



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

36. Jahrg.

Januar 2011

Heft 01

---

**Aus dem Inhalt:**

- VG Aachen:** Kein Anspruch auf Winterdienst gegen Gemeinde
- BGH:** Haftung des Vermieters bei "kalter" Räumung
- BGH:** Mord durch Vergeltungsaktion an Zivilisten
- BGH:** Untreue bei Verstoß gegen Betriebsverfassungsrecht
- OVG Münster:** Hundesteuerpflicht trotz Hartz IV
- BGH:** Bezugnahme auf nicht unterzeichneten Schriftsatz bei Berufung
- BGH:** Besetzungsrüge bei fehlerhafter Besetzungsreduktion



#### **Impressum:**

##### **Verlag und Redaktion:**

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

[info@juridicus.de](mailto:info@juridicus.de)

[www.juridicus.de](http://www.juridicus.de)

##### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

##### **Urheber und Verlagsrechte:**

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

**Bezugspreis:** vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Änderung der Strafprozessordnung.....	1
Änderung des Rechts der Sicherungsverwahrung.....	1

### Brandaktuell

VG Aachen: Winterdienstpflicht der Gemeinde (kein einklagbarer Anspruch).....	3
--	---

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BGH: Haftung des Vermieters bei „kalter“ Räumung (Verschuldensunabhängigkeit).....	4
LG Frankfurt/O.: Nutzungsausfallentschädigung für Pkw (nicht für Beschaffung von Neuwagen statt Gebrauchswagen).....	7

#### Strafrecht

BGH: Mord (Tötung von Zivilisten als Vergeltungsaktion).....	10
BGH: Untreue (Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Normen).....	13

#### öffentl. Recht

OVG Münster: Hundesteuer und Existenzminimum (kein Anspruch auf Befreiung von Aufwandssteuern).....	16
OLG Hamm: Waffenrechtliche Sicherstellungsmaßnahme (Voraussetzungen einer richterlichen Durchsuchungsanordnung).....	20

#### Kurzauslese I

BGH: Schenkung an Minderjährige (rechtlicher Vorteil).....	25
OLG Düsseldorf : Mietvertragskündigung (dauerhafter Gebrauchsentzug).....	27
BGH: Gefälligkeitsverhältnis (Haftungsverteilung in „Gebrauchsüberlassungskette“).....	27
OLG Naumburg: Selbstvornahmerecht (nach Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung).....	27
BGH: räuberischer Diebstahl (Zueignungsabsicht).....	29
BGH: besonderes persönliches Merkmal (Bereicherungsabsicht / Tatbegehung gegen Entgelt).....	29
KG: gefährliches Werkzeug / Waffe (Glasflasche).....	31
BGH: Ausspähen von Daten („Skimming“).....	31
OLG Bamberg: unbefugter Datenabruf (Abruf personenbezogener Daten aus dem Abfragesystem IGVP).....	31
BayVerfGH: Angaben auf Lohnsteuerkarte (Verfassungsmäßigkeit).....	33
BVerwG: Beihilfeanspruch (Vererblichkeit).....	33

**Entscheidungen Verfahrensrecht**

**Zivilrecht**

LG Bonn:	Zulässigkeit einer Zwischenfeststellungsklage (Haftungsquote bei Verkehrsunfall ).....	35
BGH:	Anforderungen an Berufungsbegründung (Bezugnahme auf nicht unterzeichnetes Schriftstück).....	39

**Strafrecht**

BGH:	Besetzungsrüge (fehlerhafte Besetzungsreduktion / Vorrang der Dreierbesetzung).....	42
------	--	----

**öffentl. Recht**

BVerwG:	Entbehrlichkeit des Vorverfahrens (bei Zweckerreichung oder deren Ausschluss).....	45
OVG Münster:	Kosten der Ersatzvornahme (Anordnung der sofortigen Vollziehung für Kostenbescheid).....	49

**Kurzauslese II**

BGH:	Parteiwechselerklärung (in der mündlichen Verhandlung) .....	53
BGH:	Berufungsverwerfungsbeschluss (notwendiger Inhalt).....	53
BGH:	Prozessbevollmächtigter (zulässige Verwendung der „Ich-Form“ in Einspruchsschriftsatz).....	53
OLG Zweibrücken:	Bindungswirkung eines Strafurteils (im Zivilprozess).....	55
BayVGH:	Richterablehnung (Nichtbekanntgabe der Religionszugehörigkeit).....	55
LG Itzehoe:	Pflichtverteidiger (nachträgliche Beiordnung).....	55
OLG Oldenburg:	Anklageschrift (erforderliche Konkretisierungsangaben).....	57
OVG Münster:	Widerruf einer Vollmacht (Form).....	57
VG Berlin:	Rechtsweg (Anfechtung eines Hausverbots für JobCenter).....	57
OVG Lüneburg:	Verpflichtungsklage (erforderlicher Inhalt der Rechtsbehelfsbelehrung).....	59
VGH Mannheim:	Berufungszulassungsantrag (Verfassen der Begründung durch Mandanten).....	59
BVerfG:	Individualverfassungsbeschwerde (unzulässig bei Landtagswahlen).....	61

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	63
---	----

<b>Übersicht:</b>	Baumbach'sche Kostenformel.....	67
-------------------	---------------------------------	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung:	öffentl. Recht.....	68
Assessorprüfung:	Strafprozessrecht.....	69

## Aus der Gesetzgebung

### A. Änderung der Strafprozessordnung

Gesetz zur Stärkung des Vertrauensverhältnisses zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht vom 22.12.2010 – In-Kraft-Treten am 01.02.2011 (BGBl. I, S. 2261)

#### I. Die bisherige Rechtslage

§ 53 I 1 Nr. 2 u. 3 StPO gewährt Verteidigern und Rechtsanwälten, einschließlich ihnen gleichgestellten sonstigen Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer, in gleicher Weise ein Zeugnisverweigerungsrecht über das, was ihnen in dieser beruflichen Eigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden ist. Dies dient dem Interesse der Mandanten, die sich Verteidigern und Rechtsanwälten ohne die Sorge anvertrauen können sollen, dass der Verteidiger oder der Rechtsanwalt später über den Inhalt des Gesprächs Zeugnis abgeben muss.

Die Regelung des **§ 160a StPO** griff dies auf und **schränkte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen**, mit denen Erkenntnisse gewonnen würden, die dem Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 StPO genannten Berufsgeheimnisträger unterliegen, **ein**. Zugleich **wurde hierbei jedoch** wie folgt **differenziert**:

- Für **Geistliche, Verteidiger und Abgeordnete** galt gem. § 160a I StPO ein **absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot** hinsichtlich aller Ermittlungsmaßnahmen.
- Für **andere zeugnisverweigerungsberechtigte Berufsgeheimnisträger** – und damit auch für Rechtsanwälte, die im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verteidigungsmandats tätig werden – griff nach § 160a II StPO ein **Erhebungs- und Verwertungsverbot nur nach Maßgabe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall** ein.

#### II. Die Neuregelung

Diese Differenzierung wurde insbes. im Verhältnis Verteidiger – Rechtsanwalt als nicht sachgerecht erachtet, zumal der Übergang vom Anwalts- zum Verteidigermandat in der Praxis mitunter fließend war.

Der **absolute Schutz des § 160a 1 StPO** vor strafprozessualen Beweiserhebungs- und Verwertungsmaßnahmen ist daher **nunmehr auf Rechtsanwälte** (einschließlich der niedergelassenen oder dienstleistenden europäischen Rechtsanwälte), **nach § 206 BRAO in eine Rechtsanwaltskammer aufgenommene Personen sowie Kammerrechtsbeistände** (§ 209 BRAO) **erstreckt** worden.

### B. Änderung des Rechts der Sicherungsverwahrung

Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22.12.2010 – In-Kraft-Treten am 01.01.2011 (BGBl. I S. 2300)

#### I. Allgemeines

Nachdem das **BVerfG** noch im Jahre 2004 die Vereinbarkeit der rückwirkenden Aufhebung der Zehn-Jahresfrist bei der Sicherungsverwahrung mit dem Grundgesetz bestätigt hatte, hatte der **EGMR** im vergangenen Jahr entschieden, dass die rückwirkende Aufhebung der Zehn-Jahresfrist bei der Sicherungsverwahrung gegen die Europäische Menschenrechtskonventionen (EMRK) verstößt.

Dies machte eine **grundlegende Reform des Rechts der Sicherungsverwahrung** erforderlich. Mit dem Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22.12.2010 wird nunmehr ein System etabliert, das

einen **angemessenen Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern** ermöglicht, dabei aber rechtsstaatliche Anforderungen wahrt und dem Ausnahmecharakter der Sicherungsverwahrung Rechnung trägt. Zudem schafft es eine **Rechtsgrundlage**, die eine sichere Unterbringung von weiterhin gefährlichen, psychisch gestörten Straftätern ermöglicht, die infolge des Urteils des EGMR aus der Sicherungsverwahrung zu entlassen sind oder bereits entlassen wurden. Im Bereich der Führungsaufsicht wird das Instrument der **elektronischen Aufenthaltsüberwachung** eingeführt.

## II. Die wesentlichen Neuregelungen im Überblick

Zukünftig werden Richter bereits bei der Verurteilung von Straftätern darüber entscheiden, ob für die Zeit nach der Haft eine Sicherungsverwahrung vorbehalten wird; damit wird die **nachträgliche Sicherungsverwahrung weitgehend abgeschafft**. Außerdem soll die **Sicherungsverwahrung künftig vor allem auf hochgefährliche Sexual- und Gewalttäter konzentriert** werden.

Ergänzt wird die grundlegende Neuordnung der Sicherungsverwahrung durch die **Einführung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung** sowie durch ein neues Gesetz zur **Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter**.

Dieses Gesetz kann damit in den Fällen angewendet werden, in denen Straftäter infolge des Urteils des EGMR aus der Sicherungsverwahrung entlassen wurden oder werden. Unter Beachtung der Vorgaben des Grundgesetzes und der EMRK ist es damit künftig in Einzelfällen möglich, Gewalt- und Sexualstraftäter, die wegen einer psychischen Störung weiterhin gefährlich sind, nach doppelter Begutachtung in geeigneten Einrichtungen unterzubringen, um sie dort zu therapieren.

Die wesentlichen Änderungen bzw. Regelungsgehalte sind:

- Der **Dreiklang von anfänglicher** (§ 66 StGB) **vorbehaltener** (§ 66a StGB) und **nachträglicher Anordnung** (§ 66b StGB, allerdings bei Entfallen der jetzigen Abs. 1 und 2) der Sicherungsverwahrung **bleibt im Grundsatz bestehen**.
- Der **Kreis möglicher Anlasstaten** für die Anordnung bzw. den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung **wird eingeschränkt**.
- Der **Anwendungsbereich** der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung wird **ausgeweitet** (u.a. auch eine „Ersttäterregelung“) mit **prozessualen Folgeänderungen**.
- **Einführung** einer Weisung zur **elektronischen Aufenthaltsüberwachung** im Rahmen der Führungsaufsicht (§ 68b Abs. 1 Nr. 12 StGB n.F.) mit zahlreichen Folgeregelungen.
- Differenzierte **Übergangsregelungen in Art. 316e EGStGB** (übergangswises Parallellaufen des alten und des neuen Systems),
- Schaffung eines **Therapieunterbringungsgesetzes** (ThUBG).

## Brandaktuell

**StrWG NRW  
§ 9a I 2**

**Winterdienstpflicht der Gemeinde  
kein einklagbarer Anspruch**

**StrWR**

**(VG Aachen in beclink 1008980; Beschluss vom 05.01.2011 - 6 L 539/10)**

**Fall:** Die Antragsteller sind Eigentümer eines Grundstücks in Schleiden. Aufgrund der starken Schneefälle Ende 2010 war der Zuweg zu ihrem Grundstück erheblich erschwert. Die Stadt Schleiden kam ihrer Winterdienstpflicht insofern nur durch Räumen des Schnees auf der Straße nach. In einem Eilrechtsschutzverfahren wollten die Antragsteller durchsetzen, dass die Stadt Schleiden die vor ihrem Grundstück verlaufende Straße mit Salz oder einem Lavagemisch streut.

Die Antragsteller könnten einen Anspruch auf Verwendung von abstumpfenden Mitteln nach § 9a I 2 StrWG NRW haben.

*„Den Antragstellern ist einzuräumen, dass die Antragsgegnerin nach § 1 Straßenreinigungsgesetz NRW - StrReinG NRW - zur ordnungsgemäßen Reinigung der Gemeindestraßen innerhalb der geschlossenen Ortslagen einschließlich der Winterwartung und (2.) nach § 9a I 2 StrWG NRW - im Rahmen der **allgemeinen Verkehrssicherungspflicht** zur Erhaltung der Verkehrssicherheit auf den Gemeindestraßen verpflichtet ist sowie nach § 9 III StrWG NRW als Trägerin der Straßenbaulast nach besten Kräften über die ihr nach § 9 I StrWG NRW obliegenden Aufgaben hinaus die Gemeindestraßen **bei Schnee und Eisglätte räumen und streuen** soll.*

*Außerdem hat die Antragsgegnerin sich in § 1 II, III ihrer **Straßenreinigungssatzung** vom 10.12.1999 - - in der Fassung der Änderungssatzung vom 15.02.2000 selbst die grundsätzliche Verpflichtung auferlegt, innerhalb der geschlossenen Ortslagen im Rahmen des zur Straßenreinigung gehörenden Winterdienstes bei Schnee- und Eisglätte **Schnee von Fahrbahnen und Gehwegen zu räumen** sowie Gehwege und Fußgängerüberwege, die Fahrbahnen der in einer Anlage zur Satzung konkret bezeichneten **„gefährlichen Stellen“** und im Einzelfall bei eingetretener bzw. vorhandener Glättebildung die von der Anlage zur Satzung nicht erfassten Straßenflächen mit **abstumpfenden oder auftauenden Stoffen abzustreuen.**“ (VG Aachen [www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg\\_aachen/j2011/6\\_L\\_539\\_10beschluss20110105.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_aachen/j2011/6_L_539_10beschluss20110105.html))*

Fraglich ist, jedoch, ob sich hieraus ein subjektiv-öffentliches Recht der Antragsteller in Form eines Anspruchs gegen die Antragsgegnerin ergibt.

„In der Rechtsprechung der Zivilgerichte ist geklärt, dass eine **Verletzung** der aus § 1 StrReinG NRW und § 9a I 2 StrWG NRW folgenden **Pflichten** zur ordnungsgemäßen Reinigung der Gemeindestraßen und zur Erhaltung der Verkehrssicherheit auf den Gemeindestraßen grundsätzlich geeignet ist, einen **Amtshaftungsanspruch auszulösen**, weil diese **Pflichten gegenüber den einzelnen Straßenbenutzern als Dritten** i.S. des § 839 BGB bestehen (vgl. zur Rechtslage nach dem Inkrafttreten des Straßenreinigungsgesetz NRW z.B. BGH, Urteil vom 5.07.1990 - III ZR 217/89 -, [juris], Rn 8 bis 10 und 13 ff.

Den der Antragsgegnerin somit obliegenden Amtspflichten i.S. des § 839 BGB, die Gemeindestraßen ordnungsgemäß zu reinigen und ihre Verkehrssicherheit zu gewährleisten, steht jedoch **kein subjektiv-öffentliches Recht** der Straßenbenutzer auf Erfüllung der Amtspflichten gegenüber. Die maßgeblichen Vorschriften - hier die §§ 1 StrReinG NRW und 9a I 2 StrWG NRW - enthalten nämlich weder einen Hinweis auf ein durch sie geschütztes Individualinteresse noch auf einen in ihrem Rahmen individuell begünstigten Personenkreis. Der Begünstigte wird **erst individualisiert**, wenn **infolge der Verletzung der Räum- und Streupflicht ein Schadensfall eingetreten** ist. Dementsprechend kommt - wie bereits ausgeführt - im Schadensfall zwar ein Amtshaftungsanspruch des Geschädigten aus § 839 BGB gegenüber der jeweils verpflichteten Gemeinde in Betracht. Ein einklagbarer Anspruch der Straßenbenutzer auf ordnungsgemäße Erfüllung des Winterdienstes durch die Gemeinden besteht demgegenüber nicht. Vielmehr sollen die gesetzlichen **Regelungen des Winterdienstes** in Nordrhein-Westfalen lediglich **objektiv-rechtlich im Interesse der Allgemeinheit** die gefahrfreie Benutzung der öffentlichen Straßen zum öffentlichen Verkehr ermöglichen und die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer gewährleisten (so bereits VG Karlsruhe, Urteil vom 27.06.1997 - 9 K 397/97, [juris], Orientierungssätze 1 bis 3; zustimmend: Wichmann, Straßenreinigung und Winterdienst in der kommunalen Praxis, 4. Auflage, Rn. 4, S. 42; Bauer in Kodal/Krämer, Straßenrecht, 6. Auflage, Kapitel 41, Rn. 39, S. 1385).“ (VG Aachen aaO)“

Der geltend gemachte **Anspruch** der Antragsteller auf Erfüllung des Winterdienstes durch die Antragsgegnerin in einer bestimmten Qualität ergibt sich somit **weder aus den §§ 1 StrReinG NRW und 9a I 2 StrWG NRW noch aus § 9 III StrWG NRW**, aus dem im Übrigen auch keine Amtspflicht i.S. des § 839 BGB gegenüber Straßenbenutzern abzuleiten ist (vgl. BGH, Urteil vom 05.07.1990 - III ZR 217/89 -,aaO Rn 9).

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 231

### Haftung des Vermieters bei „kalter“ Räumung Verschuldensunabhängigkeit

BGB

(BGH in NJW 2010, 3434; Urteil vom 14. 7. 2010 - VIII ZR 45/09)

1. Die nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung und deren **eigenmächtiges Ausräumen** durch einen Vermieter stellt eine **unerlaubte Selbsthilfe** dar, für deren Folgen der Vermieter **verschuldensunabhängig** nach § 231 BGB haftet .
2. Der Vermieter, der eine **Wohnung in Abwesenheit** des Mieters ohne Vorliegen eines gerichtlichen Titels **durch verbotene Eigenmacht in Besitz** nimmt, hat sich auf Grund der ihn treffenden Obhutspflicht nicht nur zu entlasten, soweit ihm die Herausgabe nachweislich vorhandener Gegenstände unmöglich wird oder nachweislich eine Verschlechterung an herauszugebenden Gegenständen eintritt.
3. Er muss auf Grund seiner Obhutspflicht die Interessen des an einer eigenen Interessenwahrnehmung verhinderten Mieters auch dadurch wahren, dass er **bei der Inbesitznahme ein aussagekräftiges Verzeichnis der verwahrten Gegenstände** aufstellt und deren **Wert schätzen** lässt. Kommt er dem nicht nach, hat er zu beweisen, in welchem Umfang Bestand und Wert der der Schadensberechnung zu Grunde gelegten Gegenstände von den Angaben des Mieters abweichen, soweit dessen Angaben plausibel sind.
4. § 287 ZPO erleichtert dem Geschädigten nicht nur die **Beweisführung**, sondern auch die **Darlegungslast**.

**Fall:** Ab dem 19.02.2005 war der klagende Mieter für mehrere Monate unbekanntem Aufenthaltsort. Auf Grund einer Vermisstenmeldung aus seinem Verwandtenkreis wurde seine Wohnung am 23.02.2005 auf polizeiliche Anordnung geöffnet und am 18.03.2005 noch einmal von der Polizei durchsucht. Die über diese Vorgänge informierte Bekl. kündigte, nachdem die Mieten für März und April 2005 nicht gezahlt worden waren und auch sie den Aufenthalt des Kl. nicht hatte in Erfahrung bringen können, das Mietverhältnis am 20.04.2005 durch Einwurf des Kündigungsschreibens in den Wohnungsbriefkasten fristlos. Eine Räumungsklage erhob sie nicht. Am 19.05.2005 öffnete sie die nach der polizeilichen Durchsuchung wieder verschlossene Wohnung und nahm sie in Besitz. Dabei entsorgte sie insbesondere einen großen Teil der Wohnungseinrichtung. Weitere in der Wohnung befindliche Gegenstände lagerte sie ein, wobei streitig ist, ob alle dort vorgefundenen und nicht entsorgten Gegenstände eingelagert wurden. Der Kl. beansprucht – gestützt auf ein von ihm eingeholtes Sachverständigengutachten – für ihm durch Entsorgung oder auf sonstige Weise abhanden gekommene, beschädigte oder verschmutzte Gegenstände Schadensersatz von 61.812,65 Euro zuzüglich der ihm entstandenen Gutachterkosten von 1.247 Euro. Daneben hat er aus der Nebenkostenabrechnung für 2004 das für ihn ausgewiesene Guthaben von 379,34 Euro beansprucht. Die Bekl. hat hiergegen mit einem Mietrückstand von 249,23 Euro sowie Entrümpelungskosten von 1.722,73 Euro aufgerechnet. Steht dem Kl. der geltend gemachte Anspruch zu?

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 231 BGB haben. Dies setzt voraus, dass die erfolgte Räumung als unerlaubte Selbsthilfe anzusehen ist.

#### I. unerlaubte Selbsthilfe

Fraglich ist, wie die Räumung der Wohnung durch die Bekl. ohne Innehabung eines Räumungstitels rechtlich zu werten ist.

*„Die nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte **eigenmächtige Inbesitznahme einer Wohnung** und deren **eigenmächtiges Ausräumen** durch den Vermieter stellen jedenfalls solange, wie der Mieter seinen an der Wohnung bestehenden Besitz nicht erkennbar aufgegeben hat, eine **verbotene Eigenmacht i.S. von § 858 I BGB** und zugleich eine **unerlaubte Selbsthilfe** i.S. von § 229 BGB dar, für deren Folgen der verschuldensunabhängig nach § 231 BGB haftet (BGH, NJW 1977, 1818 = WM 1977, 1126 [unter II 2]; NJW-RR 2004, 493 = WuM 2003, 708 [unter III]; Stornel, MietR aktuell, 4. Aufl., XIII Rn 25; vgl. ferner OLG Köln, NJW 1996, 472 [473]; Horst, NZM 2009, 139 [140]; Herrlein/Kandelhard, MietR, 3. Aufl., § 546 Rn 34; Lehmann-Richter, NZM 2009, 177 [178]). Das gilt selbst dann, wenn der **gegenwärtige Aufenthaltsort des Mieters unbekannt** und/oder das Mietverhältnis wirksam gekündigt und dadurch ein vertragliches Besitzrecht des Mieters entfallen ist (OLG Celle, ZMR 1994, 163 = WuM 1995, 188; Herrlein/Kandelhard, § 546 Rn 34; Staudinger/Rolls, BGB, Neubearb. 2006, § 546 Rn 39; Bamberger/Roth-Ehler, BGB, 2. Aufl., § 546 Rn 22; Horst, NZM 2009, 139 [140f.]; vgl. ferner Senat, NJW 1977,*

1818 [unter II 1b aa]). Vielmehr ist der Vermieter auch in diesen Fällen verpflichtet, sich – gegebenenfalls nach öffentlicher Zustellung der Räumungsklage – einen **Räumungstitel zu beschaffen** und zwecks rechtmäßiger Besitzverschaffung aus diesem vorzugehen (OLG Celle, ZMR 1994, 163 = WuM 1995, 188; Staudinger/Rolfs, § 546 Rn. 39; Horst, NZM 2009, 139 [140]).“ (BGH aaO)

## II. Irrtum über Berechtigung zur Selbsthilfe

„Übt deshalb ein Vermieter – wie hier – im Wege einer so genannten kalten Räumung durch eigenmächtige Inbesitznahme von Wohnung und Hausrat eine verbotene Selbsthilfe, ist er gem. § 231 BGB zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet und kann sich auch **nicht darauf berufen, sich über die Voraussetzungen und den Umfang seines Selbsthilferechts geirrt zu haben** (BGH, NJW 1977, 1818 [unter II 2]; NJW-RR 2004, 493; Sternel, XIII Rn 25; Horst, NZM 2009, 139 [140]).“ (BGH aaO)

## III. Umfang der Schadensersatzpflicht

Soweit der Mieter Schadensersatz wegen des Verlusts von Hausrat und sonstiger in der Wohnung befindlicher Gegenstände geltend macht, stellt sich die Frage, in welchem Umfang der Vermieter zum Ersatz verpflichtet ist und wer für was darlegungs- und beweisbelastet ist.

### 1. Umfang der Ersatzpflicht

„Von der Ersatzpflicht erfasst wird insbesondere eine **eigenmächtige Entsorgung** des hierbei in Besitz genommenen **Hausrats** und der sonst in der Wohnung **vorgefundenen Gegenstände**. Denn den Vermieter trifft mit seiner Inbesitznahme zugleich eine **Obhutspflicht**, welche einer Entsorgung grundsätzlich entgegensteht (Senat, NJW-RR 2004, 493; Sternel, XIII Rn 26; Horst, NZM 2009, 139 [142]; vgl. ferner BGH WM 1971, 943 [unter II 1b]).“ (BGH aaO)

### 2. Darlegungs- und Beweislast

Nach allgemeinen Maßstäben müsste der Kläger den Bestand, den Zustand und die sonstigen wertbildenden Merkmale der zum Zeitpunkt der Räumung in der Wohnung befindlichen Gegenstände darlegen und beweisen. Fraglich ist, ob dies auch nach einer unerlaubten Selbsthilfe des Vermieters gelten kann.

#### a) Vermieter muss sich bei Verlust oder Verschlechterung entlasten

„Den Vermieter, der eine Wohnung in der geschehenen Weise ohne Vorliegen eines gerichtlichen Titels in **verbotener Eigenmacht** in Besitz nimmt, trifft für die darin befindlichen Gegenstände eine – bei Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung hier zumindest nachvertragliche – **Obhutspflicht i.S. von § 241 II BGB** (vgl. Senat, NJW-RR 2004, 493). Diese hat nicht nur zur Folge, dass der Vermieter die nachweislich in Obhut genommenen Gegenstände **vollständig** und in einem gegenüber dem Zustand bei Inobhutnahme **nicht verschlechterten Zustand wieder herausgeben** muss. Im Falle einer Unmöglichkeit der Herausgabe oder einer im Vergleich zum übernommenen Zustand nachweislich eingetretenen Verschlechterung der herauszugebenden Gegenstände hat er sich darüber hinaus – wie § 280 I 2 BGB zeigt – zu entlasten, so dass **ihn und nicht den Mieter insoweit die Darlegungs- und Beweislast trifft** (vgl. BGH, NJW 1990, 1230 = WM 1990, 438 [unter III 1]).“ (BGH aaO)

#### b) Vermieter muss Verzeichnis aufstellen

„Zu den Obhutspflichten der Bekl. bei Inbesitznahme der Wohnung und der darin befindlichen (Einrichtungs-)Gegenstände hat auch die Pflicht gehört, die **Interessen des** durch Ortsabwesenheit und mangelnde Kenntnis von der Inbesitznahme an einer eigenen Interessenwahrnehmung verhinderten **Kl. zu wahren**. Die Bekl. hätte deshalb nicht nur dafür Sorge tragen müssen, dass an den in Besitz genommenen Gegenständen während der Dauer ihrer Obhut oder der anschließenden Einlagerung keine Beschädigungen oder Verluste eintreten. Es hätte ihr vielmehr schon bei Inbesitznahme obliegen, ein **aussagekräftiges Verzeichnis der verwahrten Gegenstände aufzustellen** und deren **Wert schätzen zu lassen**, um dem Kl. eine Sicherung seiner Ansprüche zu ermöglichen (vgl. BGHZ 3, 162 [172f.] = NJW 1952, 23).“ (BGH aaO)

Soweit die Bekl. lediglich ein Protokoll über die Wohnungsöffnung und die Inbesitznahme erstellt und Lichtbilder gefertigt hat, ist dies unzureichend.

„Für den Fall einer jedenfalls für die revisionsrechtliche Nachprüfung zu unterstellenden **Verletzung ihrer Inventarisierungs- und Schätzungspflicht** ist die Bekl. deshalb zugleich verpflichtet, den Schaden auszugleichen, der darin liegt, dass der Kl. hinsichtlich Bestand, Zustand und Wert seiner (Einrichtungs-)Gegenstände zur Zeit der Inbesitznahme durch die Bekl. in **Beweisnot** geraten ist. Denn um dem Kl. eine vom Bestand und Wert der Sachen ausgehende Schadensberechnung auf den Zeitpunkt, als die Bekl. den Besitz ergriffen hat, zu ermöglichen, war sie verpflichtet, bei der Inbesitznahme ein vollständiges Bestandsverzeichnis aufzustellen und den Wert der darin aufgenommenen Gegenstände feststellen zu lassen. Wenn sie dem nicht nachgekommen ist, geht der dem Kl. aus einer Verletzung dieser Pflicht zustehende Schadensausgleich deshalb auch dahin, dass die Bekl. **ih-rerseits verpflichtet ist zu beweisen**, in welchem Umfang Bestand und Wert der der Schadensberechnung zu Grunde gelegten Gegenstände **von den Angaben abweichen, die der Kl. hierzu ge-**

*macht hat* (vgl. BGHZ 3, 162 [176] = NJW 1952, 23), soweit die vom Kl. angesetzten Werte plausibel sind.“ (BGH aaO)

#### IV. Schadensschätzung nach § 287 ZPO

Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse beläuft, so entscheidet hierüber das Gericht nach § 287 I 1 BGB unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen ist, bleibt nach § 287 I 2 BGB dem Ermessen des Gerichts überlassen.

„Die Annahme des BerGer., **ohne weitere Angaben** des Kl. **„mindestens ... zu Qualität, Alter, gegebenenfalls Marke und Neuwert“** der zum Ersatz gestellten Gegenstände hinge eine Schadensschätzung gem. § 287 ZPO mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft und sei deshalb unzulässig, überspannt die rechtlichen Anforderungen an die Vornahme einer solchen Schätzung. Zwar gehört die Entscheidung der Frage, ob genügende Unterlagen für die Schätzung vorhanden sind, dem **Gebiet der Tatsachenwürdigung** an, das dem Tatrichter vorbehalten ist und nur eingeschränkter revisionsrechtlicher Nachprüfung unterliegt. Allerdings hat das BerGer. dabei übersehen, dass § 287 ZPO dem Geschädigten **nicht nur die Beweisführung**, sondern **auch die Darlegungslast erleichtert**. Steht – wie hier – der geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz dem Grunde nach fest und bedarf es **lediglich der Ausfüllung zur Höhe**, darf die **Klage grundsätzlich nicht vollständig abgewiesen** werden. Vielmehr muss der Tatrichter den Schaden im Rahmen des Möglichen schätzen. Selbst wenn der Vortrag des Geschädigten zu den Umständen, die seine Vorstellungen zur Schadenshöhe rechtfertigen sollen, Lücken oder Unklarheiten enthält, ist es in der Regel nicht gerechtfertigt, dem jedenfalls in irgendeiner Höhe Geschädigten jedweden Ersatz zu versagen. Der Tatrichter muss in diesem Fall vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen beurteilen, ob nach § 287 ZPO nicht wenigstens die **Schätzung eines Mindestschadens** möglich ist, und darf eine solche Schätzung erst dann gänzlich unterlassen, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte völlig in der Luft hinge und daher willkürlich wäre (Senat, NJW-RR 2009, 1404 = WM 2009, 1811 Rn 16; BGH, NJW-RR 1992, 202 = WM 1992, 36 [unter 3a] m.w.N.).

Das BerGer. hat nicht beachtet, dass es im Rahmen einer solchen Schätzung selbst nicht vorgetragene **Tatsachen nach freiem Ermessen berücksichtigen** und, soweit dies erforderlich ist, vor einer vollständigen Abweisung der Klage auch über den Sachvortrag hinaus in eine **Aufklärung durch Sachverständigengutachten** eintreten muss (Senat, NJW-RR 2009, 1404 Rn 20 m.w.N.). Das gilt hier umso mehr, als sich die der Schadensschätzung zu Grunde zu legenden Gegenstände jedenfalls zum weitaus überwiegenden Teil anhand der bei den Akten befindlichen **Lichtbilder**, welche die Mitarbeiter der Bekl. bei Inbesitznahme der Wohnung gefertigt haben, identifizieren lassen. Es liegt deshalb zumindest nicht fern, dass anhand dieser Lichtbilder und der vom Kl. dazu vorgelegten **Kaufbelege** und **sonstigen Unterlagen** auf der Grundlage **entsprechender Marktkenntnisse**, die sich das BerGer. gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe hätte verschaffen müssen, ein bestimmter in die Schadensschätzung einzustellender Marktwert hätte ermittelt lassen.

Ebenso wenig hat das BerGer. bedacht, dass bei **feststehendem Verlust** eines Gegenstands, für den Ersatz zu leisten ist, mangels näherer Anhaltspunkte ein **mittlerer** und nicht notwendig der denkbar geringste **Wert zu schätzen** sein kann (BGH, NJW 1970, 1970 [unter B II 2b aa] m.w. Nachw.). Soweit für die zum Ersatz gestellten gebrauchten Gegenstände kein Markt (mehr) besteht und deshalb **kein Marktwert** festgestellt werden kann, hätte das BerGer. – und zwar selbst unter Berücksichtigung nicht vorgetragener Tatsachen (vgl. Senat, NJW-RR 2009, 1404) – außerdem erwägen müssen, ob der betreffende Schaden nicht durch Ansatz desjenigen Preises zu schätzen ist, der – unter **Abzug** eines angemessenen Ausgleichs **neu für alt** – bei der Beschaffung **eines gleichwertigen Ersatzgegenstands** angefallen wäre (vgl. BGHZ 115, 364 [368] = NJW 1992, 302).“ (BGH aaO)

Die Höhe des dem Kl. eingetretenen Schadens ist daher durch ein Sachverständigengutachten auf der Grundlage eines mittleren Marktwertes zu ermitteln.

**Nutzungsausfallentschädigung für Pkw**  
**nicht für Beschaffung von Neuwagen statt Gebrauchtwagen**  
(LG Frankfurt/Oder in NJW 2010, 3455; Urteil vom 29.07.2010 – 15 S 49/10)

1. Der Erwerb eines Neuwagens stellt bei Beschädigung eines Gebrauchtwagens nicht die Wiederherstellung des vor dem Unfall bestehenden Zustands dar; es fehlt an der **Gleichwertigkeit des Neufahrzeugs zum verunfallten Fahrzeug**.
2. Wird ein bereits **neun Jahre altes Fahrzeug** mit einer Laufleistung von **133000 km** beschädigt, kann der Geschädigte vom Schädiger lediglich Nutzungsausfallentschädigung für den Zeitraum verlangen, der erforderlich ist, um ein mit dem verunfallten Fahrzeug **vergleichbares Fahrzeug zu erwerben** und nicht für den (längeren) Zeitraum bis zur Beschaffung eines Neuwagens.
3. Der Wunsch des Geschädigten, stets ein Fahrzeug aus erster Hand zu fahren, ist irrelevant. Wenn insoweit ein dem verunfallten Fahrzeug völlig vergleichbares, Fahrzeug nicht erhältlich ist, muss sich der Geschädigte – unter dem Gesichtspunkt der Anschaffungsdauer – mit einem Fahrzeug begnügen, welches **am ehesten als gleichwertiger Ersatz** angesehen werden kann. Dies ist jedoch nicht ein Neu-, sondern ein Gebrauchtfahrzeug mit jedenfalls einem Vorbesitzer.

**A. Grundlagenwissen: Anspruch auf Nutzungsausfall beim Fahrzeugen** (vgl. Bamberger/Roth-Schubert, § 249 BGB, Rn. 24 ff)

Im Fall einer Sachbeschädigung kann der private Geschädigte entweder einen **Ersatzwagen** auf Kosten des Schädigers **mieten** oder sich die **entgangenen Gebrauchsvorteile** der Sache in Geld nach § 251 I BGB ersetzen lassen. Der Geschädigte erleidet zwar bei Nichtanmietung eines Ersatzwagens nach der Differenzhypothese keinen Schaden, gleichwohl soll der vorsichtige Geschädigte, der auf die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs verzichtet, nach dem **normativen Schadensbegriff** nicht schlechter stehen als derjenige, der einen solchen Pkw mietet (BGHZ 98, 212, 220 = NJW 1987, 50; dazu Staudinger/Schiemann § 251 Rn 85 m.w.N.).

Die Gewährung der Nutzungsentschädigung erfolgt **unabhängig vom Haftungsgrund** (BGHZ 88, 11, 14 = NJW 1983, 2139). Ein Ersatz wird sowohl im **Deliktsrecht**, z.B. bei Verkehrsunfällen, als auch im **Vertragsrecht**, z.B. bei verspäteter Rückgabe des Kfz (BGHZ 85, 11, 15 = NJW 1983, 2139) oder bei verspäteter Lieferung (BGHZ 88, 11, 15 = NJW 1983, 2139), gewährt.

Die Entschädigung setzt voraus, dass der Geschädigte einen **Verlust an Gebrauchsvorteilen** durch die Beschädigung des Kfz erlitten hat (BGHZ 55, 146, 147 = NJW 1971, 796; OLG Köln VRS 90, 321).

Die Nutzungsentschädigung erfolgt bei Kfz wie **Pkw** und **Lkw**, für **Motorräder** (OLG Saarbrücken NZV 1990, 312) sowie für **Wohnmobile** als Transportmittel (BGH NJW 1983, 444, 445 f; OLG Celle NJW-RR 2004, 598). Zugleich ist eine Nutzungsentschädigung bei **Fahrrädern** zu gewähren (KG NJW-RR 1993, 1438). Allerdings hat der BGH den Ersatz von entgangenen Gebrauchsvorteilen auf Sachen beschränkt, die zur eigenwirtschaftlichen Lebensführung unabhkömmlich sind (Rn 30) (BGHZ 98, 212, 216 = NJW 1987, 50). Nicht ersetzt wird daher die entgangene Nutzung des Oldtimer-Krads eines Liebhabers (OLG Düsseldorf NJW-RR 1993, 36) und eines vom Ehegatten genutzten luxuriösen Zweitwagens (OLG Koblenz NJW-RR 2004, 747, 748).

Eine Nutzungsentschädigung erfolgt nur, wenn der Geschädigte **einen Nutzungswillen und eine hypothetische Nutzungsmöglichkeit** hatte (sog Fühlbarkeit der Nutzungsbeeinträchtigung) (st. Rspr., BGHZ 45, 212, 219 = NJW 1966, 1260; BGH NJW 1985, 2471; MüKo/Oetker Rn 67 m.w.N.). Der Anspruch scheidet somit aus, wenn der Geschädigte das **Kfz ohnehin nicht nutzen konnte oder wollte**. Etwas anderes gilt nur, wenn die Benutzung des Fahrzeugs durch einen **Angehörigen** oder **Lebenspartner** des Geschädigten **beabsichtigt** und auch **möglich** war (BGH NJW 1974, 33; NJW 1975, 922; dazu auch OLG Kob-

lenz NJW-RR 2004, 747, 748). Verzichtet der Geschädigte auf die Reparatur, so muss sich **der Nutzungswille in der alsbaldigen Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs dokumentieren** (BGHZ 66, 239, 249 = NJW 1976, 1396; OLG Hamm NJW-RR 1995, 1230). Geschädigte, die einen **Zweitwagen** besitzen, müssen sich wegen ihrer Schadensminderungspflicht im Rahmen des Zumutbaren hierauf verweisen lassen und haben somit hinsichtlich des beschädigten Fahrzeugs **keinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung** (BGH NJW 1976, 286; OLG Jena NJW-RR 2004, 1030, 1032. Der **Entschädigungsanspruch entfällt** jedoch **nicht** im Wege der Vorteilsausgleichung, wenn der Geschädigte **unentgeltlich das Fahrzeug eines Dritten nutzen** kann (Rn 117 f) (BGH NJW 1970, 1120, 1122; NJW 1975, 255; OLG Celle VersR 1973, 281).

Ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung steht nach der Rspr. grds. nur den Geschädigten zu, die das beschädigte Fahrzeug **zu privaten Zwecken** nutzen. Nach der Entscheidung des Großen Senats muss die beschädigte Sache zur **eigenwirtschaftlichen Lebensführung unentbehrlich** sein (BGHZ 98, 212, 216 ff = NJW 1987, 50). In **zeitlicher Hinsicht** ist die Nutzungsentschädigung für denselben Zeitraum zu gewähren, für den die **Anmietung** eines Ersatzfahrzeugs **zulässig** wäre.

Die **Nutzungsentschädigung** wird überwiegend anhand der **durchschnittlichen Mietwagensätze** berechnet, davon sind der **Vermietergewinn** und die bei privater Nutzung **nicht anfallenden Kosten** (Verwaltung, Provisionen, erhöhte Abnutzung und Versicherungsprämien) **abzuziehen** (BGHZ 98, 212, 225 = NJW 1987, 50; BGHZ 161, 151, 154 f = NJW 2005, 277). Der verbleibende Betrag liegt bei **ca. 30–40% der üblichen Miete**. In der Praxis werden die **Tabellen von Sanden/Danner/Küppersbusch** zur Berechnung herangezogen, die auch der BGH als Schätzungsgrundlage anerkennt (BGHZ 56, 214, 217 = NJW 1971, 1692; BGHZ 161, 151, 154 = NJW 2005, 277; BGH NJW 2005, 1044).

Die Nutzungsentschädigung berücksichtigt auch das **Alter des beschädigten Fahrzeugs**. Der dargestellte Berechnungsmodus gilt nur für Kfz, die weniger als fünf Jahre alt sind. Bei Fahrzeugen mit einem Alter **von fünf bis zehn Jahren** ist der **Mietwagensatz** für die um eins **niedrigere Fahrzeuggruppe** heranzuziehen (BGHZ 161, 151, 158 f = NJW 2005, 277 (noch offengelassen); BGH NJW 2005, 1044; OLG Hamm DAR 1996, 400; OLG Karlsruhe VersR 1989, 58; MüKo/Oetker § 249 BGB, Rn 76; Palandt/Heinrichs Vor § 249 BGB Rn 23a). Bei **noch älteren Fahrzeugen** stellt die Praxis z.T. auf die **Vorhaltekosten** ab (BGH NJW 1984, 484, 486; KG NZV 2003, 335, 336), der BGH hat es in einer neuen Entscheidung aber gebilligt, dass das Instanzgericht bei einem **15 Jahre alten** Pkw lediglich eine **Herabstufung** in der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch **um zwei Stufen** vorgenommen hat (BGHZ 161, 151, 158 f = NJW 2005, 277).

## B. keine Nutzungsausfallentschädigung bei langer Anschaffungsdauer für Neuwagen nach Beschädigung eines Gebrauchtwagens (LG Frankfurt/Oder in NJW 2010, 3455)

**Fall:** Die Bekl. haftet der Kl. aus einem Verkehrsunfall auf Schadensersatz. Bei dem Unfall hatte das 9 Jahre alte Fahrzeug der Kl. mit einer Laufleistung von 133.000 km, den die Kl. in erster Hand besaß, einen Totalschaden erlitten. Da sie stets nur Fahrzeuge aus erster Hand fahren wollte, erwarb sie daraufhin ein Neufahrzeug, auf welches sie 18 Tage warten musste. Ein Sachverständiger der DEKRA hat die Dauer der Wiederbeschaffung für ein vergleichbares Fahrzeug – von den Parteien unbestritten – auf neun Werktagen geschätzt. Von der geltend gemachten Nutzungsausfallentschädigung für 18 Tage zahlte die Bekl. für 14 Tage und verweigerte die weitere Zahlung. Zudem ist sie der Auffassung, dass sich die Kl. die von ihr beanspruchte Abwrackprämie von 2.500,00 € auf den erlittenen Schaden anrechnen lassen muss. Steht der Klägerin eine weitere Nutzungsentschädigung zu?

Die Kl. hat nach § 249 BGB einen Anspruch auf Naturalrestitution.

### I. Anrechnung der Abwrackprämie

*„Sie ist weder beim Restwert des verunfallten Pkw zu berücksichtigen, da sie nur durch eine **überobligatorische Anstrengung** – den Erwerb eines Neufahrzeugs – realisiert werden kann (Voit/Geck, NJW 2010, 117 m.w. Nachw.). Auch liegt ein berücksichtigungsfähiger Vorteilsausgleich nicht vor, da ansonsten ihr Verwendungszweck als **Maßnahme der Konjunkturförderung** vereitelt würde (Voit/Geck, NJW 2010, 117 m.w.N.).“* (LG Frankfurt/O. aaO)

## II. Nutzungsausfallentschädigung über 14 Tage hinaus

Dem Eigentümer eines privat genutzten Pkw, der durch einen Schaden die Möglichkeit zur Nutzung verliert, steht grundsätzlich ein Anspruch auf Ersatz für seinen Nutzungsausfall zu, wenn er **zur Nutzung willens und fähig** gewesen wäre (BGHZ 45, 212 = NJW 2008, 915). Seine Grenze findet der Ersatzanspruch am Merkmal der **Erforderlichkeit** nach § 249 II 1 BGB sowie an der **Verhältnismäßigkeitschranke** des § 251 II BGB (BGH, NJW 2008, 915).

*„Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist auch zu berücksichtigen, dass der Geschädigte **unter mehreren möglichen Wegen** des Schadensausgleichs im Rahmen des ihm Zumutbaren den **wirtschaftlicheren Weg** zu wählen hat. Das gilt nicht nur für die eigentlichen Reparatur- oder Wiederbeschaffungskosten, sondern gleichermaßen für die Mietwagenkosten und ebenso für die Nutzungsausfallentschädigung (BGH, NJW 2008, 915 m.w. Nachw.). Deshalb hat der Schädiger grundsätzlich **Nutzungersatz nur für den Zeitraum** zu leisten, der zur **Wiederherstellung** des vor dem Unfall bestehenden Zustands **erforderlich** ist (vgl. BGH, NJW 2008, 915; KG, Urt. v. 16. 12. 1996 – 12 U 268/96; OLG Hamm, VersR 1993, 766 [767]; Hentschel/König, StraßenverkehrsR, 40. Aufl. § 12 StVG Rn 43). Hierbei hat der Geschädigte von mehreren zumutbaren Möglichkeiten des Schadensausgleichs den wirtschaftlicheren Weg zu wählen. Nutzungsausfallentschädigung ist deshalb grundsätzlich nur für den Zeitraum zu leisten, der zur Wiederherstellung eines Zustandes erforderlich ist, welcher wirtschaftlich gesehen der hypothetischen Lage ohne das Schadereignis entspricht. Abzustellen ist auf das Vorgehen eines **verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen** in der Lage des Geschädigten (BGH, NJW 2008, 915).*

*Der Schädiger hat hiernach für die Zeit Ersatz zu leisten, der erforderlich ist, ein **gleichwertiges Ersatzfahrzeug** zu beschaffen (vgl. KG, Urt. v. 16. 12. 1996 – 12 U 268/96). Dies war vorliegend, wie sich aus dem Gutachten X ergibt und zwischen den Parteien auch nicht in Streit steht, der Zeitraum von **neun Werktagen**. Soweit die Ersatzbeschaffung eines Neufahrzeugs länger angedauert hat, geht dies zu Lasten der Kl. Denn der **Erwerb eines Neufahrzeugs** stellt **nicht die Wiederherstellung** des vor dem Unfall bestehenden Zustands dar. Es fehlt es an der Gleichwertigkeit des Neufahrzeugs zum verunfallten Fahrzeug (vgl. BGH, NJW 2008, 915). Nicht zu berücksichtigen ist insoweit der Wunsch der Kl., stets ein Fahrzeug aus erster Hand zu fahren. Da insoweit ein dem verunfallten Fahrzeug **völlig vergleichbares**, also neun Jahre altes mit einer Laufleistung von 133000 km aber ohne Vorbesitzer **am Markt nicht erhältlich** ist, muss sich die Kl. – unter dem Gesichtspunkt der Anschaffungsdauer – mit einem Fahrzeug begnügen, welches **am ehesten als gleichwertiger Ersatz** angesehen werden kann. Dies ist jedoch nicht ein Neu-, sondern ein Gebrauchtfahrzeug mit jedenfalls einem Vorbesitzer.“ (LG Frankfurt/O. aaO)*

Die Kl. kann einen Anspruch auf Leistung einer weitergehenden Nutzungsausfallentschädigung auch nicht damit begründen, dass sie die Bekl. auf die Anschaffung eines Neufahrzeugs hingewiesen und diese darauf nicht reagiert hatte.

*„**Schweigen als Zustimmung** kommt im Rechtsverkehr nur in Betracht, wenn besondere Umstände, insbesondere ein zu Gunsten des anderen Teils entstandener **Vertrauenstatbestand**, dies rechtfertigt. Allein die Aufforderung, eine Erklärung abzugeben, begründet für die andere Seite jedoch **keine Verpflichtung**, einen gegenteiligen Willen zum Ausdruck zu bringen. Dies ist nur der Fall, wenn **nach Treu und Glauben** ein **Widerspruch des Empfängers** des Schreibens **erforderlich** gewesen wäre (BGH, NJW 2008, 915 m.w. Nachw.). Davon kann im Verhältnis zwischen Geschädigtem und gegnerischer Haftpflichtversicherung in der Regel nicht ausgegangen werden (BGH, NJW 2008, 915).“ (LG Frankfurt/O. aaO)*

**Ergebnis:** Die Klägerin hat keinen Anspruch Zahlung einer weiteren Nutzungsentschädigung für die Dauer der Beschaffung eines Neufahrzeugs statt eines vergleichbaren Gebrauchtfahrzeugs.

**Mord**  
**Tötung von Zivilisten als Vergeltungsaktion**  
 (BGH in NStZ-RR 2011, 7; Beschluss vom 25.10.2010 – 1 StR 57/10)

Eine **aus Rachsucht motivierte und gründlich vorbereitete Tötung von unschuldigen Zivilisten** (hier: durch Sprengung eines Gebäudes und anschließendes Maschinengewehrfeuer), die durch ihr Verhalten keine Veranlassung für die durchgeführte Vergeltungsmaßnahme gegeben haben, kann selbst vor dem Hintergrund einer kriegsbedingten Ausnahmesituation **nicht mehr als menschlich verständliche Handlung angesehen** werden, sondern ist **Ausdruck eines niedrigen Beweggrunds** i.S. des § 211 II StGB.

**Fall:** Die zur Heeresgruppe C zählende, vom 1918 geborenen Angekl. geführte Kompanie sollte am 26.06.1944 in der Toskana eine von Partisanen wegen ihrer Bedeutung für den Rückzug der deutschen Truppen gesprengte Brücke reparieren. Zwei Soldaten, die im Auftrag des Angekl. Fahrzeuge zum Transport beschaffen sollten, wurden dabei in einem Hinterhalt von Partisanen erschossen, ein dritter wurde verletzt. Da sich die Partisanen nach dem Anschlag auf die Soldaten abgesetzt hatten, beschloss der Angekl. aus Wut und Rachsucht eine Vergeltungsaktion gegen die männliche Zivilbevölkerung der Gegend. Zunächst meldete er den Vorfall dem Bataillonskommandeur und regte die von ihm geplante Maßnahme gegen die italienischen Zivilisten an, die der Bataillonskommandeur entsprechend dem Wunsch des Angekl. anordnete und außerdem durch ein Flakgeschütz und Sprengstoff logistisch unterstützte. Am nächsten Tag befahl der Angekl., alle in der Gegend erreichbaren männlichen Zivilisten festzunehmen. Am Ende waren dies neun Männer, von denen der älteste 67 Jahre alt war, und zwei Jugendliche von 15 und 16 Jahren. Keiner war der Beteiligung an dem Anschlag oder überhaupt der Unterstützung von Partisanen verdächtig. Sie wurden in einem Haus eingeschlossen. Zwar hatten einige Angst, erschossen zu werden, andere gingen jedoch davon aus, mit dem Leben davonzukommen und nach Deutschland in ein Konzentrationslager gebracht zu werden, um dort zu arbeiten. Das Haus wurde alsbald in Anwesenheit und auf Befehl des Angekl. gesprengt. Danach wurde ebenfalls auf seinen Befehl mit Maschinengewehren in die Trümmer geschossen, um noch lebende Opfer zu töten. Am Ende überlebte nur der schwer verletzte 15-jährige. Nach der Reparatur der Brücke verließ die Kompanie die Region.

Zu prüfen ist, ob der Angekl. sich wegen **Mordes aus niedrigen Beweggründen nach § 211 StGB** strafbar gemacht hat.

- I. Nach st. Rspr. des BGH ist ein **Tötungsbeweggrund niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht** und deshalb **besonders verachtenswert** ist.

Ob dies der Fall ist, beurteilt sich auf Grund einer **Gesamtwürdigung**, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt (BGHSt 47, 128 = NJW 2002, 382 = NStZ 2002, 84 m.w. Nachw.).

Bei einer **Tötung aus Wut und Verärgerung** kommt es darauf an, ob diese **Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen** (BGHSt 47, 128 = NJW 2002, 382 = NStZ 2002, 84 m.w. Nachw.).

1. Nach der Rspr. des BGH sind **rachemotivierte Tötungen nicht ohne weiteres als Mord aus niedrigen Beweggründen** zu bewerten, sondern vielmehr erst dann, wenn die Gefühlsregungen, auf denen sie beruhen, ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen, also **nicht menschlich verständlich** sind, wie z.B. nach einem vom Opfer begangenen schweren Unrecht oder einer schwerwiegenden Kränkung des Täters durch das Opfer, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters sind (BGH NJW 2006, 1008 = NStZ 2006, 286 m.w. Nachw.).

*„Hier war der Angekl. von der Tötung der beiden zu seiner Kompanie gehörenden Soldaten, die in seinem Auftrag unterwegs waren, durch die Partisanen zwar persönlich betroffen. Die italienischen Zivilisten, deren Tötung der Angekl. im Rahmen der von ihm befehligten Vergeltungsmaßnahme veranlasste, hatten aber mit dem Partisanenüberfall nichts zu tun. Keines der Opfer stand in dem Verdacht, an dem Überfall beteiligt gewesen zu sein oder die Partisanen in irgendeiner Form unterstützt zu haben. Hinzu kommt, dass es dem Angekl. bei der Durchführung der Vergeltungsaktion darum ging, möglichst „alle, junge wie alte, männlichen Einwohner der umliegenden Ortschaften ..., derer seine Einheit habhaft werden konnte“, zu töten. Ein solcher zufälliger, unterschiedsloser und deshalb willkürlicher Rückgriff auf die gesamte männliche Zivilbevölkerung eines ganzen Landstrichs, mit dem Ziel, diese auszulöschen, offenbart ebenfalls die niedrige Gesinnung des Angekl. bei der Tatbegehung, der hierdurch ein außerordentliches Maß an Missachtung der körperlichen Integrität seiner Opfer zum Ausdruck gebracht hat (vgl. BGH NJW 2004, 3051 = NStZ 2005, 35; BGHSt 47, 128 = NJW 2002, 382 = NStZ 2002, 84).“ (BGH aaO)*

2. Dieses Maß an Missachtung zeigt sich darüber hinaus auch besonders in der **Vorbereitung und Durchführung der Tötung der unschuldigen Zivilisten** auf Anordnung des Angekl.

„Bei der von dem Angekl. veranlassten **Vergeltungsaktion** handelte es sich **nicht** um eine **Spontantat** (vgl. allgemein zur Bedeutung eines spontanen Tatentschlusses für die Annahme niedriger Beweggründe BGH NStZ 2001, 87). Sie war vielmehr von dem Angekl. **gründlich vorbereitet**: Für die Durchführung war ihm auf seinen Wunsch hin schon am Vortag durch das Bataillonskommando logistische Unterstützung durch mehrere Kisten Sprengstoff und ein Flakgeschütz (das beim Durchkämmen der Wälder dazu eingesetzt werden sollte, die sich dort versteckt haltenden Personen aufzuscheuchen) gewährt worden. Die ihm unterstellten Zugführer informierte er schon am Vorabend der Tat über die von ihm **geplante Vergeltungsaktion**. Seine Opfer hingegen ließ er bis zur Sprengung des Gebäudes, in dem sie eingesperrt worden waren, über ihr Schicksal im Ungewissen. Keinem von ihnen war klar, dass ein Angriff auf sein Leben unmittelbar bevorstand, obwohl der Angekl. dies seit Langem schon so entschieden hatte. Angesichts dieser Umstände stellt sich die von dem Angekl. veranlasste Tötung der Zivilisten durch Sprengung des Gebäudes und das sich anschließende Maschinengewehrfeuer, was jeweils für sich gesehen schon eine **entwürdigende und erniedrigende Hinrichtungsart** ist (vgl. Gribbohm, Selbst mit einer Repressalquote von zehn zu eins? Über Recht und Unrecht einer Geiseltötung im Zweiten Weltkrieg, Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen Bd. 6, S. 29), als besonders menschenverachtend dar (vgl. BGH NJW 2004, 3051 = NStZ 2005, 35).“ (BGH aaO)

3. Eine solche **aus Rachsucht motivierte und gründlich vorbereitete Tötung von Unschuldigen**, die durch ihr Verhalten keine Veranlassung für die durchgeführte Vergeltungsmaßnahme gegeben haben, durch Sprengung eines Gebäudes und anschließendes Maschinengewehrfeuer kann daher selbst vor dem Hintergrund einer kriegsbedingten Ausnahmesituation **nicht mehr als menschlich verständliche Handlung** des Angekl. angesehen werden; sie ist vielmehr **Ausdruck einer** auf tiefster Stufe stehenden und **besonders verachtenswerten Gesinnung**.

- II. **Zu prüfen** ist, ob die **Tat** der Angekl. **als Kriegsrepressalie gerechtfertigt** war oder als **Handeln auf Befehl straffrei** ist.

Eine **Rechtfertigung** unter dem Gesichtspunkt der Bewertung der Tat als eine zur Tatzeit **nach Kriegsvölkergewohnheitsrecht zulässige Kriegsrepressalie** kommt jedoch **nicht in Betracht**, da die Voraussetzungen hierfür sowohl in subjektiver als auch in objektiver Hinsicht fehlen.

1. Die Annahme eines **Rechtfertigungsgrunds** erfordert neben seinen objektiven Voraussetzungen auch ein oft „**Rechtfertigungsvorsatz**“ genanntes **subjektives Rechtfertigungselement**. Die rechtfertigenden Umstände müssen dem Täter bekannt sein und sich im Motiv seines Handelns niederschlagen.

st. Rspr., vgl. nur BGHSt 2, 111 = NJW 1952, 312 [übergesetzlicher Notstand]; BGH NStZ 2000, 365 [Notwehr]; BGHSt 5, 245 = NJW 1954, 438 [Nothilfe]; BGH MDR 1953, 401; Rönnau, LK-StGB, 12. Aufl., Vorb. § 32 Rn 82 Fn 295 m.w.N. auch zu anderen Rechtfertigungsgründen

Gründe für die Annahme, bei einer möglichen Rechtfertigung wegen einer Kriegsrepressalie gelte anderes, sind nicht ersichtlich (zur Notwendigkeit eines „Rechtfertigungsvorsatzes“ bei allen Rechtfertigungsgründen vgl. auch eingehend Rönnau, LK-StGB, Vorb. § 32 Rn 82 m.w.N.).

„Hier ist der Angekl. bei der Tat jedoch nicht davon ausgegangen, er handle im Rahmen einer zur Tat vom Recht gedeckten Kriegsrepressalie. Dagegen spricht seine Einlassung, er habe die von ihm selbst als illegal und **mit seinem Soldateneid nicht vereinbar bewertete Tat** nicht begangen.

Durch die so begründete Ablehnung eines „Rechtfertigungsvorsatzes“ entstehen dem Angekl. hier keine Nachteile aus einem zulässigen Verteidigungsverhalten.

Allerdings kann ein die Tat bestreitender Angekl. nicht zugleich (möglicherweise) strafmildernde Umstände vorbringen. Gleichwohl, so die Rspr. des BGH insbes. im Zusammenhang mit § 213 StGB, ist insoweit von der dem Angekl. günstigsten Möglichkeit auszugehen, die nach den konkreten Umständen in Betracht kommt, damit ihm aus zulässigem Verteidigungsverhalten keine Nachteile erwachsen (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 99 m.w. Nachw.).

Diese Fälle sind dem vorliegenden Fall zwar ähnlich, aber nicht mit ihm identisch: Dort erscheint möglich, dass der Angekl. sich nicht wahrheitsgemäß auf Strafmilderungsgründe beruft, weil er lieber freigesprochen als (nur) milder bestraft werden will. Hier wäre demgegenüber zu unterstellen, dass der Angekl. sich nicht wahrheitsgemäß auf Gesichtspunkte beruft, die (möglicherweise) zu einem Freispruch wegen eines Rechtfertigungsgrunds führen könnten, weil er lieber mangels Tatnachweises freigesprochen werden will.

Letztlich braucht der Senat diesem Unterschied aber nicht näher nachzugehen. Die Strafkammer hat nämlich dargelegt, dass der Angekl. bei der Tat wusste, dass sie unter militärischen Gesichtspunkten keinen Sinn hatte, sondern ausschließlich der Rache für den Anschlag an hieran Unbeteiligten diene, und dass sein Vorgehen deshalb – entsprechend seiner eigenen Bewertung im Rahmen seines Verteidigungsvorbringens – einen rein verbrecherischen Charakter hatte.“ (BGH aaO)

2. Ohnehin kommt eine **Rechtfertigung** des Angekl. mit Blick auf eine nach damaligem Kriegsvölkergewohnheitsrecht als **zulässig angesehene Kriegsrepressalie** durch **Tötung von „Sühnegefangenen“** hier nicht in Betracht.

zur Fortgeltung des Kriegsvölkergewohnheitsrechts für sog. „Altfälle“ vgl. Gribbohm, S. 32 m.w. Nachw.; zur Zulässigkeit von Kriegsrepressalien vgl. BGHSt 49, 189 = NJW 2004, NJW Jahr 2004 Seite 2316 = NSTZ 2005, NSTZ Jahr 2005 Seite 36 m.w. Nachw., und zu deren völkerrechtlichen Grundlagen zusammenfassend Gribbohm, S. 5ff., 25ff. m.zahlr.Nachw.

„Die auch nach damaligem Rechtsverständnis hierfür erforderlichen objektiven Voraussetzungen waren nämlich insgesamt nicht erfüllt. Dies gilt sowohl hinsichtlich des Umfelds, als auch hinsichtlich der Auswahl der Opfer, der Art ihrer Tötung und dem darauf folgenden Geschehen.

**Regelmäßige Voraussetzung für eine derartige Aktion** war, dass sie letztlich im besetzten Gebiet **zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung** diene (Gribbohm, S. 25; Artzt/Penner, S. 5f.). Schon daran fehlte es: Das in Rede stehende Gebiet war nicht (mehr) von den Deutschen besetzt, die Alliierten waren wenige Kilometer entfernt, der Angekl. war mit seinem Truppenteil nur kurzfristig in der Region, um die für den Rückzug wichtige Brücke zu reparieren, eine wie auch immer geartete Berechtigung oder Verpflichtung, gegenüber der einheimischen Bevölkerung noch öffentliche Sicherheit und Ordnung durchzusetzen, bestand, auch wenn sie sonst bestanden haben sollte, zu diesem Zeitpunkt jedenfalls nicht mehr. Eine im Rahmen von Kriegsgeschehen erfolgte „vorbeugende Erschießung“ zur Abwehr womöglich anderweitig drohender künftiger Gefahren hat der BGH als „verbrecherisch“ bewertet (BGHSt 15, 214 = NJW 1961, 373). Es ist nicht ersichtlich, warum für **eine vorbeugende Tötung Unbeteiligter**, die nicht der Wahrung und Durchsetzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem besetzten Gebiet diene, anderes gelten könnte.

Kriegsrepressalien waren von der sog. **Humanitätsschranke** begrenzt. Wenn auch – umso mehr nach heutigem Verständnis – eine wie auch immer durchgeführte „humane“ Tötung Unschuldiger kaum vorstellbar ist, so fiel unter diesen Begriff jedenfalls schon damals das **Verbot von Kriegsrepressalien gegen Frauen und Kinder**.

Die Revision meint, die hier Opfer gewordenen Personen im Alter von damals 15 und 16 Jahren seien keine Kinder gewesen. Nach dem damals geltenden italienischen Wehrpflichtgesetz begann die Wehrpflicht jedoch erst mit 17 Jahren, so dass hier die beiden von der Vergeltungsaktion betroffenen Jugendlichen nicht zum Militärdienst hätten eingezogen werden können, weshalb sie nach Auffassung des Senats im vorliegenden Fall als Kinder angesehen werden müssen.

Als ein für die Beurteilung der „Humanität“ einer Tötung im Rahmen einer Repressalie wesentlicher Gesichtspunkt wurde damals auch vielfach die **Art der Tötung** angesehen (Gribbohm, S. 29; Artzt/Penner, S. 26). Als eine **entwürdigende und erniedrigende und daher inhumane und von Kriegsrecht nicht gedeckte Tötungsart** galt die hier praktizierte Sprengung des Gebäudes, in dem die über ihr Schicksal bewusst im Unklaren gelassenen Opfer gefangen gehalten wurden (Gribbohm, S. 28f.). Für das zusätzlich anschließend noch praktizierte Maschinengewehrfeuer gilt nichts anderes (Gribbohm, S. 29; vgl. auch v.Münch, S. 112).

Es mag zwar in Einzelfällen durchaus vorstellbar sein, dass trotz der Nichteinhaltung einzelner, auch nach damaligem Kriegsvölkergewohnheitsrecht an die Rechtmäßigkeit einer Kriegsrepressalie zu stellenden Anforderungen im Hinblick auf die Gesamtumstände ausnahmsweise von einer zulässigen (Repressal)Maßnahme ausgegangen werden kann (Gribbohm, S. 30); dies ist hier aber nicht der Fall (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

- III. Auch eine **Verfolgungsverjährung** ist **nicht eingetreten**. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Verjährungsfrist unmittelbar nach der Tat zu laufen begonnen hätte oder wenn die Tat nicht als Mord nach § 211 StGB zu werten wäre. Beides ist allerdings nicht der Fall.

„Da Mord zur Tatzeit nach 20 Jahren verjährte (§§ 67 I Alt. 1, 211 I RStGB) wäre im Juni 1964 Verjährung eingetreten, wenn diese nicht bis Kriegsende geruht hätte, § 69 StGB a.F.; entspricht § 78b StGB). Geruht hat die Verjährung bis zum Kriegsende (u.a.) dann, wenn die Tat den zu ihrer Verfolgung berufenen Stellen zwar bekannt war, eine Verfolgung aber aus politischen Gründen unterblieb (BGH NJW 1995, 1297 = NSTZ 1995, 406; BGHSt 23, 137 = NJW 1970, 154; BGHSt 18, 367 = NJW 1963, 1627; jew. m.w. Nachw.). So verhält es sich hier (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)

StGB  
§ 266

**Untreue**  
**Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtl. Normen**  
 (BGH in NSTZ 2011, 37; Beschluss vom 13.09.2010 – 1 StR 220/09)

StGB

1. Eine **Normverletzung** ist i. d. Regel **nur dann pflichtwidrig** i.S.d. § 266 I StGB, **wenn** die verletzte Rechtsnorm **vermögensschützenden Charakter** hat.
2. Ein **Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Normen** kann diesen **Vorwurf** jedoch **nicht begründen**, weil die Normen nicht das Vermögen des Arbeitgebers schützen.

**Fall:** Der Angekl., Vorsitzender der im Betriebsrat der Siemens-AG vertretenen Aktionärgemeinschaft unabhängiger Betriebsangehöriger (AUB), nahm Zahlungen des Unternehmens, die der Mitangekl. F veranlasst hatte, in Millionenhöhe entgegen. Die finanzielle Unterstützung wurde i. d. Regel durch Scheinrechnungen eines vom Angekl. geführten Unternehmens verschleiert und erfolgte ohne Unterrichtung von Vorstand oder Aufsichtsrat der Siemens-AG. Sie führte zu einer nachhaltigen Stärkung der unternehmensnahen Arbeitnehmervertretung und brachte der Siemens-AG letztlich erhebliche wirtschaftliche Vorteile.

Die in den Scheinrechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer wurde von der Siemens-AG als Vorsteuer, der jeweilige Rechnungsbetrag als Betriebsausgabe geltend gemacht. Der Angekl. machte zu Unrecht Betriebsausgaben seines Unternehmens sowie Vorsteuern aus Luftrechnungen geltend.

Zu prüfen ist, ob der Angekl. sich wegen **Beihilfe zur Untreue nach § 266 StGB** strafbar gemacht hat.

I. Im Hinblick auf die **tatbestandliche Weite des § 266 I StGB** kann nicht in jedem (strafabwehrten) Verstoß gegen die Rechtsordnung auch eine i.S.v. § 266 I StGB strafrechtlich relevante Pflichtverletzung erblickt werden. Dies folgt aus dem **Schutzzweck des § 266 I StGB**, der das zu betreuende Vermögen schützt.

1. Eine **Normverletzung** – hier eine Straftat i.S.d. § 119 I Nr. 1 BetrVG – ist deshalb regelmäßig **nur dann pflichtwidrig** i.S.v. § 266 StGB, **wenn** die verletzte Rechtsnorm ihrerseits – wenigstens auch, und sei es mittelbar – **vermögensschützenden Charakter für das zu betreuende Vermögen** hat, mag die Handlung auch nach anderen Normen pflichtwidrig sein und unter Umständen sogar Schadensersatzansprüche gegenüber dem Treuepflichtigen auslösen. Nur dann, wenn die unmittelbar verletzte Rechtsnorm selbst vermögensschützenden Charakter hat, liegt der **untreuespezifische Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und geschütztem Rechtsgut** i.S.v. § 266 I StGB vor.

Fehlt es daran, kann der Gesetzesverstoß, soweit er für sich sanktionsbewehrt ist, nach Maßgabe des diesbezüglichen Sanktionstatbestands geahndet werden. Der Gesetzesverstoß kann darüber hinaus auch geeignet sein, Schadensersatzansprüche zu begründen. Eine – daneben tretende – Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB wegen Untreue kann allein aus diesem Gesetzesverstoß aber generell noch nicht abgeleitet werden. Das BetrVG jedenfalls sieht eine solche, sich vermögensmindernd auswirkende Sanktion nicht vor.

2. Bei einer **Aktiengesellschaft** bestimmen sich **Umfang und Grenzen der Vermögensbetreuungspflichten der Organe** grds. nach Maßgabe der **§§ 76, 93, 116 AktG**.

vgl. BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 = NSTZ 2006, 214 für den Aufsichtsrat; BGHSt 54, 148 = NJW 2010, 92 = NSTZ 2009, 694

Die den **Organen einer Aktiengesellschaft** angehörenden Personen **haben** deshalb – auch gegenüber der Aktiengesellschaft selbst – die **rechtlichen Pflichten und Vorgaben der Rechtsordnung einzuhalten** (vgl. BGHZ 124, 127 = NJW 1994, 520; MüKo-AktG/Spindler, 3. Aufl., § 93 Rn 63ff. m.w.N.). Die somit für die Organe einer Aktiengesellschaft bestehende **Legalitätspflicht** bedingt, dass **kein aktienrechtlich geschützter Handlungsspielraum für „profitable Pflichtverletzungen“** besteht (vgl. Fleischer ZIP 2005, 141 mwN). Verstöße gegen die Legalitätspflicht können auch im Verhältnis

zur Gesellschaft selbst nicht mit dem Vorbringen gerechtfertigt werden, sie lägen in deren Interesse; die Bindung an gesetzliche Vorschriften hat vielmehr Vorrang (BGH NSTz 2010, 700). Gesetzesverstöße, wie etwa ein Verstoß gegen § 119 BetrVG, stellen daher – in aktienrechtlicher Hinsicht – eine Verletzung der in §§ 93 I u. 116 S. 1 AktG statuierten Pflichten dar und können zivilrechtliche Rechtsfolgen begründen.

3. Dies hat aber nicht zur Folge, dass die primär verletzte Rechtsnorm, wenn sie nicht das betreute Vermögen schützt, allein dadurch vermögensschützend wird, dass ihre Verletzung zugleich eine Verletzung aktienrechtlicher Vorschriften darstellt.

- a) Anders ausgedrückt bedeutet dies: Liegt der Verstoß gegen die §§ 93, 116 AktG allein darin, dass eine **nicht vermögensschützende Norm außerhalb des Aktiengesetzes verletzt** wird, führt dies nicht dazu, dass die Verletzung einer vermögensschützenden Norm i. S. einer Pflichtverletzung gem. § 266 I StGB vorläge, nur weil die primär verletzte Pflicht durch die §§ 93, 116 AktG zu einer aktienrechtlichen Pflicht der Organe der Aktiengesellschaft wird.

*„Denn auch die §§ 93, 116 AktG sind Vorschriften von erheblicher Unbestimmtheit und general-klauselartigem Charakter (BVerfG NJW 2010, 3209). Eine allein auf die Verletzung dieser Vorschriften abstellende Auslegung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals des § 266 I StGB wäre daher nicht geeignet, die verfassungsrechtlich gebotene Beschränkung der Anwendung des Untreuetatbestands auf evidente Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken und damit den Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren. Wollte man dies anders sehen, würde letztlich jeder Gesetzesverstoß (etwa auch die Beauftragung einer Werbeagentur mit einer i.S.v. § 3 UWG unlauteren Werbung) gleichzeitig eine pflichtwidrige Handlung i.S.v. § 266 StGB darstellen und – bei Vorliegen eines Vermögensnachteils – den Tatbestand der Untreue erfüllen. Dies würde nicht nur dem Untreuetatbestand jegliche Kontur nehmen; es wäre bei weniger gewichtigen Verstößen gegen selbst nicht strafbewehrte Normen vielfach auch nicht mehr mit der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts zu vereinbaren.“ (BGH aaO)*

- b) Maßgeblich ist daher auch bei Verstößen gegen die §§ 93, 116 AktG, ob die primär verletzte Rechtsnorm, deren Verletzung zugleich den Verstoß gegen diese aktienrechtlichen Vorschriften bildet, **vermögensschützenden Charakter** hat. Dies ist **bei der Strafnorm des § 119 BetrVG hingegen nicht der Fall.**

*„Die Vorschrift des § 119 BetrVG dient allein dem Schutz der Wahl und der Funktionsfähigkeit der im Gesetz aufgeführten betriebsverfassungsrechtlichen Organe (vgl. Oetker, Gemeinschaftskomm-BetrVG, 9. Aufl., § 119 Rn 6). Der Verstoß gegen § 119 I Nr. 1 Alt. 2 BetrVG ist daher für sich allein nicht geeignet, eine Pflichtwidrigkeit i.S.v. § 266 I StGB zu begründen. Das dadurch verwirklichte Unrecht kann im vorliegenden Fall strafrechtlich allein nach Maßgabe des § 119 I Nr. 1 Alt. 2 BetrVG geahndet werden. Eine eventuelle, sich aus dem Verstoß gegen aktienrechtliche Vorschriften ergebende zivilrechtliche Haftung bleibt davon unberührt.“ (BGH aaO)*

- II. Ein i.S.v. § 266 I StGB pflichtwidriges und zudem **vermögensschädigendes Verhalten** des Mitangekl. F könnte aber darin zu sehen sein, dass er die **Zahlungen auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung veranlasste, ohne selbst eine ausreichende inhaltliche Kontrolle** durchzuführen oder zumindest dafür Sorge zu tragen, dass Dritte eine inhaltliche Kontrolle durchführen. Überprüfungen wurden zudem dadurch erschwert, dass die tatsächlichen Rechtsverhältnisse durch Scheinrechnungen verschleiert wurden.

Ein solches Vorgehen ist mit den – insoweit fraglos vermögensschützenden – Pflichten, die den Mitangekl. F allgemein auf Grund seiner Stellung innerhalb der Siemens-AG und im Speziellen bei Abwicklung der zwischen der Siemens-AG und dem Angekl. getroffenen Vereinbarung trafen, nicht zu vereinbaren.

*„Denn dadurch wurde bereits die Prüfung durch die zuständigen Stellen vereitelt, ob die Leistungen der Siemens-AG in einem äquivalenten Verhältnis zu den mit der Vereinbarung erlangten Vermögensvorteilen des Unternehmens stehen.“ (BGH aaO)*

- III. Fraglich ist aber, ob der Siemens-AG durch die Verletzung der dem Mitangekl. F obliegenden Vermögensbetreuungspflicht auch ein **Nachteil i.S.v. § 266 StGB** entstanden ist.

1. Ein dem betreuten Vermögen zugefügter Nachteil i.S.d. § 266 StGB ist **jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße**. Die Vermögensminderung ist dabei nach dem **Prinzip der Gesamtsaldierung (Vermögensvergleich)** festzustellen Ein Nachteil liegt deshalb nicht vor, wenn durch die Tathandlung zugleich ein den Verlust

aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird; werterhöhend kann dabei auch eine vermögenswerte realistische Gewinnerwartung wirken.

BGHSt 47, 295 = NJW 2002, 2801 = NStZ 2002, 648; BGH wistra 2000, 384 = BeckRS 2000, 30121776 mwN; NJW 2007, 1373 = NStZ-RR 2006, 378 mwN; BGH NStZ 1996, 191

2. Beim Vermögen als Rechtsgut und Bezugspunkt des anzustellenden Vergleichs handelt es sich allerdings nicht um einen der sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglichen Gegenstand, sondern vielmehr um eine **wirtschaftliche Größe**, deren Umfang zu einem bestimmten Zeitpunkt sich erst aus einer Bewertung ergibt.

In diesem Rahmen bedarf es der Entscheidung, welche Vermögenspositionen in die Wertbestimmung einfließen und wie deren Wert zu ermitteln ist. Hierbei **können normative Erwägungen eine Rolle spielen**. Dabei ist stets zu prüfen, ob das verbotene Geschäft – wirtschaftlich betrachtet – nachteilig war.

vgl. BGH NJW 2007, 1373 = NStZ-RR 2006, 378 mwN; NJW 2008, 2451 = NStZ 2008, 457; s. auch BVerfG NJW 2010, 3209

Der Vermögensnachteil stellt hierbei ein selbstständiges neben dem der Pflichtverletzung stehendes Tatbestandsmerkmal dar, das nicht in dem Merkmal der Pflichtwidrigkeit aufgehen darf.

BGH NJW 2008, 2451 = NStZ 2008, 457; BGHSt 53, 199 = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330; BGH NStZ 2010, 329; vgl. auch BVerfG NJW 2010, 3209 mwN

*„An diesen Grundsätzen gemessen erweisen sich die Wertungen des LG, nach denen die auf Grundlage der Scheinrechnung erfolgenden Zahlungen der Siemens-AG an die AUB einen endgültigen Schaden i.S.v. § 266 StGB verursachten, da **kein den Geldabfluss kompensierender Vermögensvorteil** bei der Siemens-AG gegeben sei, auf Grund der bisherigen Feststellungen nicht als tragfähig: Das LG stellt zwar fest, dass der Siemens-AG infolge der Zusammenarbeit mit der AUB finanzielle Vorteile erwachsen seien. Diese Vorteile stellen nach Auffassung des LG indes keinen unmittelbaren Vermögenszuwachs dar, sondern vielmehr lediglich eine „vage Chance“, die nicht konkret messbar sei.*

*Das LG hat dabei nicht hinreichend bedacht, dass ein unmittelbarer, den Vermögensnachteil kompensierender Vermögensvorteil nicht nur dann gegeben ist, wenn die schadensausschließende Kompensation in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Pflichtverletzung steht. Denn „unmittelbar“ heißt insoweit nicht zeitgleich bzw. sofort oder auch nur bald. Eine **unmittelbare Schadenskompensation** ist vielmehr dann gegeben, wenn keine weitere, selbstständige Handlung mehr hinzutreten muss, damit der kompensationsfähige Vermögenszuwachs entsteht (vgl. Fischer, 57.Aufl., § 266 Rn 166 mwN).*

*Mit den im Tatzeitraum geleisteten Zahlungen, die den Fortbestand der AUB sicherstellten, wurde aus Sicht der Verantwortlichen der Siemens-AG – jedenfalls im Tatzeitraum – der mit den Zahlungen angestrebte wirtschaftliche Vorteil, auf den bei der Gesamtsaldierung allein abzustellen ist (BGHSt 31, 232 = NJW 1983, 1807; BGHSt 43, 293 = NJW 1998, 913 = NStZ 1998, 514; BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89 = NStZ 2009, 95; s. auch BVerfG NJW 2010, 3209), bereits erreicht. Angesichts der nach den Feststellungen zu diesem Zeitpunkt gegebenen Etablierung der AUB hätte es weitergehender Darlegung bedurft, warum die Zahlungen lediglich zu einer vagen Chance, nicht aber zu einem bereits **messbaren Vermögenszuwachs** geführt hätten. Auf Grund des zur Tatzeit etablierten und „bewährten“ Systems sind die Zuwendungen auch nicht mit Fällen vergleichbar, bei denen durch Einsatz von Bestechungsgeldern in nicht konkretisierten zukünftigen Fällen dem Vermögensinhaber günstige Vertragsabschlüsse erreicht werden sollen (vgl. insow. BGHSt 52, 323 = NJW 2009, 89 = NStZ 2009, 95).“ (BGH aaO)*

- IV. **Ergebnis:** Eine Verurteilung des Angekl. wegen Beihilfe zur Untreue erfordert daher weitergehende als die bisher getroffenen Feststellungen. Namentlich wären die wirtschaftlichen Vorteile, welche die Siemens-AG auf Grund der mit dem Angekl. getroffenen Vereinbarung erzielte, in betriebswirtschaftlicher Hinsicht zu bewerten und mit den von der Siemens-AG geleisteten Zahlungen zu saldieren.

GG

**Hundesteuer und Existenzminimum**

GG

Art. 105 Ila

**kein Anspruch auf Befreiung von Aufwandssteuern**

(OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 934; Urteil vom 08.06.2010 - 14 A 3020/08)

1. Die Hundesteuer ist eine örtliche Aufwandssteuer nach § 105 Ila GG.
2. **Aufwandssteuern** erfassen (nur) den besonderen, über die Befriedigung des allgemeinen Lebensbedarfs hinausgehenden Aufwand für die persönliche Lebensführung und besteuern damit die in der Einkommensverwendung für den persönlichen Lebensbedarf **zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit**.
3. Die **Erhebung der Hundesteuer von Sozialhilfeempfängern** ist generell kein übermäßiger und somit unverhältnismäßiger Eingriff, da die Auslösung der Steuerpflicht bei der Aufwandsteuer in der Hand des Steuerpflichtigen liegt.
4. Die Verwendung des Existenzminimumeinkommens ist Sache desjenigen, der es erzielt. Es gibt **keine verfassungsrechtliche Pflicht** des Staates, jenem durch Steuerbefreiung einen **Aufwand zu ermöglichen**, den er sich mit der Steuer **nicht leisten kann**.

**A. Grundlagenwissen: örtliche Aufwandssteuern**

Das Grundgesetz nimmt die **örtlichen Verbrauch- und Aufwandssteuern** bei der Regelung der Gesetzgebungshoheit (Art. 105 Abs. 2a GG) und der Ertragshoheit (Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG) in ihrer **historisch gewachsenen Bedeutung** auf und anerkennt sie als zulässige Form des Steuerzugriffs (vgl. BVerfGE 65, 325 (343); 93, 121 [134 f.]). Die Erhebung derartiger Steuern ist im Grundgesetz vorgesehen und deshalb **verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden**.

Die **Länder** haben von ihrer ausschließlichen Landeszuständigkeit (vgl. BVerfGE 40, 56 [60 f.]) für die in Art. 105 Abs. 2a GG bezeichneten Steuern dadurch Gebrauch gemacht, dass sie durch ihre Kommunalabgabengesetze die **Gemeinden** zur satzungsmäßigen Regelung dieser Steuer **ermächtigt** haben.

Art. 80 I 2 GG jedenfalls findet hier keine Anwendung, da dieser nur auf Rechtsverordnungen anwendbar ist und keinen Bezug zu der den Gemeinden eingeräumten Satzungsautonomie hat. Allerdings ist auch allgemein eine Ermächtigungsgrundlage nur dann ihrerseits rechtmäßig, wenn sie hinreichend bestimmt ist.

Im Hinblick auf die den Gemeinden eingeräumte **Satzungsautonomie** reicht es aber aus, wenn die Ermächtigung zweifelsfrei erkennen lässt, welchen **Gegenstand** die **ortsrechtliche Satzung** betrifft. Dabei wird die übertragene Befugnis durch den Zweck der gemeindlichen Autonomie sowie die verfassungsrechtlichen Merkmale der Vergnügungssteuer nach Art. 105 Abs. 2a GG begrenzt.

Die "örtliche" Steuer ist im Steuertatbestand auf den **örtlich bedingten Wirkungskreis** beschränkt (vgl. BVerfGE 40, 56 (61)). Auch der Tatbestand der "Verbrauch- und Aufwandsteuern" hat in der Tradition des deutschen Verfassungsrechts einen festen Inhalt gewonnen:

Maßgebend für den Charakter einer Steuer als Aufwandsteuern ist es, dass die **in der Einkommensverwendung zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** belastet werden soll (vgl. BVerfGE 65, 325 (346)). In dieser durch eine gefestigte Tradition bestimmten Tatbestandlichkeit ermächtigen die Kommunalabgabengesetze die Gemeinden, die nach Art. 28 II 1 GG grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft selbst regeln dürfen (vgl. BVerfGE 79, 127 [150 f.]). Die Rechtsetzung ergeht nach Art. 28 II GG in Form der Satzung.

Der parlamentarische Gesetzgeber muss die in seine Zuständigkeit gewiesenen steuerlichen Eingriffe jedenfalls inhaltlich maßgeblich vorformen, wenn er sie nicht selbst regelt, sondern der Regelung durch kommunale Satzung überlässt. Wenn die Kommunalabgabengesetze den Gemeinden die Befugnis zur Regelung der herkömmlichen Aufwandsteuern zuweisen, so lässt sich hieraus der Maßstab für die **Auswahl von Steuergegenstand und Steuer-**

**pflichtigen**, die Gestaltung von Bemessungsgrundlage und Steuersätzen ableiten (vgl. BVerfGE 65, 325 [345 ff.]).

## B. kein Anspruch auf Befreiung von Hundesteuer bei Beeinträchtigung des Existenzminimums (OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 934)

**Fall:** Der 1932 geborene Kl. ist Rentner. Er erhielt im Jahre 2000 eine Altersrente von monatlich umgerechnet 294,15 Euro, später 272,83 Euro, und verdiente sich durch eine Nebentätigkeit zusätzlich 409,03 Euro monatlich. Zurzeit bezieht er eine Altersrente von 311,29 Euro und erhält ergänzende Sozialhilfe in Höhe von 423,66 Euro. Im Winter 1999 fand der Kl. einen Pudel auf, den er zu sich nach Hause nahm und pflegte. Am 14.09.2000 wurde der Kl. von einem Bediensteten des Bekl. und einem Polizeibeamten in einem Park mit dem Pudel, der keine Steuermarke trug, angetroffen. Durch Bescheide vom 17.11.2000, 05.01.2001, 26.04.2001, 31.01.2002, 27.01.2003, 12.01.2004, 24.01.2005 und 20.01.2006 setzte der Bekl. für die jeweiligen Jahre gegenüber dem Kl., nachdem dieser beim Bekl. mit Rücksicht auf sein geringes Einkommen eine Ermäßigung der Hundesteuer beantragt hatte, eine Hundesteuer in Höhe der Hälfte des Regelsatzes für einen Hund von insgesamt 441,81 Euro fest.

Nachdem die Steuer nur teilweise bezahlt wurde und Vollstreckungsversuche des Bekl. unternommen wurden, hat sich der Kl. am 24.08.2007 an das VG gewandt und darum gebeten, die Stadtverwaltung E. zu verpflichten soll, alle dem Kl. gegenüber ergangenen Hundesteuerbescheide ohne Begrenzung auf bestimmte Steuerjahre zurückzunehmen und von ihm gezahlte Hundesteuer zu erstatten. Zur Begründung hat er vorgetragen: Er habe das Tier im Winter 1999 im Schnee aufgefunden und zu einem Tierheim gebracht. Dort sei ihm mitgeteilt worden, dass das Tier wegen Entkräftung eingeschlafert werden müsse. Dies habe er verhindern wollen und es deshalb mit nach Hause genommen und aufgepäppelt. Er sei nicht Eigentümer des Tieres, sondern bloßer Pfleger, bis der Eigentümer sich melde. Daher sei er auch nicht steuerpflichtig. Wegen seines geringen Einkommens verblieben ihm und dem Hund nur noch monatlich 160 Euro zum Leben. Davon könne er die geforderte Hundesteuer nicht zahlen. Der Hund ist am 31.12.2006 verstorben. Wird die zulässige Klage Erfolg haben?

Ein Anspruch des Klägers auf Rücknahme der Bescheide könnte sich aus § 12 I Nr. 3 lit. b NWKAG i.V.m. § 130 I AO 1977 ergeben. Danach kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Fraglich ist daher, ob die ergangenen Steuerbescheide rechtswidrig sind.

### I. Ermächtigungsgrundlage

Die Steuerbescheide sind aufgrund der Hundesteuersatzung der Stadt E. ergangen. Nach § 1 I HundeStS unterliegt das **Halten von Hunden** im Stadtgebiet der Steuerpflicht, die nach Absatz 2 Satz 1 den Hundehalter trifft.

### II. formelle Rechtswidrigkeit

An der formellen Rechtmäßigkeit der Bescheide bestehen keine Bedenken.

### III. materielle Rechtswidrigkeit

Die Bescheide könnten aber materiell rechtswidrig sein.

#### 1. Vorliegen der Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Hundehalter ist nach § 1 III 1 HundeStS der Stadt E. auch derjenige, der einen **Hund in Pflege oder Verwahrung** genommen hat, wobei nach Satz 2 der Vorschrift die Steuerpflicht in jedem Falle eintritt, wenn die Pflege oder Verwahrung den **Zeitraum von zwei Monaten überschreitet**.

*„Diese Voraussetzungen trafen auf den Kl. zu. Namentlich kommt es nicht darauf an, ob er Eigentümer des Hundes oder bloß sein Pfleger war. Der Steuersatz ist hier auch zutreffend gem. §§ 2 I lit.a, 5 III HundeStS bzw. den entsprechenden Vorschriften der Vorgängersatzungen jährlich auf die **Hälfte des Normalsatzes** festgesetzt worden für Empfänger laufender Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem **Bundessozialhilfegesetz** (heute: Sozialgesetzbuch, XII. Buch) und solche Personen, die diesen **einkommensmäßig gleichstehen**.“* (OVG Münster aaO)

Die Voraussetzungen der Ermächtigungsklage liegen vor.

#### 2. Verhältnismäßigkeit

Die Festsetzung von Hundesteuer gegenüber dem Kl. könnten jeden deshalb unverhältnismäßige Eingriffe in die Abgabefreiheit als Teil der allgemeinen Handlungs-

freiheit (Art. 2 I GG) darstellen, weil mit ihnen verfassungswidrig das Existenzminimum besteuert würde.

#### a) rechtliche Einordnung der Hundesteuer als Aufwandssteuer

Die Hundesteuer ist eine örtliche Aufwandsteuer i.S. des Art. 105 Ila GG, zu deren Erhebung die Gemeinden nach § 3 I 1 NWKAG ermächtigt sind.

*„Aufwandsteuern erfassen (nur) den besonderen, über die Befriedigung des allgemeinen Lebensbedarfs hinausgehenden Aufwand für die persönliche Lebensführung und besteuern damit die in der Einkommensverwendung für den persönlichen Lebensbedarf **zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** (vgl. BVerwG, NVwZ 2008, 91). Weil die Hundesteuer als Aufwandsteuer nicht an Einkommen und Vermögen des Steuerpflichtigen anknüpft, sondern an einen Aufwand, den dieser sich leistet, **kommt es nicht darauf an**, ob sich der Steuerpflichtige im Einzelfall diesen Aufwand **eigentlich nicht leisten kann** (so für die Zweitwohnungsteuer, die ebenfalls eine örtliche Aufwandsteuer ist: BVerfGE 114, 316 [334] = NJW 2005, 3556 = NVwZ 2006, 205 L; BVerfGE 65, 325 [348] = NJW 1984, 785 = NVwZ 1984, 302 L; BVerwG, NVwZ 2009, 1437 [1440]).*

#### b) keine Unverhältnismäßigkeit wegen Eingriff in das Existenzminimum

Die Erhebung der Hundesteuer von Sozialhilfeempfängern ist generell kein übermäßiger und somit unverhältnismäßiger Eingriff. Der Staat muss einkommensteuerrechtlich das Existenzminimum freistellen.

*„Was der Staat dem Einzelnen **voraussetzungslos** aus allgemeinen Haushaltsmitteln **zur Verfügung zu stellen** hat, das darf er ihm nicht durch Besteuerung seines Einkommens entziehen (vgl. BVerfGE 120, 125 [154f.] = NJW 2008, 1868). Das lässt sich aber **nicht auf die Besteuerung getätigten Aufwands** übertragen. Während bei der Besteuerung des Existenzminimumeinkommens die bloße Tatsache der Erzielung des Einkommens die Steuerpflicht auslösen würde, so dass beim Steuerpflichtigen unvermeidlich weniger als das Existenzminimum zur Deckung des notwendigen Lebensbedarfs übrig bleibt, liegt die **Auslösung der Steuerpflicht bei der Aufwandsteuer in der Hand des Steuerpflichtigen**.“ (OVG Münster aaO)*

Die Höhe der Sozialhilfe hängt von einem **staatlich festgesetzten Regelsatz** ab, der seinerseits an bestimmten Bruchteilen der Verbrauchsausgaben der untersten 20% der nach ihrem Nettoeinkommen geschichteten Haushalte der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe des Statistischen Bundesamtes nach Herausnahme der Empfänger von Leistungen der Sozialhilfe orientiert ist (vgl. im Einzelnen §§ 28, 40 SGB XII und § 2 der Regelsatzverordnung).

*„Es **steht es dem Einzelnen** Sozialhilfeempfänger **frei**, auf bestimmte, vom Gesetzgeber zur Führung eines menschenwürdigen Lebens (vgl. § 1 S. 1 SGB XII) **vorgesehene Ausgaben**, etwa bei Haushaltsgeräten, Unterhaltung, Kultur oder Tabak, **zu verzichten**, um über den allgemeinen Lebensbedarf **hinausgehende Bedürfnisse zu befriedigen**, hier für die private Tierhaltung. Insofern indiziert auch bei einem Sozialhilfeempfänger die Tatsache der Hundehaltung im Einzelfall vorliegende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.*

*Wenn er meint, sich den steuerpflichtigen Aufwand mit Rücksicht auf die Deckung des notwendigen Lebensbedarfs **nicht leisten zu können**, muss er **auf den Aufwand verzichten**, also hier auf die Haltung eines Hundes. Die Verwendung des Existenzminimumeinkommens ist Sache desjenigen, der es erzielt. Es gibt keine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, jenem durch Steuerbefreiung einen Aufwand zu ermöglichen, den er sich mit der Steuer nicht leisten kann. Daher ist die Besteuerung der Hundehaltung regelmäßig auch bei Sozialhilfeempfängern keine unverhältnismäßige Belastung.“ (OVG Münster aaO)*

#### c) keine Unverhältnismäßigkeit wegen erdrosselnder Wirkung

##### aa) Begriff der Erdrosselungswirkung einer Steuer

Die Erdrosselungswirkung einer Steuer betrifft unterschiedliche Schranken der Zulässigkeit einer Steuer.

##### (1) faktisches Verbot

*„So ist eine Steuervorschrift, die **faktisch zu einem Verbot des besteuerten Vorgangs** und nicht mehr zu Steuereinnahmen führt, gar keine Regelung steuerlicher Art mehr, so dass sie nicht auf die Steuerkompetenz gestützt werden kann (vgl. BVerfGE 115, 97 [115] = NJW 2006, 1191 = NVwZ 2006, 679 L; BVerfGE 98, 106 [118] = NJW 1998, 2341 = NVwZ 1998, 947 L; BVerfGE 29, 327 [331]).“ (OVG Münster aaO)*

**(2) unzulässiger Eingriff in Eigentum und Handlungsfreiheit**

„Darüber hinaus markiert die Erdrosselungswirkung einer Steuer eine grundrechtliche Schranke. Die Steuer stellt einen **unzulässigen Eigentumseingriff** (Art. 14 I GG) dar, wenn die Geldleistungspflicht den Betroffenen übermäßig belastet und seine **Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigt**, so dass sie etwa die Fortführung von Unternehmen regelmäßig unmöglich macht (vgl. BVerfGE 95, 267 [300f.] = NJW 1997, 1975 = NVwZ 1997, 885 L) unter diesen Voraussetzungen wird auch ein **Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG** erwogen, (vgl. BVerfGE 115, 97 [113] = NJW 2006, 1191 = NVwZ 2006, 679 L).“ (OVG Münster aaO)

**(3) unzulässiger Eingriff in die Berufsfreiheit**

„Schließlich bezeichnet die steuerrechtliche Erdrosselungswirkung auch den unzulässigen Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG, wenn die **Steuer es in aller Regel unmöglich macht**, den von der Steuer betroffenen **Beruf zur Grundlage der Lebensführung zu machen** (vgl. BVerfGE 31, 8 [29]; 16 147 [175] = NJW 1963, 1243).“ (OVG Münster aaO)

**bb) Anwendung auf den Fall**

Fraglich ist, ob nach diesen Vorgaben von einer Erdrosselungswirkung der Hundesteuer gegenüber Sozialleistungsempfängern auszugehen ist.

**(1) kein faktisches Verbot**

„Die erhöhte Hundesteuer führt nicht zu einem faktischen Verbot der Hundehaltung, so dass keine Verbotsnorm im bloß formellen Kleid einer Steuernorm vorliegt. Sie stellt auch keine übermäßige Belastung und grundlegende Beeinträchtigung der Vermögensverhältnisse eines Sozialhilfeempfängers dar, wie oben bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung gezeigt wurde, denn es liegt in der Hand des Steuerpflichtigen, ob er den steuerpflichtigen Aufwand betreibt und damit eine Beeinträchtigung seiner Vermögensverhältnisse in Kauf nimmt.“ (OVG Münster aaO)

**(2) Eingriff in allgemeine Handlungsfreiheit**

„Allerdings liegt in der Auferlegung der erhöhten Hundesteuer nicht nur ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit im Sinne der Abgabefreiheit, sondern auch wegen der mit der Hundesteuer bezweckten **Lenkungswirkung** ein **Eingriff** in die von der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasste **Freiheit zur Hundehaltung**. Die Hundesteuer wird nämlich nicht nur wegen ihres wirtschaftlichen Ertrags erhoben, sondern verfolgt darüber hinaus den Zweck, die **Hundehaltung** und die damit verbundenen **Belästigungen** und **Gefahren** für die Allgemeinheit **einzudämmen** (vgl. BVerwG, NJW 1978, 1870; NJW 1960, 165; BFHE 151, 285 [287] = BeckRS 1987, 22008251; OVG Münster, OVGE 33, 44 [45]).“ (OVG Münster aaO)

Daher muss sich die Hundesteuer grundrechtlich nicht nur an der allgemeinen Handlungsfreiheit im Sinne der Abgabefreiheit messen lassen, sondern auch insofern, als sie **gezielt verhaltensregulierend** auf die von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützte Hundehaltung einwirkt

„Indes kann die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG durch **jede verfassungskonforme, insbesondere verhältnismäßige Norm beschränkt** werden. Regelmäßig bleibt die Hundehaltung als von der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG geschützte Tätigkeit auch bei der Besteuerung möglich. Die **Unmöglichkeit der Hundehaltung im Einzelfall** wegen nicht ausreichender finanzieller Mittel zur Bezahlung der Hundesteuer, wie dies etwa auch bei dem Kl. unterstellt werden kann, begründet noch **keine unverhältnismäßige Einschränkung der Freiheit zur Hundehaltung**, da es dafür allein, wie bei der berufsfreiheitlichen Erdrosselungswirkung, auf die **regelmäßige Folge der Besteuerung** ankommt. Ein Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit könnte nur dann bei einer solchen auf den Einzelfall beschränkten Wirkung bejaht werden, wenn es eine grundrechtliche Pflicht gäbe, auf die Besteuerung eines Verhaltens (hier: Hundehaltung) dann zu verzichten, wenn nur ohne Besteuerung der Aufwand für das Verhalten finanziert werden kann. Eine solche Pflicht gibt es nicht.“ (OVG Münster aaO)

**Ergebnis:** Der Kl. hat keinen Anspruch auf Rücknahme der ergangenen Steuerbescheide und auch nicht auf erneute Bescheidung seines Rücknahmebegehrens.

WaffG  
§ 46 IV

**Waffenrechtliche Sicherstellungsmaßnahme**  
**Voraussetzungen einer richterlichen Durchsuchungsanordnung**  
(OLG Hamm in NVwZ-RR 2010, 921; Beschluss vom 11.08.2010 - 15 W 86/10)

POR

1. Eine **richterliche Durchsuchungsanordnung** nach § 46 IV 2 WaffG kann nach § 42 NWPoIG im **Beschwerdeverfahren nach dem FamFG** im ordentlichen Rechtsweg gerichtlich geprüft werden.
2. Das WaffG sieht für die **Sicherstellung** von Waffen pp. zwei Verfahren vor:
  - **Fristsetzungsverfahren**, § 46 III WaffG
  - Anordnung der **sofortigen Sicherstellung**, § 46 IV WaffG
3. Die Anordnung der sofortigen Sicherstellung berechtigt die Behörde zur Durchsuchung der Wohnung nach richterlicher Durchsuchungsanordnung.
4. Das Gericht hat den Sachverhalt **in eigener Verantwortung** daraufhin **zu prüfen**, ob die **gesetzlichen Voraussetzungen** für die Durchführung dieser Maßnahme **vorliegen** und der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** gewahrt ist.
5. Dazu müssen bestimmte Anhaltspunkte die **Gefahr nahe legen**, dass der Betroffene die **Wohnungsdurchsuchung verweigern** wird und deshalb ihre **Anordnung erforderlich** ist.
6. Für eine **richterliche Beschlagnahmeanordnung** besteht **keine waffenrechtliche Grundlage**.

**Fall:** A ist beruflich als Dipl.-Forstingenieur. tätig. Er ist Jagdscheininhaber und Inhaber einer Waffenbesitzkarte, auf der fünf Langwaffen und zwei Kurzwaffen eingetragen sind. A wurde im Herbst 2009 stationär wegen Depressivität behandelt, und zwar zunächst in der Zeit vom 18.09. bis zum 01.10.2009 in der Psychiatrischen Klinik G. Eine weitere Behandlung in der Psychosomatischen Klinik C. wurde am 09.11.2009 abgeschlossen; A kehrte zu seiner Familie nach G. zurück. In der Nacht vom 13. auf den 14.11.2009 fuhr A mit seinem Pkw erneut nach Schleswig-Holstein, um therapeutische Hilfe in den Kliniken C. zu erhalten. Der Inhalt eines Telefongesprächs, das A in den Nachtstunden mit einer Ärztin der Kliniken C. führte, ist zwischen den Bet. streitig und nicht näher aufgeklärt. Auf Grund dieses Telefongesprächs wurde ein Einsatz der Polizei ausgelöst, der dazu führte, dass der Standort des A geortet wurde. Am 14.11.2009 ordnete das AG B. nach persönlicher Anhörung im Wege der einstweiligen Anordnung die geschlossene Unterbringung des A im Psychiatrischen Zentrum S. nach den Vorschriften des SchIHPsychKG an. Gegen diesen Beschluss legte A am 19.11.2009 Beschwerde ein. Am selben Tage hob das AG B. die Unterbringungsanordnung auf, weil diese nach ärztlicher Mitteilung nicht (mehr) erforderlich sei. Das Beschwerdeverfahren wird von A gem. § 62 FamFG mit dem Ziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung des AG B. fortgesetzt. Am 01.12.2009 hat B als Kreispolizeibehörde bei dem AG B. beantragt, die Durchsuchung der Wohnung des A sowie sonstiger ihm zugänglicher Räume und eventuell vorhandener Kraftfahrzeuge zum Zwecke der Sicherstellung der in seinem Besitz befindlichen Schusswaffen und entsprechender Munition sowie dazugehöriger waffenrechtlicher Erlaubnisse (Waffenbesitzkarte, Jagdschein) anzuordnen. Zur Begründung hat B vorgetragen, nach den polizeilichen Erkenntnissen im Zusammenhang mit dem Einsatz in der Nacht vom 13./14.11.2009 habe A in dem Telefongespräch mit der Ärztin der Kliniken C. damit gedroht, vor einen Baum zu fahren, wenn er nicht sofort in die Klinik aufgenommen werde. Dieser Vorgang sowie die anschließend durch das AG B. angeordnete geschlossene Unterbringung ließen Zweifel an der persönlichen Zuverlässigkeit des A entstehen. Zum Zwecke der Gefahrenabwehr seien deshalb die im Antrag bezeichneten Gegenstände sicherzustellen und in amtliche Verwahrung zu nehmen. Das AG B. hat mit Beschluss vom 01.12.2009 ohne weitere Maßnahmen der Sachverhaltsermittlung

- die Durchsuchung der Wohn-, Geschäfts- und Nebenräume sowie eines ggf. vorhandenen Pkw des A zur Auffindung der auf seiner Waffenbesitzkarte eingetragenen Waffen sowie
- die vorläufige Beschlagnahme der angeführten Waffen sowie des Jahresjagdscheins des A angeordnet.

Die Durchsuchung wurde am 02.12.2009 in Anwesenheit des A durchgeführt. Nach dem Inhalt des über die Maßnahme angefertigten Protokolls hat A der Durchsuchung zugestimmt. Es wurden sodann Schusswaffen nebst Munition sowie die Waffenbesitzkarte und der Jagdschein sichergestellt. Diese Gegenstände befinden sich weiterhin in amtlicher Verwahrung. Gegen den Beschluss des AG B. vom 01.12.2009 richtet sich die Beschwerde des A vom 04.12.2009. Zudem begehrt er die Herausgabe der sichergestellten Gegenstände.

Wird die Beschwerde Erfolg haben?

## A. Zulässigkeit der Beschwerde

### I. Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung

Die Beschwerde des A ist gem. § 119 I Nr. 1 lit. b GVG, § 42 I 3 NWPolG, § 46 IV 2 WaffG, § 58 I FamFG statthaft. Für den Vollzug der behördlichen Sicherstellung nach § 46 IV WaffG gelten die allgemeinen Grundsätze des Polizeirechts (vgl. Apel/Bushart, WaffenR, Bd. 2, 2004, § 46 Rn 11). Dieses sieht in § 42 I 3 NWPolG die **entsprechende Anwendung der Verfahrensvorschriften des FamFG** vor.

Die Beschwerde ist **frist- und formgerecht** nach §§ 63 I, 64 FamFG eingelegt. A ist gem. § 59 I FamFG **beschwerdeberechtigt**. Soweit sich seine Beschwerde gegen die gerichtliche Anordnung der Durchsuchung und Beschlagnahme richtet, kann sie im Anschluss an den Vollzug der Anordnung am 02.12.2009 mit dem Ziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit weiter verfolgt werden, § 62 II Nr. 1 FamFG.

### II. Herausgabe der sichergestellten Sachen

B ist auf Grund einer behördlichen Maßnahme, nämlich einer Sicherstellung gem. § 46 IV 1 WaffG in den Besitz dieser Gegenstände gelangt.

*„Das Herausgabeverlangen des A ist deshalb als **Geltendmachung eines Folgenbeseitigungsanspruchs** im Hinblick auf diese behördliche Maßnahme zu verstehen und als **öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S. des § 40 I 1 VwGO** zu qualifizieren.*

*Die **landesrechtliche Rechtswegzuweisung** (§ 40 I 2 VwGO) in § 42 I NWPolG beschränkt sich – wie ausgeführt – auf die **richterliche Durchsuchungsanordnung**. Mit diesem Verfahrensgegenstand hat der Senat daher die Sache gem. § 17a II 1 GVG, der gem. § 13 GVG i.d.F. durch das FGG-RG nunmehr unmittelbar auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung findet, an das VG Arnsberg verwiesen.“ (OLG Hamm aaO)*

Soweit A die Herausgabe der sichergestellten und in amtlicher Verwahrung des B befindlichen Schusswaffen, Munition und Erlaubnisurkunden beantragt hat, ist der ordentliche Rechtsweg nicht zulässig.

## B. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn die Anordnung des AG B. vom 01.12.2009 rechtswidrig war.

### I. Rechtsgrundlage der Anordnung

Fraglich ist zunächst, auf welcher Rechtsgrundlage die Anordnung ergangen ist.

*„Das **Waffenrecht** im weiteren Sinne, welches im Waffengesetz den Umgang mit den im zivilen Bereich üblichen Waffen im technischen Sinne erfasst, ist speziell geregeltes **öffentliches Sicherheitsrecht**. Es hat **materielle Polizeiaufgaben** zum Gegenstand, deren Wahrnehmung nicht der Polizei im formellen und organisatorischen Sinne, sondern den **besonderen Ordnungsbehörden** obliegt. Insoweit finden die Vorschriften des allgemeinen Ordnungsbehördenrechts sowie des Polizeirechts nur ergänzende Anwendung. Insbesondere die **behördlichen Eingriffs- und Befugnisnormen** ergeben sich danach in erster Linie aus den **gesetzlichen Spezialermächtigungen des WaffG** (vgl. Sailer, in: Lisken/Danninger, Hdb. d. PolizeiR, 4. Aufl., Teil X Rn 1f., 49; Apel/Bushart, § 45 Rn 17f., § 46 Rn 12; Steindorf/Heinrich/Papsthart, WaffenR, 9. Aufl., § 45 Rn 1, § 46 Rn 1).“ (OLG Hamm aaO)*

Das Waffengesetz sieht für die Sicherstellung von Waffen, Munition und Erlaubnisurkunden zwei Möglichkeiten vor, die sich im Wesentlichen an dem Gesichtspunkt der Dringlichkeit der Sicherstellungsmaßnahme orientieren.

#### 1. Fristsetzungsverfahren

Das Fristsetzungsverfahren nach § 46 II 1 WaffG sieht vor, dass die Behörde jemandem, der auf Grund einer Erlaubnis, die aufgehoben ist (§ 45 WaffG), Waffen oder Munition erworben oder befugt besessen hat und sie noch besitzt, eine angemessene Frist bestimmen kann, binnen derer die Waffen oder Munition dauerhaft unbrauchbar zu machen oder nachweislich einem Berechtigten zu überlassen sind.

*„**Nach fruchtlosem Ablauf** der Frist können die Waffen oder Munition **sichergestellt** werden, § 46 II 2 WaffG. Eine entsprechende Regelung enthält § 46 III WaffG für den Fall, dass jemand eine Waffe*

oder Munition von vorneherein ohne die erforderliche waffenrechtliche Erlaubnis oder entgegen einem vollziehbaren Verbot nach § 41 I oder II WaffG besitzt (Apel/Bushart, § 46 Rn 10).“ (OLG Hamm aaO)

## 2. Anordnung der sofortigen Sicherstellung

In Dringlichkeitsfällen kann ohne Durchführung des Fristsetzungsverfahrens nach § 46 IV 1 WaffG die sofortige Sicherstellung angeordnet werden.

„Für die Durchsetzung der sofortigen Sicherstellung enthält § 46 IV 2 WaffG eine **Spezialermächtigung der Waffenrechtsbehörde**. Danach sind die Beauftragten der Behörde befugt, die Wohnung des Betroffenen zu betreten und diese zu durchsuchen. Die **Durchsuchung bedarf vor ihrem Vollzug der Anordnung**. Diese ist nach § 46 IV 3 WaffG **sofort vollziehbar**; Widerspruch und Anfechtungsklage haben keine aufschiebende Wirkung (vgl. Apel/Bushart, § 46 Rn 12).“ (OLG Hamm aaO)

## 3. Anwendung auf den Fall

„Geht es, wie hier, um die **nachträgliche Entstehung von Versagungsgründen** waffenrechtlicher Erlaubnisse, so obliegt deshalb allein der Behörde **in eigener Zuständigkeit** und Verantwortung die Entscheidung über einen **Widerruf** der Erlaubnis (§ 45 II 1 WaffG), die **Anordnung der Unbrauchbarmachung** oder **Überlassung an einen Berechtigten** (§ 46 II 1 WaffG) und die **Sicherstellung nach fruchtlosem Ablauf der Frist** (§ 46 II 2 WaffG). Ebenfalls in eigener Zuständigkeit und Verantwortung hat die Behörde darüber zu entscheiden, ob sie **statt dessen wegen besonderer Dringlichkeit die sofortige Sicherstellung** nach § 46 IV 1 WaffG und zu diesem Zweck die **Durchsuchung – bei Gefahr im Verzug – selbst anordnet** oder eine **richterliche Durchsuchungsanordnung** erwirkt, § 46 IV 2 WaffG.“ (OLG Hamm aaO)

## II. formelle Voraussetzungen

B ist als **Kreispolizeibehörde** gem. §§ 48 I, 49 I Nr. 12a, II Nr. 6 WaffG i.V.m. § 1 der NWVO vom 08.04.2003 zur Durchführung des WaffG die **sachlich und örtlich zuständige Waffenrechtsbehörde**. Er ist im Wege der sofortigen Sicherstellung nach § 46 IV 1 WaffG vorgegangen.

„Insoweit kann dahin stehen, ob die Sicherstellung einer gesonderten Vollstreckung bedarf oder ob sie die Vollstreckung gleichsam „in sich“ trägt (Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl., § 3 Rn 198f. – zur polizeirechtlichen Sicherstellung). Denn jedenfalls bedarf die **Durchsuchung zum Zwecke der Durchsetzung der Sicherstellung grundsätzlich der richterlichen Anordnung**, § 46 IV 2 WaffG.“ (OLG Hamm aaO)

## III. materielle Voraussetzungen

### 1. Durchsuchungsanordnung

Nach § 46 IV WaffG konnte B die sofortige Sicherstellung anordnen, wenn ein **vollziehbares Waffenverbot** nach § 41 I, II WaffG vorliegt (§ 46 IV 1 Nr. 1 WaffG) oder soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Waffen oder Munition **missbräuchlich verwendet** oder **von einem Nichtberechtigten erworben** werden sollen (§ 46 IV 1 Nr. 2 WaffG).

Liegen die Voraussetzungen für eine Anordnung der sofortigen Sicherstellung nach § 46 VI 1 WaffG, so ist die Behörde nach § 46 IV 2 WaffG berechtigt, die **Wohnung** des Betroffenen **zu betreten** und diese nach Urkunden, Waffen oder Munition zu durchsuchen. Hierfür benötigt sie allerdings nach – außer bei Gefahr im Verzug - eine **richterliche Durchsuchungsanordnung**. Fraglich ist jedoch, ob diese Durchsuchungsanordnung rechtmäßig ergangen ist.

#### a) Zuständigkeit

„**Zuständig** ist nach den für den Vollzug der Sicherstellung anzuwendenden Grundsätzen des Polizeirechts (Apel/Bushart, § 46 Rn 11) gem. § 42 I NWPolG das AG B., in dessen Bezirk die zu durchsuchende Wohnung liegt.“ (OLG Hamm aaO)

#### b) maßgebliche Sach- und Rechtslage

„Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer **bereits vollzogenen Durchsuchungsanordnung** kommt es auf den Sachverhalt an, der für den zuständigen Amtsrichter im **Zeitpunkt seiner Entscheidung** – gegebenenfalls nach Durchführung der möglichen und im Einzelfall gem. § 26 FamFG erforderlichen Ermittlungen – erkennbar war (OLG Hamm, FGPrax 2004, 306 = NJW 2004, 3412; FGPrax 2008, 90 = NVwZ-RR 2008, 321; OLG Frankfurt a.M., FGPrax 2007, 42 = BeckRS 2006, 11125). Danach hat der Richter, bevor er die Durchsuchung anordnet, unter Zugrundelegung des vorgetragenen und nach etwaigen weiteren Ermittlungen festgestellten

Sachverhalts **in eigener Verantwortung zu prüfen**, ob die **gesetzlichen Voraussetzungen** für die Durchführung dieser Maßnahme **vorliegen** und der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt** ist. Letzterer erfordert insbesondere, dass bestimmte Anhaltspunkte die **Gefahr nahe liegen**, dass der Betroffene die **Wohnungsdurchsuchung verweigern** wird und deshalb ihre **Anordnung**, d.h. die zweckgerichtete Suche in der Wohnung nach (verborgenen) Sachen, **erforderlich ist** (vgl. OLG Köln, ZMR 2000, 458 = OLG-Report 2000, 203; OLG Hamm, FGPrax 2004, 306 = NJW 2004, 3412).“ (OLG Hamm aaO)

**c) Missbrauchsgefahr bei Anordnung der Durchsuchung**

Entgegen dem Vortrag des B bei Beantragung der Durchsuchungsanordnung am 01.12.2009 befand sich A jedoch nicht schon seit längerer Zeit im Rahmen des Unterbringungsverfahrens in einer geschlossenen psychiatrischen Klinik, er befand sich vielmehr schon seit dem 19.11.2009 nicht mehr in stationärer psychiatrischer Behandlung. Soweit eine psychische Erkrankung die persönliche Eignung nach § 6 I 1 Nr. 2 WaffG im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung ausschließt (Steindorf/Heinrich/Papsthart, § 6 Rn 3), lagen diese Voraussetzungen nach dem Inhalt des Beschlusses des AG B. vom 19.11.2009 – nach ärztlicher Mitteilung – nicht (mehr) vor.

„**Maßnahmen zur weiteren Aufklärung** der persönlichen Eignung des A nach § 6 II WaffG waren bis dahin nicht aufgenommen worden. Für eine **akute Gefährdungslage**, die eine sofortige Sicherstellung von Waffen, Munition und Erlaubnispapieren unter Einsatz behördlicher Maßnahmen mit **höchster Eingriffsintensität** (zwangsweise Durchsuchung privater Räume) erforderte, **bestanden** danach **keine hinreichenden Anhaltspunkte**, zumal B in dem im Hinblick auf eine solche Gefährdung **eher sensiblen Zeitraum unmittelbar nach der Entlassung** des A aus der geschlossenen Unterbringung zunächst selbst keinen Anlass zu einer entsprechenden Maßnahme gesehen hat.“ (OLG Hamm aaO)

**d) Erforderlichkeit der Durchsuchungsanordnung**

„Es lässt sich **nicht feststellen**, dass A einer vorübergehenden behördlichen Sicherstellung und Ingewahrsamnahme seiner Schusswaffen, der Munition und der Erlaubnispapiere **entgegen getreten wäre** und hierzu etwa den Zugang zu seiner Wohnung verweigert hätte. Dass ein solches behördliches Vorgehen den Zweck der Sicherstellung beeinträchtigt hätte und etwa wegen des von A zu erwartenden Verhaltens untunlich war, ist nicht vorgetragen. **Tatsächlich ist A der Durchführung der Sicherstellung am 02.12.2009 auch nicht entgegen getreten.**“ (OLG Hamm aaO)

Die Voraussetzungen für eine Durchsuchungsanordnung lagen somit nicht vor.

**2. Beschlagnahmeanordnung**

Über die Anordnung der Durchsuchung hinaus hat das AG auch die Beschlagnahme der Waffen angeordnet.

„Eine **gerichtliche Anordnung** der „Beschlagnahme“ **lässt § 46 IV 2 WaffG nicht zu**. Die dahingehende gerichtliche Anordnung erweist sich bereits deshalb als nicht rechtmäßig. Eine Beschlagnahme ist im **Gefahrenabwehrrecht begrifflich nicht vorgesehen** und vorliegend auch nicht nach §§ 94ff., 111bff. StPO anzuordnen. Bei der sofortigen Sicherstellung nach § 46 IV 1 WaffG handelt es sich um eine **(ordnungs-)behördliche Maßnahme zur Gefahrenabwehr**. Ihre Anordnung, d.h. die Entscheidung über die öffentlich-rechtliche Maßnahme der Sicherstellung zum Zwecke der Gefahrenabwehr, **obliegt allein der Waffenrechtsbehörde in eigener Zuständigkeit und Verantwortung**. Erst die Wohnungsdurchsuchung zum Zwecke der Durchsetzung der sofortigen Sicherstellung bedarf der vorherigen (richterlichen) Anordnung.“ (OLG Hamm aaO)

**Ergebnis:** Die zulässige Beschwerde ist begründet. Die Anordnung der Durchsuchung und Beschlagnahme durch den angefochtenen Beschluss war rechtswidrig, da die Voraussetzungen der hier allein in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlage des § 46 IV 2 WaffG nicht erfüllt sind.



## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 107

### Schenkung an Minderjährigen rechtlicher Vorteil

BGB

(BGH in NJW 2010, 3643; Beschluss vom 30.09.2010 – V ZB 206/10)

Die **Schenkung einer Eigentumswohnung** ist nicht nur lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf deshalb der **Genehmigung des gesetzlichen Vertreters** nach § 107 BGB.

I. Ob die Auflassung einer Eigentumswohnung für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, wird **in Rspr. und Lit. unterschiedlich beurteilt**.

1. Nach **h. M.** ist der Erwerb einer Eigentumswohnung im Grds. lediglich rechtlich vorteilhaft.

LG Saarbrücken MittRhNotK 1990, 109; Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 107 Rn 8; MüKo-BGB/Schmitt, 5. Aufl., § 107 Rn 48; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 107 Rn 4; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., § 107 Rn 9; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl., § 107 Rn 8; Staudinger/Knothe, BGB, Neubearb. 2004, § 107 Rn 13; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, 2. Aufl., AT VII Rn 230; Stürmer AcP 173, 402; wohl auch Jahnke NJW 1977, 960

Anders sei es nur, wenn die Gemeinschaftsordnung nicht unerhebliche Verschärfungen zu Lasten des Minderjährigen vorsehe, wenn ein Verwaltervertrag bestehe und der Minderjährige mit dem Erwerb der Eigentumswohnung in diesen eintrete oder wenn die Eigentumswohnung vermietet sei.

BGHZ 78, 28 = NJW 1981, 109; BayObLGZ 1979, 243 = NJW 1980, 416; OLG Celle NJW 1976, 2214; OLG Hamm NJW-RR 2000, 1611 = NZM 2000, 1028; vgl. auch BayObLG DNotZ 1998, 505 = FGPrax 1998, 21; Schöner/Stöber, GBR, 14. Aufl., Rn 3610 m; BGHZ 162, 137 = NJW 2005, 1430

2. Nach der **Gegenauffassung** kommt es weder auf das Bestehen eines Verwaltervertrags noch auf den genauen Inhalt der Teilungserklärung an, sodass der Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen stets als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen ist. Der Minderjährige werde mit dem Erwerb der Eigentumswohnung nicht nur deren Eigentümer, sondern auch Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft. Für deren Verbindlichkeiten hafte er, wenn auch beschränkt auf seinen Anteil, nicht nur mit dem geschenkten Gegenstand, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen.

OLG München ZMR 2008, 662 = FGPrax 2008, 99 = ZEV 2008, 246; Kohl, AK-BGB, § 107 Rn 23; Demharter, GBO, 27. Aufl., Anh. § 3 Rn 60; Köhler JZ 1983, 225; Schöner/Stöber, Rn 3610 m; unklar Hügel/Reetz, GBO, 2. Aufl., Abschnitt rechtsgeschäftliche Vollmacht und gesetzliche Vertretungsmacht Rn 163a. E.

3. Der **BGH** hat bisher nur entschieden, dass der Erwerb einer Eigentumswohnung jedenfalls dann als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen ist, wenn die Gemeinschaftsordnung nicht unerheblich zu seinen Lasten abweicht (BGHZ 78, 28 = NJW 1981, 109).

Ob der Erwerb einer Eigentumswohnung für einen Minderjährigen unabhängig hiervon nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, weil er durch den Erwerb Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft wird und für ihre Verbindlichkeiten einzustehen hat, hat er bislang offen gelassen.

II. **BGH aaO bejaht** nunmehr diese **Frage**.

*„Der Erwerb einer Eigentumswohnung ist für den Minderjährigen jedenfalls deshalb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er mit dem Erwerb der Eigentumswohnung nicht nur einen Vermögensgegenstand erwirbt, sondern **Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft** wird. Die den Minderjährigen damit kraft Gesetzes treffenden **persönlichen Verpflichtungen** können nicht als ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich so unbedeutend angesehen werden, dass sie unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Ergänzungspfleger nicht rechtfertigen könnten, was der Senat bei der mit dem Erwerb eines Grundstücks verbundenen Verpflichtung zur Tragung der öffentlichen Lasten angenommen hat (BGHZ 161, 170 = NJW 2005, 415). Denn als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft wäre der Minderjährige nach § 16 II WEG nicht nur verpflichtet, sich entsprechend seinem Anteil an den Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums zu beteiligen. Er hätte vielmehr **anteilig auch die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen**. Hinzu kommt, dass der Minderjährige als Wohnungseigentümer nach § 16 II WEG verpflichtet wäre, sich durch Sonderumlagen an Wohngeldausfällen zu beteiligen.*

*Hinzu kommt, dass der Minderjährige als Wohnungseigentümer nach § 10 VIII 1 HS 1 WEG in Folge des Erwerbs der Eigentumswohnung kraft Gesetzes den Gläubigern der Wohnungseigentümergeinschaft **für Verbindlichkeiten haftet**, die während seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft entstehen oder während dieses Zeitraums fällig werden. Die Haftung ist zwar der Höhe nach auf einen Betrag begrenzt, der seinem Anteil am Gemeinschaftseigentum entspricht. In diesem Umfang **haftet der Minderjährige** aber nicht nur mit der ihm geschenkten Eigentumswohnung, sondern **auch mit seinem übrigen Vermögen** (OLG München ZMR 2008, 662 = ZEV 2008, 246). Es liegt nicht anders als bei einem Minderjährigen, dem ein vermietetes oder verpachtetes Grundstück geschenkt werden soll. Auch dessen Erwerb ist für ihn nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er*



mit dem Erwerb des Grundstücks nach §§ 566 I, 581 II, 593b BGB kraft Gesetzes als Vermieter bzw. Verpächter in das Miet- oder Pachtverhältnis eintritt und als Folge davon die den Vermieter bzw. Verpächter treffenden Verpflichtungen auch unter Einsatz seines übrigen Vermögens zu erfüllen hat (BGHZ 162, 137 = NJW 2005, 1430 = NZM 2005, 437).“ (BGH aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§ 543 III 1

**Mietvertragskündigung  
dauerhafter Gebrauchsentzug**

BGB

(OLG Düsseldorf in NJOZ 2010, 1960; Urteil vom 30.06.2009 – 24 U 179/08)

Ein Mieter kann den Mietvertrag **ohne vorausgehende Abmahnung kündigen**, wenn ihm der Vermieter den **Gebrauch** zwar nur teilweise, aber **dauerhaft entzieht** und diesen Mangel hartnäckig leugnet.

„Einer vorherigen Abmahnung gem. § 543 III 1 BGB bedurfte es nicht, weil der Kl. (hier: Vermieter) das ihm bekannte ausschließliche Nutzungsrecht des Bekl. rechtlich nicht anerkennen wollte und bis heute nicht anerkennen will. Daraus folgt, dass eine **Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg versprochen** hätte, so dass der Bekl. darauf gem. § 543 III 2 BGB verzichten durfte.“ (OLG Düsseldorf aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§ 603 S.2

**Gefälligkeitsverhältnis  
Haftungsverteilung in „Gebrauchsüberlassungskette“**

BGB

(BGH in MDR 2010, 1254; Urteil vom 04.08.2010 – XII ZR 118/08)

Im Rahmen einer **Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit** wird eine **verschuldensunabhängige Haftung** des Begünstigten für die Beschädigung des überlassenen Gegenstands durch einen Dritten, an den der Gegenstand vom Begünstigten ohne Wissen des Gefälligen weitergegeben worden ist, **nicht durch § 603 S. 2 BGB analog begründet**.

I. Von der **Rspr.** wird eine vertragsähnlich ausgestaltete Haftung innerhalb eines Gefälligkeitsverhältnisses grundsätzlich abgelehnt und der Geschädigte mit seinen Ansprüchen allein auf das Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) verwiesen, weil ein ohne Rechtsbindungswillens der Beteiligten eingegangenes Gefälligkeitsverhältnis eine an das Vertragsrecht angelehnte Haftung nicht begründen könne.

BGH 21, 102 = NJW 1956, 1313; BGH NJW 1992, 2474; OLG Stuttgart NJW 1971, 660; OLG Koblenz MDR 1999, 1509; NJW-RR 2002, 595; OLG Karlsruhe NJOZ 2004, 4069; OLG Frankfurt a.M. VersR 2006, 918) und Teilen des Schrifttums (Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., Vorb. § 241 Rn 8; Erman/v. Westphalen, BGB, 12. Aufl., Vorb. § 598 Rn 2; Jauernig/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 311 Rn 45; Jauernig/Mansel, BGB, § 598 Rn 5

II. Auch nach **BGH aaO scheidet eine analoge Anwendung des § 603 S.2 BGB** in Fällen vorliegender Art aus.

„Zwar mag bei einer Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit angenommen, die **Interessenlage der Beteiligten** mit der bei einer Leihe vergleichbar sein, weil der Gefällige ebenso wie der Verleiher ein Interesse daran hat, dass der Begünstigte mit der Sache sorgfältig umgeht und sie ohne entsprechende Erlaubnis nicht an Dritte weitergibt. Dies allein rechtfertigt jedoch eine analoge Anwendung des § 603 S.2 BGB nicht. Es fehlt an einer planwidrigen Regelungslücke:

Bei den Regelungen über die vertragliche Leihe handelt es sich um ein vom Gesetzgeber **besonders ausgestaltetes Vertragsverhältnis**, das einen beiderseitigen Verpflichtungswillens der Beteiligten voraussetzt und für jeden Vertragsschließenden Rechte und Pflichten begründet und ausformt (BGH NJW 1992, 2474). Insbes. enthalten die Vorschriften über die Leihe umfassende Regelungen bzgl. der Haftung von Verleiher und Entleiher, die ausgewogen die Besonderheiten der unentgeltlichen Leihe berücksichtigen (vgl. §§ 599, 600, 602, 603, 606 BGB). Bei der Überlassung eines Gegenstands im Rahmen eines bloßen Gefälligkeitsverhältnisses fehlt den Beteiligten jedoch gerade der Wille, sich rechtlich zu binden (BGH NJW 1992, 2474). Die Beteiligten entscheiden sich in diesem Fall dafür, die Gebrauchsüberlassung nicht den gesetzlichen Bestimmungen über die Leihe zu unterstellen. Folglich **können einzelne Bestimmungen**, die zur Gestaltung dieses besonderen Vertragsverhältnisses beitragen, **nicht auf ein dem Deliktsrecht unterfallendes Gefälligkeitsverhältnis übertragen werden** (BGH NJW 1992, 2474]; OLG Frankfurt a.M. VersR 2006, 918; OLG Karlsruhe NJOZ 2004, 4069; anders OLG Koblenz VRS 100, 85], unter der Annahme eines „leiheähnlichen Gefälligkeitsverhältnisses“).

Eine **planwidrige Regelungslücke** als Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 603 S.2 BGB **besteht** auch dann **nicht**, wenn man mit Teilen des Schrifttums (vgl. Canaris JZ 2001, 499; Staudinger/Reuter, BGB, Neubearb. 2005, Vorb. §§ 598ff. Rn 11f.; MüKo-BGB/Kramer, 5. Aufl., Einl. Rn 42; Krebs, AnwKomm-BGB, § 311 Rn 92; Bamberger/Roth, BGB, § 311 Rn 50; Soergel/Kummer, BGB, 1997, Vorb. § 598 Rn 5; Erman/Kindl, BGB, 12. Aufl., § 311 Rn 22; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl., § 598 Rn 8; Gehrlein VersR 2000, 415) annimmt, dass jedenfalls bei Gefälligkeitsverhältnissen mit **rechtsgeschäftsähnlichem Charakter gegenseitige Schutz- und Treuepflichten** bestehen, deren Verletzung zu einer Haftung nach vertraglichen Grundsätzen (§§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 3 BGB) führen kann (MüKo-BGB/Kramer, Einl. Rn 42; ausf. dazu Krebber VersR 2004, 150). Denn nach dieser Ansicht haften sowohl der Gefällige als auch der Begünstigte für das Verschulden Dritter gem. § 278 BGB (MüKo-BGB/Kramer, Einl. Rn 42; Soergel/Kummer, Vor. § 598 Rn 5).

Für die Haftung des Begünstigten wegen der Beschädigung eines im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses überlassenen und von diesem an einen Dritten weitergegebenen Gegenstands besteht daher keine planwidrige Regelungslücke des Gesetzes, die durch die analoge Anwendung einzelner Vorschriften aus dem Recht der Leihe geschlossen werden kann.“ (BGH aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§ 637

**Selbstvornahmerecht  
nach Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung**

BGB

(OLG Naumburg in NJW-RR 2010, 1389; Urteil vom 25.03.2010 – 1 U 90/09)

I. Grds. besteht zwischen den Rechten des Bestellers aus § 634 BGB ein **Stufenverhältnis**: Der Besteller hat **zunächst nur den Nacherfüllungsanspruch nach § 635 BGB**. Erst wenn er dem Unternehmer eine **angemes-**



**sene Frist zur Nacherfüllung** gesetzt hat und diese **ergebnislos verstrichen** ist, stehen ihm **weitere Rechte** zu. Daher muss der Besteller sich fragen, ob er allein auf Nacherfüllung durch Mängelbeseitigung besteht (§ 635 BGB) und zunächst nur diese fordern will, oder ob er die Voraussetzungen weiterer Ansprüche, insbes. solcher nach §§ 634 Nr. 4 BGB, 280, 281 BGB oder nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB durch eine wirksame Fristsetzung herbeiführen möchte (vgl. BGH NJW-RR 1990, 1300 noch zum alten Recht), wenn nicht die Fristsetzung ohnehin nach § 636 BGB oder § 637 II 2 BGB ausnahmsweise entbehrlich ist (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl., 2010, Vorb. § 634 Rn 2).

II. Der Besteller hat die **Wahl zwischen den gesetzlichen Mängelrechten**.

*„Zu den Gewährleistungsansprüchen i. e. Sinne zählt das Selbstvornahmerecht nach § 637 BGB zwar nicht. Denn es baut auf dem Nacherfüllungsanspruch des Bestellers gem. § 635 BGB auf und setzt dessen Bestehen voraus, wie sich aus § 637 I HS 1 BGB ergibt (vgl. Palandt/Sprau, § 637 Rn 1). Daher könnte der Besteller auch nach fruchtlosem Fristablauf noch Nacherfüllung verlangen, denn auch nach Ablauf der Frist muss er das Recht der Selbstvornahme nicht ausüben (vgl. BGH NJW-RR 2004, 303 = NZBau 2004, 153), der Fristablauf hat nur zur Folge, dass der Unternehmer nicht mehr verlangen kann, ihm die Beseitigung des Mangels zu gestatten (vgl. Palandt/Sprau, § 637 Rn 4).“ (OLG Naumburg aaO)*

III. Die **Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ohne ausdrücklichen Hinweis auf § 637 BGB** führt erst recht **nicht etwa dazu, dass der Besteller sein Selbstvornahmerecht verliert**.

*„Denn das Gesetz behandelt die Selbstvornahme nach § 637 BGB den anderen Mängelrechten gleich (vgl. LG Nürnberg NJW-RR 2006, 165; Palandt/Sprau, § 637 Rn 5) und eine Fristsetzung zur Nacherfüllung ist auch Voraussetzung der Selbstvornahme.“ (OLG Naumburg aaO)*

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

**StGB** **räuberischer Diebstahl** **StGB**  
**§ 252** **Zueignungsabsicht**

(BGH in StV 2010, 634; Beschluss vom 06.07.2010 – 3 StR 180/10)

Wird die **Absicht, sich einen Gegenstand zuzueignen, erst gefasst, nachdem eigener Gewahrsam** bereits **begründet** worden ist, so **erfüllt dieses Verhalten den Tatbestand der Unterschlagung**; die Anwendung von Gewalt, um sich im Besitz des Gegenstandes zu halten, begründet zusätzlich eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung, **nicht aber wegen räuberischen Diebstahls**.

*„Räuberischer Diebstahl setzt nach § 252 StGB als **Vortat eine von Zueignungsabsicht getragene vollendete Wegnahme** - den Bruch fremden und die Begründung neuen eigenen Gewahrsams - voraus (Fischer, StGB, 57. Aufl., § 252 Rn 3 f.).*

*Dies hat das LG nicht verkannt. Es ist indes der Auffassung, dass der Angekl., als er dem Zeugen das Mobiltelefon aus der Hand genommen habe, dessen Gewahrsam nur gelockert habe; gebrochen habe er ihn erst, als er dieses, nunmehr in Zueignungsabsicht, eingesteckt und sich damit entfernt habe. Dem kann sich der Senat nicht anschließen: Der Täter bricht fremden und begründet neuen eigenen Gewahrsam dann, wenn er unter Ausschluss des Berechtigten die tatsächliche Sachherrschaft erlangt. Bei handlichen und leicht zu bewegendem Gegenständen genügt hierfür ein bloßes Ergreifen und Festhalten jedenfalls dann, wenn der Berechtigte seine ungehinderte Verfügungsgewalt nur noch gegen den Willen des Täters und unter Anwendung von körperlicher Gewalt wiederherstellen könnte (BGH NStZ 2008, 624 m. w. N.). Nach diesen Maßstäben war die Wegnahme bereits vollendet, als der Angekl. dem Zeugen das Mobiltelefon aus der Hand nahm, denn um die ungehinderte eigene Verfügungsgewalt wiederzuerlangen hätte der Zeuge es ihm gegen dessen Widerstand entwinden müssen. Der Wille des Angekl., den Zugriff des Zeugen hierauf auszuschließen, ergibt sich schon daraus, dass ihm der Sachentzug als Mittel zur Durchsetzung seiner unberechtigten Geldforderung dienen sollte.*

*Da der Angekl. somit die **Absicht, sich das Mobiltelefon zuzueignen, erst fasste** (und nach außen kundtat), **nachdem er eigenen Gewahrsam begründet** hatte, **erfüllt sein Verhalten den Tatbestand der Unterschlagung** (§ 246 I StGB), tatmehrheitlich treten vorsätzliche Körperverletzung (§ 223 I StGB) in Tateinheit mit Nötigung (§ 240 I StGB) hinzu.“ (BGH aaO)*

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

**StGB** **besonderes persönliches Merkmal** **StGB**  
**§ 28 II** **Bereicherungsabsicht / Tatbegehung gegen Entgelt**

(BGH in FamRZ 2010, 1977 = NJW 2010, 3669; Beschluss vom 14.07.2010 – 2 StR 104/10)

Die **Bereicherungsabsicht des § 235 IV Nr. 2 Alt. 2 StGB** ist ebenso wie die Tatbegehung gegen Entgelt nach § 235 IV Nr. 2 Alt. 1 StGB **kein besonderes persönliches Merkmal i.S. von § 28 StGB**.

I. In der **Rspr.** ist bislang noch nicht entschieden, ob die Bereicherungsabsicht i.S. von § 235 IV Nr. 2 StGB ein besonderes persönliches Merkmal gem. § 28 StGB darstellt.

II. Die **Lit.** jedenfalls qualifiziert die Bereicherungsabsicht als tatbezogenes Merkmal mit der Folge, dass § 28 StGB keine Anwendung findet (Roxin, LK-StGB, 11. Aufl., § 28 Rn 38; Schönke/Schröder, § 28 Rn 20; Baumann/Weber/Mitsch, § 32 Rn 11; Kühl, StrafR AT, 6. Aufl., § 20 Rn 159; Stratenwerth/Kuhlen, StrafR AT I, 5. Aufl., § 12 Rn 195ff.; a.A. Hoyer, SK-StGB, 6. Aufl., § 28 Rn 24ff.).

III. Dieser Auffassung folgt **BGH aaO**: Bei der **Bereicherungsabsicht als Absichtsmerkmal** handelt es sich um eine **überschießende Innentendenz**, die i. d. R. nicht ein besonderes persönliches Merkmal i.S. von § 28 StGB, sondern ein **tatbezogenes Merkmal** darstellt.

*„Grund hierfür ist deren (**Delikts-)**Charakter als **erfolgskupiertes Delikt**: Die Bereicherungsabsicht erscheint an Stelle eines äußeren Merkmals im Tatbestand und stellt damit ein verkapptes Element des äußeren Tatgeschehens dar. Sie ist daher funktionell sachlicher Natur. Durch die bloße Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts kann ein sonst eindeutig tatbezogenes Merkmal (wie die Bereicherung) sich nicht in ein täterbezogenes verwandeln. Hierauf hat der BGH bereits in seiner Grundratsentscheidung zur Qualifizierung der niedrigen Beweggründe als besondere persönliche Merkmale i.S. von § 28 StGB hingewiesen (BGHSt 22, 375 = NJW 1969, 1181).*

*Der Umstand, dass die Bereicherungsabsicht im Kontext von § 235 IV Nr. 2 StGB einen Qualifikationstatbestand darstellt, ändert an der Einordnung als tatbezogenes Merkmal nichts (vgl. Gribbohm, LK-StGB, 11. Aufl., § 235 Rn 123). Dementsprechend*



betrachten Rspr. und herrschende Lehre z. B. auch im Rahmen von § 271 III StGB, der das gleiche Qualifikationsmerkmal enthält wie § 235 IV Nr. 2 StGB, die Bereicherungsabsicht als tatbezogenes Merkmal (BGHSt 53, 34 = NJW 2009, 1518 = NStZ 2009, 387 = StV 2009, 589; Zieschang, LK-StGB, 12. Aufl., § 271 Rn 108; Puppe, NK-StGB, 3. Aufl., § 271 Rn 66; Schönke/Schröder, § 271 Rn 45; a.A. Hoyer, SK-StGB, § 271 Rn 36).

Der **Schutzzweck des § 235 IV Nr. 2 StGB** legt ebenfalls eine Tatbezogenheit seiner Qualifikationsmerkmale nahe. Die Reformierung des Tatbestands der Entziehung Minderjähriger im Zuge des 6. Strafrechtsreformgesetzes diente insbesondere der Eindämmung des organisierten und kommerziellen Kinderhandels (BT-Dr 13/8587, S. 23). Sofern die Tathandlung gegen Entgelt oder in Bereicherungsabsicht vorgenommen wird, handelt es sich typischerweise um kommerziellen und professionellen Kinderhandel, was mit einer Erhöhung des Tatunrechts und einer Steigerung der Gefährlichkeit für die durch § 235 StGB geschützten Rechtsgüter einhergeht. Besonders deutlich wird dies bei der Alternative der Tatbegehung gegen Entgelt gem. § 235 IV Nr. 2 StGB. Strafschärfungsgrund ist hier der Umstand, dass die Tat gegen eine Gegenleistung erfolgt. Hierbei handelt es sich zweifelsfrei um einen die Tat beschreibenden Faktor. Nichts anderes gilt auch für die Bereicherungsabsicht.“ (BGH aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **gefährliches Werkzeug / Waffe** StGB  
§ 125a I 2 Nr. 2 **Glasflasche**

(KG in StV 2010, 637; Beschluss vom 16.11.2009 – (4) 1 Ss 448/09)

Eine **Glasflasche** ist keine Waffe gem. § 125a I 2 Nr. 2 StGB.

„Der Gesetzgeber wollte den Ausdruck der „Waffe“ sowohl in § 113 II 2 Nr. 1 als auch in § 125a I 2 Nr. 2 StGB nicht in einem weiteren, über den umgangssprachlichen Gebrauch hinausgehenden Sinn verwenden. Der strafrechtliche Waffenbegriff umfasst allerdings nicht nur Waffen i. S. d. Waffengesetzes, sondern auch körperliche Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit und ihrem Zustand zur Zeit der Tat bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen (vgl. BGHSt 48, 197 m. w. N. = StV 2003, 336). Gegenstände, die nicht bei bestimmungsgemäßigem Gebrauch, wohl aber nach ihrer objektiven Beschaffenheit und der Art ihrer Benutzung im Einzelfall geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen, werden deshalb in Rspr. und Schrifttum dem in § 224 I Nr. 2 StGB; § 244 I Nr. 1a StGB oder in § 250 I Nr. 1a, II Nr. 1 StGB ebenfalls enthaltene Begriff des gefährlichen Werkzeuges zugeordnet. Den Waffenbegriff in § 113 II 2 Nr. 1 und in § 125a S. 2 Nr. 2 StGB in einem nicht technischen, gefährliche Werkzeuge umfassenden Sinne zu verstehen, liefe aber dem Analogieverbot zuwider (vgl. BVerfG aaO). Es ist gerade der Sinn des Analogieverbots, über die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, der Gewaltenteilung und der richterlichen Gesetzesbindung hinaus einer teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken.“ (KG aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **Ausspähen von Daten** StGB  
§ 202a **„Skimming“**

(BGH in MMR 2010, 711; Beschluss vom 06.07.2010 – 4 StR 555/09)

Das bloße Auslesen der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion gespeicherten Daten, um mit diesen Daten Kartendubletten herzustellen, erfüllt nicht den Tatbestand des § 202a StGB, denn bei den unverschlüsselt auf dem Magnetstreifen gespeicherten Daten fehlt es bereits an einer besonderen Sicherung gegen unberechtigten Zugang, sodass diese Daten als taugliches Tatobjekt i.S.d. § 202a I StGB ausscheiden.

„Dass Daten magnetisch und damit nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind, stellt keine besondere Sicherung gegen unberechtigten Zugang dar. Vielmehr handelt es sich gem. § 202a II StGB nur bei Daten, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert oder übermittelt werden, um Daten i.S.d. 1. Abs. dieser Vorschrift. Demgemäß schützt § 202a I, II StGB nur diejenigen nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeicherten Daten i.S.d. § 202a II StGB, die darüber hinaus besonders gesichert sind. Das sind nur solche Daten, bei denen der Verfügungsberechtigte durch seine Sicherung sein Interesse an der Geheimhaltung der Daten dokumentiert hat (vgl. BT-Drs. 10/5058, S. 29 zu § 202a StGB a.F.; BT-Drs. 16/3656, S. 10). Erforderlich ist, dass der Verfügungsberechtigte – hier das Unternehmen, das die Zahlungskarte mit Garantiefunktion ausgegeben hat (vgl. BGH NStZ 2005, 566) – Vorkehrungen getroffen hat, um den Zugriff auf die auf dem Magnetstreifen der Zahlungskarte gespeicherten Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren (vgl. BT-Drs. 16/3656; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 202a Rn 8 jew. m.w.N.). Eine Schutzvorkehrung ist jedoch nur dann eine Zugangssicherung i.S.d. § 202a I StGB, wenn sie jeden Täter zu einer Zugangsart zwingt, die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte (BT-Drs. 16/3656, S. 10; Fischer, aaO, Rn 9). Der Überwindung einer solchen Zugangssicherung bedarf es jedoch nicht, wenn die auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte gespeicherten Daten lediglich ausgelesen werden. Dies ist ohne weiteres mittels eines handelsüblichen Lesegeräts und der ebenfalls im Handel erhältlichen Software möglich.

Die Sicherung der der Berechnung der PIN zu Grunde liegenden Daten durch Verschlüsselung mittels kryptografischer Schlüssel (Koch/Vogel aaO) stellt zwar nach wohl h.M. (vgl. Fischer aaO, Rn 9a) eine besondere Zugangssicherung dar, die aber ausschließlich vor der Erfassung des Bedeutungsgehalts der Daten schützt (MüKo-StGB/Graf aaO, Rn 40). Beim bloßen Auslesen und Abspeichern der verschlüsselten Daten auf einen Datenträger des Täters bleibt die Verschlüsselung indes unangetastet, sodass mangels Überwindung der Zugangssicherung der Tatbestand des § 202a I StGB nicht erfüllt ist (vgl. MüKo-StGB/Graf aaO, Rn 46; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 202a Rn 6; Gröseling/Höfingler MMR 2007, 549). Gleiches gilt für sonstige möglicherweise in verschlüsselter Form auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte gespeicherten Daten.“ (BGH aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

BayDSG **unbefugter Datenabruf** BayDSG  
§ 124a **Abruf personenbezogener Daten aus dem Abfragesystem IGVP**

(OLG Bamberg in NStZ-RR 2010, 27; Beschluss vom 27.04.2010 – 2 Ss OWi 531/10)

I. Der **Abruf geschützter personenbezogener Daten**, die nicht offenkundig sind, ist NUR ZULÄSSIG, WENN ihre Kenntnis zur Aufgabenerfüllung der abrufenden Stelle oder Person erforderlich ist.

„Dies ergibt sich klar aus Sinn und Zweck der Datenschutzgesetze (s. u.a. §§ 4, 13 ff., 28, 39 BDSG; Art. 8 III 1, 15 – 19, 22 BayDSG). Für den Betr. Bestand jedoch keinerlei dienstliche Veranlassung zum Abruf der verfahrensgegenständlichen geschützten Daten, so dass das Vorgehen des Betroffenen unzulässig i.S. des Art. 8 III 1 BayDSG war.“ (OLG Bamberg aaO)

II. Der **Ordnungswidrigkeitentatbestand** des unbefugten Abrufs geschützter personenbezogener Daten i.S.v. Art. 37 I Nr. 3 BayDSG ist bereits mit Ausführung der Anfrage vollendet; darauf, ob der Abruf auch zu einer Verschaffung geschützter personenbezogener Daten geführt hat, kommt es nicht an.



**Angaben auf Lohnsteuerkarte  
Verfassungsmäßigkeit**

(BayVerfGH in NVwZ 2011, 40; Urteil vom 12.10.2010 – Vf 19-VII-09)

Es ist **verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Arbeitgeber beim Abzug der Kirchenlohnsteuer gem. Art. 13 I, II u. 25 S. 1 BayKirchStG Kenntnis von der formellen Zugehörigkeit bzw. Nichtzugehörigkeit des Arbeitnehmers zu einer Kirchensteuer erhebenden Religionsgemeinschaft erlangt.**

„Das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung**, das nach der Rspr. des BayVerfGH (BayVerfGHE 60, 80 m. w. Nachw.) eine Ausprägung der Menschenwürde und der Handlungsfreiheit (Art. 100 BayVerf.) darstellt, **wird durch die angegriffenen Normen nicht verletzt.**

Es gibt dem Einzelnen die Befugnis, grds. selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419 = NVwZ 1984, 167; BVerfGE 120, 312 = NJW 2008, 822). Hierdurch wird jedoch im Hinblick auf das personenbezogene Merkmal der Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft, die zur Erhebung von Kirchensteuern berechtigt ist, ein weitergehender Schutz als durch das insoweit spezielle religiöse Schweigerecht aus Art. 107 V 1 BayVerf (bzw. Art. 4 I, 140 GG i. V. mit Art. 136 III 1 WRV) nicht garantiert. Die mit dem Verfahren beim Abzug der Kirchenlohnsteuer verbundene **Beschränkung der negativen Bekenntnisfreiheit** ist dem Grunde nach **durch die Verfassung selbst vorgesehen**. Sie ergibt sich aus Art. 107 V 2 BayVerf i. V. mit dem **Steuererhebungsrecht der Kirchen**. Die Einschränkung in Art. 107 V 2 BayVerf betrifft i. Ü. nicht die religiöse Überzeugung, sondern lediglich die formale Konfessionszugehörigkeit. Deshalb ermöglichen die angegriffenen Bestimmungen auch nur die Weitergabe der Information über die formelle Zugehörigkeit zu einer Kirchensteuer erhebenden Religionsgemeinschaft an den Arbeitgeber.“ (BayVerfGH aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

SaarlBVO  
§ 1 III 2 HS 2**Beihilfeanspruch  
Vererblichkeit**

BeamtenR

(BVerwG in NVwZ 2010, 1568; Urteil vom 29.04.2010 – 2 C 77/08)

Der **Beihilfeanspruch** eines Berechtigten **ist vererblich.**

„Zwar schließt **§ 1 III 2 HS 2 SaarlBVO** die Vererblichkeit von Beihilfeansprüchen aus. Diese **Vorschrift ist jedoch mangels einer gesetzlichen Ermächtigung nichtig** und auch nicht für einen Übergangszeitraum weiterhin anzuwenden.

Aus dem **Rechtsstaatsprinzip** und dem **Demokratiegebot** folgt, dass der parlamentarische Gesetzgeber bei der näheren Ausgestaltung der die Alimentation ergänzenden Fürsorge im Falle von Krankheit, Pflegebedürftigkeit oder Tod des Beamten und seiner Angehörigen zumindest die tragenden Strukturprinzipien selbst regelt. Nach der Rspr. des Senats verlangt dies nicht nur die Festlegung, welche Risiken erfasst, nach welchen Grundsätzen Leistungen erbracht, bemessen oder ausgeschlossen werden und welche zweckidentischen Leistungen und Berechtigungen Vorrang haben, sondern auch, für welche weiteren Personen der Beamte Beihilfeleistungen beanspruchen kann.

Für Regelungen über den Ausschluss der Vererblichkeit von Beihilfeansprüchen ist aus folgenden Gründen eine **gesetzliche Grundlage erforderlich**:

Bei der Frage der Vererblichkeit eines Beihilfeanspruchs ist die **grundrechtliche Gewährleistung des Erbrechts durch Art. 14 I 1 GG** zu berücksichtigen. Die Erbrechtsgarantie ergänzt die **Eigentumsgarantie** und bildet zusammen mit dieser die Grundlage für die im Grundgesetz vorgegebene private Vermögensordnung. Dem Recht des Erblassers, sein Vermögen zu vererben, entspricht das Recht des Erben, kraft Erbfolge zu erwerben. Das **Eigentumserwerbsrecht des Erben kraft gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge ist untrennbarer Bestandteil der Erbrechtsgarantie**. Allerdings sind die Möglichkeiten des Gesetzgebers zur Einschränkung des Erbrechts im Rahmen des Art. 14 I 2 GG, weil sie an einen Vermögensübergang anknüpfen, weitergehend als die zur Einschränkung des Eigentums (BVerfGE 112, 332 = NJW 2005, 1561).

Auch **vermögenswerte öffentlich-rechtliche Ansprüche** können durch Art. 14 I 1 GG geschützt sein. Dies gilt insbes. dann, wenn der Staat den betreffenden Anspruch nicht allein in Erfüllung seiner allgemeinen Fürsorgepflicht eingeräumt hat, sondern dieser **auf einer Leistung des Berechtigten beruht** (BVerfGE 72, 175 = NJW 1986, 2561 = NVwZ 1986, 1007; BVerfGE 100, 1 = NJW 1999, 2493). Gleiches gilt für die durch Art. 33 V GG geschützten **erdienten Ansprüche des Beamten**. Hierzu gehören **Beihilfeansprüche**, die die Regelalimentation ergänzen und wie diese in einem Gegenseitigkeitsverhältnis mit der vom Beamten geschuldeten Dienstleistung stehen.

Dieser verfassungsrechtliche Hintergrund der Gewährung von Beihilfen schließt es aus, den Beihilfeanspruch, der zudem wegen der vor dem Tod des Beihilfeberechtigten entstandenen Aufwendungen regelmäßig von **erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung** ist, unabhängig von einer ausreichenden gesetzlichen Regelung als unvererblich anzusehen. Die bisherige Rspr., wonach der Beihilfeanspruch wegen seiner höchstpersönlichen Natur nicht vererblich ist (BVerwGE 16, 68 = NJW 1963, 1639; BVerwGE 50, 292; BVerwG NVwZ 1983, 225), gibt der Senat auf.“ (BVerwG aaO)



**Entscheidungen Verfahrensrecht**ZPO  
§§ 256 II**Zulässigkeit einer Zwischenfeststellungsklage  
Haftungsquote bei Verkehrsunfall**

ZPO

(LG Bonn in NJOZ 2010, 2521; Beschluss vom 30.07.2010 - 8 T 68/10)

1. Die Zwischenfeststellungsklage ist **nicht** vom Vorliegen eines **Feststellungsinteresses** abhängig.
2. Eine **Korrektur** kann bei Rechtsmissbräuchlichkeit über das **Rechtsschutzinteresse** erfolgen.
3. Werden von mehreren Schadenspositionen nicht alle eingeklagt, so kann mit einer Zwischenfeststellungsklage die **Feststellung der Haftungsquote** für alle, auch die eingeklagten Schadenspositionen, begehrt werden.
4. Die Zwischenfeststellungsklage muss **nicht auf die Feststellung hinsichtlich der „weiteren Schadenspositionen“ beschränkt** werden.

**A. Grundlagenwissen: Die Zwischenfeststellungsklage**

Die Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II ZPO dient dazu, auch **gerichtlich zu klärende Vorfragen** für den eigentlichen Klageanspruch der Rechtskraft zugänglich zu machen, da anderenfalls nach § 322 I ZPO nur der Streitgegenstand selbst der Rechtskraft zugänglich ist. Sie kann unmittelbar mit der Hauptklage oder auch nachträglich erhoben werden.

**Beispiel:** Der Kläger klagt im Rahmen einer Leistungsklage auf die Herausgabe eines Fahrzeuges. Für die Begründetheit dieser Klage kommt es auf das Bestehen einer Vindikationslage an. Der Kläger kann insofern im Hinblick auf mögliche weitere Ansprüche ein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass das Bestehen einer Vindikationslage zwischen ihm und dem Beklagten hinsichtlich des Fahrzeuges oder aber seine Eigentümerstellung in einem Zwischenfeststellungsurteil festgestellt wird.

Der Kläger klagt von einer Forderung aus Kostengründen und um den Anwaltszwang vor den Landgerichten zu umgehen nur den Teilbetrag einer von ihm geltend gemachten Forderung ein. Der Beklagte erhebt hiergegen Einwendungen, die sich bei Bestehen auch gegen den nicht eingeklagten Teil der klägerischen Forderungen richten. Der erhebt daher Zwischenfeststellungsklage hinsichtlich dieser Einwendungen, z.B. Minderung, Rücktritt, Verjährung.

**I. Hauptverfahren**

Die Zwischenfeststellungsklage ist nur zunächst nur dann zulässig, wenn ein **Hauptklageverfahren in der Tatsacheninstanz** (trotz der Beschränkungen auch Berufung) anhängig ist. In der Revisionsinstanz kann keine Zwischenfeststellungsklage mehr erhoben werden (vgl. BGH NJW 1958, 1867; BGH NJW 1961, 777, 779; BGH NJW 1982, 790).

**II. vorgreifliches Rechtsverhältnis**

Die Zwischenfeststellungsklage setzt weiterhin voraus, dass das Rechtsverhältnis über das ein Zwischenfeststellungsurteil ergeht, für die Entscheidung im Hauptklageverfahren vorgreiflich ist. Auch hier kann daher nicht über allgemeine, zwischen den Parteien streitige Fragen entschieden werden.

**Vorgreiflichkeit** ist dann anzunehmen, wenn die **Frage**, zu der das Zwischenfeststellungsurteil ergehen soll, **streitig ist** und vom Gericht ohnehin **zur Entscheidung über die Hauptsache herangezogen** werden kann. Die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage hängt allerdings nicht davon ab, welchen von mehreren Prüfungswegen das Gericht für die Begründetheit einschlägt, sondern nur davon, dass die **Hauptsacheentscheidung auch auf die klärungsbedürftige Frage gestützt werden könnte** (vgl. OLG Köln MDR 1981, 678, 679). Anders als der Wortlaut des § 256 II ZPO andeutet, kommt es allerdings nicht darauf an, dass das vorgreifliche Rechtsverhältnis erst während des Hauptklageverfahrens streitig geworden ist, sondern die Zwischenfeststel-

lungsklage ist nach dem Normzweck auch möglich, wenn das Rechtsverhältnis **auch schon zuvor streitig** war (vgl. BGH NJW-RR 1990, 318, 319 f.; OLG Hamm NJW-RR 1998, 424).

**Beispiel:** A hat von B ein Fahrzeug gemietet und nach Ablauf der Mietzeit nicht zurückgegeben. B verweigert die Rückgabe des Fahrzeugs an A mit der Begründung, dieser sei gar nicht Eigentümer des Fahrzeugs und könne daher nicht die Rückgabe verlangen.

A erhebt Klage auf Herausgabe des Fahrzeugs und Zwischenfeststellungsklage darauf gerichtet, seine Eigentümerstellung festzustellen. Diese Klärung wollte das Gericht eigentlich gar nicht vornehmen, weil es die Klage schon allein wegen des Ablaufs des Mietvertrages für begründet hält. Es könnte die Klage aber auf einen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB stützen und müsste dafür ohnehin die Eigentümerstellung des A prüfen. Dass es diesen Weg nicht wählen will ändert nichts an der Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage des A.

### III. Subsidiarität

Könnte der Kläger statt der Feststellungsklage auch schon eine Leistungsklage erheben, so ist die Feststellungsklage gleichwohl **nicht grundsätzlich subsidiär** gegenüber einer möglichen Leistungsklage (vgl. BGH NJW 1984, 1118, 1119; BGH NJW 1996, 2725, 2726).

Ein Feststellungsinteresse besteht jedoch nach h.M. jedenfalls dann nicht, wenn um ein Rechtsverhältnis gestritten wird und der Kläger auch sofort Leistungsklage erheben und damit einen **vollstreckbaren Titel** erlangen könnte, da er dann **kein schutzwürdiges Interesse** daran hat, die **Gerichte mehrfach** mit seiner Angelegenheit zu befassen (vgl. BGH NJW 1997, 870; BGH NJW 2003, 3274, 3275). Dies ist insbesondere relevant bei einer Feststellungsklage auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses auch dem schon aktuell Ansprüche hergeleitet werden können und sollen.

**Trotz Möglichkeit einer Leistungsklage** kann jedoch in bestimmten Fällen gleichwohl **ausnahmsweise** ein Feststellungsinteresse für eine Leistungsklage bestehen.

#### 1. Respektieren des Feststellungsurteils

Erscheint ausnahmsweise die Feststellungsklage geeignet, zu einer **prozesswirtschaftlich sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der Streitpunkte** zu führen, so ist sie trotz der Möglichkeit der Leistungsklage zulässig (vgl. BGH NJW 1978, 1520, 1521; BGH NJW 1984, 1118, 1119; 1996, 2725, 2726.; OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 1). Dies ist allerdings regelmäßig nur dann anzunehmen, wenn davon auszugehen ist, dass der Gegner das Feststellungsurteil respektieren wird. Dies kann nicht nur bei Behörden, Banken und Versicherungen der Fall sein, sondern je nach Lage des Falles auch bei Privatleuten.

#### 2. Schwierigkeit mit Substantiierung des Schadens oder Bezifferung der Schadenshöhe

Auch sind Fälle denkbar, in denen die Substantiierung des Schadens oder die Bezifferung der Schadenshöhe schwierig ist, zwischen den Parteien aber schon der **Haftungsgrund streitig** ist. Hier kann aus **prozessökonomischen Gründen** eine Feststellungsklage gleichwohl erhoben werden, da zumindest der Haftungsgrund schon einer gerichtlichen Klärung zugänglich ist. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn die **Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen** ist (vgl. BGH NJW 1984, 1552).

Hängt allerdings die Substantiierung eines Schadens oder die Bezifferung der Schadenshöhe von einer **Auskunft des Beklagten** ab, so ist die **Stufenklage vorrangig**.

Liegen die Voraussetzungen für das Feststellungsinteresse zunächst vor, so wird die Klage nicht deshalb unzulässig, weil der Schaden **im Laufe des Verfahrens bezifferbar** wird (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH NJW 2006, 439, 440).

#### IV. Rechtsschutzbedürfnis

Über diese Voraussetzungen hinaus muss **kein Feststellungsinteresse** mehr geprüft werden (vgl. BGH NJW 1992, 1897). Eine Beschränkung kann allerdings über das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis erfolgen.

Hat der Kläger kein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Zwischenfeststellung, weil sie **sinnlos** ist und ihm **keinen Vorteil bringt**, so ist die Klage unzulässig. Dies ist insbesondere der Fall wenn die vorgreifliche Rechtsfrage über die im anhängigen Hauptklageverfahren zu klärenden Fragen hinaus **keinerlei Bedeutung mehr** hat oder über sie **mitentschieden** wird.

**Beispiel:** Der Kläger klagt auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 BGB und erstrebt ein Zwischenfeststellungsurteil über das Bestehen einer Vindikationslage. Hierfür hat er kein Rechtsschutzbedürfnis, da das Haupturteil über diese Vorfrage des Anspruchs mitentscheidet. Das gleiche gilt bei der Geltendmachung eines Grundbuchberichtigungsanspruchs nach § 894 BGB hinsichtlich eine Feststellung der Eigentümerstellung des Klägers (vgl. RG JW 1936, 3047 Nr. 5).

#### B. Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage wegen Haftungsquote bei Verkehrsunfall (LG Bonn in NJWOZ 2010, 2521)

**Fall:** Nach einem Verkehrsunfall hatte der Geschädigte unter Berücksichtigung seiner eigenen Mithaftung zunächst außergerichtlich Ersatz in Höhe von 50% des ihm entstandenen Schadens vom Unfallgegner verlangt. Der Unfallgegner verweigerte die Zahlung, da er der Auffassung war, der Kl. sei alleine schuld. Daraufhin erhob der Geschädigte gegen den Unfallgegner Klage auf Zahlung der hälftigen Reparaturkosten nach Kostenvoranschlag (netto) sowie auf Zahlung der hälftigen Kostenpauschale (Klageantrag zu 1). Gleichzeitig beantragte er festzustellen, dass der Bekl. verpflichtet sei, dem Kl. 50% sämtlicher Schadenspositionen aus dem betreffenden Verkehrsunfall zu ersetzen (Klageantrag zu 2).

Im Verlaufe des Rechtsstreits zahlte der Haftpflichtversicherer des Bekl. die hälftigen Reparaturkosten sowie die Kostenpauschale und gab anschließend auch eine Erklärung ab, dass er sich verpflichtete, den weiteren Schaden des Kl. zur Hälfte zu übernehmen. Im Hinblick darauf wurde der Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. Das AG hob die Kosten gegeneinander auf. Es war der Auffassung, dass der Klageantrag auf Zahlung zulässig und begründet gewesen sei, der Feststellungsantrag jedoch unzulässig. Der Kl. hätte sich insoweit auf eine Feststellungsklage hinsichtlich der weiteren Schäden beschränken müssen. Soweit im Rahmen der umfassenden Feststellungsklage auch der Haftungsgrund hinsichtlich der Reparaturkosten und der Kostenpauschale zur Entscheidung des Gerichts gestellt worden sei, fehle es am Rechtsschutzbedürfnis. Der Kl. erhob hiergegen sofortige Beschwerde (§§ 91a II, 567 ZPO) und wies darauf hin, dass es sich bei der Feststellungsklage um eine Zwischenfeststellungsklage handele, für die ein Rechtsschutzbedürfnis nicht erforderlich sei. Das AG half der Beschwerde nicht ab und führte ergänzend aus, dass das Vorgehen des Kl. rechtsmissbräuchlich sei. Ferner sei das Vorgehen auch nicht mit dem „System der § 256 I ZPO/ § 256 II ZPO“ vereinbar. Ist der Beschluss nach § 91a ZPO ordnungsgemäß ergangen?

§ 91a ZPO sieht vor, dass das Gericht im Falle einer übereinstimmenden Erledigungserklärung **durch Beschluss über die Kosten** entscheidet. Bei der Kostenentscheidung sind dann die Kosten nach **billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu verteilen**. Das Gericht ist daher an den aktuellen Stand des Prozesses gebunden. Weiterer Vortrag oder gar Beweiserhebungen erfolgen grundsätzlich nicht.

Es handelt sich bei dem Beschluss nach § 91a ZPO um ein **aus prozessökonomischen Gründen abgekürztes Verfahren**, welches dem Umstand Rechnung trägt, dass die Parteien kein Interesse mehr an der Entscheidung in der Hauptsache haben. Da es nur um die Kostenentscheidung geht, ist es mit **rechtsstaatlichen Grundsätzen** zu vereinbaren, dass hier abwägende Einschätzung hinsichtlich der Erfolgsaussichten erfolgt, ohne diese eingehend zu überprüfen. Ausgehend von diesen Erfolgsaussichten ist zu ermitteln, **wie die Kostenentscheidung in der Hauptsache wohl ausgefallen wäre**, wenn es zu einer Entscheidung gekommen wäre.

Das Gericht hat daher den bis dahin vorgetragenen Tatsachenstoff nach den üblichen Grundsätzen auszuwerten. Es kommt auch in diesem Zusammenhang auf die **Schlüssigkeit des Klägervorbringens** und die **Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens** an.

Es ist für die Richtigkeit der Kostenentscheidung demnach maßgeblich, ob der Feststellungsantrag tatsächlich unzulässig war.

*„Entgegen der Ansicht des AG fehlt es dem Kl. für den Klageantrag zu 2 nicht an einem **Feststellungsinteresse**, da eine solche Voraussetzung **für die Zwischenfeststellungsklage** gem. §256 II ZPO **nicht erforderlich** ist. Dies ergibt sich bereits aus dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift. Danach bedarf es lediglich der **Anhängigkeit einer Hauptklage**, des **Streits über ein Rechtsverhältnis** und die **Vorgreiflichkeit** des Bestehens oder Nichtbestehens dieses Rechtsverhältnisses für die Entscheidung der Hauptklage. Diese Voraussetzungen sind in dem vorliegenden Fall unzweifelhaft gegeben. Dass das Vorgehen des Kl. oder seines Prozessbevollmächtigten **rechtsmissbräuchlich** sein soll, ist **nicht nachzuvollziehen**. Vielmehr wird in nicht zu beanstandender Weise von den prozessualen Möglichkeiten Gebrauch gemacht. Darin liegt auch **kein Verstoß gegen den Vorrang der Leistungsklage**. Ferner ist das Vorgehen auch nicht unvereinbar mit dem „System der § 256 I ZPO/ § 256 II ZPO“. (LG Bonn aaO)*

Da es sich bei dem Klageantrag zu 2 um eine Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 II ZPO handelt, bedarf es keiner inhaltlichen Beschränkung des Antrags.

*„Soweit der Bekl. der Ansicht ist, dass eine Anwendung des § 93 ZPO geboten sei, da er **keinerlei Veranlassung zur Klageerhebung** gegeben habe und die von seiner Haftpflichtversicherung unverzüglich geleistete Regulierung einem sofortigen Anerkenntnis gleichkomme, ist ihm zwar zuzugestehen, dass der Rechtsgedanke des § 93 ZPO im Rahmen der Entscheidung über die Kostentragung nach übereinstimmender Erledigungserklärung grundsätzlich zu berücksichtigen ist (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., 2010, § 91 a Rn 24). Allerdings hat der Bekl. mit Schriftsatz vom 23.03.2010 **nicht nur eine Verteidigungsanzeige** abgegeben, sondern zugleich auch einen **Sachantrag auf Klageabweisung** gestellt. In einem solchen Fall kann im Falle eines späteren Anerkenntnisses nicht mehr davon gesprochen werden, dass dieses sofort erfolgt ist (vgl. Zöller/Herget, § 93 Rn 4).“ (LG Bonn aaO)*

Der Feststellungsantrag war demnach entgegen der Auffassung des AG nicht unzulässig.

**Ergebnis:** Der Beschluss nach § 91a ZPO berücksichtigt das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen nicht richtig und ist daher fehlerhaft. Die Kosten sind der Bekl. aufzuerlegen.

**Anforderungen an Berufungsbegründung**  
**Bezugnahme auf nicht unterschriebenes Schriftstück**  
(BGH in NJW 2010, 3661, Urteil vom 20.07.2010 - KZR 9/09)

1. Die Berufung kann nur **mit einem von dem Prozessbevollmächtigten unterschriebenen Schriftsatz begründet** werden.
2. Der Prozessbevollmächtigte bringt mit seiner Unterschrift zum Ausdruck, dass es sich bei dem Schriftsatz nicht nur um einen Entwurf, sondern um die von ihm **willentlich in Verkehr gebrachte Urschrift der Berufungsbegründung** handelt und dass er die **volle Verantwortung für den Inhalt** des Schriftsatzes übernimmt
3. Der Zugang zur in der Prozessordnung vorgesehenen Rechtsmittelinstanz darf **nicht in unzumutbarer**, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender **Weise erschwert** werden. Demgemäß ist das **Fehlen einer Unterschrift unschädlich**, wenn sich aus **anderen Anhaltspunkten** eine der Unterschrift vergleichbare **Gewähr für die Urheberschaft und den Willen** ergibt, das **Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen**.
4. Dies ist nach der Rechtsprechung des BGH anzunehmen, wenn eine nicht unterschriebene Berufungsbegründung als eine **fest mit einem unterschriebenen Anschreiben verbundene Anlage** eingereicht Die Verbindung von Schriftstücken wird jedenfalls durch die **fortlaufende Seitennummerierung der Fax-Ausdrucke** dokumentiert.
5. Erfolgt eine Unterzeichnung mit dem Zusatz „für den nach Diktat urlaubsabwesenden Kollegen X“, wurde der Schriftsatz also nicht selbst verfasst, so ist dies ohne Bedeutung. Es reicht aus, wenn er sie **selbstständig prüft** und auf Grund der Prüfung die **volle Verantwortung für den Schriftsatz übernimmt**. Um das **zu dokumentieren**, genügt regelmäßig seine **Unterschrift**

**A. Grundlagenwissen: Die Zulässigkeit der Berufung****I. Zuständigkeit des Gerichts**

Für die Berufung gegen Urteile der Amtsgerichte sind nach § 73 I GVG grundsätzlich die Landgerichte zuständig (Ausnahme: OLG, § 119 I GVG) Zudem sind die Oberlandesgerichte nach § 119 II GVG zuständig für die Entscheidung über Berufungen gegen Urteile der Landgerichte.

**II. Statthaftigkeit, § 511 ZPO**

Die Berufung ist nach § 511 I ZPO statthaft gegen **erstinstanzliche Endurteile**, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes **600,00 €** übersteigt (**Streitwertberufung, § 511 II Nr. 1 ZPO**) oder die Berufung vom erstinstanzlichen Gericht zugelassen wurde (**Zulassungsberufung, § 511 II Nr. 2 ZPO**). Die Zulassung erfolgt nach § 511 IV ZPO, wenn die Rechtssache **grundsätzliche Bedeutung** hat oder die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert.

Das Berufungsgericht ist an die Zulassung gebunden. Bei Nichtzulassung ist nicht nachholbar. Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht vorgesehen. Allerdings u.U. Ergänzung des Urteils nach § 321 ZPO möglich.

**III. Beschwer**

Die Berufung ist nur zulässig, wenn der Berufungskläger durch die erstinstanzliche Entscheidung beschwert ist. Der Kläger ist beschwert, wenn die angefochtene Entscheidung von der von ihm beantragten abweicht (**formelle Beschwer**). Der Beklagte ist dagegen durch jede Entscheidung beschwert, die für ihn materiell nachteilig ist (**materielle Beschwer**).

**IV. Form der Berufungseinlegung**

Die Berufungsschrift muss den Anforderungen des § 519 ZPO genügen und beim Berufungsgericht eingelegt worden sein. Sie muss nach § 130 Nr. 6 ZPO unterzeichnet sein.

## V. Einhaltung der Berufungsfrist

Die Berufung muss nach § 517 ZPO innerhalb einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten, angegriffenen Urteils eingelegt werden. Sie endet aber auf jeden Fall 5 Monate nach der Verkündung des Urteils.

Wird innerhalb der Berufungsfrist ein Urteil durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt (§ 321 ZPO), so beginnt nach § 518 ZPO mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem.

## VI. ordnungsgemäße Berufungsbegründung, § 520 ZPO

Die Berufungsbegründung muss den Anforderungen des § 520 ZPO genügen. Sie muss insbesondere die Berufungsanträge enthalten, die Rechtsverletzung und ihre Erheblichkeit bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenfeststellungen aufzeigen und Hierzu ist insbesondere folgendes erforderlich:

1. Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden (Berufungsanträge) (§ 520 III Nr. 1 ZPO).
2. Die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt (§ 520 III Nr. 2 ZPO).
3. Die Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 520 III Nr. 3 ZPO).
4. Die Bezeichnung der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie der Tatsachen, auf Grund derer die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sind (§ 520 III Nr. 4 ZPO).

*(Beachte: Daher keine volle zweite Tatsacheninstanz mehr, sondern nur noch eingeschränkte Einführung neuer Angriffs und Verteidigungsmittel).*

Sie muss nach § 130 Nr. 6 ZPO unterzeichnet sein.

## VII. Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist, § 520 II ZPO

Die Berufungsbegründung muss dem Berufungsgericht innerhalb von 2 Monaten ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber fünf Monaten nach der Verkündung vorliegen. Sie kann nach § 520 II 3 ZPO für bis zu einem Monat durch den Vorsitzenden verlängert werden, wenn hierdurch keine Verzögerung entsteht, anderenfalls nach § 520 II 2 ZPO nur mit Zustimmung des Gegner.

## B. Berufungsbegründung mit Bezugnahme auf nicht unterschriebenes Schriftstück (BGH in NJW 2010, 3661)

**Fall:** Die Parteien sind durch einen Vertrag vom 27.03./10.04.1997 miteinander verbunden. Die Bekl. hat sich in dem Vertrag verpflichtet, ausschließlich Alugehäuse der Kl. zu vertreiben. Nachdem Streit über die Wirksamkeit des Vertrags entstanden war, hat die Kl. beantragt festzustellen, dass der Vertrag nicht aus kartellrechtlichen Gründen unwirksam oder durch Kündigungen der Bekl. beendet worden ist. Zugleich hat sie in einem Parallelrechtsstreit beantragt, die Bekl. zu verurteilen, es zu unterlassen, andere als von der Kl. gelieferte Alugehäuse zu vertreiben (OLG Frankfurt a.M., 11 U 44/08 [Kart]).

Beide Klagen haben in erster Instanz Erfolg gehabt. Die Bekl. hat jeweils Berufung eingelegt. In dem vorliegenden Verfahren hat sie zur Begründung der Berufung Bezug genommen auf die der Berufungsbegründungsschrift aus dem Parallelverfahren. Der Schriftsatz, der am letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist bei Gericht eingegangen ist, ist von Rechtsanwältin L., die Mitglied der Anwaltspartnerschaftsgesellschaft ist, mit dem Zusatz: „für den nach Diktat urlaubsabwesenden Kollegen M“ unterzeichnet. Er enthält die Berufungsanträge und eine Bezugnahme auf die beigefügte nicht unterschriebene und nicht beglaubigte Abschrift der Berufungsbegründungsschrift aus dem Parallelverfahren. Weiter heißt es in dem Schriftsatz, dass „die dort enthaltenen Ausführungen und Beweisantritte“ zum Gegenstand der Berufungsbegründung „im hiesigen Verfahren“ gemacht würden. Das BerGer. hat die Berufung der Bekl. als unzulässig verworfen und einen von ihr gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zurückgewiesen. Zu Recht?

Fraglich ist, ob innerhalb der Berufungsbegründungsfrist eine **ordnungsgemäße Berufungsbegründung** erfolgt ist. Die Begründung erfolgte hier dergestalt, dass lediglich auf eine Berufungsbegründung in einem Parallelverfahren Bezug genommen wurde, die dem Berufungsbegründungsschriftsatz in einfacher Abschrift beigefügt war.

Die Berufung ist durch den Schriftsatz vom 24.06.2008 und der diesem Schriftsatz als Anlage beigefügten **einfachen Abschrift der Berufungsbegründungsschrift aus dem Parallelverfahren** – bei Gericht per Fax eingegangen an demselben Tag, dem letzten Tag der Berufungsbegründungsfrist – begründet worden. Der Schriftsatz ist von Rechtsanwältin L unterzeichnet. Er enthält die **Berufungsanträge** und eine Bezugnahme auf die beigefügte Abschrift der Berufungsbegründungsschrift aus dem Parallelverfahren. Weiter heißt es in dem Schriftsatz, dass „die **dort enthaltenen Ausführungen und Beweisantritte**“ zum **Gegenstand der Berufungsbegründung „im hiesigen Verfahren“** gemacht würden.

Da die Berufungsbegründung als bestimmender Schriftsatz nach § 130 Nr. 6 ZPO unterzeichnet sein muss, könnte die Berufungsbegründung aber deshalb unzureichend sein, weil der **Schriftsatz**, welcher die Begründung selbst enthält, **keine Unterschrift** trägt.

### I. Bedeutung der Unterschrift des Prozessbevollmächtigten

„Grundsätzlich kann die Berufung allerdings nur **mit einem von dem Prozessbevollmächtigten unterschriebenen Schriftsatz begründet** werden. Der Prozessbevollmächtigte bringt mit seiner Unterschrift zum Ausdruck, dass es sich bei dem Schriftsatz nicht nur um einen Entwurf, sondern um die von ihm **willentlich in Verkehr gebrachte Urschrift der Berufungsbegründung** handelt und dass er die **volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes** übernimmt (GmS-OGB, BGHZ 75, 340 [348f.] = NJW 1980, 172; GmS-OGB, BGHZ 144, 160 [162] = BeckRS 2000, 30105453; BGHZ 37, 156 = NJW 1962, 1724; BGH, NJW 2005, 2086 [2087]) NJW 2006, 1521 Rn 6).“ (BGH aaO)

Es gibt aber Ausnahmen von diesem Grundsatz. Sie beruhen auf dem Anspruch der Prozessbeteiligten auf **Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes**.

„Danach darf der Zugang zu der nach der Prozessordnung vorgesehenen Rechtsmittelinstanz **nicht in unzumutbarer**, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender **Weise erschwert** werden (BVerfGE 74, 228 = NJW 1987, 2067). Demgemäß ist das **Fehlen einer Unterschrift unschädlich**, wenn sich aus **anderen Anhaltspunkten** eine der Unterschrift vergleichbare **Gewähr für die Urheberschaft und den Willen** ergibt, das **Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen** (BGH, NJW 2006, 1521 Rn 6). Diese Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung des BGH erfüllt, wenn eine nicht unterschriebene Berufungsbegründung als eine **fest mit einem unterschriebenen Anschreiben verbundene Anlage** eingereicht wird (BGHZ 97, 251 [254] = NJW 1986, 1760; ebenso GrS BFHE 111, 278 = NJW 1974, 1582; vgl. auch BVerfGE 15, 288 = NJW 1963, 755).“ (BGH aaO)

### II. Anwendung auf den Fall

In dem von Rechtsanwältin L unterschriebenen Schriftsatz wird zur Begründung der Berufung auf den Inhalt der beigefügten Abschrift Bezug genommen.

„Ob darüber hinaus auch noch eine Verbindung der beiden Schreiben zu verlangen ist (anders BGH, Urt. v. 9. 9. 2004 – I ZR 269/01, BeckRS 2004, 12613), kann offen bleiben. Die Verbindung beider Schriftstücke wird hier jedenfalls durch die **fortlaufende Seitennummerierung der Fax-Ausdrucke** dokumentiert. Bei dieser Sachlage konnte kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass **Rechtsanwältin L die volle Verantwortung für die Ausführungen** in der beigefügten Abschrift übernehmen wollte. Die Abschrift reichte auch inhaltlich aus, um die Berufung in dem vorliegenden Verfahren zu begründen. Die Wirksamkeit des Vertrags der Parteien war nämlich Voraussetzung für die Begründetheit der parallelen Unterlassungsklage.“ (BGH aaO)

### III. Relevanz des Zusatzes „für Rechtsanwalt M“

Fraglich ist, welches Relevant der Umstand hat, dass Rechtsanwältin L den Schriftsatz vom 24. 6. 2008 mit dem Zusatz „für den nach Diktat urlaubsabwesenden Kollegen M“ unterschrieben hat. Rechtsanwältin L ist – nach dem Briefkopf des Schriftsatzes – Mitglied der von der Bekl. bevollmächtigten Anwalts-Partnerschaftsgesellschaft.

„Auf Grund dieser Prozessvollmacht konnte Rechtsanwältin L gem. § 7 IV 1 und 2 PartGG die Bekl. vertreten (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl. [2010], § 78 Rn 6).

Dass sie den **Schriftsatz** ausweislich des ihrer Unterschrift beigefügten Zusatzes **nicht selbst verfasst hat, ist ohne Bedeutung**. Der Prozessbevollmächtigte muss die Berufungsbegründung nicht selbst fertigen. Es reicht aus, wenn er sie **selbstständig prüft** und auf Grund der Prüfung die **volle Verantwortung für den Schriftsatz übernimmt**. Um das zu dokumentieren, genügt regelmäßig seine **Unterschrift** (BGH, NJW-RR 1998, 574 [575]; NJW 2005, 2709). Umstände, aus denen sich entnehmen ließe, dass Rechtsanwältin L den Schriftsatz ohne die erforderliche inhaltliche Prüfung auch der Anlage unterschrieben hat oder dass sie sich von dem Inhalt distanzieren wollte, sind nicht ersichtlich.“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Danach genügen der eingereichte Schriftsatz und die nicht unterzeichnete Abschrift der Berufungsbegründungsschrift des Parallelverfahrens den gesetzlichen Anforderungen an eine Berufungsbegründung. Die Berufung wurde zu Unrecht als unzulässig zurückgewiesen.

StPO

**Besetzungsrüge**

StPO

§ 338 Nr. 1

**fehlerhafte Besetzungsreduktion / Vorrang der Dreierbesetzung**

(BGH in NSTZ 2011, 52; Beschluss vom 07.07.2010 – 5 StR 555/09)

Ist im Einzelfall zweifelhaft, welche Gerichtsbesetzung für die sachgerechte Verfahrensbehandlung geboten ist, ist der Dreierbesetzung wegen ihrer gegenüber der reduzierten Besetzung strukturellen Überlegenheit Vorrang zu geben.

**A. Grundlagenwissen: Die Besetzungsrüge**

- I. Die Vorschrift des **§ 338 I Nr. 1 StPO sichert das Recht des Angekl. auf den gesetzlichen Richter** (Art. 101 I 2 GG, § 16 GVG). Ein Verstoß gegen das Verbot der Entziehung des gesetzlichen Richters stellt grds. einen Verfahrensmangel (§ 338 Nr. 1 StPO) und damit einen absoluten Revisionsgrund dar. Die Entziehung des gesetzlichen Richters kann auch dann mit der Revision gerügt werden, wenn sonst keine andere Rüge zulässig ist (BGH 46, 238 = NJW 2002, 1359).
- II. Ein **Besetzungsmangel** liegt vor, wenn das erkennende **Gericht nach der Geschäftsverteilung nicht zuständig oder personell falsch besetzt** war. Verstöße gegen die örtliche, sachliche oder funktionelle Zuständigkeit unterfallen hingegen § 338 I Nr. 4 StPO.

Die Rüge nach § 338 I Nr. 1 StPO ist gegeben, wenn der **Geschäftsverteilungsplan** des Gerichts (§ 21 e GVG) nach seinem Regelungsinhalt **unrechtmäßig** ist, die Sachen also nicht nach abstrakten Merkmalen auf die Spruchkörper verteilt werden (vgl. BVerfG 30, 149 = NJW 1971, 1029; BGH 15, 116 = NJW 1960, 2109). Gerügt werden kann auch das **fehlerhafte Zustandekommen** des Geschäftsverteilungsplans (BGH 3, 353 = NJW 1953, 353), etwa ohne Mitwirkung des Präsidiums, nicht aber die fehlerhafte Zusammensetzung des Präsidiums selbst (BVerfG 31, 47; BGH 12, 227 = NJW 1959, 685).

Regelungsfehler des Geschäftsverteilungsplans liegen u. a. dann vor, wenn er eine Zuständigkeitsbestimmung für einzelne Sachen enthält (BGH 20, 37 = NJW 1964, 2432), wenn ein Spruchkörper so überbesetzt ist, dass er gleichzeitig in verschiedener Besetzung zwei Hauptverhandlungen führen könnte (BGH 18, 386 = NJW 1963, 1882; vgl. aber BGH 33, 234 = NJW 1985, 2840; Rieß NSTZ 1986, 36), wenn die Leitung eines Spruchkörpers durch einen Vorsitzenden nicht gewährleistet ist (BGH 8, 17 = NJW 1955, 1447), wenn bei Zuteilung eines Richters zu verschiedenen Spruchkörpern eine Vorrangsregelung fehlt (BGH 25, 163 = NJW 1973, 1291) oder wenn eine lückenlose generelle Vertretungsregelung fehlt (BGH NJW 1988, 502; vgl. KK-Kuckein Rn. 34).

**B. Die Besetzungsrüge bei fehlerhafter Besetzungsreduktion nach § 76 II GVG (BGH in NSTZ 2011, 52)**

**Fall.** Die StA hat gegen die Bf. Im Jahre 2007 Anklage wegen gemeinschaftlich begangener Rechtsbeugung und Freiheitsberaubung erhoben. Den zunächst ergangenen Nichteröffnungsbeschluss wurde auf sofortige Beschwerde der StA aufgehoben und das Hauptverfahren vor dem LG eröffnet. Das LG hat von der Mitwirkung eines 3. Berufsrichters ohne Angabe von Gründen abgesehen; den von den Bf. jeweils vor ihrer Vernehmung zur Sache erhobenen Besetzungseinwand, gestützt auf eine unvertretbare reduzierte Gerichtsbesetzung nach § 76 II 1 GVG, hat das LG (in der für die Hauptverhandlung vorgesehenen Besetzung) zurückgewiesen und zur Begründung mitgeteilt: „Die Kammer hält sich für ordnungsgemäß besetzt. Eine willkürliche Entscheidung über die Besetzung ist nach hiesiger Meinung nicht erkennbar.“

Den bestreitenden Bf. wurden durch die Anklageschrift „mehrere evidente Rechtsverstöße“, begangen zum Nachteil der Eheleute A sowie des Rechtsanwalts R, als einheitliche Tat der Rechtsbeugung und Freiheitsberaubung zur Last gelegt. Im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung belief sich der Umfang der Leitakte bereits auf mehr als 900 Seiten.

Überdies oblag der StrK die Aufklärung des komplexen Ausgangsverfahrens gegen BA, das ursprünglich zum LG angeklagt, aber mit Blick auf die zu erwartende Rechtsfolge vor dem Schöffengericht eröffnet worden war. Unter dem Vorsitz des Bf. M war darüber mehr als ½ Jahr an 14 Hauptverhandlungstagen auch unter Hinzuziehung eines Sachverständigen verhandelt worden. Die Hauptaktenbände umfassten etwa 1600 Seiten, wurden ebenso wie die Hauptakten der Ermittlungsverfahren gegen R und CA (Umfang etwa 800 Seiten) als Kopieakten beigezogen und in der Darstellung der Beweismittel in der Anklageschrift berücksichtigt.

Allein die beigezogenen Verfahrensakten umfassten – ersichtlich nebst Beiakten – insgesamt mehr als 7000 Seiten.

In der Hauptverhandlung gegen die beiden Bf. traten vor dem LG neben den Verteidigern 2 Nebenkläger mit jeweils einem anwaltlichen Beistand auf. Die Strafkammer terminierte zunächst 6 Hauptverhandlungstage und lud dazu 13 Zeugen; insgesamt verhandelte sie anschließend noch an 4 weiteren Tagen bis zur Urteilsverkündung.

Durch die **Verhandlung und Entscheidung in der Besetzung mit nur 2 Berufsrichtern** könnte die StrK **§ 76 II 1 GVG verletzt** haben, weil der Umfang der Sach- und Rechtslage die Mitwirkung eines 3. Berufsrichters notwendig machte.

- I. Gem. § 76 II 1 GVG beschließt die – nicht als SchwurGer. zuständige – Große StrK bei der Eröffnung des Hauptverfahrens, dass sie in der Hauptverhandlung mit nur 2 Berufsrichtern einschließlich des Vorsitzenden besetzt ist, es sei denn, nach dem **Umfang oder der Schwierigkeit der Sache** erscheint die **Mitwirkung eines 3. Berufsrichters erforderlich**.

Bei dieser Entscheidung steht der StrK **kein Ermessen** zu; sie hat die Dreierbesetzung zu beschließen, wenn diese nach dem vorgenannten Maßstab notwendig erscheint. Jedoch ist dem Tatgericht bei der Auslegung der gesetzlichen Merkmale ein **weiter Beurteilungsspielraum** eröffnet, der die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen hat. Maßgebend für die Bewertung des Umfangs der Sache sind etwa die Zahl der Angekl., Verteidiger und erforderlichen Dolmetscher, die Anzahl der angeklagten Taten, der Zeugen sowie anderer Beweismittel, namentlich die Notwendigkeit von Sachverständigen-gutachten, der Umfang der Akten sowie die voraussichtliche Dauer der Hauptverhandlung.

BGHSt 44, 328 = NJW 1999, 1644 = NStZ 1999, 367; BGH NJW 2003, 3644 = NStZ 2004, 56; NStZ-RR 2004, 175 = StV 2004, 250; Kissel/Mayer, GVG, 6. Aufl., § 76 Rn 4

- II. Bleibt im Einzelfall zweifelhaft, welche Gerichtsbesetzung für die sachgerechte Verfahrensbehandlung geboten ist, gebührt der **Dreierbesetzung** wegen ihrer gegenüber der reduzierten Besetzung **strukturellen Überlegenheit**, die sich bereits vor der 1993 erfolgten Einführung des § 76 II GVG bewährt hatte, der Vorrang.

vgl. BGHSt 44, 328 = NJW 1999, 1644 = NStZ 1999, 367; BGH NJW 2003, 3644 = NStZ 2004, 56 = JR 2004, 170

*„Die **Beteiligung mehrerer Berufsrichter neben dem Vorsitzenden ist besonders geeignet, Aufgaben insbesondere auch in der Hauptverhandlung sachgerecht aufzuteilen, den Tatsachenstoff intensiver zu würdigen und schwierige Rechtsfragen besser zu bewältigen** (vgl. BGH NJW 2003, 3644 = NStZ 2004, 56 = JR 2004, 170; BT-Dr 12/1217, S. 46f.). Die Besetzung der StrK hat so unmittelbaren Einfluss auf die **Qualität des Erkenntnisverfahrens**; eine reguläre Besetzung der StrK ermöglicht insbes. eine straffe, effektive – und damit auch **ressourcenschonende – Verhandlungsführung**. Die Würdigung des Tatsachenstoffs und der Rechtsfragen durch 3 Richter gewährleistet ferner die von der einzigen Tatsacheninstanz im Rechtszug geforderte hohe Qualität tatgerichtlicher Erkenntnis (BT-Dr 12/1217, S. 46f.).*

*Der Senat merkt in diesem Zusammenhang an, dass die Rechtspraxis, soweit ersichtlich, den gebotenen sensiblen Umgang der Großen Strafkammern mit der Besetzungsreduktion derzeit nicht widerspiegelt; anders ist ihre oftmals überwiegende, bei manchen Landgerichten ausschließliche Inanspruchnahme nicht erklärlich (vgl. BT-Dr 14/2777, S. 2f.; 14/3831 S. 5; 16/3038 S. 32). Der Senat hielte es demgegenüber grds. für angezeigt, den der Beurteilung des Tatrichters unterstehenden Rechtsbegriff des Umfangs der Sache auch dahingehend weiter zu konturieren, dass jedenfalls bei einer im Zeitpunkt der Eröffnung des Hauptverfahrens absehbaren Verhandlungsdauer von wenigstens 10 Hauptverhandlungstagen von der Mitwirkung eines 3. Berufsrichters grds. nicht abgesehen werden darf (vgl. zu dieser Schwelle BGHSt 52, 355 = NJW 2009, 605 = NStZ 2009, 169; LR-Becker, 26. Aufl., § 229 Rn 2; LR-Gollwitzer, 25. Aufl., § 275 Rn 2). Ausnahmen mögen insbesondere bei weniger komplexen Verfahren möglich sein, wenn deren Umfang etwa allein durch eine Vielzahl für sich jeweils ganz einfach gelagerter Fälle bedingt ist.“ (BGH aaO)*

- III. Der **absolute Revisionsgrund nach § 338 Nr. 1 StPO** wegen eines Verstoßes gegen § 76 II 1 GVG liegt jedenfalls bei einer **auf sachfremde Erwägungen gestützten Besetzungsentscheidung** oder bei einem **unvertretbaren Überschreiten des Beurteilungsspielraums** durch das Tatgericht vor. Unter solchen Voraussetzungen ist die Anordnung reduzierter Besetzung objektiv willkürlich.

vgl. BGHSt 44, 328 = NJW 1999, 1644 = NStZ 1999, 367; BGHR GVG § 76 II Beurteilungsspielraum 3; BGH NJW 2003, 3644 = NStZ 2004, 56; LR-Siolek, 25. Aufl., § 76 GVG Rn 16; KK-Diemer, 6. Aufl., § 76 GVG Rn 3; Kissel/Mayer aaO, Rn 5; Schlothauer StV 1993, 147

Diese Voraussetzungen sind hier nach den Kriterien sowohl des Umfangs als auch der Schwierigkeit der Sache erfüllt.

*„Nur scheinbar waren nach dem konkreten Anklagesatz wenige Rechtsbeugungshandlungen aufzuklären, die an 3 Hauptverhandlungstagen begangen wurden. Von Beginn an war evident, dass tatgerichtliche Feststellungen allein dieser Verfahrenshandlungen unzureichend sein würden. Gerade wegen der tatbestandlich gebotenen Bewertung der Verfahrensfehler im Rahmen des § 339 StGB war ersichtlich auch die **aufwendige Rekonstruktion weiter Teile und Hintergründe des für sich bereits komplexen Ausgangsverfahrens** vor dem Schöffengericht unerlässlich (§ 244 II StPO). Nur auf diese Weise konnte die StrK ausschließen, dass die angeklagten Handlungen nicht etwa sachgerecht, vertretbar oder letztlich gar geboten waren.*

*Im Zeitpunkt der Besetzungsentscheidung lag daher auf der Hand, dass die von der StA beigezogenen umfangreichen, **mehrere tausend Seiten umfassenden Verfahrensakten** aus dem zudem in der Sache komplizierten Strafverfahren gegen BA einschließlich der Ermittlungsakten der Verfahren gegen Rechtsanwalt R und CA auszuwerten waren. Anhand dessen waren insbesondere die Hintergründe der von den Bf. vermuteten Beteiligung von R und CA an den Taten des BA durch die StrK aufzuklären.*

*Der so ohnehin bereits **erhebliche und komplexe Verhandlungsumfang** wurde weiter geprägt durch die Auseinandersetzung mit verschiedenen, sämtlich anwaltlich beratenen Verfahrensbeteiligten, die voraussehbar jeweils unterschiedliche Interessen verfolgten. Dabei zeichnete sich schon durch die ausführlichen gegensätzlichen Gerichtsentscheidungen über die Eröffnung des Hauptverfahrens eine Auseinandersetzung über streitige, mindestens teilweise **nicht alltägliche Rechts- und Verfahrensfragen** ab. Diese Gesichtspunkte wurden hier auch nicht etwa entkräftet durch eine einfach gelagerte Beweisaufnahme (vgl. BGHSt 44, 328 = NJW 1999, 1644 = NStZ 1999, 367; BGHR GVG § 76 II Beurteilungsspielraum 3; BGH NJW 2003, 3644 = NStZ 2004, 56 = JR 2004, 170). Vielmehr ließen auch die drohenden dienstrechtlichen Folgen einer Verurteilung für die nicht geständigen Bf. von Anfang an erkennen, dass eine aufwendige und kontroverse Beweisaufnahme zu bewältigen sein würde.“ (BGH aaO)*

- IV. **Ergebnis:** Die Besetzungsentscheidung war - ebenso wie der nicht näher begründete, den Besetzungseinwand zurückweisende Gerichtsbeschluss - nicht mehr vertretbar. Die StrK hätte auf den Einwand hin die Besetzungsentscheidung aufheben müssen, sodass die erhobene Besetzungsrüge nach § 338 I Nr. 1 StPO begründet ist.

(BVerwG in jurisAnwaltsLetter; Urteil vom 15.09.2010 – 8 C 21/09)

1. Das **Fehlen einer Rechtsbehelfsbelehrung** macht ein Widerspruchsverfahrens **nicht entbehrlich**, sondern verlängert lediglich die Widerspruchsfrist auf 1 Jahr.
2. Ein Widerspruchsverfahren nach § 68 VwGO ist über die gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ausnahmsweise auch dann entbehrlich, wenn dessen **Zweck bereits Rechnung getragen** ist oder dieser **ohnehin nicht mehr erreicht werden kann**. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Ausgangsbehörde zugleich Widerspruchsbehörde ist und den Bescheid aufgrund einer sie **bindenden Weisung der (Rechts-)Aufsichtsbehörde** erlassen hat.

**Fall:** Die Klägerin, einer Steuerberaterin, begehrt von der Beklagten, der Steuerberaterkammer, die Festsetzung der Vergütung für eine Praxisabwicklung in Höhe von 177.772,94 €. Die Beklagte ist der Auffassung, hierfür nicht zuständig zu sein, da die Bestellung der Klägerin zur Praxisabwicklerin auf Antrag der Erben erfolgt sei und lehnte die Festsetzung ab. Nachdem sich die Klägerin an das Finanzministerium des Landes Baden-Württemberg als zuständige Aufsichtsbehörde gewandt hatte, wies dieses die Beklagte an, die Vergütung festzusetzen, da es nicht darauf ankomme, ob die Abwicklerbestellung auf Antrag oder von Amts wegen erfolgt sei. Die Höhe der Vergütung sei an der Durchschnittsmonatsvergütung eines angestellten Steuerberaters zu orientieren.

Daraufhin setzte die Beklagte die Abwicklervergütung mit Bescheid vom 11.11.2005 auf 30.000,00 € fest, davon ausgehend, dass das durchschnittliche Monatsentgelt eines angestellten Steuerberaters 5.000,00 € betrage und die Klägerin 6 Monate tätig gewesen sei. Eine Rechtsbehelfsbelehrung war nicht beigefügt. Hiergegen hat die Klägerin Klage mit dem Antrag erhoben, die Beklagte zu verpflichten, die ihr zustehende Vergütung für die Praxisabwicklung unter Abänderung des Bescheides der Beklagten vom 11.11.2005 auf 139.746,00 € zzgl. Zinsen festzusetzen.

Die Beklagte hat demgegenüber insbesondere geltend gemacht, die Klage sei mangels vorheriger Durchführung des nach § 68 I 1 VwGO erforderlichen Vorverfahrens unzulässig, was sie, die Beklagte, ausdrücklich rüge. Das Vorverfahren sei keinesfalls entbehrlich und hätte Gelegenheit geboten, die Sache nochmals zu erörtern. Vorsorglich und unter ausdrücklicher Klarstellung, dass damit ein Verzicht auf die Rüge der fehlenden Durchführung des Vorverfahrens nicht verbunden sei, halte sie die Klage zudem auch für unbegründet und ihre Vergütungsermittlung für rechtmäßig. Ist die Klage mangels Durchführung eines Vorverfahrens unzulässig?

## I. Grundsätzliche Erforderlichkeit eines Vorverfahrens

Nach § 68 I 1 VwGO sind vor Erhebung der Anfechtungsklage **Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit** des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Dies gilt nach § 68 II VwGO entsprechend auch für die Verpflichtungsklage, wenn der Antrag auf Vornahme des Verwaltungsakts abgelehnt worden ist.

*„Der Verwaltungsgerichtshof ist zu Recht davon ausgegangen, dass das Begehren der Klägerin, die Beklagte zur Festsetzung der angemessenen Vergütung nach § 70 III i.V.m. § 69 IV 5 StBerG zu verpflichten, auf den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes gerichtet ist. Die dafür allein statthafte Klageart ist nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO die Verpflichtungsklage. Vor Erhebung der Verpflichtungsklage sind, wenn der Antrag auf Vornahme des Verwaltungsaktes ganz oder - wie im vorliegenden Fall - teilweise abgelehnt worden ist, nach § 68 II i.V.m. I 1 VwGO Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Die erfolglose Durchführung des Vorverfahrens muss im Hinblick auf die Zulässigkeit der Klage von Amts wegen geprüft werden (stRspr, vgl. u.a. BVerwGE 26, 161; 61, 360; 66, 34; Sodan/Ziekow-Geis, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 68 Rn 33 ff. m.w.N.).“ (BVerwG aaO)*

Ein Vorverfahren war daher grundsätzlich erforderlich.

## II. Entbehrlichkeit des Vorverfahrens

Das Vorverfahren könnte jedoch im vorliegenden Fall ausnahmsweise entbehrlich sein.

### 1. Entbehrlichkeit nach § 68 I 2 VwGO

Ein Vorverfahren ist nach Dies ist nach § 68 I 2 VwGO der Fall, wenn ein Gesetz dies bestimmt oder wenn der Verwaltungsakt von einer **obersten Bundesbehörde** oder von einer **obersten Landesbehörde** erlassen worden ist, außer wenn ein Gesetz die Nachprüfung vorschreibt, oder der Abhilfebescheid oder der Widerspruchsbescheid **erstmalig** eine **Beschwer** enthält.

„Da der von der Klägerin begehrte Verwaltungsakt nicht von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde, sondern von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zu erlassen war/ist, war ein Widerspruchsverfahren auch nicht nach § 68 I 2 Alt. 2 Nr. 1 VwGO entbehrlich.“ (BVerwG aaO)

Auch liegt weder eine abweichende gesetzliche Bestimmung vor noch ist durch einen Abhilfe oder Widerspruchsbescheid eine erstmalige Beschwer erfolgt.

Das Vorverfahren ist daher nicht nach § 68 I 2 VwGO entbehrlich.

## 2. Entbehrlichkeit wegen Fehlens einer Rechtsbehelfsbelehrung

Das Vorverfahren könnte deshalb erforderlich sein, weil jeder Hinweis auf seine Notwendigkeit fehlte.

„Die **verfahrensrechtlichen Folgen einer unrichtigen oder unterbliebenen Rechtsbehelfsbelehrung** sind in § 58 VwGO abschließend geregelt. Ist die Rechtsmittelbelehrung unterblieben, ist nach § 58 II VwGO die Einlegung des Rechtsbehelfs - abweichend von der sonst maßgeblichen Monatsfrist des § 70 I VwGO - **innerhalb eines Jahres zulässig**. Dass ein Rechtsbehelf entbehrlich wird, wenn über ihn nicht belehrt wird, ist dort nicht bestimmt. Damit bleibt es auch im Falle einer fehlenden oder unrichtigen Rechtsmittelbelehrung bei der Notwendigkeit eines Widerspruchsverfahrens nach §§ 68 ff. VwGO (BVerwGE 95, 321).“ (BVerwG aaO)

Ein Widerspruch gegen den Bescheid der Beklagten vom 11.11.2005 war folglich auch nicht wegen des Fehlens einer Rechtsbehelfsbelehrung entbehrlich

## 3. Entbehrlichkeit wegen Zwecklosigkeit

Ein Vorverfahren könnte jedoch wegen Zwecklosigkeit entbehrlich sein.

„Nach der **Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts** ist über die gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ein Vorverfahren ausnahmsweise dann entbehrlich, wenn dem **Zweck des Vorverfahrens bereits Rechnung getragen** ist oder der **Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden kann** (vgl. dazu u.a. BVerwGE 15, 306 [310]; 27, 181 [185]; 64, 325 [330]; BVerwG - Buchholz 232 § 42 BBG Nr. 14; BVerwG - Buchholz 130 § 9 RuStAG Nr. 10; BVerwG - Buchholz 436.36 § 46 BAföG Nr. 16).“ (BVerwG aaO)

Diese Rechtsprechung ist im **Fachschrifttum** auf Kritik gestoßen (vgl. dazu u.a. Ulrich Meier, Die Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens, 1992, S. 69 ff.; Funke-Kaiser, in: Bader u.a., VwGO, 4. Aufl. 2007, § 68 Rn. 29 ff.; Eyermann/Fröhler-Rennert, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 68 Rn. 29 ff.; Redeker/von Oertzen, VwGO, 15. Aufl. 2010, § 68 Rn. 4 jeweils m.w.N.). Ihr wird vor allem eine Unvereinbarkeit mit dem gesetzlichen Wortlaut und der Systematik sowie dem Zweck der Regelungen der §§ 68 ff. VwGO vorgeworfen.

### a) Wortlautauslegung

Es könnte schon der Wortlaut des § 68 I VwGO der bisherigen Auslegung durch die Rechtsprechung entgegenstehen.

„Aus dem **Normtext** des § 68 I VwGO („sind ... nachzuprüfen“) folgt nur, dass die Durchführung eines Vorverfahrens **für die Beteiligten nicht disponibel** ist (vgl. BVerwGE 66, 342 [345]; Sodan/Ziekow-Geis, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 68 Rn. 159 m.w.N.). Die **Zulässigkeit von (weiteren) Ausnahmen** von der Notwendigkeit eines Widerspruchsverfahrens über die in §§ 68 ff. VwGO explizit normierten hinaus hängt davon ab, ob diese **abschließenden Charakter** („*numerus clausus*“) haben oder nicht. Diese Frage lässt sich anhand des Wortlautes nicht eindeutig entscheiden. Ihre Beantwortung hängt letztlich vom Sinn der in Rede stehenden Regelung(en) ab. Dieser kann angesichts der **Offenheit des Wortlautes** nur anhand des Regelungszusammenhangs und der Regelungssystematik, der Gesetzeshistorie sowie der mit der Regelung ersichtlich intendierten Zwecksetzung(en) festgestellt werden.“ (BVerwG aaO)

Der Wortlaut des § 68 I VwGO steht einer Entbehrlichkeit über den Wortlaut hinaus damit nicht entgegen.

### b) historische Auslegung

Die Entbehrlichkeit bei ausgeschlossener Zweckerreichung könnte sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergeben.

„Die **Entstehungsgeschichte** der Regelungen der §§ 68 ff. VwGO ist hinsichtlich der Voraussetzungen einer (ausnahmsweisen) Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens **nicht ergiebig**. Die Frage, ob ein Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO - über die im Gesetz normierten Fälle hinaus - ausnahmsweise auch in weiteren Fällen entbehrlich sein kann, ist, soweit ersichtlich, **weder in der Begründung des**

**Gesetzentwurfs** der Bundesregierung (BTDrucks 3/55 S. 38 und S. 72 ff.) **noch** in den **Gesetzesberatungen** im Parlament thematisiert worden.

Da sich in den **Gesetzgebungsmaterialien keine Hinweise** darauf finden, dass der Gesetzgeber der VwGO in der Frage der Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens eine **Korrektur der damals bereits vorliegenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts** zu den Voraussetzungen einer Entbehrlichkeit des Vorverfahrens (vgl. BVerwGE 1, 72; 10, 82; BVerwG DVBl 1959, 777) vornehmen wollte, liegt der Schluss nahe, dass die §§ 68 ff. VwGO auch insoweit "**nicht etwas völlig Neues**" in Kraft setzten, sondern "an alte Vorbilder" anknüpfen wollten. Jedenfalls ergibt sich damit aus der Gesetzgebungsgeschichte im Rahmen der sog. **historischen Auslegung** der hier in Rede stehenden Vorschriften kein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass die damals bereits ergangene und vorliegende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur ausnahmsweisen Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens in den Fällen, in denen dessen Zweck bereits Rechnung getragen ist oder der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden kann, durch den Gesetzgeber der neuen VwGO korrigiert werden sollte." (BVerwG aaO)

Auch die historische Auslegung erfordert demnach keine Korrektur der Rechtsprechung.

### c) systematische Auslegung

Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der Gesetzessystematik, namentlich aus dem Regelungszusammenhang, in dem die in § 68 I 2 2 Alt. 1, § 68 I 2 Alt. 2 Nr. 1 und Nr. 2 sowie in § 75 VwGO normierten Ausnahmen von der Notwendigkeit eines Widerspruchsverfahrens stehen.

„Für die in diesen Vorschriften normierten Abweichungen ("Ausnahmen") waren **jeweils spezifische Gründe und Motive des Gesetzgebers** maßgebend. Zwischen der in § 68 I 1 VwGO normierten Grundregelung und den zitierten Vorschriften besteht ein **Regel-Ausnahme-Verhältnis**. Ausnahmenvorschriften sind einer erweiternden Auslegung, insbesondere im Wege der **Analogie, nicht zugänglich** (vgl. dazu BVerwG Buchholz 451.29 Schornsteinfeger Nr. 40 Rn. 26; BVerwG NJW 2006, 77 [98; BVerwGE 124, 110 [121 ff.]; Dreseck/Seer-Muscheler, Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, 2001, S. 135 ff. [154 ff., 157 ff.]).

„Um eine solche Erweiterung durch **Analogiebildung geht es aber nicht**, wenn sich aus Sinn und Zweck der Regelung eine weitere, wenn auch im Gesetz **nicht ausdrücklich normierte Ausnahme** vom Erfordernis des Widerspruchsverfahrens ergibt und der **Regelatbestand deshalb einschränkend ausgelegt** werden muss. Dies gilt namentlich für den in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts konkretisierten Fall, dass der Gesetzeszweck ein Widerspruchsverfahren deshalb nicht (mehr) gebietet und erfordert, weil im konkreten Fall dem **Zweck des Vorverfahrens bereits Rechnung getragen ist oder der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden kann.**" (BVerwG aaO)

#### aa) Zweck des Vorverfahrens

Um festzustellen, ob dem Zweck des Vorverfahrens bereits Rechnung getragen ist oder dieser Zweck ohnehin nicht mehr erreicht werden kann, ist zunächst der Zweck des Vorverfahrens näher zu bestimmen.

„Das Vorverfahren soll zum einen im öffentlichen Interesse eine **Selbstkontrolle der Verwaltung** durch die Widerspruchsbehörde ermöglichen. Außerdem soll es zu einem möglichst **effektiven individuellen Rechtsschutz** beitragen; für den Rechtssuchenden soll eine gegenüber der gerichtlichen Kontrolle zeitlich vorgelagerte und ggf. erweiterte Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet werden, was insbesondere etwa bei der Kontrolle von Ermessensentscheidungen z.B. im Hinblick auf die im Widerspruchsverfahren für die Widerspruchsbehörde gegebene Möglichkeit einer Prüfung auch der **Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts** von Bedeutung sein kann. Schließlich soll das Vorverfahren im öffentlichen Interesse die **Gerichte entlasten** und damit Ressourcen schonen helfen ("Filterwirkung"). Diese **dreifache normative Zwecksetzung** eines Widerspruchsverfahrens ist allgemein anerkannt (vgl. dazu die Nachweise zur Rechtsprechung und Fachliteratur u.a. bei Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, Vorb. § 68 Rn. 1; Sodan/Ziekow-Geis, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 68 Rn. 1 Fn. 1 und Rn. 2 ff.).

[Es steht] weder im Belieben der Verwaltungsbehörden noch in dem des jeweiligen Rechtsschutzsuchenden, hierauf umstandslos zu verzichten. Wenn allerdings die genannten Zweck(e) eines Vorverfahrens schon auf andere Weise erreicht worden sind oder nicht mehr erreicht werden können, wäre ein Widerspruchsverfahren **funktionslos und überflüssig** (stRspr, vgl. BVerwGE 66, 39 [41]; 85, 163 [168]; BVerwG Buchholz 442.15 § 4 StVO Nr. 4; BVerwG - Buchholz 451.25 LadschlG Nr. 20 S. 1 [6]; BVerwG - Buchholz 424.01 § 65 FlurbG Nr. 5 S. 7 [9]; BVerwG - Buchholz 130 § 9 RuStAG Nr. 10 S. 37 [38 f.]; BVerwG - Buchholz 240 § 12 BBesG

Nr. 15 S. 8 [10]; BVerwG NVwZ 1995, 76; BVerwGE 95, 321). Ob diese Voraussetzung im konkreten Fall vorliegt, bestimmt sich freilich nicht nach der subjektiven Einschätzung der Behörde oder des Rechtsschutzsuchenden. Vielmehr ist auf einen **objektivierten Beurteilungsmaßstab** abzustellen.“ (BVerwG aaO)

## bb) Maßstab für Zwecklosigkeit

### (1) Hilfsweise Einlassung zur Sache

Der Zweck des Vorverfahrens könnte schon deshalb nicht mehr erreichbar sein, weil sich die Beklagte Hilfsweise zur Sache eingelassen hat.

Dies wird teilweise angekommen (vgl. BVerwG - Buchholz 232 § 42 BBG Nr. 14; BVerwG NVwZ 1984, 507; 1986, 374), aber auch teilweise abgelehnt (vgl. BVerwG - Buchholz 310 § 68 VwGO Nr. 35). Das BVerwG lässt diese Frage in seiner Entscheidung jedoch offen.

### (2) Verbindliche Weisung der Aufsichtsbehörde

„Die vom Gesetz normierten Zwecke eines Vorverfahrens können unabhängig von der subjektiven Einschätzung der Prozessbeteiligten objektiv jedenfalls dann nicht (mehr) erreicht werden, wenn die Behörde durch die **zuständige Aufsichtsbehörde zu ihrer Entscheidung verbindlich angewiesen worden** ist. Denn im Rahmen eines (nachgeholten) Widerspruchsverfahrens bestünde dann die in § 72 VwGO vorgesehene Abhilfemöglichkeit nicht mehr, so dass angesichts der rechtlichen Bindung der Behörde durch die aufsichtsbehördliche Weisung die von §§ 68 ff. VwGO bezweckte **„Selbstkontrolle der Verwaltung“** (durch die Widerspruchsbehörde) **nicht mehr erreichbar** wäre. Damit könnte das Widerspruchsverfahren auch nicht mehr den weiteren normativen Zweck erfüllen, für den Rechtsuchenden eine gegenüber der gerichtlichen Kontrolle zeitlich vorgelagerte und ggf. erweiterte Rechtsschutzmöglichkeit zu eröffnen. Angesichts der rechtlichen Bindung der Widerspruchsbehörde wäre auch der mit dem Widerspruchsverfahren intendierte dritte normative Zweck nicht mehr erreichbar, die Gerichte zu entlasten (”Filterwirkung”).“ (BVerwG aaO)

## d) keine Änderung der Rechtsprechung

„Der **Senat hält** daher nach erneuter Prüfung der Sach- und **Rechtslage an der bisherigen Rechtsprechung fest**, wonach ein Widerspruchsverfahren nach § 68 VwGO ausnahmsweise dann entbehrlich ist, wenn dessen Zweck bereits Rechnung getragen ist oder der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden kann. Dies gilt **jedenfalls dann**, wenn die **Ausgangsbehörde** - wie hier nach § 73 I 2 Nr. 3 VwGO - **zugleich Widerspruchsbehörde** ist und den in Rede stehenden Bescheid aufgrund einer sie **bindenden Weisung der (Rechts-)Aufsichtsbehörde** erlassen hat, so dass sie bei Fortbestehen der Weisung den Ausgangsbescheid in einem Widerspruchsverfahren ohnehin nicht mehr ändern könnte.“ (BVerwG aaO)

## 4. Anwendung auf den Fall

Das Vorverfahren ist danach im vorliegenden Fall entbehrlich, wenn die Beklagte durch eine verbindliche Weisung der Aufsichtsbehörde bei ihrer Entscheidung gebunden war.

„Das Finanzministerium des Landes Baden-Württemberg ist Rechtsaufsichtsbehörde der beklagten Steuerberaterkammer und hat diese nach § 88 III 1 StBerG zur mit dem Bescheid vom 11.11. 2005 dann auch erfolgten Festsetzung der angemessenen Abwicklervergütung angewiesen. Hieran war die Beklagte gebunden.“

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs enthält das Schreiben des Finanzministeriums eine verbindliche Vorgabe allerdings **nicht nur bezüglich der Verpflichtung** der Beklagten, überhaupt eine Vergütung festzusetzen, sondern **auch** bezogen auf die umstrittene **Höhe der angemessenen Vergütung**. In dem Schreiben wird ausgeführt, dass es "im vorliegenden Fall", also konkret bezogen auf die bestehenden Meinungsverschiedenheiten zwischen der Klägerin und der Beklagten, angemessen erscheine, die **Durchschnittsvergütung eines angestellten Steuerberaters** als "Maßstab für die Abwicklervergütung" heranzuziehen. Im anschließenden Schlussabsatz des Schreibens weist dann das Ministerium die Beklagte ausdrücklich an, "unter Beachtung der vorstehenden Kriterien die Abwicklervergütung festzusetzen". Für die objektive Erkennbarkeit des - auch auf den Maßstab für die Abwicklervergütung bezogenen - Weisungscharakters des Schreibens des Finanzministeriums ist **nicht entscheidend**, dass es **keine präzise Festlegung auf einen bestimmten ziffernmäßigen Festsetzungsbetrag** hinsichtlich der Vergütung enthielt. Das Finanzministerium gab der Beklagten einen handhabbaren Berechnungsmaßstab an die Hand, den die Beklagte dann auch ihrem Festsetzungsbescheid vom 11.11.2005 zugrunde legte.“ (BVerwG aaO)

**Ergebnis:** Das Vorverfahren war entbehrlich, die Klage ist zulässig.

VwGO

**Kosten der Ersatzvornahme**

VwGO

§ 80 II 1 Nr. 4

**Anordnung der sofortigen Vollziehung für Kostenbescheid**

(OVG Münster in DÖV 2010, 1032; Beschluss vom 06.07.2010 - 13 B 663/10 )

1. Die Kosten der Ersatzvornahme fallen nicht unter § 80 I 1 Nr. 1 VwGO, so dass ein Wegfall des Suspensiveffekts nur bei Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 I 1 Nr. 4 VwGO möglich ist.
2. Fiskalische Interessen können (nur) ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Umstände ein besonderes öffentliches Interesse an der Anordnung der sofortigen Vollziehung von Kostenbescheiden begründen.
3. Die Sicherung von Zinsvorteilen oder die allgemeine Mittelknappheit sind als solche Umstände nicht anzuerkennen.
4. Ein besonderes Vollzugsinteresse besteht, wenn die **Verwirklichung des Kostenerstattungsanspruchs** erst nach rechtskräftigem Abschluss des Hauptsacheverfahrens **ernsthaft gefährdet** erscheint.
5. Auch **Deckungsprobleme** wegen der durch die Ersatzvornahmekosten verursachten, **nicht vorhersehbaren und nicht auffangbaren Belastung des Haushaltsplanes** können ein besonderes Vollzugsinteresse begründen.

**Fall:** Der Antragsteller bewohnt mit seiner Mutter ein Reihenhaus in der kreisfreien Stadt D in NRW. Aufgrund einer anonymen Information des Ordnungsamtes über die katastrophalen hygienischen Zustände im Haus und auf dem Grundstück wird dort nach dem Infektionsschutzgesetz eine Kontrolle durchgeführt. Dabei wird, durch Lichtbilder dokumentiert, der Befall des Reihenhauses nebst Grünanlagen mit erheblichen Mengen von Krankheiten übertragendem Ungeziefer und großen Ansammlung von verrotteten, als Brutstätte für weiteres Ungeziefer dienenden Lebensmitteln festgestellt. Daraufhin hat der zuständige Antragsgegner im Wege der Ersatzvornahme den Unrat beseitigt und das Ungeziefer bekämpft, da der Antragsteller nicht einsichtig war. Hierdurch sind Kosten in Höhe von mehr als 47.000 € entstanden. Diese Kosten macht der Antragsteller mit Kostenbescheid vom 09.02.2010 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung geltend. Die sofortige Vollziehung wird damit begründet, dass durch die hohen Kosten, die bei der durchgeführten Ersatzvornahme angefallen sind - nach seinen unwidersprochenen Angaben - der haushaltsmäßig vorgesehenen Jahresansatz für solche Maßnahmen um ein Vielfaches überschritten wird. Der insofern durch die Ersatzvornahme ausgelöste Finanzbedarf sei durch die in der Haushaltsplanung für Aufwendungen im Bereich des Infektionsschutzes vorgesehenen Mittel nicht zu decken. Zudem habe der Antragsgegner noch mehrere Garagen, in denen ebenfalls Müll und Unrat lagere, so dass weitere Kosten absehbar seien. Der Antragsteller beantragt bei zuständigen VG, die aufschiebende Wirkung seiner Klage – die er fristgerecht eingelegt hat – wiederherzustellen. Wird der zulässige Antrag Erfolg haben?

Der Antrag wird Erfolg haben und das VG die aufschiebende Wirkung wiederherstellen, wenn die Anordnung der sofortigen Wirkung rechtmäßig ist.

**I. Rechtsgrundlage / formelle Voraussetzungen**

Rechtsgrundlage für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist § 80 II 1 Nr. 4 VwGO. Der Antragsgegner war als Vollstreckungsbehörde auch zuständig für den Kostenbescheid. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung wurde nach § 80 III VwGO schriftlich begründet, so dass auch die formellen Voraussetzungen eingehalten sind.

**II. materielle Voraussetzungen**

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung setzt voraus, dass ein besonderes öffentliches Interesse an der Aufhebung des Suspensiveffekts besteht. Dieses Interesse wiederum kann überhaupt nur dann gegeben sein, wenn sich der Verwaltungsakt, der für sofort vollziehbar erklärt wurde, nach summarischer Prüfung als rechtmäßig erweist.

**1. Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides**

Der Bescheid über die Heranziehung des Antragsgegners zu den Kosten der Ersatzvornahme müsse von der zuständigen Behörde unter Einhaltung der formellen und materiellen Voraussetzungen ergangen sein.

**Rechtsgrundlage** für den Kostenbescheid ist § 20 II 2 Nr. 7 VO VwVG NRW i.V.m. den §§ 77 I, 55 II, 57 I Nr. 1, 59 VwVG NRW. Der Antragsgegner war als die Behörde, welche die Ersatzvornahme durchgeführt hat, auch für den Kostenbescheid zuständig, der

in formell rechtmäßiger Weise ergangen ist. Fraglich ist jedoch, ob die Ersatzvornahme selbst zu Recht erfolgt ist.

Die Ersatzvornahme ohne vorhergehende Ordnungsverfügung **im Wege des Sofortvollzuges** erfolgt. Dies setzt nach § 55 II VwVG NRW das Vorliegen einer **gegenwärtigen Gefahr** voraus.

*„Ausweislich der im Rahmen der Räumungsmaßnahmen gefertigten Lichtbilder, die auf einer bei den Verwaltungsvorgängen befindlichen CD gespeichert sind, dürfte sogar vom Vorliegen einer **gegenwärtigen erheblichen Gefahr** auszugehen gewesen sein. Eine gegenwärtige Gefahr i. S. dieser Vorschrift ist eine Sachlage, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses schon begonnen hat oder bei der diese Einwirkung **mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit** umgehend bevorsteht. Eine erhebliche Gefahr ist eine Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut wie etwa das Leben oder die Gesundheit (Vgl. hierzu Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., § 13 Nr. 3, § 22 Nr. 2 a). Angesichts des auf den Lichtbildern dokumentierten Befalls des Reihenhauses nebst Grünanlagen mit erheblichen Mengen von Krankheiten übertragendem Ungeziefer und der hierauf dokumentierten großen Ansammlung von verrottenen, als Brutstätte für weiteres Ungeziefer dienenden Lebensmitteln war bereits eine **akute Gesundheitsgefahr** eingetreten und zwar nicht nur für die Gesundheit des **Antragstellers** und seiner **Mutter**, sondern auch für die der **unmittelbaren Nachbarschaft des Reihenhauses**.“* (OVG Münster aaO)

Allerdings könnte der Rechtmäßigkeit Art. 13 I GG entgegenstehen, da keine richterliche Durchsuchungsanordnung für das Reihenhaus vorlag.

*„Die am 10.09.2009 ergangene mündliche Ordnungsverfügung (oder die bei der Durchführung der Ersatzvornahme im Wege des Sofortvollzugs zu unterstellende „fiktive“ Grundverfügung) war auf § 16 IfSG gestützt. Bei § 16 II 1, 2 IfSG handelt es sich um eine **auf der Grundlage des Art. 13 VII 7 GG geschaffene Eingriffsermächtigung**.“* (OVG Münster aaO)

Dem Richtervorbehalt des Art. 13 II GG unterliegen nur Durchsuchungen der Wohnung.

*„Um eine „Durchsuchung“ handelte es sich aber bei der vom Antragsgegner durchgeführten Maßnahme nicht. **Durchsuchung** i.S.v. Art. 13 II GG ist das **zielgerichtete** Suchen nach Personen oder Sachen oder **zur Ermittlung eines Sachverhalts**, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will. Durchsuchungen sind demnach **Mittel zum Auffinden und Ergreifen** einer Person, zum Auffinden, Sicherstellen oder zur Beschlagnahme einer Sache oder zur Verfolgung von Spuren (vgl. BVerfGE 75, 318 ff. m.w.N.; s. auch OVG NRW, Beschluss vom 04.11.2008 13 E 1290/08 -, juris m.w.N.; Fink, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 13 Rn 12).*

*Auf eine Durchsuchung zielte die durchgeführte Ersatzvornahme nicht ab. Sie diene vielmehr der **Beseitigung der gegenwärtigen erheblichen Gefahr für die Gesundheit** des Antragstellers, dessen Mutter sowie deren Nachbarschaft und nicht dem Auffinden, Sicherstellen oder zur Beschlagnahme von in dem Haus befindlichen Sachen oder zur Verfolgung von Spuren.*

*Die in Art. 13 III, IV GG angeordneten Richtervorbehalte erfassen den vorliegenden Fall offensichtlich ebenfalls nicht.“* (OVG Münster aaO)

Es bedurfte daher auch keiner richterlichen Durchsuchungsanordnung. Die durchgeführte Maßnahme ist nach summarischer Prüfung rechtmäßig.

## 2. Vorliegen eines besonderen Vollzugsinteresses

Da der Gesetzgeber den Eintritt des Suspensiveffekts in § 80 I VwGO als Regelfall ausgestaltet hat, kann dieser nur kraft gesetzlicher Anordnung oder bei Vorliegen eines besonderen Vollzugsinteresses entzogen werden.

### a) gesetzliche Fälle des Wegfalls der aufschiebenden Wirkung

In bestimmten Fällen hat der Gesetzgeber ein grundsätzlich bestehendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit anerkannt und diese in §§ 80 II 1 Nr. 1-3, 2, 80b VwGO geregelt. Der Suspensiveffekt der Klage des Antragstellers gegen den Kostenbescheid könnte schon nach diesen Vorschriften entfallen sein, so dass es auf die Voraussetzungen für Anordnung der sofortigen Vollziehung gar nicht ankommt. Es könnte § 80 II 1 Nr. 1 VwGO einschlägig sein, wonach der Suspensiveffekt bei der Anforderung öffentlichen Abgaben und Kosten entfällt.

#### aa) öffentliche Abgaben

*„Eine öffentliche Abgabe im Sinne dieser Vorschrift **steht nicht in Rede**. Hierunter sind neben **Steuern, Gebühren und Beiträgen** auch sonstige öffentlich-rechtliche Geldforderungen zu verstehen, die **von allen** - und nicht nur vom Antragsteller - erhoben werden, die einen **normativ bestimmten Tatbestand** erfüllen und zur **Deckung des Finanzbedarfs** des Hoheitsträgers für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben dienen. Die für den Wegfall des Suspensiveffekts tragende Erwägung fußt darauf, im Interesse der **Sicherung einer geordneten Haushaltsführung***

der öffentlichen Hand die Stetigkeit des Mittelflusses zu gewährleisten (vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO, § 80 Rn 112 ff. m.w.N.; Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/von Albedyll, aaO, § 80 Rn 24 ff. m.w.N.; Kopp/Schenke, aaO, § 80 Rn 57 ff.).“ (OVG Münster aaO)

### bb) öffentliche Kosten

„Die geforderte Geldleistung zählt auch **nicht zu den öffentlichen Kosten** i.S. dieser Vorschrift. Hierunter sind - nach Maßgabe der einschlägigen kostenrechtlichen Bestimmungen die in einem Verwaltungsverfahren **nach tariflichen Vorgaben** oder anderen leicht erkennbaren Merkmalen erhobenen (**Verwaltungs-)Gebühren** nebst den mit ihnen verbundenen **Auslagen** zu verstehen. Demgegenüber zählen hierzu **nicht die** - wie aber im Fall des Antragstellers - **durch die besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls geprägten Kostenerstattungsansprüche**, durch die die Behörde den Ersatz von finanziellen Aufwendungen fordert, mit denen sie der Sache nach für den Schuldner in Vorlage getreten ist (vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO, § 80 Rn 118 ff. m.w.N.; Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/von Albedyll, aaO, § 80 Rn 28 m.w.N.; Kopp/Schenke, aaO, § 80 Rn 62 m.w.N.).“ (OVG Münster aaO)

Die Ausnahmeregel des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO, nach der die Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten bereits kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist, greift für die in dem angefochtenen Leistungsbescheid geltend gemachte Geldforderung für die durchgeführte Ersatzvornahme nicht.

### b) besonderes Vollzugsinteresse

Es muss daher ein auf den Einzelfall bezogenes Interesse bestehen, dem Antragsteller den Suspensiveffekt zu entziehen.

„Fiskalische Interessen können (nur) ausnahmsweise ein besonderes öffentliches Interesse an der Anordnung der sofortigen Vollziehung von Kostenbescheiden begründen (vgl. i.d.S. Thür. OVG, Beschl. v. 12.03.2008 - 3 EO 283/07 -, juris Rn 15 und vom 14.02.2008 - 3 EO 837/07 -, juris Rn 10; Hess. VGH, Beschl. v. 12.01.1989 5 TH 4916/88 -, juris Rn 4; Hamb. OVG, Beschl. v. 15.12.1983 - Bs I 112/83 -, NVwZ 1984, 256; OVG NRW, Beschl. v. 29.11.1966 - VII 455/66 -, OVG 22, 307 (310, 311); OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 26.02.1965 2 D 3/65 - DÖV 1965, 674 (677); VG Neustadt, Beschl. v. 07.09.2009 3 L 736/09.NW -, juris Rn 8 u. 10; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Loseblattsammlung, 19. Ergänzungslieferung, § 80 Rn 156 m.w.N.; Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/von Albedyll, VwGO, Kommentar, 4. Aufl., § 80 Rn 44 m.w.N.; Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 16. Aufl., § 80 Rn 99 m.w.N.; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 80 Rn 88; Redeker/von Oertzen, VwGO, Kommentar, 14. Aufl., § 80 Rn 22 m.w.N.).“ (OVG Münster aaO)

#### aa) Sicherung einer ordnungsgemäßen Haushaltsführung

Da die Anforderung der Kosten der Ersatzvornahme nach den vorstehenden Ausführungen nicht unter § 80 I 1 Nr. 1 VwGO fällt, kann das besondere Interesse nicht in der **Sicherung einer ordnungsgemäßen Haushaltsführung** gesehen werden. Hätte der Gesetzgeber dies anerkennen wollen, wären die Kosten der Ersatzvornahme ebenfalls mitgeregelt worden (vgl. hierzu auch Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO, § 80 Rn 120 m.w.N.; Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/von Albedyll, aaO., § 80 Rn 29 m.w.N.; Kopp/Schenke, aaO., § 80 Rn 63 m.w.N.).

„Es bedarf vielmehr einer **über das bloße Haushaltsinteresse hinausgehenden, eigenständigen Rechtfertigung**, die sich auch nicht in dem Kostenerstattungsinteresse erschöpfen darf, das jedem Leistungsbescheid immanent ist und daher keine besondere Eilbedürftigkeit begründet (vgl. Hess. VGH, Beschl. v. 12.01.1989 5 TH 4916/88 -, aaO; OVG NRW, Beschl. v. 29.11.1966 - VII 455/66 -, aaO, 310; OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 26.02.1965 2 D 3/65 - aaO; VG Neustadt, Beschl. v. 07.09.2009 3 L 736/09.NW, aaO; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, aaO, § 80 Rn 156 m.w.N.; Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/von Albedyll, aaO, § 80 Rn 44 m.w.N.; Kopp/Schenke, aaO, § 80 Rn 99 m.w.N.).“ (OVG Münster aaO)

#### bb) Sicherung von Zinsvorteilen

Fraglich ist, ob das besondere Vollzugsinteresse an der sofortigen Vollziehung des Kostenerstattungsanspruchs nach einer Ersatzvornahme mit der Sicherung von Zinsvorteilen begründet werden kann.

„Ein solches über das Haushaltsinteresse hinausgehende Interesse wird regelmäßig **nicht anerkannt**, wenn nur das **bei allen Geldforderungen gleichermaßen bestehende Interesse** der Sicherung von **Zinsvorteilen** in Rede steht (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 18.01.1993 - 8 S 1023/92 - NVwZ-RR 1993, 392; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO, § 80 Rn 156 m.w.N.; Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/von Albedyll, aaO, § 80 Rn 44 m.w.N.; Kopp/Schenke, aaO, § 80 Rn 99 m.w.N.).“ (OVG Münster aaO)

**cc) allgemeine Mittelknappheit**

„Auch die allgemeine Mittelknappheit stellt **allein keinen besonderen Umstand** dar, der ausnahmsweise die Anordnung der Vollziehung eines Leistungsbescheids begründen könnte (vgl. i.d.S. Bay. VGH, Beschl. v. 26.05.1987 27 AS 87.00408 -, NVwZ 1988, 745; VG Leipzig, Beschl. v. 23.06.2003 - 2 K 873/03 - juris Rn 25).“ (OVG Münster aaO)

**dd) Vorliegen von Deckungsproblemen**

„Ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung eines Leistungsbescheids besteht, wenn im Falle einer durchzuführenden kostenintensiven Ersatzvornahme oder bei verauslagten Kosten für eine Ersatzvornahme **Deckungsprobleme etwa wegen haushaltsmäßig nicht ausreichend verfügbarer Mittel** auftreten können (vgl. i.d.S. Thür. OVG, Beschl. v. 12.03.2008 - 3 EO 283/07 -, aaO, Rn 15 u. 16 und v. 14.02.2008 - 3 EO 837/07 -, Rn 10; OVG Rh.- Pf., Beschl. v. 28.07.1998 - 1 B 11553/98 -, NVwZ-RR 1999, 27, 28).“ (OVG Münster aaO)

Fraglich ist, ob dies hier anzunehmen ist. Der Antragsgegner hat vor allem die hohen Kosten von über 47.000 € angeführt, die bei der durchgeführten Ersatzvornahme angefallen sind und die - nach seinen unwidersprochenen Angaben - den haushaltsmäßig vorgesehenen Jahresansatz für solche Maßnahmen um ein Vielfaches überschritten haben.

„Insofern dürfte der durch die Ersatzvornahme **ausgelöste Finanzbedarf** durch die in der **Haushaltsplanung** für Aufwendungen im Bereich des Infektionsschutzes **vorgesehenen Mittel nicht zu decken** sein. Es ist nicht ersichtlich oder dargetan, dass der Antragsgegner (bzw. der Rat der Stadt N.) diesen erhöhten Finanzbedarf bei der Haushaltsplanung hätte voraussehen und mit einplanen können. Angesichts der **(zusätzlich) geltend gemachten Mittelknappheit** erscheint es auch nicht ohne weiteres zumutbar, den Bedarf anderweitig durch Mittel aus dem Gesundheitsbudget oder anderen Budgets zu decken.“ (OVG Münster aaO)

Das besondere Vollzugsinteresse kann daher mit dem Vorliegen von Deckungsproblemen begründet werden.

**ee) Ernsthafte Gefährdung der Anspruchsverwirklichung**

„Ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung eines Leistungsbescheids besteht [auch], wenn dessen Verwirklichung erst (nach rechtskräftigem Abschluss des Hauptsacheverfahrens) ernsthaft gefährdet erscheint (vgl. Hess. VGH, Beschl. v. 12.01.1989 5 TH 4916/88 -, aaO; Bay. VGH, Beschl. v. 26.05.1987 - 27 AS 87.00408 -, aaO; VG Neustadt, Beschluss vom 07.09.2009 3 L 736/09.NW -, aaO; VG Leipzig, Beschl. v. 23.06.2003 - 2 K 873/03 - aaO).“ (OVG Münster aaO)

Der Antragsgegner hat auf (sechs oder sieben) weitere dem Antragsteller gehörende Garagen hingewiesen, die ebenfalls mit Müll und Unrat, darunter möglicherweise auch mit infektionsverursachenden Abfällen und umweltgefährdenden Stoffen, angefüllt sind.

„Aller Voraussicht nach muss der Antragsgegner (oder die untere Abfallwirtschaftsbehörde) auch wegen des ordnungswidrigen Zustands dieser Garagen gegen den Antragsteller - mangels dessen Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der Notwendigkeit der Beseitigung der von dem Zustand der Garagen ausgehenden Gefahren für ihn und die Allgemeinheit - einschreiten und ergehende Ordnungsverfügungen zwangsweise, **weitere Kosten verursachend**, durchsetzen. Auch wenn der Antragsgegner (oder die untere Abfallwirtschaftsbehörde) - anders als im Fall der Räumung des Hauses - wohl nicht im Wege des Sofortvollzugs wird einschreiten müssen, deshalb die **vor-aussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme vom Antragsteller im Vorhinein verlangen** und diese bei nicht fristgerechter Zahlung zwangsweise betreiben könnte (§ 59 Abs. 2 Satz 1 und 2 VwVG NRW), dürfte auch bei der Räumung und insbesondere der ordnungsgemäßen Entsorgung der in den Garagen befindlichen Abfälle ein weiterer nicht unwesentlicher Geldbetrag anfallen. Wenn der Antragsteller dann aber diesen **zusätzlichen nicht unbedeutlichen Betrag aufwenden** muss, dürfte die Verwirklichung des durch den Leistungsbescheid festgesetzten Geldbetrags in Höhe von mehr als 47.000,- € **wesentlich erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht** werden.“ (OVG Münster aaO)

Auch die ernsthafte Gefährdung der Anspruchsverwirklichung vermag daher das besondere Vollzugsinteresse zu rechtfertigen.

**Ergebnis:** Es besteht ein besonderes öffentliches Interesse am Sofortvollzug des Leistungsbescheids vom 09.02.2010, mit dem der Antragsgegner einen Betrag in Höhe von 47.926,02 € für die durchgeführte Ersatzvornahme festgesetzt hat. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist daher rechtmäßig, so dass der Antrag nicht begründet ist.

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 263

### Parteiwechselerklärung in der mündlichen Verhandlung

ZPO

(BGH in MDR 2010, 1341 = NZR 2010, 788; Urteil vom 17.09.2010 – V ZR 5/10)

Ein **Parteiwechsel** kann auch durch **Prozesserklärungen in der mündlichen Verhandlung** herbeigeführt werden.

*„Dem steht nicht entgegen, dass der darauf gerichtete Schriftsatz der Kl. den nunmehrigen Bekl. nicht zugestellt worden ist. Zwar ist die Zustellung grds. erforderlich, um die Rechtshängigkeit der Klage gegenüber den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft herbeizuführen, mit denen durch die Zustellung der Klage an die Gemeinschaft noch kein Prozessrechtsverhältnis begründet worden ist (vgl. nur BGH NJW 2010, 2132 = NZM 2010, 406 m.w. Nachw.).*

*Hier tritt jedoch die Besonderheit hinzu, dass der Prozessbevollmächtigte der Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem AG den angekündigten Antrag mit der Maßgabe gestellt hat, die Klage richte sich nunmehr gegen die übrigen Eigentümer. Darauf hat der Prozessbevollmächtigte der Wohnungseigentümergeinschaft zunächst erklärt, er vertrete auch die übrigen Wohnungseigentümer. Sodann hat er (nur) in deren Namen die Abweisung der Klage beantragt. Dies erhellte, dass er eine Sachentscheidung gegenüber den übrigen Wohnungseigentümern erstrebt und diese nicht von der vorherigen Zustellung des Schriftsatzes abhängig machen wolle. Damit ist der **Mangel der fehlenden Zustellung** jedenfalls **nach § 295 ZPO geheilt** (zu § 267 ZPO vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 267 Rn 4). Im Ergebnis gilt insoweit nichts anderes als bei einer nicht zugestellten Klage, deren Rechtshängigkeit ebenfalls im Termin zur mündlichen Verhandlung begründet werden kann (vgl. BGHZ 25, 66 = NJW 1957, 1517; BGH NJW 1984, 926; NJW 1972, 1374; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 253 Rn 26a). Schutzwürdige Belange der übrigen Wohnungseigentümer werden zudem deshalb nicht berührt, weil der Streitstoff identisch ist und die gegen die Wohnungseigentümergeinschaft erhobene Klage dem zur Unterrichtung der Wohnungseigentümer verpflichteten Verwalter zugestellt worden ist (vgl. BGH NJW 2010, 2132 = NZM 2010, 406 m.w. Nachw.).“ (BGH aaO)*

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO  
§ 522 I

### Berufungsverwerfungsbeschluss notwendiger Inhalt

ZPO

(BGH in MDR 2010, 1210; Urteil vom 14.06.2010 – II ZB 20/09)

Ein **Berufungsverwerfungsbeschluss**, der mit der Rechtsbeschwerde angegriffen werden kann, **muss den maßgeblichen Sachverhalt**, über den entschieden wird, **wiedergeben** und sowohl den **Streitgegenstand als auch die Anträge in beiden Instanzen erkennen lassen**.

*„Das Rechtsbeschwerdegericht hat grds. von dem Sachverhalt auszugehen, den das Berufungsgericht festgestellt hat (§ 577 II 1, 4, § 559 ZPO). Enthält der angefochtene Beschluss keine **tatsächlichen Feststellungen**, ist es **zu einer rechtlichen Überprüfung nicht in der Lage**. Dies gilt gerade auch dann, wenn das Berufungsgericht die Berufung verwirft, weil die Berufungssumme (§ 511 II Nr. 1 ZPO) nicht erreicht ist. Denn die Wertfestsetzung kann vom Rechtsbeschwerdegericht nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht die Grenzen des ihm von § 3 ZPO eingeräumten Ermessens überschritten oder rechtsfehlerhaft von ihm Gebrauch gemacht hat, was insbesondere dann der Fall sein kann, wenn das Berufungsgericht glaubhaft gemachte, bewertungsrelevante Tatsachen außer Acht gelassen oder nicht umfassend berücksichtigt hat.“ (BGH aaO)*

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

ZPO  
§ 340

### Prozessbevollmächtigter

ZPO

zulässige Verwendung der „Ich-Form“ in Einspruchsschriftsatz

(BGH in MDR 2010, 1482 = NJW 2010, 3779; Urteil vom 05.10.2010 – VI ZR 257/08)

Allein die **Verwendung der „Ich-Form“** in dem **Einspruchsschriftsatz** eines Rechtsanwalts lässt **grds. keine Zweifel** daran aufkommen, **dass der Rechtsanwalt in seiner Eigenschaft als Prozessbevollmächtigter** seiner Partei für diese den **Einspruch einlegen will**.

*„An der grds. geltenden **Vermutung**, dass ein Rechtsanwalt **im Zweifel prozessuale Erklärungen für seine Partei** abgeben will, ändert der Umstand nichts, dass er mit dem Rechtsmittel eine Entscheidung beseitigen will, die – wie hier die Kostenentscheidung – auch ihn selbst belastet. Dies gilt umso mehr, als die ihn beschwerende Kostenentscheidung im Streitfall auf demselben Gesichtspunkt beruht wie das seiner Partei in der Sache nachteilige Versäumnisurteil.*

*Das Argument, auch Rechtsanwälten könnten bei der Formulierung von Rechtsmitteln/Rechtsbehelfen Fehler unterlaufen, macht die Ausnahme zur Regel. **In der Regel ist aber davon auszugehen, dass ein Rechtsanwalt richtige Prozesserklärungen** – wie hier einen Einspruch für seine Partei gegen das Versäumnisurteil – **abgeben will**.*

*Etwas anderes lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass Rechtsanwalt mit Schriftsatz vom selben Tage einen Tatbestandsberichtigungsantrag in der „Wir-Form“ gestellt hat, denn dabei handelt es sich um floskelhafte Formulierungen eines Rechtsanwalts, die mehr unbewusst als bewusst verwendet werden (vgl. etwa BGH NJW 1996, 320 = VersR 1996, 251). Darüber hinaus wäre auch nicht ersichtlich, was der für die Partei gestellte Tatbestandsberichtigungsantrag für einen Sinn hätte haben sollen, wenn nicht zugleich auch für die Partei Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt werden sollte.“ (BGH aaO)*



ZPO  
§§ 415, 417, 286**Bindungswirkung eines Strafurteils  
im Zivilprozess**

ZPO

(OLG Zweibrücken in PraxisR 2010, 231; Urteil vom 01.07.2010 – 4 U 7/10)

Die in einem Strafurteil getroffenen Feststellungen können in einem späteren Zivilprozess durch Urkundenbeweis verwertet werden. Wegen der fehlenden Bindungswirkung des Strafurteils für die Zivilgerichte hat der Zivilrichter die vom Strafrichter getroffenen Feststellungen jedoch einer kritischen Überprüfung innerhalb der Beweiswürdigung zu unterziehen.

„Dem steht nicht entgegen, dass die in einem strafrichterlichen Urteil enthaltenen Feststellungen von Tatsachen für die zu derselben Frage erkennenden Zivilgerichte grundsätzlich nicht bindend sind (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 28. Aufl., §14 EGZPO Rn 2). Der im Regierungsentwurf des 1. Justizmodernisierungsgesetzes enthaltene § 415 a ZPO, wonach rechtskräftige Strafurteile den vollen Beweis der darin für erwiesen erachteten Tatsachen erbringen sollten, wurde nicht zum Gesetz. Die tatsächlichen Feststellungen in einem Strafurteil können aber im Rahmen der eigenen freien Beweiswürdigung und der Überzeugungsbildung des Zivilrichters i. S. von § 286 I ZPO Berücksichtigung finden, wobei das Urteil, wenn eine Partei sich zu Beweiszwecken darauf beruft, im Wege des Urkundenbeweises gem. §§ 415, 417 ZPO zu verwerten ist (vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 286 Rn 27, 29; OLG Zweibrücken MDR 2009, 1242 m. w. N.). Allerdings darf der Zivilrichter die vom Strafrichter getroffenen Feststellungen nicht ungeprüft übernehmen; er hat vielmehr die in der Beweisurkunde dargelegten Feststellungen einer eigenen kritischen Überprüfung zu unterziehen (vgl. BGH WM 1973, 560).“ (OLG Zweibrücken aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 24**Richterablehnung  
Nichtbekanntgabe der Religionszugehörigkeit**

StPO

(BayVGH in NVwZ 2011, 39; Beschluss vom 20.09.2010 – Vf 19-VII-09)

Ein Richterablehnungsgesuch, das sich darauf stützt, dass die Religionszugehörigkeit der Verfassungsrichter nicht bekannt gegeben wird, ist unzulässig.

„Die Zugehörigkeit eines (Verfassungs-)Richters zu einer gesellschaftlichen Gruppe, wie z. B. einer Religionsgemeinschaft, kann für sich allein niemals die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen. Ein so begründetes Ablehnungsgesuch wäre unzulässig. Grds. ist nämlich von der inneren Unabhängigkeit des Richters auszugehen. Von ihm wird erwartet, dass er auch in einer Situation, wie sie hier vorliegt, unvoreingenommen an die Beurteilung der Sache herantritt und die staatlichen Gesetze ohne Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zu einer religiösen oder weltanschaulichen Gemeinschaft anwendet (BayVerfGHE 53, 144 m. w. Nachw.).

Ein Ablehnungsgesuch kann in zulässiger Weise nicht damit begründet werden, dass hierüber keine Auskunft erteilt wird. Ebenso wenig können im Rahmen des Verfahrens zur Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch entsprechende Auskünfte über die Person eines Richters verlangt werden (OLG Koblenz NSTZ 1983, 470; Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, § 24 Rn 21).“ (BayVGH)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 140**Pflichtverteidiger  
nachträgliche Beordnung**

StPO

(LG Itzehoe in NSTZ 2011, 56; Beschluss vom 07.06.2010 – 1 Qs 95/10)

I. Grds. kommt nach Abschluss eines Strafverfahrens die nachträgliche Beordnung eines Verteidigers nicht mehr in Betracht.

„Denn Sinn und Zweck der Bestellung eines Pflichtverteidigers ist es, im öffentlichen Interesse dafür zu sorgen, dass ein Angekl. in Fällen, bei denen die Voraussetzungen des § 140 StPO vorliegen, einen rechtskundigen Beistand erhält, damit ein rechtsstaatliches Verfahren gewährleistet ist. Hierfür ist nach dem Abschluss eines Strafverfahrens kein Raum mehr (BGH NSTZ 1997, 299f.; KG StV 2007, 372 mwN). Dies gilt auch für den vorliegenden Fall einer Verfahrenseinstellung nach § 154 II StPO. Nach dem Wortlaut dieser Norm handelt es sich zwar um eine vorläufige Einstellung, der Sache nach ist damit aber eine endgültige Verfahrenseinstellung verbunden, durch die auch die gerichtliche Anhängigkeit beendet wird (vgl. Meyer-Goßner, 51. Aufl., § 154 Rn 17 mwN).“ (LG Itzehoe aaO)

II. Eine Ausnahme gilt nur bei Vorliegen besonderer Umstände, die insbes. dann vorliegt, wenn aufgrund von Umständen, die nicht in der Sphäre des Angekl. liegen, die Entscheidung über den Beordnungsantrag gänzlich unterblieben ist oder erst mit Verzögerung bearbeitet wurde.

„Nach Auffassung der Kammer ist allerdings unter besonderen Umständen eine Ausnahme von dem Grundsatz der Unzulässigkeit einer nachträglichen Beordnung zu machen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Antrag auf Beordnung rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens gestellt wurde, die Voraussetzungen für eine Beordnung gem. § 140 I, II StPO vorliegen und das Begehren auf Beordnung als Pflichtverteidiger in verfahrenfehlerhafter Weise behandelt wurde (so auch LG Hamburg StV 2005, 207; LG Saarbrücken StV 2005, 82; LG Potsdam StV 2005, 83; LG Berlin StV 2005, 83). Letzteres ist insbes. dann der Fall, wenn aufgrund von Umständen, die nicht in der Sphäre eines Angekl. liegen, die Entscheidung über den Antrag auf Beordnung gänzlich unterblieben ist oder erst mit Verzögerung bearbeitet wurde. Der Grund für diese ausnahmsweise Durchbrechung des oben genannten Grundsatzes ist darin zu sehen, dass einem Angekl. durch die nicht ordnungsgemäße Behandlung des Beordnungsantrags keine erheblichen Nachteile entstehen dürfen. Würde der Grundsatz der Unzulässigkeit einer nachträglichen Beordnung strikt durchgehalten, hätte dies zur Folge, dass ein mittelloser Angekl., dem eigentlich ein notwendiger Verteidiger beizuordnen wäre, in einer Hauptverhandlung ohne anwaltlichen Beistand wäre, da ein Rechtsanwalt verständlicherweise ohne Aussicht auf Vergütung (mangels finanzieller Mittel keine Bezahlung von Seiten des Mandanten, mangels Beordnung keine Vergütung durch die Staatskasse) nicht für einen Angekl. tätig werden wird. Einen Angekl. bzw. den ihn dennoch verteidigenden Rechtsanwalt darauf zu verweisen, in derartigen Fällen eine durchaus für sachge-



recht erachtete Verfahrensbeendigung – sei es durch Urteil oder Verfahrenseinstellung – vor einer Entscheidung über den Beordnungsantrag nach Möglichkeit zu verhindern, um überhaupt noch die Möglichkeit zu haben, dass über den Beordnungsantrag in der Sache entschieden wird, ist keine sinnvolle Lösung. Denn dies würde nur unnötige Kosten produzieren, die im Regelfall auch den Angekl. jedenfalls anteilig treffen würden.“ (LG Itzehoe aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 200 I

**Anklageschrift**  
**erforderliche Konkretisierungsangaben**

StPO

(OLG Oldenburg in StV 2010, 511; Beschluss vom 12.11.2009 – 1 Ss 192/09)

- I. Wird ein Angekl. einer Vielzahl von Fahrten ohne Fahrerlaubnis beschuldigt, deren Zeitpunkte sich aus den sichergestellten Tachoscheiben eindeutig ergeben, so entspricht die Anklageschrift nicht den **Konkretisierungsanforderungen des § 200 I StPO**, wenn nur die Anzahl von Fahrten pro Monat mitgeteilt wird.

„Der konkrete Anklagesatz [muss] die dem Angesch. zur Last gelegte Tat sowie Ort und Zeit ihrer Begehung mitteilen. Dabei muss die Tat als Lebensvorgang so beschrieben sein, dass praktisch unverwechselbar feststeht, welcher historische Sachverhalt Gegenstand des Verfahrens sein soll. Die Schilderung muss umso konkreter sein, je größer die allgemeine Möglichkeit besteht, dass der Angeschuldigte verwechselbare weitere Straftaten gleicher Art verübt hat (Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 200 Rn 7 m. w. Nw.). Bei einer Serie von Straftaten muss zunächst versucht werden, die einzelnen Taten nach konkreten Tatbildern zu beschreiben (OLG Köln VRS 90, 288; Meyer-Goßner aaO, § 200 Rn 9).

Diesen Anforderungen genügt die vorliegende Anklageschrift nicht: Dem Angekl. wird vorgeworfen, im Zeitraum vom 01.08.2007 bis zum 29.02.2008 in insgesamt 157 Fällen ohne die erforderliche Fahrerlaubnis gefahren zu sein. Weiter wird ausgeführt, der Angekl. habe sich als Lkw Fahrer einstellen lassen. In der ersten Woche sei er mit dem Lkw im öffentlichen Straßenverkehr gefahren. Im Einzelnen sei es im August 2007 zu 27 Fahrten, im September 2007 zu 25 Fahrten, im Oktober 2007 zu 24 Fahrten, im November 2007 zu 24 Fahrten, im Dezember 2007 zu 19 Fahrten, im Januar 2008 zu 20 Fahrten und im Februar 2008 zu 18 Fahrten gekommen. Mit dieser allgemeinen Schilderung wird eine Individualisierung der einzelnen zueinander in Realkonkurrenz stehenden Taten nicht erreicht. Es ist nicht erkennbar, an welchen Tagen in den genannten Monaten der Angeklagte zu welcher Zeit die jeweiligen Straftaten begangen hat bzw. ob er möglicherweise sogar mehrere Straftaten an einem Tag begangen hat. Auch ist nicht ersichtlich, welche Fahrtstrecken der Angeklagte mit welchem Lkw absolvierte.“ (OLG Oldenburg aaO)

- II. Ein solcher **Mangel kann auch nicht durch einen rechtlichen Hinweis des Gerichts geheilt werden**, der die einzelnen Fahrtdaten enthält.

„Eine solche **nachträgliche Heilung** der den Tatvorwurf nicht hinreichend umgrenzenden und durch den Eröffnungsbeschluss unverändert zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklage **ist jedoch nach der überwiegenden Ansicht in Rspr. und Lit. ausgeschlossen** (OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 109; OLG Schleswig NStZ-RR 1996, 111; Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 200 Rn 88; Karlsruher Kommentar, StPO, 6. Aufl., § 200 Rn 32; a. A. OLG Karlsruhe NStZ 1993, 147; Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., § 200 Rn 26). So **muss der Angesch. schon vor der Eröffnungsentscheidung Gelegenheit erhalten, umfassend informiert zu werden**, um eventuell seine Gründe darlegen zu können, warum das Hauptverfahren nicht eröffnet werden darf. Darüber hinaus hat die Staatsanwaltschaft nach dem Anklagegrundsatz des § 151 StPO vor Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens die Voraussetzungen einer wirksamen Anklage zu schaffen. Eine Verschiebung der Mängelbeseitigung vom Zwischenverfahren in das Hauptverfahren würde zu einer den **zwingenden Erfordernissen des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs** zuwiderlaufenden **Aushöhlung des § 200 StPO** führen (OLG Schleswig aaO; OLG Düsseldorf aaO). Die Konkretisierung der Anklagevorwürfe hat sich auch nicht erst im Rahmen der Hauptverhandlung ergeben (insoweit differenzierend für die Fälle des sexuellen Missbrauchs an Kindern BGHSt 40, 44; BGHSt 40, 153). Vielmehr wäre der Staatsanwaltschaft die Präzisierung der Anklage aufgrund der vorliegenden Tachoscheiben ohne weiteres von Beginn an möglich gewesen.“ (OLG Oldenburg aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

NWVwVfG  
§ 14 I 4

**Widerruf einer Vollmacht**  
**Form**

VwVfG

(OVG Münster in NJW 2010, 3179; Beschluss vom 09.08.2010 – 18 B 742/10)

Die nach § 14 I 4 NWVwVfG gegenüber der Behörde abzugebende **Erklärung des Widerrufs einer Vollmacht bedarf keiner bestimmten Form**. Mit Blick auf den Zweck von § 14 I 4 NWVwVfG ist jedoch erforderlich, dass die Beendigung des Vollmachtsverhältnisses der Behörde mit der notwendigen Eindeutigkeit mitgeteilt wird.

„Der **Widerruf der Vollmacht wird der Behörde gegenüber erst wirksam, wenn er ihr zugeht**. Die **Einhaltung einer bestimmten Form** für die Erklärung gegenüber der Behörde ist **nicht erforderlich**. Sie kann schriftlich, mündlich oder auch nur durch konkludentes Handeln erfolgen. Mit Blick auf den **Zweck von § 14 I 4 NWVwVfG, Rechtssicherheit zu schaffen**, ist jedoch erforderlich, dass die Beendigung des Vollmachtsverhältnisses der Behörde mit der notwendigen Eindeutigkeit mitgeteilt wird.“ (OVG Münster aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 40 I 1

**Rechtsweg**  
**Anfechtung eines Hausverbots für JobCenter**

VwGO

(VG Berlin in NVwZ-RR 2010, 783; Urteil vom 15.03.2010 – 34 K 78/09)

Für die **Anfechtung eines Hausverbots**, das für ein Gebäude des JobCenters ausgesprochen wurde, ist der **Verwaltungsrechtsweg** gem. § 40 O 1 VwGO gegeben.



„Bei Streitsachen, die für Liegenschaften eines JobCenters bzw. einer sog. ARGE ausgesprochene Hausverbote betreffen, [handelt es sich] um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, die nicht durch Bundesgesetz ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen sind.

Dem öffentlich-rechtlichen Bereich und nicht dem Privatrecht sind **behördliche Hausverbote** zuzuordnen, wenn sie angeordnet werden, um den **störungsfreien Ablauf des Dienstbetriebs** und die **gedeihliche Abwicklung der Dienstgeschäfte sicherzustellen** (vgl. bereits: BezVG Berlin-Zehlendorf NJW 1950, 395). Dagegen gerichtete Klagen sind ohne Berücksichtigung der Art der betr. Dienstgeschäfte in jedem Fall bei den Verwaltungsgerichten anhängig zu machen; der Rechtsweg zu den Sozial- oder Finanzgerichten ist nicht gegeben.

**Bestimmend für den eröffneten Rechtsweg ist die Natur des Rechtsverhältnisses**, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (vgl. GmS-OGB NJW 1974, 2087). Danach ist in Streitsachen der vorliegenden Art maßgebend darauf abzustellen, dass sich die behördliche Anordnung eines Hausverbots als Betätigung bzw. Ausübung des (allgemeinen) Hausrechts oder der (allg.) Ordnungsgewalt durch den jeweiligen Behördenleiter – hier des Geschäftsführers des JobCenters (vgl. § 44b SGB II) – und nicht als eine einem (konkreten) Verwaltungsverfahren – hier der Leistungsgewährung nach dem SGB II – zuzuordnende Verfahrenshandlung darstellt (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 1991, 35 = DVBl 1991, 495; Ronellenfisch VerwArch 1973, 465 – zum Hausrecht der Behörden; a.A.: BSG SozR 4 – 0000).“ (VG Berlin aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§§ 42 I, 58 I

**Verpflichtungsklage**  
**erforderlicher Inhalt der Rechtsbehelfsbelehrung**  
(OVG Lüneburg in DVBl 2010, 1187; Beschluss vom 26.07.2010 – 4 LA 373/08)

VwGO

Bei einer **Verpflichtungsklage** gehören **Angaben dazu, gegen welche Entscheidung welcher Rechtsbehelf gegeben ist, nicht zum notwendigen Inhalt einer Rechtsbehelfsbelehrung**.

„In der Rspr. und der Lit. wird zwar vereinzelt die Auffassung vertreten, dass zum notwendigen Inhalt einer Rechtsbehelfsbelehrung auch Angaben dazu gehören, gegen welche Entscheidung welcher Rechtsbehelf gegeben sei (vgl. Redeker/von Oertzen, VwGO, 12. Aufl., § 58 Rn 5; Bay. VGH NVwZ 1987, 901).

Dieser Auffassung ist aber schon entgegen zu halten, dass unter einer Belehrung „über den Rechtsbehelf“, die § 58 I VwGO vorschreibt, eine **Belehrung über die Art des Rechtsbehelfs** (vgl. dazu BVerwGE 50, 248 m. w. N.) **und nicht (auch) eine solche über den Gegenstand des Rechtsbehelfs** zu verstehen ist. Abgesehen davon kann die Rechtsauffassung, dass zum notwendigen Inhalt einer Rechtsbehelfsbelehrung auch Angaben dazu gehören, gegen welche Entscheidung der Rechtsbehelf gegeben sei, ohnehin allenfalls bei einer Anfechtungsklage, die nach § 42 I VwGO auf die Aufhebung eines bestimmten Verwaltungsakts gerichtet ist, ernsthaft in Erwägung gezogen werden.

Im vorliegenden Fall war indessen keine Anfechtungs-, sondern eine Verpflichtungsklage zu erheben. Bei einer Verpflichtungsklage, mit der nach § 42 I VwGO die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts begehrt wird, ergäbe eine Belehrung darüber, gegen welchen Verwaltungsakt die Klage zu richten ist, jedoch keinen Sinn. Dass im vorliegenden Fall sowohl ein den begehrten Verwaltungsakt versagender Bescheid als auch ein den Widerspruch des Kl. zurückweisender Widerspruchsbescheid ergangen ist, ändert daran nichts, weil auch in einem solchen Fall kein gesonderter Anfechtungs- bzw. Aufhebungsantrag erforderlich ist. Die Verpflichtung des Bekl. zum Erlass des begünstigenden Verwaltungsakts setzt stets voraus, dass der dem begünstigenden Verwaltungsakt entgegenstehende Ablehnungsbescheid aufgehoben wird (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., § 42 Rn 29). Daher schließt das Leistungsbegehren der Verpflichtungsklage die Anfechtung der Leistungsversagung grds. mit ein (BVerwGE 51, 15). Folglich erübrigt sich bei einer Verpflichtungsklage ein gesonderter Anfechtungs- bzw. Aufhebungsantrag (Kopp/Schenke, § 42 Rn. 29; Posser/Wolff, VwGO, § 42 Rn 57; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 Rn 96; SoDan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl., § 42 Rn 32). Mithin **bedarf es jedenfalls in den Fällen einer Verpflichtungsklage keiner Belehrung darüber, gegen welche Entscheidung Klage zu erheben ist.**“ (OVG Lüneburg aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 124a

**Berufungszulassungsantrag**  
**Verfassen der Begründung durch Mandanten**  
(VGH Mannheim in NJW 2010, 3386; Beschluss vom 30.06.2010 – 12 S 1184/10)

VwGO

Eine **von einem Rechtsanwalt unterschriebene Begründung eines Antrags auf Zulassung der Berufung, deren Inhalt jedoch nahezu ausschließlich von dessen Mandanten verfasst worden ist, genügt nicht den Anforderungen des § 124a VwGO**.

„Die sich aus § 67 IV VwGO ergebende Vertretungspflicht hat für alle Prozesshandlungen Geltung und umfasst daher nicht nur Sachanträge, sondern auch alle Darlegungen der Beteiligten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Der **Vertretungszwang** dient dem **Schutz des Vertretenen** sowie dem **Interesse an einer geordneten Rechtspflege**, insbes. einem geordneten Gang des Verfahrens, dessen Vereinfachung, Beschleunigung und Sachlichkeit. Der Vertretungszwang fördert damit eine sachkundige Erörterung des Streitfalls, vor allem im Hinblick auf die entscheidungserheblichen Rechtsfragen. Nicht nur von nicht vertretenen Beteiligten gestellte Anträge, sondern auch deren Ausführungen tatsächlicher oder rechtlicher Art sind danach rechtlich unbeachtlich (Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., § 67 Rn 28, 32; VGH Mannheim NVwZ 1999, 429 = VBIBW 1999, 260).

Aus dem **Zweck des Vertretungszwangs** folgt indes, dass der Bevollmächtigte sich die von ihm vorgetragene Ausführungen zu eigen gemacht hat und erkennen lässt, dass er in eigener Person eine Prüfung und Sichtung sowie eine rechtliche Durchdringung des Streitstoffs vorgenommen hat. Deshalb ist etwa eine unzulässige Umgehung von § 67 IV VwGO gegeben, wenn seitens eines postulationsfähigen Prozessvertreters pauschal auf Schriftsätze, die der von ihm vertretene Beteiligte oder ein Dritter verfasst hat, Bezug genommen oder dessen Inhalt unbesehen übernommen wird (Kopp/Schenke, § 67 Rn 40). Die Begründung eines Antrags auf Zulassung der Berufung, welche keine Sichtung und rechtliche Durchdringung des Streitstoffs hinsichtlich von Zulassungsgründen durch den Rechtsanwalt, der sie unterzeichnet hat, erkennen lässt, genügt daher nicht den gesetzlichen Anforderungen (vgl. zur Begründung einer Nichtzulassungsbeschwerde BVerwG Buchholz 310 § 67 VwGO Nr. 81). Die bloße Vorlage eines von einem



Rechtsanwalt unterzeichneten, sonst aber unveränderten Schreibens seiner Partei genügt jedenfalls dann nicht, wenn der Rechtsanwalt selbst eine eigene Prüfung nicht vorgenommen hat (vgl. zur Begründung einer Revision BVerwGE 22, 38). Der Sinn des Vertretungszwangs, die Rechtsmittelführung im Interesse der Rechtspflege in die Hände insbesondere eines Rechtsanwalts oder eines Rechtslehrers an einer deutschen Hochschule zu legen, wird verfehlt, wenn der Rechtsanwalt sich allein darauf beschränkt, die Ausführungen seines Mandanten zu unterschreiben (vgl. BFH/NV 1996, 175; BFH/NV 1986, 628 und BFH/NV 1992, 686; VGH München BayVBl 1999, 543; OVG Lüneburg NJW 2003, 3503; VGH Mannheim NVwZ 1999, 429 = VBIBW 1999, 260; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 18. Aufl., § 67 Rn 75). So soll **durch den Vertretungszwang etwa gewährleistet werden, dass die Zulassungsschrift eine substantiierte, dem Zulassungsgericht die Durcharbeit der Prozessakten weitgehend ersparende Darlegung der Tatsachen enthält, aus denen sich ein Zulassungsgrund i.S. von § 124 II VwGO schlüssig ergibt. Durch den sachgerechten Vortrag eines sachkundigen Prozessbevollmächtigten soll das Zulassungsgericht in die Lage versetzt werden, sich schnell und einfach über den Streitstoff zu unterrichten** (vgl. VGH Mannheim NVwZ 1999, 429 = VBIBW 1999, 260).“ (VGH Mannheim aaO)

- ZA 01/11 -

Juristischer Verlag Juridicus

GG

### Individualverfassungsbeschwerde unzulässig bei Landtagswahlen

GG

Art. 38 I 1, 19 IV

(BVerfG in NVwZ-RR 2010, 945; Beschluss vom 18.10.2010 – 2 BvR 2174/10)

Eine Individualverfassungsbeschwerde, die das Wahlprüfungsverfahren bzgl. einer Landtagswahl zum Gegenstand hat, ist **unzulässig, weil Art. 19 IV GG** insofern **keinen subjektiven verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz** durch das BVerfG verbürgt.

Während **bei Bundestagswahlen die Verletzung der Wahlrechtsgrundsätze** des Art. 38 I 1 GG **im Wege einer Verfassungsbeschwerde** gerügt werden kann, **fehlt eine vergleichbare Gewährleistung**, wenn es um die Durchsetzung dieser Grundsätze bei allgemeinen politischen Wahlen und Abstimmungen i.S. von Art. 20 II 2 GG **auf der Ebene der Länder** geht (vgl. BVerfGE 99, 1 = NJW 1999, 43 = NVwZ 1999, 173; BVerfG NVwZ 2009, 776).

- I. **Art. 38 GG erfasst** unmittelbar **nur die Wahlen zum Deutschen Bundestag**, eine **analoge Anwendung auf Wahlen in den Ländern scheidet** mit Rücksicht auf die selbstständigen Verfassungsräume von Bund und Ländern aus.

„Zwar verlangt Art. 28 I 2 GG, dass die Grundsätze der allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahl auch bei politischen Wahlen in den Ländern gelten. Die Länder haben diesem Verfassungsgebot bei der Regelung des Wahlrechts zu ihren Länderparlamenten und auf kommunaler Ebene zu genügen. Dem Einzelnen vermittelt Art. 28 I 2 GG jedoch keine mit der Verfassungsbeschwerde rügefähige subjektive Rechtsposition. Im Anwendungsbereich von Art. 28 I 2, 38 I 1 GG scheidet auch ein Rückgriff auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG aus (vgl. BVerfGE 99, 1 = NJW 1999, 43 = NVwZ 1999, 173).“ (BVerfG aaO)

- II. Die **Länder gewährleisten den subjektivrechtlichen Schutz des Wahlrechts** bei politischen Wahlen in ihrem Verfassungsraum **allein und abschließend** (vgl. BVerfGE 99, 1 = NJW 1999, 43 = NVwZ 1999, 173; BVerfG NVwZ 2009, 776).

„Den Bf. stand im Hinblick auf die von ihnen geltend gemachte Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl ein Rechtsweg zur Verfügung. Das Wahlprüfungsverfahren auf Landesebene ist – den Vorgaben des Homogenitätsprinzips in Art. 28 I GG entsprechend – gem. § 43 I und II SchlHWahlG zweistufig ausgestaltet und sieht nach dem Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl eine Beschwerde zum Landesverfassungsgericht gegen die Entscheidung des Landtages vor (vgl. BVerfGE 99, 1 = NJW 1999, 43 = NVwZ 1999, 173). Ein **Mehr ist von Verfassungs wegen nicht geboten**, weil Art. 19 IV GG keinen subjektiven verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz durch das BVerfG verbürgt (vgl. BVerfGE 99, 1 = NJW 1999, 43 = NVwZ 1999, 173).“ (BVerfG aaO)



## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. Foerste: Die Zustellung der Prozessbürgschaft (NJW 2010, 3611)

Zur Prozesssicherheit wird die Bankbürgschaft erst, wenn sie dem Sicherungsberechtigten zugegangen ist (§ 130 I BGB); um dies zuverlässig nachweisen zu können, empfiehlt sich eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher (§ 132 BGB), vielleicht auch Zustellung von Anwalt zu Anwalt. - Für beide Wege ist nach herrschender Ansicht ausreichend, dass der Berechtigte eine (vom Gerichtsvollzieher bzw. Anwalt) **beglaubigte Abschrift der Bürgschaftsurkunde** erhält; dies gefährdet jedoch die heute verlangte Schriftform der Bürgschaft (§ 108 I 2 ZPO) und damit auch den Nachweis der Sicherheitsleistung. - Entgegen verbreiteter Ansicht bietet die in § 108 I 2 ZPO angeordnete Schriftform, dass Bürgschaftsurkunden dem Sicherungsberechtigten stets in Urschrift oder in formgerechter Zweitschrift zugestellt werden; **Verstöße hindern** zwar dank § 350 HGB kaum einmal das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags, wohl aber **den Nachweis der Sicherheitsleistung** (§ 751 II ZPO).

#### 2. Klas/Kleesiek: Die Problematik der „Kettengewährleistung“ (NJW 2010, 3339)

Gem. **§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB** kann der Käufer nach seiner Wahl Beseitigung des Mangels (Nachbesserung) oder der Lieferung einer mangelfreien Sache (Ersatzlieferung) verlangen; für die Praxis äußerst bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob bei der Nacherfüllung die Gewährleistungsfrist gehemmt wird oder sogar von neuem beginnt; für den Käufer ist dies von Relevanz, da er grds. dazu gezwungen ist, zunächst Nacherfüllung zu verlangen, bevor er auf Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz zurückgreifen kann; daher könnte bei einem erst **spät entdeckten Mangel** nach Beendigung des Nacherfüllungsversuchs die Frist des § 438 BGB abgelaufen und damit die **Durchsetzbarkeit seiner Sekundärrechte vereitelt** sein; für den Verkäufer hätte die Hemmung oder der Neubeginn der Verjährung demgegenüber zur Konsequenz, dass sich die Gewährleistungszeit ins Unendliche verlängern könnte (sog. „**Kettengewährleistung**“). - Nach wie vor ist **unklar, inwieweit eine Hemmung oder ein Neubeginn der Verjährung als Folge kaufrechtlicher Nacherfüllung erfolgt**: Es herrscht in Lit. und Rspr. weitgehend Einigkeit darüber, dass es im Fall einer Nacherfüllung zu einer Hemmung der Verjährung nach § 203 S. 1 BGB kommen kann, soweit die Vertragsparteien über den Nacherfüllungsanspruch „verhandelt“ haben; nach allgemeiner Ansicht gilt die **Ablaufhemmung** in diesem Fall in **analoger Anwendung des § 203 S. 1 BGB** für die gesamte Dauer des Nacherfüllungsversuchs; darüber hinaus kann es zu einem Neubeginn der Verjährung nach § 212 I Nr. 1 BGB kommen, wenn der Verkäufer den Nacherfüllungsanspruch „anerkennt“; wann dies der Fall ist, lässt sich nur anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilen; jedenfalls ist ein Verjährungsneubeginn gem. § 212 I Nr. 1 BGB immer dann ausgeschlossen, wenn der Verkäufer dem Nacherfüllungsbegehren des Käufers ausdrücklich nur aus Kulanz nachkommt; diskutiert wird zudem ein automatischer Neubeginn der Verjährung bei Nacherfüllung gem. § 438 II Alt. 2 BGB; der **BGH** hat zu dieser Frage noch **keine ausdrückliche Entscheidung getroffen**, jedoch scheint er gegenüber einer solchen Möglichkeit nicht abgeneigt zu sein. - Individualvertraglich lässt sich die Hemmung und der Neubeginn der Verjährung unproblematisch ausschließen, und zwar auch im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs; dagegen ist eine Abbedingung der Hemmung und des Neubeginns der Verjährung in AGB gem. §§ 203, 212 I Nr. 1 BGB nicht möglich; es besteht lediglich die Möglichkeit, den automatischen Verjährungsbeginn gem. § 438 II Alt. 2 BGB auszuschließen, jedenfalls solange dem Vertragspartner zur Kompensation der hiermit verbundenen Nachteile eine Ablaufhemmung ab Ablieferung der Ersatzware gewährt wird; außerdem muss den Klauselverboten der § 309 Nr. 7 u. 8b ff. BGB begegnet werden.

#### 3. Gehrlein: Eigentumsrechte nach einer Geldvermischung (NJW 2010, 3543)

Bespr. der Entsch. **BGH NJW 2010, 3578**, wonach bei der Vermischung von Bargeld verschiedener Eigentümer an der Gesamtmenge auch dann gem. §§ 948 I, 947 I BGB Miteigentum begründet wird, wenn einer der Teilhaber den Gesamtbestand in einer seiner alleinigen Verfügungsbefugnis unterliegenden Kasse aufbewahrt; der Kasseninhaber soll also nicht Alleineigentum an dem Kasseninhalt erwerben. - **Durch eine Geldvermischung wird Miteigentum begründet**; dies gilt auch dann, wenn die Vermischung innerhalb einer Kasse erfolgt, in die nur Einzahlungen bewirkt werden; nach einer Vermischung innerhalb einer Kasse kann hingegen das Miteigentum ganz oder teilweise entfallen, soweit die betroffenen Mittel ausgezahlt werden; stets steht einem Anspruchsteller der Beweis offen, dass sein Miteigentum auch nach einem Zahlungsausgang teilweise fortbesteht oder durch den Zahlungsausgang nicht berührt wurde; diese rechtlichen Überlegungen sind über Zahlungsmittel hinaus auf andere Gegenstände der Vermischung oder Vermischung zu übertragen.

#### 4. Thalmer: Kunden-Online-Postfächer: Zugang von Willenserklärungen und Textform (NJW 2011, 14)

Die elektronische Kommunikation zwischen Kunden und Unternehmen nimmt kontinuierlich zu: Mit neueren Entwicklungen wie De-Mail und E-Postbrief soll die **Rechtssicherheit, Vertraulichkeit und Authentizität elektronischer Dokumente** erhöht werden; diese Ziele werden aber auch durch **Online-Postfächer** erreicht, die immer mehr Unternehmen auf ihren Internet-Portalen für ihre Kunden mit deren Einwilligung einrichten; auf diese Online-Postfächer, in die Willenserklärungen, Unterlagen zu Verträgen etc. eingestellt werden, haben die Kunden mittels

individuellem Passwort und Benutzernamen rund um die Uhr Zugriff. - **Willenserklärungen, die in Kunden-Online-Postfächer eingestellt werden, gehen am selben Tag zu wie die Benachrichtigungs-Mail**, mit der die Kunden hierüber informiert werden; das bedeutet konkret: Ist der Empfänger Unternehmer, kann Zugang spätestens mit Geschäftsschluss des Tages bejaht werden, an dem die Informationen (innerhalb der normalen Geschäftszeit) abrufbar eingestellt wurden; ist der Empfänger Verbraucher, liegt **Zugang spätestens am folgenden Tag** vor; „Spätestens“ bedeutet: Falls die Informationen schon vorher abgerufen werden, gehen sie bereits zu diesem Zeitpunkt zu. - Folgt man dem Urteil des EFTA-Gerichtshofs für das deutsche Recht, dann erfüllen Erklärungen, die auf eine Website eingestellt werden, welche den Verbraucher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu anhält, die Informationen in Papierform zu sichern (= auszudrucken) oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu speichern, **Textform i.S. von § 126b BGB**; gleiches gilt für Erklärungen, die in Kunden-Online-Postfächer eingestellt werden, welche einen sicheren Speicherbereich enthalten, auf den nur vom Adressat mittels Benutzernamen und Passwort zugegriffen werden kann, und bei denen jede Möglichkeit der Änderung durch denjenigen ausgeschlossen ist, der die Erklärung eingestellt hat.

5. **Fatemi**: Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht (NJOZ 2010, 2637)

Viele Normen des Bürgerlichen Rechts setzen die Kenntnis bzw. das Wissen von bestimmten Umständen voraus; ebenso können deren negative Erscheinungsformen, die Unkenntnis bzw. das Nichtwissen, Tatbestandsvoraussetzung sein; zudem sind Kenntnis bzw. Wissen anerkannte Bestandteile weiterer zentraler Rechtsbegriffe, wie etwa dem Vorsatz, der Arglist oder dem guten Glauben. „Kenntnis“ wird somit selbst zu einem der zentralen Begriffe des Bürgerlichen Rechts. - **Kenntnis im jur. Sinne** bedeutet das **Vorhandensein einer bestimmten Information im menschlichen Gedächtnis bei der zugleich festen inneren Überzeugung der Richtigkeit der Information**; die gespeicherte Information muss zudem mit der Wirklichkeit übereinstimmen; anderenfalls liegt ein Irrtum vor; inwieweit ein bestimmter Irrtum rechtlich erheblich ist, hängt von der jeweiligen Rechtsfolgenorm ab. - Ob des Weiteren eine auf Grund der Information innere Schlussfolgerung erforderlich ist, hängt ebenfalls vom Wortlaut der auf die Kenntnis abstellenden Norm ab; auch wenn eine Person sich an eine Information nicht erinnert, diese aber vorhanden ist, liegt Kenntnis vor. - Ein **bewusstes Sich-Verschließen vor der Kenntnisnahme** kann **rechtsmissbräuchlich**, und daher nach den allgemeinen Rechtsgedanken der §§ 162, 242 BGB relevant sein; zudem ist festzuhalten, dass sich **Kenntnis nicht in der Gedächtniskapazität einer Person erschöpft**, sondern im Falle der bewussten Auslagerung von Wissen auch aus physischen Informationsspeichern oder auf Grund der Zurechnung fremden Wissens ergeben kann.

6. **Böttcher**: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der Reform, Fragen und Lösungen für die Praxis (AnwBI 2011, 1)

7. **Karczewski**: Berufung in Versicherungssachen – Besonderheiten und typische Probleme (r + s 2010, 489)

## II. Strafrecht

1. **Grau/Blechschild/Frick**: Stärken und Schwächen des reformierten Adhäsionsverfahrens (NStZ 2010, 662)

Eine **zunehmende praktische Bedeutung** kommt dem früher vernachlässigten und zuletzt **reformierten Adhäsionsverfahren der §§ 403 – 406c StPO** zu: Gem. dem dortigen Regelungssystem kann der Verletzte einer Straftat vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Beschuldigten bereits im Strafverfahren geltend machen; sofern der Antrag des Verletzten erfolgreich ist, erhält er einen Titel, der dem in einem bürgerlichen Rechtsstreit ergangenen Urteil gleichsteht (§ 406 III 1 StPO) und nach den zivilprozessualen Vorschriften vollstreckt werden kann (§ 406b StPO). - Das Adhäsionsverfahren beruht auf zwei **fundamentalen Leitgedanken**: Zum einen entspricht es **prozessökonomischen Überlegungen**, zivilrechtliche Ersatzansprüche schon im Strafverfahren geltend zu machen und dadurch die Inanspruchnahme mehrerer Gerichte in derselben Sache – mit der Gefahr sich widersprechender Entscheidungen – zu vermeiden; zum anderen wird das Adhäsionsverfahren der **wachsenden Bedeutung des Opferschutzes im Strafrecht** gerecht, weil es dem Verletzten ermöglicht, schneller und einfacher Ersatz zu erlangen, womit es einen wesentlichen Bestandteil einer opferbezogenen Strafrechtspflege bildet; das Adhäsionsverfahren ermöglicht dem Verletzten einer Straftat durch **Antrags-, Frage- und Akteneinsichtsrechte eine aktive Mitwirkung am Prozess**, zu der auch die Beteiligung am Verfahren als Zeuge (§§ 48 ff StPO) gehört, die zivilprozessual nur unter den engeren Voraussetzungen der §§ 445 ff ZPO möglich wäre. - Das Adhäsionsverfahren hat schon aus **prozessökonomischen Gründen** nicht nur seine Berechtigung, sondern verdient rückhaltlose Unterstützung – kann es doch einen für die Justiz **kostenintensiven und zeitaufwändigen Zivilprozess mit erneuter Beweisaufnahme ersparen**, indem ein ohnehin bereits mit der Sache befasstes Gericht entscheidet; auch aus Opferschutzgesichtspunkten ist einer raschen Entschädigung zuzustimmen. - Eine wichtige Rolle spielen auch die **Verfahrensvorteile für den Verletzten**: Neben seiner eingangs bereits erwähnten Stellung als Zeuge im Strafprozess (abweichend vom Zivilprozess) kommt auch der **Amtsermittlungsgrundsatz** (§ 244 II StPO) dem Opfer entgegen; zudem **besteht kein Anwaltszwang**, so dass ein **Adhäsionsverfahren für den Verletzten** schon aus diesem Grund **kostengünstiger** sein kann. - Übersehen wird häufig, dass das Verhalten des Angekl. hinsichtlich des Adhäsionsanspruchs indizielle Bedeutung für eine gem. § 46a StGB fakultativ **strafmildernde Schadenswiedergutmachung** haben kann, etwa wenn der Angekl. den Anspruch anerkennt oder sich auf einen Vergleich einlässt; eine Schadenswiedergutmachung kann für den Besch. überdies auch im Rahmen einer – neuerdings in § 257c StPO kodifizierten – Urteilsabsprache strafmildernd wirken und bringt daher auch für den Angekl. Vorteile mit sich.

2. **Winkler:** Verbrechen und Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz (NSTZ 2010, 685)
3. **Schweckendieck:** § 116 StPO und Rechtskraft (NSTZ 2011, 10)

Entgegen der h. M. ist ein **Haftbefehl mit Eintritt der Rechtskraft eines auf eine zu vollstreckenden Freiheitsstrafe lautenden Urteils nicht automatisch erledigt**, er bleibt vielmehr bis zur förmlichen Einleitung der Strafvollstreckung weiter wirksam; dies gilt für vollzogene und für außer Vollzug gesetzte Haftbefehle. - Die in Haftverschonungsbeschlüssen angeordneten **Maßnahmen entfalten auch nach Rechtskraft des Urteils gem. § 123 I Nr. 2 StPO bis zum Beginn der Vollstreckung weiter Gültigkeit**; aus Klarstellungsgründen erscheint es angezeigt, auf diesen Umstand in dem entsprechenden Beschluss hinzuweisen. - Auch ein nach Rechtskraft des Urteils erfolgender Verstoß gegen die Pflichten aus einem Haftverschonungsbeschluss kann Konsequenzen bis hin zur Aufhebung der Haftverschonung und Invollzugsetzung des Haftbefehls haben; für diese Maßnahmen ist gem. § 126 II StPO das Tatsachengericht zuständig.

4. **Meyer-Großner:** Verlust der Revision durch Zurücknahme? (StV 1 2011, 53)

### III. öffentliches Recht

1. **Haensle:** Das „Kanzlerduell“: Noch zeitgemäß? (DÖV 2011, 10)

Das „**Kanzlerduell**“ wird in zukünftigen Wahlkämpfen weiterhin eine **wichtige Rolle im Wettbewerb der Parteien** um die Vox populi spielen; da und solange die Rundfunkanstalten selbst durch ihr Sendeformat als Legitimationsgrundlage auf das Plebiszit über den Bundeskanzler abstellen, sollte man ihr redaktionelles Konzept nicht mehr an der **Chancengleichheit der Parteien** (Art. 21 I GG i. V. m. Art. 3 I GG), sondern direkt am **Demokratieprinzip** (Art. 20 I, II GG i. V. m. Art. 3 I GG) messen; Folge dieses neuen Maßstabs ist, dass eine Abstufung nach den Erfolgsaussichten oder der Bedeutung dann grundsätzlich nicht mehr möglich ist. - Aber unabhängig davon, ob man diesen Schritt nachvollziehen will, verbieten sich auch unter Zugrundelegung von Art. 21 I GG i. V. m. Art. 3 I GG vorgefestigte Schemen. - Selbst die grds. Anerkennung des Prinzips der abgestuften Chancengleichheit darf nicht dazu führen, sich nach Art einer Tradition nur auf die zwei Parteien mit den größten Erfolgsaussichten festzulegen; dies würde jedenfalls nicht der sich abzeichnenden Aufspaltung und Angleichung des Parteienspektrums entsprechen; insbes. wenn beide im „Kanzlerduell“ auftretenden Kandidaten aus den Regierungsparteien kommen, spricht die Rspr. des BVerfG zur **Öffentlichkeitsarbeit im Wahlkampf** für eine Hinzuziehung von Kandidaten aus den Oppositionsparteien; dass selbst ein „Präsidentenduell“ in den USA, dem Ursprungsland des TV-Duells, mit drei Kandidaten denkbar ist, zeigt schließlich der Präsidentschaftswahlkampf von 1992: Damals fand das TV-Duell zwischen George Bush und Bill Clinton mit dem unabhängigen Kandidaten Ross Perot statt.

2. **Kellner:** Fallgruppen der culpa in contrahendo im Verwaltungsrecht (DÖV 2011, 26)

Die **öffentliche Verwaltung erfüllt ihre Aufgaben zunehmend in Kooperation mit Privaten oder mit anderen Verwaltungsträgern**; dabei werden öffentlich-private Vereinbarungen regelmäßig in Form des öffentlich-rechtlichen Vertrags geschlossen; als Folge dieser Entwicklung müssen sich die Gerichte vermehrt mit Schadensersatzfragen im Zusammenhang mit den Vertragsbeziehungen befassen; die culpa in contrahendo (c.i.c.) bildet dabei ein Haftungsinstitut, das in den vergangenen Jahren an Bedeutung gewonnen hat. - Bei der **öffentlich-rechtlichen c.i.c.** handelt es sich um ein **Haftungsinstitut zum Ersatz von Vermögensschäden**, die sich aufgrund spezifischer Vermögensgefährdungen im Vorfeld eines Verwaltungsvertrags realisieren; die **Anspruchsgrundlage bildet eine Ergänzung zum Amtshaftungsrecht des § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG bzw. zu der deliktischen Haftung des Privaten aus §§ 823 ff BGB**; die Verschärfungen, die die quasivertragliche c.i.c.-Haftung aufstellt, finden ihre innere Rechtfertigung in der besonderen Nähe, die zwischen den Verhandlungsparteien besteht und damit letztlich in der „Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens.“ - Das besondere Näheverhältnis verlangt nach einer erhöhten Rücksichtnahme beider Seiten. - Der **Inhalt und das Ausmaß der haftungsbewehrten Schutzpflichten** lassen sich dem **allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben** entnehmen; bei Treu und Glauben handelt es sich um einen konkretisierungsbedürftigen Maßstab, der durchaus der Konkretisierung fähig ist.

3. **Scheidler:** Der Verkauf von Eintrittskarten vor Fußballstadien als unerlaubtes Reisegewerbe (DÖV 2010, 1018)

Nach h. M. in Lit. und Rspr. sind **Eintrittskarten für ein Fußballspiel „Wertpapiere“ i. S. d. § 56 I Nr. 1h GewO**; deren **Vertrieb im Reisegewerbe ist daher verboten**; dies ist deshalb sachgerecht, weil mit einem derartigen Verständnis des § 56 I Nr. 1h GewO den **unlauteren Machenschaften von Schwarzmarkthändlern**, die Fußballtickets oftmals zu weit überhöhten Preisen anbieten oder aber Fälschungen verkaufen, wirksam beizukommen ist; neben dem Strafrecht (vgl. § 263 StGB) kann damit auch das **Gewerberecht als besonderes wirtschaftliches Ordnungsrecht einen wichtigen Beitrag zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung** sowie zum **Schutz der Allgemeinheit und des Einzelnen vor Nachteilen und Belästigungen** leisten. - Wer entgegen dem Verbot des § 56 I Nr. 1h GewO Eintrittskarten vor Fußballstadien gewerbsmäßig verkauft, begeht eine **Ordnungswidrigkeit nach § 145 II Nr. 2a GewO**; die gem. § 145 IV GewO mit einer Geldbuße bis zu 2.500 € geahndet werden kann. - In zivilrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob der Kaufvertrag gem. § 134 BGB nichtig ist; nach dieser Vorschrift sind solche Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen; der BGH hat allerdings entschieden, dass **§ 56 GewO kein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB** ist und begründete dies damit, dass der Käufer durch das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HWiG) ausreichend geschützt sei; obwohl dieses Gesetz zwischenzeitlich außer Kraft getreten ist, greift diese Argumentation nach wie vor, da dessen Vorschriften in das BGB übergeleitet wurden (s. §§ 312 ff BGB).

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

1. **Otto:** Übergangsgewinn bei Rechtsanwälten - Wann muss von der Einnahmen-Überschussrechnung zum Vermögensvergleich gewechselt werden? (NJW 2010, 3601)

Der **Wechsel der Gewinnermittlungsart** von der Einnahmen-Überschussrechnung zum Vermögensvergleich ist **steuertechnisch nötig in den Fällen, in denen der Veräußerer auch Wirtschaftsgüter verkauft und Verbindlichkeiten überträgt, die erfolgswirksam sind**, also in der Übergangsrechnung erscheinen. Beim Veräußerer muss deswegen der laufende Gewinn vom tarifbegünstigten Veräußerungsgewinn abgegrenzt werden und/oder beim Erwerber die Versteuerung der Erfüllungsbeträge auf Honorarforderungen und unfertige Leistungen verhindert werden muss, für die der Erwerber bereits einen Kaufpreis in Geld, Sachwerten oder durch Schuldübernahme bezahlt hat und/oder der Erwerber mit dem Kaufpreis auch anteilig Aktiva und Passiva erwirbt, die keine erfolgswirksamen Bilanzposten sind. Der Kaufpreis für diese Bilanzposten ist auszusondern. Nur der restliche Kaufpreis kann zu einem Abschreibungspotenzial führen. - Bei den beschriebenen **Veräußerungsfällen** sind in die Übergangsrechnung wegen des Wechsels der Gewinnermittlungsart diejenigen ertrags- und aufwandswirksamen Bilanzposten nicht aufzunehmen, die nicht Gegenstand des Kaufvertrags sind. - Entbehrlich ist ein Wechsel der Gewinnermittlungsart bei Betriebsaufgabe und bei einem Ausscheiden gegen Sachwertabfindung. - In **Umwandlungsfällen nach dem Umwandlungssteuergesetz** ist auf den Zeitpunkt der Umwandlung eine Bilanz aufzustellen. Von einer Gewinnermittlung durch Einnahme-Überschussrechnung ist zwingend zum Vermögensvergleich überzugehen.

2. **Grunewald:** Die Entwicklung der Rechtsprechung zum anwaltlichen Berufsrecht in den Jahren 2009–2010 (NJW 2010, 3551)
3. **Hirtz:** Gesellschafterwechsel in Anwaltsgesellschaften - zugleich Bespr. der Entsch. BGH, Beschluss v. 23.11.2009 – II ZR 7/09 (AnwBI 2011, 48)

## Übersicht: Die Baumbach'sche Kostenformel

Sind Streitgenossen unterschiedlich am Verfahren beteiligt oder obsiegt der Kläger nur gegen einen Teil der Streitgenossen, gestaltet sich die Kostenentscheidung schwieriger. Sie kann dann nur unter Heranziehung der sog. **Baumbach'schen Kostenformel** getroffen werden.

Für die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der einzelnen Beteiligten sind **unter analoger Anwendung von §§ 91, 92 ZPO gesonderte Kostenquoten** zu bilden. Obsiegt ein Gesamtschuldner, so ist er von allen Kosten freizustellen und hat einen Anspruch gegen den Kläger auf Erstattung seiner außergerichtlichen Kosten.

### I. Unterliegen einzelner Streitgenossen

Dringt der Kläger mit seiner Klage gegen einzelne Streitgenossen durch, unterliegt jedoch gegen andere, so ist mit der Baumbach'schen Formel dafür zu sorgen, dass der **obsiegende Streitgenosse keine Kosten trägt und seine außergerichtlichen Kosten erstattet erhält**.

**Beispiel:** Der Kläger verklagt B1 und B2 als Gesamtschuldner zur Zahlung von 1.000,00 €. Er obsiegt vollständig gegen B1, verliert aber vollständig gegen B2.

Der Kläger muss B2 die außergerichtlichen Kosten ersetzen und ihm gegenüber die Hälfte der Gerichtskosten tragen. Die andere Hälfte ist von B1 zu erstatten. Hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten des Klägers muss er diese gegenüber B2 zur Hälfte tragen, die andere Hälfte muss ihm B1 erstatten. B1 hingegen muss seine außergerichtlichen Kosten selbst tragen.

#### *Tenorierungsbeispiel:*

*„K und B1 tragen die Gerichtskosten je zur ½. K trägt die außergerichtlichen Kosten des B2 und ½ seiner eigenen. B1 trägt seine eigenen außergerichtlichen Kosten voll und die des K zu ½.“*

### II. Teilunterliegen einzelner Streitgenossen

Wird der Klage gegen einzelne Streitgenossen teilweise stattgegeben, so gestaltet sich die Ermittlung der Kostenquote nach der Baumbach'schen Formel unter **Berücksichtigung eines fiktiven Streitwertes**.

#### **Beispiel:**

K hat B1, B2, B3 und B4 als Gesamtschuldner auf Zahlung von 9.000,00 € verklagt. Seine Klage wird gegen B4 abgewiesen; verurteilt werden zur Zahlung B1 zu 9.000,00 €, B2 zu 6.000,00 €, B3 zu 3.000,00 € und zwar jeweils als Gesamtschuldner, so weit sich die Beträge decken.

Der fiktive Streitwert beträgt 36.000,00 €. Hiervon dringt K mit 18.000,00 € durch, so dass er die Hälfte der Gerichtskosten zu tragen hat.

#### 1. **Gerichtskosten und außergerichtliche Kosten des Klägers**

B1 ist im Verhältnis zum fiktiven Streitwert mit 1/4 unterlegen, trägt also 1/4 der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten des Klägers. B2 ist im Verhältnis zum fiktiven Streitwert mit 1/6 unterlegen, trägt also 1/6 Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten des Klägers, B1 hingegen nur zu 1/12.

#### 2. **außergerichtliche Kosten des B1**

Hier kann nicht auf den fiktiven Streitwert abgestellt werden, sondern es muss der zwischen den Parteien streitige Betrag berücksichtigt werden. K hatte gegenüber B1 9.000,00 € eingeklagt und auch erhalten, so dass B1 seine außergerichtlichen selbst trägt.

#### 3. **außergerichtliche Kosten des B2**

K hatte gegenüber B2 9.000,00 € eingeklagt, aber nur 6.000,00 € erhalten, so dass er 1/3 der außergerichtlichen Kosten des B2 tragen muss.

#### 4. **außergerichtliche Kosten des B3**

K hatte gegenüber B3 9.000,00 € eingeklagt, aber nur 3.000,00 € erhalten, so dass er 2/3 der außergerichtlichen Kosten des B3 tragen muss.

#### 5. **außergerichtliche Kosten des B4**

Hier ist K vollständig unterlegen, so dass er dessen außergerichtliche Kosten vollständig tragen muss.

#### *Tenorierungsbeispiel: (vgl. Musielak-Wolst, § 100 Rn 9)*

*„Von den Gerichtskosten sowie den außergerichtlichen Kosten des K tragen K die Hälfte, B3 ein Zwölftel als Gesamtschuldner, B2 ein Sechstel als Gesamtschuldner (davon ein Zwölftel nur als Gesamtschuldner mit B3), B1 ein Viertel (davon ein Zwölftel als Gesamtschuldner mit B2 und B3, ein weiteres Zwölftel als Gesamtschuldner mit B2). Von den außergerichtlichen Kosten trägt K die des B4 voll, ein Drittel derjenigen von B2 und zwei Drittel derjenigen von B3. Im Übrigen trägt jeder seine außergerichtlichen Kosten selbst.“*

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Öffentl. Recht

Um die Atmosphäre der mündlichen Prüfung einzufangen, liefern wir Ihnen das Protokoll einer mündlichen Prüfung in seiner Originalfassung.

<b>Land:</b> <b>BadWürtt</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>B</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>13.10.2010</b>
---------------------------------	--	---

### Zur Person:

B. ist sehr sympathisch und sehr nett. Er stellt seine Fragen sehr klar und verständlich. Richtige Antworten bestätigt er durch Zustimmung oder Kopfnicken, bei falschen Antworten fragt er noch mal nach. Auch während der anderen Prüfungsabschnitte ist er sehr aufmerksam und nickt schon mal bei richtigen Antworten.

### Zur Prüfung:

**Fall:** In einer Gemeinde H. gibt es einen eingetragenen Verein der syrischo-orthodoxen Kirche. Diesem gehört ein Grundstück, das im Geltungsbereich des Bebauungsplans liegt. Das Gebiet ist als Industriegebiet ausgewiesen.

1994 beantragte der Verein eine Baugenehmigung für den Bau einer Kirche sowie zur Errichtung eines Versammlungsraums. Der Verein beantragte damals auch die Erlaubnis, im Untergeschoss der Kirche ein Mausoleum bzw. eine Krypta mit 10 Begräbnisplätzen zu errichten. Der Bau der Kirche mit Versammlungsraum wurde genehmigt, die Errichtung der Krypta wurde untersagt. Die Kirche wurde genehmigungsgemäß errichtet und wird seither auch genutzt. 2005 beantragte der Verein, den Abstellraum im Untergeschoss als Bestattungsplatz nutzen zu können. Geplant seien 10 Begräbnisplätze in sog. Wandnischen, in denen die Verstorbenen in Holzsärgen beigesetzt werden sollen. In dieser Krypta soll auch der Priester der Kirche beigesetzt werden. Durch mehrere Gutachten wurde die Erforderlichkeit einer solchen Priesterbegräbnisstätte festgestellt, da der Priester in seelischer Nähe zum Altar begraben werden muss. Die Angrenzer wurden benachrichtigt und es wurden von ihnen keine Einwendungen gegen das geplante Vorhaben erhoben. Das Gesundheitsamt hatte bzgl. einer eventuellen Seuchengefahr ebenfalls keine Einwendungen und stimmte dem Vorhaben zu.

Die Gemeinde versagte dem Vorhaben jedoch das erforderliche Einvernehmen. Das Regierungspräsidium wies den Widerspruch daher unter Bezugnahme auf das versagte Einvernehmen zurück, woraufhin der Verein Klage erhob.

Begonnen wurde mit der Prüfung der Zulässigkeit; der Verwaltungsrechtweg ist eröffnet. Statthafte Klageart ist die Verpflichtungsklage. Klagebefugnis liegt auch vor, mögliche Verletzung in Glaubensfreiheit und Eigentumsgarantie.

Bei der Prüfung der Begründetheit ging es zunächst um die beantragte Nutzungsänderung: ausnahmslose Genehmigungspflicht nach §§ 49 I i.v.m. 2 XII LBO. Die Nutzungsänderung des Abstellraumes in eine Begräbnisstätte ist nicht nach § 50 II LBO verfahrensfrei, denn in bauordnungsrechtlicher als auch bauplanungsrechtlicher Hinsicht sind weitergehende Anforderungen als an die bisherige Nutzung zu stellen, §§ 29 I, 30 BauGB; Maßstab für planungsrechtliche Beurteilung ist der Bebauungsplan, der dieses Gebiet als Industriegebiet ausweist.

§ 9 BauNVO: Ausnahmen werden nach Abs. 3 ausdrücklich zugelassen. Ist die Krypta eine Anlage für kirchliche Zwecke? Dies ist zu bejahen, da es hier um die Bestattungstradition der syrisch-orthodoxen Kirche geht.

Aber § 14 I BauNVO: Widerspruch zur Eigenart des Industriegebietes? Hier wollte B Argumente für und gegen eine Krypta in einem Industriegebiet hören; z.B. kirchliche Tradition dieser Glaubensgemeinschaft, bestandskräftige Kirche, die auch genutzt wird, Glaubensfreiheit etc.

Insgesamt tendierten wir dazu, einen Widerspruch des geplanten Vorhabens zum Industriegebiet anzunehmen.

Außerdem wurde noch nach dem Grundrecht der Glaubensfreiheit aus Art 4 I, II GG gefragt: Wer ist Grundrechtsträger? Jeder Mensch, hier also sowohl die Gemeindemitglieder der Kirchengemeinde einschließlich der Geistlichen als individuelle Grundrechtsträger als auch der eingetragene religiös-kirchliche Verein als kollektiver Grundrechtsträger. Da zum Schutzbereich auch die zum Bekenntnis des Glaubens erforderlichen kultischen Handlungen gehören, ist der Schutzbereich betroffen.

Viel Erfolg!!!!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Strafprozessrecht

Um die Atmosphäre der mündlichen Prüfung einzufangen, liefern wir Ihnen das Protokoll einer mündlichen Prüfung in seiner Originalfassung.

<b>Land:</b> Bayern	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Ri W	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> 03.11.2010
------------------------	--	--

**Zur Person:**

Richter W ist ein noch junger Prüfer. Er ist allerdings sehr freundlich und versuchte uns immer auf den richtigen Weg zu leiten.

**Zur Prüfung:**

**Fall:** Die StA will Geschäftsunterlagen von einer insolventen Firma haben, welche sich beim Insolvenzverwalter befinden. Dieser will die Unterlagen nicht herausgeben, was kann die StA tun?

Die StA kann zunächst anrufen, danach hinfahren und schließlich mit Zwangsmitteln vorgehen. Hier mussten wir die Sicherstellung von der Beschlagnahme abgrenzen (Freiwilligkeit), danach wollte er noch andere Zwangsmittel genannt haben und welche im folgenden Fall ergriffen werden könnten: Hier könnte zunächst ein Ordnungsgeld und anschließend Ordnungshaft verhängt werden. W wollte weiter wissen, ob die StA vollstrecken kann, wenn sich der Bürger dem Ordnungsgeld nicht innerhalb der Frist gebeugt hat, aber kurz danach zahlt: Ja, sie kann vollstrecken, da Zwangsmittel in der StPO repressiv wirken, also eine Strafe darstellen, im Gegensatz zu denen im PolG, welche nur präventiv wirken.

Dann fragte er nach den Voraussetzungen der Untersuchungshaft aus § 112 StPO. Außerdem wollte er noch wissen, welcher Haftgrund zugleich präventiv und repressiv wirkt: Die Wiederholungsgefahr, da hier der Bürger davor bewahrt werden soll, erneut straffällig zu werden. Grundsätzlich sind die Haftgründe aber nur repressiv.

Nun kamen wir zum materiellen Strafrecht, dazu folgender Fall:

Durch ein Hochgefühl wegen eines 5:0-Sieges für Deutschland bei der Fußball-WM und mit 1,5‰ aufgeputscht, beschließt A, ein 1-Mann-Autokorso zu veranstalten und zwar mit dem Pkw seines Freundes F, welcher damit einverstanden ist aber nicht mitfährt. A fährt auf einen Kundenparkplatz, welcher völlig leer aber mit einer Schranke gesichert ist, die aber mittels eines Parktickets genutzt werden kann. A verliert die Kontrolle über den Pkw und kollidiert mit einem Baum, der im Eigentum der Gemeinde steht. Dabei entsteht am Baum ein Schaden in Höhe von 700 Euro. Ein solcher Schaden entsteht ebenfalls am Pkw des F. A stellt den Pkw 50m weiter ab und geht nach Hause. A gibt zu, dass er wohl „voll“ gewesen sei, dachte aber, es handele sich um einen Privatparkplatz. Strafbarkeit des A?

**I. § 315 c StGB**

Zunächst mussten wir § 315 c StGB von § 315 b StGB abgrenzen: Bei § 315 b StGB handelt es sich um Eingriffe von außen in den Straßenverkehr und bei § 315 c StGB um Eingriffe innerhalb des Straßenverkehrs. Nun mussten wir die Voraussetzungen nennen und alles definieren (Straßenverkehr, Fahrzeug etc.). Außerdem mussten wir die Promillegrenzen aufzählen. W fragte dann danach, ob es sich bei dem Pkw um eine fremde Sache gehandelt habe? Dies war zu verneinen, da das Tatfahrzeug nie taugliches Objekt i. S. v. § 315 c StGB sein kann. Außerdem handelt es sich bei dem Baum nicht um eine Sache von bedeutendem Wert (erst ab 1.300 Euro, nach aktueller Rspr.).

**II. § 316 I StGB**

Hier mussten wir § 316 StGB von § 315 c StGB abgrenzen: absolutes und konkretes Gefährdungsdelikt. Es ging dann um Voraussetzungen und Definitionen.

Bei dem Irrtum des A hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „Verkehr“ handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum, der nach § 316 I StGB den Vorsatz entfallen lässt.

**III. § 315 II StGB**

Hier hat uns W darauf aufmerksam gemacht, dass man immer an die Fahrlässigkeit denken muss, wenn die Vorsatzstrafbarkeit nicht gegeben ist. Er wollte wissen, wann man nach Fahrlässigkeit bestraft wird: Nur dann, wenn es im Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht ist.

IV. § 303 I StGB hinsichtl. des Baumes

A hatte keinen Vorsatz. Da es eine fahrlässige Sachbeschädigung nicht gibt, scheidet eine Strafbarkeit insoweit aus.

V. § 142 I StGB

Da A sich vom Unfallort entfernt hat und nach Hause ging, ist der Tatbestand erfüllt. Allerdings scheitert es auch hier wieder am fehlenden Vorsatz (§ 16 I StGB).

**Fall:** Nach einem heftigen Wortgefecht kam M ins eheliche Schlafzimmer und beugt sich über F. Diese tötet M mit 2 Schüssen, was sie schon länger geplant hatte; sie wollte nur eine günstige Gelegenheit abwarten. F dachte dabei, dass E ihr lediglich einen Kuss geben wollte, E indes wollte sich aber eigentlich erstechen. Strafbarkeit der F?

Es wurde zunächst nach dem Verhältnis von Mord zu Totschlag gefragt. Voraussetzungen und Definitionen: Heimtücke ist gegeben, somit ist der Tatbestand erfüllt, aber es könnte an der Rechtswidrigkeit fehlen, wenn Notwehr nach § 32 StGB einschlägig wäre. Hier mussten wir auch wieder alle Voraussetzungen prüfen und kamen zu dem Ergebnis, dass alle Voraussetzungen gegeben sind bis auf den Verteidigungswillen. Fraglich war also, ob die Erfüllung des objektiven Tatbestands ausreicht oder aber ob zusätzlich der subjektive Tatbestand vorliegen muss. Im Ergebnis kam wir dann dazu, dass die Verwirklichung des objektiven Tatbestands ausreicht, aber das Handlungsunrecht bestehen bleibt und daher eine Strafbarkeit nach den Versuchsregeln in Betracht kommt.

# 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	<b>Prüfungsstoff im Mündlichen</b> 1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate	1/3 unbekannter Stoff
<b>Protokolle anfordern!</b>	<b>ZA lesen!</b>	<b>Phantasie zeigen!</b>

## Was kostet das?

- **Selbstabholer: 79,00 € (09:00 – 16:00 Uhr)**  
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung: 84,00 € (inkl. Porto und Verpackungskosten)**  
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung als pdf-Dateien per E-Mail: 85,00 €** (Rücksendung der Protokolle entfällt; 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)  
(Preise auch bzgl. Eilversand vgl. [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de))

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

