifel gehegt hat, die Verteidigung des Angekl. sachgerecht führen zu können, kann es bei der **besonderen Sachlage** nicht ankommen. So war die Suche nach einem neuen Verteidiger hier von vornherein mit dem Zweck verbunden, die Vernehmung des aus dem Ausland angereisten Zeugen auf alle Fälle durchzuführen. Ein Verteidiger, der dies abgelehnt hätte, wäre nicht zur Durchführung des Termins beigeordnet worden; ein Verteidiger, der wie hier ohne weitere Beteiligung in der Sache lediglich formal die Verteidigung übernimmt, ist – was sich auch dem*

LG aufdrängen musste – erkennbar nicht in der Lage, eine sachgerechte und angemessene Verteidigung des Angekl. zu übernehmen.

Auch dem Umstand, dass der Angekl. keine Einwendungen gegen die Fortsetzung der Verhandlung erhoben hat, kann vorliegend keine maßgebliche Bedeutung zukommen. Aus dem **Regelungsgefüge des § 145 StPO** ergibt sich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers dem Angekl. insoweit keine maßgeblichen Verfahrensrechte eingeräumt worden sind. Ein Antragsrecht nach § 145 III StPO steht lediglich dem Verteidiger zu. Dies ändert zwar nichts daran, dass der Angekl. gleichwohl eine Erklärung abgeben und evtl. eine Aussetzung nach § 265 IV StPO anregen kann. In dem Verzicht auf eine bloße Verfahrensanregung kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, der Angekl. sei mit dem Vorgehen einverstanden.“ (BGH aaO)

StPO

§§ 136 I 2, 163a IV 2, 243 V 1

Strafschärfung

StPO

Mangelnde Mitwirkung an der Sachaufklärung

(BGH StV 2013, 697; Beschluss vom 22.05.2013 – 4 StR 151/13)

Der **Besch.** ist in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nicht dazu verpflichtet, aktiv die **Sachaufklärung zu fördern** und an seiner eigenen Überführung mitzuwirken. Seine **mangelnde Mitwirkung** an der Sachaufklärung darf ihm daher **nicht strafschärfend** angelastet werden.

„Schon aus dem **nemo-tenetur-Grundsatz** (§§ 136 I 2, 163a IV 2, 243 V 1 StPO) folgt, dass der Besch. in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nicht verpflichtet ist, aktiv die Sachaufklärung zu fördern und an seiner eigenen Überführung mitzuwirken (vgl. BGHSt 49, 56). Dementsprechend darf ihm mangelnde Mitwirkung an der Sachaufklärung nicht strafschärfend angelastet werden. Darüber hinaus kann auch **Prozessverhalten**, mit dem der Angekl. - ohne die Grenzen zulässiger Verteidigung zu überschreiten - den ihm drohenden Schuldspruch abzuwenden versucht, **grds. nicht straferschwerend berücksichtigt** werden, da hierin - unbeschadet einer Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes - eine Beeinträchtigung seines Rechts auf Verteidigung läge. Dies gilt nicht nur dann, wenn er eine unrichtige Einlassung unverändert aufrechterhält, sondern auch, wenn er dem Anklagevorwurf mit jedenfalls teilweise wahrheitswidrigem Vorbringen zu begegnen sucht.“ (BGH aaO)

StPO

§ 147 I

Akteneinsichtsrecht

StPO

Zeugenbeistand

(AG Rudolstadt ZAP 2013, 1099; Beschluss vom 21.08.2013 – 760 Js 4348/13 1 Ls)

Dem **anwältlichen Zeugenbeistand** steht im Gegensatz zu dem Verteidiger (vgl. § 147 Abs. 1 StPO) **kein eigenes Recht auf Akteneinsicht** zu, denn seine Rechtsstellung leitet sich aus der des Zeugen ab. Er hat daher keine eigenen Rechte als Verfahrensbeteiligter und keine weitergehenden Befugnisse als der Zeuge selbst.

„Schon im Hinblick auf die **Unbefangenheit bei der bevorstehenden Vernehmung** wäre es nicht sachgerecht, der Zeugin eine Vorbereitung ihrer Aussage durch Akteneinsicht zu ermöglichen. Der Versagungsgrund der Gefährdung des Untersuchungszwecks liegt schon dann vor, wenn durch die Akteneinsicht die Sachaufklärung beeinträchtigt sein könnte. Wichtigster Fall ist die Gefahr, dass die Kenntnis vom Akteninhalt die Unbefangenheit, die Zuverlässigkeit oder den Wahrheitsgehalt einer noch zu erwartenden Zeugenaussage beeinträchtigen sowie damit den **Beweiswert der Aussage des Zeugen** durch unbewusste oder bewusste Anpassung der Aussage gemäß dem aktenkundigen Stand der Beweislage **mindern** könnte. Erlaubte man der Zeugin die Akteneinsicht, wäre nicht mehr nachvollziehbar, ob sie den Sachverhalt unbefangen aus ihrer Erinnerung oder aufgrund der - ihr von ihrem Beistand vermittelten - Aktenlage darstellt. Die daraus resultierende Gefahr der Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung kann regelmäßig nicht hingenommen werden (vgl. KG StV 2010, 298).

Wie § 58 I StPO belegt, ist die **Unvoreingenommenheit** des Zeugen für die Wahrheitsfindung von großer Bedeutung. Außerdem ist für die **Glaubhaftigkeit die Übereinstimmung mit anderen Zeugenaussagen und Sachindizien** wichtig, diese Wahrheitskriterien stehen aber nur bei Unkenntnis des Zeugen vom Akteninhalt zur Verfügung (AG Saalfeld NSTZ 2005, 656; Pfordte, Festschrift für Egon Müller, S. 551, 566). Es entspricht nämlich **aussagepsychologischer Erfahrung**, dass der die Wahrheitsfindung trübenden Anpassung von Zeugenaussagen an anderweitige Beweisergebnisse am wirkungsvollsten dadurch vorgebeugt werden kann, dass der Zeuge allein auf sein eigenes Wissen verwiesen und von einer - sei es zufälligen - Interferenz mit anderen Beweisergebnissen abgeschnitten wird. Eine Einsicht in die vollständigen Akten verbietet sich jedenfalls dann, wenn kein Geständnis des Angekl. vorliegt und der Zeuge in der Hauptverhandlung zu einem für die Urteilsfindung essentiellen Beweisthema gehört werden soll, bereits grds.“ (AG Rudolstadt aaO)

StPO

§ 200

Anklageschrift

StPO

Mängel der Informationsfunktion

(OLG Celle ZAP 2013, 984; Beschluss vom 03.07.2013 – 1 Ws 123/13)

Mängel der Informationsfunktion berühren die Wirksamkeit einer Anklage nicht, solange die **vorgeworfenen Taten tatsächlich und rechtlich hinreichend bestimmt** sind und dem Gericht die erforderliche Prüfung möglich ist. Allein der Umstand, dass es sich bei der Anklage um eine weniger gut gelungene handelt, macht diese nicht unwirksam.

„Gem. § 200 StPO unterrichtet die Anklageschrift den Angesch. über den gegen ihn erhobenen Vorwurf (Informationsfunktion) und bezeichnet in persönlicher und sachlicher Hinsicht den Gegenstand, über den das Gericht im Eröffnungsverfahren zu entscheiden hat (Umgrenzungsfunktion; vgl. Meyer-Goßner, § 200 StPO Rn 2 m. w. Nachw.). Insoweit auftretende **Mängel führen nur dann zu einer Unwirksamkeit der Anklage**, wenn diese die **Umgrenzungsfunktion betreffen**. **Mängel der Informationsfunktion berühren ihre Wirksamkeit dagegen nicht** (vgl. BGHSt 44, 153; BGHSt 56, 183). Soweit teilweise vertreten wird, dass eine Anklage bei fundamentalen Mängeln in ihrer Informationsaufgabe deren Unwirksamkeit zur Folge habe (vgl. OLG Schleswig NSTZ-RR 1996, 111), folgt dem der Senat nicht: Gem. § 203 StPO kommt es für die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens allein darauf an, ob gegen die Angesch. hinreichender Tatverdacht besteht, wofür nicht nur die sich aus der Anklage ergebenden Informationen, sondern der

komplette Akteninhalt heranzuziehen ist (vgl. BGHSt 40, 44). Solange daher die vorgeworfenen Taten tatsächlich und rechtlich hinreichend bestimmt sind und den Angeschuldigten dadurch deutlich gemacht wird, welche Taten Gegenstand des Verfahrens sind, ist dem Gericht eine solche Prüfung möglich. Allein der Umstand, dass es sich bei der Anklage um eine weniger gut gelungene handelt, macht diese nicht unwirksam (vgl. Ostendorf SchIHA 1995, 216).

Diese Mängel [betreffen] allein die Informationsfunktion der Anklage. Die Umgrenzungsfunktion der vorliegenden Anklage wird bereits dadurch gewahrt, dass die einzelnen verfahrensgegenständlichen Taten bezeichnet werden und dadurch eine Abgrenzung zu anderen Taten ohne Weiteres zulassen (wird ausgeführt). Einer weitergehenden individualisierenden Beschreibung der jeweiligen Einzelakte jeder Tat bedurfte es i. S. der **Identifizierbarkeit des Anklagegegenstandes** damit nicht. Zwar ist es mit Blick auf die Informationsfunktion der Anklageschrift regelmäßig angezeigt, im wesentlichen Ermittlungsergebnis (§200 II 1 StPO) die für eine nachvollziehbare Darstellung der Berechnung erforderlichen Tatsachenfeststellungen anzuführen. Fehlen aber derartige Angaben oder erweisen sich diese als ungenügend, kann dies für sich allein die Wirksamkeit der Anklage nicht in Frage stellen. Die für Urteile geltenden Darstellungsmaßstäbe können angesichts der unterschiedlichen Anforderungen nicht auf Anklageschriften übertragen werden (vgl. BGH wistra 2012, 489).“ (OLG Celle aaO)

BVerfGG

Organstreitverfahren

BVerfGG

§§ 97a I 1, II 1, 97b

Anwendbarkeit der Verzögerungsbeschwerde

(BVerfG NVwZ 2013, 1479; Beschluss vom 30.07.2013 – 2 BvE 2/09 Vz 2/13 u. 2BvE 2/10 Vz 3/13)

Die **Regelungen über die Verzögerungsbeschwerde** nach §§ 97 a, 97 b BVerfGG **kommen auch in Organstreitverfahren zur Anwendung**. Die unangemessene Dauer des Verfahrens führt aber nur dann zu einem kompensationspflichtigen Nachteil i. S. von § 97 a I 1 BVerfGG, wenn sie sich auf die individuelle Rechtsstellung eines Verfahrensbeteiligten auswirkt.

„Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, mit dem die Verzögerungsbeschwerde für Verfahren vor dem BVerfG eingeführt worden ist, setzt die Rspr. des EGMR sowie des BVerfG zur überlangen Verfahrensdauer und ihren Folgen um (vgl. EGMR NJW 2010, 3355; BVerfGE 55, 349 = NJW 1981, 1409). Es sollte eine **Rechtsschutzlücke geschlossen** werden, die sowohl den Anforderungen der Art. 19 IV, Art. 2 I i. V. mit Art. 20 III GG als auch denen der Art. 6, Art. 13 EMRK (Anspruch auf Rechtsschutz in angemessener Zeit) widerspricht (vgl. BT-Dr 17/3802, S. 1). Die mit dem Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren geschaffenen Instrumente bezwecken mithin, Gefährdungen der genannten Grund- und Menschenrechte zu begegnen bzw. deren Verletzungen zu kompensieren. Der Entschädigungsanspruch als Ausgleich für Nachteile infolge rechtswidrigen Verhaltens durch ein Gericht hat demgemäß individualschützenden Charakter. Dies findet seinen Niederschlag insbes. in §198 VI Nr. 2 GVG, demzufolge Verfahrensbeteiligte i. S. des Gesetzes nicht Verfassungsorgane, Träger öffentlicher Verwaltung und sonstige öffentliche Stellen sind, soweit diese nicht in Wahrnehmung eines Selbstverwaltungsrechts an einem Verfahren beteiligt sind (vgl. auch: BT-Dr 17/3802, S. 23).

Die **Zielsetzung des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren** und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren **bestimmt auch die Auslegung der Regelungen über die Verzögerungsbeschwerde** in §§ 97 a ff. BVerfGG. Zwar sind diese nicht nur in verfassungsgerichtlichen Verfahren anwendbar, die wie namentlich die Verfassungsbeschwerde vorrangig auf die Gewährung von Individualrechtsschutz hin angelegt sind. Daher **können sie etwa auch in Organstreitverfahren zum Tragen kommen**. Gleichwohl liegt nach dem **Sinn und Zweck des Gesetzes** ein Nachteil i. S. von § 97 a I 1 BVerfGG nur in Fällen individueller Betroffenheit vor. Die unangemessene Dauer des Verfahrens führt nur dann zu einem kompensationspflichtigen Nachteil, wenn sie sich auf die individuelle Rechtsstellung eines Verfahrensbeteiligten auswirkt. Dies kann bspw. beim Ausschluss eines Abgeordneten des Deutschen Bundestages von der Wahrnehmung seiner Rechte während der Legislaturperiode der Fall sein (vgl. etwa: BVerfGE 130, 318 = NVwZ 2012, 495). Hingegen wird ein Nachteil bei erledigten Sachverhalten, deren Klärung vorrangig im allgemeinen Interesse liegt, allenfalls unter besonderen Voraussetzungen infrage kommen.

Die Bestimmung des § 97 a II 1 BVerfGG, wonach ein Nachteil, der nicht Vermögensnachteil ist, vermutet wird, wenn ein Verfahren vor dem BVerfG unangemessen lange gedauert hat, steht der vorstehenden Auslegung nicht entgegen. Wie ihre Grundlage in der Rspr. des EGMR (EGMR NJW 2007, 1259 = NVwZ 2007, 795) zeigt (vgl. BT-Dr 17/3802, S. 19), knüpft die Vermutung an Verfahren des Individualrechtsschutzes an.“ (BVerfG aaO)

SBG

Nichtzulassungsbeschwerde

öfFR

§ 49 I 3

Verfahrenseinstellung

(BVerwG NVwZ 2013, 1427; Beschluss vom 12.07.2013 – 6 PB 9/13)

Erklären die Beteiligten während eines Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde das Verfahren nur wegen des bisher allein beschiedenen Hauptantrags übereinstimmend für erledigt, ist nur das Beschwerdeverfahren einzustellen und der Rechtsstreit wegen des bisher nicht beschiedenen Hilfsantrags bei dem OVG fortzusetzen.

„Die **eingeschränkte (Teil-)Erledigungserklärung** hat zur **Erledigung des Verfahrens nur bezogen auf den Hauptantrag** geführt. Der Hilfsantrag ist (nur) für den Fall gestellt, dass der Hauptantrag keinen Erfolg hat. Diese Bedingung ist nunmehr eingetreten, mit der Folge, dass über den Hilfsantrag zu entscheiden ist. Auf Grund der insoweit übereinstimmenden Erledigungserklärungen ist die **Rechtshängigkeit des Hauptantrags weggefallen**. Eine Entscheidung zu Gunsten des Ast. kann insoweit nicht mehr ergehen. Die bereits ergangenen Beschlüsse des VG und des OVG sind auf Grund der insoweit übereinstimmenden Erledigungserklärungen unwirksam, soweit sie über den Hauptantrag entschieden haben.

Über den deshalb liquide gewordenen Hilfsantrag kann nur das OVG, nicht aber das BVerwG entscheiden. Das VG hat dem Hauptantrag stattgegeben und brauchte deshalb über den Hilfsantrag nicht zu entscheiden. Mit der Beschwerde der Bet. zu 1) und 2) gegen den Beschluss des VG ist automatisch auch der bisher nicht beschiedene Hilfsantrag beim OVG angefallen. Das OVG hätte über ihn zu entscheiden, wenn sich der Hauptantrag bereits im Beschwerdeverfahren beim OVG erledigt und der Ast. und die Bet. bezogen auf ihn Erledigungserklärungen abgegeben hätten. Auf Grund der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde hatte das BVerwG nur darüber zu entscheiden, ob bezogen auf die Entscheidung des OVG über den Hauptantrag Gründe für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde vorlagen. Dem BVerwG war hingegen noch keine Befugnis zugewachsen, über die in der Sache gestellten Anträge zu entscheiden. Erst nach Zulassung der Rechtsbeschwerde wäre das BVerwG befugt gewesen, im Falle

einer Erledigung des Hauptantrags und nur hierauf bezogener Erledigungserklärungen über den mit der Zulassung der Rechtsbeschwerde bei ihm angefallenen Hilfsantrag zu entscheiden.

Das Beschwerdeverfahren beim BVerwG war danach ausschließlich auf die Zulassung der Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung über den Hauptantrag bezogen. Mit den auf den Hauptantrag bezogenen übereinstimmenden Erledigungserklärungen ist dessen Rechtshängigkeit entfallen und sind die Entscheidungen der Vorinstanzen insoweit unwirksam geworden. Das Beschwerdeverfahren beim BVerwG hat damit seinen Gegenstand verloren und hat sich seinerseits erledigt. Es ist deshalb infolge der abgegebenen Erledigungserklärungen einzustellen.“ (BVerwG aaO)

VwGO
§ 67 IV

Anwaltlicher Vertretungszwang
Klagerücknahme

VwGO

(OVG Bautzen NVwZ-RR 2013, 902; Beschluss vom 20.06.2013 – 5 A 360/13)

Auch **erstinstanzlich erfolgreiche Berufungsbeklagte können im Berufungsverfahren ohne** einen nach § 67 IV VwGO **postulationsfähigen Prozessbevollmächtigten ihre Klage zurücknehmen.**

„Nachdem der Bekl. zugestimmt hat, gibt es keinen Grund, den Kl. die Befugnis zur persönlichen Klagerücknahme, die ihnen auch in erster Instanz zugestanden hätte, zu nehmen. Sie bleiben insoweit **Herren des Verfahrens** (Eyermann/J. Schmidt, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 67 Rn 9; BVerwG NJW 1970, 1205; a. A.: Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl. 2012, § 67 Rn 31).

Auch wenn mit der Neufassung des § 67 VwGO ab 01.07.2008 durch Art. 13 Nr. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007 (BGBl I, 2840) der Vertretungszwang vor den OVG/VGH und dem BVerwG deutlich ausgeweitet wurde (BT-Dr 16/3655 S. 97 - zu § 67 IV VwGO), ist es nicht gerechtfertigt, die Kl. nur zwecks Erklärung der Klagerücknahme zusätzlich mit den Kosten eines eigenen Prozessbevollmächtigten zu belasten. Insofern kann nichts Anderes gelten als wenn die Kl. persönlich ein aus diesem Grund – mangels Postulationsfähigkeit – unzulässiges Rechtsmittel eingelegt hätten. Auch dieses unzulässige Rechtsmittel könnten sie trotz der Neufassung des § 67 VwGO ab 01.07.2008 persönlich, ohne einen nach § 67 IV VwGO postulationsfähigen Prozessbevollmächtigten zurücknehmen (BVerwG NVwZ 2009, 192).

Zwar ist bei einer Klagerücknahme durch erstinstanzlich erfolgreiche Rechtsmittelbekl. nicht auszuschließen, dass sie sich auf eine fundierte Rechtsberatung hin gegen eine Klagerücknahme entscheiden würden. Ebenso möglich ist aber, dass die Klagerücknahme aus anderen, nicht durch eine Rechtsberatung zu beeinflussenden Gründen erklärt wird. Dann würden mit einer Rechtsberatung nur unnötige Kosten produziert.

Da das **Gesetz insofern keine Differenzierung vorsieht, muss es der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen überlassen bleiben, ob er als Rechtsmittelbekl. für die Erklärung der Klagerücknahme einen nach § 67 IV VwGO postulationsfähigen Prozessbevollmächtigten hinzuzieht oder nicht.**“ (OVG Bautzen aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

RVG
§ 2 II 1

Einigungsgebühr

RVG

Anwaltlicher Vergütungsanspruch im Rechtsbehelfsverfahren

(VG Münster ZAP 2013, 1100; Beschluss vom 04.09.2013 – 1 E 876/13)

Eine **anwaltliche Mitwirkung** i. S. von § 2 II 1 RVG i. V. m. Nr. 1002 S. 1 VV RVG liegt **nicht schon dann** vor, wenn der **Rechtsanwalt** lediglich sämtliche für seinen Mandanten sprechenden rechtlichen **Argumente** in möglichst überzeugender Weise **vorträgt**, auch wenn dies die Behörde zu einer Abhilfe veranlasst.

„Allein ein solches Verständnis entspricht dem **Gesetzeszweck**, einen der Einigungsgebühr entsprechenden Tatbestand für die Fälle zu schaffen, in denen die Beteiligten sich wegen fehlender Dispositionsbefugnis nicht vergleichen können (vgl. Nr. 1000 IV VV RVG; vgl. Gerold/Schmidt, RVG, 20. Aufl. 2012, Nr. 1002 VV RVG Rn 38).

Die **Mitwirkung** des Rechtsanwalts muss nach Nr. 1002 S. 1 VV RVG ferner **kausal für die Erledigung der Rechtssache** gewesen sein. Hierfür genügt ein nicht ganz unerheblicher Beitrag, nicht jedoch eine nur unwesentliche Kausalität. Eine rechtliche Vermutung für die **Ursächlichkeit der anwaltlichen Tätigkeit** ist in Nr. 1002 S. 1 VV RVG - anders als in Nr. 1000 VV RVG - nicht enthalten. Hat der Rechtsanwalt eine auf die Aufhebung des Verwaltungsakts gerichtete Tätigkeit entfaltet und erfolgt sodann die Aufhebung oder Abänderung des Verwaltungsakts, so spricht allerdings eine **tatsächliche Vermutung** für die Ursächlichkeit seines Handelns. Gibt aber der Sachverhalt Anhalt dafür, dass die Tätigkeit des Rechtsanwalts für die Aufhebungs- oder Abänderungsentscheidung der Behörde nicht ursächlich war, so ist die Kausalität zu verneinen (vgl. Gerold/Schmidt, RVG, 20. Aufl. 2012, Nr. 1002 VV RVG Rn 54 bis 56).“ (VG Münster aaO)

RVG
§ 25 I Nr. 1

Gegenstandswert

BGB

Wert einer wertlosen Forderungspfändung

(LG Stuttgart MDR 2013, 1312; Beschluss vom 10.06.2013 – 2 T 196/13)

Wenn sich – auch nachträglich – herausstellt, dass der **gepfändete Gegenstand wirtschaftlich wertlos** ist, können die Rechtsanwaltsgebühren nur aus dem **gesetzlichen Mindeststreitwert in Höhe von 300 Euro** und nicht aus dem Wert der zu vollstreckenden Forderung berechnet werden.

- I. Welche **Auswirkungen die fehlende Werthaltigkeit** der zu pfändenden Forderung auf die nach § 25 I Nr. 1 RVG im Vollstreckungsverfahren entstandenen Gebühren hat, ist in **Lit. und Rspr. umstritten**.

Nach **einer Ansicht** können die Rechtsanwaltsgebühren, wenn sich - auch nachträglich - herausstellt, dass der gepfändete Gegenstand wirtschaftlich wertlos ist, nur aus dem gesetzlichen Mindeststreitwert von 300 € berechnet werden, wobei dem Rechtsanwalt auch bei einem nur den Bruchteil einer vollen Gebühr ausmachenden Gebührentatbestand zumindest die Mindestgebühr von 10 € nach § 13 II RVG zustehe (so OLG Köln Rpfleger 2001, 149; LG Hamburg ZMR 2009, 697; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., § 25 Rn 8).

Die **Gegenmeinung** stellt bei einem wertlosen Pfändungsobjekt auf den Wert der zu vollstreckenden Forderung ab (so LG Düsseldorf, Beschluss v. 12.07.2005 - 19 T 154/05 -, zitiert nach juris; LG Hamburg AnwBl 2006, 499; Hartmann, Kostengesetze, 40. Aufl., § 25 RVG Rn 5).

Eine **dritte Meinung** hält den höchsten während der Zwangsvollstreckungsmaßnahme ermittelten Wert des Vollstreckungsobjekts für maßgeblich, der mangels anderweitiger Grundlagen ggf. durch anwaltliche Schätzung zu ermitteln sei (so Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl., § 25 Rn 9-15).

- II. **LG Stuttgart aaO** folgt der ersten Meinung. Diese entspricht dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck des § 25 I 1 RVG.

„Der **Wortlaut des § 25 I Nr. 1 RVG** begrenzt den **Gegenstandswert** im 2. Halbsatz bei der Pfändung eines bestimmten Gegenstandes auf diesen Wert.

Bei einer Forderung handelt es sich um einen Gegenstand in diesem Sinne (vgl. Gerold/Schmidt-Müller-Rabe § 25 RVG Rn 8; Hartmann, Kostengesetze, 40. Aufl., § 25 RVG Rn 5 m. w. Nachw.). Dieser Gegenstand ist vorliegend auch bestimmt, da ganz bestimmte Forderungen des Schuldners gegen die Justizvollzugsanstalt gepfändet werden sollten.

Nach dem Wortlaut des § 25 I Nr. 1 RVG ist danach der **Wert der zu pfändenden Forderung** hier **maßgeblich**, da er geringer ist, als der Wert der zu vollstreckenden Forderung.

Es widerspricht - entgegen der Ansicht des OLG Karlsruhe NJW-RR 2011, 501 - nicht der Systematik des RVG, die **Höhe des Anwaltshonorars vom Wert der zu pfändenden Forderung abhängig** zu machen. Insbes. wird damit nicht etwa die Vergütung vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht. Der **Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit** ist hier die **Erwirkung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses** und nicht die Rückführung der titulierten Forderung. Auch der Einwand, für die Bewertung einer Gebühren auslösenden Tätigkeit sei i. d. R. **auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem mit dieser Tätigkeit begonnen wird, da die Gebühren in diesem Zeitpunkt entstehen** (vgl. Gerold/Schmidt/Mayer aaO, § 8 Rn 1), auch wenn der **Gebührenanspruch nach § 8 I 1 RVG grds. erst mit Beendigung der anwaltlichen Tätigkeit fällig** wird, greift vorliegend

nicht. Der Wert der zu pfändenden Forderung steht auch zu Beginn der Tätigkeit bereits fest, er ist dem tätig werdenden Anwalt u. U. nur nicht bekannt.

Vielmehr widerspräche es der **Systematik des § 25 I Nr. 1 RVG** bei der Forderungspfändung auf den Wert der zu vollstreckenden Forderung, bei der Sachpfändung aber auf den Wert des zu pfändenden Gegenstandes abzustellen. Auch in diesen Fällen weiß der Rechtsanwalt oft nicht, wie hoch der Wert der Sache ist, die gepfändet wird. Dennoch steht auch dieser Wert bereits zu Beginn der Tätigkeit objektiv fest.

Anders mag dies in Fällen wie in dem vom OLG Karlsruhe (NJW-RR 2011,501) entschiedenen Fall sein, wenn sich der Wert der zu pfändenden Forderung nach Beginn der Tätigkeit des Rechtsanwalts ändert. So liegt der Fall hier jedoch nicht.

Die zweite Auffassung, die den Wert des Vollstreckungsobjekts unberücksichtigt lässt, steht in Widerspruch zum **Wortlaut des § 25 I Nr. 1 2. Halbsatz RVG**, denn auch (und gerade) wenn der Wert des gepfändeten Gegenstands 0 € beträgt, ist er geringer als derjenige der zu vollstreckenden Forderung.

Diese Auffassung ist ferner abzulehnen, da sie im Extremfall zu einer **übermäßigen Belastung des Schuldners mit Vollstreckungskosten** führen kann. Pfändet der Gläubiger nach und nach immer wieder nur Kleinbeträge und kann er hierfür jedes Mal die vollen Gebühren aus der zu vollstreckenden Forderung abrechnen, sind diese im Zweifel jedes Mal höher als der gepfändete Betrag was im Ergebnis dazu führt, dass eine Rückführung nicht stattfinden kann. Gerade dies sollte mit der Formulierung in § 25 I 1 RVG ersichtlich vermieden werden.“ (LG Stuttgart aaO)

RVG
§§ 45 ff.

Umsatzsteuererstattungsanspruch Vorsteuerabzugsberechtigung des Mandanten

RVG

(OLG Hamburg MDR 2013, 1194 = NJOZ 2013, 1616; Beschluss vom 19.06.2013 – 4 W 60/13)

Dem beigeordneten Rechtsanwalt steht im Vergütungsfestsetzungsverfahren nach §§ 45 ff. RVG ein **Anspruch gegen die Staatskasse auf Erstattung der Umsatzsteuer auch dann zu, wenn seine Partei vorsteuerabzugsberechtigt ist.**

„Der beigeordnete Rechtsanwalt erhält gem. § 45 I RVG die **gesetzliche Vergütung**, der Höhe nach in den Grenzen des § 49 RVG. Zur gesetzlichen Vergütung i. S. von § 45 I RVG zählt auch die Umsatzsteuer, soweit die Leistung des Rechtsanwalts umsatzsteuerbar ist (KG NJW 2009, 2734), was hier unzweifelhaft der Fall ist. Die Vorsteuerabzugsberechtigung der bedürftigen Partei, der der Rechtsanwalt beigeordnet worden war, kann sich auf die Höhe der Festsetzung der Prozesskostenhilfevergütung gegenüber der Staatskasse nicht auswirken. Vergütungsschuldner ist nämlich nicht die vom beigeordneten Rechtsanwalt vertretene Partei, sondern die Staatskasse (so zutreffend Schneider/Wolf, Nr. 7008 VV RVG, Teil 7 Rn 68; Bischof, Nr. 7008 VV/Teil 7 Rn 32). Damit findet die Bestimmung des **§ 104 II 3 ZPO** entgegen dem zu weit gefassten Wortlaut des § 55 V 1 RVG bei der Vergütung des beigeordneten Rechtsanwalts **gegenüber der Staatskasse keine Anwendung** (LAG Rheinland-Pfalz JurBüro 1997, 29; Schneider/Wolf, § 55 Rn 18; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 20. Aufl., § 55 Rn 30; anders offenbar Hartmann, Kostengesetze, 42. Aufl., § 55 RVG Rn 14).

Im Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 103 ff. ZPO kann die vorsteuerabzugsberechtigte obsiegende Partei vom erstattungspflichtigen Gegner nicht die Erstattung von Umsatzsteuer verlangen, weil sie die an ihren Rechtsanwalt gezahlte Umsatzsteuer vom Finanzamt erstattet erhält. Da sie mit diesem Betrag letztlich nicht belastet wird, darf sie den kostenerstattungspflichtigen Gegner damit auch nicht belasten. Der Rechtsanwalt ist dann darauf verwiesen, die von ihm geschuldete Umsatzsteuer gegenüber seinem Mandanten geltend zu machen. Dies gilt auch bei der Kostenfestsetzung des beigeordneten Rechtsanwalts nach § 126 I ZPO gegenüber dem Gegner der von ihm vertretenen vorsteuerabzugsberechtigten Partei. Denn es ist **nicht gerechtfertigt, den unterlegenen Gegner allein deshalb mit höheren Kosten zu belasten, weil die vorsteuerabzugsberechtigte obsiegende Partei bedürftig und prozesskostenhilfeberechtigt** ist (BGH NJW-RR 2007, 285 = NJW 2007, 772).

Im Vergütungsfestsetzungsverfahren zwischen dem beigeordneten Rechtsanwalt und der Staatskasse nach §§ 45 ff. RVG besteht dagegen eine gänzlich andere Konstellation: Anders als im Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 103 ff. ZPO oder im Beitreibungsverfahren nach § 126 ZPO gibt es niemanden, dem durch die Erhebung der Umsatzsteuer von der Staatskasse ein ungerechtfertigter Vorteil erwachsen würde oder der zu Unrecht belastet werden würde. Hier erhält der beigeordnete Rechtsanwalt die Umsatzsteuer nicht vom Prozessgegner, sondern von der Staatskasse, und er hat diese sodann an das Finanzamt abzuführen. Es handelt sich mithin um den typischen Fall eines umsatzsteuerpflichtigen Geschäfts, bei dem der Gläubiger einer Honorarforderung seinem Rechnungsempfänger Umsatzsteuer berechnet und diese sodann an das Finanzamt weiterleitet. An die Stelle der (bedürftigen) Partei, die dem Rechtsanwalt zur Zahlung von Umsatzsteuer verpflichtet wäre, tritt nach der Beordnung im Prozesskostenhilfverfahren die Staatskasse. Mit der Auswechslung des Schuldners hinsichtlich der Honorarforderung (freilich begrenzt durch die in § 49 RVG bestimmte Gebührenhöhe) wird auch der Schuldner hinsichtlich der Umsatzsteuer ausgewechselt. Es gibt keinen Grund, den zahlungspflichtigen Schuldner, hier die Staatskasse, nicht mit der Zahlung von Umsatzsteuer zu belasten. Nur der Umstand, dass die Partei auf Grund ihrer Vorsteuerabzugsberechtigung durch eine Verpflichtung zur Zahlung von Umsatzsteuer an ihren beigeordneten Rechtsanwalt nicht belastet werden würde, gibt keinen Anlass, die Staatskasse als Schuldnerin des Vergütungsanspruchs gem. § 45 I RVG von ihrer Verpflichtung zur Zahlung von Umsatzsteuer zu entheben.“ (OLG Hamburg aaO)

VV RVG
Nr. 1000

Einigungsgebühr Erfordernis eines Vergleichsabschlusses

VV RVG

(AG Bremen ZMR 2013, 835; Beschluss vom 14.05.2013 – 29 C 0110/12)

Für die Entstehung einer Einigungsgebühr ist der **Abschluss eines Vergleichs nicht zwingend** erforderlich.

„Für die Entstehung der Einigungsgebühr ist es nach der Rspr. des BGH **nicht mehr notwendig dass ein Vertrag i. S. d. § 779 BGB abgeschlossen wird** sondern es **kommt ausschließlich auf die Einigung selbst an** (vgl. BGH NJW-RR 2007, 359). Im vorliegenden Fall liegt ein Sonderfall der Einigung vor: Im Termin am 16.01.2013 wurde zunächst die Sach- und Rechtslage erörtert. In dieser Folge nahm der Klägervertreter die Klage teilweise zurück und beantragte i. Ü. antragsgemäße Verurteilung. Daraufhin erklärte der Beklagtenvertreter dass der verbliebene Anspruch anerkannt werde. Sodann wurde entsprechendes Anerkenntnisurteil erlassen. Zwar ist ein beiderseitiges Nachgeben für den Anfall einer Einigungsgebühr nicht mehr notwendig, liegt hier aber vor. Es liegt auch kein vollständiger Verzicht auf die Forderung oder ein vollständiges Anerkenntnis vor, so dass eine Einigungsgebühr nicht grds. auszuschließen ist (Nr. 1000 I VV RVG). Der BGH führt in seinem Urteil vom 10.10.2006 folgendes aus: „Nach Nr. 1000 I 1 VV RVG entsteht die Einigungsgebühr, wenn der **Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis durch Ab-**

schluss eines Vertrags unter Mitwirkung des Rechtsanwalts beseitigt wird; es sei denn, der Vertrag beschränkt sich ausschließlich auf ein Anerkenntnis oder einen Verzicht. Der Vertrag kann auch stillschweigend geschlossen werden und ist nicht formbedürftig, [...] Unter der Geltung des RVG kommt es deswegen nicht mehr auf einen Vergleich i. S. von § 779 BGB, sondern nur noch auf eine **Einigung** an (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 36. Aufl., Nr. 1000 VV RVG Rn 5 und 10; Gerold/Schmidt, RVG, 17. Aufl., Nr. 1000 VV RVG Rn 3 f.; Madert/Müller-Rabe NJW 2006, 1927). Nach dem zweiten Halbsatz des Abs. 1 der Nr. 1000 VV RVG **reicht** allerdings die **bloße Annahme eines einseitigen Verzichts oder ein Anerkenntnis für die Entstehung der Einigungsgebühr nicht aus** (vgl. BGH NJW 2006, 1523; Hartmann, Nr. 1000 VV RVG Rn 5; Gerold/Schmidt, Nr. 1000 VV RVG Rn 26 bis 30). Hieraus kann [...] nicht der Schluss gezogen werden, dass bei Abschluss eines sich wechselseitig auf ein Anerkenntnis und einen Verzicht beschränkenden Vertrags grds. eine Einigungsgebühr nicht entsteht. [...] ein Vergleich, in welchem der Schuldner den Ausgleich eines Teils der vom Gläubiger geltend gemachten Forderung zusage und der Gläubiger den weitergehenden Anspruch fallen lasse, nichts anderes als eine Kombination von Anerkenntnis und Verzicht sei. Die Einigungsgebühr gelangt vielmehr nur dann nicht zur Entstehung, wenn der von den Bet. geschlossene Vertrag das Anerkenntnis der gesamten Forderung durch den Schuldner oder den Verzicht des Gläubigers auf den gesamten Anspruch ausschließlich zum Inhalt hat (vgl. BGH NJW 2006, 1523; Goebel/Gottwald/v. Seltmann, Nr. 1000 VV RVG).“

Bei einem Sachverhalt wie dem hier zugrunde liegenden (Teilanerkenntnis nach teilweiser Klagerücknahme) wird auch in der Lit. von der Entstehung einer Einigungsgebühr ausgegangen (vgl. Mayer/Kroiß, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz 5. Aufl. 2012, Nr. 1000 VV Rn 28; Gerold/Schmidt, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz 18. Aufl. 2008, VV 1000 Rn 44). Da anzunehmen ist, dass das erfolgte Anerkenntnis auf Basis des teilweisen Verzichts auf die Klageforderung erfolgt ist, war antragsgemäß zu entscheiden und die angemeldete 1,0 Einigungsgebühr vollumfänglich zu berücksichtigen.“ (AG Bremen aaO)

VV RVG

Vergütung des Nachlasspflegers

RVG

§§ 3313, 3317

Anwendbarkeit des RVG

(OLG Schleswig ZEV 2013, 44; Beschluss vom 27.05.2013 – 3 Wx 11/13)

Einem als **Nachlasspfleger** bestellten **Rechtsanwalt** steht eine **nach RVG zu berechnende anwaltliche Vergütung nur dann** zu, wenn er im Rahmen seiner Tätigkeit eine **Aufgabe** wahrnimmt, die **sich als eine für den Beruf des Rechtsanwalts spezifische Tätigkeit darstellt** und die ein Laie üblicherweise bzw. vernünftigerweise auf einen Rechtsanwalt übertragen würde. Bei einem **einfachen Fall der Nachlassinsolvenz** besteht hingegen **kein Vergütungsanspruch nach dem RVG** für den anwaltlichen Nachlasspfleger.

„Dahinter steht die Überlegung, dass der Nachlass bzw. die Erben – bei mittellosem Nachlass (wie hier) die Staatskasse – keinen Vorteil daraus ziehen soll, dass der Nachlasspfleger **zufällig** aufgrund seiner **besonderen Qualifikation** etwas verrichten kann, wozu ein anderer Betreuer berechtigterweise die entgeltlichen Dienste eines Dritten in Anspruch nehmen würde (BVerfG FamRZ 2000, 1280; BGH NJW 2007, 844; MüKo-BGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2012, § 1835 Rn 40; Staudinger, BGB, 2004, § 1835 Rn 30 f.).

Im Ergebnis ist im Einzelfall eine Abgrenzung zu leisten, ob die Aufgabe – wenn sie nicht aufgrund der Gesetzeslage zwingend von einem Rechtsanwalt zu erledigen ist – bereits eine derartige rechtliche Schwierigkeit aufweist, dass ein Laie dafür einen Rechtsanwalt heranziehen würde (BVerfG BeckRS 2000, 30116381). Soweit eine abweichende Literaturmeinung dahin geht, die Vergütung über § 1835 III 3BGB nur dann stattfinden zu lassen, wenn es sich um eine fachliche Tätigkeit (hier als Rechtsanwalt) außerhalb der Amtstätigkeit (hier als Nachlasspfleger) handelt (Wagenitz, § 1835 Rn 42) ist dem nicht zu folgen, weil sich eine solche einschränkende Auslegung mit der systematischen Stellung der Norm – geregelt wird gerade die Amtstätigkeit – und ihrem Sinn und Zweck nicht verträgt (so zutr. Bienwald, § 1835 Rn 34).

Im vorliegenden Fall geht es um den von B 1 gestellten Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens. Insoweit ist durchaus zu bedenken, dass es zu den **Aufgaben eines Rechtsanwalts** gehören kann, den Schuldner in einem Insolvenzverfahren zu vertreten und für ihn auch bereits den Antrag auf Eröffnung dieses Verfahrens zu stellen. Allein der Umstand, dass das **Vergütungsverzeichnis zum RVG für diese Tätigkeiten auch gesondert Gebühren vorsieht** (in Nr. 3313, 3317 VV RVG), führt aber nicht dazu, dass es sich deshalb in jedem Fall und unabhängig von der Schwierigkeit der Aufgaben um solche handelt, die nach den obigen Grundsätzen vom anwaltlichen Nachlasspfleger über § 1835 III BGB nach RVG-Sätzen abgerechnet werden können. **Zwingend ist eine anwaltliche Vertretung** beim Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens jedenfalls **nicht**. Was die Schwierigkeit der Aufgabe in rechtlicher Hinsicht angeht, können im Einzelfall sicherlich rechtliche Probleme auftreten, bei denen ein Laie vernünftigerweise und vor dem Hintergrund der drohender Schadensersatzpflicht (aus § 1980 I 2 BGB) einen Rechtsanwalt einschaltet. Das gilt nicht zuletzt, wenn die Eröffnungsgründe „Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“ nicht leicht festzustellen sind. So kann der Fall etwa liegen, wenn ein Nachlass zwar durchaus werthaltig ist, allerdings kurzfristig Liquiditätsprobleme anlässlich zu bedienender Nachlassschulden auftreten. Andererseits kann aber gerade eine Überschuldung auch so eindeutig sein, dass ein nicht anwaltlicher Nachlasspfleger für den Insolvenzantrag einen Rechtsanwalt nicht einschalten, sondern den Antrag selbst stellen würde.

Allerdings wird von Zimmermann (in: Die Nachlasspflegschaft, 2. Aufl. 2009, S. 408 f.) ohne nähere Diskussion angemerkt, der Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens könne vom Anwalts-Nachlasspfleger nach Nr. 3313 VV RVG abgerechnet werden. Dies gelte allerdings nicht, wenn eindeutig so wenig Masse vorhanden sei, dass eine Eröffnung ausscheide, denn in einem solchen Fall sei der Antrag überflüssig oder nicht mit solchen Schwierigkeiten verbunden, dass ein Laie als Nachlasspfleger einen Rechtsanwalt hinzuziehen würde.

Die genannte Einschränkung zeigt aber gerade, dass auch Zimmermann im Grundsatz eine Einzelfallabgrenzung nach den obigen Kriterien vornehmen möchte (er beruft sich für die Einschränkung auf LG Berlin RPfleger 1975, 435). Nicht ersichtlich ist, warum dann jeglicher Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens unabhängig von der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage nach RVG abgerechnet werden können und mithin unter § 1835 III BGB fallen soll, außer in dem Fall, dass zu wenig Masse vorhanden ist. Der Auffassung von Zimmermann kann deshalb nicht gefolgt werden.“ (OLG Schleswig aaO)

ZPO

Verfahrens-/Prozesskostenhilfeantrag

ZPO

§§ 114 ff.

Darlegung der Bedürftigkeit

(BGH FamRZ 2013, 1650; Beschluss vom 03.07.2013 – XII ZB 106/10)

Die **Anforderungen an die Darlegung der Bedürftigkeit** dürfen **nicht überspannt** werden, weil sonst der Zweck der Prozesskostenhilfe, dem Unbemittelten den weitgehend gleichen Zugang zu den Gerichten zu ermöglichen, verfehlt

würde. So kann die Partei, auch wenn der Vordruck einzelne Lücken enthält, trotzdem darauf vertrauen, die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe dargetan zu haben (vgl. etwa BGH FamRZ 2008, 868; BGH FamRZ 2008, 871), wenn bereits in der Vorinstanz - aufgrund eines ordnungsgemäß und vollständig ausgefüllten Vordrucks - Prozesskostenhilfe gewährt worden war und eine nunmehr im Vordruck vorhandene Lücke im Zusammenhang mit dem Parteivortrag nicht den Schluss nahe legt, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Partei hätten sich zwischenzeitlich in einer für die Gewährung von Prozesskostenhilfe erheblichen Weise geändert (BGH NJW-RR 2000, 1387).

*„Letzteres ist hier allerdings nicht der Fall. Die Kl. hat vielmehr sowohl in erster als auch in zweiter Instanz eine **Formularerklärung** vorgelegt, die eine Lücke aufwies. Gleichwohl konnte sie darauf vertrauen, ihre Hilfsbedürftigkeit hinreichend dargetan zu haben.*

*Nach der Rspr. des BGH kann ein Rechtsmittelkläger, dem für den ersten Rechtszug Prozesskostenhilfe bewilligt worden war, bei im Wesentlichen gleichen Angaben zu den Vermögensverhältnissen erwarten, dass auch das Gericht des zweiten Rechtszuges ihn als bedürftig i. S. des § 115 ZPO ansieht. Die Partei braucht dann nicht damit zu rechnen, dass das Rechtsmittelgericht strengere Anforderungen an den Nachweis der Bedürftigkeit stellt (BGH VersR 1984, 192 f.; vgl. auch BGH FamRZ 1987, 1018). Unter diesen Umständen kann sie erwarten, dass sie **auf eine abweichende Beurteilung hingewiesen** und ihr Gelegenheit gegeben wird, ergänzend zu der vom zweitinstanzlichen Gericht beanstandeten Lücke in ihrer Formularerklärung vorzutragen.“ (BGH aaO)*

FamGKG
§ 43 II

Streitwert

FamGKG

Berücksichtigung von Leistungen nach dem SGB II

(OLG Saarbrücken MDR 2013, 1231; Beschluss vom 05.04.2013 – 6 WF 59/13)

Bei der **Berechnung des Nettoeinkommens nach § 43 II FamGKG** sind **Leistungen nach dem SGB II grds. nicht zu berücksichtigen**.

- I. Ob Sozialleistungen zum „erzielten Nettoeinkommen“ eines Beteiligten im Sinne des § 43 II FamGKG gehören, ist **in der Rspr. und Lit. umstritten**:

Zum Teil wird vertreten, staatliche Sozialleistungen seien als Einkommen zu behandeln (z. B. OLG Celle NJW 2010, 3587; OLG Zweibrücken FamRZ 2011, 992; OLG Brandenburg FamRZ 2011, 1423; Prütting/Helms, FamFG, 2. Auflage 2011, § 43 FamGKG Rn 12 f.; Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 13. Auflage 2011, Rn 7144 m. w. Nachw.).

Nach der Gegenmeinung (u. a. OLG Bremen FamRZ 2012, 239; OLG Hamm FamRZ 2011, 1422; OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 223; Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., Anh. § 3. „Ehesachen“, m. w. Nachw.) haben Sozialleistungen unberücksichtigt zu bleiben.

- II. Der **9. Zivilsenat des OLG Saarbrücken** hat sich der letztgenannten Auffassung angeschlossen (OLGR Saarbrücken 2009, 846) und **OLG Saarbrücken aaO** sieht keine Veranlassung, hiervon abzuweichen.

*„Denn, wie hier, staatliche Sozialleistungen nach dem SGB II beruhen nicht auf Erwerbstätigkeit und sind daher **Ausdruck fehlender eigener Mittel des Empfängers**, die sie kompensieren sollen. Sie können **kein Maßstab für dessen individuelle Belastbarkeit** sein und sind dazu auch nicht bestimmt. Für diese Auslegung spricht letztlich auch der **Wortlaut des § 43 II FamGKG**, denn einkommensunabhängige Sozialleistungen werden nicht „erzielt“, sondern bewilligt. (OLG Bremen aaO m. w. Nachw.).*

*Zu einer anderen Beurteilung führt auch nicht die Erwägung, dass bei der Einführung des FamGKG im Jahr 2009 der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen hat, das Nettoerwerbseinkommen zum Maßstab der Berechnung des Gegenstandswerts zu machen und es keinen Grund gebe, bei Bezug von Sozialleistungen einen anderen Verfahrenswert festzulegen als in Fällen, in denen Erwerbseinkünfte lediglich in Höhe von Sozialleistungen erzielt werden (OLG Celle aaO). Dagegen spricht bereits, dass bei Berücksichtigung von Leistungen nach dem SGB II als Einkommen der Mindestverfahrenswert von 2.000 EUR gem. **§ 43 I 2 FamGKG weitgehend ohne Anwendungsbereich** wäre, und es ist die **Wertung des Gesetzgebers zu respektieren**, wonach er es für angemessen erachtet hat, den schon seit vielen Jahren bestehenden Mindestverfahrenswert bei der Einführung des FamGKG unverändert zu lassen. Nachdem darüber hinaus das BVerfG es ausdrücklich für verfassungsgemäß angesehen hat, wenn Sozialleistungen bei der für den Verfahrenswert einer Ehesache vorzunehmenden Einkommensberechnung nicht berücksichtigt werden (BVerfG FamRZ 2006, 841), und die von der Bf. zitierte Rspr. Fälle betrifft, die mit dem vorliegenden nicht vergleichbar sind, ist unter den gegebenen Umständen die Handhabung des Familiengerichts nicht zu beanstanden, wonach sich aus den Einkünften der beteiligten Eheleute kein höherer Verfahrenswert als der Mindestwert herleiten lässt.“ (OLG Saarbrücken aaO)*

Aus der Praxis

UWG

§§ 8 I, 5 S. 1 u. 2 Nr. 3

Wettbewerbsverstoß

Irreführende Werbung mit „Kundenanwalt“

RA/Nt

(LG Düsseldorf BRAK-Mitt. 2013, 243 = NJOZ 2013, 1694; Urteil vom 26.07.2013 – 34 O 8/13)

Die Werbung eines Versicherers mit einem von ihr eingesetzten „Kundenanwalt“, der in Konfliktfällen helfen soll, ist irreführend, da der Eindruck erweckt wird, dass er rechtsberatend auf Seiten des Kunden des Versicherers wie ein Anwalt tätig wird.

- I. Nach §§ 8 I, 5 S. 1 u. 2 Nr. 3 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend, wenn sie zur Täuschung geeignete Angaben über die Person wie Befähigung, Status oder Zulassung enthält.
- II. Die Bezeichnung „Kundenanwalt“ ist zweifach irreführend: Zum einen wird der falsche Eindruck erweckt, der „Kundenanwalt“ sei ein Rechtsanwalt, also der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten i. S. von § 3 BRAO, der die Befähigung zum Richteramt nach § 4 BRAO erlangt hat. Zusätzlich ist die Bezeichnung „Kundenanwalt“ dahingehend irreführend, dass der falsche Eindruck erweckt wird, der Anwalt vertrete den Kunden der Bekl. zum Beispiel gegenüber Dritten oder gegenüber der E-Versicherung.

„Tatsächlich handelt es sich bei dem „Kundenanwalt“ der Bekl. nicht um einen Rechtsanwalt, und er wird auch nicht rechtsberatend auf der Seite des Kunden der Bekl. tätig. Vielmehr vermittelt und schlichtet der „Kundenanwalt“ intern zwischen dem Versicherungsnehmer und der Bekl.“

Der Wortbestandteil „Anwalt“ in der angegriffenen Bezeichnung „Kundenanwalt“ weist den angesprochenen Verkehrskreis, nämlich die mit der Bekl. in Kontakt tretenden deutschsprachigen Versicherungsnehmer oder potenziellen Versicherungsnehmer darauf hin, dass es sich bei dem Kundenanwalt um einen Rechtsanwalt handelt. Der Begriff des „Anwalts“ wird in der deutschen Sprache gleichgesetzt mit dem Begriff des „Rechtsanwalts“.

In der Rechtssprache kommt dies z. B. durch die gleichwertige Verwendung beider Begriffe in der ZPO zum Ausdruck. So wird in § 195 I ZPO durchgehend die Bezeichnung „Anwalt“ verwendet („Zustellung von Anwalt zu Anwalt“, „Sind die Parteien durch Anwälte vertreten.“), während bspw. in § 78 I ZPO für die inhaltsgleiche Aussage die Bezeichnung „Rechtsanwalt“ verwendet wird („... müssen sich die Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen“).

In der Umgangssprache wird die Bezeichnung „Anwalt“ insbes. im Zusammenhang mit einem vorangestellten Hinweis wie in „Versicherungsanwalt“, „Patentanwalt“ oder „Familienanwalt“ als Hinweis auf eine als Rechtsanwalt ausgebildete und zugelassene Person verstanden, die Spezialkenntnisse etwa im Versicherungsrecht, Patentrecht oder Familienrecht hat. Die Bezeichnung „Anwalt“ steht, entgegen der von der Bekl. vertretenen Auffassung, in der deutschsprachigen Bevölkerung insgesamt und bei den angesprochenen deutschsprachigen (potenziellen) Kunden der Bekl. insbesondere, zu denen auch die Mitglieder der Kammer gehören, nicht für den „Verfechter einer Sache“ oder einen „Fürsprecher“. Ein solches Verständnis bleibt die Ausnahme und wird eher literarisch genutzt (wird ausgeführt)

Damit gehen auch die beiden vielfach gelesenen Enzyklopädien in Deutschland, die dem Verständnis des hier angesprochenen Verkehrskreises entsprechen, davon aus, dass „Anwalt“ heute im deutschsprachigen Raum zu allererst für einen juristisch ausgebildeten Rechtsanwalt steht.

Das Verständnis der Bezeichnung „E-Kundenanwalt“ als Rechtsanwalt für die Kunden der E-Versicherung wird dadurch verstärkt, dass die Bekl. unter der Überschrift „Der E-Kundenanwalt“ die Begriffe „Unser Ziel: Gerechtigkeit“ und „Klärung“ und „Schlichtung“ durch Fettdruck herausstellt. Diese Begriffe werden von dem angesprochenen Verkehrskreis unmittelbar mit dem Beruf eines Rechtsanwalts verbunden, der die Kunden der Bekl. vertritt.“ (LG Düsseldorf aaO)

BGB

§§ 434, 437, 440

Ausschluss aus der Rechtsanwaltschaft

Untreue

BGB

(AnwGH München BRAK-Mitt. 2013, 247; Urteil vom 21.12.2012 – 3 U 22/12)

Ein Rechtsanwalt, der sich bei der Berufsausübung der Untreue schuldig macht, ist regelmäßig für den Anwaltsberuf nicht mehr tragbar und deshalb aus der Rechtsanwaltschaft auszuschließen.

„Der gewissenhafte und korrekte Umgang des Anwalts mit ihm anvertrauten Geldern gehört zu den Kernpflichten eines Rechtsanwalts (§§ 43, 43a V, 59b II Nr. 1f BRAO, § 4 II u. III BORA). Die besonderen Anforderungen an den Sorgfaltsmaßstab begründen sich aus der hervorgehobenen Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege, in das die rechtssuchende Bevölkerung ein gesteigertes, objektiviertes Vertrauen setzt.“

Eine Verletzung dieser Kernpflichten durch die vorsätzliche Begehung von Straftaten fügt dem Ansehen der Rechtsanwaltschaft schwere Nachteile zu, da sie das Vertrauen in die Kompetenz und Integrität der Anwaltschaft beeinträchtigt und damit die Funktion der Anwaltschaft im System der Rechtspflege stört (AGH Celle BRAK-Mitt. 2010, 174). Ein Rechtsanwalt, der sich bei der Berufsausübung der Untreue schuldig macht, ist daher i. d. R. für den Anwaltsberuf nicht mehr tragbar und deshalb aus der Rechtsanwaltschaft auszuschließen (BGH BRAK-Mitt. 1986, 232; BGHSt 15, 372; AGH Celle BRAK-Mitt. 2010, 174; BRAK-Mitt. 2008, 172; Feuerich-Weiland, BRAO, 6. Aufl. § 114 BRAO Rn 47 m. w. Nachw., Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl., § 114 Rn 16, § 43a Rn 174). Auch ein langer Zeitablauf zwischen Tat und anwaltsgerichtlicher Entscheidung ist grds. nicht geeignet, die erforderliche Maßnahme des Ausschlusses entfallen zu lassen (Feuerich-Weyland aaO, § 114 Rn 41 m. w. Nachw.).“ (AnwGH München aaO)

BNotO
§ 50 I Nr. 8 Alt. 2

Amtsenthbung
Nachlässige Handhabung steuerlicher Verpflichtungen
(BGH MDR 2013, 1255; Urteil vom 22.07.2013 – NotZ (Brgf) 13/12)

RA/Nt

Eine nicht nur vereinzelt nachlässige Handhabung steuerlicher Verpflichtungen stellt eine für einen Notar nicht hinnehmbare Art der Wirtschaftsführung dar, die die Amtsenthebung gem. § 50 I Nr. 8, 2. Alt. BNotO rechtfertigen kann.

„Neben der Zerrüttung der wirtschaftlichen Verhältnisse eines Notars, die regelmäßig anzunehmen ist, wenn gegen ihn Zahlungsansprüche in erheblicher Größenordnung bestehen oder gerichtlich geltend gemacht werden, Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse gegen ihn erlassen, fruchtlose Pfändungsversuche unternommen, Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gemäß § 807 ZPO eingeleitet oder Haftbefehle zur Erzwingung dieser Versicherung gegen ihn erlassen worden sind, ist bereits eine Wirtschaftsführung des Notars, die Gläubiger dazu zwingt, wegen berechtigter Forderungen Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, als solche nicht hinnehmbar. Ohne Belang ist dabei, aus welchen Gründen diese Maßnahmen erforderlich werden. Dies gilt selbst dann, wenn sie nicht auf schlechte wirtschaftliche Verhältnisse, Vermögenslosigkeit oder Überschuldung des Notars zurückzuführen sind. Unbeachtlich ist ferner, ob den Notar ein Verschulden an der Situation trifft, die ihn zu seiner Art der Wirtschaftsführung veranlasst (st. Rspr.).

Entgegen der Ansicht des OLG ergibt sich aus der Tatsache, dass der Kl. - soweit ersichtlich - die offenen Forderungen kurz vor der mündlichen Verhandlung vollständig beglichen hat, noch nicht, dass die Art seiner Wirtschaftsführung mittlerweile mit der notwendigen Aussicht auf Dauerhaftigkeit geordnet ist. Die Annahme, die Gläubiger hätten sich nur während einer vorübergehenden, inzwischen überwundenen Phase der beruflichen Tätigkeit des Kl. veranlasst gesehen, ihre Ansprüche im Zwangswege zu befriedigen, verbietet sich. Zum einen hat es der Kl. über einen zwölfjährigen Zeitraum immer wieder dazu kommen lassen, dass wegen berechtigter Ansprüche Klagen erhoben und Zwangsvollstreckungen eingeleitet werden mussten. Dies deutet darauf hin, dass der Kl. dauerhaft nicht willens oder - sei es aus Nachlässigkeit, sei es aus wirtschaftlichen Gründen - nicht in der Lage ist, fällige Forderungen mit der für einen Notar erforderlichen Zuverlässigkeit zu begleichen. Zum anderen rechtfertigt die vom OLG angeführte Steigerung seiner beruflich erzielten Gewinne nicht die Prognose, künftige Vollstreckungsmaßnahmen seien nicht zu befürchten. Der Bekl. hat - vom Kl. nicht bestritten - vorgetragen, die Verbesserung der Einnahmesituation beruhe allein darauf, dass die ebenfalls als Rechtsanwältin tätige Ehefrau des Kl. den mit ihm bestehenden Sozietätsvertrag zu dessen Gunsten geändert hat. Der Kl. erwirtschaftete also die gestiegenen Gewinne nicht selbst. Eine solche - während des Amtsenthebungsverfahrens eingerichtete - "Quersubvention" des Kl. durch dessen Ehefrau begründet nicht die notwendige Aussicht einer stabilen Konsolidierung seiner Einkommenssituation." (BGH aaO)

BGB
§ 714

Honoraranspruch einer Rechtsanwalts-GbR
Aktivlegitimation
(OLG Düsseldorf MDR 2013, 1196; Beschluss vom 06.03.2013 – I-24 U 204/12)

BGB

- I. Rechtsinhaberin der Honoraransprüche von Rechtsanwälten, die in einer (Außen-)GbR zusammenarbeiten ist die GbR. Klagt statt der GbR ein Gesellschafter, ist er nicht aktivlegitimiert.

„Schuldnerin der anwaltlichen Dienstleistung und Gläubigerin des Honoraranspruchs ist die Dr. B., Sch. & Kollegen GbR (im Folgenden: GbR), welche vom Bekl. mandatiert worden ist. Auch die diversen Honorarrechnungen, die Grundlage der Klageforderung sind, stammen von der GbR. Die somit materiell berechnete GbR ist eine Außengesellschaft, die nach Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit durch den BGH (BGH NJW 2001, 1056) grds. nur selbst Forderungen gegen Dritte geltend machen kann. Denn nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist materiell Rechtsinhaberin (BGH NJW-RR 2004, 275; BGH WuM 2008, 49; BGH Grundeigentum 2011, 1368).

Klagen statt der Gesellschaft alle Gesellschafter, so mag eine bloße Falschbezeichnung der Klagepartei vorliegen, der durch eine Rubrumsberichtigung auf die GbR Rechnung getragen werden kann (BGH NJW 2003, 1043; BGH NJW-RR 2004, 275; BGH WuM 2008, 49; Palandt/Sprau, BGB, 72. Auflage, § 714 Rn 23; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Auflage, § 62 Rn 13 a). Dies wird - jedenfalls für eine Übergangszeit - nach der Entscheidung des BGH im Jahr 2001 insoweit bejaht, als die Gesellschafter als Streitgenossen anstelle der parteifähigen GbR sollen klagen können (vgl. auch OLG Brandenburg NZG 2006, 381, nach dieser Entscheidung war die Übergangszeit im Jahr 2005 jedoch bereits abgelaufen; siehe auch Zöller/Vollkommer aaO, § 62 Rn 13 a).“ (OLG Düsseldorf aaO)

- II. Der Mangel der Aktivlegitimation wird auch nicht geheilt, wenn der Gesellschafter auf Zahlung an die GbR klagt, denn im Allgemeinen ist der Gesellschafter nämlich nicht berechtigt, eine der Gesamthand zustehende Forderung allein gegen einen Dritten im eigenen Namen geltend zu machen.

„Macht der Kl. eine fremde Forderung im eigenen Namen geltend, so liegt dem keine aus dem materiellen Recht folgende Ermächtigung zugrunde. Im Allgemeinen ist der Gesellschafter einer GbR nämlich nicht berechtigt, eine der Gesamthand zustehende Forderung allein gegen einen Dritten im eigenen Namen geltend zu machen. Nach § 709 I und § 730 II S. 2 BGB können die Gesellschafter, falls nicht ein anderes vereinbart ist, die Geschäfte der Gesellschaft nur gemeinschaftlich führen, mithin auch nur gemeinschaftlich eine Forderung einklagen (BGHZ 102, 152; BGH NJW-RR 2008, 1484, jetzt und im Folgenden zitiert nach Juris). Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine Notkompetenz gem. § 744 II BGB, wonach gerade die Klage eines einzelnen Gesellschafters eine Maßnahme sein muss, die zur Erhaltung eines zur Gemeinschaft gehörenden Gegenstandes erforderlich ist, vorliegt (BGHZ 39, 14; BGH NJW-RR 2008, 1484). Auch eine besonders gelagerte Konstellation, die eine Prozessführungsbefugnis eines einzelnen Gesellschafters möglich erscheinen lässt, liegt nicht vor. Dies kann der Fall sein, wenn der klagende Gesellschafter ein berechtigtes Interesse an der Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen hat, eine Klage im Namen der Gesellschaft aus gesellschaftswidrigen Gründen unterblieben ist und der verklagte Gesellschaftsschuldner an dem gesellschaftswidrigen Verhalten des die Gesellschaftsklage ablehnenden Mitgesellschafters beteiligt ist (vgl. BGH NJW 2000, 734; BGH NJW-RR 1484 m. w. N.). Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist hier nichts ersichtlich.

Die Voraussetzungen der beschränkt zulässigen Einzelklagebefugnis eines Gesellschafters einer Personengesellschaft aus dem Gesellschaftsverhältnis auf Leistung an die Gesellschaft (actio pro socio) liegen hier ebenfalls nicht vor (vgl. hierzu Zöller/Vollkommer aaO, Vor § 50 Rn. 23 m. w. Nachw.).

Es ist zudem weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der Kläger als gewillkürter Prozessstandschafter ermächtigt worden wäre, eine der Gesellschaft zustehende Forderung im eigenen Namen geltend zu machen. Hierzu wäre auch nicht einmal ausrei-

chend, wenn der Kläger nach dem Gesellschaftsvertrag zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt wäre. Er müsste darüber hinaus von dem Verbot des §181 BGB, als Vertreter der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen Geschäfte zu schließen, befreit sein (BGH DB 2002, 1526; BGH NJW-RR 2008, 1484 m. w. N.). Auch hierfür ist nicht ersichtlich.“ (OLG Düsseldorf aaO)

ZPO
§ 91

Zeugenvernehmung des Prozessbevollmächtigten Notwendigkeit der Beauftragung eines weiteren Rechtsanwalts

ZPO

(AG Berlin-Brandenburg BB 2013, 2355; Beschluss vom 22.07.2013 – 17 Ta (Kost) 6061/13)

Eine **Zeugenvernehmung lässt die Funktion als Prozessbevollmächtigten unberührt**. Die **Beauftragung eines weiteren Rechtsanwalts** wegen der Zeugenvernehmung des Prozessbevollmächtigten ist deshalb zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung **i. d. R. nicht notwendig**.

„Nach § 91 I ZPO hat die unterlegene Partei die zur **zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung** entstandenen Kosten zu erstatten, zu denen grds. die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei gehören, § 91 II ZPO. Hat die obsiegende Partei mehrere Rechtsanwälte zur Wahrnehmung ihrer Interessen in einem Rechtsstreit beauftragt, sind die Mehrkosten nur zu erstatten, wenn diese Beauftragung in dem genannten Sinn notwendig war. Dies gilt nicht nur für den Wechsel eines Prozessbevollmächtigten (§ 91 II 2 ZPO), sondern auch für die Beauftragung eines Unterbevollmächtigten oder Terminvertreters, der neben dem Prozessbevollmächtigten tätig werden soll.

Es war im vorliegenden Fall zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung des Kl. nicht erforderlich, eine weitere Rechtsanwältin mit der Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen in den gerichtlichen Terminen zu beauftragen: Der Kl. war insoweit bereits durch seine ebenfalls anwesende Prozessbevollmächtigte vertreten, die weiterhin seine rechtlichen Interessen wahrnehmen konnte. Dem steht nicht entgegen, dass die Prozessbevollmächtigte des Kl. als Zeugin vernommen wurde und möglicherweise damit rechnen musste, erneut als Zeugin aussagen zu müssen. Denn der **Prozessbevollmächtigte einer Partei kann bei Fortdauer seiner Funktion als Zeuge vernommen werden** (BGH NJW 2007, 3069; vgl. hierzu auch OLG Hamm MDR 1977, 142). Der Prozessbevollmächtigte nimmt damit während seiner Vernehmung als Zeuge eine **Doppelfunktion** wahr, d. h., er ist weiterhin berechtigt, für die vertretene Partei Prozessklärungen abzugeben. Soweit der Kl. hierin eine Verkürzung seiner prozessualen Rechte sieht, trifft dies nicht zu. So hatte seine Prozessbevollmächtigte als solche das Recht, auch bei der Vernehmung der zunächst vernommenen Zeugen anwesend zu sein, ohne dass § 394 I ZPO, der eine Vernehmung in Abwesenheit der später vernommenen Zeugen vorsieht, dem entgegensteht. Ferner war die Prozessbevollmächtigte des Kl. nicht gehindert, vor oder nach ihrer Vernehmung als Zeugin die für erheblich gehaltenen Tatsachen vorzutragen und so sicher zu stellen, dass das Vorbringen des Kl. von dem Gericht berücksichtigt werden kann. Auch das **Fragerecht des Kl.** (§ 397 ZPO) wurde **nicht in erheblicher Weise berührt**; denn seine Prozessbevollmächtigte konnte ohnehin bei ihrer Aussage auf alle von ihr für erforderlich gehaltenen Gesichtspunkte eingehen.“ (AG Berlin-Brandenburg aaO)

ZPO
§ 888

Erfüllungseinwand Berücksichtigung im Zwangsvollstreckungsverfahren

ZPO

(BGH MDR 2013, 1188 = NJW-RR 1336; Beschluss vom 06.06.2013 – I ZB 56/12)

Der Erfüllungseinwand des Schuldners ist grds. auch im Verfahren der Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO (hier: zur Durchsetzung eines für vollstreckbar erklärten Schiedsspruchs) zu berücksichtigen.

- I. Nach der Rspr. des BGH ist der Schuldner nicht nur im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, sondern auch im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO mit seinem Einwand zu hören, der vollstreckbare Anspruch sei erfüllt (BGHZ 161, 67 = NJW 2005, 367; BGH BeckRS 2005, 11921; BGH JurBüro 2009, 662; BGH NJW-RR 2011, 470). Das gilt gleichermaßen für das Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO (OLG Hamm BeckRS 2010, 18006 m. w. Nachw.; OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2011, 03340; Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 888 Rn 11; Musielak/Lackmann, ZPO, 10. Aufl., § 888 Rn 8).

„Für die Prüfung des Erfüllungseinwands in Verfahren nach §§ 887, 888 ZPO statt erst bei der Vollstreckungsgegenklage kann – unter anderem – die Prozessökonomie sprechen. Eine Beweiserhebung über die Einwendungen des Schuldners ist – soweit nötig – in beiden Verfahren möglich und liegt stets in den Händen des ProzessGer. Dieses ist im Verfahren nach §§ 887, 888 ZPO ohnehin grds. verpflichtet, Beweis zu erheben. Das Vollstreckungsverfahren würde durch die Verweisung des Schuldners auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage auch nicht beschleunigt. Bei Erhebung der Vollstreckungsgegenklage müsste dem Schuldner unter Umständen Vollstreckungsaufschub nach § 769 ZPO gewährt werden und würde das Verfahren angesichts der einzuhaltenden Fristen letztlich verzögert. Die Frage, ob die vom Schuldner unstreitig vorgenommenen Handlungen dem entsprechen, was der Titel ihm gebietet, kann das ProzessGer. als Vollstreckungsgericht auf Grund seiner Kenntnis vom Inhalt des Rechtsstreits zudem am ehesten entscheiden (vgl. BGHZ 161, 67 = NJW 2005, 367).“ (BGH aaO)

- II. Der Erfüllungseinwand des Schuldners ist im Zwangsvollstreckungsverfahren nach §§ 887, 888 ZPO grds. auch dann zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung aus einem für vollstreckbar erklärten Schiedsspruch betreibt.

1. Nach der Rspr. des BGH sind sachlich-rechtliche Einwendungen gegen den im Schiedsspruch zuerkannten Anspruch innerhalb des Verfahrens über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs (vgl. § 1062 I Nr. 4 Fall 2 ZPO) zulässig, soweit auf sie eine Vollstreckungsgegenklage gestützt werden könnte (BGH NJW-RR 2008, 659; BGH NJW-RR 2011, 213 m. w. Nachw.).

„Es wäre nicht sinnvoll, wenn der Schuldner in solchen Fällen die Vollstreckbarerklärung hinnehmen und wegen seiner Einwendungen einen neuen Rechtsstreit nach § 767 ZPO anhängig machen müsste; vielmehr ist es im Interesse der Verfahrenskonzentration geboten, im Verfahren über die Vollstreckbarerklärung Einwendungen zuzulassen, die an sich zum Anwendungsbereich der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO gehören (BGH NJW-RR 2008, 659 m. w. Nachw.).“ (BGH aaO)

2. Sachlich-rechtliche Einwendungen gegen den Schiedsspruch können aber auch im Verfahren zur Durchsetzung des für vollstreckbar erklärten Schiedsspruchs vorgebracht werden.

„Dafür kann allerdings nicht angeführt werden, die Frage, ob die vom Schuldner unstreitig vorgenommenen Handlungen dem entsprechen, was der Titel ihm gebiete, könne am ehesten vom OLG als Vollstreckungsgericht auf Grund seiner Kenntnis vom Inhalt des Rechtsstreits entschieden werden. Das OLG ist im Erkenntnisverfahren nicht mit dem Rechtsstreit befasst gewesen und hat von daher auch keine Kenntnis vom Inhalt des Rechtsstreits. Für eine Zulassung sachlich-rechtlicher Einwendungen im Verfahren zur Durchsetzung des Schiedsspruchs sprechen jedoch die anderen Gründe, die der BGH bereits in seinen früheren Entscheidungen als maßgeblich angesehen hat (vgl. BGHZ 161, 67 = NJW 2005, 367; BGH NJW-RR 2008, 659).

So hängt die Vollstreckung gem. § 887 ZPO schon nach dem Wortlaut dieser Vorschrift davon ab, dass der Schuldner seine Verpflichtung zur Vornahme einer (vertretbaren) Handlung nicht erfüllt. Der Wortlaut des § 888 ZPO knüpft an den des § 887 ZPO an. Die Vollstreckung nach § 888 ZPO setzt daher gleichfalls voraus, dass der Schuldner seine – auf die Vornahme einer (nicht vertretbaren) Handlung gerichtete – Verpflichtung nicht erfüllt.

Dass der Erfüllungseinwand in Verfahren nach §§ 887, 888 ZPO als erheblich anzusehen sein soll, ergibt sich ferner aus der Begründung des Regierungsentwurfs zur Neufassung der Kostenvorschrift des § 891 S. 3 ZPO durch die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle vom 17.12.1997 (BGBl I, 3039). Danach soll diese Neufassung der Möglichkeit Rechnung tragen, dass Vollstreckungsanträge des Gläubigers etwa nur deshalb teilweise erfolgreich sind, weil der Schuldner nachweist, dass er die vertretbare oder unvertretbare Handlung teilweise erfüllt hat (vgl. BT-Dr 13/341, S. 41).

Schließlich ist es auch im Interesse der Verfahrenskonzentration geboten, sachlich-rechtliche Einwendungen, auf die eine Vollstreckungsgegenklage gestützt werden könnte, bereits im Verfahren zur Durchsetzung des für vollstreckbar erklärten Schiedsspruchs zuzulassen und den Schuldner nicht auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage zu verweisen. Eine Beweiserhebung über die Einwendungen des Schuldners ist, soweit nötig, in beiden Verfahren möglich. Das Vollstreckungsverfahren würde auch nicht beschleunigt, sondern könnte eher verzögert werden, wenn der Schuldner auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage verwiesen würde (vgl. BGHZ 161, 67 = NJW 2005, 367).“ (BGH aaO)

3. Abweichendes gilt im Schiedsverfahren allerdings, wenn der geltend gemachte Einwand seinerseits der Schiedsabrede unterliegt. In diesem Fall ist nicht das OLG, sondern das SchiedsGer. zur Entscheidung berufen (BGHZ 99, 143 = NJW 1987, 651; BGH NJW-RR 1996, 508; BGH NJW-RR 2008, 659; BGH NJW-RR 2011, 213; OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2011, 03340).

Steuerrecht

EStG
§ 33

Außergewöhnliche Belastung Strafverteidigungskosten

SteuerR

(BFH DStRE 2013, 1364 = NJW 2013, 3263; Urteil vom 21.12.2012 – 3 U 22/12)

Die einem wegen einer vorsätzlichen Tat verurteilten Steuerpflichtigen entstandenen **Kosten seiner Strafverteidigung** sind **nicht als außergewöhnliche Belastungen nach § 33 EStG abziehbar**.

- I. Nach **§ 33 I EStG** wird auf Antrag die Einkommensteuer in bestimmtem Umfang ermäßigt, wenn einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstands erwachsen (außergewöhnliche Belastung). Aufwendungen erwachsen dem Steuerpflichtigen dann zwangsläufig, wenn er sich ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann und soweit die Aufwendungen den Umständen nach notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht übersteigen (§ 33 II 1 EStG).
- II. Nach diesen Grundsätzen sind die streitbefangenen Strafverteidigungskosten nicht als außergewöhnliche Belastung abziehbar.
 1. Strafprozesskosten eines verurteilten Steuerpflichtigen werden nach **allg. Meinung** nicht als außergewöhnliche Belastungen anerkannt.

stellvertretend Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 33 EStG Anh. 1 ABC der ag Belastungen Prozesskosten I. Strafprozesskosten, m. w. Nachw.; Lademann, EStG, § 33 Rn 522; Korn, EStG, § 33 Rn 58; Frotscher, EStG, 2011, § 33 Rn 100 ff.; Blümich/Heger, § 33 EStG Rn 235; Schmidt/Loschelder, EStG, 32. Aufl., § 33 Rn 35, Prozesskosten [3]; vgl. auch Bordewin/Brandt, EStG, § 33 Rn 339

2. Die Strafverteidigungskosten sind auch **nicht unabhängig von Gegenstand und Ausgang des Prozesses aus rechtlichen Gründen zwangsläufig erwachsen**.

„Aus dem Urteil des BFH (BFHE 234, 30 = BStBl II 2011, 1015 = NJW 2011, 3055) folgt nicht, dass sämtliche Kosten von Verfahren, bei denen ein Gericht zu beteiligen ist, als außergewöhnliche Belastungen zu qualifizieren wären. Die Unausweichlichkeit von Prozesskosten folgert der VI. Senat daraus, dass der Steuerpflichtige, um sein Recht durchzusetzen, im Verfassungsstaat des Grundgesetzes den Rechtsweg beschreiten muss (BFHE 234, 30 = NJW 2011, 3055).

Es kann dahinstehen, inwieweit dem generell zu folgen wäre. Die neue Rspr. des VI. Senats zum Zivilprozess ist schon deshalb nicht auf den Strafprozess übertragbar, weil eine ex ante-Prognose im Strafverfahren wegen der für den Strafprozess zentralen Unschuldsvermutung ausscheidet.

*Im Streitfall fehlt es i. Ü. bereits an der **Unausweichlichkeit der Aufwendungen**: Die Strafverteidigungskosten hat der Kl. gerade wegen seiner rechtskräftigen Verurteilung zu tragen (§ 465 StPO). Im Strafprozess entstehen Kosten nur dem sanktionierten Straftäter und demjenigen, der für seine erfolgreiche Verteidigung mehr ausgegeben hat, als er vom Staat erstattet bekommt. Mit dieser steht in einer rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Weise fest, dass der Kl. die entsprechenden Straftaten begangen hat. Diese **Straftat ist natürlich nicht unabweichlich**. Der Täter durfte sie nicht begehen. Schon damit wären auch die Kosten, die ihm durch eine Einflussnahme auf seine Verurteilung entstanden, nicht unabweichlich (vgl. auch BFHE 219, 197 = NJW 2008, 1342; FG Rheinland-Pfalz DStRE 2011, 209; FG Münster BeckRS 2013, 94692; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 33 Rn C 56; Frotscher, § 33 Rn 101; Blümich/Heger, § 33 EStG Rn 235).*

*Der Begründungsansatz des VI. Senats zu den Zivilprozesskosten, der Steuerpflichtige könne den Prozesskosten wegen des staatlichen Gewaltmonopols, dessen er sich bedienen müsse, nicht ausweichen, trägt im Strafverfahren auch deshalb nicht, weil es gerade nicht um Situationen geht, in denen der Steuerpflichtige keine andere Wahl hat, als zur **Durchsetzung seiner Rechte** auf die Gerichte zurückzugreifen, sondern um den umgekehrten Fall: Der Besch., der **wissentlich und vorwerfbar gegen die strafbewehrten Regeln des Gemeinwesens verstößt**, hat den daraus resultierenden staatlichen Eingriff zu dulden (Heine SteuK 2012, 27). Soweit seine Rechtsunterworfenheit neben der verhängten Strafe auch zu Kosten führt, hat der Verurteilte diese durch sein Verhalten selbst verursacht und sie deshalb ebenso zu tragen wie er den von ihm verursachten Schaden gegenüber seinem Opfer wiedergutmachen hat (Heine SteuK 2012, 27). Es ist nicht Zweck des Abzugs außergewöhnlicher Belastungen, dem Steuerpflichtigen die Kostenlast zu erleichtern, wenn sich ein **übernommenes Risiko realisiert** (BFHE 206, 16 = NJW 2004, 2407).“ (BFH aaO)*

EStG
§ 46 II Nr. 8 S. 2

Einkommenssteuererklärung Eigenhändigkeit der Unterschrift

SteuerR

(FG Schleswig DB 2013, 2488; Urteil vom 19.09.2013 – 1 K 166/12)

Das Merkmal der **Eigenhändigkeit einer Unterschrift** ist auch dann erfüllt, wenn die **Unterschrift** dem Finanzamt nicht im Original vorgelegt, sondern lediglich **als (Tele-)Kopie übermittelt** wird.

- I. Besteht das Einkommen eines Steuerpflichtigen ganz oder teilweise aus Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit, so wird der Steuerpflichtige nur unter den Voraussetzungen des § 46 II Nr. 1 - 8 EStG zur Einkommensteuer veranlagt. Nach **§ 46 II Nr. 8 EStG** erfolgt eine **Veranlagung auf Antrag des Steuerpflichtigen** (Satz 1), wobei der Antrag **durch Abgabe einer Einkommenssteuererklärung** zu stellen ist (Satz 2). Für den Antrag ist **keine besondere Frist** vorgesehen, er kann daher innerhalb der vierjährigen Festsetzungsfrist gestellt werden, die mit Ablauf des KJ. beginnt, in dem die Steuer entstanden ist (vgl. BFH BFH/NV 2013, 340).

Der **Antrag ist rein verfahrensrechtlicher Natur** und wirkt nicht auf die materielle Rechtslage ein. Er leitet lediglich das Veranlagungsverfahren ein, mittels dessen die materiell gem. § 36 I EStG mit Ablauf des Kalenderjahres bereits entstandene Einkommensteuer ermittelt und festgesetzt wird (vgl. BFHE 214, 149 = BStBl II 2006, 912). Der Antrag ist daher keine Steuererklärung, er muss lediglich in der Form einer Einkommensteuererklärung abgegeben werden. § 46 II Nr. 8 S. 2 EStG verknüpft dabei die Wirksamkeit des Antrags mit den Anforderungen an eine formal wirksame Einkommensteuererklärung. Es **gelten** deshalb die **Voraussetzungen der §§ 150 I 1 AO und § 25 III 4 EStG**, denen zufolge Einkommensteuererklärungen nach amtlichem Vordruck und vom Steuerpflichtigen eigenhändig unterschrieben einzureichen sind. Liegt danach eine wirksame Steuererklärung nicht vor, so ist auch der Antrag nicht wirksam gestellt (vgl. BFHE 213, 508, = BStBl II 2006, 808 m. w. Nachw..).

II. Das Merkmal der Eigenhändigkeit einer Unterschrift erfordert nicht, dass die Unterschrift im Original vorgelegt wird. Es reicht nach Ansicht des FG Schleswig aaO aus, wenn dies in Gestalt einer (Tele-)Kopie erfolgt. Demgemäß erfüllt auch eine insgesamt per Telefax an das Finanzamt übermittelte Einkommensteuererklärung die Voraussetzungen der §§ 150 I 1, 25 III 4 EStG.

1. Die **Frage**, ob eine per Telefax übermittelte Einkommensteuererklärung wirksam ist, insbes. das **Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift** durch den Steuerpflichtigen erfüllt ist, ist bislang **höchstrichterlich nicht geklärt**.

a) In Bezug auf Investitionszulagenanträge, die zu ihrer Wirksamkeit wie Einkommensteuererklärungen einer eigenhändigen Unterschrift des Steuerpflichtigen bedürfen, hat der **3. Senat des BFH** allerdings mehrfach erkannt, dass eine Übermittlung des Antrages per Telefax nicht ausreiche (BFHE 188, 182 = BStBl II 1999, 313; BFH BFH/NV 2003, 1610).

Die Telekopie einer Unterschrift stelle keine eigenhändige Unterschrift dar. Eine solche erfordere, dass der Steuerpflichtige den Antrag höchstpersönlich unterzeichne. Diesem Erfordernis wiederum sei nur genügt, wenn dem Finanzamt gegenüber auch der Nachweis erbracht sei, dass der Steuerpflichtige den Antrag höchstpersönlich unterzeichnet habe. Dieser Nachweis könne nur durch die körperliche Übermittlung des Originalantrages geführt werden, auf den der Steuerpflichtige höchstpersönlich die eigenhändige Unterschrift gesetzt habe. Das ergebe sich aus der **besonderen Bedeutung**, die der eigenhändigen Unterschrift bei Investitionszulagenanträgen zukomme. Diese diene nicht nur dazu, dem Steuerpflichtigen die Bedeutung der in dem Antrag enthaltenen Wissens- und Absichtserklärungen bewusst zu machen und ihn für die Richtigkeit der in dem Antrag enthaltenen Tatsachenangaben in die Verantwortung zu nehmen. Die Verantwortlichkeit umfasse vielmehr auch die **volle strafrechtliche Verantwortung für unrichtige oder unvollständige Tatsachen**, die subventionsrechtliche Tatsachen i.S.d. § 264 des StGB darstellten. Es sollten mögliche spätere Ausflüchte des Erklärenden von vornherein entkräftet sowie verhindert werden, dass der Erklärende die Verantwortung von sich schieben könne. Daher müssten unrichtige oder unvollständige Angaben im Investitionszulagenantrag in strafrechtlicher Hinsicht unschwer und zweifelsfrei der Person zugerechnet werden können, die sich die als wahr versicherten Angaben durch die körperliche Vorlage des die eigenhändige Unterschrift tragenden Antragsvordrucks zu eigen gemacht habe. Diese strafrechtliche Verantwortlichkeit würde verwischt, wenn man die Vorlage einer Telekopie des die eigenhändige Unterschrift tragenden Erklärungsvordrucks ausreichen ließe. Denn in diesem Fall könne sich der Empfänger nicht sicher sein, dass das Schriftstück sowie die auf dem Schriftstück angebrachte Unterschrift vom Absender stammten. Es sei auch nicht zu erkennen, ob es sich lediglich um einen Entwurf handele, der u.U. ohne den Willen des Anspruchsberechtigten an das Finanzamt gelangt sei. Außerdem sei **nicht sichergestellt, dass die Absenderkennung des sendenden Faxgerätes den tatsächlichen Absender wiedergebe**. Der Empfänger wisse schließlich auch nicht, ob es sich bei der telekopierten Unterschrift um die eigenhändige Unterschrift des Absenders handele oder ob diese - in welcher Weise auch immer - manipuliert worden sei. Angesichts der leichten und für den Empfänger nicht erkennbaren technischen Gestaltungs- und Manipulationsmöglichkeiten könne einer Telekopie demnach für die mit der eigenhändigen Unterschrift zusammenhängende Übernahme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit kein Beweiswert beigemessen werden. Allein die körperliche Übermittlung des Originalantrages, auf den der Anspruchsberechtigte höchstpersönlich die eigenhändige Unterschrift gesetzt habe, biete die Gewähr dafür, dass dem Anspruchsberechtigten die Bedeutung der in dem Antrag enthaltenen Wissenserklärung bewusst gemacht werde und er - auch in strafrechtlicher Hinsicht - die Verantwortung für die Richtigkeit der der Erklärung zugrundeliegenden Tatsachen und Belege übernehme.

Anderes ergebe sich auch nicht aus dem Umstand, dass der BFH - wie auch die übrigen obersten Bundesgerichte - es als zulässig ansähen, bestimmende Schriftsätze, die der Schriftform bedürfen, per Telefax zu übermitteln. Denn dort gehe es um die Frage, ob ein solcher bestimmender Schriftsatz unter Wahrung der in den Verfahrensgesetzen vorgesehenen Schriftform mittels moderner Übertragungsmittel rechtzeitig bei Gericht eingehe, während im Hinblick auf die eigenhändige Unterzeichnung eines Investitionszulagenantrages die Frage zu lösen sei, ob der Nachweis eines tatsächlichen Geschehens - nämlich die eigenhändige und höchstpersönliche Unterschriftsleistung durch den Anspruchsberechtigten - schon durch Vorlage der Kopie einer dieses Geschehen dokumentierenden Urkunde erbracht werden könne.

b) Demgegenüber hat der **5. Senat des BFH** im Hinblick auf Umsatzsteuervoranmeldungen erkannt, dass diese wirksam per Telefax übermittelt werden könnten (BFHE 198, 337 = BStBl II 2003, 45). Es fehle insbesondere nicht an der erforderlichen Unterschrift durch den Anmeldenden.

Durch die Schriftlichkeit solle gewährleistet werden, dass aus dem Schriftstück der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden solle, und die Person, von der sie ausgehe, hinreichend zuverlässig entnommen werden könne; außerdem müsse feststehen, dass es sich bei dem Schriftstück nicht nur um einen Entwurf handele, sondern dass es mit Wissen und Willen des Berechtigten dem Empfänger zugeleitet worden sei. Diese Voraussetzungen erfülle auch eine per Telefax übermittelte Umsatzsteuervoranmeldung. Dabei hat der 5. Senat ausdrücklich offen gelassen, ob er der Sichtweise des 3. Senats in Bezug auf Investitionszulagenanträge folgen könnte.

c) Die **Verwaltung** folgert aus dieser Rspr., dass zwar Steueranmeldungen und -erklärungen wirksam per Telefax übermittelt werden könnten, für die das Gesetz - wie bei der Umsatzsteuervoranmeldung - nicht ausdrücklich eine eigenhändige Unterschrift durch den Erklärenden vorsehe. Soweit dies - wie etwa bei Einkommensteuererklärungen - jedoch der Fall sei, reiche eine Übermittlung per Telefax nicht aus

(BMF-Schreiben vom 20. Januar 2003 VV DEU BMF 2003-01-20 IV D 2-S 0321/4/03 = BStBl I 2003, 74).

- d) Dem folgen **Teile der Instanzgerichte** und der **Lit.** Begründet wird dies teils in Anlehnung an die o.g. Rspr. des 3. Senats des BFH zu Investitionszulagenanträgen (vgl. FG Sachsen-Anhalt EFG 2007, 1518; Beermann/Gosch, AO und FGO, § 150 AO Rn 94.4; Pahlke/König, AO, 2. A., § 150 Rn 21), teils wird die Verwaltungsauffassung lediglich in Bezug genommen (Frotscher, EStG, § 25 Rn 66; Korn, EStG, § 25 Rn 15.2). Andere betonen neben dem gesetzlichen Erfordernis der Eigenhändigkeit der Unterschrift bei Einkommensteuererklärungen auch, dass diese viel umfangreicher seien als etwa Umsatzsteuervoranmeldungen, so dass mangels mechanischer Verbindung der einzelnen Seiten eine Verwechslung oder Trennung der Seiten nicht ausgeschlossen sei (so Klein, AO, 11. A., § 150 Rn 2).
- e) Nach **anderer Ansicht** hingegen soll eine Übermittlung per Telefax der Wirksamkeit einer Einkommensteuererklärung nicht entgegenstehen (vgl. FG Brandenburg EFG 2003, 777; Kuhfus EFG 2007, 1518; Schmidt, EStG, 32. Auflage, § 25 Rn 6; Kirchhof, EStG, § 25 Rn 10; Tipke/Kruse, AO und FGO, § 150 Rn 6; Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO und FGO, § 150 AO Rn 34 a.E.).
2. **FG Schleswig aaO** folgt der letztgenannten Sichtweise, wonach eine Unterschrift nicht im Original auf der dem Finanzamt zugehenden Steuererklärung angebracht sein muss, um das Merkmal der Eigenhändigkeit zu erfüllen.

- a) Der Steuerpflichtige leistet eine **Unterschrift** eigenhändig, wenn sie von seiner Hand stammt, er sie also **höchstpersönlich** erbracht hat.

Die **Bedeutung dieses Erfordernisses ist umstritten**: Vereinzelt wird vertreten, es handele sich um einen reinen Autorisierungsakt, der allein die Zurechnung bzw. Zurechenbarkeit der Erklärung bewirke (Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO und FGO, § 150 AO Rn 36; Tipke/Kruse, AO und FGO, § 150 AO Rn 26). Wohl überwiegend wird hingegen angenommen, dass die eigenhändige Unterschrift neben der Identifizierung des Urhebers auch dazu dienen soll, den Steuerpflichtigen dazu anzuhalten, sich die Bedeutung der Steuererklärung als (in erster Linie) Wissenserklärung bewusst zu machen und den Steuerpflichtigen quasi dazu zu zwingen, die Richtigkeit der in der Erklärung enthaltenen Angaben zu überprüfen sowie die Verantwortung dafür zu übernehmen (vgl. z.B. BFHE 139, 158 = BStBl II 1984, 13; BFHE 188, 182 = BStBl II 1999, 313 FG Brandenburg EFG 2003, 777; Lademann, EStG, § 25 Rn 44; Schwarz, AO, § 150 Rn 12a, alle m. w. Nachw.).

„Diese Zwecke werden jedoch sämtlich auch erfüllt, wenn der Steuerpflichtige zwar die Erklärung unterschreibt, er anschließend dem Finanzamt aber nur eine (Tele-)Kopie der unterschriebenen Erklärung vorlegt. Das versteht sich von selbst, wenn man die Leistung der Unterschrift als bloßen Autorisationsakt versteht. Die Autorisierung lässt sich auch anhand einer Kopie der Unterschrift nachvollziehen. Auch die übrigen der eigenhändigen Unterschrift beigemessenen Zielsetzungen erfordern jedoch nicht, dass die Unterschrift des Steuerpflichtigen im Original auf der beim Finanzamt eingehenden Steuererklärung angebracht sein muss. So wird die Bedeutung der Erklärung dem Steuerpflichtigen auch dann und in dem Zeitpunkt vor Augen geführt, in dem er das Original der Steuererklärung - die Grundlage der später gefertigten (Tele-)Kopie - unterschreibt. Mit der Unterschriftsleistung versichert er auch die in der Erklärung enthaltenen Angaben und übernimmt für dieselben die Verantwortung. Die Art und Weise der nachfolgenden Übermittlung des unterschriebenen Vordrucks erfüllt demgegenüber keine weitergehende Funktion, insbes. keine weitergehende Schutzfunktion (vgl. BFHE 229, 482 = BStBl II 2010, 839). Weder wird dem Steuerpflichtigen die Bedeutung der Erklärung eindringlicher deutlich, noch vertieft sich die Übernahme seiner Verantwortung für die von ihm gemachten Angaben dadurch, dass er die Unterschrift später dem Finanzamt im Original vorlegt anstatt sie per Fax zu übersenden (in diesem Sinne auch FG Brandenburg EFG 2003, 777; Kuhfus EFG 2007, 1518). Schließlich ermöglicht auch eine kopierte Unterschrift - u.U. neben anderen Umständen - die Identifizierung des Urhebers der Erklärung bzw. die Zuordnung der Erklärung zu einer bestimmten Person.“ (FG Schleswig aaO)

- b) Die **Gegenansicht**, die für eine wirksame Einkommensteuererklärung das Vorliegen einer Originalunterschrift fordert, **überzeugt nach Ansicht des FG Schleswig aaO nicht**.

*„Sie kann sich nicht auf die Rspr. des BFH zur Wirksamkeit von Investitionszulagenanträgen berufen. Der BFH selbst hat in den maßgeblichen Entscheidungen ausdrücklich klargestellt, dass die Forderung nach dem Vorliegen der Originalunterschrift in erster Linie auf der investitionszulagenrechtlichen und insbesondere damit einhergehenden **strafrechtlichen Zielsetzung** beruht, **Beweisvorsorge** für den Umstand zu treffen, dass der Steuerpflichtige den Vordruck tatsächlich unterschrieben und die strafrechtliche Verantwortung für seinen Inhalt übernommen hatte (BFHE 188, 182 = BStBl II 1999, 313). Eine über den Bereich der Investitionszulagenanträge hinausgehende Bedeutung kommt den Entscheidungen daher nicht zu (so auch BFHE 198, 337 = BStBl II 2003, 45). Ihre Wertungen lassen sich nicht auf die Frage nach der Wirksamkeit einer Einkommensteuererklärung übertragen, zumal sich aus dem Umfang des Beweiswertes einer Unterschrift in einem eventuellen Strafverfahren nichts dafür entnehmen lässt, ob verwaltungsrechtliche Formvorschriften erfüllt sind (so auch FG München, Urteil vom 1. Dezember 1994 10 K 1427/94, zitiert nach juris; Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO und FGO, § 150 Rn 34 a. E.).*

Letzteres ist aber hier die allein interessierende Frage, zu deren Beantwortung es einer solchen Verknüpfung mit dem Beweiswert der Unterschrift nicht bedarf. Vielmehr ist für den Bereich des Prozessrechts höchstrichterlich geklärt und allgemein anerkannt, dass die Übermittlung fristwahrender und damit eigenhändig zu unterschreibender Schriftstücke mittels Telefax ausreichend ist (vgl. GmS-OGB DStR 2000, 1362), ohne dass die Authentizität der Faxschreiben problematisiert würde. Es erschließt sich - auch im Interesse einer einheitlichen Rechtslage - nicht, warum dies bei Steuererklärungen anders sein sollte (so auch FG Brandenburg EFG 2003, 777; Kuhfus EFG 2007, 1518; Tipke/Kruse, AO und FGO, § 150 AO Rn 6).“ (FG Schleswig aaO)

- c) Außerdem ist für FG Schleswig aaO auch in rein tatsächlicher Hinsicht nicht nachvollziehbar, warum die Gefahr, dass eine mit einer Originalunterschrift versehene Erklärung einen Entwurf darstellen könnte,

größer sein soll, wenn sie per Fax übermittelt wird, als wenn sie postalisch versandt wird (so aber Beer-
mann/Gosch, AO, § 150 Rn 94.4).

*„Ebenso wenig erhält der Empfänger im Falle eines postalischen Versands eine größere Gewissheit darüber, dass das Schriftstück sowie die auf dem Schriftstück angebrachte Unterschrift vom angegebenen Absender stammen, wobei im Hinblick auf den o.g. Zweck der Eigenhändigkeit der Unterschrift entscheidend ohnehin die Übereinstimmung zwischen Unterschreibendem und Erklärendem (und nicht dem Absender) wäre. Dementsprechend ist auch unerheblich, welche **Absenderkennung** das bei dem Finanzamt eingehende Telefax trägt. Zwar mag man einer telekopierten Unterschrift nicht ohne weiteres ansehen können, ob sie - in welcher Weise auch immer - manipuliert worden ist. Auch einer im Original vorliegenden Unterschrift kann man im Zeitpunkt ihres Eingangs aber nicht ansehen, ob sie tatsächlich von demjenigen stammt, der sich aus der Erklärung als Erklärender ergibt, oder ob sie ein Dritter geleistet hat. Es erschließt sich nicht, warum es sich in diesem Fall nicht auf die Wirksamkeit der Erklärung auswirken soll, dass sich die **Identität von Unterzeichnendem und Erklärendem erst nach Erklärungseingang feststellen lässt**, einer telekopierten Erklärung aufgrund dessen aber die Wirksamkeit versagt werden soll.“* (FG Schleswig aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Brors:** Die Bestimmung des Nacherfüllungsorts vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (NJW 2013, 3329)

Die **Bestimmung des Nacherfüllungsorts beim Verbrauchsgüterkauf** richtet sich danach, ob dem Käufer nach Art. 3 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie „erhebliche Unannehmlichkeiten“ entstehen können. - Der **Begriff der „erheblichen Unannehmlichkeit“ ist vor dem Hintergrund des europäischen Rechts auszulegen:** Dabei ist zu berücksichtigen, dass der EuGH in anderen verbraucherschützenden Regelungen keine hohen Anforderungen an den Begriff einer „großen Unannehmlichkeit“ gestellt hat, sondern dieses Merkmal bereits bei geringen Zeitverzögerungen für den Verbraucher angenommen hat; diese Anforderungen decken sich mit den ebenso geringen Anforderungen, die an den Begriff der „unzumutbaren Unannehmlichkeit“ in Art 48 UN-Kaufrecht in Zusammenhang mit der Nacherfüllung gestellt werden, so dass gegen die geringe **Erheblichkeitschwelle** nicht der Vorwurf eines zu hohen Verbraucherschutzes spricht. - Die Auslegung des europäischen Verbraucherschutzrechts führt dazu, dass dem Käufer entgegen der Rspr. des BGH nicht zugemutet werden kann, die Sache zum Verkäufer zurückzubringen; vielmehr ist der Nacherfüllungsort an dem Ort, an welchem sich die Kaufsache bestimmungsgemäß befindet.

2. **Niemeyer/König:** Annahmeverzug durch überhöhte Klage Zug um Zug (NJW 2013, 3213)

Problemstellung: In der Rspr. hat sich bisher **keine klare Linie zu der Frage** abgezeichnet, **ob ein wörtliches Angebot i. S. des § 295 S. 1 BGB in einem überhöhten auf Leistung Zug um Zug gerichteten Klageantrag zu sehen** ist. - Nach Auffassung der Autoren ist der auf Zug-um-Zug-Leistung gerichtete Klageantrag regelmäßig unabhängig von einer etwaigen Zuvielforderung als wörtliches Angebot auszulegen, so dass der Bekl. – wenn er die Leistung des Klägers zuvor bestimmt und eindeutig abgelehnt hat – mit Klageerhebung in Annahmeverzug gerät. – Ein **umsichtiger Kl.** sollte in der Klageschrift bis zu einer Entscheidung durch die höchstrichterliche Rspr. **höchst vorsorglich ein wörtliches Angebot ohne eine genaue Angabe der von dem Gegner zu erbringenden Gegenleistung unterbreiten**, wenn die Höhe der Gegenleistung von Unwägbarkeiten (Beweiserhebung, rechtliche Einschätzung durch das Gericht) abhängt; andernfalls droht der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs abgelehnt zu werden, wenn sich das Gericht der von den Autoren vertretenen Auffassung nicht anschließt.

3. **Ruess/Delpy:** Neues zur Haftung der Geschäftsführer für wettbewerbsrechtliche Verstöße (GWR 2013, 455)

Problemstellung: Bei wettbewerbsrechtlichen Verstößen wird **nicht nur die Gesellschaft, sondern daneben auch deren Vertreter persönlich verklagt**; zwar besteht Einigkeit darüber, dass die Gesellschaft und ihre Vertreter als Gesamtschuldner auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden können, jedoch gehen die Meinungen und Ansichten hinsichtlich der Voraussetzungen einer persönlichen Haftung der Vertreter auseinander. - Der **Vorteil einer „doppelgleisigen“ Vorgehensweise** ist darin zu sehen, dass eine **abschreckende Wirkung** erreicht werden kann, wenn bei Wettbewerbsverstößen durch die Gesellschaft auch eine rechtliche Handhabe gegen den Vertreter besteht; dies hat i. d. R. zur Folge, dass der Vertreter alles in seiner Macht Stehende veranlassen wird, um Wettbewerbsverstöße zu unterbinden und einzudämmen, da er anderenfalls Gefahr läuft, persönlich in Anspruch genommen zu werden. - Überdies ist auch der Umstand nicht zu vernachlässigen, dass durch einen Titel nicht nur gegen die Gesellschaft, sondern auch gegen ihren Vertreter verhindert werden kann, dass Letzterer seine wettbewerbswidrigen Handlungen in einer anderen Gesellschaft oder sogar einer Tochtergesellschaft ungehindert fortsetzt. - Auch die wirtschaftliche Lage des Vertreters kann einen Anreiz darstellen, diesen als Beklagtenpartei mit einzubeziehen, etwa wenn es um die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft nicht gut bestellt ist. - Ob der Geschäftsführer bei Wettbewerbsverstößen durch die Gesellschaft **passivlegitimiert** ist, sollte anhand des **Aufgabenbereichs und der möglichen Kenntnis des Vertreters** sowie des Ablaufs und der Struktur innerhalb der Gesellschaft beleuchtet werden; verwirklicht der Vertreter bereits eigenständig einen der Unlauterkeitstatbestände, ist eine weitere Diskussion der persönlichen Haftung entbehrlich. - Auf der anderen Seite wird sich in den klassischen Fällen auch nach Entfall der **Störerhaftung** ferner über die Pflicht, Schaden von der Gesellschaft abzuwenden, eine Haftung konstruieren lassen: Die Missachtung von Wettbewerbsrecht führt auch zu wirtschaftlichen Nachteilen, die der Geschäftsführer der Gesellschaft zu ersparen hat; einem Gläubiger bleibt unbenommen, den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Vertreter bei einem titulierten Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft zu pfänden.

4. **Pallasch:** Homosexualität als Kündigungsgrund (NZA 2013, 1176)

(Praktizierte) Homosexualität vermag eine Kündigung weder im säkularen, noch im kirchlichen Arbeitsverhältnis zu rechtfertigen. - Im Anwendungsbereich des KSchG fehlt ein Kündigungsgrund i. S. des § 1 II KSchG. - Da die **Diskriminierungsverbote des AGG zu berücksichtigen** sind, könnten Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Identität allenfalls mit § 8 I AGG gerechtfertigt werden. - Im Rahmen von Arbeitsverhältnissen stellen jedoch weder der homosexuelle Status, noch die homosexuelle Praxis eine **wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** dar (für verbandsrechtliche Mitgliedschaftsverhältnisse ist dies möglicher-

weise anders zu beurteilen). - des KSchG ist eine Kündigung, die ausschließlich wegen der Homosexualität des Arbeitnehmers erfolgt, als **sittenwidrig**, jedenfalls aber als treuwidrig einzustufen. - Für **kirchliche Arbeitsverhältnisse** (nicht Mitgliedschaftsverhältnisse) gestattet der spezielle Rechtfertigungsgrund des § 9 AGG nur Ungleichbehandlungen wegen der Religion, aber nicht wegen der sexuellen Identität. - Unabhängig davon sind **Loyalitätsanforderungen** des Inhaltes, homosexuelle Praxis zu unterlassen, **arbeitsvertraglich nicht wirksam begründbar**, da dem durch Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG geschützten Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ein höherer Rang zukommt als dem durch Art. 140 GG geschützten kirchlichen Selbstbestimmungsrecht; Ungleichbehandlungen wegen Homosexualität können deshalb auch nicht mit § 8 I AGG gerechtfertigt werden.

I. Strafrecht

1. **Backmann:** Fahrlässige Körperverletzung und Tötung im Straßenverkehr als Straftat? (NZV 2013, 465)

Die Bestrafung eines Verkehrsteilnehmers ist nur erforderlich und gerechtfertigt, wenn eine **gesteigerte Fahrlässigkeit zu einer Körperverletzung geführt** hat oder wenn die Fahrlässigkeit zwar „gewöhnlich“ war, durch sie aber **besonders schwerwiegende Verletzungsfolgen** herbeigeführt wurden; bei geringer Fahrlässigkeit und geringfügigen Verletzungsfolgen kann dem Gesamtunrechtsgehalt mit den Mitteln des Ordnungswidrigkeitenrechts ausreichend Rechnung getragen werden; der Ausgleich zwischen Schädiger und Geschädigtem kann zivilrechtlich angemessen erfolgen. - Empfehlenswert erscheint eine **Ergänzung des § 229 StGB** um einen Satz 2, wonach Körperverletzungen im Straßenverkehr nur dann nach Satz 1 strafbar sind, wenn der Täter leichtfertig handelt oder eine der in § 226 I StGB genannten Folgen eintritt; ferner ist eine Konkretisierung dahingehend sinnvoll, dass leichtfertig insbes. handelt, wer eine der in § 315c I Nr. 1 oder Nr. 2 a-g StGB genannten Handlungen begeht; die derart modifizierte fahrlässige Körperverletzung im Straßenverkehr sollte stets von Amts wegen verfolgt werden. - De lege lata sollte in den vorgenannten Fällen umfassend von den gesetzlichen Einstellungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht werden; eine Präzisierung der RiStBV kann zu einer (gebotenen) einheitlichen Handhabung im Bundesgebiet beitragen; Gerichte sollten hilfsweise von der Verwarnung mit Strafvorbehalt Gebrauch machen, was erst recht gilt, wenn weitere mildernde Umstände hinzutreten, etwa Schadenswiedergutmachung und bisherige Straffreiheit.

2. **Hoven:** Der Wechsel von Amtsträgern in die Privatwirtschaft – Gedanken zur Vorteilsannahme nach § 331 StGB am Beispiel Eckart von Klaedens (NStZ 2013, 617)

Problemstellung: Der zeitlich unmittelbare Wechsel von Politikern in die Wirtschaft begegnet nachvollziehbaren Bedenken: der Anschein einer Käuflichkeit von Kontakten und politischen Entscheidungen birgt die Gefahr, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Politik nachhaltig zu erschüttern. - Wenngleich der Verzicht auf eine direkte Übernahme beratender Tätigkeiten in der Privatwirtschaft wünschenswert erscheint, steht einem solchen Wechsel bislang **kein gesetzliches Verbot** entgegen. - Eine **Grenze** ist jedoch dort zu ziehen, wo sich der Amtsträger dem Verdacht einer **strafbaren Vorteilsannahme** aussetzt; wird dem Amtsträger ein Arbeitsvertrag als Vorteil für die Dienstausübung gewährt, sind nicht nur ethische, sondern auch strafrechtliche Schranken überschritten; im Fokus der strafrechtlichen Ermittlungen wird hierbei regelmäßig der **Nachweis einer Unrechtsvereinbarung zwischen Vorteilsgeber und Zuwendungsempfänger** stehen. - Im Falle von Klaedens zeigt sich, welche Schwierigkeiten eine rechtlich eindeutige Bewertung wechselseitiger Absprachen im Wege einer **indiziellen Gesamtschau** aufwirft; die durch den BGH entwickelten Kriterien zur Beurteilung einer Unrechtsvereinbarung lassen sich nur teilweise auf den Abschluss künftiger Arbeitsverträge übertragen; angesichts der besonderen Konstellation in Fällen des Arbeitgeberwechsels werden zusätzliche Maßstäbe für die Würdigung der Indizienlage aufzustellen sein. - Auf Grundlage der bisherigen Rspr. sind der hohe **Wert des Vorteils** sowie die besondere **Enge des Näheverhältnisses** zu Lasten, die Möglichkeit einer alternativen Zwecksetzung sowie die Transparenz des Vorgehens zu Gunsten von Klaedens zu werten. - Auch wenn eine konkrete Diensthandlung zugunsten des Vorteilsgebers für den Tatbestand des § 331 I StGB nicht erforderlich ist, kann ein besonderer Einsatz für den Zuwendenden als erhebliches Indiz in der strafrechtlichen Würdigung berücksichtigt werden.

3. **Geppert:** Zur Frage strafbarer Kollektivbeleidigung der Polizei oder einzelner Polizeibeamter durch Verwendung des Kürzels „a.c.a.b.“ (NStZ 2013, 553)

Allein dadurch, dass jemand auf einem Volksfest ein T-Shirt mit dem Aufdruck „a.c.a.b.“ trägt, wird § 185 StGB auch dann nicht erfüllt, wenn sich Polizeibeamten vor Ort durch diese Buchstabenfolge beleidigt fühlen; selbst wenn man „cops“ nicht als Bezeichnung für Angehörige der Polizei schlechthin begreift (offen dann zusätzlich: nur deutsche Polizei oder Polizisten auf der ganzen Welt?), sondern – der Genese von „a.c.a.b.“ entsprechend – auf uniformierte (deutsche) Vollzugspolizisten einengt, bleibt der **Kreis der so angesprochenen Beamten zahlenmäßig so groß, dass sich die ehrverletzende Äußerung in der Tat „in der Masse verliert und den Einzelnen nicht mehr erreicht“**. - Anders als beim „Soldaten sind Mörder“-Zitat, das auf die jedem Soldaten aufgegebene Pflicht zum Kriegseinsatz und zugleich damit auch auf die zwangsläufig damit verbundene Pflicht zum Töten auch von Menschen hinweist, lässt der böse Ausdruck „a.c.a.b.“ i. Ü. völlig offen, an welche der vielen vorstellbaren Polizeiaufgaben dabei gedacht ist; **kein Polizist muss sich hier persönlich angesprochen fühlen**. - Gleichwohl kann es auch „a.c.a.b.“-Fallgestaltungen geben, bei denen eine beleidigungsmäßige Individualisierung auf einzelne Polizeibeamte sehr wohl bejaht werden kann; denn wenn dieser böse Spruch auf einen ganz bestimmten Vorfall zielt oder eine ganz bestimmte Polizeiaktion meint, sind alle bei dieser Polizeiaktion als Teil des verhassten „Systems“ beteiligten Beamten mitbetroffen und damit auch als Individuen in ihrer höchstpersönlichen Ehre verletzt, selbst wenn es sich nach Lage des Falles um ein zahlenmäßig schon größeres Polizeikontingent handelt; in

solchen Fällen entscheidet sich die Frage der Beleidigungsstrafbarkeit nicht am Erfordernis der **exakten Abgrenzbarkeit** und auch nicht an der **zahlenmäßigen Überschaubarkeit des Kollektivs**, sondern an der beleidigungsrelevanten Wertentscheidung aus Art. 5 GG. - Wer einen anderen einen „Bastard“ schimpft, tauscht keine Argumente aus, steht für ihn doch „nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund“.

4. **Maier**: Aus der Rspr. des BGH zu den Raubdelikten – 1. Teil (NSTz-RR 2013, 329)

III. Öffentliches Recht

1. **Scheidler**: Behördliches Vorgehen gegen Skinhead-Konzerte in Bayern (NVwZ 2013, 1449)

Da **rechtsextremistische Skinhead-Konzerte** typischerweise nicht nur dem Musikkonsum und der Unterhaltung, sondern auch der Rekrutierung neuer Anhänger und deren ideologischer Festigung dienen, sind sie als **Versammlungen** zu werten und unterstehen dem **Grundrechtsschutz aus Art. 8 I GG**, mit der Konsequenz, dass die Eingriffsschwelle für behördliche Verbote oder Beschränkungen höher ist, als bei einer bloßen Vergnügungsveranstaltung. - Stimmt man dem zu, so ist der **Anwendungsbereich des Versammlungsrechts eröffnet**, das als spezielleres Recht die Befugnisnormen der Sicherheitsgesetze der Länder verdrängt, soweit es nicht um rein **nichtversammlungsspezifische Gefahren** geht. - Da für den Veranstalter der Kreis der Besucher in der Regel unbestimmt ist, handelt es sich um öffentliche Versammlungen, selbst wenn dazu durch konspirative Telefon- oder E-Mail-Aktionen eingeladen wurde; in Bayern kommt damit das BayVersG zur Anwendung (vgl. Art. 2 BayVersG). - Soll das Konzert in einem geschlossenen Raum stattfinden, gilt **Art. 12 BayVersG**, demzufolge ein Verbot oder eine Beschränkung insbes. dann möglich ist, wenn die Liedtexte einen strafbaren Inhalt haben; in Betracht kommen insofern vor allem die Straftatbestände der §§ 86, 86 a, 90 a, 111 oder § 130 StGB. - Bei einem Open-Air-Konzert ist ein Verbot oder eine Beschränkung zusätzlich dann möglich, wenn ein Fall des **Art. 15 II BayVersG** vorliegt, etwa wenn Liedtexte zwar noch nicht die Schwelle zur Strafbarkeit überschreiten, aber durch Verherrlichung der NS-Herrschaft die Würde der Opfer beeinträchtigen. - In allen Fällen hat die Versammlungsbehörde (nämlich die Kreisverwaltungsbehörde, Art. 24 II 1 BayVersG) bei ihrer **Ermessensausübung** den hohen Rang des Grundrechts der Versammlungsfreiheit zu berücksichtigen. - Die Auffassung, wonach Skinhead-Konzerte i. d. R. Versammlungen sind, ist allerdings nicht unumstritten: Da es **keine gefestigte, einheitliche Rspr.** gibt, können Sicherheitsbehörden daher ohne Verletzung ihrer Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) das Vorliegen einer Versammlung verneinen und damit zu einer **Anwendung des allgemeinen Sicherheitsrechts** gelangen; die Voraussetzungen hierfür sind weniger streng als für Verbote nach Versammlungsrecht. - Um dem sicherheitsrechtlich angeordneten Verbot unmittelbare Wirksamkeit zu verschaffen, ist es sinnvoll, die sofortige Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO anzuordnen, wobei das **besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung** schriftlich zu begründen ist (§ 80 III 1 VwGO). - Geht es um Gefahrenabwehr, besteht ein öffentliches Interesse an der Vollziehung i. d. R. dann, wenn zu erwarten ist, dass sich die Gefahr realisiert, bevor es zu einer gerichtlichen Entscheidung kommt. - Wird in einem **einstweiligen Rechtsschutzverfahren** (vgl. § 80 V VwGO) der Sofortvollzug durch das zur Entscheidung berufene Gericht außer Kraft gesetzt, weil dieses die Veranstaltung als Versammlung wertet, kann ein den versammlungsrechtlichen Vorgaben genügender Bescheid (durch die Kreisverwaltungsbehörde als Versammlungsbehörde) nachgeschoben werden.

2. **Fetzer**: Schutzniveau und Drittschutz im Atomrecht (NVwZ 2013, 1373)

Mit **§ 7 d AtG** hat der Gesetzgeber eine **Betreiberpflicht für Inhaber einer atomrechtlichen Genehmigung** eingeführt, **Sicherheitsvorkehrungen** zu ergreifen, die zu einer **Restrisikominimierung** in nicht nur unerheblicher Weise beitragen; zugleich wird durch die Norm am **Schutzkonzept des § 7 II Nr. 3 AtG** nichts verändert, der sich wie bisher auf Maßnahmen für eine **bestmögliche Schadensvorsorge** bezieht; § 7 d AtG führt daher nicht zu einer Absenkung des atomrechtlichen Schutzniveaus, vielmehr wird das Schutzniveau dahingehend angehoben, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Restrisikominierungsmaßnahmen durch die Betreiber zu ergreifen sind; damit geht § 7 d AtG über das verfassungsrechtlich geforderte Schutzniveau hinaus, das gerade kein Gebot zur Restrisikominimierung enthält. - Aus dem so definierten Anwendungsbereich von § 7 d AtG ergibt sich zugleich, dass die Norm **keinen drittschützenden Gehalt** hat; das Restrisiko ist grds. von der Allgemeinheit zu tragen. - Vorschriften zu seiner Minimierung schützen daher die Allgemeinheit und nicht individualisierte Personen oder Personengruppen; vielmehr muss § 7 d AtG durch die atomrechtlichen Aufsichtsbehörden durchgesetzt werden, die insofern dann auch als Sachwalter der Allgemeinheit auftreten. - Die an § 7 d AtG vielfach geäußerte Kritik läuft daher ins Leere, da er weder zu einer Absenkung des bestehenden atomrechtlichen Schutzniveaus noch zu einer Reduzierung des Drittschutzes führt.

3. **Bechler/Neidhardt**: Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz für Parteien vor der Bundestagswahl: Die Nichtanerkennungsbeschwerde zum BVerfG (NVwZ 2013, 1438)

Nach dem **neuen § 14 IV a EuWG** ist die **Beschwerde zum BVerfG eröffnet**, wenn der **Bundeswahlausschuss** einen **Wahlvorschlag wegen fehlender Parteieigenschaft oder Eigenschaft als sonstige politische Vereinigung i. S. des § 8 I EuWG zurückweist**. - Im Unterschied zur Nichtanerkennungsbeschwerde nach § 18 IV a BWG hat das BVerfG dabei nicht auf einer ersten Ebene zu prüfen, ob die Wahlbeteiligung formell ordnungsgemäß angezeigt wurde; denn im Europawahlrecht wird die Parteieigenschaft oder Eigenschaft als sonstige politische Vereinigung i. S. von § 8 I EuWG nicht vorab in einem **eigenständigen Verfahren** festgestellt, sondern ist Teil der Entscheidung über die Zulassung der Wahlvorschläge gem. § 14 II 1 EuWG; deshalb ist die **Prüfung des BVerfG auf das Vorliegen der Eigenschaft als wahlvorschlagsberechtigter Partei oder sonstige politi-**

sche Vereinigung i. S. des § 8 I EuWG beschränkt. - Im Gegenzug hat der Bundeswahlausschuss auch bei nach seiner Ansicht fehlendem Wahlvorschlagsrecht nach § 8 I EuWG stets das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen für die Zulassung eines Wahlvorschlags zu prüfen, damit dieser Vorschlag im Falle einer erfolgreichen Nichtanerkennungsbeschwerde zum BVerfG – und bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – zugelassen ist. - Zudem steht der Partei oder Vereinigung zeitlich parallel zum Rechtsbehelf der Nichtanerkennungsbeschwerde die Beschwerde zum Bundeswahlausschuss offen, soweit der Wahlvorschlag (auch) aus anderen Gründen als dem fehlenden Wahlvorschlagsrecht nach § 8 I EuWG zurückgewiesen wurde (§ 14 IV EuWG). - Das Nichtanerkennungsbeschwerdeverfahren erledigt sich, wenn der Bundeswahlausschuss unter Abänderung seiner früheren Entscheidung das Wahlvorschlagsrecht nach § 8 I EuWG feststellt.

4. **Austermann:** Die Wahl des Bundeskanzlers gemäß Art. 63 GG (DÖV 2013, 865)

Art. 63 GG enthält mit der Regelung der Wahl des Bundeskanzlers durch den Bundestag ein **Kernstück des parlamentarischen Regierungssystems**; der Normzweck liegt in der zügigen Bildung einer stabilen Regierung, eingeleitet durch die Wahl eines mehrheitsfähigen Bundeskanzlers. - Drei Wahlphasen sind möglich: Am Anfang steht ein Vorschlag des Bundespräsidenten, wobei er frei entscheiden kann, wen er wie innerhalb angemessener Frist vorschlägt. - Das Grundgesetz setzt **vorrangig** auf die **Kanzlerwahl mit absoluter Mehrheit der Mitglieder des Bundestages**; erst wenn diese in den ersten beiden Phasen nicht erreicht wird, genügt eine relative Mehrheit, wobei es dem Ermessen des Bundespräsidenten überlassen bleibt, ob er den mit relativer Mehrheit Gewählten zum Bundeskanzler ernennt oder ob er den Bundestag auflöst und so Neuwahlen ermöglicht; er wird sich bei seinen Überlegungen an den Erfolgsaussichten und der Handlungsfähigkeit des Minderheitskanzlers orientieren. - Die Wahl des Bundeskanzlers durch den Bundestag gibt der Parlamentswahl den Charakter einer **mittelbaren Kanzlerwahl**: Die Wähler konzentrieren sich weit überwiegend auf wenige Parteien mit Aussicht auf eine Regierungsbeteiligung; die Notwendigkeit einer Mehrheitswahl des Kanzlers zwingt zur politischen Absprache (Koalition oder Tolerierung), was die Bindung zwischen den beteiligten Parteien erhöht.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Sommer/Treptow:** Die „Umwandlung“ einer Partnerschaftsgesellschaft in eine PartG mbB und ihre Folgen (NJW 2013, 3269)

Für die **Anwendung des Haftungskonzepts der PartG mbB** kommt es im Außenverhältnis allein auf den **wirksamen Abschluss der spezifischen Berufshaftpflichtversicherung** i. S. des § 8 IV 1 PartGG an; hierfür ist im Außenverhältnis wegen § 7 III PartGG i. V. mit § 126 II HGB kein Gesellschafterbeschluss erforderlich. - Im Innenverhältnis ist der Abschluss der spezifischen Berufshaftpflichtversicherung grds. nicht von der (allgemeinen) Geschäftsführungsbefugnis der Partner umfasst und bedarf daher eines Gesellschafterbeschlusses; dieser ist mit der für außerordentliche Geschäfte vorgesehenen Mehrheit zu fassen. - Die Haftungsbeschränkung auf das Partnerschaftsvermögen findet grds. ab Beginn des spezifischen Versicherungsschutzes Anwendung; für Mandatsbeziehungen, die bereits vor dem Beginn des spezifischen Versicherungsschutzes der PartG mbB abgeschlossen wurden, verbleibt es grds. beim Haftungskonzept der einfachen Partnerschaft; dies gilt auch für solche Berufsfehler, die erst nach dem Beginn des spezifischen Versicherungsschutzes begangen wurden; diese persönliche Nachhaftung der Partner ist analog § 160 HGB, § 224 II UmwG zeitlich auf fünf Jahre nach Eintragung der Namensänderung im Partnerschaftsregister beschränkt; eine Überleitung solcher Altmandate in das Haftungskonzept der PartG mbB ist im Wege einzelvertraglicher Regelungen mit dem betreffenden Mandanten möglich und für die Praxis dringend zu empfehlen. - Mit Beginn des spezifischen Versicherungsschutzes bemisst sich die **Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungsvereinbarungen für Berufsfehler** grds. nach den erhöhten Mindesthaftungssummen bei der PartG mbB; Ausnahmen bestehen für solche Altmandate, für die (noch) das Haftungskonzept der einfachen Partnerschaft Anwendung findet.

2. **Kotz:** Änderungen des RVG für in Straf- und Bußgeldsachen sowie in Sonstigen Verfahren tätige Rechtsanwältinnen/Rechtsanwälte (NStZ 2013, 566)

3. **Kotz:** Aus der Rspr. zur Vergütung des in Straf- und Bußgeldsachen tätigen Rechtsanwalts 2012 – 2. Teil (NStZ-RR 2013, 300)

4. **Kilger/Prossliner:** Das Recht der berufsständischen Versorgung seit dem Jahr 2012 (NJW 2013, 3283)

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3
Protokollwissen

Protokolle anfordern!

Prüfungsstoff im Mündlichen
1/3
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

ZA lesen!

1/3
unbekannter Stoff

Phantasie zeigen! ■

