



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

37. Jahrg.

April 2012

Heft 4

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Eigenbedarfskündigung eines neuen GbR-Gesellschafters
- BGH:** Mobbing und Garantenpflicht des Betriebsinhabers
- KG:** Besonders schwerer Diebstahl in mittelbarer Täterschaft
- OVG Bremen:** Verbot des Tragens von Rockerabzeichen
- BVerfG:** Funktionsvorbehalt bei Privatisierung des Maßregelvollzugs
- BGH:** Präklusion des Erfüllungseinwands im Versäumnisverfahren
- BGH:** Verwertungsverbot für heimlich aufgezeichnetes Selbstgespräch



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 - 35

Fax: 0209 / 945 806 - 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Verbraucherschutz im Internet.....	1
------------------------------------	---

Brandaktuell

BGH: Hausrecht von Hotelbetreibern (nach Buchung nur bei ausreichenden Sachgründen).....	2
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Eigenbedarf eines neuen GbR-Gesellschafters (Änderung der Rechtsprechung).....	3
OLG Koblenz: Aufsichtspflicht für radfahrenden Fünfjährigen (Kausalität des Pflichtverstoßes).....	6

Strafrecht

BGH: Mobbing (Garantenpflicht des Betriebsinhabers/Vorgesetzten).....	7
KG: Besonders schwerer Diebstahl (mittelbare Täterschaft).....	9

öffentl. Recht

OVG Bremen: Tragen von Bekleidung mit Rockerabzeichen (Verbot durch polizeirechtliche Allgemeinverfügung).....	11
BVerfG: Privatisierung des Maßregelvollzugs (Geltung des Funktionsvorbehalts).....	15

Kurzauslese I

BGH: Verjährungshemmung (erschlichener Mahnbescheid).....	22
BGH: Nachtragsverteilung (Einzug massezugehöriger Forderung nach Verfahrensaufhebung).....	22
OLG Schleswig: Grundsatz der Firmenwahrheit (firmenrechtliche Irreführung durch Zusatz „Group“ bei Einzelkaufmann).....	23
BGH: Hehlerei (Vortat muss abgeschlossen sein).....	24
BGH: Untreue durch GmbH-Geschäftsführer (tatbestandsausschließendes Einverständnis des Vermögensinhabers).....	24
OLG Hamm: Betrug (Versuchsbeginn bei Erschleichung eines Verbraucherkredits).....	24
BGH: Straßenverkehrsgefährdung (beschädigte Bremsanlage eines Kfz).....	24
AG Lübeck: Verkehrsfremder Eingriff in den Straßenverkehr (gefährliches Fahrverhalten).....	25
OVG Münster: Organtreuegrundsatz (gilt auch für universitäre Organe und Organteile).....	25
VG Hannover: Mischgebiet (Zulässigkeit der Gänsehaltung).....	26

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH:	Präklusion bei Vollstreckungsgegenklage (Erfüllungseinwand im Versäumnisverfahren).....	27
BGH:	Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel (Klauselerinnerung bei Fehlen erforderlicher Nachweise).....	30

Strafrecht

BGH:	Verwertungsverbot (heimlich aufgezeichnetes Selbstgespräch).....	34
------	---	----

öffentl. Recht

VGH Kassel:	Unterbleiben der Anhörung (Voraussetzungen für Heilung).....	37
-------------	---	----

Kurzauslese II

BSG:	Streitverkündung (rechtswegübergreifende Interventionswirkung).....	41
BGH:	Ausschlussfrist (Nachweis der Bevollmächtigung).....	41
OVG Greifswald:	Rechtsmittelfristberechnung (Zustellung an einem Sonnabend).....	41
BGH:	Widerklage in Berufungsinstanz (Zulässigkeit).....	42
OVG Saarlouis:	Urkunde (schriftliche Zeugenerklärung).....	42
BGH:	Zeugnisverweigerungsrecht (Angehörigenverhältnis zu einem Mitbeschuldigten).....	43
BGH:	Zeugnisverweigerungsrecht (zulässige Vernehmung des Ermittlungsrichters).....	43
VGH Mannheim:	sofortige Vollziehbarkeit (Kostenentscheidung im Widerspruchsverfahren).....	43
VGH Mannheim:	Vollziehungsanordnung (Aufhebung).....	44
VG München:	gerichtlicher Vergleichsvorschlag (Bindungswirkung).....	45
VGH Mannheim:	Bescheidungsurteil (Umfang der Rechtskraft).....	45
VGH Mannheim:	Einstweilige Anordnung im Zwangsvollstreckungsverfahren (Zwangsvollstreckung aus Leistungsbescheid).....	45

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

AG Vechta:	Beratungshilfe (Beratung über einen Unterhaltsabänderungsantrag).....	47
OLG München:	Beratungshilfe (Trennung und Scheidung).....	47
OLG Düsseldorf:	Zeithonorarvereinbarung (Formalien).....	48
BGH:	Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten (Einholung einer Deckungszusage).....	49
BGH:	Terminsgebühr (Besprechung im Berufungsverfahren).....	50

Inhaltsverzeichnis

OLG München:	Einigungsgebühr (wechselseitiger Verzicht auf Durchführung des Versorgungsausgleichs).....	51
OVG Münster:	Einigungsgebühr (Voraussetzungen).....	51
Aus der Praxis		
OVG Koblenz:	Rechtsanwaltsversorgungswerk (Erhebung von Säumniszuschlägen auf Beitragsforderungen).....	52
OLG Düsseldorf:	Honorarklage (Aktivlegitimation einer Partnerschaftsgesellschaft).....	53
LAG Berlin-Bbg:	Kündigungsrechtsstreit (Umfang eines Erledigungsvergleichs).....	53
KG:	Pfändungsschutzkonto (Erhebung von Zusatzgebühren ist unzulässig).....	56
OLG Frankfurt a.M.:	Vollstreckungsschutzantrag (Zulässigkeit in zweiter Instanz).....	56
OLG Nürnberg:	Versorgungsausgleich (umfasst auch zur Sicherung abgetretene Lebensversicherung).....	57
VGH München:	Anwaltsprozess (unzulässige Bezugnahme auf Ausführungen nicht postulationsfähiger Prozessbeteiligter).....	58
Steuern		
BFH:	Syndikus-Steuerberater (Zulässigkeit).....	59
VGH Kassel:	Ausbildungsbedingter Mehrbedarf (zulässiger Abzug von Semestergebühren).....	59
FG Münster:	Strafverteidigerkosten (steuerrechtliche Berücksichtigung).....	60
Weitere Schriftumsnachweise		62

Aus der Gesetzgebung

Verbraucherschutz im Internet

Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr und zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes vom 02.04.2012; In-Kraft-Treten voraussichtlich im Sommer 2012

I. Allgemeines

Der Bundesrat hat am 02.04.2012 dem vom Bundestag am 02.03.2012 verabschiedete Gesetz zur Änderung des BGB zum **besseren Schutz** der Verbraucherinnen und Verbraucher **vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr** und zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes zugestimmt; das Gesetz kann nunmehr nach Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten in Kraft treten.

II. Die gesetzliche Neuregelung im Überblick

Das neue Gesetz sieht in § 312g BGB die sog. „**Buttonlösung**“ vor, die Unternehmer gegenüber Verbrauchern verpflichtet, bei Verträgen im elektronischen Rechtsverkehr, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben, die Bestellsituation so auszugestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, zur Zahlung verpflichtet zu sein. Bei Bestellungen auf Online-Plattformen im Internet, die über Schaltflächen erfolgen, ist es daher erforderlich, die Bestellschaltfläche gut lesbar mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung zu beschriften. Erfüllt der Unternehmer diese Pflicht nicht, kommt ein Vertrag nicht zustande.

Im Einzelnen:

1. Der Unternehmer wird verpflichtet, bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr über eine entgeltliche Leistung **auf den Gesamtpreis**, ggf. anfallende **Liefer- und Versandkosten** und bei Dauerschuldverhältnissen auf die **Vertragslaufzeit** und eine **automatische Vertragsverlängerung deutlich gestaltet hinzuweisen**.
2. Der Unternehmer wird verpflichtet, den Internetauftritt so zu gestalten, dass eine **verbindliche Bestellung erst möglich** ist, **wenn** der **Kunde** diesen Hinweis zur Kenntnis genommen und **aktiv bestätigt** hat.
3. Werden diese **Verpflichtungen verletzt**, ist der **Vertrag nichtig**.
4. Der **persönliche Anwendungsbereich** der Regelung beschränkt sich auf **Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern**, bei denen der Unternehmer der Anbieter der entgeltlichen Leistung ist.
5. Der **sachliche Anwendungsbereich** umfasst sowohl **Warenlieferungs-** als auch **Dienstleistungsverträge**, einschließlich **Finanzdienstleistungsverträge**.

Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, die ausschließlich durch individuelle Kommunikation (in erster Linie E-Mail) geschlossen werden, werden hingegen nicht erfasst.

Brandaktuell

BGB
§ 903

Hausrecht von Hotelbetreibern nach Buchung nur bei ausreichenden Sachgründen

BGB

(BGH in Pressemitteilung Nr. 32/2012; Urteil vom 09.03.2012 – V ZR 115/11)

Fall: Die Ehefrau von Udo Voigt, dem ehemaligen Bundesvorsitzenden der NPD, hatte bei einem Touristikunternehmen für sich und ihn einen viertägigen Aufenthalt in einem Wellnesshotel gebucht. Das Touristikunternehmen bestätigte die Buchung zunächst, teilte dann aber mit, ein Aufenthalt in dem Hotel sei nicht möglich. Als der Kläger bei der Hotelbetreiberin nachfragte, erteilte diese ihm schriftlich ein Hausverbot: Die politische Überzeugung des Klägers sei nicht mit dem Ziel des Hotels zu vereinbaren, jedem Gast nach Möglichkeit ein exzellentes Wohlfühlerlebnis zu bieten. Der Kläger sah sich dadurch diskriminiert und verlangte von der Hotelbetreiberin den Widerruf des Hausverbots. Er verwies unter anderem darauf, dass er sich bei seinen früheren Aufenthalten in dem Hotel politisch nicht geäußert habe. Da er sich auch bei künftigen – und somit auch bei dem gebuchten Aufenthalt – nicht habe politisch äußern wollen, hätte die Hotelbetreiberin das Hausverbot nicht aussprechen dürfen.

I. Hausrecht des Hotelbetreibers

Der Eigentümer einer Immobilie hat grundsätzlich nach §§ § 858 ff., 903, 1004 I BGB die Befugnis, andere von der Nutzung seines Eigentums auszuschließen.

Der Inhaber des Hausrechts, das auf dem Eigentums- und Besitzrecht (Art. 14 I GG) sowie der Privatautonomie (Art. 2 I GG) beruht, kann in der Regel frei entscheiden, wem er den Zutritt gestattet und wem er ihn verwehrt.

Fraglich ist jedoch, ob dies auch gilt, wenn jemandem der Zutritt wegen einer politischen Überzeugung verwehrt wird.

1. kein Verstoß gegen AGG

„Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verbietet nicht, aufgrund politischer Überzeugungen ein Hausverbot auszusprechen. Denn der Gesetzgeber hat bewusst davon abgesehen, das Diskriminierungsverbot auf Benachteiligungen wegen politischer Überzeugungen zu erstrecken.“ (BGH aaO)

2. Kein Verstoß gegen Art. 3 III GG

Der Kläger kann sich auch nicht mit Erfolg auf Art. 3 III GG berufen, wonach niemand wegen seiner politischen Anschauungen benachteiligt werden darf.

„**Grundrechte haben im Verhältnis zwischen Privaten nur eine mittelbare Drittwirkung.** Der BGH räumt nach Abwägung der Interessen des Klägers mit den ebenfalls grundgesetzlich geschützten Interessen der Beklagten letzteren den Vorrang ein. Das **Verbot**, das Hotel der Beklagten nicht zu nutzen, betreffe den Kläger **nur in seiner Freizeitgestaltung**. Demgegenüber stehe das **wirtschaftliche Risiko** der Beklagten für das Geschäftskonzept eines Wellnesshotels. Befürchte die Beklagte, dass Gäste aufgrund ihrer politischen Überzeugungen dem Hotelkonzept schadeten, dürfe sie diesen den Zutritt verweigern.“ (BGH aaO)

II. Einschränkung des Hausrechts

Das vorstehende gilt jedoch nur, soweit nicht schon ein Vertragsschluss erfolgt ist. Nach Vertragsschluss besteht grundsätzlich ein vertraglicher Anspruch des Klägers auf den Hotelaufenthalt.

„Ein den Vertrag vereitelndes Hausverbot ist nur dann gerechtfertigt gewesen, wenn **besonders gewichtige Sachgründe** vorgelegen hätten. Denn durch die freiwillige – privatautonome – Gestaltung der eigenen Interessen verliert die Berufung der Beklagten auf die Privatautonomie (Art. 2 I GG), die unternehmerische Freiheit (Art. 12 GG) und die Ausübung der Eigentumsrechte (Art. 14 GG) deutlich an Gewicht. Ausreichende Sachgründe für die Erteilung des Hausverbots bestehen aber nicht. Insbesondere war nicht zu befürchten, dass der Kläger anders als bei seinen vorherigen Besuchen des Hotels nun durch Äußerung rechtsextremer Thesen Unruhe gestiftet hätte oder stiften würde.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Soweit das Hausverbot den Zeitraum der bestätigten Buchung betrifft, ist es rechtswidrig, für sonstige Zeiträume rechtmäßig.

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 573 I Nr. 2

Eigenbedarf eines neuen GbR-Gesellschafters Anderung der Rechtsprechung

BGB

(BGH NZM 2012, 150; Urteil vom 23.11.2011 – VIII ZR 74/11)

1. Wird eine GbR, die Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses und Vermieterin der Wohnungen dieses Anwesens ist, **unter Bildung von Wohnungseigentum** und Eintragung der einzelnen Gesellschafter als Eigentümer der jeweils zugewiesenen Wohnungen **auseinandergesetzt**, tritt der neue Eigentümer in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein.
2. Eine GbR kann sich auf einen in der **Person eines Gesellschafters bestehenden Eigenbedarf** auch dann berufen, wenn dieser der **Gesellschaft** bei Abschluss des Mietvertrags oder bei Eintritt der Gesellschaft in einen bestehenden Mietvertrag **noch nicht angehörte**

Fall: Die klagende GbR begehrt von der Bekl. Räumung einer Wohnung auf Grund einer Kündigung, die sie wegen Eigenbedarfs ihrer beiden Gesellschafter und deren Sohnes erklärt hat. Die Bekl. mietete die streitige Wohnung 1981 von den damaligen Eigentümern an. Im Jahr 2000 erwarb eine – später als „Eigentümergeinschaft W D-Str. GbR M u. a.“ (GbR M) bezeichnete – GbR das Anwesen und setzte das Mietverhältnis fort. Im August 2004 trat die Kl. dieser Gesellschaft durch Anteilsübernahme bei und wurde am 15.12.2004 als weitere Gesellschafterin im Grundbuch eingetragen. Mit Vertrag vom 21.10.2005 wurde die Auseinandersetzung der GbR M durchgeführt und das Anwesen nach § 3 WEG geteilt. Die Kl. wurde am 10.04.2006 als Eigentümerin der an die Bekl. vermieteten Wohnung in das Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 26.04.2006 erklärte die Kl. die auf Eigenbedarf gestützte Kündigung des Mietverhältnisses. Hat sie einen Anspruch auf Räumung?

Ein Räumungsantrags besteht nur dann, wenn das Mietverhältnis zu der Bekl. durch die Kündigung der Kl. wirksam beendet wurde. Dies setzt zum einen voraus, dass überhaupt ein Mietverhältnis zwischen der Kl. und der Bekl. besteht, der Kündigungsgrund des Eigenbedarfs vorliegt und geltend gemacht werden kann sowie die Kündigungsfrist eingehalten wurde.

I. Bestehen eines Mietvertrages zwischen der Kl. und der Bekl.

Ursprünglich bestand zwischen der Bekl. und der GbR M ein Mietverhältnis. In dieses Mietverhältnis könnte die Kl. Nach § 566 I BGB eingetreten sein.

1. Begriff der Veräußerung

Im Falle der Veräußerung einer an den Mieter überlassenen Wohnung tritt der Erwerber nach § 566 I BGB an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums ergebenden Rechte und Pflichten ein.

„Nach allg. A. setzt dies Identität zwischen Vermieter, Eigentümer und Veräußerer voraus (Senat, NJW 1974, 1551 [unter B I 1]; BGHZ 154, 171 [175] = NZM 2003, 476; BGH, NJW-RR 2004, 657 = NZM 2004, 300 [unter II 2b] – jew. Zu § 571 BGB; Staudinger/Emmerich, BGB [2011], § 566 Rn 21; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl., § 566 Rn 7; Streyll, in: Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl., § 566 Rn 64).“ (BGH aaO)

Fraglich ist daher, ob in der Auseinandersetzung der GbR M unter Bildung von Wohnungseigentum und Eintragung der Kl. Als Eigentümerin der streitigen Wohnung eine Veräußerung i. S. von § 566 BGB liegt.

*„Die GbR M war **zunächst Eigentümerin des Anwesens** einschließlich der Wohnung der Bekl. Denn ein Grundstück, als dessen Eigentümer – wie hier – die Gesellschafter einer GbR mit einem entsprechenden Zusatz eingetragen sind, steht nicht im Eigentum der Gesellschafter, sondern der GbR (BGH, NZM 2006, 900 = NJW 2006, 3716 Rn 11; Senat, NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738 Rn 21). Wie das BerGer. Weiter richtig erkannt hat, ist eine **Auseinandersetzung der Gesellschaft**, die unter Bildung von Wohnungseigentum und Eintragung der bisherigen Gesellschafter als Eigentümer der jeweils zugewiesenen Wohnung vorgenommen wird, **entsprechend ihrem wirtschaftlichen Zweck als einheitliches Rechtsgeschäft** anzusehen, das zu einem Wechsel der Rechtsträgerschaft von der Gesellschaft auf die einzelnen Wohnungseigentümer führt.“ (BGH aaO)*

Soweit der Senat entschieden hatte, dass Miteigentümer eines Anwesens, dessen Wohnungen sie vermietet haben, mit der Aufteilung des Wohnungseigentums keine Veräußerung i. S. von § 571 BGB (a. F.) vornehmen (BGHZ 126, 364 = NJW 1994, 2542), steht dies der Annahme einer Veräußerung im vorliegenden Fall nicht entgegen.

Zur Begründung hat der Senat darauf abgestellt, dass diese Vorschrift eine **Veräußerung an eine Person voraussetzt, die bisher nicht Vermieter** ist, woran es bei der Begründung von Wohnungseigentum durch vermietende Miteigentümer fehlt, weil der spätere Sondereigentümer schon bisher (als Miteigentümer) Vermieter gewesen ist. Hiervon unterscheidet sich die vorliegende Situation jedoch, weil Vermieterin zunächst die GbR M war, also ein **von den späteren Wohnungseigentümern verschiedener Rechtsträger**.“ (BGH aaO)

Auch die Entscheidung des Senats zu § 577 a BGB, wonach mit der **Übertragung des Wohnungseigentums von der Gesellschaft auf den einzelnen Gesellschafter kein Wechsel in der Rechtsträgerschaft** eintritt, der geeignet ist, neuen, für den Mieter zuvor nicht zu befürchtenden Eigenbedarf zu schaffen (NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738), steht der Annahme einer Veräußerung nicht entgegen.

„Die Bestimmung des § 577a BGB hat ... (nur) den Zweck, dem durch Umwandlung in Wohnungseigentum gefährdeten Bestandsschutzinteresse des Mieters Rechnung zu tragen, ist aber **nicht** auf den **Schutz vor einer unabhängig von einer Umwandlung bestehenden Eigenbedarfslage** zugeschnitten (Senat NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738 Rn 21). Somit hat der Senat nur mit Rücksicht auf den (eingeschränkten) Schutzzweck des § 577a BGB eine Veräußerung i. S. jener Vorschrift verneint.

Diese **Argumentation** lässt sich entgegen der Auffassung der Revision **nicht auf** die Frage des Eintritts des Vermieters in das Mietverhältnis nach **§ 566 I BGB übertragen**, denn diese Vorschrift hat eine andere Zielrichtung. Während § 577a BGB den Mieter davor schützen soll, dass mit einem Wechsel des Rechtsträgers neuer Eigenbedarf geschaffen wird, soll § 566 BGB den Mieter, der vom Eigentümer angemietet hat, vor einer „Vertreibung“ bewahren (Senat, BGHZ 107, 315 [320] = NJW 1989, 2053; NZM 2008, 726 = NJW 2008, 2773 Rn 10); denn ohne einen Übergang der Vermieterstellung könnte der Mieter dem Herausgabeanspruch eines Erwerbers (§ 985 BGB) kein Recht zum Besitz entgegensetzen.

Der **Schutzzweck des § 566 BGB** – Erhaltung des Besitzrechts des Mieters gegenüber einem Erwerber – gebietet es daher, auch die **Auseinandersetzung**, die eine Gesellschaft bezüglich eines von ihr vermieteten Anwesens unter Zuweisung von Wohnungseigentum vornimmt, **als Veräußerung i. S. von § 566 BGB** mit der Folge anzusehen, dass der jeweilige Wohnungseigentümer mit der Grundbucheintragung in die Stellung des Vermieters dieser Wohnung eintritt.“ (BGH aaO)

2. Isolierte Betrachtung der Bildung von Miteigentumsanteilen

Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass die im Rahmen der Auseinandersetzung erfolgte Bildung von Miteigentumsanteilen isoliert zu betrachten sei, so dass nicht eine Veräußerung der einzelnen Wohnungen von der GbR M an den jeweiligen neuen Eigentümer anzunehmen sei, sondern eine Veräußerung des gesamten Anwesens an die Gesellschafter als Bruchteilsgemeinschaft.

„Denn die **Bildung von Miteigentumsanteilen** ist ein bloß rechtstechnisch mit Rücksicht auf die Vorschriften des WEG **erforderlicher Zwischenschritt**, um den mit der Auseinandersetzung bezweckten Wechsel der Rechtsträgerschaft von der Gesellschaft auf die einzelnen Gesellschafter herbeizuführen.“ (BGH aaO)

Die Bildung der Miteigentumsanteile ist daher auch nicht isoliert zu betrachten.

II. Ausschluss der Eigenbedarfskündigung nach § 577a BGB

Das Recht zur Kündigung nach § 573 I Nr. 2 BGB könnte nach § 577a BGB ausgeschlossen sein. Danach kann eine Eigenbedarfskündigung erst nach Ablauf von drei Jahren nach der Veräußerung erklärt werden, wenn an vermieteten Wohnräumen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet und das Wohnungseigentum veräußert worden ist.

„Dem BerGer. ist auch darin beizupflichten, dass die Übertragung des Wohnungseigentums auf die Kl. im Rahmen der Auseinandersetzung der Gesellschaft die Sperrfrist des § 577a BGB nicht ausgelöst hat. Denn die hier bestehende **Eigenbedarfslage** wurde **nicht erst durch die Umwandlung in Wohnungseigentum** und eine anschließende Veräußerung begründet, sondern bestand **unabhängig davon schon zuvor**, weil die Kl. der GbR angehörte, die Vermieterin der Bekl. war. Eine **Kündigung wegen Eigenbedarfs** (im Hinblick auf den Erlangungswunsch der Gesellschafter der Kl.) hätte deshalb **auch schon vor der Umwandlung** erfolgen können. Denn nach der Rechtsprechung des Senats kann eine GbR als Vermieterin **wegen Eigenbedarfs ihrer Gesellschafter kündigen** (NZM 2007, 679 = NJW 2007, 2845 Rn. 12 ff.; NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738 Rn 13).“ (BGH aaO)

Es kommt insofern auch nicht darauf an, dass die GbR M nicht den ursprünglichen Mietvertrag mit den Bekl. abgeschlossen hat, sondern erst dadurch Vermieterin geworden ist, dass sie im Jahr 2000 – zu einem Zeitpunkt, als die Kl. noch nicht Gesellschafterin war – durch Erwerb des Anwesens nach § 566 I BGB in den Mietvertrag eingetreten ist.

„Zwar hat der Senat in seiner Entscheidung NZM 2007, 679 = NJW 2007, 2845 Rn 17, die Möglichkeit der GbR, wegen des Eigenbedarfs eines Gesellschafters zu kündigen, auf diejenigen Gesellschafter beschränkt, die der Gesellschaft bereits bei Abschluss des Mietvertrags angehörten. An dieser Einschränkung hält der Senat aber, wie im Senatsurteil NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738 Rn 15, bereits angedeutet, nicht mehr fest.

*Nach der Rechtsprechung des Senats ist der GbR der **Eigenbedarf eines Gesellschafters deshalb zuzurechnen**, weil es im Ergebnis nicht gerechtfertigt wäre, sie anders zu behandeln als die einfache Vermietermehrheit; denn es hängt **oft vom Zufall** ab, ob eine Personenmehrheit dem Mieter eine Wohnung als Gemeinschaft oder als GbR vermietet (Senat, NZM 2007, 679 = NJW 2007, 2845 Rn 15). **Auch bei einer Miteigentümergeinschaft**, die eine Wohnung vermietet hat, besteht aber – anders als in jenem Senatsurteil in NZM 2007, 679 = NJW 2007, 2845 Rn 17, vorausgesetzt – die **Möglichkeit der Kündigung wegen des Eigenbedarfs auch später hinzugetretener Bruchteilseigentümer**.*

*Denn bei der Übertragung eines Miteigentumsanteils tritt der Erwerber gem. § 566 BGB neben den verbleibenden Miteigentümern in den Vertrag auf Vermieterseite ein (Strey, in: Schmidt-Futterer, § 566 Rn 76; Beuermann, WuM 1995, 5 [6]). Für den Mieter besteht somit **auch bei der Bruchteilsgemeinschaft die Gefahr**, dass das Mietverhältnis wegen einer **Eigenbedarfssituation eines später hinzugetretenen Miteigentümers** gekündigt wird. Eine unterschiedliche Behandlung der GbR und der Miteigentümergeinschaft ist auch insoweit nicht sachgerecht. Es lässt sich in beiden Fällen nicht rechtfertigen, eine Kündigung nur wegen Eigenbedarfs derjenigen Personen zuzulassen, die der Personenmehrheit bereits bei Abschluss des Mietvertrags angehörten.“ (BGH aaO)*

III. Anwendung der Sperrfrist des § 577a BGB aus anderen Gründen

Es kommt auch unter dem Gesichtspunkt einer analogen Anwendung dieser Vorschrift oder wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der GbR M bzw. der Kl. keine Heranziehung der Sperrfrist des § 577a BGB in Betracht.

*„Da der Gesetzgeber in § 577a BGB die Eigenbedarfskündigung nur für eine spezielle, hier nicht vorliegende Konstellation erschwert hat, **fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke**; eine analoge Anwendung des § 577a BGB auf den Erwerb eines Anwesens durch eine Personenmehrheit zwecks Eigennutzung kommt deshalb nicht in Betracht, selbst wenn die Erwerber die Absicht haben, früher oder später Wohnungseigentum zu begründen (Senat, NZM 2009, 613 = NJW 2009, 2738 Rn. 18 ff.). Es macht insoweit auch keinen Unterschied, ob die Personenmehrheit, die ein solches Objekt erworben hat, in ihrem Bestand unverändert bleibt oder einzelne Miteigentümer oder Gesellschafter erst später hinzutreten und anschließend eine Aufteilung erfolgt.*

Die Wahl einer Erwerbsform, die von der gesetzlichen Vorschrift des § 577 a BGB nach ihrem Zweck nicht erfasst ist, stellt sich auch nicht als rechtsmissbräuchlich dar.“ (BGH aaO)

Ergebnis: Der Kl. als Vermieterin war daher eine Eigenbedarfskündigung möglich. Das Vorliegen der Voraussetzungen des Eigenbedarfs ist zwischen den Parteien nicht streitig. Die Kl. hat daher einen Anspruch gegen die Bekl. auf Räumung der Wohnung.

(OLG Koblenz in NJW-RR 2012, 274; Urteil vom 24.08. 2011 – 5 U 433/11)

1. Ein fünfjähriges, **auf dem Bürgersteig radelndes** Kind muss **nicht derart eng überwacht** werden, dass der Aufsichtspflichtige **jederzeit eingreifen** kann. Ebenso wenig muss der Aufsichtspflichtige dafür sorgen, dass das Kind generell vor Biegungen des Gehwegs anhält und dort verharrt.
2. Ein Verstoß gegen die Pflicht, dem Kind auf Sicht- und Rufweite zu folgen, ist haftungsrechtlich unerheblich, wenn feststeht, dass **ihre Beachtung den Unfall nicht vermieden hätte**.

Fall: Die Bekl. ist die Mutter des 2003 geborenen M, der den damals 76-jährigen Kl. am 23.08.2009 bei einem Zusammenprall verletzte. Der Kl. befand sich seinerzeit in der Biegung eines Fußweges. M kam ihm mit dem Fahrrad entgegen und schlug gegen sein rechtes Bein. Wie schnell M fuhr und wie intensiv die Kollision war, ist im Streit. Der Kl. sieht sich in der Folge dauerhaft geschädigt. Er leide unfallbedingt unter einem offenen Bein und könne deshalb seinen Haushalt nicht mehr führen. Dafür macht er die Bekl. verantwortlich, die ihre Aufsichtspflicht verletzt habe. M war vor dem Unfallereignis zusammen mit einem ihm bekannten Erwachsenen auf einem Spielplatz gewesen. Der Zusammenstoß fand ohne dessen Beobachtung in deutlicher Entfernung statt, nachdem M allein fortgeradelt war.

Mit seiner Klage hat der Kl. ein mit mindestens 10.000 Euro zu bezifferndes Schmerzensgeld, einen fortlaufenden Haushaltsführungsschaden und vorgerichtliche Anwaltskosten geltend gemacht.

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Schadensersatzanspruch gem. § 832 I BGB haben. Dann müsste die Bekl. eine ihr obliegende Aufsichtspflicht verletzt haben. Diese Aufsichtspflichtverletzung müsste für einen bei dem Bekl. eingetretenen Schaden kausal gewesen sein.

I. Verletzung der Aufsichtspflicht

Grundsätzlich obliegt der Bekl. als Mutter des Kindes eine Aufsichtspflicht.

*„Man kann insoweit mit dem Kl. davon ausgehen, dass es **geboten gewesen** wäre, **M nicht unbegleitet vom Spielplatz fortradeln zu lassen, sondern ihm zu folgen**. Dies hätte indessen **nicht in kurzem Abstand zu geschehen brauchen**, weil sich M – der Vorgabe des § 2 V StVO gemäß – **auf einem Gehweg** und damit in dem Bereich befand, in dem nicht mit eklatanten Gefahrensituationen zu rechnen war. Der – von dem Zeugen H mitgeteilte – Umstand, dass M dazu geneigt habe, nicht nach links oder rechts zu schauen, wenn er auf eine Straße fuhr, begründete hier kein Risiko. Insofern war es angemessen, M als bald sechsjährigem Kind die **Gelegenheit zu geben, sich eigenständig und unabhängig davon zu bewegen**, ob die Bekl. jederzeit zu intervenieren vermochte (OLG Hamm, NJW-RR 2002, 236 = OLG-Report 2000, 266; VersR 2001, 386).“ (OLG Koblenz aaO)*

Dadurch, dass die Bekl. bzw. der von ihr eingeschaltete Erwachsene das Kind allein mit dem Fahrrad vom Spielplatz hat fahren lassen, ist die Aufsichtspflicht verletzt worden.

II. Kausalität der Aufsichtspflichtverletzung

Eine Haftung der Bekl. kommt allerdings nur in Betracht, wenn eine Beachtung der vorstehenden Aufsichtspflichten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Schaden hätte vermeiden können.

„Das streitige Unfallereignis, aus dem der Kl. seine Ansprüche herleitet, wäre auch dann nicht vermieden worden, wenn die Bekl. M am 23. 8. 2009 in Einhaltung der an Eltern zu stellenden Sorgfaltspflichten überwacht hätte.

*Überdies war **M mit den örtlichen Gegebenheiten vertraut**, und äußere Einflüsse, die ihn zu Unbedachtsamkeiten hätten verleiten können, waren nicht zu ersehen (vgl. dazu BGH, NJW-RR 1987, 1430). Dass er die **Wegstrecke im Auge zu behalten und Hindernissen auszuweichen** hatte, brauchte ihm nicht weiter nahe gebracht zu werden, weil zu erwarten war, dass er **in seinem Alter über die Einsichtsfähigkeit** verfügte, schon im eigenen Interesse so zu handeln. Es ist auch nicht erkennbar, dass Anlass bestanden hätte, M zu ermahnen, langsamer zu fahren. Mit welcher Geschwindigkeit er sich fortbewegte, ist im Streit. Der Kl. hat dazu mitgeteilt, M sei „so schnell“ gewesen, dass er „ihn vorher nicht habe sehen können“. Das besagt objektiv wenig und kann sich ohne Weiteres aus einer momentanen eigenen Unaufmerksamkeit erklären.*

*Mithin wäre die Bekl. in Erfüllung ihrer elterlichen Aufsichtspflicht allenfalls gehalten gewesen, **M auf allgemeine Sicht- und Rufweite zu folgen**. Dann aber hätte sie dem Zusammenstoß, der sich dem Vortrag des Kl. zu Folge in einer in **Sträucher und Gebüsch eingebetteten Wegbiegung** ereignete, ebenso wenig wirksam vorbeugen können, wie dies dem Kl. und M möglich war. Die **Gelegenheit, physisch oder verbal präventiv einzugreifen**, hätte nicht bestanden. Nach dieser hypothetischen Betrachtung kommt die Inanspruchnahme der Bekl. gem. § 832 I 2 BGB nicht in Betracht.“ (BGH aaO)*

Mobbing

Garantenpflicht des Betriebsinhabers / Vorgesetzten

(BGH in NSTZ 2012, 142; Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11)

1. **Grds.** kann sich aus der **Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter** eine **Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter** ergeben.
2. Diese **beschränkt** sich indes – unabhängig von den tatsächlichen Umständen, die im Einzelfall für die Begründung der Garantenstellung maßgebend sind – **auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten** und umfasst nicht auch solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.

Fall: Der Angekl. war in der Straßenbauabteilung der Stadt H. beschäftigt. Nach deren Zusammenlegung mit der Grünflächenabteilung der Stadt im städtischen Bauhof im Frühsommer 2006 war er Vorarbeiter einer Kolonne, der außer ihm die Mitangekl. S, K und B angehörten. Zwischen Februar 2006 und Juli 2008 wurde der ebenfalls beim städtischen Bauhof angestellte, aber in einer anderen Kolonne tätige Geschädigte D während der Arbeitszeit wiederholt Opfer demütigender körperlicher Übergriffe von Seiten der Mitangeklagten, die hierfür bisweilen auch Knüppel, Ketten oder andere Werkzeuge verwendeten.

U. a. kam es zu folgenden Vorfällen: Am 22.02.2006 drängten die Mitangeklagten den Geschädigten D in eine Friedhofskapelle. Die Mitangeklagten K und B hielten den Geschädigten an den Armen fest, während der Mitangeklagte S ihm mit einem Holzknüppel mehrere wuchtige Schläge gegen den Oberkörper versetzte. Nach einem Positionstausch zwischen den Mitangeklagten S und K schlug dieser ebenfalls mehrfach auf den Geschädigten ein. Sodann ließen die Mitangeklagten den Geschädigten, der eine Rippenfraktur erlitten hatte und wegen der starken Schmerzen mehrere Stunden nicht bewegungsfähig war, in der Kapelle zurück und entfernten sich. Anfang 2008 forderten die Mitangeklagten S und K einem gemeinsamen Tatplan entsprechend den Geschädigten auf, sich einen vermeintlichen Schaden an einem der zum Bauhof gehörenden Fahrzeuge anzuschauen, packten ihn, als er sich dem Fahrzeug genähert hatte, von hinten und stießen seinen Kopf heftig auf die Motorhaube. Im Frühjahr 2008 erhielt der Geschädigte D, weil er sich für eine berufliche Fortbildung angemeldet hatte, beim Beladen eines Fahrzeugs Schläge zunächst vom Mitangeklagten S, sodann vom Mitangeklagten K.

Der Angekl. war bei diesen 3 Taten zwar anwesend, an einer aktiven Tatbeteiligung in Form psychischer Unterstützung fehlt es jedoch.

Der Angekl. könnte **durch Unterlassen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung und zur Nötigung** geleistet haben.

Dies setzt das Vorliegen einer **Garantenstellung i. S. einer besonderen Pflichtenstellung**, die über die für jedermann geltende Handlungspflicht hinausgeht (BGH NJW 2000, 2754), voraus.

- I. Eine solche Garantenstellung könnte aus einer dem Angekl. von seiner Arbeitgeberin, der Stadt H., übertragenen **Pflicht zum Schutz der Rechtsgüter des Geschädigten vor Angriffen durch Dritte** ergeben. Dies ist im Ergebnis nach Ansicht des BGH aaO jedoch zu verneinen.

*„Dabei kann dahinstehen, ob die Stadt H. eine solche **Schutzpflicht** – etwa aus § 618 BGB (vgl. BGHR StGB § 222 Pflichtverletzung 9) – überhaupt traf und welche konkreten **Vorgesetztenpflichten** sich ferner aus dem Arbeitsvertrag des Angekl. mit der Stadt H. ergaben. Selbst wenn hier eine solche – grds. mögliche (vgl. BGHSt 54, 44; LK-Weigend 12. Aufl., § 13 Rn 60; Rogall ZStW 98, 573) – arbeitsvertragliche Übertragung einer Schutzpflicht im Interesse nachgeordneter Mitarbeiter anzunehmen sein sollte, würde sich diese jedenfalls nicht auf den Geschädigten erstreckt haben. Dieser befand sich zu keinem der Tatzeitpunkte innerhalb des **personellen Verantwortungsbereichs** des Angekl. Nach den Feststellungen der StrK war der Angekl. weder der planmäßige Vorgesetzte des Geschädigten, noch war der Geschädigte ihm und der von ihm geführten Kolonne aus anderen Gründen, etwa vertretungsweise, zugeordnet.“ (BGH aaO)*

- II. Eine Garantenstellung könnte sich aber aus einer der Stadt H. obliegenden und vom Angekl. **im Rahmen des Arbeitsverhältnisses übernommenen Pflicht zur Überwachung der Mitangekl. S, K und B** mit dem Ziel, von diesen ausgehende Straftaten zum Nachteil des Geschädigten zu verhindern, ergeben.

1. Zwar kann sich aus der **Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter** je nach den Umständen des einzelnen Falles eine **Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter** ergeben. Diese beschränkt sich indes auf die **Verhinderung betriebsbezogener Straftaten** und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.

vgl. RGSt 58, 130; BGHSt 54, 44; Dannecker/Dannecker JZ 2010, 918; vgl. auch BGHSt 37, 106; OLG Karlsruhe GA 1971, 281; Schönke/Schröder-Stree/Bosch, 28. Aufl., § 13 Rn 53; Lackner/Kühl, 27. Aufl., § 13 Rn 14; NK-StGB-Wohlers, 3. Aufl., § 13 Rn 53; Fischer, 58. Aufl., § 13 Rn 37; Roxin, StrafR AT II, § 32 Rn 134; Schönemann wistra 1982, 41; Schall f. FS Rudolphi, S. 267; Rogall ZStW 98, 573; Tiedemann, WirtschaftsstrafR, 3. Aufl., Rn 183; gegen eine Garantenstellung des Geschäftsherrn wegen des Grundsatzes der Eigenverantwortlichkeit SK-StGB-Rudolphi, § 13 Rn 32ff.; Otto Jura 1998, 409; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 116

Betriebsbezogen ist eine Tat dann, wenn sie einen **inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes** aufweist (vgl. Spring Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, 2009, S. 137 m.w.N.; Roxin aaO, Rn 141; LK-Weigend; enger Rogall S. 618).

„Die Beschränkung der Garantenhaftung des Betriebsinhabers auf betriebsbezogene Taten ist unabhängig davon geboten, welche tatsächlichen Umstände für die Begründung der Garantenstellung im Einzelfall maßgebend sind. Weder mit einem auf dem Arbeitsverhältnis beruhenden Weisungsrecht gegenüber Mitarbeitern noch mit der Herrschaft über die „Gefahrenquelle Betrieb“ oder unter einem anderen Gesichtspunkt lässt sich eine über die allgemeine Handlungspflicht hinausgehende, besondere Verpflichtung des Betriebsinhabers begründen, auch solche Taten von voll verantwortlich handelnden Angestellten zu verhindern, die nicht Ausfluss seinem Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld seiner Mitarbeiter spezifisch anhaftender Gefahren sind, sondern die sich außerhalb seines Betriebes genauso ereignen könnten (vgl. OLG Karlsruhe GA 1971, 281; Roxin aaO, Rn 139, 141).“ (BGH aaO)

2. Gemessen daran handelte es sich vorliegend bei den Misshandlungen des Geschädigten D durch die Mitangeklagten nicht um betriebsbezogene Straftaten, denn sie standen weder in einem **inneren Zusammenhang** zur von den Mitangekl. im Rahmen des Arbeitsverhältnisses **zu erbringenden Tätigkeit**, noch hat sich in ihnen eine gerade dem Betrieb des städtischen Bauhofs **spezifisch anhaftende Gefahr** verwirklicht.

*„Insbes. war den Mitangekl. die Schikanierung des Geschädigten weder als Teil der „Firmenpolitik“ – etwa um einen unliebsamen Mitarbeiter zum Verlassen des Unternehmens zu bewegen – von der Betriebsleitung aufgetragen worden, noch nutzten die Mitangekl. ihnen durch ihre Stellung im Betrieb eingeräumte **arbeits-technische Machtbefugnisse** zur Tatbegehung aus (vgl. Mühe, Mobbing am Arbeitsplatz – Strafbarkeitsrisiko oder Strafbarkeitslücke?, 2006, S. 239).“ (BGH aaO)*

3. Eine andere Bewertung ist auch nicht deshalb geboten, weil die Taten Bestandteil einer Serie wiederkehrender und sich **über einen Zeitraum von mehreren Jahren erstreckender Misshandlungen** waren.

*„Zwar wird die **Betriebsbezogenheit** solcher mit dem Begriff „Mobbing“ bezeichneter Tatserien bisweilen mit der Begründung bejaht, dass sich eine in der Betriebsgemeinschaft allgemein angelegte Gefahr verwirklichte, weil für solche Taten der abgegrenzte soziale Raum des Betriebes **ohne ausreichende Ausweichmöglichkeiten für das um seinen Arbeitsplatz und damit seine wirtschaftliche Existenz fürchtende Opfer** konstitutiv seien (in diesem Sinne etwa Mühe aaO, S. 244ff.; Wolmerath, Mobbing, 3. Aufl., S. 80; dagegen Fehr, Mobbing am Arbeitsplatz, 2007, S. 195ff.).*

*Damit würde das **Merkmal der Betriebsbezogenheit** jedoch jedenfalls für Fälle wie den vorliegenden **überdehnt**: Die Gefahr auch wiederholter, unter Kollegen begangener Körperverletzungen besteht in jedem Unternehmen mit mehr als einem Mitarbeiter, ist also keine gerade dem konkreten Betrieb – hier dem städtischen Bauhof – innewohnende Gefahr. Auch ändert sich am Fehlen eines inneren Zusammenhangs zwischen dem Betrieb des Bauhofs bzw. dem Aufgabenbereich der Mitangekl. und der Misshandlung des Geschädigten nichts dadurch, dass diese wiederholt begangen wurde. Insbes. verlieren die Körperverletzungstaten hierdurch nicht ihren Charakter als Exzesstaten. Ließe man allein das iterative Moment für die Annahme der Betriebsbezogenheit ausreichen, würde die mit diesem Merkmal bezweckte und im Hinblick auf Art. 103 II GG gebotene (vgl. LK-Weigend aaO, Rn 18f. mwN). Einschränkung der Haftung des Geschäftsherrn aufgegeben und dieser im Ergebnis doch für eine insgesamt straffreie Lebensführung seiner Mitarbeiter während der Arbeitszeit verantwortlich gemacht.“ (BGH aaO)*

- III. **Ergebnis:** Das Vorliegen einer Garantenpflicht des Arbeitgebers, Betriebsinhabers, Vorgesetzten ergibt sich vorliegend nicht aus der arbeitsrechtlichen Pflicht zur Überwachung der Mitangeklagten mit dem Ziel der Verhinderung von Straftaten. Eine solche Pflicht besteht nur in Bezug auf betriebsbezogene Straftaten, nicht aber auf solche, die lediglich bei Gelegenheit der Tätigkeit im Betrieb begangen werden. Körperliche Übergriffe unter Mitarbeitern gehören daher auch dann nicht zu den betriebsbezogenen Straftaten, wenn sie wiederholt geschehen und den Begriff des „Mobbing“ erfüllen.

StGB
§ 243 I 2 Nr. 2

Besonders schwerer Diebstahl
Mittelbare Täterschaft

StGB

(KG in NJW 2012, 1093; Urteil vom 28.08.2011 – 1 Ss 465/11)

1. Ein **verschlossenes Behältnis** ist **gegen Wegnahme** auch dann **besonders gesichert**, wenn der **Täter dieses mit dem zuvor aufgefundenen Schlüssel öffnet**, der jedenfalls **nicht im Schloss steckte** oder als **erkennbar zum Behältnis gehörig direkt daneben lag**.
2. Der Täter stiehlt auch dann eine durch ein verschlossenes Behältnis besonders gesicherte Sache, wenn er **als Unberechtigter durch Täuschung einen gutgläubigen Dritten dazu bewegt**, den zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten **Zugangscod**e für den **Schließmechanismus zu verwenden**.

Fall: Der Angekl. entwendete in der Wohnung des Geschädigten B, in welcher er für einige Tage zur Untermiete gewohnt hat, aus einem Tresor mindestens 4.200 € Bargeld, um es für sich zu verwenden. Den vom Angekl. benutzten Tresorschlüssel entdeckte er im Tatortzimmer, er war nicht besonders versteckt.

Im zweiten Fall befand sich der Angekl. in einem Hotelzimmer des Hotel A. Um aus dem im Zimmer befindlichen Tresor dort verwahrte Gegenstände entwenden zu können, rief der Angekl. per Telefon an der Rezeption an, gab sich als Bewohner des Zimmers aus und erklärte, sein Zimmersafe lasse sich nicht öffnen, worauf der Hoteltechniker F erschien und dem Angekl., der vorgab, den Code vergessen zu haben, den Tresor öffnete. Aus dem Tresor entwendete der Angekl. mit Diebstahlsabsicht für seine Zwecke 350 US-Dollar Bargeld und einen iPod.

I. Der Angekl. könnte die Voraussetzungen eines **besonders schweren Falls des Diebstahls** gem. § 243 I StGB erfüllt haben, indem er den in der Wohnung des B vorhandenen **Tresor mit dem in der Wohnung selbst aufgefundenen Tresorschlüssel geöffnet** hat.

1. Der Umstand, dass der **Tresorschlüssel** für den Angekl. zu entdecken war, weil er **„nicht besonders versteckt“** war, **führt nicht zum Ausschluss des verschärften Strafrahmens**.

KG aaO schließt sich hierbei in der Begründung dem BGH (NJW 2010, 3175 = NStZ 2011, 36 = StV 2011, 18) an, der zu der Frage der **Öffnung einer Schutzvorrichtung mit einem dafür bestimmten Schlüssel durch Unberechtigte** das Folgende ausgeführt hat:

*„Dient das Behältnis nach seiner **erkennbaren Zweckbestimmung** wenigstens u. a. auch zur **Sicherung der darin aufbewahrten Sache gegen Diebstahl**, wie es bei einem Tresor idealtypisch der Fall ist, dann ist das verschlossene Behältnis ein Spezialfall einer Schutzvorrichtung im Sinne der Vorschrift. Das Regelbeispiel setzt voraus, dass das Behältnis verschlossen ist. **Weitere Sicherungen**, etwa durch Wegschließen des Schlüssels, sind danach zu seiner Erfüllung **nicht mehr erforderlich**. Der Täter muss – sofern er nicht sogar die Sache mitsamt dem Behältnis stiehlt – die **Sicherung überwinden**, wobei es aber **nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt** (vgl. BT-Dr IV/650, S. 403; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 243 Rn 17). § 243 I 2 Nr. 2 StGB betont nämlich die **besondere Sicherung des Diebstahlsobjekts**, während § 243 I 2 Nr. 1 StGB besondere Arten der Tatausführung bei einer allgemeinen Sicherung des Gegenstands hervorhebt; auf eine besondere Gestaltung der Tathandlung über das Überwinden der Sicherung hinaus kommt es dagegen bei § 243 I 2 Nr. 2 StGB nicht an (vgl. OLG Frankfurt a. M. NJW 1988, 3028). Daher scheidet die Anwendung des Regelbeispiels für einen besonders schweren Fall des Diebstahls wegen der Wegnahme einer Sache aus einem verschlossenen Behältnis auch dann nicht aus, wenn der Verschluss mit dem dafür vorgesehenen Schlüssel geöffnet wird. Allenfalls dann, wenn der Benutzer des Schlüssels zu dessen Verwendung befugt ist, könnte für ihn die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Diebstahlssicherung entfallen (vgl. OLG Hamm NJW 1982, 777 = JR 1982, 119; MüKo-StGB/Schmitz, 2003, § 243 Rn 35). Jedenfalls wenn ein Unbefugter den Schlüssel an sich nimmt und er damit das Behältnis öffnet, überwindet er die Diebstahlssicherung, die sich aus dem Verschlusszustand des Behältnisses ergibt (vgl. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 48; Fischer, § 243 Rn 17; Vogel, LK-StGB, 12. Aufl., § 243 Rn 32). Die Erfüllung des Regelbeispiels führt grds. zur Anwendung des Ausnahmestrafrahmens.“*

2. Ob etwas anders gilt, wenn der **Schlüssel im Schloss des betreffenden Behältnisses steckt** oder als **erkennbar zu diesem gehörig direkt daneben liegt** und in diesem Sinne „unmittelbar zugänglich“ ist (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 243 Rn 22; Bosch JA 2009, 905), muss in der vorliegenden Konstellation nicht entschieden werden.

*„Nicht mehr mit dem Wortlaut und dem Zweck der erhöhten Strafdrohung vereinbar wäre es und führte überdies zu **kaum lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten**, den Erschwerungsgrund schon allein bei einer*

„leichten“ Zugänglichkeit des Schlüssels zu verneinen (in diese Richtung aber, unter Verweis auf eine vermeintlich herrschende Meinung und ohne jede Darlegung der näheren Voraussetzungen einer solchen Fallgruppe, Bachmann/Goeck StV 2011, 19: „sonst leicht zugänglich“ [Anm. zu BGH NJW 2010, 3175 = NSTZ 2011, 36 = StV 2011, 18]).“ (KG aaO)

II. im zweiten Fall könnte der Angekl. die Voraussetzungen eines **besonders schweren Falls des Diebstahls** gem. § 243 I StGB erfüllt haben, indem er den **gutgläubigen Hoteltechniker dazu bewegt** hat, den **Zimmertresor**, der eine Schutzvorrichtung gegen Wegnahme i. S. des Regelbeispiels darstellt, **zu öffnen**, um sodann auf dessen Inhalt zugreifen zu können.

1. Ob der Hoteltechniker zur Verwendung des ihm bekannten Zugangscodes im Verhältnis zu den wirklichen Bewohnern des Hotelzimmers und Gewahrsamsinhabern an dem Inhalt des Tresors befugt war und für ihn deshalb die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Diebstahlssicherung entfallen ist, kann dahinstehen. Der **Angekl.** jedenfalls **hat in seiner Person diese besondere Diebstahlssicherung durch sein listiges Vorgehen überwunden**, weil es nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt, eine besondere Gestaltung der Tathandlung über das faktische Überwinden der Sicherung hinaus also nicht von Belang ist, sondern allein die **Art der Sicherung maßgeblich** ist (vgl. BGH NJW 2010, 3175 = NSTZ 2011, 36).

„Der **gesetzgeberische Grund** für das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 StGB und die hierdurch regelmäßig ausgelöste Strafschärfung liegt darin, dass der Täter ein **erhöhtes Maß an Rücksichtslosigkeit gegenüber fremdem Eigentum** zeigt, indem er sich über eine besondere Sicherung hinwegsetzt, mit welcher der Eigentümer zu erkennen gibt, dass er auf die Erhaltung gerade dieser Sache Wert legt (vgl. OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2010, 48 m. w. Nachw.).

So liegt es hier, ebenso wie in einem Fall, in dem der Täter einen zur Öffnung gewidmeten Schlüssel auf unredliche Weise und unbefugt an sich genommen hat (vgl. OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2010, 48 m. w. Nachw.). Der Angekl. war nicht befugt, den Zugangscod selbst zu nutzen oder für sich nutzen zu lassen; er hat **durch sein listiges Verhalten** die zu Gunsten des berechtigten Gewahrsamsinhabers bestehende **besondere Diebstahlssicherung** i. S. des § 243 I 2 Nr. 2 **überwunden**.

Auch wenn man dies anders sehen wollte, läge der Erschwerungsgrund des § 243 StGB vor. Die Aufzählung der benannten besonders schweren Fälle in § 243 I StGB ist nicht abschließend. Vielmehr sind auch sonst Diebstähle als besonders schwere Fälle anzusehen, wenn sich die Taten auf Grund einer Gesamtbeurteilung nach ihrem Gewicht von Unrecht und Schuld **deutlich von dem Normalfall des einfachen Diebstahls gem. § 242 StGB abheben** (vgl. Schönke/Schröder, § 243 Rn 42a m. w. Nachw.). Das kommt u. a. in Betracht, wenn die konkreten Tatumstände einem der den Regelbeispielen zu Grunde liegenden Leitbilder vergleichbar sind. Dies ist etwa der Fall, wenn die Tat eine **besondere kriminelle Energie** offenbart, aber auch, wenn der Täter besonders listig vorgegangen ist und dadurch eine nicht unerhebliche Beute gemacht hat (vgl. OLG Düsseldorf NJW 2000, 158 = NSTZ 2000, 424; s. auch BGH NSTZ-RR 2010, 374: Betreten eines Hauses durch eine Terrassentür im Erdgeschoss nach Hineingreifen durch den gekippten Türflügel zum Öffnen der Tür). Ein Fall vergleichbaren Schweregehalts liegt hier vor.“ (KG aaO)

2. Ein Schuldspruch wegen eines (in mittelbarer Täterschaft begangenen) Diebstahls in einem besonders schweren Fall kommt allerdings nicht in Betracht, weil das Vorliegen eines besonders schweren Falls nach § 243 StGB nicht zur rechtlichen Bezeichnung der Tat i. S. des § 260 IV 1 StPO gehört (vgl. BGH NSTZ 1999, 205; Meyer-Goßner, § 260 Rn 25 m.w. Nachw.).

(OVG Bremen in DÖV 2012, 204; Beschluss vom 21.10.2011 - 1 B 162/11)

1. Eine gefahrenabwehrrechtliche Allgemeinverfügung, mit der das **Tragen von Bekleidungsstücken** mit näher bezeichneten Abzeichen und Emblemen bestimmter Rockergruppen in einem bestimmten Gebiet verboten wird, ist nur rechtmäßig, solange sie **anlassbezogen** der Abwehr einer **konkret drohenden Gewalteskalation** dient.
2. Eine **konkrete Gefahr** ist gegeben, wenn im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in **absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit** eintreten wird.
3. Eine **abstrakte Gefahr** ist gegeben, wenn eine **generell-abstrakte Betrachtung** für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein **Schaden** im Einzelfall **eintreten pflegt**.
4. Dem Fortbestehen „**latent existenter Aggressionen**“ zwischen solchen Gangs und einem von der Kleidung ausgehenden möglichen Einschüchterungseffekt für Dritte kann **nicht** mit einer unbefristeten **Allgemeinverfügung**, sondern **nur**, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, mit einer **Polizeiverordnung** nach §§ 48 ff. BremPolG begegnet werden.

Fall: Am 12.05.2011 erließ die Antragsgegnerin für den Bereich der östlichen Bahnhofsvorstadt in Bremen folgende Allgemeinverfügung:

„Es wird untersagt, im nachfolgend näher bezeichneten Gebiet Bekleidungsstücke zu tragen, die mit Abzeichen und Emblemen von Motorradgruppierungen versehen sind, soweit sich diese mit Abzeichen und Emblemen auf die nachfolgend genannten, sog. Outlaw Motorcycle Gangs beziehen. Dazu zählen Kleidungsgegenstände, die in Text, Bild oder Zeichen den Namen, das Symbol oder sonstige Kennzeichnungen einer Zugehörigkeit oder der Unterstützung einer solchen Gruppierung wiedergeben. Dies sind im Einzelnen die Gruppierungen Hells Angels MC, Red Devils MC, Mongols MC, Bandidos MC, Gremium MC. Die Symbole der bezeichneten Gruppierungen sind in der Anlage zu dieser Verfügung aufgeführt.

Ferner ist die Wiedergabe der Schriftzüge AFFA, DFFD, MFFM und der Parolen „The Big Red Machine“, „Red Light Crew“, „Respect Few, Fear None“ und „Expect no mercy“, sowie des Signums „1%er“ oder des Signums „1% in einer Raute“ und die Bezeichnungen „Outlaw Motorcycle Gang“ oder „Outlaw Motorcycle Club“ verboten.

Der Verbotsbereich erstreckt sich auf das Gebiet, welches beschränkt wird von der Bürgermeister-Smidt-Straße, Beim Handelsmuseum, Bahnhofsvorplatz, Gustav-Deetjen-Tunnel, An der Weide, Außer der Schleifmühle, Dobbenweg, Eduard-Grunow-Straße, Rembertikreisel, Rembertiring, Fedelhöfen, Präsident-Kennedy-Platz bis auf Höhe Kohlhöcker Straße, Contrescarpe, Birkenstraße zurück zur Bürgermeister-Smidt-Straße und ist insoweit identisch mit der Waffenverbotszone. Der beigegefügte Plan ist Bestandteil dieser Entscheidung.

Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Ziffer 1 dieser Verfügung wird die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von € 200,- gem. § 11 ff des Bremischen Verwaltungsvollstreckungsgesetzes angedroht. An die Stelle des Zwangsgeldes tritt die Ersatzzwangshaft von 1 Tag je € 200,00 wenn die Beitreibung des Zwangsgeldes ohne Erfolg versucht wurde oder wenn feststeht, dass die Beitreibung des Zwangsgeldes keinen Erfolg haben wird.

Die sofortige Vollziehung dieser Entscheidung wird angeordnet.“

Die Allgemeinverfügung wurde am 14.05.2011 in der Tageszeitung Weser-Kurier öffentlich bekannt gegeben.

Die Maßnahme wurde mit einem am 07./08.05.2011 erfolgten Überfall von Mitgliedern des Vereins „Mongols MC Bremen“ auf das Vereinsheim der „Hells Angels Bremen“ begründet. Aus Anlass dieses Überfalls wurden 61 Personen aus der Gruppe der „Mongols“ in polizeiliches Gewahrsam genommen. Mit der Allgemeinverfügung solle erneuten gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen den rivalisierenden Rockergruppen entgegen gewirkt werden. Darüber hinaus sei die Allgemeinverfügung auch erlassen worden, weil von den uniformähnlichen Bekleidungsstücken der Motorradgruppen, die in der Vergangenheit wiederholt durch Aggressionen und Gesetzesverletzungen aufgefallen seien, eine einschüchternde Wirkung auf die Anwohner und Geschäftsleute des Stadtteils sowie die Besucher der in dem Stadtteil gelegenen Lokale und Vergnügungstätten ausgehe.

Mit Verfügung vom 19.05.2011 verbot der Senator für Inneres der Freien Hansestadt Bremen unter Anordnung der sofortigen Vollziehung den Verein „Mongols MC Bremen“. Dagegen ist Klage vor dem Oberverwaltungsgericht Bremen erhoben, über die noch nicht entschieden ist. Ein Aussetzungsantrag ist nicht gestellt worden.

Am 01.06.2011 hat der Antragsteller, der sich als Sympathisant der „Hells Angels“ bezeichnet, Widerspruch gegen die Allgemeinverfügung vom 12.05.2011 eingelegt. Ebenfalls am 01.06.2011 hat er beantragt, die sofortige Vollziehung der Verfügung auszusetzen. Er sehe nicht ein, dass ihm verboten werde, Kleidung mit Schriftzügen zu tragen, die seine Sympathie gegenüber den „Hells Angels“ zum Ausdruck bringe.

Ist der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung begründet?

Der Antrag ist begründet, die Allgemeinverfügung nach summarischer Prüfung rechtswidrig ist, da kein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung einer rechtswidrigen Allgemeinverfügung bestehen kann.

Die Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG ist rechtswidrig, wenn eine Ermächtigungsgrundlage fehlt, die formellen Voraussetzungen fehlen oder materielle Fehler feststellbar sind.

I. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für eine polizeiliche Allgemeinverfügung kommt die Generalklausel des § 10 BremPolG in Betracht.

vgl. §§ 1, 3 BWPoIG; § 17 I BlnASOG; § 10 I BbgPoIG; § 11 NdsSOG; § 3 HbgSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSO; § 8 NwPoIG; § 9 RhPfPOG; § 8 I SaarlPoIG; § 3 I SächsPoIG; §§ 1, 13 SachsAnhSOG; § 174 SchlHVwG; § 12 I ThürPAG

II. formelle Rechtmäßigkeit

Für eine polizeirechtliche Allgemeinverfügung ist die Polizei zuständig. Auch hinsichtlich der Form und Bekanntmachung bestehen keine Bedenken. Eine Anhörung war nach § 28 II Nr. 4 BremVwVfG entbehrlich. Fraglich ist allerdings, ob die Allgemeinverfügung hinreichend bestimmt ist.

„Ihr räumlicher Geltungsbereich ist eindeutig festgelegt. Er betrifft den Bereich der östlichen Bahnhofsvorstadt in Bremen. Die Straßenzüge, die den Geltungsbereich begrenzen, sind im Tenor der Verfügung genannt.“

*Die Verfügung verbietet in diesem Bereich **Bekleidungsstücke** zu tragen, die mit Abzeichen und Emblemen bestimmter Motorradgruppierungen versehen sind. Die **Gruppierungen werden im Einzelnen** genannt. Dass die betreffenden Rockergruppen über unverwechselbare, auffällige Abzeichen und Embleme verfügen, durch die jeweils eine eindeutige Zuordnung zu den Gruppen bezweckt wird, kann ernstlich nicht bestritten werden. In der Behördenakte befinden sich Ablichtungen von Lederjacken und Westen, die mit entsprechenden Zeichen versehen sind. Ferner wurden bestimmte Schriftzüge verboten, unter anderem der vom Antragsteller beanstandete „The Big Red Machine“. Dass dieser Schriftzug ein Synonym für die „Hells Angels“ ist, hat die Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren plausibel dargelegt.“ (OVG Bremen aaO)*

Die Allgemeinverfügung ist daher hinreichend bestimmt.

III. materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 10 I 1 BremPolG darf die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzuwehren. Voraussetzung für einen auf § 10 Abs. 1 Satz 1 BremPolG gestützten Verwaltungsakt ist das Vorliegen einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

1. Voraussetzungen für Allgemeinverfügung nach Generalklausel

*„Das gilt auch, wenn die Polizei auf der Grundlage von § 10 I 1 BremPolG eine Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 BremVwVfG erlässt. Eine **Allgemeinverfügung** ist ein **Verwaltungsakt**, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen **bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis** richtet (personenbezogene Allgemeinverfügung, § 35 Satz 2 1. Alt. BremVwVfG). Es handelt sich in diesem Fall um eine „**konkret-generelle**“ **Regelung**, die **aus einem konkreten Anlass** gegen einen bestimmten oder zumindest bestimmbaren Personenkreis erlassen wird (st. Rspr. vgl. BVerwG, U. v. 17.08.2011 - 6 C 9/10 - juris, Rn. 51; U. Stelkens, in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 282; Hk-VerwR/Schwarz, 2. Aufl. 2010, § 35 VwVfG, Rn. 117). Bei einer Allgemeinverfügung, die sich auf § 10 I 1 BremPolG stützt, besteht dieser **Anlass in der konkreten Gefahr**, die durch die Verfügung abgewehrt werden soll.“*

*Durch eine gefahrenabwehrrechtliche Allgemeinverfügung können **andauernde Handlungs- und Unterlassungspflichten** auferlegt werden. In diesem Fall ist jedoch zu beachten, dass derartige Handlungsgebote und -verbote nur zur **Bekämpfung einer konkreten Gefahr** ergehen dürfen. Eine Allgemeinverfügung darf nicht zur Bekämpfung abstrakter Gefahren erlassen werden. Sollen **abstrakte Gefahren** abgewehrt werden, darf dies nur im **Wege einer gefahrenabwehrrechtlichen Verordnung** geschehen (§ 10 Abs. 1 Satz 2 BremPolG; vgl. auch U. Stelkens, a. a. O., § 35 Rn. 287; Hk-VerwR/Schwarz, a. a. O., § 35 VwVfG, Rn. 122). Zuständigkeit und Verfahren für den Erlass von Polizeiverordnungen werden im Einzelnen in § 48 ff. BremPolG geregelt.“ (OVG Bremen aaO)*

2. Anforderungen an das Vorliegen einer konkreten Gefahr

Es muss daher auch für eine Allgemeinverfügung eine konkrete Gefahr vorliegen.

*„Eine **konkrete Gefahr** ist gegeben, wenn im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in **absehbarer Zeit** ein **Schaden für die öffentliche Sicherheit** eintreten wird (vgl. § 2 Nr. 3a Brem-PolG).*

*Die konkrete Gefahr unterscheidet sich von der abstrakten nicht durch den Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, sondern durch den Bezugspunkt der Gefahrenprognose. Während bei der **konkreten Gefahr** auf einen **bestimmten Sachverhalt** oder ein bestimmtes Ereignis abgestellt wird, ist die **abstrakte Gefahr** auf den typischen Fall bezogen. Eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine **generell-abstrakte Betrachtung** für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflegt (st. Rspr., vgl. BVerwG, U. v. 03.07.2002 - 6 CN 8/01 - BVerwGE 116, 347 [351]).“ (OVG Bremen aaO)*

3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben vom Vorliegen einer konkreten Gefahr ausgegangen werden kann. Hierbei kann durchaus zwischen dem Zeitpunkt des Erlasses der Allgemeinverfügung und einem späteren Zeitpunkt unterschieden werden. Bei einer polizeirechtlichen Allgemeinverfügung ist die Polizei nämlich verpflichtet, die Verfügung bei Fortfall der konkreten Gefahr aufzuheben.

a) Vorliegen einer konkreten Gefahr bei Erlass der Allgemeinverfügung

*„In der Nacht vom 07. auf den 08.05.2011 war es zu einem Überfall von Mitgliedern der Rockergruppe „Mongols“ auf das Vereinsheim der „Hells Angels“ in der Straße Am Dobben in Bremen gekommen. Die **drohende Konfrontation** konnte nur mit einem erheblichen **Einsatz von Polizeikräften** verhindert werden. Insgesamt wurden 61 Personen aus der Gruppe der „Mongols“ in Polizeigewahrsam genommen.*

Wie zugespitzt die Lage war, wird durch einen weiteren Vorfall, der sich nur wenige Tage später ereignete, bestätigt. Am Abend des 13.05.2011 schlugen Mitglieder der „Mongols“ in der Hankenstraße in Bremen mit Hieb Waffen und Dachlatten auf Angehörige und Unterstützer der „Hells Angels“ ein. Es kam zu Körperverletzungen.

*Bei der **Gefahrenprognose** hat die Antragsgegnerin weiterhin zu Recht berücksichtigt, dass die von der Allgemeinverfügung erfassten Rockergruppen ihre **Rivalität** bereits in der Vergangenheit **wiederholt gewaltsam ausgetragen** hatten. Bei dieser Sachlage bestand die **konkrete Gefahr**, dass aufgrund der beiden Überfälle eine **Gewalteskalation in Gang gesetzt** werden würde.*

*Die Allgemeinverfügung war ein **verhältnismäßiges Mittel**, um dieser Gefahr entgegen zu wirken. Zwar war damit eine weitere Eskalation nicht ausgeschlossen. Den Mitgliedern der Rockergruppen wurde damit im räumlichen Geltungsbereich der Allgemeinverfügung aber immerhin die **Möglichkeit genommen**, durch die auffälligen Zeichen ihrer jeweiligen Gruppe **Gruppenzugehörigkeit zu demonstrieren**. Damit entfiel ein Anknüpfungspunkt für gegenseitige Provokationen und Übergriffe.*

Die konkrete Gefahr einer Gewalteskalation war durch das am 19.05.2011 unter Anordnung der sofortigen Vollziehung erfolgte Verbot des Vereins „Mongols MC Bremen“ noch nicht beseitigt. Es blieb abzuwarten, welche Wirkungen dieses Verbot entfaltete, zumal die „Mongols“ - wie im Übrigen auch die „Hells Angels“ - in der Lage sind, Gleichgesinnte aus anderen Bundesländern zu mobilisieren.“ (OVG Bremen aaO)

Eine summarische Überprüfung führt daher zu dem Ergebnis, dass im Zeitpunkt des Erlasses der Allgemeinverfügung am 12.05.2011 eine konkrete Gefahr für gewalttätige Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Rockergruppen gegeben war.

b) Wegfall der konkreten Gefahr zu einem späteren Zeitpunkt

Mit Rücksicht auf die Intensität der im Mai 2011 zwischen den Rockergruppen geführten Auseinandersetzungen, das Gewicht der drohenden Rechtsgutverletzungen sowie die überregionalen Verbindungen der Rockergruppen ist insoweit für die Gefahrenprognose ein Beobachtungszeitraum anzuerkennen.

*„Das Gericht geht davon aus, dass aber jedenfalls nach **Ablauf von drei Monaten** nach Bekanntgabe der Allgemeinverfügung die konkrete Gefahr entfallen war und sich die Lage insoweit wieder „beruhigt“ hatte. Von **welchem Zeitpunkt** an die konkrete Gefahr einer Gewalteskalation fortgefallen war, bedarf im Rahmen dieses Eilverfahrens **keiner abschließenden Klärung**.*

Auf ein Hinweisschreiben des Gerichts vom 11.10.2011 hat die Antragsgegnerin **keine tragfähigen Anhaltspunkte** genannt, die für ein **Fortbestehen der konkreten Gefahr** sprechen könnten. Die Antragsgegnerin spricht zwar in ihrer Stellungnahme vom 17.10.2011 von den weiter „**latent existenten Aggressionen**“ zwischen den Mitgliedern der in der Allgemeinverfügung genannten Gruppierungen. Über **konkrete Hinweise** für eine Gewalteskalation, wie sie im Mai 2011 drohte, verfügt die Antragsgegnerin aber **ersichtlich nicht**. Die besorgniserregenden Vorkommnisse, die in der Stellungnahme aus anderen Städten berichtet werden, haben keinen konkreten Bezug zu den in Bremen erfolgten gewalttätigen Auseinandersetzungen. Das hier in Rede stehende Verbot, rockertypische Bekleidungsstücke zu tragen, wäre im Übrigen auch kein geeignetes Mittel, um solche Vorkommnisse zu verhindern (u. a. Schüsse auf ein Geschäft in Berlin am 06.10.2011; Einwerfen einer Eingangstür mit Steinen in Kiel am 26.08.2011; dreifacher Mord in Belgien am 20.05.2011).“ (OVG Bremen aaO)

Allerdings wurde die Allgemeinverfügung auch damit begründet, die von dem Verbot erfassten Embleme und Abzeichen verliehen der Kleidung einen uniformähnlichen Charakter, was mit einem **Einschüchterungseffekt für die Bevölkerung** des Stadtteils verbunden sei.

„**Sofern** diese Gefahrenprognose der Antragsgegnerin **zutreffen sollte**, was an dieser Stelle ausdrücklich offen gelassen wird, handelte es sich hierbei nicht um eine konkrete, sondern um eine **abstrakte Gefahr**, nämlich eine Gefahr, die sich bei **abstrakt-genereller Betrachtung** aus einer bestimmten Verhaltensweise ergibt. Daran ändert auch nichts, dass, wie die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 17.10.2011 ausführt, innerhalb des Stadtteils die sogenannte Diskomeile liege, die nebst ihres näheren Umfelds einen Kriminalitätsschwerpunkt darstelle. Gefahrbegründend wäre insoweit nicht ein konkretes Ereignis oder ein konkreter Sachverhalt, sondern eine allgemeine Verhaltensweise, nämlich das Tragen bestimmter Bekleidungsstücke. **Abstrakte Gefahren dürfen jedoch nicht mit einer Allgemeinverfügung bekämpft werden**, das statthafte rechtliche Instrument ist die Polizeiverordnung.“ (OVG Bremen aaO)

Es spricht einiges dafür, dass die Allgemeinverfügung zwar rechtmäßig erlassen worden ist, inzwischen aber die rechtlichen Voraussetzungen für die ergriffene Maßnahme entfallen sind. Im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens geht das Oberverwaltungsgericht davon aus, dass der Verfügung jedenfalls seit dem 14.08.2011, also nach Ablauf von drei Monaten seit ihrer Bekanntgabe, die Rechtsgrundlage fehlt. Auch hinsichtlich der Zwangsgeldandrohung ist die sofortige Vollziehung für die Zeit ab dem 14.08.2011 auszusetzen; für die Zeit davor besteht hierfür jedoch kein Anlass.

Ergebnis: Für die Zeit ab dem 14.08.2011 ist nach summarischer Prüfung von der Rechtswidrigkeit der Allgemeinverfügung auszugehen, so dass ab diesem Zeitpunkt auch die Voraussetzungen für die Zwangsgeldandrohung fehlen und hinsichtlich beider Verwaltungsakte die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen ist.

„Andererseits spricht einiges dafür, dass die Allgemeinverfügung in den ersten drei Monaten ihrer Geltung keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnete. Eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, deren **Rückwirkung vom Gericht beschränkt** werden kann (Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 80 Rn. 54), kommt für diesen Zeitraum nicht in Betracht. Insoweit bleibt der Aussetzungsantrag erfolglos.“ (OVG Bremen aaO)

(BVerfG, DÖV 2012, 242; Beschluss vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10)

1. Die Übertragung von Aufgaben des Maßregelvollzugs auf **formell privatisierte** Träger kann mit Art. 33 IV GG sowie mit dem **Demokratieprinzip** und den **Grundrechten der Untergebrachten** vereinbar sein.
2. Art. 33 IV GG gilt auch für die **Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in privatrechtlicher Organisationsform**.
3. **Abweichungen** vom Grundsatz des Funktionsvorbehalts bedürfen der Rechtfertigung durch einen **spezifischen**, dem Sinn der Ausnahmemöglichkeit entsprechenden **Ausnahmegrund**.
4. Das Demokratieprinzip erfordert eine **personelle und sachlich-inhaltliche Legitimation** mit hinreichenden Kontrollbefugnissen.
5. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG soll gewährleisten, dass die **Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse** als ständige Aufgabe regelmäßig den von Art. 33 V GG für das Berufsbeamtentum institutionell garantierten **besonderen Sicherungen qualifizierter, loyaler und gesetzestreuer Aufgabenerfüllung** unterliegt.

Fall Der Beschwerdeführer ist Insasse einer Maßregelvollzugseinrichtung, die 2007 formell privatisiert wurde. Durch das Land Hessen wurden der als gemeinnützige GmbH betriebenen Einrichtung hoheitliche Befugnisse verliehen. Bei der betreffenden GmbH handelt es sich um eine rein formelle Privatisierung in Trägerschaft des Landes Hessen. Die Einrichtung unterliegt keinen erwerbswirtschaftlichen Zwängen. Die aufgabengemäße Ausstattung der Einrichtung und die Einhaltung ihrer Rechtspflichten sind gewährleistet. Das leitende Personal der Einrichtung wird durch den Landeswohlfahrtsverband und damit eine öffentliche Körperschaft bestellt.

Nach einem aggressiven Ausbruch war der Beschwerdeführer durch Pflegekräfte ohne vorherige Information der Klinikleitung gewaltsam eingeschlossen worden. Der diensthabende Arzt und über diesen der leitende diensthabende Arzt wurden nachträglich informiert. Die Pflegekräfte handelten auf Grund von § 5 III HessMaßregelvollzugsG. Die Norm ermächtigt Bedienstete privater Maßregelvollzugseinrichtungen bei Gefahr im Verzug zur Anordnung besonderer Sicherungsmaßnahmen gegen Untergebrachte. Sein Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§ 109 I StVollzG) sowie die gegen die negative Entscheidung gerichtete Rechtsbeschwerde blieben ohne Erfolg.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde macht der Beschwerdeführer einen Verstoß gegen Art. 33 IV GG geltend, wonach die Ausübung hoheitlicher Befugnisse in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist. Zudem sieht er sich in der durch Art. 2 II 2 GG gewährleisteten persönlichen Freiheit verletzt und rügt einen Verstoß gegen das in Art. 20 II GG verankerte Demokratieprinzip.

Wird die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

1. Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG)

Die Verfassungsbeschwerde ist dann einschlägig, wenn sich **der Bürger als dem Staat gegenüberstehend** gegen eine staatliche Maßnahme wendet. Dies ist hier der Fall, da gegen gerichtliche Entscheidungen vorgegangen wird.

2. Beschwerdegegenstand (Art 93 1 Nr. 4a GG, §§ 90 I, 95 1 BVerfGG)

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein **Akt öffentlicher Gewalt** (alle deutschen Staatsgewalten; damit auch gegen Gesetze). Hier wendet sich der Bf. gegen die für ihn nachteiligen gerichtlichen Entscheidungen. Diese sind ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

3. Beschwerdebefugnis, Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG

Der Beschwerdeführer muss behaupten, in einem seiner **Grundrechte** oder in einem seiner in Artikel 20 IV, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte **verletzt zu sein**.

a) Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach **nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen** sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern.

aa) Berufung auf Art. 33 IV GG

Fraglich ist zunächst, ob der Beschwerdeführer sich überhaupt auf Art. 33 IV GG berufen kann.

*„Dabei kommt es nicht darauf an, ob und gegebenenfalls inwieweit Art. 33 IV GG für sich genommen einen **subjektiv-rechtlichen Gehalt** aufweist (verneinend BVerfGE 6, 376 [385]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 18.02.1988 - 2 BvR 1324/87 -, juris, Rn. 9; offenlassend BVerfGE 35, 79 [147]). Denn der Beschwerdeführer ist durch die angegriffenen, seinen Einschluss als rechtmäßig bestätigenden Entscheidungen jedenfalls in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG berührt und kann in diesem Zusammenhang geltend machen, der Eingriff sei wegen Verstoßes gegen Art. 33 IV GG nicht rechtfertigungsfähig.*

*Diese Rüge steht dem Beschwerdeführer unabhängig davon offen, ob das Grundrecht aus Art. 2 I GG gegen jeden mit einer Norm des objektiven Rechts nicht vereinbaren Eingriff schützt (vgl. zu dieser Frage Dreier, in: ders., GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Abs. 1 Rn. 44, m.w.N.). Denn **Art. 33 IV GG** dient zwar **nicht dem Schutz individueller Beamten- oder Verbeamteninteressen** (vgl. Masing, in: Dreier, GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 61; Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 33 Abs. 4 Rn. 29), wohl aber unter anderem dem **Schutz des von hoheitliche Aufgabenwahrnehmung in seinen Grundrechten betroffenen Bürgers** (vgl. BVerfGE 119, 247 [261]; Nds.StGH 4, 232 [256]; Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 55 [April 2010]; Dollinger/Umbach, in: Umbach/Clemens, GG, Bd. 1, 2002, Art. 33 Rn. 75; Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 284; Bansch, Die Beileihung als verfassungsrechtliches Problem, 1973, S. 68; Leisner, in: ders., Beamtentum, 1995, S. 163 [166]; Ossenbühl, VVDStRL 29 [1971], S. 137 [162]; Badura, ZBR 1996, S. 321 [325]; Jachmann/Strauß, ZBR 1999, S. 289 [296]).“ (BVerfG aaO)*

bb) Berufung auf Art. 20 II GG

Zudem ist fraglich, ob sich der Beschwerdeführer im Rahmen einer Individualverfassungsbeschwerde auf das von Art. 20 II GG geschützte Demokratieprinzip berufen kann.

„Auch soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung des Demokratieprinzips beanstandet, tut er dies im Zusammenhang mit der Rüge eines Grundrechtseingriffs, den er unter anderem wegen Verstoßes gegen Art. 20 I GG für nicht gerechtfertigt hält, und überschreitet damit nicht die Grenzen des mit einer Verfassungsbeschwerde Rügefähigen.“ (BVerfG aaO)

cc) Berufung auf Art. 2 II 2 GG

Grundsätzlich kann eine Verfassungsbeschwerde auf die Verletzung von Art. 2 II 2 GG gestützt werden.

„Es ist unschädlich, dass der Beschwerdeführer nicht einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG), sondern eine Verletzung seines - im vorliegenden Fall nicht berührten - Grundrechts auf Freiheit der Person aus Art. 2 II 2 GG rügt. Eine fehlende oder unrichtige Artikelzuordnung des Grundrechtsverstoßes, der erkennbar gerügt werden soll, führt nicht zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (vgl. BVerfGE 92, 158 [175]; 115, 166 [180]; BVerfGK 2, 275 [277]).“ (BVerfG aaO)

dd) Möglichkeit der Rechtsverletzung

„Mit dem Vortrag, dass der Einschluss unter den gegebenen Rahmenbedingungen nicht durch angestellte Bedienstete des privaten Trägers erfolgen durfte, ist - jedenfalls angesichts des Umstandes, dass Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, aus der Gegenteiliges hervorgeht, nicht vorliegt (zu Auseinandersetzungsbliogenheiten, die anderenfalls bestünden, vgl. BVerfGE 101, 331 [346]) - die Möglichkeit eines Grundrechtsverstoßes ausreichend dargetan.“ (BVerfG aaO)

b) Unmittelbare Betroffenheit

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen sind. Dies ist hier durch die angegriffenen Entscheidungen ohne weiteres anzunehmen.

4. Frist, § 93 BVerfGG

Die Verfassungsbeschwerde ist innerhalb von einem Monat nach der belastenden Maßnahme zu erheben. Von der Einhaltung dieser Frist kann ausgegangen werden.

5. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG

Der Rechtsweg muss erschöpft sein. Etwas anderes gilt nach § 90 II 2 BVerfGG nur, wenn die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

Der Beschwerdeführer hat den Rechtsweg vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde ausgeschöpft.

II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die gerichtlichen Entscheidungen den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzen.

1. Verletzung von Art. 2 II 2 GG

*„Der **Schutzbereich** des Grundrechts der **Freiheit der Person** (Art. 2 II 2 GG) ist demgegenüber **nicht berührt**. Mit dem Einschluss in einem enger begrenzten Teil der Unterbringungseinrichtung ändert sich, verschärfend, die Art und Weise des Vollzugs der einmal verhängten Freiheitsentziehung; eine **erneute Freiheitsentziehung**, die den besonderen Anforderungen des Art. 104 II 1 GG zu genügen hätte, **liegt darin nicht** (vgl. BVerfGK 2, 318 [323]; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 08.07.1993 - 2 BvR 213/93 -, NJW 1994, S. 1339).“ (BVerfG aaO)*

2. Verletzung von Art. 2 I 1 GG

Der Einschluss des Beschwerdeführers könnte diesen in seinem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG verletzen.

a) Schutzbereich

Dann müsste zunächst der Schutzbereich eröffnet sein.

Auf das Grundrecht des Art. 2 I kann sich im persönlichen Schutzbereich jeder berufen, also auch der Beschwerdeführer. Der sachliche Schutzbereich umfasst die allgemeine Handlungsfreiheit als **menschliche Handlungsfreiheit** im weitesten Sinne, also jegliches menschliche Handeln. Der Schutzbereich ist damit eröffnet.

b) Eingriff

Es müsste ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen.

Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten, das dem Einzelnen eine in den Schutzbereich des Grundrechts fallende Betätigung ganz oder teilweise unmöglich macht oder erschwert, ungeachtet dessen, ob die Beeinträchtigung unmittelbar oder mittelbar, final oder nicht final, rechtlich oder faktisch, imperativ oder nicht imperativ erfolgt.

Der Einschluss des Beschwerdeführers stellt daher einen Eingriff auf der Grundlage von § 5 III HessMaßregelvollzugsG dar.

c) Rechtfertigung

Für das Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit bestimmt das Grundgesetz bereits in der Grundrechtsgewährleistung in Art. 2 I selbst drei (verfassungsunmittelbare) Schranken, die sog. Schranken-Trias: die Rechte anderer, das Sittengesetz und die verfassungsmäßige Ordnung. Art. 2 I GG steht damit unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Es kann daher grundsätzlich durch § 5 III HessMaßregelvollzugsG beschränkt werden. Diese Beschränkung ist allerdings nur tauglich, wenn die Vorschrift ihrerseits verfassungsgemäß ist. Bedenken gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit bestehen nicht. Die Regelung könnte aber wegen Verstoßes gegen Art. 33 IV GG oder gegen Art. 20 II GG verfassungswidrig sein.

aa) Verstoß gegen Art. 33 IV GG

Ein Verstoß gegen Art. 33 IV GG kommt nur in Betracht, wenn dessen Vorgaben auch für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in privatrechtlicher Organisationsform gelten. Zudem muss eine ständig wahrzunehmende hoheitliche Aufgabe betroffen sein.

(1) Geltung für Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in privatrechtlicher Organisationsform

*„Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG soll gewährleisten, dass die **Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse** als ständige Aufgabe regelmäßig den von Art. 33 V GG für das Berufsbeamtentum institutionell garantierten **besonderen Sicherungen qualifizierter, loyaler und gesetzestreuer Aufgabenerfüllung** unterliegt (vgl. BVerfGE 9, 268 [284]; 119, 247 [260 f.]).*

*Zu diesem Zweck wird mit Art. 33 IV GG dem **Berufsbeamtentum ein Mindesteinsatzbereich institutionell gesichert** [m.w.N.] Diese **Regelungsintentionen** würden **verfehlt**, wenn hoheitliche **Aufgabenwahrnehmung** dem Anwendungsbereich des Art. 33 IV GG dadurch entzogen werden könnte, dass sie **privaten Trägern überantwortet** wird.*

*Demgemäß entspricht es der **vorherrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur**, dass Art. 33 IV GG **unabhängig von der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Organisation des Aufgabenträgers anzuwenden** ist [m.w.N.]“ (BVerfG aaO)*

Art. 33 IV GG regelt damit nicht nur die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch öffentliche Träger, sondern beansprucht Geltung auch für den Fall der Übertragung solcher Aufgaben auf Private.

(2) ständig als hoheitlich wahrzunehmende Aufgaben

Dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG ist nur die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse unterworfen und auch diese nur, soweit es um ihre Übertragung als ständige Aufgabe geht.

*„Um die **Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse** handelt es sich jedenfalls, wenn Befugnisse zum **Grundrechtseingriff im engeren Sinne** (vgl. Dreier, in: ders., GG, Bd. I, 2. Aufl.2004, Vorb. Rn. 124, m.w.N.) ausgeübt werden, die öffentliche Gewalt also durch **Befehl oder Zwang unmittelbar beschränkend auf grundrechtlich geschützte Freiheiten einwirkt.**“ (BVerfG aaO)*

§ 5 III HessMVollzG ermächtigt zu Grundrechtseingriffen im engeren Sinne und damit zur Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse. Hierbei müsste es sich aber auch um ständige Aufgaben handeln.

*„Die Ausübung der Befugnis aus § 5 III HessMVollzG ist den ermächtigten Bediensteten auch als ständige Aufgabe übertragen. Für die Frage, ob die Ausübung einer Befugnis als „ständige Aufgabe“ übertragen ist, kommt es danach, dem Wortsinn entsprechend, auf die **Dauerhaftigkeit der Aufgabenübertragung**, nicht auf die Frequenz der Befugnisausübung an. Ob die Ausübung der übertragenen hoheitsrechtlichen Befugnis in der Praxis häufig oder selten vorkommt und ob sie das Gesamtbild der Tätigkeit des Ausübungsbefugten prägt oder nicht, kann demgegenüber für die Frage eine Rolle spielen, ob die in Art. 33 IV GG offengelassene Möglichkeit einer Ausnahme von der Regel des Funktionsvorbehalts eingreift.“ (BVerfG aaO)*

Die Vereinbarkeit des § 5 III HessMVollzG mit Art. 33 IV GG folgt nicht bereits aus diesen Beschränkungen, denn die Vorschrift verleiht hoheitsrechtliche Befugnisse und weist deren Ausübung den Bediensteten, auf die sie sich bezieht, als ständige Aufgabe zu.

(3) Verletzung des Funktionsvorbehalts

Nach Art. 33 IV GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe „in der Regel“ Berufsbeamten zu übertragen. Diese Einschränkung ermöglicht Ausnahmen.

(a) Prüfungsvorgaben**(aa) quantitative Bedeutung des Funktionsvorbehalts**

„Von der Ausnahmemöglichkeit darf kein Gebrauch gemacht werden, der dazu führt, dass der vorgesehene Regelfall faktisch zum zahlenmäßigen Ausnahmefall wird. Eine gegenteilige Auslegung ginge am Zweck des Art. 33 IV GG vorbei, dem **Berufsbeamtentum einen Mindesteinsatzbereich institutionell zu sichern**.

Die **Bestimmungskraft der Regelvorgabe** in ihrer rein quantitativen Dimension ist allerdings **begrenzt**, denn für den erforderlichen zahlenmäßigen Vergleich lässt sich ein **Bezugsrahmen** unterhalb der Ebene der staatlichen Einheit (Bund oder Land), deren Aufgabenwahrnehmung in den Blick genommen wird, **kaum willkürfrei identifizieren** (vgl. zu diesem Problem, offenlassend, SH OLG, Beschluss vom 19. Oktober 2005 - 2 W 120/05 -, juris, Rn. 21; OVG NW, Urteil vom 4. November 1970 - III A 434/68 -, ZBR 1971, S. 207 [210]).“ (BVerfG aaO)

(bb) qualitative Bedeutung des Funktionsvorbehalts

Die Möglichkeit von Ausnahmen ist für zudem nur für Fälle eingeräumt worden, in denen der Sicherungszweck des Funktionsvorbehalts die Wahrnehmung der betreffenden hoheitlichen Aufgaben durch Berufsbeamte ausweislich bewährter Erfahrung nicht erfordert oder im Hinblick auf funktionelle Besonderheiten nicht in gleicher Weise wie im Regelfall angezeigt erscheinen lässt.

„Abweichungen vom Grundsatz des Funktionsvorbehalts bedürfen demgemäß nach herrschender und richtiger Auffassung der Rechtfertigung durch einen **besonderen sachlichen Grund** [m.w.N.] Als rechtfertigender Grund kommt nur ein **spezifischer, dem Sinn der Ausnahmemöglichkeit entsprechender** ... Ausnahmegrund in Betracht [m.w.N.].

Gründe, die sich in gleicher Weise wie für die ins Auge gefasste Ausnahme auch für beliebige andere hoheitsrechtliche Tätigkeiten anführen ließen, der Sache nach also nicht nur Ausnahmen betreffen, scheiden damit als mögliche Rechtfertigungsgründe für den Einsatz von Nichtbeamten in grundsätzlich von Art. 33 IV GG erfassten Funktionen von vornherein aus.“ (BVerfG aaO)

(cc) Fiskalische Gründe als spezifischer Ausnahmegrund

Fiskalische Gründe kommen als spezifischer Ausnahmegrund nicht in Betracht.

„Die **pauschale Erwägung**, dass die **Wahrnehmung** von Aufgaben **durch Berufsbeamte** Kosten verursacht, die in anderen Organisationsformen - insbesondere etwa im Privatisierungsfall wegen dann sich bietender Möglichkeiten der Aufgabenerledigung zu Niedriglöhnen - vermeidbar wären, liefe als Ausnahmegrund, weil nicht spezifisch, der mit Art. 33 IV GG zum Ausdruck gebrachten grundsätzlichen Wertung zugunsten des Einsatzes von Berufsbeamten zuwider.

Das bedeutet jedoch nicht, dass **Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte** ganz außer Betracht zu bleiben hätten [m.w.N.]. Vielmehr kann berücksichtigt werden, ob eine auf ihre Ausnahmefähigkeit hin zu beurteilende **Tätigkeit Besonderheiten aufweist**, deretwegen Kosten und Sicherungsnutzen des Einsatzes von Berufsbeamten hier in einem anderen - deutlich ungünstigeren - als dem nach Art. 33 IV GG im Regelfall vorauszusetzenden Verhältnis stehen (vgl. BVerwGE 57, 55 [59 f.]: „wertende Abgrenzung“).“ (BVerfG aaO)

(dd) Verhältnismäßigkeit als Ausnahmebegrenzung

Je intensiver eine bestimmte Tätigkeit Grundrechte berührt, desto weniger sind Einbußen an institutioneller Absicherung qualifizierter und gesetzestreuer Aufgabenwahrnehmung hinnehmbar.

„Soweit die Zulässigkeit von Ausnahmen danach auch von der Einschätzung tatsächlicher Verhältnisse und ihrer künftigen Entwicklung abhängt, kommt dem Gesetzgeber ein **Einschätzungsspielraum** zu (vgl. BVerwGE 57, 55 [59 f.]; Freitag, Das Belehungsrechtsverhältnis, 2004, S. 61).“ (BVerfG aaO)

(b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob hier nach vorstehenden Maßstäben eine Ausnahme von Funktionsvorbehalt gerechtfertigt ist.

„Der Vollzug strafrechtlich verhängter Freiheitsentziehungen gehört zum Kernbereich hoheitlicher Tätigkeit. Der Maßregelvollzug steht darin, auch was die Intensität der möglichen Grundrechtseingriffe angeht, dem Strafvollzug in nichts nach (vgl. SH OLG, Beschluss vom 19. Oktober 2005 - 2 W 120/05 -, juris, Rn. 32). Wer in einem solchen Rahmen anderen mit Anordnungs- und Zwangsbefugnissen gegenübertritt, dessen Tätigkeit bleibt auch insoweit hoheitlich geprägt, als sich - gerade im Schatten dieser Befugnisse - förmliche Anordnungen und deren Durchsetzung im Wege des unmittelbaren Zwangs in der Mehrzahl der Fälle erübrigen.“ (BVerfG aaO)

Damit ist aber die Rechtfertigungsfähigkeit einer Ausnahme vom Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG für den Maßregelvollzug noch nicht von vornherein ausgeschlossen.

„Die formelle Privatisierung des hessischen Maßregelvollzuges dergestalt, dass ein Einsatz von Beamten in den Maßregelvollzugseinrichtungen für die aus Bediensteten des Landeswohlfahrtsverbandes bestehende Leitungsebene nicht vorgeschrieben und unterhalb dieser Ebene selbst als Möglichkeit nicht mehr vorgesehen ist, ist durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Die hessische Landesregierung hat ausgeführt, dass die gewählte Privatisierungslösung der Erhaltung des organisatorischen Verbundes der Maßregelvollzugseinrichtungen und der sonstigen heute unter dem Dach der jeweiligen gGmbH zusammengefassten psychiatrischen Einrichtungen dient, und dass die Erhaltung dieses Verbundes durch Synergieeffekte sowie verbesserte Personalgewinnungs-, Ausbildungs- und Fortbildungsmöglichkeiten gerade der Qualität des Maßregelvollzuges zugutekommt [wird ausgeführt].

Die gleichzeitige Einschätzung, dass diese Vorzüge der Einbeziehung des Maßregelvollzuges in den privatisierten Verbund nicht mit spürbaren Nachteilen im Hinblick auf die - besonders im Kernbereich hoheitlicher Staatsaufgaben unabdingbare - Sicherung qualifizierter und gesetzestreuer Aufgabenwahrnehmung erkaufte worden sind, ist angesichts vorhandener Erfahrungen mit der Inanspruchnahme der Ausnahmemöglichkeit des Art. 33 IV GG im Maßregelvollzug und angesichts der institutionellen Ausgestaltung der erfolgten Privatisierung vom Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers und der für die Festlegung der vertraglichen Rahmenbedingungen verantwortlichen Regierung gedeckt. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

Die in § 5 III HessMVollzG vorgesehene Befugnis zur vorläufigen Anordnung besonderer Sicherungsmaßnahmen erweist sich als zulässige Ausnahme von der Funktionsvorbehaltsregel des Art. 33 IV GG.

bb) Verstoß gegen Art. 20 II GG

Es könnte aber ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 II GG vorliegen.

(1) Anforderungen des Demokratieprinzips bei Aufgabenprivatisierung

„Alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter bedarf nach dem Demokratieprinzip (Art. 20 II GG) der demokratischen Legitimation. Es muss sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden (BVerfGE 77, 1 [40]; 83, 60 [72]; 93, 37 [66]; 107, 59 [87]). Der notwendige Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft wird vor allem durch die Wahl des Parlaments, durch die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluss auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung hergestellt (vgl. BVerfGE 83, 60 [72]; stRspr).“ (BVerfG aaO)

Diese Weisungsgebundenheit bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch Private könnte nicht mehr hinreichend gesichert und hierin ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip zu sehen sein.

„Die staatliche Gewährleistungsverantwortung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung schließt daher, auch für das Parlament, eine entsprechende Beobachtungspflicht ein [m.w.N.]. Der demokratische Legitimationszusammenhang bleibt nur gewahrt, wenn das Parlament an der Wahrnehmung dieser Beobachtungspflicht nicht gehindert ist.

In **personeller Hinsicht** ist eine hoheitliche Entscheidung legitimiert, wenn sich die Bestellung desjenigen, der sie trifft, durch eine **ununterbrochene Legitimationskette auf das Staatsvolk zurückführen lässt**.

Die **sachlich-inhaltliche Legitimation** wird durch **Gesetzesbindung** und **Bindung an Aufträge und Weisungen der Regierung** vermittelt (vgl. BVerfGE 93, 37 [67 f.]; 107, 59 [87 f.]). Personelle und sachlich-inhaltliche Legitimation stehen in einem **wechselbezüglichen Verhältnis** derart, dass eine verminderte Legitimation über den einen Strang durch verstärkte Legitimation über den anderen ausgeglichen werden kann, sofern insgesamt ein bestimmtes Legitimationsniveau erreicht wird (vgl. BVerfGE 83, 60 [72]; 93, 37 [66 f.]; 107, 59 [87 f.]). Das **Legitimationsniveau** muss **umso höher sein, je intensiver** die in Betracht kommenden Entscheidungen die **Grundrechte berühren** (vgl. BVerfGE 93, 37 [73]).“ (BVerfG aaO)

(2) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob das insofern erforderliche Legitimationsniveau für die im hessischen Maßregelvollzug zu treffenden grundrechtseingreifenden Entscheidungen, einschließlich der Anordnungen nach § 5 III HessMVollzG, ausreichend gewährleistet ist.

(a) personelle Legitimation

„Der Leiter oder die Leiterin der jeweiligen Einrichtung, deren Stellvertreter und die weiteren Ärzte mit Leitungsfunktion sind als **Beschäftigte** des Landeswohlfahrtsverbandes durch die Beststellungsentscheidung **einer öffentlichen Körperschaft** personell legitimiert (§ 2 Satz 6 HessMVollzG). Die übrigen in der Einrichtung Beschäftigten werden als Bedienstete des privaten Trägers formell von diesem angestellt. Die Anstellung aller Bediensteten des privaten Trägers, denen grundrechtsrelevante Vollzugsentscheidungen oder eine Mitwirkung daran obliegen oder zugewiesen werden können, steht aber materiell dadurch in einem personellen Legitimationszusammenhang, dass dem seinerseits personell legitimierten Leiter nach dem Beleihungsvertrag für die Besetzung von Stellen in seinem Geschäftsbereich ein Vorschlagsrecht zusteht (§ 6 Satz 2 BV). [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

(b) sachlich-inhaltliche Legitimation

„Sachlich-inhaltlich ist die Aufgabenwahrnehmung durch die privatisierten Einrichtungsträger und die dort tätigen Personen durch deren **Bindung an das Gesetz** in Verbindung mit umfassenden Weisungsbefugnissen der verantwortlichen öffentlichen Träger - bei gleichzeitigem Ausschluss von Weisungen der Geschäftsführung des privaten Trägers im Zuständigkeitsbereich des Leiters der jeweiligen Maßregelvollzugseinrichtung - legitimiert. [Es] stehen alle unmittelbar grundrechtseingreifenden vollzuglichen Entscheidungen, abgeschirmt gegen potentiell nicht primär fachlich motivierte Einwirkungen, in dem erforderlichen ununterbrochenen, bis zu den einzelnen handelnden Personen reichenden (vgl. Nds. StGHE 4, 232 [264 f.]) Weisungszusammenhang. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

In der Zusammenschau von personeller und sachlich-inhaltlicher Legitimation ergibt sich danach ein hinreichendes Legitimationsniveau. Dem Demokratieprinzip des Art. 20 II GG ist damit Genüge getan. Ein Verstoß ist nicht ersichtlich.

Ergebnis: § 5 III HessMVollzG, der die Bediensteten (auch) privatisierter Maßregelvollzugseinrichtungen ermächtigt, bei Gefahr im Verzug vorläufige besondere Sicherungsmaßnahmen gegen einen Untergebrachten anzuordnen, ist mit dem Grundgesetz vereinbar. Art. 2 I GG ist daher nicht verletzt. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

Kurzauslese I

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

BGB
§§ 204, 242

Verjährungshemmung Erschlichener Mahnbescheid

BGB

(BGH in NJW 2012, 995; Urteil vom 21.12.2011 – VIII ZR 157/11)

Die **Berufung auf** eine durch Erlass eines Mahnbescheids eingetretene **Verjährungshemmung** kann dann **rechtsmissbräuchlich** sein, wenn der **Mahnbescheidsantrag** die **bewusst wahrheitswidrige Erklärung** enthält, dass die Gegenleistung bereits erbracht sei.

„Von dieser grds. bestehenden Möglichkeit ist bereits der Gesetzgeber bei Schaffung des § 204 BGB ausgegangen. Denn er hat sich in der Gesetzesbegründung zu dem Hinweis veranlasst gesehen, dass die zur Verhinderung der missbräuchlichen Erlangung einer Verjährungshemmung getroffenen Regelungen nicht als abschließend zu verstehen seien, und seiner Erwartung Ausdruck gegeben, dass die Gerichte rechtsmissbräuchlichen Rechtsverfolgungsmaßnahmen keine Hemmungswirkung zubilligen würden (BT-Dr 14/6857, S. 44). Dementsprechend geht auch die Rspr. des BGH dahin, dass Fallgestaltungen, in denen ein Gläubiger im Einzelfall mit Hilfe unzulässiger oder unbegründeter Anträge in missbräuchlicher Weise versuchen sollte, die Hemmung der Verjährung herbeizuführen, durch Anwendung von § 242 BGB begegnet werden kann (BGHZ 160, 259 = NJW 2004, 3772 m. w. Nachw.; BGHZ 123, 337 = NJW-RR 1993, 1495).

Soweit in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum neben der Frage, ob ein auf Grund objektiv falscher Angaben des Antragstellers erlassener Mahnbescheid zur Herbeiführung einer Verjährungshemmung geeignet ist (vgl. OLG Koblenz NJOZ 2005, 1997; Musielak/Voit, ZPO, 8. Aufl., § 693 Rn 4; MüKo-ZPO/Schüler, 3. Aufl., § 688 Rn 12), auch die Frage erörtert wird, wie es sich etwa bei einer vorsätzlich falschen Erklärung des Ast. zu den von § 690 I Nr. 4 ZPO geforderten Umständen verhält, wird die Auffassung vertreten, dass eine Berufung des Antragstellers auf die verjährungshemmende Wirkung eines zugestellten Mahnbescheids rechtsmissbräuchlich sei. Denn bei wahrheitsgemäßen Angaben im Mahnantrag hätte das MahnGer. den Antrag gem. § 691 I 1 Nr. 1 ZPO als unzulässig zurückweisen müssen, so dass dem Ast. lediglich die Möglichkeit der verjährungshemmenden Klageerhebung geblieben wäre. Beschreite ein Kl. in einem derartigen Fall gleichwohl den Weg des Mahnverfahrens in der nahe liegenden Absicht, die Klage nicht sofort begründen zu müssen, nutzte er treuwidrig eine formale Rechtsposition aus, wenn er sich auf die verjährungshemmende Wirkung des zugestellten Mahnbescheids berufe (OLG München BeckRS 2010, 00584; ähnlich Wagner ZfIR 2005, 856; vgl. ferner OLG Oldenburg NJOZ 2010, 1625 = FamRZ 2010, 1098, für den unter Verschleierung der Vermögensverhältnisse bewusst falschen Prozesskostenhilfeantrag).“ (BGH aaO)

InsO
§ 203 I Nr. 3

Nachtragsverteilung

InsO

Einzug massezugehöriger Forderung nach Verfahrensaufhebung
(BGH in MDR 2012, 371; Beschluss vom 26.01.2012 – IX ZB 111/10)

Zieht der **Schuldner nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens** eine **Forderung ein**, die zur Masse gehörte, **unterliegt der Erlös der Nachtragsverteilung**.

- I. Wird ein Gegenstand der Insolvenzmasse nachträglich ermittelt, kann die Nachtragsverteilung hinsichtlich dieses Gegenstands nicht mehr angeordnet werden, wenn über ihn vom Schuldner in **beschlagfreier Zeit** so verfügt worden ist, dass der durch die Anordnung der Nachtragsverteilung erneut bestellte Treuhänder (Verwalter) den **Rechtserwerb nicht mehr verhindern** kann (BGH NZI 2008, 177 = ZIP 2008, 322).
- II. Ist jedoch die **Nachtragsverteilung nicht hinsichtlich des Erstattungsanspruchs angeordnet** worden, sondern hinsichtlich des an den Schuldner bereits erstatteten (anteiligen) Betrages, ist **strittig, ob der ausgezahlte Betrag für Zwecke der Nachtragsverteilung an die Stelle des Anspruchs auf Auszahlung tritt**, also seinerseits der Nachtragsverteilung unterliegt.
 1. Nach **einer Meinung** kann auf den vom Schuldner erlangten Gegenwert nicht zurückgegriffen werden, denn das Surrogat unterliege nicht der Nachtragsverteilung. Eine dingliche Surrogation finde nur in den wenigen gesetzlich angeordneten Ausnahmefällen statt (z. B. nach §§ 718 II, 1048 I 2, 2111 II BGB).
Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 203 Rn 12; Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2011, § 203 Rn 14; Kießner, FK-InsO, 6. Aufl., § 203 Rn 19; Breutigam, BK-InsO, § 203 Rn 15; vgl. auch Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., § 166 KO Anm. 1c
 2. Nach **a. A.** ist in solchen Fällen von einer dinglichen Surrogation auszugehen. Hinsichtlich des Surrogats könne Nachtragsverteilung angeordnet werden
Häsemeyer, InsolvenzR, 4. Aufl., Rn 7.68 unter Bezugnahme auf Rn 9.28
 3. Nach **BGH aaO** ist die zuletzt genannte Auffassung im Ergebnis zutreffend.
„§ 203 I Nr. 3 InsO hat den Zweck, nachträglich ermittelte Massegegenstände zu Gunsten der Insolvenzgläubiger zu verwerten. Die Vorschrift ist weit auszulegen. Erfasst werden nicht nur Gegenstände, deren Existenz oder Aufenthaltsort dem Verwalter (Treuhänder) unbekannt geblieben ist, etwa weil sie ihm verheimlicht worden sind. Die Vorschrift erfasst vielmehr auch Gegenstände, die der Verwalter zunächst nicht für verwertbar hielt, für bereits veräußert ansah oder als wertlos betrachtete. Auch wenn der Verwalter schon vor dem Schlusstermin Kenntnis von dem Gegenstand hatte,

steht dies einer Nachtragsverteilung nicht entgegen. Ob die Bewertung des Verwalters (Treuhänders) auf einer vorwerfbaren Fehleinschätzung beruhte, ist unerheblich (BGH NZI 2006, 180 = ZIP 2006, 143; BGH NZI 2008, 177 = ZIP 2008, 322).

Zur Masse gehörende, vor Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht verwertbare Gegenstände sind gem. § 203 I Nr. 3 InsO der Nachtragsverteilung zuzuführen, selbst wenn die Verwertung auf Grund einer Nachlässigkeit des Verwalters unterblieben ist (BGH NZI 2008, 177 = ZIP 2008, 322). Ist ein solcher Gegenstand zwischenzeitlich aus dem Vermögen des Schuldners durch dessen wirksame Verfügung ausgeschieden, kann auf ihn zwar nicht mehr zugegriffen werden (BGH NZI 2008, 177 = ZIP 2008, 322). Der Zweck des § 203 I Nr. 3 InsO steht jedoch der Annahme entgegen, in einem solchen Fall könne auch nicht auf die in das Vermögen des Schuldners geflossene Gegenleistung zugegriffen werden. Entscheidend ist vielmehr, dass das in der Masse vorhanden gewesene Vermögen der Verteilung zugeführt werden soll (vgl. BGH NZI 2011, 369 = ZIP 2011, 135). Die Annahme, dass in Fällen der vorliegenden Art oder etwa im Falle eines während des Insolvenzverfahrens erworbenen Pflichtteilsanspruchs (vgl. dazu BGH NZI 2011, 369 = ZIP 2011, 135) die Verwertbarkeit des Anspruchs zu Gunsten der Gläubiger davon abhängen soll, dass der Schuldner die Forderung noch nicht eingezogen hat, wäre mit der **gesetzlichen Wertung des § 203 I InsO** unvereinbar. Anderenfalls könnte in derartigen Fällen die Nachtragsverteilung leicht vereitelt werden und hinge von reinen Zufälligkeiten ab.“ (BGH aaO)

HGB
§ 18 II

Grundsatz der Firmenwahrheit

RVG

Firmenrechtliche Irreführung durch Zusatz „Group“ bei Einzelkaufmann

(OLG Schleswig in NZG 2012, 34 = Rpfleger 2012, 211; Beschluss vom 28.09.2011 – 2 W 231/10)

Nach dem **Grundsatz der Firmenwahrheit** darf die Firma weder in ihrem Kern, noch in den Zusätzen oder insgesamt **Angaben enthalten, die geeignet sind, über wesentliche geschäftliche Verhältnisse unrichtige Vorstellungen hervorzurufen**. Danach ist eine **firmenrechtliche Irreführung** gegeben, wenn ein **Einzelkaufmann den Zusatz „Group“ verwendet**.

- I. Ersichtlich unzulässig ist die gewählte Firma schon im Hinblick auf die **Reihenfolge von Firmenkern und dem nach § 19 I Nr. 1 HGB vorgeschriebenen Firmenzusatz**. Der vorgeschriebene Zusatz „e. K.“ ist hier zwischen die Teile der gewählten Firma „J Group“ gesetzt worden. Es ist zwar grds. nicht ausgeschlossen, dass in einer Firma der Zusatz vor dem Kern stehen kann (Baumbach/Hopt, § 18 Rn 8). Die **gewählte Reihenfolge darf nur nicht ihrerseits irreführend wirken** (Hopt, § 18 Rn 20). Dies ist hier jedoch der Fall.

„Indem der vorgeschriebene Zusatz „e. K.“ in die Mitte der Firma gesetzt wird, kommt nämlich schon die tatsächliche Rechtsform der Betroffenen nicht mehr zum Ausdruck. Die Firma eines Einzelkaufmanns darf jedenfalls keine Zusätze enthalten, die auf das Vorliegen einer Gesellschaft hindeuten (Krafka/Willer/Kühn, Rn 240). Die Betr. erweckt dagegen mit der gewählten Firma den Eindruck, es handele sich bei ihr gerade nicht um ein einzelkaufmännisches Unternehmen, sondern um eine „Gruppe“ und damit um einen Zusammenschluss mehrerer. Die in der Firma enthaltene Abkürzung „e. K.“ sorgt dabei nicht für Klarheit. Die Abkürzung wird hier so in den Firmenkern integriert, dass sie für einen Außenstehenden nicht ohne Weiteres als Firmenzusatz i. S. des § 19 I Nr. 1 HGB zu erkennen ist. Im Vordergrund steht für den Betrachter die frei gewählte Bezeichnung „Group“ und nicht der Zusatz „e. K.“, der in der Bevölkerung ohnehin nicht den gleichen Bekanntheitsgrad hat wie etwa die Rechtsform „GmbH“.

Dies steht jedoch in einem eindeutigen Widerspruch zu den tatsächlichen Gegebenheiten. Die Betr. ist schon nach ihrem eigenen Vorbringen keine Gruppe, sondern allenfalls Teil einer Gruppe, die aus zwei einzelkaufmännischen Unternehmen ihres Inhabers und einer von ihm gegründeten GmbH bestehen soll.“ (OLG Schleswig aaO)

- II. Selbst die Firma „J Group“ mit dem am Ende angefügten Zusatz „e. K.“ stünde im vorliegenden Fall jedoch im **Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen** und wäre damit **unzulässig**.

„Dabei ist es allerdings nicht von Bedeutung, ob die Bezeichnung „Group“ bereits auf eine bestimmte Größe hindeutet, welche die Betr. nicht haben dürfte. Der Verkehr registriert bei dem Begriff „Gruppe“ bzw. „Group“ nur das Zusammengehen mehrerer Unternehmen, nicht aber eine bestimmte Größenordnung (MüKo-HGB/Heidinger, § 18 Rn 167; Baumbach/Hopt, § 18 Rn).

Der Begriff „Gruppe“/„Group“ weist aber jedenfalls auf eine Vereinigung bzw. einen Zusammenschluss mehrerer hin (LG Lüneburg BB 1979, 135; MüKo-HGB/Heidinger, § 18 Rn 167; Baumbach/Hopt, § 18 Rn 31; Heymann, HGB, 2. Aufl., § 18 Rn 57).

Aus diesem Grund wird teilweise vertreten, dass der Firmenbestandteil „Gruppe“ von einem Einzelunternehmen generell nicht geführt werden dürfe (MüKo-HGB/Heidinger, § 18 Rn 167 m. w. Nachw.). Nach a. A. soll das Wort „Gruppe“ bei einem Konzern i. S. des § 18 AktG so verstanden werden, dass es das herrschende Unternehmen, also die Konzernspitze, bezeichne (Staub, HGB, 5. Aufl., § 18 Rn 76). In diesem Sinne soll der Zusatz auch von einem Einzelkaufmann geführt werden können (Staub, HGB, § 18 Rn 76). Ferner soll das Wort „Gruppe“ nach der letztgenannten Auffassung auch in dem Sinne verstanden werden können, dass mehrere (einschließlich der Arbeitnehmer) gemeinsam etwas tun („Forschungsgruppe Alternative Energien“, „Arbeitsgruppe Vertrieboptimierung“ –Staub, HGB, § 18 Rn 76). Auch in diesem Sinne wird die Verwendung des Begriffs „Gruppe“ durch Einzelkaufleute für zulässig gehalten (Staub, HGB, § 18 Rn 76).

Hier kann jedoch dahinstehen, ob die Verwendung des Begriffs „Gruppe“/„Group“ in der Firma eines Einzelkaufmanns generell unzulässig ist oder in bestimmten Konstellationen in Betracht kommt. Die Betr. ist selbst bei dem dargestellten weiten Verständnis dieses Begriffs keine Gruppe. Der Inhaber der Betr. sieht vielmehr die drei von ihm geführten Unternehmen – zwei einzelkaufmännische und eine von ihm gegründete GmbH – insgesamt als „Firmengruppe“ an. Die Betr. selbst wird aber durch die Existenz zweier weiterer Firmen mit dem Kern „J“ nicht zur Gruppe. Dass die betroffene Firma den Begriff „Group“ zur Unterscheidung von den anderen Firmen J e. K. Immo und J Fruchthandel-GmbH enthalten soll, genügt ebenfalls nicht, um gerade diesen Firmenbestandteil zuzulassen.“ (OLG Schleswig aaO)

StGB
§ 259

Hehlerei
Vortat muss abgeschlossen sein

StGB

(BGH in StV 2012, 215 = NSZ-RR 2012, 71; Beschluss vom 09.11.2011 – 2 StR 386/11)

Die **Strafbarkeit wegen Hehlerei** nach § 259 StGB setzt voraus, dass die **gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat zum Zeitpunkt des abgeleiteten Erwerbs bereits abgeschlossen** ist. Wenn die Vortat erst durch die Verfügung zu Gunsten des Hehlers begangen wird, ist der Hehlereitattbestand nicht erfüllt, in diesem Fall kommt lediglich eine **Beteiligung des Erwerbers an der Vortat** – nämlich einer durch Verfügung oder Weggabe begangenen Unterschlagung - in Betracht (BGH aaO).

StGB
§ 263

Betrug
Versuchsbeginn bei Erschleichung eines Verbraucherkredits
(OLG Hamm in StV 2012, 155; Beschluss vom 11.08.2011 – III-3 RVs 54/11)

StGB

Stellt sich das **Vorhaben, einen Verbraucherkredit betrügerisch zu erschleichen**, als ein **mehrgliedriges Geschehen** dar, ist **für den Beginn des Betrugsversuchs erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich**, die den **Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Vermögensverfügung bestimmen** und den **Vermögensschaden herbeiführen** soll. Dafür **reichen solche Handlungen nicht aus**, die wie die Vorlage gefälschter Verdienstbescheinigungen oder eines gefälschten Personalausweises nur dazu dienen, **das allgemeine Vertrauen des Opfers zu erwerben**.

„Für den **Beginn eines strafbaren Betrugsversuchs** genügt es zwar **regelmäßig**, dass der **Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht**; jedoch muss das, was der Täter zur Verwirklichung seines Vorhabens getan hat, **zu den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen und deren beabsichtigter Verwirklichung in Beziehung gesetzt** werden (vgl. BGH NSZ 2011, 400).

Bei der **betrügerischen Erschleichung eines Verbraucherkredits** handelt es sich **regelmäßig** um ein Tatgeschehen, das aus **mehreren Teilakten** besteht: In der Anbahnungsphase erfolgt **regelmäßig** die Angabe der Personalien und der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und die Abklärung des gewünschten Kreditvolumens, wobei **regelmäßig ein schriftlicher Kreditantrag gestellt** wird. Sodann findet i. d. R. eine - **verschieden geartete** - Überprüfung der Bonität des Kreditnehmers, etwa durch Einholung einer erbotenen Schufa-Auskunft statt und die Abklärung der **Erforderlichkeit und des Vorhandenseins von Sicherheiten**. Schließlich erklärt die kreditgebende Bank die **Annahme des Kreditantrages** und **verfügt die Kreditsumme an den Kreditnehmer**.

Bei einem so **gelagerten mehrgliedrigen Geschehen** ist **für den Beginn des Betrugsversuchs erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich**, die den **Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Vermögensverfügung bestimmen** und den **Vermögensschaden herbeiführen** soll (vgl. BGH NSZ 2011, 400; BGH NSZ 2002, 433). **Versuchter Betrug** liegt noch nicht vor, solange der Täter **lediglich solche Täuschungshandlungen vornimmt**, die weder nach der **wirklichen Sachlage** noch nach seiner **Vorstellung** dazu ausreichen, denjenigen Irrtum hervorzurufen, der den **Getäuschten zu der schädigenden Vermögensverfügung bestimmen** und damit den **Schaden herbeiführen** soll (vgl. BGH NJW 1991, 1839). **Erforderlich ist**, dass der Täter nach den **objektiven Tatumständen** und auch nach seiner **eigenen Vorstellung** das **bloße Vorbereitungsstadium verlassen** und die **Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschritten** hat und sein **Tun ohne wesentliche Zwischenschritte in der angestrebten Vermögensverschiebung münden** wird (BGH NSZ 2011, 400).“ (OLG Hamm aaO)

StGB
§§ 266, 283

Untreue durch GmbH-Geschäftsführer
Tatbestandsausschließendes Einverständnis des Vermögensinhabers
(BGH in StV 2011, 728; Beschluss vom 14.04.2011 – 1 StR 458/10)

StGB

Das **Einverständnis des Inhabers des zu betreuenden Vermögens** schließt die **Tatbestandsmäßigkeit der Untreue** grds. aus. Bei **juristischen Personen** tritt an die Stelle des Vermögensinhabers dessen **oberstes Willensorgan** für die Regelung der inneren Angelegenheiten, bei der GmbH die **Gesamtheit ihrer Gesellschafter**.

Aus dem Einverständnis der Gesellschafter folgt indessen **nicht in jedem Fall der Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit**.

„Zwar können der **Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Zustimmung ihrer Gesellschafter** grds. **Vermögenswerte entzogen** werden, weil sie gegenüber ihren **Gesellschaftern keinen Anspruch auf ihren ungeschmälernten Bestand** hat. Ein **Einverständnis der Gesellschafter** ist allerdings **unwirksam** und die **Vermögensverfügung des Geschäftsführers deshalb missbräuchlich**, wenn unter **Verstoß gegen Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet** wird, etwa durch **Beeinträchtigung des Stammkapitals** entgegen § 30 GmbHG, durch **Herbeiführung oder Vertiefung einer Überschuldung** oder durch **Gefährdung der Liquidität** (BGHSt 49, 147; BGH NJW 2009, 2225; BGHSt 54, 52).“ (BGH aaO)

StGB
§ 315b

Straßenverkehrsgefährdung
Beschädigte Bremsanlage eines Kfz
(BGH in StV 2012, 217; Beschluss vom 28.07.2011 – 4 StR 340/11)

StGB

Die **bloße Inbetriebnahme eines Kfz, dessen Bremsanlage beschädigt** worden ist, **reicht nicht** für die Annahme einer **konkreten Gefahr i.S. des § 315b StGB** aus, denn das dadurch begründete **besondere Unfallrisiko** stellt sich **nur als eine** - wenn auch möglicherweise erhebliche - **Steigerung des allg. Unfallrisikos** dar.

„Die **Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache** ist erst dann **konkret gefährdet**, wenn durch die **Tathandlung ein so hohes Verletzungs-oder Schädigungsrisiko begründet** worden ist, dass es **nur noch vom Zufall abhängt**, ob es zu einer

Rechtsgutsverletzung kommt. Kritische Verkehrssituationen erfüllen diese Voraussetzungen im Allgemeinen nur, wenn sie sich aus der Perspektive eines objektiven Beobachters als ein „Beinahe-Unfall“ darstellen (BGH NJW 1995, 3131; Schönke/Schröder, § 315b Rn 16).

Die bloße Inbetriebnahme eines Fahrzeuges, dessen Bremsanlage beschädigt worden ist, reicht für die Annahme einer konkreten Gefahr nicht aus. Das dadurch begründete **besondere Unfallrisiko stellt sich nur als eine** – wenn auch möglicherweise erhebliche – **Steigerung des allgemeinen Unfallrisikos dar, ohne die darin liegende abstrakte Gefahr bereits i. S. von § 315b StGB zu konkretisieren** (BGH NJW 1995, 3131).“ (BGH aaO)

BauNVO
§ 6 I

Verkehrsfremder Eingriff in den Straßenverkehr Gefährliches Fahrverhalten

BauR

(AG Lübeck in NSTz-RR 2012, 124; Beschluss vom 09.12.2011 – 61 GS 125/11)

Auch ein **besonders gefährliches**, über die eigentliche Fortbewegung hinaus **allein Unterhaltungszwecken dienendes Fahrverhalten** (hier: Fahrt mit einem Motorrad nur auf dessen Hinterrad) **stellt** für sich genommen noch **keinen verkehrsfremden Eingriff in den Straßenverkehr** i.S. des § 315b StGB dar

- I. § 315 b I Nr. 3 StGB erfasst Eingriffe, die den in den Nr. 1 und 2 erfassten Tathandlungen ähnlich und ebenso gefährlich sind.

Gemeint sind damit in allen Tatbestandsvarianten nur **verkehrsfremde Eingriffe in den Straßenverkehr**, d. h. Eingriffe von außen. Störungen des fließenden Verkehrs auf öffentlichen Straßen durch Verkehrsteilnehmer, die mithin Teil von Verkehrsvorgängen sind, werden hingegen grds. durch die abschließende Regelung des § 315 c StGB erfasst (vgl. etwa BGHSt 48, 233; OLG Düsseldorf NSTz-RR 1997, 325; Fischer, StGB, § 315 Rn 2, 7, 9; Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage 2010, § 315b Rn 7).

Dieses insbes. am sprachlichen Ausdruck „Eingriff“ in § 315b I Nr. 3 StGB festgemachte Verständnis findet indes nach st. Rspr. bei Handlungen im Straßenverkehr eine **Ausnahme**, wenn diese sich als **verkehrsfremde - nicht nur verkehrswidrige - Eingriffe** darstellen, und der Täter als Verkehrsteilnehmer gleichsam einen Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr pervertiert. Dies setzt **objektiv eine grobe Einwirkung von einigem Gewicht**, letztlich eine besondere Gefährlichkeit voraus. Auch dann sind Eingriffe i. S. des § 315b I Nr. 3 StGB aber nur angenommen worden, wenn sie in **subjektiver Hinsicht unter bewusster Zweckentfremdung des Fahrzeugs absichtlich als Mittel der Verkehrsbehinderung** begangen werden, bei dem es dem Täter also darauf ankommt, durch sein Verhalten in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen.

Diese schon weithin anerkannte Ausnahme ist durch die **jüngere BGH-Rspr.** nochmals weiter gehend dadurch eingeschränkt worden, als dass der **bewusst zweckwidrige Einsatz eines Fahrzeugs mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz** - etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug - erfolgen muss (grundlegend BGH NJW 2003, 1613; abl. Etwa Schönke/Schröder aaO, Rn 10, jeweils m. w. Nachw.). Danach sind als tatbestandsmäßig angesehen worden etwa ein absichtliches Auffahren auf ein vorausfahrendes oder ein im öffentlichen Verkehrsraum abgestelltes Fahrzeug, ein Zufahren jedenfalls mit hoher Geschwindigkeit auf eine auf der Fahrbahn gestürzte Person oder ein Abgeben von Schüssen aus einem Fahrzeug.

- II. Den vorgenannten Fällen lässt sich das hier in Frage stehende (Fahr-)Verhalten (Fahrt mit einem Motorrad nur auf dessen Hinterrad) bei einem **wertenden Vergleich** nicht gleichstellen.

„Zwar kann im Ausgangspunkt zweifelsfrei festgestellt werden, dass der Besch. die Fahrt auf dem Hinterrad ohne Rücksicht auf die Sicherheit des Straßenverkehrs in hohem Maße verkehrswidrig unternommen und den Straßenverkehr gleichsam zu seinem Ausleben pervertiert hat. Damit rückt der Sachverhalt aber wertungsmäßig in die Nähe etwa des sog. „Auto-Surfens“, bei welchem das OLG Düsseldorf die Verwendung eines Pkw zur Mitnahme von auf dem Dach liegenden Personen als zwar zweckfremdetes Mittel der Unterhaltung angesehen, den Vorgang aber nicht als Eingriff in den Straßenverkehr bewertet hat (OLG Düsseldorf NSTz-RR 1997, 325 ff.; zustimmend etwa Schönke/Schröder aaO, Rn 12; a. A. Saal NZV 1998, 49). Soweit es bei der Beurteilung im dortigen Streitfall auch darauf abgestellt hat, dass von den Beteiligten bewusst verkehrsfreie Feldwege zur Nachtzeit ausgewählt wurden, hier der Besch. aber Hauptstraßen zur Abendzeit befahren hat, ändert dies an der Bewertung nichts. Denn ein absichtlich auf die Störung des Straßenverkehrs (zweck-)gerichtetes verkehrsfreundliches oder gar mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz vorgenommenes Fahrverhalten, in dem das Kraffrad als Waffe oder Schadenswerkzeug missbraucht wird, lässt sich derzeit nicht annehmen, auch wenn der Besch. eine Gefährdung anderer nicht schon durch die Wahl einer wenig befahrenen Wegstrecke von vornherein ausgeschlossen hat. Die gegenständliche Fahrt diente primär fahrerischen Unterhaltungszwecken, damit aber jedenfalls auch einem eigenen Fortkommen im Verkehr. Eine andere Beurteilung hätte letztlich zur Folge, dass eine Vielzahl bewusst risikoreicher, teilweise geradezu grotesk-absurder Fahrmanöver im täglichen Straßenverkehr der vergleichsweise hohen Strafdrohung und -erwartung des § 315b StGB unterliegen. Dies mag aus generalpräventiven Gesichtspunkten zur mäßigen Einwirkung auf das Verhalten im Straßenverkehr zwar geboten erscheinen. Eine solche Betrachtung verschließt sich aber, da nach dem Willen des Gesetzgebers abstrakt besonders gefährliche Verkehrsverstöße enumerativ von § 315c I Nr. 2 StGB erfasst sind.“ (AG Lübeck aaO)

GG
Art. 20 III

Organtreuegrundsatz gilt auch für universitäre Organe und Organteile

öfR

(OVG Münster in NWVBI 2012, 116; Beschluss vom 19.08.2011 – 15 A 1555/11)

Der Grundsatz der Organtreue gilt auch in dem Verhältnis zwischen universitären Organen und Organteilen.

„Denn die Pflicht zur Organtreue wurzelt in dem verfassungsrechtlichen Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme sowie in dem auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben. Daraus folgt namentlich die Unzulässigkeit rechtsmissbräuchlichen Handelns. Warum solches treuloses Verhalten eines Organteils gegenüber dem Organ aber keine Folgen haben soll,

bleibt unerfindlich. Vielmehr ist das **Organ zwingend auf (rechts-)treues Verhalten seiner Mitglieder angewiesen**, um seine Kompetenzen wirkungsvoll wahrnehmen zu können.“ (OVG Münster aaO)

BauNVO
§ 6 I

Mischgebiet
Zulässigkeit der Gänsehaltung

BauR

(VG Hannover in NVwZ-RR 2012, 227; Beschluss vom 01.11.2011 – 12 B 3701/11)

Die **Haltung von Gänsen widerspricht dem Charakter eines Mischgebietes und verstößt gegen § 6 BauNVO.**

- I. Gem. § 6 I BauNVO dienen Mischgebiete dem Wohnen und der Unterbringung von **Gewerbebetrieben, die das Wohnen nicht wesentlich stören**. Mit anderen Worten wird ein Mischgebiet von einem Nebeneinander von Wohnnutzung und mit dem Wohnen verträglicher Gewerbenutzung geprägt. Zulässig sind bauliche Anlagen in einem Mischgebiet daher nur dann, wenn sie sich in dem so vorgegebenen Rahmen halten (vgl. § 6 II und III BauNVO).
- II. Für sonstige Nutzungen wie die Tierhaltung ohne dazugehörige bauliche Anlagen trifft die BauNVO zwar unmittelbar keine Aussage, **in der Rspr. ist jedoch anerkannt, dass auch sonstige Nutzungen gegen die Gebietsfestsetzung verstoßen** und damit baurechtswidrig sein können, **wenn sie dem** – hier in § 6 I BauNVO zum Ausdruck kommenden – **Gebietscharakter widersprechen** (vgl. BVerwG BeckRS 1973, 30433408). Ein solcher Widerspruch liegt insbes. dann vor, wenn die sonstige Nutzung die vorhandene bzw. den Planfestsetzungen entsprechende Situation mehr als nur geringfügig verschlechtert.

*„Das ist hier der Fall: Die Gänsehaltung führt für die Wohnnutzung, die in der näheren Umgebung des von dem Ast. genutzten Grundstücks überwiegt und die das Plangebiet gem. § 6 I BauNVO prägt, zu einer **unzumutbare Lärmbelästigung**.“*

Zu den Anforderungen an die Haltung von Gänsen findet sich in der entsprechenden Fachliteratur exemplarisch die folgende Aussage (v. Luttlitz, Enten und Gänse halten, 3. Aufl. [1997], S. 48 f.):

„Das geflügelte Wort „Ruhe ist die halbe Mast“ ist jedem Mäster vertraut. Jede Beunruhigung führt bei den schreckhaften ... Gänsen ... zu meist panikartigem Gehabe, das noch tagelang als mehr oder minder latente Nervosität nachwirken kann. Schon ein Aufschrei, ein in den Stall verirrter Vogel oder eine huschende Ratte oder sogar ein im Winde schwankender Baumast vor dem Fenster vermögen plötzlich einen ganzen Stall in Unruhe, lautes Geschnatter und kopfloses Hin- und Hergerenne zu versetzen. ... Deswegen verhalte man sich in der Nähe der Tiere immer behutsam, spreche beruhigend auf sie ein, unterlasse hastige Bewegungen, vermeide Geräusche und bewahre die Tiere vor Hunden, Katzen, Ratten und jeglichem Raubzug, aber auch vor fremden Personen. Überhaupt halte man nach Möglichkeit alle Veränderungen von ihnen fern. Stallbegehungen sollten, abgesehen von den täglich unumgänglichen Versorgungsarbeiten, auf das notwendige Maß beschränkt bleiben, die Kontrollen nach Möglichkeit unbemerkt erfolgen.“

*Daraus folgt, dass es sich bei Gänsen um **außerordentlich empfindliche und schreckhafte Tiere** handelt, die auf jegliche Störung mit **lautstarkem und länger andauerndem Schnattern** reagieren. Derartige Störungen kommen in einer bebauten und gemischt genutzten Ortslage naturgemäß ständig vor. Vorbeigehende Passanten, der Fahrzeugverkehr sowie die Geräusche der Anwohner und der Gewerbebetriebe, die sowohl tagsüber als auch nachts auftreten, werden von den Gänsen als Störung wahrgenommen, so dass es – wie die in dem Verwaltungsvorgang dokumentierten Nachbarbeschwerden eindrucksvoll bestätigen – mit großer Häufigkeit zu lautstarken Äußerungen der Tiere kommt. Dass aufgeschreckte Gänse eine **erhebliche Lautstärke** erreichen, die die Wohnruhe – und erst recht den Nachtschlaf – in einer nicht hinnehmbaren Weise stört, wird auch von dem Ast. im Ergebnis nicht in Abrede gestellt. Gänse sind mithin – ebenso wie möglicherweise die Affen im Tierpark – in der Lage, mit ihren Lautäußerungen eine ganze Stadt in Aufruhr zu versetzen. Im Fall des Ast. ist die Zahl der Tiere zwar deutlich geringer. Die **Geräuschentwicklung dürfte aber ausreichen, um die umgebende Wohnnutzung empfindlich zu beeinträchtigen**. Mit den gem. § 6 I BauNVO vorgesehenen Nutzungen ist die Haltung von Tieren, die ein derartiges Verhalten zeigen, nicht vereinbar.“ (VG Hannover aaO)*

Entscheidungen VerfahrensrechtZPO
§ 767**Prälusion bei Vollstreckungsgegenklage
Erfüllungseinwand im Versäumnisverfahren**

ZPO

(BGH in NJW-RR 2012, 304; Urteil vom 01.12.2011 – IX ZR 56/11)

1. Sind die Gründe, auf denen eine **Einwendung** beruht, bereits **vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung** entstanden, in der die Einwendung hätte erhoben werden müssen, ist die Einwendung für das Verfahren nach § 767 ZPO danach **in jedem Falle präkludiert**.
2. Erfüllt ein Schuldner den mit einer Klage geltend gemachten Anspruch seines Gläubigers vor der letzten mündlichen Verhandlung, ist es ihm **in gleicher Weise wie bei anderen rechtsvernichtenden Einwendungen zuzumuten**, den Einwand noch im laufenden Verfahren zu erheben und dadurch eine Verurteilung zu verhindern.
3. Die **Erwartung**, der Gläubiger werde von sich aus die **prozessualen Konsequenzen aus der eingetretenen Erfüllung** ziehen, enthebt den Schuldner nicht der Pflicht, die Einwendung im Prozess vorzutragen.

Fall: Die Kl. wendet sich mit dem Einwand der Erfüllung gegen die Zwangsvollstreckung des Bekl. aus einem Versäumnisurteil. Im Jahr 2005 verpflichtete sich die Kl. in einem Vergleich, einem vom Bekl. vertretenen Mandanten Rechtsanwaltskosten in Höhe von 9.611,82 Euro zu erstatten. Der Bekl. ließ sich die Forderung abtreten und verklagte die Kl. im Januar 2009 auf Zahlung. Am 24.03.2009 überwies die Kl. an den Bekl. 13.084,31 Euro. Dabei gab sie ein falsches Gerichtsaktenzeichen an, bezeichnete den Mandanten des Bekl. aber richtig. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 21.04.2009 erschien für die jetzige Kl. und damalige Bekl. niemand. Es erging deshalb ein Versäumnisurteil. Nach Ablauf der Einspruchsfrist ließ der Bekl. der Kl. am 27.07.2010 ein vorläufiges Zahlungsverbot nach § 845 ZPO zustellen. Der Aufforderung der Kl., die Vorpfändung wegen der im März 2009 erfolgten Zahlung zurückzunehmen, kam der Bekl. nicht nach. Die Kl. hat deshalb Vollstreckungsgegenklage erhoben mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 21.04.2009 für unzulässig zu erklären und den Bekl. zu verurteilen, die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils an die Kl. Herauszugeben, hilfsweise den Bekl. zur Unterlassung der Zwangsvollstreckung zu verurteilen. Wird er Erfolg haben?

I. Hauptantrag: Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO

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

1. Zulässigkeit der Vollstreckungsabwehrklage

a) Vom Vorliegen der **Prozessvoraussetzungen** und der **allgemeinen Sachentscheidungs voraussetzungen** kann ohne weiteres ausgegangen werden. Ausschließlich zuständig ist nach §§ 802, 767 I ZPO das Prozessgericht des ersten Rechtszugs.

b) Statthaftigkeit

Die Vollstreckungsabwehrklage ist nach § 767 I statthaft, wenn der Kl. Einwendungen erhebt, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen. Der Kläger muss also materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend machen.

Der Kl. beruft sich hier auf die Erfüllung nach § 362 BGB und damit auf eine materiell-rechtliche Einwendung.

Die Vollstreckungsabwehrklage ist damit statthaft.

c) Aktivlegitimation des Klägers

Klageberechtigt ist nur derjenige, gegen den er Titel lautet oder gegen den er umgeschrieben wurde. Der Kl. ist damit aktivlegitimiert.

d) Rechtsschutzbedürfnis

Dieses fehlt, wenn der Kl. auf billigerem und einfacherem Weg zum gleichen Ziel kommen kann, der verfahrensmäßig einfacherer und kostengünstiger ist. Der Kl. hat

keine andere Möglichkeit gegen die Zwangsvollstreckung vorzugehen. Bezüglich des Rechtsschutzbedürfnisses bestehen damit ebenfalls keine Bedenken.

Die Vollstreckungsabwehrklage ist mithin zulässig.

2. Begründetheit der Vollstreckungsabwehrklage

Die Klage ist begründet, wenn dem Kl. eine durch § 767 II oder III nicht ausgeschlossene materiell-rechtliche Einwendung zusteht, welche die Wirkung hat, dass der titulierte Anspruch nicht mehr oder nur noch eingeschränkt besteht. Es kommen nur rechtsvernichtende und rechtshemmende Einwendungen in Betracht, weil nur solche nach Schluss der letzten Tatsachenverhandlung entstehen können.

a) Vorliegen einer materiell-rechtlichen Einwendung

Der Kl. hat die geschuldete Zahlung vorgenommen, so dass der Anspruch des Bekl. Nach § 362 BGB erfüllt wurde und damit untergegangen ist. Es liegt damit eine **rechtsvernichtende Einwendung** vor.

b) keine Präklusion

Trotz des Bestehens einer materiell-rechtlichen Einwendung ist die Vollstreckungsabwehrklage des Kl. nur begründet, wenn er mit seiner Einwendung nicht nach § 767 II ZPO **präkludiert** ist.

aa) Grundsatz

Dies ist dann der Fall, wenn die geltend gemachte Einwendung bereits **vor dem Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung** vor Erlass des Titels entstanden ist. Es kommt hier nicht darauf an, ob der Schuldner – hier der Kl. - die Einrede kannte oder beweisen konnte. Ausschlaggebend ist allein die **objektive Möglichkeit der Geltendmachung** der Einrede in dem früheren Verfahren, die das nachträgliche Vorbringen mit der Vollstreckungsgegenklage ausschließt.

*„Sind die **Gründe**, auf denen eine Einwendung beruht, **bereits vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden**, in der die Einwendung hätte erhoben werden müssen, ist die Einwendung für das Verfahren nach § 767 ZPO danach **in jedem Falle präkludiert**. Eine andere Auslegung lässt der eindeutige Wortlaut des Gesetzes nicht zu. Dieses Verständnis entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers (vgl. Hahn, Mat. Bd. II/1, S. 437 f.) und dem Zweck der Norm, die **Rechtskraftwirkung unanfechtbar gewordener Entscheidungen zu sichern und Verzögerungen im Vollstreckungsverfahren vorzubeugen** (vgl. BGHZ 124, 164 [172] = NJW 1994, 460; BGHZ 125, 351 [353] = NJW 1994, 2769; K. Schmidt, in: MüKo-ZPO, 3. Aufl., § 767 Rn. 73).“ (BGH aaO)*

Der Kl. hatte hier die geschuldete Leistung hier am 24.03.2009 erbracht. Der Termin zur mündlichen Verhandlung war erst am 21.04.2009. Hier hätte er den Erfüllungseinwand schon vorbringen können. Dies hätte er auch im Rahmen des Einspruchsverfahrens gegen das Versäumnisurteil nach §§ 338 ff. ZPO nachholen können. Dies ist jedoch beides nicht gesehen, so dass die Voraussetzungen für eine Präklusion vorliegen.

bb) Besonderheiten im Versäumnisverfahren

Der Zusatz in § 767 II letzter Halbs. ZPO „und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können“ verschärft die Präklusion in den Fällen, in denen ein Versäumnisurteil ergangen ist.

*„Dann sind auch solche Einwendungen von der Vollstreckungsgegenklage ausgeschlossen, deren Gründe zwar nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, aber **durch Einspruch noch geltend gemacht werden können**. Hierauf kommt es im Streitfall aber nicht an, weil die Einwendung **bereits vor der dem Urteil zu Grunde liegenden mündlichen Verhandlung entstanden ist**.“*

*Es kann deshalb **dahinstehen**, ob entgegen der in Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Auffassung (RGZ 55, 187 [191]; Gaul/Schilken, ZwangsvollstreckungsR, 12. Aufl., § 40 Rn 86 f.; Schuschke/Walker/Raebel, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 767 ZPO Rn 33) der vom OLG Hamm (NJW-RR 2000, 659) und von Teilen des Schrifttums vertretenen Ansicht zu folgen ist, wonach der **Einwand der Erfüllung im Anschluss an ein Versäumnisurteil***

nur dann präkludiert ist, wenn er zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Vollstreckungsgegenklage noch mit dem Einspruch geltend gemacht werden könnte (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 767 Rn. 40; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und InsolvenzR, 23. Aufl., § 12 Rn 16; Otto, Die Präklusion, S. 69 ff., 72; ders., JA 1981, 649 [650]; Bruns/Peters, ZwangsvollstreckungsR, 3. Aufl., § 15 I 2; Baumann/Brehm, Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., § 13 III 2 S. 215; Schumann, NJW 1982, 1862).“ (BGH aaO)

cc) Besonderheiten beim Erfüllungseinwand

Allerdings könnten Besonderheiten beim Erfüllungseinwand gerechtfertigt sein, weil in einem solchen Fall die titulierte Forderung nachweislich untergegangen ist und der Titelgläubiger materiell-rechtliche keine Berechtigung mehr zur Beitreibung der Forderung hat.

„Auch der Einwand der Erfüllung richtet sich gegen die Rechtskraftwirkung eines ergangenen Urteils. Erfüllt ein Schuldner den mit einer Klage geltend gemachten Anspruch seines Gläubigers vor der letzten mündlichen Verhandlung, ist es ihm in gleicher Weise wie bei anderen rechtsvernichtenden Einwendungen zuzumuten, den Einwand noch im laufenden Verfahren zu erheben und dadurch eine Verurteilung zu verhindern. Die Erwartung, der Gläubiger werde von sich aus die prozessualen Konsequenzen aus der eingetretenen Erfüllung ziehen, enthebt den Schuldner nicht der Pflicht, die Einwendung im Prozess vorzutragen.“ (BGH aaO)

Auch der Erfüllungseinwand rechtfertigt daher keine Abweichung von den Präklusionsvorschriften. Die Vollstreckungsabwehrklage ist folglich unbegründet und wird keinen Erfolg haben.

II. Hilfsantrag: Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung nach § 826 BGB

1. Zulässigkeit der Klage

Gegen die Zulässigkeit des Hilfsantrags bestehen keine durchgreifenden Bedenken.

„Nach gefestigter Rechtsprechung kann ein Gläubiger in besonders schwerwiegenden, eng begrenzten Ausnahmefällen nach § 826 BGB zur Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen, aber materiell unrichtigen Titel verpflichtet sein, wenn es mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar wäre, dass der Titelgläubiger seine formelle Rechtsstellung unter Missachtung der materiellen Rechtslage zu Lasten des Schuldners ausnutzt; dann muss die Rechtskraft zurücktreten (vgl. etwa BGHZ 101, 380 [383 ff.] = NJW 1987, 3256; NJW 1999, 1257 = WM 1999, 919 [920]; BGHZ 151, 316 [327 ff.] = NJW 2002, 2940).“ (BGH aaO)

2. Begründetheit der Klage

Eine solche Klage setzt neben der materiellen Unrichtigkeit des Vollstreckungstitels und der Kenntnis des Gläubigers hiervon zusätzliche besondere Umstände voraus, welche die Erlangung des Vollstreckungstitels oder seine Ausnutzung als sittenwidrig und es als geboten erscheinen lassen, dass der Gläubiger die ihm unverdient zugefallene Rechtsposition aufgibt.

a) materielle Unrichtigkeit des Titels

Der titulierte Anspruch ist nach § 362 BGB untergegangen, so dass der Titel materiell unrichtig ist.

b) besondere Umstände

Es müssten aber noch besonderen Umstände hinzutreten.

„Nach den Feststellungen der Vorinstanzen gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Bekl. zu dem Zeitpunkt, als er den Erlass des Versäumnisurteils beantragte, die Zahlung der Kl. bereits bekannt war. Er hat deshalb den Titel nicht erschlichen. Zum Versäumnisurteil kam es vielmehr auf Grund der Prozessführung der Kl. Im Hinblick auf deren nachlässiges Vorgehen (vgl. dazu BGH, NJW-RR 1988, 957 [959]) verletzt die Durchsetzung der titulierten Forderung des Bekl. trotz ihrer bereits erfolgten Erfüllung das Rechtsgefühl nicht in einem solch unerträglichen Maß, dass eine Durchbrechung der Rechtskraft des Urteils gerechtfertigt wäre. In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob die Kl. den bereits gezahlten Betrag wegen Zweckverfehlung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen wieder herausverlangen kann.“ (BGH aaO)

Die Klage hat auch mit dem Hilfsantrag, den Bekl. zur Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 21.04. 2009 zu verurteilen, keinen Erfolg.

**Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel
Klauselerinnerung bei Fehlen erforderlicher Nachweise**

(BGH in WM 2012, 454; Beschluss vom 12.01.2012 – VII ZB 71/09)

1. Im Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO ist der Einwand des Schuldners grundsätzlich **nicht zu berücksichtigen**, der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle habe die der Vollstreckung zugrunde liegende Klausel nach §§ 724, 725 ZPO **zu Unrecht ohne die gemäß § 726 I ZPO erforderlichen Nachweise** erteilt.
2. Die **fehlerhafte Erteilung einer Klausel** nach § 724, 725 ZPO durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle statt einer Klausel nach § 726 I ZPO durch den Rechtspfleger führt nicht zur Unwirksamkeit der Klausel, sondern **nur zu ihrer Anfechtbarkeit**, die allein mit der **Klauselerinnerung** geltend gemacht werden kann.

Fall: Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung aus einem vor dem Landgericht Neubrandenburg am 05.08.2008 mit der Schuldnerin geschlossenen Prozessvergleich und aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Neubrandenburg vom 16.09.2008. In dem Vergleich hatte sich die Schuldnerin unter anderem dazu verpflichtet, der Gläubigerin von dieser zu bezeichnende Unterlagen spätestens bis zum 01.10.2008 zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus sollte die Schuldnerin bis zum 01.09.2008 Bürgschaftsurkunden herausgeben. Für den Fall der nicht fristgerechten Vornahme dieser Handlungen verpflichtete sich die Schuldnerin, 6.379,99 € (Unterlagen) und 1.497,17 € (Bürgschaftsurkunden) an die Gläubigerin zu zahlen.

Am 26.08.2008 wurde der Gläubigerin eine mit Vollstreckungsklausel nach § 725 ZPO versehene Ausfertigung des der Schuldnerin am 12.08.2008 zugestellten Vergleichs erteilt. Die vollstreckbare Ausfertigung eines mit 843,14 € zugunsten der Gläubigerin ergangenen Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 16.09.2008 wurde der Schuldnerin am 19.09.2008 zugestellt. Wegen der vorbezeichneten Zahlungsansprüche erließ das Amtsgericht am 21.10.2008 einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, mit dem Forderungen der Schuldnerin gegen die D.-Bank in N. gepfändet und der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen wurden.

Gegen den Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses hat die Schuldnerin unter dem 04.11.2008 bei dem Amtsgericht - Vollstreckungsgericht – Vollstreckungserinnerung eingelegt und zur Begründung angeführt, dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss liege kein vollstreckungsfähiger Titel zugrunde. Voraussetzungen für den Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 21.10.2008 hätten nicht vorgelegen, weil die gemäß § 726 I ZPO erforderliche Vollstreckungsklausel nicht erteilt worden sei. Es fehle an der Zustellung eines mit Vollstreckungsklausel versehenen Titels und an der Erteilung einer Vollstreckungsklausel überhaupt. Darüber hinaus seien die Voraussetzungen nicht erfüllt, unter denen sie nach den im Vergleich getroffenen Regelungen zur Zahlung der dort genannten Geldbeträge verpflichtet sei. Die Klausel habe nur erteilt werden dürfen, wenn der Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde geführt worden sei. Die Vollstreckungsklausel sei deshalb nicht ordnungsgemäß erteilt worden.

Wird die Vollstreckungserinnerung Erfolg haben?

Die Erinnerung hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Erinnerung

Die Erinnerung ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs voraussetzungen vorliegen.

1. Zuständigkeit

Für die Erinnerung nach § 766 I ZPO ist das **Vollstreckungsgericht zuständig**. Dieses ist nach § 764 II ZPO das Amtsgericht, in dessen Bezirk das **Vollstreckungsverfahren** stattfinden soll oder **stattgefunden hat**.

2. Statthaftigkeit

Mit der Vollstreckungserinnerung können aber nur **konkrete Maßnahmen eines Vollstreckungsorgans** mit der Begründung angefochten werden, die zu beachtenden Verfahrensvorschriften seien nicht eingehalten worden. Materiell-rechtliche Einwände können in diesem Verfahren nicht erhoben werden.

a) Abgrenzung zur Beschwerde

§ 766 ZPO ist nur einschlägig, wenn eine **Vollstreckungsmaßnahme** vorliegt. Wurde eine Entscheidung getroffen, ist § 793 ZPO (Beschwerde) anzuwenden.

Fraglich ist dabei allerdings, wann von einer Entscheidung i.S.d. § 793 ZPO auszugehen ist. Eine **Entscheidung** liegt **nach h.M.** dann vor, wenn das Vollstreckungsgericht, z.B. vor Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den Geg-

ner **angehört** hat oder einen **Antrag des Gläubigers** ablehnt. Nur in diesen Fällen setzt sich das Vollstreckungsgericht mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinander und trifft eine tatsächliche und rechtliche Würdigung, so dass die Annahme des Vorliegens einer Entscheidung gerechtfertigt ist.

Die Schuldnerin wendet sich hier gegen den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ohne vorherige Anhörung. Hierbei handelt es sich um eine Maßnahme, gegen die **grundsätzlich die Vollstreckungserinnerung** nach § 766 I ZPO **statthaft** ist.

b) Nichtbeachtung von Verfahrensvorschriften

Die Schuldnerin kann ihr Begehren gleichwohl nur auf § 766 I ZPO stützen, wenn sie geltend macht, dass Verfahrensvorschriften, die bei Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zu berücksichtigen sind, nicht beachtet wurden. Sie macht geltend, die Voraussetzungen für den Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses hätten nicht vorgelegen, weil eine gemäß § 726 I ZPO erforderliche qualifizierte Vollstreckungsklausel nicht erteilt gewesen sei.

aa) Kostenfestsetzungsbeschluss

„Das ist hinsichtlich der im Kostenfestsetzungsbeschluss titulierten Forderung schon deshalb nicht zutreffend, weil deren Vollstreckung offenkundig nicht von einer Bedingung abhängt.“ (BGH aaO)

bb) Vergleich

Dieser Einwand ist im Verfahren der Vollstreckungserinnerung nur statthaft, wenn es für die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses darauf ankommt, ob die vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs statt mit der unstreitig nach § 725 ZPO erteilten Klausel mit einer qualifizierten Vollstreckungsklausel gemäß § 726 I ZPO hätte versehen werden müssen.

(1) Relevanz des Fehlers

Die **Erteilung der Vollstreckungsklausel** erfolgt gemäß § 724 II ZPO **grundsätzlich** durch den **Urkundsbeamten** der Geschäftsstelle des Prozessgerichts. Geht dort ein Antrag auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel ein, obliegt es ihm auch **zu prüfen**, ob der Titel **Vollstreckungsbedingungen** im Sinne des § 726 I ZPO enthält und es deshalb gemäß § 20 Nr. 12 RPfIG dem **Rechtspfleger vorbehalten** ist, eine dann erforderliche qualifizierte Klausel zu erteilen.

*„Gegenstand dieser Prüfung ist der **Inhalt des Titels**, der in der Regel durch Auslegung zu ermitteln ist. Gelangt die Prüfung des Urkundsbeamten **zum objektiv falschen Ergebnis** und erteilt er zu Unrecht eine einfache Vollstreckungsklausel nach §§ 724, 725 ZPO, so liegt darin eine **fehlerhafte Ausübung der ihm nach dem Gesetz übertragenen Aufgaben**.“* (BGH aaO)

(a) Auswirkungen des Fehlers auf Wirksamkeit

Fraglich ist daher, welche Konsequenzen es hat, wenn Urkundsbeamte das Vorliegen von Vollstreckungsbedingungen übersieht und daher eine einfache Vollstreckungsklausel erteilt. Dies ist umstritten.

(aa) Unwirksamkeit der Klausel

*„[Es] wird in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, dass eine **Vollstreckungsklausel**, die entgegen § 726 I ZPO, § 20 Nr. 12 RPfIG **nicht vom Rechtspfleger, sondern vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle** (§ 724 II ZPO) **erteilt** wird, **unwirksam** ist und - was bei der Vollstreckung zu berücksichtigen wäre - **nicht Grundlage für eine ordnungsgemäße Vollstreckung** sein kann (OLG Hamm, MDR 1987, 682; KG, JurBüro 1999, 601, 602; OLG München, JurBüro 2001, 438, 439; LG Detmold, Rpfleger 1996, 19; Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 726 Rn. 7; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 32. Aufl., § 724 Rn. 5; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl., § 726 Rn. 3; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Aufl., Rn. 106).“* (BGH aaO)

(bb) Anfechtbarkeit der Klausel

Nach der **Gegenmeinung** ist eine solche **Klausel** zwar fehlerhaft und **anfechtbar, nicht aber unwirksam** (OLG Zweibrücken, MDR 1997, 593; OLG Koblenz, NJW 1992, 378, 379; LG Kassel, JurBüro 1986, 1255; AG Oldenburg, DGVZ 1989, 142; Musielak/Lackmann, ZPO, 8. Aufl., § 726 Rn. 4; Schuschke/Walker, ZPO, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 726 Rn. 18; MünchKommZPO/Wolfsteiner, 3. Aufl., § 724 Rn. 15). Die **Vollstreckung auf Grund einer in diesem Sinne fehlerhaften Klausel** sei bis zu ihrer Beseitigung deshalb **rechtmäßig** und könne nicht im Verfahren nach § 766 ZPO angefochten werden. **Einwendungen des Schuldners**, welche die materielle Zulässigkeit der erteilten Klausel betreffen, seien vielmehr **im Wege der Klauselerinnerung** (§ 732 ZPO) geltend zu machen (OLG Hamm, FamRZ 1981, 199, 200; OLG Koblenz, aaO; OLG Frankfurt, JurBüro 1976, 1122; Schuschke/Walker, aaO).“ (BGH aaO)

(cc) Auffassung des BGH

„Der **Bundesgerichtshof** hat diese **Frage bisher offen gelassen** und lediglich im Rahmen eines Klauselerinnerungsverfahrens die Zwangsvollstreckung auf der Grundlage einer vom funktional unzuständigen Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erteilten Vollstreckungsklausel für unzulässig gehalten (BGH, Beschluss vom 4. Oktober 2005 - VII ZB 40/05, NJW 2006, 776; vgl. auch BAG, NJW 2004, 701, 702). **Der Senat hält die zuletzt genannte Auffassung für zutreffend.**“ (BGH aaO)

(b) Relevanz der Anfechtbarkeit

Fraglich ist, ob das jeweilige Vollstreckungsorgan bei der Beachtung der Vollstreckungsverfahrens gehalten ist, die Anfechtbarkeit der Vollstreckungsklausel zu berücksichtigen.

„Dieser Fehler betrifft die **materielle Richtigkeit der erteilten Vollstreckungsklausel**, die grundsätzlich nicht zur Überprüfung des Vollstreckungsorgans gestellt ist. Seiner Nachprüfung unterliegt es, ob eine **Klausel vorhanden** ist und ob sie **ordnungsgemäß erteilt wurde**, nicht hingegen, ob sie erteilt werden durfte (OLG Frankfurt, JurBüro 1976, 1122; OLG Hamm, FamRZ 1981, 199; Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 724 Rn. 14).

Deshalb ist es insbesondere **nicht Sache des** mit der Vollstreckung des Titels befassten **Vollstreckungsorgans**, die **Wirksamkeit der Klausel am Inhalt des Titels zu messen** und die erforderliche Abgrenzung zwischen unbedingt und bedingt vollstreckbaren Titeln vorzunehmen. Über dahingehende **Einwendungen des Schuldners gegen die in der Klausel bezeugten sachlichen Erfordernisse** der Vollstreckung des Titels entscheidet gemäß § 732 ZPO vielmehr dasjenige Gericht, dessen Geschäftsstelle die Vollstreckungsklausel erteilt hat. Sie sind der **Nachprüfung durch das Vollstreckungsorgan entzogen** und können deshalb auch nicht im Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO vor dem Vollstreckungsgericht und dem ihm übergeordneten Beschwerdegericht geltend gemacht werden.“ (BGH aaO)

Der von der Schuldnerin gerügte Fehler hätte daher mit der Klauselerinnerung nach § 732 ZPO geltend gemacht werden müssen.

„Der von der Schuldnerin geltend gemachte Fehler bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel **ist nicht derart schwerwiegend**, dass er auch **ohne eine erfolgreiche Anfechtung** im Verfahren nach § 732 ZPO die im Erinnerungsverfahren **zu berücksichtigende Unwirksamkeit der Klausel** begründen könnte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein **Vollstreckungsakt** ausnahmsweise, nämlich bei **grundlegenden, schweren Mängeln nichtig und deshalb von vorneherein unwirksam** sein (BGH, Urteil vom 16. Februar 1976 - II ZR 171/74, BGHZ 66, 79, 81). Das gilt ebenso für Fehler bei der - nicht zum Vollstreckungsverfahren gehörenden (Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 724 Rn. 1) - Erteilung der Vollstreckungsklausel (OLG Hamm, FamRZ 1981, 199, 200; OLG Hamm, MDR 1987, 682; OLG Zweibrücken, MDR 1997, 593).

Macht der Schuldner, wie hier, geltend, der Urkundsbeamte habe die Klausel nach §§ 724, 725 ZPO zu Unrecht ohne die gemäß § 726 I 1 ZPO erforderlichen Nachweise erteilt, so betrifft dieser Einwand die **Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit** einer Vollstreckungsklausel im Einzelfall, die der Urkundsbeamte im Rahmen der ihm nach dem Gesetz zugewiesenen Aufgaben erteilt hat. Eine in solcher Weise fehlerhaft erteilte Vollstreckungsklausel **leidet nicht an einem grundlegenden, schwerwiegenden Mangel**, der es rechtfertigen könnte, die Überprüfung der Klauselerteilung dem nach obigen Grundsätzen hierfür allein vorgesehenen Verfahren nach § 732 ZPO zu entziehen.“ (BGH aaO)

Die die in Rede stehende Vollstreckungsmaßnahme war **selbst dann nicht rechtswidrig** im Sinne des § 766 ZPO, wenn, wie die Schuldnerin meint, ihre Zahlungsverpflichtungen nach dem Vergleich von Vorleistungen der Gläubigerin abhängig waren, deren Erfüllung diese gemäß § 726 I ZPO vor der Erteilung einer entsprechenden Vollstreckungsklausel **durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden hätte beweisen** müssen. Ein solcher Fehler kann daher nicht mit der Vollstreckungserinnerung nach § 766 I ZPO geltend gemacht werden. Die Erinnerung ist nicht statthaft und daher unzulässig.

Verwertungsverbot

Heimlich aufgezeichnetes Selbstgespräch

(BGH in NJW 2012, 945; Urteil vom 22.12.2011 – 2 StR 509/10)

Ein in einem Kfz mittels **heimlich durchgeführter akustischer Überwachung** aufgezeichnetes **Selbstgespräch** eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten ist in einem Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – **unverwertbar**.

Fall: Die Angekl. S und I sind Geschwister, der Angekl. W ist der Ehemann von I, deren Ehe trotz Kinderwunschs kinderlos blieb. Die Angekl. I und W verfügen über ein Haus, in dem auch der Angekl. S nach seiner Übersiedlung aus Chemnitz nach der Wiedervereinigung Deutschlands eine Wohnung erhielt. Dort nahm der Angekl. S im Jahre 2001 seine Ehefrau L auf, die er auf den Philippinen geheiratet hatte. Am 07.02.2002 wurde der Sohn M der Eheleute geboren. Die Angekl. I und W mischten sich in deren Angelegenheiten ein, was L zunehmend störte. Während der Angekl. S sich wenig um sein Kind kümmerte, wurde der Junge von den Angekl. I und W wie ihr eigenes Kind behandelt. Vor diesem Hintergrund kam es zu Spannungen zwischen den Eheleuten L und S. L zog schließlich am 28.09.2005 zusammen mit ihrem Sohn aus der Ehemwohnung aus und bezog eine eigene Wohnung in K. Der Angekl. W bot ihr Geld für den Fall an, dass sie das Kind bei ihm und seiner Ehefrau S aufwachsen lassen werde. L lehnte dies entschieden ab. Am 18.01.2006 einigten sich S und L über den Unterhalt. Am 27.01.2006 beantragte die Angekl. I ein eigenes Umgangsrecht mit dem Kind; der Antrag blieb jedoch in allen Instanzen erfolglos. Der Angekl. S erhielt vom FamG ein Umgangsrecht zugesprochen. Er befürchtete jedoch, dass seine Ehefrau nach der Scheidung weit wegziehen werde, um seinen Kontakt mit dem Sohn zu vereiteln. Im Frühjahr 2007 beschlossen die Angekl., dass das Problem durch die Tötung von L gelöst werden solle. Einzelheiten dazu waren nicht feststellbar. Im März und April 2007 renovierte der Angekl. S das Kinderzimmer in der Wohnung von L und führte weitere Arbeiten durch. Er wechselte auch das Schloss der Wohnungstür aus. L hegte angesichts dieser Arbeiten die Hoffnung auf einen Neubeginn der Beziehung zu ihrem Ehemann, die sich jedoch nicht realisierte. Am Mittwoch, dem 18.04.2007 telefonierte sie zweimal mit ihrem Ehemann. Ein anschließendes Telefonat mit einer Freundin beendete sie um 14.45 Uhr mit dem Hinweis, dass ihr Ehemann erscheine. Der Angekl. S kam aber nicht alleine, sondern in Begleitung der Mitangekl. I und W. Er nahm seinen Sohn in Empfang und sagte diesem, er dürfe jetzt 50 Mal beim Vater schlafen. Dann fuhren die Angekl. mit dem Kind davon. Der Angekl. S suchte später im Einvernehmen mit den Angekl. I und W seine Ehefrau in deren Wohnung auf und tötete sie, um zu ermöglichen, dass das Kind bei den Angekl. aufwachsen könne. Einzelheiten der Tatausführung blieben ungeklärt, da keine Spuren auffindbar waren. Trotz umfangreicher Suche der Ermittlungsbehörden wurde die Leiche der Getöteten nicht gefunden.

Im Vorverfahren wurden verschiedene verdeckte Überwachungsmaßnahmen durchgeführt: U. a. fand mit ermittlungsrichterlicher Gestattung gem. § 100f i. V. mit §§ 100b I, 100d II StPO eine elektronische Überwachung im Auto des Angekl. S statt. Dabei wurden dessen Selbstgespräche, als er sich alleine im Auto befand, an mehreren Tagen aufgezeichnet und später in die Hauptverhandlung eingeführt sowie im Urteil des LG verwertet.

Am 22. 10.2007 war auf den umfangreichen Aufzeichnungen neben zahlreichen unerheblichen Äußerungen auch die Bemerkung zu hören: „... die L ist schon lange tot, die wird auch nicht wieder ... kannst du natürlich nicht sagen.“ Am 23.10.2007 fielen im Rahmen der Selbstgespräche die Worte: „Richter“ und „wie? Mord?“, ... sowie „oho I kill her ... oh yes, oh yes ... and this is my problem ...“, ferner „... ich würde mal sagen, es wird jetzt wohl so sein, dass die Polizei mal auf eure Truppe kommt“. Am 26.10.2007 konnte den Selbstgesprächen die Anmerkung entnommen werden: „... ja, was soll ich sagen, die Situation ist kritisch ...“. Am 29.10.2007 erklärte der Angekl. S im Selbstgespräch u. a., es sei: „... langweilig, der das Gehirn rausrügeln ... kann ich dir sagen, joh und weg damit ... werde auch keine mehr wegknallen ... nö I, wir haben sie tot gemacht ...“. Schließlich war aus einem weiteren Selbstgespräch am selben Tag zu späterer Stunde herauszuhören: „...ist eben lebenslang und fertig aus, lebenslang ... war nicht alt ...“.

Das LG hat darin ein geständnisgleiches Indiz für die Tötung von L durch den Angekl. S gesehen. Die Bemerkung „nö I, wir haben sie tot gemacht“ deutet zudem auf Mittäterschaft hin.

Zu prüfen ist, ob die **heimlich aufgenommenen Selbstgespräche** verwertbar sind oder aber einem **Beweisverwertungsverbot** unterfallen.

I. Das nichtöffentlich geführte Selbstgespräch unterliegt einem **selbstständigen Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen**.

vgl. BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NSTZ 2005, 700; Dalakouras, Beweisverbote bzgl. der Achtung der Intimsphäre, 1988, S. 264; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., Einl. L Rn 88; Jahn, Gutachten C zum 67. DJT 2008, C 84; Roxin/Schünemann, StrafverfahrensR, 26. Aufl., § 36 Rn 45; Wolter, SK-StPO, 4. Aufl., 2010, § 100f Rn 35

1. Der **absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung** wird aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG hergeleitet (vgl. BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891; BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563 = NSTZ 1990, 89). Sein Schutzbereich wird durch heimliche Aufzeichnung des nichtöffentlich geführten Selbstgesprächs der Zielperson staatlicher Ermitt-

lungsmaßnahmen und deren Verwertung in der Hauptverhandlung berührt (vgl. BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NSTZ 2005, 700).

Ob das nichtöffentlich gesprochene Wort zum absolut geschützten Kernbereich oder zu dem nur relativ geschützten Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört, ist durch **Gesamtbewertung aller Umstände im Einzelfall** festzustellen.

*„Aus einer Kumulation von Umständen folgt hier, dass die Selbstgespräche des Angekl. SK dem Kernbereich zuzurechnen sind. Dazu zählen die **Eindimensionalität der „Selbstkommunikation“**, die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation, die mögliche **Unbewusstheit der Äußerungen im Selbstgespräch**, die **Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken** beim Selbstgespräch und die **Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes**.*

*Der Grund für den absoluten Schutz eines Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung besteht in der Eröffnung einer Möglichkeit für Menschen, sich in einem **letzten Rückzugsraum** mit dem eigenen Ich befassen zu können, ohne Angst davor haben zu müssen, dass staatliche Stellen dies überwachen (vgl. BGHSt 31, 296 = NJW 1983, 1569 = NSTZ 1983, 518). Die **Gedanken sind grds. frei**, weil **Denken für Menschen eine Existenzbedingung** darstellt (vgl. BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563 = NSTZ 1990, 89). Den Gedanken fehlt aus sich heraus die Gemeinschaftsbezogenheit, die jenseits des Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung liegt. Gleiches gilt für die **Gedankenäußerung im nichtöffentlich geführten Selbstgespräch** (vgl. BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NSTZ 2005, 700). Gedanken werden typischerweise in Form eines „inneren Sprechens“ entwickelt (vgl. Tönnies, Selbstkommunikation, 1994, S. 16). **Denken und Sprache**, die dem Menschen als einzigem Lebewesen zur Verfügung steht, sind **untrennbar miteinander verbunden**. Die Gedankeninhalte des inneren Sprechens treten vor allem in Situationen, in denen der Sprechende sich unbeobachtet fühlt, durch Aussprechen hervor. Das möglicherweise **unbewusste „laute Denken“** beim nichtöffentlich geführten Selbstgespräch nimmt sodann an der Gedankenfreiheit teil. Bedeutung für die Zuordnung zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung hat dabei auch die **Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation**.*

*Zwar fanden die hier in Rede stehenden Selbstgespräche nicht in einer Wohnung i. S. von Art. 13 I GG statt, woraus sich eine „Vermutung“ hätte ergeben können, „dass der Kernbereich tangiert sein kann“ (vgl. BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NSTZ 2005, 700); dies folgt auch aus dem Zusammenhang von § 100c IV mit § 100f StPO. Hieraus ist aber nicht zu schließen, dass der Schutz des Kernbereichs der Persönlichkeit in Bezug auf Äußerungen sich ausschließlich auf den räumlichen Bereich von Wohnungen beschränke. Vielmehr kann auch das **„Alleinsein mit sich selbst“** in einem Pkw diesen Schutz begründen. Es bestand aus der Sicht des Angekl. S nicht die Gefahr, dass andere Personen den Inhalt seiner Äußerungen im Selbstgespräch erfassten. Der rechtlich geringere Schutz des Aufenthaltsorts im Auto gegenüber der Wohnung i. S. von Art. 13 I GG (zur Relativierung bei der Äußerung im Krankenzimmer BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NSTZ 2005, 700) wird hier deshalb im Einzelfall dadurch kompensiert, dass tatsächlich das **Risiko einer Außenwirkung der spontanen Äußerungen nahezu ausgeschlossen** war; das Selbstgespräch konnte nur durch eine heimliche staatliche Überwachungsmaßnahme erfasst werden. Die **Nichtöffentlichkeit der Gesprächssituation** war daher bei einer Gesamtbewertung der Umstände des Einzelfalls **derjenigen in einer Wohnung gleichzusetzen**.“ (BGH aaO)*

2. Auf den Inhalt der Gedankenäußerung und dessen mehr oder weniger großen Sozialbezug kommt es demgegenüber bei Selbstgesprächen nicht entscheidend an. Insoweit gilt etwas anderes als bei der Fixierung von Gedanken in einem Tagebuch oder bei der Erfassung des Gesprächs eines Beschuldigten mit Dritten.
 - a) Die **Tagebuchentscheidung des BVerfG** (BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563 = NSTZ 1990, 89), bei der wegen Stimmengleichheit eine Grundrechtsverletzung nicht festgestellt werden konnte, kann nicht ohne Weiteres auf die Frage der Zuordnung des heimlich abgehörten Selbstgesprächs zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung oder zur allgemeinen Persönlichkeitssphäre übertragen werden.

*„War dort der Raum, in dem die Anfertigung von Notizen stattfand, für die Frage der Verwertbarkeit der schriftlich fixierten Gedanken im Strafverfahren ohne Belang, weil die **Notizen freiwillig der Sicherstellung preisgegeben** wurden, so erlangt im vorliegenden Fall das Kriterium der Nichtöffentlichkeit des Ortes der Gedankenäußerung erhebliche Bedeutung. Spielte in der Tagebuchentscheidung die **Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes** keine Rolle, weil der Betroffene seine Gedanken dort im Tagebuch fixiert und bei diesem Schreibvorgang unter Umständen auch noch repetiert hatte, so erlangt die **Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes als Abgrenzungskriterium** im vorliegenden Fall besonderes Gewicht. In der Tagebuchentscheidung waren überdies auch präventive Überlegungen für die Annahme der Verwertbarkeit von Bedeutung (BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563 = NSTZ 1990, 89), weil die dort fraglichen Tagebuchaufzeichnungen vor der Tatbegehung gemacht worden waren und bei rechtzeitiger Erfassung durch die Polizeibehörden theoretisch auch zur Verhinderung der Tat als Maßnahme der Gefahrenabwehr hätten genutzt werden können. Dagegen spielt die Möglichkeit der Prävention zu Gunsten anderer Grundrechtsträger als Frage der Grundrechtskollision hier keine Rolle (vgl. auch BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NSTZ 2005, 700).“ (BGH aaO)*

- b) Das „**Selbstgespräch**“ kann auch nicht mit einem **Zwiegespräch gleichgesetzt werden**, das regelmäßig nicht dem absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung zuzuordnen ist, wenn es mit seinem Inhalt einen Tatbezug und damit Sozialbezug aufweist.

vgl. BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 = NStZ 2004, 270; BVerfG NJW 2012, 833; BVerfG NJW 2012, 907; vgl. auch § 100c IV 3 StPO

„Es unterscheidet sich von einem solchen Gespräch schon dadurch, dass die **Äußerungen nicht auf Verständlichkeit angelegt** und jedenfalls auch **durch unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte gekennzeichnet** sind (BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NStZ 2005, 700).“ (BGH aaO)

3. Der somit gebotene **Kernbereichsschutz entfällt nur, wenn der Grundrechtsträger den Bereich der privaten Lebensgestaltung von sich aus öffnet**, bestimmte Angelegenheiten der Öffentlichkeit zugänglich macht und damit die **Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt** (vgl. BGH NJW 2012, 767).

„Dies geschieht nicht ohne Weiteres schon dadurch, dass er sich außerhalb des besonders geschützten Bereichs seiner Wohnung i. S. von Art. 13 I GG aufhält, sofern er einen anderen Rückzugsraum wählt, in dem er sich unbeobachtet fühlen kann. Das war hier hinsichtlich des Pkw der Fall. Nach außen gerichtete Äußerungen in einem Pkw, in dem die betreffende Person allein ist, können nicht Äußerungen in der Öffentlichkeit gleichgestellt werden. Es bleibt deshalb bei der Zuordnung der Selbstgespräche des Angekl. S zum absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung mit der Folge ihrer Unverwertbarkeit.“ (BGH aaO)

- II. Das Beweisverbot entfaltet wegen seiner Absolutheit, die ein Beweiserhebungsverbot für die Hauptverhandlung bzgl. der im Vorverfahren erlangten Informationen einschließt (vgl. Schwaben, Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverboten, 2005, S. 101 f.), seine Wirkung auch auf die nicht unmittelbar von der akustischen Überwachung im Vorverfahren betroffenen Mitangekl.

„Die Unverwertbarkeit des Selbstgesprächs von S als Indiz für und gegen alle Angekl. (zur Frage der „Überkreuzverwertung“ Jahn, DJT-Gutachten C 114 f.) entspricht den Verboten, die in §§ 100a IV 2, 100cV 3 StPO für den Fall des **Eingriffs in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung** positivrechtlich geregelt sind. Der Gesetzgeber hat dort für den Fall, dass tatsächlich der Kernbereich betroffen ist, jede Verwendung der hierüber erlangten Informationen im Strafverfahren ausgeschlossen. Er ist damit nicht dem Gedanken gefolgt, dass Beweisverwertungsverbote auch mit Blick auf die Ambivalenz ihrer Beweisbedeutung als Be- oder Entlastungsbeweis ausschließlich den Bedeutungsgehalt von Belastungsverboten haben sollen (vgl. dazu BGHSt 50, 206 = NJW 2005, 3295 = NStZ 2005, 700; Jahn, DJT-Gutachten C 112 ff.). Zwar hat der Gesetzgeber in § 100f StPO auf eine entsprechende Kernbereichsregelung verzichtet, jedoch gilt für das unmittelbar aus der Verfassung abgeleitete Beweisverwertungsverbot in diesem Zusammenhang nichts anderes. Auch Art. 1 I 2 GG spricht gegen die Verwertbarkeit der Selbstgesprächsinhalte für oder gegen Dritte, weil insoweit ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot begründet wird (vgl. zur ausnahmsweise absoluten Wirkung eines Beweisverbots i. Ü. auch §§ 136a III, 69 III StPO).“ (BGH aaO)

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2012, 163; Beschluss vom 23.09.2011 – 6 B 1701/11)

1. Nach § 28 II VwVfG hat die Behörde über die Fälle der Nr. 1-5 hinaus die Befugnis, **nach Ermessen** über einen **Verzicht auf die Anhörung** zu entscheiden.
2. Die Ermessensentscheidung bedarf einer **Begründung**, die erkennen lässt, auf welchen Erwägungen die Entscheidung, von der Anhörung abzusehen, beruht (
3. Die Verletzung der Anhörungspflicht ist nur dann gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG unbeachtlich, wenn die Anhörung nachträglich ordnungsgemäß durchgeführt und ihre **Funktion** für den Entscheidungsprozess der Behörde **uneingeschränkt erreicht** wird.
4. Eine Heilung des Anhörungsmangels nach § 45 I Nr. 3 VwVfG setzt voraus, dass der Beteiligte – nachträglich – eine **vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme** erhält und die Behörde die vorgebrachten Argumente zum Anlass nimmt, die ohne vorherige Anhörung **getroffene Entscheidung kritisch zu überdenken**

Fall: Die Bet. streiten über die sofortige Vollziehbarkeit eines Bescheids vom 09.08.2011, mit dem die Ag. ein Auskunftsverlangen gem. § 44 I 1 KWG an den Ast. als Geschäftsleiter der X.-AG richtete. In dem Bescheid ersuchte die Ag. den Ast. um Auskunft bis zum 24.08.2011 zu verschiedenen Fragen betreffend der X.- GmbH. Für den Fall, dass der Ast. dem Auskunftersuchen nicht oder nicht vollständig bis zu dem genannten Termin nachkommen sollte, drohte die Ag. die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 20 000 Euro an. Dagegen legte der Ast. am 16.08.2011 Widerspruch ein, beehrte Akteneinsicht und beantragte die Aussetzung der sofortigen Vollziehung; in Anbetracht der ausstehenden Akteneinsicht bat er um Einräumung einer Frist für die Widerspruchsbegründung bis zum 30.09.2011. Den Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung lehnte die Ag. mit Schreiben vom 17.08.2011 ab. Den ebenfalls am 22.08.2011 gestellten Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes hatte das VG noch am selben Tag ohne Einschaltung des Ag. abgelehnt. Dagegen richtete sich die vom Ast. form- und fristgerecht durch einen Rechtsanwalt eingelegte und begründete Beschwerde.

A. Zulässigkeit der Beschwerde

I. Zuständiges Gericht

Die Beschwerde ist nach § 147 VwGO bei dem Gericht einzulegen, dessen Entscheidung angefochten werden soll (iudex a quo), also hier beim VG. Die Entscheidung über die Beschwerde trifft dann nach § 150 VwGO das OVG durch Beschluss

II. Beteiligtenfähigkeit/Prozessfähigkeit/Postulationsfähigkeit

Da das Beschwerdeverfahren letztlich vor dem OVG geführt wird, ist nach § 147 I 2, 67 IV VwGO auch schon für die Einlegung der Beschwerde die Vertretung durch einen Rechtsanwalt oder einen sonstigen zugelassenen Prozessbevollmächtigten (§ 67 II 1 VwGO) erforderlich. Der Ast. hat die Beschwerde über einen Rechtsanwalt einlegen lassen.

III. Beschwerdefähigkeit der Entscheidung

Die Beschwerde kann nach § 146 I VwGO nur gegen Entscheidungen des Gerichts erhoben werden, die keine Urteile und Gerichtsbescheide sind (Beschlüsse, Verfügungen). Nach § 146 IV VwGO ausdrücklich auch gegen Beschlüsse nach § 80 V VwGO.

IV. Beschwerdeberechtigung

Die Beschwerde kann nach § 146 I VwGO von den Beteiligten eingelegt werden, zu denen nach § 63 VwGO der Ast. gehört.

V. Beschwer des Antragstellers

Die Beschwer des Antragstellers ergibt sich aus der Ablehnung seines Antrags nach § 80 V VwGO.

VI. Form

Die Beschwerde muss nach § 147 I 1 VwGO schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt werden. Dies entbindet jedoch nicht vom Anwaltszwang in den Fällen des § 67 I 2. Von der Wahrung der Form ist auszugehen.

VII. Frist (§ 147 I 1 VwGO)

Die Beschwerde ist innerhalb zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung einzu-legen (§ 147 I 1 VwGO) und § 146 IV 1 VwGO innerhalb eines Monats zu begründen. Die Fristen wurden eingehalten.

B. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn das VG den Antrag des Ast. zu Unrecht abgelehnt hat. Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen für den Erlass eines Beschlusses nach § 80 V VwGO vorgelegen haben. Von der Zulässigkeit des betreffenden Antragsverfahrens ist aus-zugehen. Die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen gegen den Bescheid nach § 44 I 1 KWG sowie gegen die Androhung des Zwangsgeldes ist nach § 80 II Nr. 3 VwGO i.V.m. § 49 KWG von Gesetzes wegen entfallen, so der Antrag des Ast. auf Anordnung der auf-schiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO gerichtet war. Der Antrag nach § 80 V VwGO muss jedoch auch begründet gewesen sein.

Ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, wenn die angefochte-nen Bescheide (Auskunftsersuchen und Zwangsgeldandrohung) nach summarischer Prü-fung rechtswidrig sind und ein besonderes Aufschubinteresse des Ast. besteht.

I. Summarische Prüfung des Auskunftsersuchens

Das Auskunftsersuchen könnte schon formell rechtswidrig sein, weil die nach § 28 I VwVfG grundsätzlich erforderliche Anhörung unterblieben ist.

1. Notwendigkeit Anhörung, § 28 I VwVfG

Nach § 28 I VwVfG ist einem Bet. Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Ent-scheidung erheblichen Tatsachen zu äußern, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift.

„Eine entsprechende Anhörung des Ast. vor Erlass des Bescheids vom 09.08.2011, mit dem er als Geschäftsleiter der X.-AG zur Auskunftserteilung in Form der Beantwortung von insgesamt neun Fra-gen gem. § 44 I 1 KWG herangezogen wurde, hat nicht stattgefunden.“ (VGH Kassel aaO)

2. Verbot der Anhörung, § 28 III VwVfG

Dass die Anhörung aus den – zwingenden – Gründen des § 28 III VwVfG zu unterbleiben hatte, lässt sich weder dem Vorbringen der Bet. im gerichtlichen Verfahren noch den Verwaltungsvorgängen ent-nehmen.“ (VGH Kassel aaO)

3. Entbehrlichkeit der Anhörung, § 28 II VwVfG

Die Anhörung könnte nach § 28 II VwVfG entbehrlich sein. Von der Anhörung kann danach abgesehen werden, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist. Einer der nicht abschließend aufgezählten Entbehrlichkeitsgründe liegt zumindest für das Auskunftsersuchen (bzgl. der Zwangsgeldandrohung gilt § 28 II Nr. 5 VwVfG) nicht vor. Die Aufzählung ist allerdings nicht abschließend.

*„Liegen die Voraussetzungen des § 28 II VwVfG vor, räumt die Vorschrift der Behörde die **Befugnis** ein, nach **Ermessen über einen Verzicht auf die Anhörung** zu entscheiden. Die Ermessensent-scheidung bedarf einer Begründung, die erkennen lässt, auf welchen Erwägungen die Entscheidung, von der Anhörung abzusehen, beruht (Fehling/Kastner, VerwaltungsR, 2. Aufl. [2010], § 28 VwVfG, Rn 35; VGH Kassel, NVwZ-RR 1989, 113). Unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 28 II VwVfG vorlagen, lässt sich der **Begründung** des Bescheids vom 09.08.2011 **nicht entnehmen**, dass die Ag. eine **solche Ermessensentscheidung getroffen** hat und – ggf. – aus welchen Gründen sie von der vorherigen Anhörung abgesehen hat.“ (VGH Kassel aaO)*

Allerdings wäre die Ag. von der Notwendigkeit, eine Ermessensentscheidung über das Absehen von der Anhörung zu treffen und diese Entscheidung unter Abwägung aller für und gegen eine Anhörung sprechenden Gesichtspunkte hinreichend zu be-gründen enthoben, wenn dem Ast. der für das an ihn gerichtete Auskunftsverlangen maßgebliche Sachverhalt bereits bekannt gewesen wäre.

*„[Eine] Kenntnis des Betroffenen von den wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Aspekten [könn-te] allenfalls dazu führen, dass die Behörde gem. § 28 II VwVfG aus sonstigen Gründen von der Anhö-rung absehen könnte. Von der **Ausübung des Ermessens** wäre sie aber auch dann **nicht suspen-di**ert.“ (VGH Kassel aaO)*

4. Heilung des Anhörungsmangels, § 45 I Nr. 3 VwVfG

Allerdings kann ein Anhörungsmangel, soweit Nichtigkeit nach § 44 VwVfG ausscheidet (was hier offensichtlich der Fall ist) nach § 45 I Nr. 3 VwVfG durch Nachholung geheilt werden und zwar – je nach landesrechtlicher Regelung – entweder bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz oder bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens.

a) Anforderungen an Nachholung der Anhörung

*„Eine Heilung in diesem Sinne tritt allerdings nur dann ein, wenn die Anhörung nachträglich ordnungsgemäß durchgeführt und ihre **Funktion für den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht** wird (BVerwGE 137, 199 = NVwZ 2011, 115). Das setzt voraus, dass der Bet. – nachträglich – eine **vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme** erhält und die Behörde die vorgebrachten Argumente zum Anlass nimmt, die ohne vorherige Anhörung **getroffene Entscheidung kritisch zu überdenken** (Kopp/Ramsauer, VwVfG-Komm., 11. Aufl. [2010], § 45 Rn 26; Fehling/Kastner, § 45 VwVfG, Rn 29).“* (VGH Kassel aaO)

b) Erfüllung der Anforderungen im konkreten Fall

Fraglich ist, ob diese Anforderungen vorliegend erfüllt wurden.

aa) Einlegung von Widerspruch

Gegen den am 11.08.2011 zugestellten Bescheid legte der Ast. am 16.08.2011 Widerspruch ein, begehrte Akteneinsicht und stellte einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung. Gleichzeitig bat er darum, ihm eine Frist zur Begründung des Widerspruchs bis zum 30.09.2011 einzuräumen.

„Das Schreiben vom 16.08.2011 enthielt lediglich eine Begründung für den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung, welchen die Ag. mit Schreiben vom 17.08.2011 ablehnte. Da der Ast. zu diesem Zeitpunkt weder Akteneinsicht erhalten noch den Widerspruch begründet hatte, kann in dem Schriftverkehr vom 16. und 17.08.2011 eine Nachholung der unterbliebenen Anhörung nicht gesehen werden.“ (VGH Kassel aaO)

bb) Entscheidung des Verwaltungsgerichts

Allerdings ist eine Heilung des Anhörungsmangels auch noch während des gerichtlichen Verfahrens möglich.

*„Dabei kann die Frage, ob **Äußerungen und Stellungnahmen der Bet. im gerichtlichen Verfahren generell geeignet** sind, eine nachträgliche Anhörung i. S. des § 45 I Nr. 3 VwVfG darzustellen (**verneinend**: BVerwGE 137, 199 = NVwZ 2011, 115; **bejahend**: OVG Münster, BeckRS 2010, 55839 m. w. Nachw.; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2002, 822; mit Einschränkungen: VGH Kassel, NVwZ-RR 1989, 113), im vorliegenden Fall **dahingestellt** bleiben. Jedenfalls erfüllen die schriftsätzlichen Stellungnahmen der Bet. im gerichtlichen Verfahren nicht die Anforderungen an eine nachträglich ordnungsgemäß durchgeführte Anhörung.“*

*Eine Heilung der unterbliebenen Anhörung im erstinstanzlichen Verfahren scheidet bereits deshalb aus, weil das VG über den **Eilantrag** vom 22.08.2011 noch **am selben Tag** entschieden hat, **ohne der Ag. Gelegenheit zur Stellungnahme** gegeben zu haben. Auch im Beschwerdeverfahren ist eine ordnungsgemäße Nachholung der Anhörung nicht erfolgt. Der Ast. hat die Beschwerde zwar mit Schriftsätzen vom 23. und 29.08. 2011 begründet; dabei hat er allerdings darauf hingewiesen, dass er den **Widerspruch noch nicht begründet** habe, sondern nach erfolgter Akteneinsicht vom 22.08.2011 bis zum 30.09.2011 begründen wolle. Damit hat der Ast. bislang **noch keine vollwertige Gelegenheit zur Stellungnahme** erhalten, so dass auch die Beschwerdeerwiderung der Ag. – mit Schriftsätzen vom 24.08. und 13.09. 2011 – noch nicht die Funktion einer ordnungsgemäß durchgeführten Anhörung erfüllt.“* (VGH Kassel aaO)

Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die unterbliebene Anhörung des Ast. durch die Ausführungen der Bet. im Gerichtsverfahren nachgeholt und damit geheilt worden ist.

5. Unbeachtlichkeit des Anhörungsmangels, § 46 VwVfG

Nach § 46 VwVfG kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zu

Stande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.

*„Dass der Verfahrensfehler in Form der unterbliebenen Anhörung des Ast. **offensichtlich ohne Einfluss** auf die von der Behörde getroffene Entscheidung war, kann **nicht festgestellt** werden. Die Ag. hat jeweils nach **pflichtgemäßem Ermessen** zu entscheiden, ob und ggf. welche nach § 44 I KWG zulässigen Überwachungsmaßnahmen sie anordnet. Bei **Ermessensentscheidungen** kann **im Regelfall die Möglichkeit nicht ausgeschlossen** werden, dass die Behörde bei Beachtung des Verfahrensrechts **zu einer anderen Entscheidung in der Sache** gekommen wäre (Fehling/Kastner, § 46 VwVfG, Rn 27).“* (VGH Kassel aaO)

Der Bescheid vom 09.08.2011 ist somit aller Voraussicht nach formell rechtswidrig, da der Ast. nicht nach § 28 I VwVfG angehört worden ist, ein Ausnahmefall nach § 28 II und III VwVfG nicht vorliegt, die Anhörung nicht gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG nachgeholt worden ist und die Voraussetzungen für eine Unschädlichkeit des Verfahrensfehlers gem. § 46 VwVfG nicht gegeben sind.

II. Interessenabwägung

Da der Gesetzgeber unabhängig von der Rechtswidrigkeit den Bescheiden sofortige Vollziehbarkeit beimisst, ist eine Abweichung hiervon nur angezeigt, wenn ein besonderes Aufschubinteresse des Ast. besteht.

*„Ist bereits die (**formelle**) **Rechtmäßigkeit** des angegriffenen Auskunftsverlangens erheblich **infrage gestellt**, so kann der in § 49 KWG **kraft Gesetzes angeordnete Vorrang des Vollzugsinteresses nicht ohne Weiteres zur Geltung** kommen. Das bedeutet, dass der Ast. nicht etwa wie im Falle der uneingeschränkten Anwendung des § 49 KWG die Wertung des Gesetzgebers mit Besonderheiten seiner persönlichen Situation entkräften und Wege aufzeigen muss, die gleichwohl den öffentlichen Belangen noch Rechnung tragen. Das **öffentliche Interesse** an einer Beaufsichtigung der X.-AG gerade in Form des streitgegenständlichen Auskunftsverlangens gegenüber ihrem Geschäftsleiter muss vielmehr **vorerst zurücktreten**. Der Ag. bleibt die Möglichkeit, die erforderliche Anhörung ordnungsgemäß nachzuholen und – ggf. – einen Abänderungsantrag nach § 80 VII VwGO zu stellen.“* (VGH Kassel aaO)

Dem Interesse des Ast. an der Aufhebung des Sofortvollzugs ist daher gegenüber den öffentlichen Interessen den Vorzug einzuräumen.

Ergebnis: Der Antrag des Ast. auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung war daher begründet, so dass die Entscheidung des VG fehlerhaft war. Das OVG wird daher den betreffenden Beschluss aufheben und die aufschiebende Wirkung anordnen.

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 68

Streitverkündung Rechtswegübergreifende Interventionswirkung (BSG in NJW 2012, 956; Urteil vom 13.09.2011 – B 1 KR 4//11)

ZPO

Die **Interventionswirkung einer Streitverkündung** in einem vorangegangenen Zivilprozess ist **auch in einem Folgeprozess vor Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit zu beachten**.

I Die **Bestimmungen der ZPO regeln nicht ausdrücklich, ob die Interventionswirkung auch dann eintritt, soweit der Folgeprozess in einem anderen Rechtsweg zu führen ist. BSG aaO bejaht eine begrenzte Interventionswirkung** eines vorangegangenen Zivilprozesses für einen Folgeprozess vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit.

„Der erkennende Senat geht mit der für verwaltungsgerichtliche Folgeverfahren ergangenen Rspr. des BVerwG davon aus, dass die Interventionswirkung gem. § 68 ZPO nicht nur in einem nachfolgenden Zivilrechtsstreit, sondern auch in einem nachfolgenden Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit zu Gunsten der früheren Parteien zu beachten ist. Zu Recht verweist das BVerwG auf den Grundsatz der Einheit der rechtsprechenden Gewalt und der Gleichrangigkeit der Rechtswege. Dem steht im Ausgangspunkt nicht entgegen, dass im Zivilprozess die Verhandlungsmaxime, im Verwaltungsprozess aber die Untersuchungsmaxime herrscht (BVerwG Buchholz 310 § 173 VwGO Nr. 1 Anh § 68 ZPO Nr. 1 m. w. Nachw.).“ (BSG aaO)

II. Soweit dagegen die **Rspr. des BGH** in einem obiter dictum auf Einwände hingewiesen hat (vgl. BGHZ 123, 44 = NJW 1993, 2539; dem folgend Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 68 Rn 10; Musielak, ZPO, 8. Aufl. 2011, § 68 Rn 4; a. A. z. B. Häsemeyer ZPZ 107 [1994], 232; MüKo-ZPO/Schultes, 3. Aufl. 2008, § 69 Rn 24; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl. 2004, § 68 Rn 3 m. w. Nachw.; Wax NJW 1994, 2331 m. w. Nachw.; auch Regenfus, Komplexe Prozessführung, 2007, S. 248 ff.), ist diesem Wertungsgesichtspunkt im Rahmen des Umfangs der Interventionswirkung Rechnung zu tragen.“

„So kann nach § 68 ZPO der Nebenintervenient oder der Streitverkündete der Interventionswirkung den Einwand entgegensetzen, dass er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts verhindert worden sei, Angriffs-, Verteidigungs- oder Beweismittel geltend zu machen; das belaste ihn im Folgeprozess unangemessen und sei auch mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs unvereinbar. Dieser Einwand muss erst recht gelten, wenn durch eine Streitverkündung in einem Verfahren außerhalb der für das spätere Verfahren ausschließlich zuständigen Gerichtsbarkeit weitgehende Bindungen für den später geführten Rechtsstreit erzeugt und dadurch die Parteien den speziellen Ausgestaltungen dieses Verfahrens beliebig entzogen werden könnten (vgl. BGHZ 123, 44 = NJW 1993, 2539). Das erfordert eine restriktive Handhabung der Interventionswirkung in einem rechtswegfremden, von anderen Maximen beherrschten Folgeprozess.“ (BSG aaO)

ZPO
§ 80

Ausschlussfrist Nachweis der Bevollmächtigung (BGH in FamRZ 2012, 360; Beschluss vom 14.12.2011 – XII ZB 233/11)

ZPO

Hat das Gericht für den Nachweis der Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht eine Frist gesetzt, handelt es sich hierbei nicht um eine Ausschlussfrist. Die schriftliche Prozessvollmacht kann daher noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eingereicht werden. Auch die Genehmigung der bisherigen Prozessführung durch die Partei oder ihren neuen Vertreter reicht aus.

„Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Verfahrens gerügt werden (§ 88 I ZPO). Auf diese Rüge ist die Bevollmächtigung - abgesehen von hier nicht gegebenen Ausnahmefällen (vgl. hierzu Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 80 Rn 23) - durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten einzureichen; hierfür kann das Gericht eine Frist bestimmen (§ 80 ZPO).

Hierbei [handelt es sich] indessen nicht um eine Ausschlussfrist (BGHZ 166, 278 = NJW 2007, 772; Stein/Jonas/Bork aaO, § 89 Rn 6; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 80 Rn 12; Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl., § 80 Rn 8). Wird die Vollmacht innerhalb der Frist nicht eingereicht, so kann sie noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung oder bis zu dem in § 128 II 2 ZPO bestimmten Zeitpunkt beigebracht oder die bisherige Prozessführung durch die Partei oder ihren neuen Vertreter genehmigt werden (Zöller/Vollkommer aaO, § 80 Rn 12; Thomas/Putzo aaO, § 80 Rn 8).“ (BGH aaO)

ZPO
§ 222 II

Rechtsmittelfristberechnung Zustellung an einem Sonnabend (OVG Greifswald in NJW 2012, 953; Beschluss vom 13.10.2011 – 2 L 257/11)

ZPO

Nach § 124a IV 1 VwGO ist der Antrag auf Zulassung der Berufung innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils zu beantragen.

Wird das verwaltungsgerichtliche Urteil an einem Sonnabend zugestellt, führt dies nicht zu einer Verlängerung der Frist für den Antrag auf Zulassung der Berufung.

„Verschiebungen mit Rücksicht auf Feiertage bzw. Wochenendtage sieht das seinem **Wortlaut** nach **eindeutige Gesetz** nur dann vor, wenn das „**Fristende**“ auf einen entsprechenden Tag fällt (vgl. § 167 VwGO, § 222 II ZPO). Dies trifft hier aber nicht zu, da der Ablauf der Rechtsmittelfrist hier auf einen Dienstag, gefallen ist.“ (OVG Greifswald aaO)

ZPO **RVG**
§§ 286 I 1, 529 I Nr. 1, 533 Nr. 2 **Widerklage in Berufungsinstanz**
Zulässigkeit
(BGH in FamRZ 2012, 545; Urteil vom 13.01.2012 – V ZR 183/10)

Eine (erstmalig) in der Berufungsinstanz erhobene **Widerklage** kann auch auf **Tatsachenstoff gestützt** werden, der in erster Instanz zwar **vorgetragen** worden, für die Entscheidung über die Klage aber unerheblich ist.

- I. Nach **§ 533 Nr. 2 ZPO** kann eine erst in zweiter Instanz erfolgte **Klageänderung** oder **Aufrechnungserklärung** ebenso wie eine in der Berufungsinstanz erhobene **Widerklage** nur auf **Tatsachen gestützt** werden, die das **Berufungsgericht** seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach **§ 529 ZPO** zugrunde zu legen hat.

Der in der Berufungsinstanz zugrunde zu legende **Tatsachenstoff** beschränkt sich aber nicht nur auf das **Tatsachenvorbringen**, das für die Entscheidung des **Gerichts erster Instanz** "nach Rechtsauffassung des Berufungsgerichts" erheblich gewesen ist. Nach der Rspr. des BGH gelangt vielmehr der **gesamte in erster Instanz vorgetragene Tatsachenstoff** in die **Berufungsinstanz**, auch wenn ihn das erstinstanzliche Gericht als unerheblich ansieht und es daher keine Feststellungen trifft (BGHZ 158, 295; BGH NJW 2007, 2414; BGH NJW 2011, 2796 m. w. Nachw.; MüKo-ZPO/Rimmerspacher, 3. Aufl., § 529 Rn 7; Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 529 Rn 3).

„Hierfür spricht zunächst die einfache Überlegung, dass Vortrag nicht deshalb neu ist, weil er in erster Instanz für unerheblich befunden wurde (vgl. § 531 II 1 Nr. 3 ZPO; BGH NJW-RR 2010, 1286). In diesem Fall ist es Aufgabe des Berufungsgerichts, die erforderlichen Feststellungen zu treffen. Nichts anderes gilt, wenn die Tatsachen erst durch eine in zweiter Instanz erfolgte Klageänderung erheblich geworden sind. "Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen" i. S. von § 529 I Nr. 1 ZPO können sich auch aus neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln ergeben, die in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen sind (BGHZ 158, 295; BGH NJW 2007, 2414; Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 529 Rn 19).“ (BGH aaO)

- II. Diese **Erwägungen** gelten in gleicher Weise für die in zweiter Instanz erhobene **Widerklage**. Wird sie auf Vorbringen gestützt, das bereits in erster Instanz erfolgt und deshalb nach § 529 I Nr. 1 ZPO beachtlich ist, sind die Voraussetzungen von § 533 Nr. 2 ZPO erfüllt (Musiellak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 533 Rn 21; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 533 Rn 34). Dies gilt ebenso, wenn die **Widerklage auf neues unstreitiges Vorbringen gestützt** wird (§ 529 I Nr. 2, § 531 II Nr. 3 ZPO; vgl. BGH NJW-RR 2005, 437).

„§ 533 Nr. 2 ZPO [enthält] keine weiteren Anforderungen an die Zulässigkeit der **Widerklage**. Insbes. kommt es nicht darauf an, ob das Vorbringen (auch) für die Klage erheblich ist. Eine solche zusätzliche Einschränkung kann schon dem **Wortlaut** des § 533 Nr. 2 ZPO nicht entnommen werden. Zwar heißt es dort, die **Widerklage** könne nur auf **Tatsachen gestützt** werden, die "das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat". Diese Formulierung knüpft aber wörtlich an den Eingangssatz von § 529 I ZPO an; schon daraus folgt, dass das **Tatsachenvorbringen**, auf das die **Widerklage gestützt** wird, (nur) die in jener Norm enthaltenen Anforderungen erfüllen muss. Dies war auch die erklärte Absicht des Gesetzgebers: § 533 Nr. 2 ZPO soll verhindern, dass über die **Widerklage** neuer **Tatsachenstoff** eingeführt wird, der nach § 529 ZPO nicht zugrunde zu legen ist; umgekehrt soll der **Tatsachenstoff** ausreichen, um über die **Widerklage** entscheiden zu können. Nur durch die Bezugnahme auf § 529 ZPO soll eine "Flucht in die **Widerklage**" mit dem Ziel der **Verfahrensverzögerung** in der **Berufungsinstanz** verhindert werden (BT-Drucks. 14/4722 S. 102; Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl., § 533 Rn 21). **Wird eine aufwendige Beweisaufnahme** über im ersten Rechtszug vorgetragene **Tatsachen** schließlich im Hinblick auf die in zweiter Instanz erhobene **Widerklage erforderlich**, kann dies bei fehlender Einwilligung des Gegners allenfalls dazu führen, dass die **Sachdienlichkeit gem. § 533 Nr. 1 ZPO** zu **verneinen** ist.“ (BGH aaO)

ZPO **ZPO**
§ 580 Nr. 7b **Urkunde**
Schriftliche Zeugenerklärung
(OVG Saarlouis in NJW 2012, 871; Beschluss vom 04.10.2011 – 1 A 257/11)

Eine **schriftliche Zeugenerklärung** ist keine **Urkunde i. S. des § 580 Nr. 7b ZPO**.

„Der Grund für diese Auslegung des **Urkundenbegriffs** des § 580 Nr. 7b ZPO liegt darin, dass es für eine **Durchbrechung der Rechtskraft** eines Urteils nach dem Regelungssystem des § 580 ZPO bspw. nicht ausreicht, wenn ein **Verfahrensbeteiligter** nachträglich eine Person ausfindig macht, die unter **Zugrundelegung mündlicher Bekundungen** eine für den Ausgang des Prozesses erhebliche **Tatsache**, die bisher als nicht bewiesen angesehen wurde, bestätigen kann. Vielmehr müssen hierfür mit Rücksicht auf die **hochwertigen Rechtsgüter** der **Rechtssicherheit** und des **Rechtsfriedens** wesentlich höhere Hürden überwunden werden, wie insbes. die in den § 580 Nr. 1–5 ZPO erwähnten Fälle i. V. mit § 581 I ZPO belegen. Danach findet eine **Wiederaufnahme** beispielsweise dann, wenn der **Verdacht** aufkommt, ein Urteil beruhe auf einer **Falschaussage** oder einer **Verfälschung** einer **Urkunde**, nur statt, wenn wegen der entsprechenden Straftat eine **rechtskräftige Verurteilung** erfolgt ist oder die **Einstellung** oder **Durchführung** eines **Strafverfahrens** aus anderen Gründen als wegen **Mangels an Beweis** nicht erfolgen kann. Neben diese Fälle der **Beeinflussung** des **Verfahrens** durch **strafbares Handeln** stellt § 580 Nr. 6 u. 7 ZPO Fälle, in denen eine **Urteilsgrundlage** ausweislich eines **qualifiziert verbrieften Beweises** weggefallen ist oder damit in **Widerspruch** steht. Hierzu fordert § 580 Nr. 6 und Nr. 7 a ZPO die **Vorlage** eines **rechtskräftigen Urteils**. Das muss **Auswirkungen** auf das **Verständnis** des **Begriffs** der „anderen“ **Urkunde** in § 580 Nr. 7b ZPO haben. Auch hier muss dem **Schriftstück** ein ganz besonderer, nämlich **urteilsähnlicher Beweiswert** zukommen.

Daran fehlt es aber bei einer **schriftlichen Zeugenaussage** in Bezug auf das darin Mitgeteilte: Es **handelt sich dabei nicht einmal um ein „ordentliches“ Beweismittel**. Wäre das **Schriftstück** dem **Senat** vor oder während der **mündlichen Verhandlung** vom 10. 2.

2010 präsentiert worden, hätte es – lediglich – Veranlassung gegeben, den Vater der Kl. zusätzlich als Zeugen zu hören, und danach hätte der Senat **unter Würdigung des Gesamtergebnisses der Beweisaufnahme entscheiden** müssen, ob er der Schilderung der Kl. Glauben schenkt. Eine Zwangsläufigkeit insoweit hätte sicherlich nicht bestanden und besteht erst recht nicht allein mit Blick auf den Inhalt des vorgelegten Schriftstücks. Auch deshalb greift übrigens § 580 Nr. 7b ZPO nicht durch.“ (OVG Saarlouis aaO)

StPO
§ 52 I

Zeugnisverweigerungsrecht
Angehörigenverhältnis zu einem Mitbeschuldigten
(BGH in StV 2012, 194; Beschluss vom 14.12.2011 – 5 StR 434/11)

StPO

Ein Zeuge ist hinsichtlich aller Beschuldigten zur Verweigerung des Zeugnisses gem. § 52 I StPO **berechtigt und hierüber auch zu belehren, wenn**

- sich ein **einheitliches Verfahren gegen mehrere Beschuldigte** richtet oder gerichtet hat,
- der Zeuge jedenfalls **zu einem von ihnen in einem** von § 52 I StPO erfassten **Angehörigenverhältnis** steht und
- der **Sachverhalt**, zu dem er aussagen soll, **auch seinen Angehörigen betrifft**.

Nach einer Verfahrenseinstellung gem. § 170 II StPO besteht das zwischen dem angehörigen Zeugen und dem Angekl. über den vormals mitbeschuldigten Angehörigen bestehende **Zeugnisverweigerungsrecht fort**.

„Zwar ist anerkannt, dass eine zwischen dem angehörigen Zeugen und dem Angekl. über einen vormals mitbeschuldigten Angehörigen bestehende Verbindung durch prozessuale Entwicklungen gelockert sein kann und deshalb eine Zubilligung des Zeugnisverweigerungsrechts nicht mehr rechtfertigt; dies gilt namentlich nach Ableben des früheren Mitbeschuldigten (BGH BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 7), nach dessen rechtskräftiger Verurteilung (BGHSt 38, 96) oder rechtskräftigem Freispruch (BGH BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 9) und nach erfolgter Verfahrenseinstellung gem. § 154 StPO mit Blick auf eine rechtskräftige Verurteilung im Bezugsverfahren (BGHSt 54, 1).

Dem steht die vorliegende Fallkonstellation angesichts der **uneingeschränkten Möglichkeit für die Staatsanwaltschaft**, ein nach § 170 II StPO **eingestelltes Verfahren** wegen eines nicht verjährten Tatvorwurfs **wiederaufzugreifen** (vgl. Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 170 Rn 50 m. w. Nachw.), jedoch nicht gleich (vgl. BGH BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 10; vgl. auch BGH BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 11; BGHSt 54, 1).“ (BGH aaO)

StPO
§ 53 I Nr. 3

Zeugnisverweigerungsrecht
Zulässige Vernehmung des Ermittlungsrichters
(BGH in StV 2012, 195; Beschluss vom 20.12.2011 – 1 StR 547/11)

StPO

Ein **Ermittlungsrichter darf über den Inhalt der Aussage eines** gem. § 53 I Nr. 3 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten **Arztes vernommen werden**, die dieser vor ihm gemacht hat, **wenn der Arzt bei dieser Aussage** gem. § 53 II StPO **von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden** war.

„Zwar ist die Vorschrift des § 252 StPO grds. auch auf Berufsgeheimnisträger i.S.v. § 53 StPO anwendbar (vgl. BGHSt 18, 146; BGH StV 1997, 233). Nach der Rspr. des BGH, an der der Senat festhält, darf aber der Ermittlungsrichter über den Inhalt der Aussage eines gem. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Arztes vernommen werden, die dieser vor dem Ermittlungsrichter gemacht hat, wenn der **Arzt bei dieser Aussage gem. § 53 II StPO von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden** war; **§ 252 StPO ist dann nicht anwendbar** (BGHSt 18, 146; BGH StV 1997, 233; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 53 Rn 49 und § 252 Rn 3; Diemer, KK-StPO, 6. Aufl., § 252 Rn 6; Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 53 Rn 83; Neubeck, KMR-StPO § 53 Rn 41; Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 252 Rn 4; a. A. OLG Hamburg NJW 1962, 689; Geppert Jura 1988, 305; Schmidt JR 1963, 267).

Grund hierfür ist, dass in einem solchen Fall der **Pflichtenwiderstreit**, auf den das Verwertungsverbot des § 252 StPO Rücksicht nimmt, **nicht auftreten kann** (zutr. Diemer aaO). Denn durch das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 StPO wird der Berufsgeheimnisträger geschützt und nicht diejenige Person, die ihn von der Schweigepflicht entbinden kann. Ihr Recht beschränkt sich darauf, darüber zu entscheiden, ob sie den Berufsgeheimnisträger von der Schweigepflicht entbindet oder nicht. Sie hat indes keinen Anspruch darauf, dass der Berufsgeheimnisträger die Aussage verweigert und das Gericht nicht verwertet, was er gleichwohl ausgesagt hat (BGHSt 18, 146). War der Berufsgeheimnisträger zum Zeitpunkt seiner Aussage vor dem Ermittlungsrichter von der Schweigepflicht befreit, **befand er sich nicht in einem Pflichtenwiderstreit zwischen Wahrheitspflicht und Schweigepflicht**.

Für die hier vorliegende Fallkonstellation, dass der zunächst von der Schweigepflicht entbundene Berufsgeheimnisträger im Ermittlungsverfahren seine Angaben nicht vor einem Ermittlungsrichter, sondern im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung gemacht hat, führt ebenfalls nicht zum Vorliegen eines Verwertungsverbots gem. § 252 StPO. Denn die Verwertbarkeit der Angaben der Vernehmungsperson ergibt sich im Fall der Vernehmung einer jedenfalls zu diesem Zeitpunkt von der Schweigepflicht entbundenen Person nicht erst aus der besonderen Bedeutung der richterlichen gegenüber einer sonstigen Vernehmung (vgl. dazu BGHSt 49, 72; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 252 Rn 14 m. w. Nachw.), sondern bereits daraus, dass die Vorschrift des § 252 StPO mangels der von ihr vorausgesetzten Pflichtenkollision des bei seiner Vernehmung im Ermittlungsverfahren von seiner Schweigepflicht entbundenen Berufsgeheimnisträgers von vornherein nicht anwendbar ist (vgl. BGH StV 1997, 233).“ (BGH aaO)

VwGO
§ 80 II 1 Nr. 1

sofortige Vollziehbarkeit
Kostenentscheidung im Widerspruchsverfahren
(VGH Mannheim in VBIBW 2012, 116; Beschluss vom 20.04.2011 – 2 S 247/11)

VwGO

Die in einem **Widerspruchsbescheid getroffene Kostenentscheidung** ist in Verbindung mit der Festsetzung einer **Widerspruchsgebühr** auch dann gem. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO **sofort vollziehbar**, wenn die **Anfechtungsklage** gegen die dem Widerspruchsbescheid zugrunde liegende Sachentscheidung **aufschiebende Wirkung entfaltet**.

- I. Nach **§ 80 II 1 Nr. 1 VwGO** entfällt die **aufschiebende Wirkung u. a. dann, wenn sich Widerspruch oder Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt richten**, der die Anforderung öffentlicher Kosten zum Gegenstand hat. Öffentliche Kosten i. S. dieser Vorschrift sind nach allg. M. die in einem Verwaltungsverfahren für die öffentlichrechtliche Amtstätigkeit einer Behörde entstehenden Gebühren und Auslagen (vgl. Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl., Rn 690).

„Bei den für die Tätigkeit im Widerspruchsverfahren erhobenen Gebühren (vgl. dazu § 4 LGebG) handelt es sich danach um Kosten i. S. d. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO. Der Senat sieht - ebenso wie die inzwischen h. M. in der Rspr. - keinen Anlass dafür, im Falle einer mit einer Sachentscheidung verbundenen Kostenentscheidung die Vorschrift des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO dahingehend eng auszulegen, dass sich die eventuelle aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs gegen die Sachentscheidung auch auf die Kostenentscheidung erstreckt (ebenso etwa VGH BW VBIBW 2004, 352; OVG Rh-Pf NVwZ-RR 2004, 157; Thür.OVG NVwZ-RR 2004, 393; ebenso: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl., § 80 Rn 61; a. A. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Mai 2010, § 80 Rn 119 m. w. N. sowie VGH BW NVwZ 1987, 1087).“ (VGH Mannheim aaO)

- II. Wird **nur die in dem Sachbescheid enthaltene Kostenentscheidung**, die Festsetzung der Verwaltungsgebühren und Auslagen, **angefochten, schließt § 80 II 1 Nr. 1 VwGO die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs nach allg. M. aus**. Die Vorschrift findet jedoch - beschränkt auf die Kostenentscheidung - auch dann Anwendung, wenn der Betroffene sich mit Widerspruch und Klage gegen die Sachentscheidung und zugleich gegen die mit ihr verbundene Kostenentscheidung wendet.

„In diesem Fall lösen Widerspruch oder Anfechtungsklage gegenüber der Sachentscheidung nach § 80 I 1 VwGO aufschiebende Wirkung aus, sofern kein Fall des § 80 II 1 Nr. 1 bis 4 VwGO vorliegt, während gegenüber der Kostenentscheidung im Sachbescheid § 80 II 1 Nr. 1 VwGO den Eintritt der aufschiebenden Wirkung ausschließt. Weder der Wortlaut des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO noch dogmatische Gründe zwingen dazu, die aufschiebende Wirkung, die der Anfechtung des Sachbescheids zukommt, auf die Kostenentscheidung zu erstrecken. Zwar ist eine **Kostenentscheidung, wenn sie als Nebenentscheidung zu einer Sachentscheidung ergeht, von deren rechtllichem Schicksal abhängig**. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass sich die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs gegen die Sachentscheidung auch auf die Kostenentscheidung erstrecken müsste. Eine solche Erstreckung käme ohnehin nur in Anfechtungssachen in Betracht und würde eine Gruppe von Kostenschuldern ohne zwingenden Grund begünstigen. Zum anderen liefe die durch die aufschiebende Wirkung bewirkte Verzögerung des Mittelzuflusses dem Zweck des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO zuwider, nämlich der Verwaltung den konstanten Zufluss der zur Deckung ihres Finanzbedarfs vorgesehenen Mittel zu sichern, zumal die unselbstständige Kostenentscheidung der gesetzlich vorgesehene Regelfall ist (vgl. zum Ganzen: Sodan/Ziekow aaO). Zudem ist die aufschiebende Wirkung eine teilbare Rechtsbehelfsfolge, die begrifflich nicht den gesamten Verwaltungsakt erfassen muss, wie nicht zuletzt § 80 V 1 VwGO zeigt, der es gestattet, die aufschiebende Wirkung auch nur teilweise anzuordnen, wodurch der Verwaltungsakt teils vollziehbar bleibt und teils in seiner Vollziehbarkeit gehemmt wird (Finkelnburg/Dombert/Külpmann aaO, Rn 696).

Die dargestellten Überlegungen gelten nicht nur bzgl. der Kostenentscheidung im Ausgangsbescheid, sondern gleichermaßen für die Kosten, d. h. die Gebühren und Auslagen, im Widerspruchsverfahren.“ (VGH Mannheim aaO)

<p>VwGO § 80 II Nr. 4, III 1, 2 (VGH Mannheim in VBIBW 2012, 151 = NVwZ-RR 2012, 54; Beschluss vom 27.09.2011 – 1 S 2554/11)</p>	<p>Vollziehungsanordnung Aufhebung</p>	<p>VwGO</p>
--	--	-------------

Verstößt eine Vollziehungsanordnung gegen § 80 III 1 VwGO, hebt das Gericht die Anordnung auf; dabei kommt es nicht darauf an, ob ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung besteht. Durch eine nachträgliche schriftliche Bestätigung der mündlichen Anordnung und nachträgliche Begründung der sofortigen Vollziehung kann der Mangel nicht geheilt wer

„Die Vorschrift des § 80 II Nr. 4 VwGO bestimmt, dass die sofortige Vollziehung „**besonders angeordnet wird**“. **Notwendig ist eine entsprechende behördliche Willensentschließung**, die dem Betroffenen kundgetan wird. Dafür reicht weder die tatsächliche Vollziehung oder Einleitung der Vollstreckung eines Verwaltungsakts noch die Annahme einer konkludenten Anordnung. Die Entscheidung über die sofortige Vollziehbarkeit muss ausdrücklich erfolgen. Das **besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung** des Verwaltungsakts muss gem. § 80 III 1 VwGO **schriftlich begründet** werden. **Auch die Offensichtlichkeit der Gründe, die einen Sofortvollzug gebieten, rechtfertigt in aller Regel keine Ausnahme vom Begründungszwang**, wie die ausdrückliche Regelung in § 80 III 2 VwGO zeigt. Von dem besonderen Begründungserfordernis darf nur unter den Voraussetzungen des § 80 III 2 VwGO, also bei sog. Notstandsmaßnahmen, abgesehen werden. Diese Bestimmungen weichen deutlich vom Begründungsgebot bei Verwaltungsakten und den dortigen Ausnahmen (§ 39 VwVfG) ab. Eine dem § 45 I Nr. 2 VwVfG vergleichbare Vorschrift fehlt in § 80 III VwGO. Angesichts dieser Rechtslage handelt es sich bei § 80 III VwGO um eine abschließende Spezialregelung. Das - danach zwingende - Begründungserfordernis in § 80 III 1 VwGO verfolgt drei Funktionen. Die Behörde selbst wird angehalten, sich des Ausnahmecharakters der Vollziehungsanordnung bewusst zu sein. Diese **Warnfunktion** soll zu einer sorgfältigen Prüfung des Interesses an der sofortigen Vollziehung veranlassen. Der Betroffene wird über die Gründe, die für die behördliche Entscheidung maßgebend gewesen sind, unterrichtet. Er kann danach die Erfolgsaussichten eines Aussetzungsantrags gem. § 80 IV VwGO abschätzen. Dem Gericht erlaubt die Kenntnis der verwaltungsbehördlichen Erwägungen für die sofortige Vollziehbarkeit eine ordnungsgemäße Rechtskontrolle.

Nach der Rspr. des erkennenden Gerichtshofs und auch nach der überwiegend in Rspr. und Lit. vertretenen Auffassung (vgl. Eyer-mann, VwGO, 11. Auflage, § 80 Rn 44, Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 80 Rn 179, jeweils m. w. N.; BayVGH BayVBl. 1989, 117) kann eine fehlende oder unzureichende Begründung gem. § 80 III 1 VwGO nicht mit heilender Wirkung nachgeholt werden. Der Gegenauffassung (OVG Rh-Pf NVwZ-RR 1995, 572; HessVGH DÖV 1985, 75; OVG NRW NJW 1986, 1894), die dem **Gründe der Prozessökonomie** entgegenhält und ein **Nachholen der Begründung jedenfalls bis zur Stellung eines Eilantrags nach § 80 V VwGO erlaubt**, ist mit Blick darauf, dass es sich bei § 80 III VwGO um eine abschließende Sonderregelung handelt, nicht zu folgen. Mit der **Warn- und Appellfunktion des Schriftlichkeitserfordernisses** wäre es nicht vereinbar, wenn eine fehlende Begründung mit heilender Wirkung nachgeholt werden könnte (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, aaO, § 80 Rn 174 ff. m. w. Nachw.; Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, 2. Auflage, § 80 Rn 48 m. w. Nachw.).“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 106 S. 2

gerichtlicher Vergleichsvorschlag
Bindungswirkung

VwGO

(VG München in BayVBI 2012, 222; Beschluss vom 18.04.2011 – M 16 M 11.1673)

Haben die Beteiligten einem **gerichtlichen Vergleichsvorschlag gem. § 106 S.2 VwGO zugestimmt, kann das Gericht diesen nicht einseitig ändern oder erweitern.**

*„Bei dem Vergleich, auch wenn er auf Vorschlag des Gerichts zu Stande kam, handelt es sich um einen **Vertrag zwischen den Parteien. Dem Gericht ist es verwehrt, auf diesen Vertragsinhalt nachträglich einseitig einzuwirken.***

Etwas anderes folgt auch nicht aus § 162 II i. V. mit § 161 I VwGO: Die Erklärung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung des Bevollmächtigten im Vorverfahren gem. § 162 II 2 VwGO steht im Zusammenhang mit der gerichtlichen Entscheidung über die Kosten gem. § 161 I VwGO.

*Hieran fehlt es jedoch vorliegend. Das Verfahren wurde durch den von den Parteien geschlossenen Vergleich unmittelbar beendet. **Weder bedurfte es noch eines weiteren Einstellungsbeschlusses, noch einer gerichtlichen Entscheidung über die Kosten**, da der Vergleich auch die Kostenfrage abschließend regelte (vgl. Eyermann, VwGO, 13. Auflage, § 106 Rn 28). Anders läge der Fall, wenn ein deklaratorischer Einstellungsbeschluss ergangen wäre, in dessen Folge das Gericht auch eine (eigenständige) Kostenentscheidung hätte treffen müssen (so auch die Konstellation, die der vom Erinnerungsführer angeführten Kommentierung bei Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 160 Rn 5 zugrunde liegt).“ (VG München aaO)*

VwGO
§ 121

Bescheidungsurteil
Umfang der Rechtskraft

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2012, 113; Urteil vom 12.07.2011 – 6 S 2579/10)

Die Rechtskraft bei Bescheidungsurteilen erstreckt sich nicht nur auf die Verpflichtung der Behörde zur Neubesecheidung, sondern auch auf die Entscheidung über das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Norm.

*„Gem. §121 VwGO binden rechtskräftige Urteile die Beteiligten, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist. Aus dem **Rechtsstaatsprinzip** folgt, dass über den Wortlaut des § 121 VwGO hinaus nicht nur die Beteiligten, sondern auch die Gerichte in einem späteren Prozess der Beteiligten über denselben Gegenstand an das rechtskräftige Urteil gebunden sind. Bei einem rechtskräftigen Bescheidungsurteil, in dem die Behörde zur Neubesecheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts verpflichtet wird (vgl. § 113 V 2 VwGO), wird dessen Rechtskraftwirkung durch die in ihm verbindlich zum Ausdruck gebrachte und maßgebliche Rechtsauffassung bestimmt. Da sich die Rechtsauffassung, die ein Bescheidungsurteil der Behörde zur Beachtung bei dem Erlass des neuen Verwaltungsakts vorschreibt, nicht aus der Urteilsformel selbst entnehmen lässt, ergibt sich der **Umfang der materiellen Rechtskraft** und damit der Bindungswirkung aus den Entscheidungsgründen, die die nach dem Urteilstenor zu beachtende Rechtsauffassung des Gerichts im Einzelnen darlegen (BVerwG NVwZ 2007, 104).*

Mithin umfasst die Rechtskraft bei Bescheidungsurteilen nicht nur die Verpflichtung der Behörde zur Neubesecheidung überhaupt, sondern sie erstreckt sich auch auf die Entscheidung über das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Norm (BVerwG FEVS 14, 321).“ (VGH Mannheim aaO)

VwGO
§ 123 I

Einstweilige Anordnung im Zwangsvollstreckungsverfahren
Zwangsvollstreckung aus Leistungsbescheid

VwGO

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2012, 129; Beschluss vom 16.11.2011 – 3 S 1317/11)

Für einen Antrag, die Zwangsvollstreckung aus einem Leistungsbescheid vorläufig einzustellen, ist § 123 I VwGO die statthafte Antragsart. Eine analoge Anwendung des § 769 ZPO scheidet aus.

- I. Die VwGO sieht zwar in **§ 167 I VwGO** für die Vollstreckung die entsprechende Anwendung der Vorschriften des 8. Buches der ZPO vor. Dies **gilt jedoch nur für die in § 168 VwGO genannten Vollstreckungstitel**. Hierzu gehören jedoch Verwaltungsakte wie z.B. ein bestandskräftiger Leistungsbescheid nicht.
- II. Auch über **§ 15 I BadWürttVwVG** ergibt sich die Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung nach § 769 ZPO nicht.

*„Die Vorschrift des § 15 I BadWürttVwVG erklärt für die Beitreibung einer Geldforderung – um die es hier geht – bestimmte Vorschriften der Abgabenordnung für entsprechend anwendbar. Hierzu zählt auch § 322 I 2 AO 1977. Nach dieser Bestimmung sind auf die Vollstreckung die für die gerichtliche Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften, namentlich die §§ 864 – 871 ZPO und das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung anzuwenden. Der **Verweis in § 322 I 2 AO 1977 auf die zivilprozessualen Vorschriften umfasst nicht nur die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, sondern auch die allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung**, d. h. die §§ 704 – 802 ZPO (vgl. Hübschmann/Hepp/ Spitaler, Komm. AO 1977, § 322 Rn 64) und damit dem Wortlaut nach auch die §§ 767 und 769 ZPO.*

Gleichwohl ist über die Verweisungskette des § 15 BadWürttVwVG und des § 322 I AO 1977 weder die Vorschrift des § 767 ZPO noch die des § 769 ZPO anzuwenden, da sich § 15 BadWürttVwVG nur an die Vollstreckungsbehörden richtet; deren Verfahren hat sich an die Vorgaben der Abgabenordnung und der durch die Abgabenordnung für anwendbar erklärten Vorschriften der ZPO zu halten. Den Rechtsschutz im Verfahren der Verwaltungsvollstreckung regelt § 15 BadWürttVwVG dagegen nicht. Dieser richtet sich vielmehr nach den Vorschriften der VwGO. § 15 BadWürttVwVG entspricht im Wesentlichen der bundesrechtlichen Vorschrift des § 5 VwVG, wonach sich das Verwaltungszwangsverfahren und der Vollstreckungsschutz im Fall des § 4 VwVG nach bestimmten Vorschriften der Abgabenordnung richten. Aus der Einschränkung „im Falle des § 4“ wird gefolgert, dass sich die in § 4 VwVG genannten Vollstreckungsbehörden in ihrem Verfahren nach der Abgabenordnung zu richten haben, der Rechtsschutz in dieser Vorschrift aber nicht ausdrücklich geregelt ist; hierfür gelten die allgemeinen Regeln des Verwal-

tungsrechtsschutzes (vgl. Engelhardt/App/Schlatmann, *Komm. VwVG/VwZG*, 9. Aufl. 2011, § 5 VwVG, Rn 3 und 5; Kopp/Schenke, *VwGO*, 17. Aufl. 2011, § 167 Rn 14). § 15 BadWürttVwVG enthält diese Einschränkung zwar nicht in dieser Form. Er ordnet die sinngemäße Anwendung bestimmter Vorschriften der Abgabenordnung jedoch „mit der Maßgabe“ an, „dass an die Stelle des Vollziehungsbeamten der Vollstreckungsbeamte tritt“. Diese Einschränkung macht deutlich, dass durch § 15 BadWürttVwVG und die dadurch für anwendbar erklärten Vorschriften der Abgabenordnung sowie der ZPO nur das Vollstreckungsverfahren geregelt wird, nicht aber das Rechtsschutzverfahren in der Zwangsvollstreckung. Für dieses sind daher, auch soweit es die Vollstreckung von Leistungsbescheiden nach dem Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz betrifft, die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung einschlägig.“ (VGH Mannheim aaO)

III. Eine **entsprechende Anwendung des § 769 ZPO** – und auch des § 767 ZPO – über die Verweisungsnorm des § 173 VwGO **scheidet schließlich ebenfalls aus.**

„Nach dieser Vorschrift sind die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes und der ZPO nur insoweit entsprechend anzuwenden, als die VwGO keine Bestimmungen über das Verfahren enthält. Die entsprechende Anwendung der §§ 767 und 769 ZPO ist daher ausgeschlossen, wenn im Verfahren der Hauptsache eine Klage nach § 42 oder § 43 VwGO und im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ein Antrag nach § 80 V oder § 123 I VwGO zulässig sind (vgl. BVerwGE 27, 141 = NJW 1967, 1976; VGH Mannheim NVwZ 1993, 72).

So liegen die Dinge hier: Der Kl. konnte sein Rechtsschutzziel im Hauptsacheverfahren im Wege einer vorbeugenden Feststellungsklage nach § 43 VwGO verfolgen mit dem Ziel, die Unzulässigkeit der Vollstreckung aus dem Leistungsbescheid feststellen zu lassen. Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes war daher ein Antrag nach § 123 I VwGO statthaft.“ (VGH Mannheim aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BerHG
§ 1 I

Beratungshilfe

BerHG

Beratung über einen Unterhaltsabänderungsantrag

(AG Vechta in FamRZ 2012, 571; Beschluss vom 18.10.2011 – 4 II 1355/11)

Für die **Beratung über einen Unterhaltsabänderungsantrag** darf die **Hilfe eines Rechtsanwalts in Anspruch nehmen, wenn der Ast. schon im ursprünglichen Unterhaltsverfahren anwaltlich vertreten war**; in diesem Fall muss nicht zuerst die Hilfe des Jugendamts in Anspruch genommen werden.

„War das Kind im Ausgangsverfahren bereits anwaltlich vertreten, erscheint es nicht zumutbar, das Kind bei einem Abänderungsantrag des Unterhaltspflichtigen auf die Hilfe durch das Jugendamt zu verweisen. Denn die Abänderung des Unterhaltstitels kann nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht losgelöst von dem ursprünglichen Titel erfolgen. Dessen Grundlagen sind auch im Abänderungsverfahren weiter zu berücksichtigen. Der Verfahrensbevollmächtigte des Ausgangsverfahrens ist mit der Angelegenheit aber besser vertraut als das neu einzuschaltende Jugendamt.

In der anwaltlichen Praxis ist es auch häufig so, dass der Verfahrensbevollmächtigte des Ausgangsverfahrens von der Gegenseite als weiter bevollmächtigt angesehen und angeschrieben wird. In der Regel sind im Abänderungsverfahren komplexe Sachverhalte und Rechtsfragen zu beurteilen. So liegt der Fall auch hier. Wie dem vorgelegten außerprozessualen Schriftverkehr zu entnehmen ist, war in verschiedenen Punkten zu prüfen, inwieweit sich die Verhältnisse gegenüber dem Zeitpunkt des Vergleiches im Ausgangsverfahren geändert haben. Es bestand deshalb ein sachlicher Grund dafür, die Hilfe der ursprünglichen Verfahrensbevollmächtigten in Anspruch zu nehmen. Der Verweis auf die Beratung durch das Jugendamt erscheint im vorliegenden Fall nicht zumutbar.“ (AG Vechta aaO)

BerHG
§ 2 II

Beratungshilfe

BerHG

Trennung und Scheidung

(OLG München in FamRZ 2012, 326 = NJOZ 2012, 285; Beschluss vom 26.09.2011 – 11 W 1719/11)

Wird in einer familienrechtlichen Angelegenheit **Beratungshilfe zur Regelung von mehreren Trennungsfolgen und gleichzeitig für den Fall der Scheidung nebst Folgesachen** bewilligt, so **liegen** für den die Beratungshilfe leistenden Rechtsanwalt **mindestens zwei Angelegenheiten i. S. des Beratungshilfegesetzes vor**.

I. Zur Auslegung und Bestimmung des Umfangs einer Angelegenheit in familienrechtlichen Beratungsverhältnissen werden **zahlreiche Lösungsvorschläge in der Rspr.** vertreten (s. dazu Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., § 16 Rn 29 ff).

- Dabei hat **OLG München** bisher die Auffassung vertreten, dass unabhängig von der Anzahl der Gegenstände Trennung und Scheidung immer einen einheitlichen innerlich zusammengehörigen Lebenssachverhalt bilden, dem ein einheitlicher Auftrag zu Grunde liegt und der deshalb einen einheitlichen Rahmen der Tätigkeit des Anwalts vorgibt. Diese Auffassung des Senats war gestützt auf die Regelungen der Angelegenheit in § 15 II RVG und der Regelung des „Gegenstandes“ der anwaltlichen Tätigkeit in § 22 I RVG (s. Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 18. Aufl., § 16 Rn 18 u. 25 und OLG München MDR 1988, 330 = JurBüro 1988, 593; ebenso OLG Nürnberg NJOZ 2004, 2542 = MDR 2004, 1186).
- Die **abweichenden Auffassungen anderer OLG**, die für Scheidung nebst Folgesachen aber auch bei Scheidung/Folgesachen/Trennung und selbst unter verschiedenen Trennungsgegenständen jeweils gebührenrechtlich eigene Angelegenheiten annehmen, wurde vom OLG München vor diesem Hintergrund abgelehnt, da der innere Zusammenhang der jeweiligen Beratungsgegenstände durch diese Aufspaltung in verschiedene Angelegenheiten nicht hinreichend berücksichtigt würde.

OLG Düsseldorf AnwBl 1986, 162; OLG Düsseldorf NJW-RR 2009, 430 = FamRZ 2009, 1244; OLG Braunschweig AnwBl 1984, 514; OLG Hamm AGS 2005, 30; OLG Köln FamRZ 2009, 1345; KG RVGreport 2010, 141; OLG Stuttgart BeckRS 2006, 12351; OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 713 = BeckRS 2008, 22174; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2009, 4576 = AGS 2009, 593; OLG Frankfurt a.M. RVGreport 2010, 143; OLG Hamm FamRZ 2005, 532; OLG Dresden RVGreport 2011, 219; OLG Nürnberg NJW 2011, 3108; OLG Bamberg BeckRS 2011, 21197

II. An der bisher von ihm vertretenen Auffassung hält **OLG München aaO** - jedenfalls für den hier zu beurteilenden Einzelfall - nicht länger fest.

„§ 16 Nr. 4 RVG verklammert bei der gerichtlichen Beratung die Scheidungssache und die Folgesachen (früher §§ 621 I Nr. 1, 623 I–III, V; jetzt § 137 II, III FamFG) zu einer Angelegenheit. Nachdem der Begriff der Angelegenheit gem. § 15 II RVG schon früher ausdrücklich auf die außergerichtliche Beratung übertragen wurde, ist es aus Sicht des Senats folgerichtig, auch die Regelung des § 16 Nr. 4 RVG zur Abgrenzung der Angelegenheit bei Scheidung und Folgesachen für die Beratungshilfe heranzuziehen und daraus gebührenrechtliche Folgerungen zu ziehen (so OLG Stuttgart BeckRS 2006, 12351). Den Verfechtern der gegenteiligen Meinung, die für die Beratungshilfe auch im Bereich der Scheidung und Folgesachen untereinander jeweils von einer eigenen Angelegenheit ausgehen (OLG Düsseldorf NJW-RR 2009, 430 = FamRZ 2009, 1244;

OLG Köln, FamRZ 2009, 1345 = BeckRS 2009, 10575) ist zwar zuzugeben, dass die Anwendbarkeit von § 16 Nr. 4 RVG nicht zwingend erscheint, da die Vorschrift ausdrücklich lediglich das gerichtliche Verbundverfahren erfasst und die dort geltende Kompensation der Zusammenrechnung der Gebührenstreitwerte im Beratungshilferecht gerade nicht gilt.

Eine Rechtsverletzung bei Auslegung des Begriffs der Angelegenheit i. S. des § 2 BerHG kann der Senat jedoch nicht feststellen, da sich das LG bei der Abgrenzung – insoweit übereinstimmend mit der Senatsrechtsprechung – vor allem auf den inneren Zusammenhang zwischen den einzelnen Gegenständen und den einheitlichen Rahmen des äußeren Lebenssachverhaltes Scheidung/Trennung stützt, der letztlich auch der Regelung des § 16 Nr. 4 RVG zu Grunde liegt. Darüber hinaus lässt das LG dessen Anwendbarkeit ausdrücklich offen.

Gleichwohl kann aus der Regelung des § 16 Nr. 4 RVG abgeleitet werden, dass nach dem **Willen des Gesetzgebers ein innerer Zusammenhang** zwischen dem Lebenssachverhalt Trennung und ihrer Folgen, sowie dem Lebenssachverhalt Scheidung und ihrer Folgen nicht anzunehmen ist, da die Trennung im Katalog der Scheidungsfolgesachen nicht aufgeführt ist. Als Folge davon gelten – mit Ausnahme des Kindesunterhalts – Regelungen für die Zeit der Trennung im Scheidungsfall nicht fort, die Scheidung stellt insoweit eine Zäsur dar (so auch OLG Stuttgart BeckRS 2006, 12351). Zutreffend ist aber dann die Folgerung des LG, dass **Regelungen für die Zeit der Trennung, die nicht Folgesache der Scheidung sind, auch gebührenrechtlich nicht als dieselbe Angelegenheit wie die Scheidung und ihre Folgesachen anzusehen** sind (so auch Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/Müller-Rabe, RVG, 17. Aufl., Nr. 2005–2508 VV RVG Rn 26; OLG Brandenburg RVGreport 2010, 143; OLG Brandenburg FamRZ 2010, 833 = BeckRS 2009, 28866; OLG Stuttgart BeckRS 2006, 12351).

Die Annahme von zwei Angelegenheiten bei Trennung und Scheidung bietet den Vorteil, dass der Umfang der abzurechnenden Angelegenheiten vom Urkundsbeamten nicht in jedem Einzelfall gesondert zu bestimmen ist (so aber Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG, 19. Aufl., § 16 Rn 28). Eine **Einzelfallprüfung wäre für den Urkundsbeamten nicht zumutbar** (so auch OLG Düsseldorf NJW-RR 2009, 430 = FamRZ 2009, 1244; OLG Köln FamRZ 2009, 1345 = BeckRS 2009, 10575). Die Annahme von wenigstens zwei Angelegenheiten verwirklicht den vom BVerfG (NJW 2002, 429 = BeckRS 2001, 30215999) erwähnten Gedanken der Gebührengerechtigkeit, da sie dem Aufwand umfangreicher Erstberatungen bei mehreren Gegenständen jedenfalls in einer Höhe Rechnung trägt, die der Vergütung von Verfahrenspflegern bei vergleichbarem Zeitaufwand entspricht.“ (OLG München aaO)

RVG
§ 10

Zeithonorarvereinbarung Formalien

RVG

(OLG Düsseldorf in AnwBl 2012, 372 = NJW 2012, 621; Beschluss vom 06.10.2011 – 24 U 47/11)

- I. Ein vereinbartes **Zeithonorar** kann der Rechtsanwalt **nur auf Grund einer von ihm unterzeichneten und dem Auftraggeber mitgeteilten Rechnung** einfordern.

„Zwar gilt auch für die Vereinbarung eines Zeithonorars § 10 RVG, wonach der Rechtsanwalt die Vergütung nur auf Grund einer von ihm unterzeichneten und dem Auftraggeber mitgeteilten Rechnung einfordern kann (BGH NJW 2011, 63; OLG Düsseldorf NJOZ 2010, 1490 = FamRZ 2010, 1184; AGS 2006, 530; Gerold/Schmidt, RVG, 19. Aufl., § 10 Rn 3; Schneider/Wolf, RVG, 4. Aufl., § 10 Rn 5). Mit Blick auf **Sinn und Zweck der gesetzlich vorgeschriebenen Abrechnung (Transparenzgebot)** ist insoweit § 10 II 1 RVG analog anzuwenden, soweit die Eigenart der vereinbarten Vergütung eine nähere Spezifizierung erfordert und zulässt (OLG Düsseldorf NJOZ 2010, 1490 = FamRZ 2010, 1184; AGS 2006, 530).“ (OLG Düsseldorf aaO)

Dabei sind an die schriftliche Abrechnung eines vereinbarten Zeithonorars regelmäßig die folgenden **formellen Anforderungen** zu stellen, um die Vergütung einforderbar zu machen:

- **Bezeichnung der Angelegenheit**; bei mehreren gleichzeitig abgerechneten Angelegenheiten Auftrennung der Abrechnung nach jeder einzelnen Angelegenheit
- Vorlage eines **Leistungsverzeichnisses** (time-sheet), das den jeweils abgerechneten Zeitaufwand einer bestimmten Tätigkeit zuordnet, die schlagwortartig zu bezeichnen ist
- **Berechnung des Zeithonorars** (gesamter Zeitaufwand x Stundensatz = Zeithonorar)
- **Berechnung der Auslagen** (falls gesondert berechenbar unter Nennung der jeweils maßgeblichen Gebühreenvorschrift)
- **Berechnung der Mehrwertsteuer**
- **Ausweis der abzuziehenden Vorschüsse** (falls gezahlt)
- **Ausweis der Honorar(rest)summe**
- **Unterschrift** des Rechtsanwalts

- II. Der **Rechtsanwalt hat grds. den Nachweis zu führen**, dass der geltend gemachte zeitliche Arbeitsaufwand angefallen ist.

„Zwar trägt er die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass die berechnete Vergütung tatsächlich entstanden ist. Mithin hat er grds. den Nachweis zu führen, dass der geltend gemachte zeitliche Arbeitsaufwand überhaupt angefallen ist (vgl. BGHZ 162, 98 = NJW 2005, 2142). Dabei muss bei der Vereinbarung eines Zeithonorars die nicht fernliegende Gefahr ins Auge gefasst werden, dass dem Mandanten der **tatsächliche zeitliche Aufwand seines Rechtsanwalts verborgen bleibt** und ein unredlicher Anwalt deshalb ihm nicht zustehende Zahlungen beansprucht (BVerfG NJW-RR 2010, 259 = AnwBl 2009, 650). Deshalb erfordert eine **schlüssige Darlegung der geltend gemachten Stunden**, dass über pauschale Angaben hinaus die während des abgerechneten Zeitintervalls **getroffenen Maßnahmen konkret und in nachprüfbarer Weise dargelegt** werden (BGHZ 184, 209 = NJW 2010, 1364; OLG Düsseldorf AGS 2006, 530). Insoweit ist z. B. etwa anzugeben, welche Akten und Schriftstücke einer Durchsicht unterzogen, welcher Schriftsatz vorbereitet oder verfasst wurde, zu welcher Rechts- oder Tatfrage welche Literaturrecherchen angestellt oder zu welchem Thema mit welchem Gesprächspartner wann eine fernmündliche Unterredung geführt wurde (BGHZ 184, 209 = NJW 2010, 1364).“ (OLG Düsseldorf aaO)

(BGH in MDR 2012, 442; Beschluss vom 13.12.2011 – VI ZR 274/10)

Auch wenn sich bei der **Regulierung eines Verkehrsunfallschadens** der **Haftpflichtversicherer des Schädigers mit der Ersatzleistung in Verzug** befindet, sind **Rechtsanwaltskosten**, die der Geschädigte **im Zusammenhang mit der Einholung einer Deckungszusage** seines Rechtsschutzversicherers verursacht hat, **nur dann zu erstatten, soweit** sie aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte **erforderlich und zweckmäßig** waren.

I. Zu der Frage, ob für die Herbeiführung der Deckungszusage des Rechtsschutzversicherers durch den Rechtsanwalt des Geschädigten im Innenverhältnis Anwaltskosten entstehen und ob diese vom Schädiger bzw. seinem Haftpflichtversicherer im Außenverhältnis zu ersetzen sind, werden **in Rspr. und Lit. unterschiedliche Auffassungen vertreten**.

1. **Teilweise** wird bereits auf das **Innenverhältnis zwischen dem geschädigten Mandanten und seinem Rechtsanwalt** abgestellt.

a) Insoweit wird nicht „dieselbe“, sondern eine besondere Angelegenheit i. S. des § 15 II 1 RVG überwiegend angenommen, sofern der Anwalt hinsichtlich der Einholung der Deckungszusage gesondert beauftragt wird.

vgl. OLG Celle NJOZ 2011, 802; LG Duisburg zfs 2010, 520 = NZV 2011, 31; LG München I zfs 2010, 521; LG Ulm zfs 2010, 521; LG Wuppertal zfs 2010, 519; Schneider/Wolf, AnwKomm-RVG, 5. Aufl., § 15 Rn 65; Mayer/Kroiß, RVG, 4. Aufl., § 15 Rn 56; Bierschenk zfs 2011, 603; Hansens RVGreport 2010, 241; RVGreport 2010, 321; Lensing AnwBI 2010, 688; Meinel zfs 2010, 312; Niehren AnwBI 2011, 135; dahingestellt bei KG AnwBI 2010, 445; ablehnend Tomson VersR 2010, 1428

b) Von anderen wird „dieselbe“ Angelegenheit i. S. des § 15 II 1 RVG bejaht. Dies wird überwiegend damit begründet, die Einholung der Deckungszusage sei als Annex zur Hauptsache anzusehen und deshalb nicht gesondert zu vergüten. Die weit verbreitete Praxis kostenloser Deckungsanfragen soll wettbewerbsrechtlich nicht als unzulässige Gebührenunterschreitung verfolgbar sein.

KG AnwBI 2010, 445; OLG München JurBüro 1993, 163 (noch zu § 118 BRAGO); LG Koblenz VersR 2010, 1331; LG Schweinfurt NJW-RR 2009, 1254; AG Schwäbisch Hall NZV 2011, 207; zweifelnd auch Geigel/Freyman, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., Kap. 41 Rn 30

c) Nach Ansicht des **BGH aaO** spricht viel dafür, dass das Vorliegen einer eigenen Angelegenheit zu verneinen ist, wenn sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts in der Anforderung der Deckungszusage bei dem Rechtsschutzversicherer unter Beifügung eines Entwurfs der Klageschrift erschöpft und der Deckungsschutz umstandslos bewilligt wird.

„Denn die Annahme einer Angelegenheit im gebührenrechtlichen Sinne setzt nicht voraus, dass der Anwalt nur eine Prüfungsaufgabe zu erfüllen hat. Von einem einheitlichen Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit kann vielmehr grds. auch dann noch gesprochen werden, wenn der Anwalt zur Wahrnehmung der Rechte des Geschädigten verschiedene, in ihren Voraussetzungen voneinander abweichende Anspruchsgrundlagen zu prüfen bzw. mehrere getrennte Prüfungsaufgaben zu erfüllen hat. Unter einer Angelegenheit im gebührenrechtlichen Sinne ist das gesamte Geschäft zu verstehen, das der Rechtsanwalt für den Auftraggeber besorgen soll. Ihr Inhalt bestimmt den Rahmen, innerhalb dessen der Rechtsanwalt tätig wird. Die Angelegenheit ist von dem Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit abzugrenzen, der das konkrete Recht oder Rechtsverhältnis bezeichnet, auf das sich die anwaltliche Tätigkeit bezieht, so dass eine Angelegenheit mehrere Gegenstände umfassen kann (vgl. BGH NJW-RR 2010, 428 = VersR 2009, 1269; BGH NJW 2011, 3167).“ (BGH aaO)

d) Erwägenswert ist auch die Ansicht, nach der der **Anwalt den Mandanten darüber zu belehren hat, dass für die Einholung der Deckungszusage eine besondere Gebühr entsteht**, wenn er diese Leistung abrechnen will.

dafür etwa OLG Celle NJOZ 2011, 802; LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2011, 12523; AG Brühl AGS 2011, 361; Meinel zfs 2010, 312; Niehren AnwBI 2011, 135; dagegen etwa Hansens RVGreport 2010, 241; Lensing AnwBI 2010, 688

„Greift der Einwand des Geschädigten, nicht belehrt worden und daher in dem Gebührenanspruch freizustellen zu sein, gegenüber seinem Anwalt durch, so ist der Geschädigte schon im Innenverhältnis nicht zur Zahlung der in Rechnung gestellten Kosten verpflichtet mit der Folge, dass ein Erstattungsanspruch gegen den Schädiger nicht besteht (vgl. BGH NJW-RR 2010, 428).“ (BGH aaO)

2. Von denjenigen, die einen **Gebührenanspruch des Anwalts bejahen oder dahinstehen lassen** (etwa BGH NJW 2011, 1222; OLG Karlsruhe BeckRS 2011, 24980), wird ein **Ersatzanspruch im Außenverhältnis** mit unterschiedlichen Argumenten bejaht oder verneint.

a) **Teilweise** wird ein **Anspruch** ohne nähere Begründung **bejaht** (etwa OLG Köln BeckRS 2011, 02984; LG Ulm zfs 2010, 521; LG Amberg AGS 1993, 58), teilweise werden die Aufwendungen als erforderlich und zweckmäßig angesehen (etwa LG Duisburg zfs 2010, 520 = NZV 2011, 31; LG Amberg NJW 2009, 2610; AG Hersbruck AGS 2010, 257; AG Karlsruhe AGS 2009, 355). Einige Gerichte bejahen einen entsprechenden Anspruch jedenfalls bei Verzug des Haftpflichtversicherers (LG Duisburg NZV 2011, 31; AG Oberndorf BeckRS 2011, 00844; LG Nürnberg-Fürth AGS 2010, 257; AG Schwandorf zfs 2010, 524).

b) Verneint wird ein Ersatzanspruch unter zwei unterschiedlichen Gesichtspunkten:

aa) **Teilweise** wird darauf abgestellt, ob **im konkreten Einzelfall die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe bei der Einholung der Deckungszusage** zur Wahrung und Durchsetzung der Rechte unter den Umständen des Falls **erforderlich und zweckmäßig** ist (etwa BGH NJW 2011, 1222;

LG Münster VersR 2011, 411), was nach teilweise vertretener Ansicht nur äußerst selten der Fall sein soll (vgl. Geigel/Frey mann, Kap. 41 Rn 30; auch Meinel zfs 2010, 312).

- bb) Andere **verneinen den Ersatzanspruch** aus der grds. Erwägung, dass Rechtsanwaltskosten für die Einholung einer Deckungszusage nicht vom Schutzzweck der Haftungsnormen erfasst seien (vgl. etwa KG NJW-RR 2004, 1325 = VersR 2004, 1571; OLG Celle NJOZ 2011, 802; OLG Karlsruhe BeckRS 2011, 24980; LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2011, 12523; Tomson VersR 2010, 1428).

II. Nach Ansicht des **BGH aaO** ist hinsichtlich der Haftung im Außenverhältnis zu differenzieren.

1. Auf **Schutzzweckerwägungen** kann nicht abgestellt werden, soweit sich der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Schädiger bzw. sein Haftpflichtversicherer in Verzug befindet. Dann kann sich der Anspruch aus §§ 280 I II, 286 BGB ergeben.

*„Insoweit ist ohne Bedeutung, ob der Vermögensschaden, den der durch einen Verkehrsunfall Geschädigte infolge der Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe bei der Einholung der Deckungszusage erleidet, vom Schutzzweck des § 823 I BGB, § 7 I StVG erfasst wird. **Kosten für die Einholung einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung sind Rechtsverfolgungskosten**, die unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens ersetzt werden können (BGH NJW 2011, 1222).“ (BGH aaO)*

2. Allerdings **hat der Schädiger** auch unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens **nicht schlechthin alle** durch das Schadensereignis adäquat verursachten **Rechtsverfolgungskosten zu ersetzen, sondern nur solche, die** aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte **erforderlich und zweckmäßig** waren (vgl. etwa BGHZ 127, 348 = NJW 1995, 446; BGH NJW 2006, 1065 = VersR 2006, 521; BGH NJW 2011, 1222).

„Dies ist hier nicht der Fall: Der Anwalt der Kl. hat die Übernahme des Deckungsschutzes abklären sollen, habe dann die Rechtsschutzversicherung mit einem Klageentwurf angeschrieben, woraufhin der Deckungsschutz bewilligt worden sei. Das ist das übliche Verfahren, wenn der Deckungsschutz ohne Weiteres gewährt werden kann (vgl. z. B. Tomson VersR 2010, 1428). Bei einer solchen Sachlage ist aber die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe für die Einholung der Deckungszusage nicht erforderlich; vielmehr ist es dem Geschädigten i. d. R. zuzumuten, sie selbst anzufordern. Die für den Rechtsschutzversicherer für die Gewährung von Deckungsschutz maßgeblichen Gesichtspunkte ergaben sich insoweit auch nicht aus der Anfrage, sondern aus dem Klageentwurf, dessen Fertigung bereits mit der Geschäftsgebühr bzw. der Verfahrensgebühr abgegolten ist. Dass die Kl. auf Grund bestimmter Umstände nicht in der Lage gewesen sein könnte, eine einfache Anfrage unter Beifügung des vom Anwalt gefertigten Klageentwurfs an den Versicherer zu senden, ist nicht ersichtlich.“ (BGH aaO)

VV RVG

Vorbem. 3 III HS 1

Terminsgebühr

RVG

Besprechung im Berufungsverfahren

(BGH in MDR 2012, 376 = NJW-RR 2012, 314; Beschluss vom 13.12.2011 – II ZB 4/11)

Die **Terminsgebühr für eine auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichtete Besprechung ohne Beteiligung des Gerichts** kann in einem Berufungsverfahren, in dem ein Hinweis nach § 522 II 2 ZPO erteilt wird, **dann anfallen, wenn die Besprechung bereits vor Erteilung des Hinweises** geführt wurde.

- I. Nach Vorbem. 3 III HS 1 Fall 3 VV RVG entsteht eine **Terminsgebühr** für die Mitwirkung an auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechungen auch ohne Beteiligung des Gerichts.

Hat ein solches, auf die einvernehmliche Beendigung des Verfahrens zielendes Einigungsgespräch vor dem Hinweisbeschluss des BerGer. nach § 522 II 2 ZPO stattgefunden, ist die **Terminsgebühr** nach Vorbem. 3 III Halbs. 1 Fall 3 VV RVG angefallen,

- II. Diesem Ergebnis steht die **Rspr. des BGH**, insbes. BGH NJW 2007, 2644 nicht entgegen.

In dieser Entscheidung ist zwar ausgeführt, dass eine **Terminsgebühr für die Berufungsinstantz nicht** entstehe, **wenn das BerGer. die Berufung durch einstimmigen Beschluss nach § 522 II ZPO zurückweise**. Dieser Entscheidung lag aber der Sachverhalt zu Grunde, dass die Besprechung, für die eine **Terminsgebühr** nach der Vorbem. 3 III Halbs. 1 Fall 3 VV RVG geltend gemacht wurde, nach dem Hinweis gem. § 522 II 2 ZPO stattgefunden hatte.

Anders liegt der Fall jedoch dann, wenn die **Besprechung mit dem Ziel der Erledigung des Verfahrens bereits vor dem Hinweisbeschluss** nach § 522 II 2 ZPO erfolgt ist.

*„Dann tritt das **gesetzgeberische Ziel** in den Vordergrund, durch die **Terminsgebühr** für das außergerichtliche Einigungsgespräch einen **Anreiz für den Anwalt zu schaffen, in jeder Phase des Verfahrens zu einer möglichst frühen, der Sach- und Rechtslage entsprechenden Beendigung des Rechtsstreits beizutragen** (vgl. Begründung des Entwurfs des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Dr 15/1971, S. 148, 209). Dies dient zum einen dem Interesse der Parteien an einer **möglichst kostengünstigen Erledigung des Rechtsstreits** (BT-Dr 15/1971, S. 209) und zum anderen der Entlastung der Gerichte (BGH NJW 2007, 2858; BGH zfs 2010, 286).*

*Dieses der Regelung der Vorbem. 3 zu Teil 3 VV RVG zu Grunde liegende Entlastungsziel würde nur sehr unvollkommen erreicht, wenn der Prozessbevollmächtigte – auch in einem Fall wie dem vorliegenden – die **Terminsgebühr** durch das Einigungsgespräch erst nach der Terminbestimmung gem. § 523 I 2 ZPO verdienen könnte (vgl. BGH NJW 2007, 2858; BGH NJW-RR 2007, 1578). Das BerGer. hat nach § 523 I ZPO vor der Terminbestimmung zu entscheiden, ob die Berufung nach § 522 ZPO verworfen oder zurückgewiesen wird (BGH NJW 2007, 2644), und muss in diesem Zusammenhang die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels prüfen. Die von einer außergerichtlichen Einigung ausgehende Entlastung des BerGer. ist daher im Stadium vor der Terminierung in besonderem Maße gegeben. Entsprechend widerspräche es der Zielsetzung des Gebührentatbestands, wenn für den Anwalt ein Anreiz bestünde, erst die Terminierung des BerGer. abzuwarten, bevor er einen außergerichtlichen Einigungsversuch unternimmt.“ (BGH aaO)*

Einigungsgebühr
Wechselseitiger Verzicht auf Durchführung des Versorgungsausgleichs
(OLG München in NJW 2012, 1089; Beschluss vom 12.01.2012 – 11 WF 2265/11)

Nach dem am 01.09.2009 in Kraft getretenen Versorgungsausgleichsgesetz ist ein **Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs wechselseitig, wenn beide Beteiligte Versorgungsanwartschaften erworben haben**. Bei einem derart wechselseitigen Verzicht der Beteiligten steht dem mitwirkenden Rechtsanwalt eine Einigungsgebühr zzgl. Umsatzsteuer zu

- I. Die **Frage**, ob und wann bei einem wechselseitig vereinbarten Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs eine Einigungsgebühr anfällt, wurde **in der Rspr. der OLG** bereits für den bis 31.08.2009 gültigen Rechtszustand **unterschiedlich beantwortet**.
1. **OLG Stuttgart** (NJW 2007, 1072 = MDR 2007, 304 = FamRZ 2007, 232) und **OLG Karlsruhe** (NJW 2007, 1072 = AGS 2007, 135) verneinten den Anfall einer Einigungsgebühr, wenn sich die Vereinbarung der Parteien über den Versorgungsausgleich auf einen Verzicht des Ausgleichsberechtigten beschränke.
OLG Karlsruhe (NJOZ 2010, 997 = FamRZ 2009, 2111 = MDR 2009, 1312) hat diese Rspr. bestätigt, wenn die Person des Ausgleichspflichtigen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung noch nicht feststehe.
OLG Nürnberg (NJW 2007, 1071 = FamRZ 2007, 573) und **OLG Celle** (FamRZ 2007, 2001) haben den Anfall der Einigungsgebühr dagegen auch in Fällen bejaht, in denen die Auskünfte der Versorgungsträger bereits vorlagen. In dem vom OLG Nürnberg entschiedenen Fall stand allerdings im Raum, dass der durchzuführende Versorgungsausgleich wegen Unbilligkeit hätte ausgeschlossen oder beschränkt werden können. In dem vom OLG Celle entschiedenen Fall stand wegen ungeklärter Ostanrechte einer Partei noch nicht fest, welche Partei insgesamt höhere Anwartschaften erlangt hatte und damit ausgleichsberechtigt war.
 2. **OLG Koblenz** (AGS 2008, 445), **OLG Köln** (NJW 2009, 237), **OLG Hamm** (OLGR 2007, 230; BeckRS 2007, 16114), **OLG Düsseldorf** (JurBüro 2008, 195; AGS 2008, 248), **OLG Naumburg** (AGS 2009, 222) und **OLG Zweibrücken** (MDR 2009, 1314) sowie **KG** (NJOZ 2010, 2526 = JurBüro 2010, 359 = AGS 2010, 325) bejahten den Anfall der Einigungsgebühr dann, wenn im Zeitpunkt der Vereinbarung die Höhe der Ausgleichsansprüche, die Person des Ausgleichsberechtigten oder der Umfang eines schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs noch nicht feststand.
 3. **OLG München** (BeckRS 2012, 05494; BeckRS 2012, 05495; BeckRS 2012, 05496) hat den Anfall der Einigungsgebühr verneint, da die Auskünfte über die Versorgungsanwartschaften bereits vorlagen und damit die Ausgleichspflicht einer Partei zweifelsfrei und unstreitig feststand. In einer Entscheidung (BeckRS 2012, 05497) hat OLG München die Entstehung einer Einigungsgebühr im umgekehrten Fall bejaht.
- II. Jedoch kann die zum früheren Rechtszustand vertretene Auffassung unter Geltung des neuen Rechts nach Auffassung des **OLG München aaO** nicht aufrecht erhalten werden.

*„Diese Rspr. beruhte darauf, dass sich nach bisherigem Recht der Ausgleichsanspruch als Ergebnis der Bilanzierung der wechselseitigen Ansprüche darstellte und ein Verzicht auf die Durchführung deshalb einseitig war. **Nach neuem Recht ist dagegen ein Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs, wenn beide Beteiligten – wie hier – Versorgungsanwartschaften erworben haben, immer wechselseitig**, da nach den §§ 10ff. VersAusglG kein „Einmalausgleich“, sondern ein „Hin- und Herausgleich“ der jeweiligen Anrechte vorzunehmen ist (so auch OLG Hamm FamRZ 2011, 1974). Dabei kommt es auf das wirtschaftliche Ergebnis des einzelnen Ausgleichs nicht an, da eine **Gesamtsaldierung gerade nicht mehr vorzunehmen ist**. Ein einseitiger Verzicht ist deshalb nur noch dann gegeben, wenn nur einer der Ehegatten Versorgungsanwartschaften erworben hat.“* (OLG München aaO)

Einigungsgebühr
Voraussetzungen
(OVG Münster in RVGreport 2011, 458; Beschluss vom 25.07.2011 – 6 E 584/11)

Für eine Mitwirkung des Prozessbevollmächtigten i. S. der Nr. 1000 I 1 VV RVG **reicht es aus, wenn** dieser den **Einigungs- oder Vergleichsvorschlag prüft**, den von ihm vertretenen **Beteiligten berät** und es (auch) auf Grund seiner Bemühungen zu einer **Einigung** kommt.

„Ein besonderes, darüber hinausgehendes Bemühen des Prozessbevollmächtigten um die Einigung ist weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn der Regelung erforderlich, die gerichtsentlastend wirkende anwaltliche Tätigkeit zur Streitbeilegung durch besondere Vergütung zu fördern (vgl. BGH NJW 2009, 922; Baumgärtel/Hergenröder/Houben, RVG, 14. Aufl., 2009, Nr. 1000 VV RVG Rn 1, 24; Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/Müller-Rabe, RVG, 17. Aufl., 2006, Nr. 1000 VV RVG Rn 31; Schneider/Wolf, AnwKomm-RVG, 5. Aufl., 2010, Nr. 1000 VV RVG Rn 122f.; Hartmann, Kostengesetze, 38. Aufl., 2008, Nr. 1000 VV RVG Rn 2, 61, 64, 68 m. w. Nachw.)“ (OVG Münster aaO)

Aus der Praxis

RAVG
§ 6 III

Rechtsanwaltsversorgungswerk
Erhebung von Säumniszuschlägen auf Beitragsforderungen
(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2012, 220; Urteil vom 26.10.2011 – 6 A 10509/11)

RAVG

Das **Rechtsanwaltsversorgungswerk kann Säumniszuschläge auf Beitragsforderungen nur insoweit erheben**, als ein **Mitglied mit der Zahlung eines zuvor vorläufig bzw. endgültig festgesetzten Beitrags in Rückstand** geraten ist.

I. Grundlage für die Erhebung eines Säumniszuschlags ist § 26 V der Satzung.

Danach ist für Beiträge, die Mitglieder nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt haben, für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag in Höhe von 2/3 % und ab Januar 2008 in Höhe von 1 % des rückständigen Betrags zu zahlen.

II. Der klagende Rechtsanwalt war jedoch entgegen der Auffassung des beklagten Rechtsanwaltsversorgungswerks mit seinen monatlichen Beiträgen nicht über den jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt hinaus im Rückstand.

Er hat nämlich unstreitig die durch den Bescheid vom 08.12. 2006 mit Wirkung vom 01.01.2007 festgesetzten Monatsbeiträge in Höhe von 313, 43 €, die nach § 26 III der Satzung jeweils zum 15. eines jeden Monats fällig waren, pünktlich gezahlt. Zwar wurde sein Beitrag für das Jahr 2007 durch den insoweit nicht angefochtenen streitgegenständlichen Bescheid vom 08.12.2009 rückwirkend auf monatlich 356, 59 € festgesetzt. Hinsichtlich des die ursprüngliche Festsetzung übersteigenden Differenzbetrags war die Beitragsforderung bis zur endgültigen Festsetzung jedoch nicht fällig geworden, so dass insoweit kein Säumniszuschlag erhoben werden durfte.

1. Nach § 6 III 1 RAVG **setzt das Versorgungswerk den Beitrag durch Leistungsbescheid fest.** § 26 I der Satzung wiederholt diese Regelung (Satz 1) und ergänzt sie um die Vorschrift, dass das Mitglied zur Entrichtung des festgesetzten Beitrags verpflichtet ist (Satz 2). Darüber hinaus ermächtigt § 36 II der Satzung, Beiträge bei Fehlen zeitnaher Einkommensnachweise vorläufig festzusetzen (Satz 1), und schreibt vor, die endgültige Festsetzung solle bis zum Ablauf von zwei Jahren nach Ablauf des Beitragsjahres erfolgen (Satz 2). Diese Regelungen sind dahingehend zu verstehen, dass die **Mitglieder des Rechtsanwaltsversorgungswerks lediglich verpflichtet sind, Beiträge in der zuvor zumindest vorläufig festgesetzten Höhe zu zahlen.**

2. Dieser Auslegung stehen auch die Regelungen in **§ 26 III Halbs. 2 und VI der Satzung** im Ergebnis nicht entgegen.

*„Nach § 26 III der Satzung sind **Beiträge monatlich bis zum 15. eines jeden Monats zu entrichten**, und zwar erstmalig in dem Monat, in dem die Mitgliedschaft zum Versorgungswerk begründet ist. Da unmittelbar nach dem Beginn der Mitgliedschaft vielfach noch keine vorläufige Beitragsfestsetzung vorliegen wird, dürfte dem § 26 III Halbs. 2 der Satzung die Vorstellung zu Grunde liegen, das Mitglied sei auch schon vor einer förmlichen Festsetzung zur Beitragszahlung verpflichtet.“*

Entsprechendes gilt für § 26 VI der Satzung, wonach ein Säumniszuschlag, der auf eine mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellte Beitragsforderung entfällt, nicht zu erheben ist, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, er habe unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht gehabt.

Auch in dieser Regelung kommt die Auffassung des bekl. Rechtsanwaltsversorgungswerks zum Ausdruck, die Mitglieder seien zum 15. eines jeden Monats zur Zahlung des Beitrags in der satzungsmäßigen Höhe auch ohne eine entsprechende vorherige Festsetzung und sogar über einen zuvor – vorläufig – festgesetzten Betrag hinaus verpflichtet (so auch: Stamp, Rechtsanwaltsversorgung in Rheinland-Pfalz, § 26 Rn 17 f.). Andernfalls käme dieser Vorschrift kaum praktische Bedeutung zu, da es bei einer vorherigen Beitragsfestsetzung nur selten vorkommen dürfte, dass ein Mitglied unverschuldet mit seinen Beitragszahlungen in Rückstand gerät.

Eine solche Festlegung der Fälligkeit der Beitragsforderungen in der satzungsmäßigen Höhe auf einen Zeitpunkt vor ihrer – zumindest vorläufigen – Festsetzung bzw. über die vorläufig festgesetzte Höhe hinaus verstößt jedoch gegen die Vorgaben der gesetzlichen Verordnungsermächtigung, da der Beitrag nach § 6 III 1 RAVG zwingend durch Bescheid festzusetzen ist.“ (OVG Koblenz aaO)

3. Soweit § 26 III der Satzung – jedenfalls nach seinem Wortlaut – dahingehend zu verstehen ist, dass bereits während des laufenden Jahres die Beitragsansprüche des Rechtsanwaltsversorgungswerks auch gegenüber selbstständigen Rechtsanwälten in ihrer endgültigen Höhe unabhängig von einer entsprechenden vorherigen Festsetzung zum 15. eines jeden Monats fällig sein sollen, steht ein solches Regelungsverständnis zudem im **Widerspruch zum Begriff der Fälligkeit.**

*„Denn unter **Fälligkeit im Rechtssinne ist der Zeitpunkt zu verstehen, von dem an der Gläubiger eine Leistung verlangen kann** (BGHZ 171, 33 = NJW 2007, 1581). Das setzt bei einer Geldleistung aber voraus, dass die **Bezifferung des geschuldeten Betrags möglich** ist. Nur unter dieser Voraussetzung kann auch von einer nicht rechtzeitigen Zahlung i. S. von § 6 IV RAVG die Rede sein.“*

*Die **endgültige Berechnung des Beitrags** ist bei selbstständigen Rechtsanwälten jedoch **frühestens nach Abschluss des jeweiligen Wirtschaftsjahres möglich**. Bei ihnen erfordert die endgültige Beitragsbemessung nämlich nach § 14 I und II der Satzung i. V. mit § 15 I 1 des IV. Buchs des Sozialgesetzbuchs eine Gewinnermittlung nach den einschlägigen Vorschriften des Einkommensteuerrechts. § 4 I 1 EStG definiert den Gewinn aber – vereinfacht – als den **Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluss des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres**. Folglich kann erst nach Ablauf des jeweiligen Wirtschaftsjahres festgestellt werden,*

in welcher endgültigen Höhe eine Beitragsforderung des Bekl. für den betreffenden Zeitraum besteht. Während des laufenden Wirtschaftsjahres ist hingegen weder der beitragspflichtige Rechtsanwalt noch der Bekl. in der Lage, die endgültige Höhe des Beitragsanspruchs zu beziffern. Somit wird der Beitrag in dieser Höhe auch aus diesem Grund nicht zum 15. eines jeden Monats des betreffenden Wirtschaftsjahres fällig, sondern lediglich in dem Umfang, in dem er zuvor – vorläufig – festgesetzt worden ist.“ (OVG Koblenz aaO)

PartGG
§ 7

Honorarklage

PartGG

Aktivlegitimation einer Partnerschaftsgesellschaft

(OLG Düsseldorf in AnwBI 2012, 372; Beschluss vom 15.12.2011 – 24 U 99/11)

Ist eine **Partnerschaft Partei des Anwaltsvertrags mit dem Mandanten**, so steht die **Honorarforderung** nicht den einzelnen Partnern, sondern **der Partnerschaftsgesellschaft zu**

Die Erhebung der Vergütungsklage durch einen Partner führt ohne Hinweis auf eine **Prozessstandschaft** nicht zu einer Hemmung der Verjährung, weil er nicht Inhaber der geltend gemachten Forderung ist und **nur die Klage eines Berechtigten den Lauf der Verjährung hemmt**.

„Die **Kanzlei** des Kl. war ausweislich der vom Kl. verwendeten Briefbögen bereits zum Zeitpunkt der Erteilung des Auftrags in Form der Partnerschaftsgesellschaft **nach dem PartGG organisiert** und somit **rechtlich selbstständig**. In diesen Fällen ist Partei des Anwaltsvertrags mit dem Auftraggeber nach § 7 II PartGG i. V. mit § 124 HGB die Partnerschaft (vgl. Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Auflage, Rn. 374). Dementsprechend steht die **Honorarforderung** nicht den einzelnen Partnern zu, sondern **gehört zum Vermögen der Gesellschaft**.“ (OLG Düsseldorf aaO)

BGB
§ 779

Kündigungsrechtsstreit

BGB

Umfang eines Erledigungsvergleichs

(LAG Berlin-Bbg in DB 2012, 412; Urteil vom 06.12.2011 – 3 Sa 1300/11)

Die **Klausel in einem Prozessvergleich zur Erledigung eines Kündigungsschutzrechtsstreites** mit dem Wortlaut: *„Mit Erfüllung dieses Vergleichs sind sämtliche gegenseitigen Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis, dessen Beendigung und dem vorliegenden Rechtsstreit ausgeglichen.“* umfasst grds. auch den **Anspruch** des Arbeitnehmers **auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses**.

- I. Nach **§ 109 I 1 GewO** hat der Arbeitnehmer bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein schriftliches Zeugnis. Gem. Satz 2 kann der Arbeitnehmer verlangen, dass sich die Angaben in dem Zeugnis auch auf Leistung und Verhalten im Arbeitsverhältnis (qualifiziertes Zeugnis) erstreckt.
- II. Der **Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses** kann jedoch durch einen von den Parteien im Rahmen eines Kündigungsrechtsstreits geschlossenen Erledigungsvergleich untergegangen sein.
 1. Der **Prozessvergleich** hat eine **rechtliche Doppelnatur**: Er ist sowohl eine Prozesshandlung, deren Wirkungen sich nach den Grundsätzen des Verfahrensrechts richten, als auch ein privatrechtlicher Vertrag, für den die Regeln des materiellen Rechts gelten (BAG DB 2011, 2444; BGH NJW 1982, 2072).
 2. Mit der Klausel „Mit Erfüllung dieses Vergleichs sind sämtliche gegenseitigen Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis, dessen Beendigung und dem vorliegenden Rechtsstreit ausgeglichen.“ im Rahmen eines Prozessvergleichs haben die Parteien ein **konstitutives negatives Schuldanerkenntnis i. S. v. § 397 II BGB** vereinbart, welches auch den Anspruch des Arbeitnehmers auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses umfasst.
 - a) Das **BAG** (NJW 1975, 407) hat angenommen, dass **allgemein gehaltene Ausgleichsklauseln** - etwa in Vergleichen, die einen Kündigungsprozess beenden - **nicht ohne weiteres dahin ausgelegt werden können, dass sie auch einen Verzicht auf ein qualifiziertes Zeugnis enthalten**.

Wegen der **besonderen Bedeutung des Zeugnisses** für den Berufsweg des Arbeitnehmers könne der Rücksicht auf das **Verkehrsinteresse** nicht schlechthin der Vorrang vor dem Interesse des Arbeitnehmers an einem Zeugnis eingeräumt werden. Es müsse auf alle Fälle klargestellt sein, dass ein Arbeitnehmer nicht unbedacht in einer ganz allgemein gefassten Erklärung auch auf ein Zeugnis verzichtet, ohne sich über die Tragweite eines solchen Verzichts im Klaren zu sein. Deshalb könne man allenfalls dann annehmen, dass eine Verzichtserklärung sich auch auf den Zeugnisanspruch bezieht, wenn sich dies mit ausreichender Sicherheit aus dem Wortlaut der Ausgleichsklausel oder auch den Begleitumständen ergibt (BAG NJW 1975, 407; vgl. auch ErfK/Müller-Glöße 12. Aufl. § 109 GewO Rn 52; HWK/Gäntgen 4. Aufl. § 109 GewO Rn 18; BeckOK/Tillmanns, § 109 GewO Rn 15).

- b) AGB sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die **Verständnismöglichkeiten** des konkreten, sondern die **des durchschnittlichen Vertragspartners** des Verwenders **zugrunde zu legen** sind.

Ansatzpunkt für die nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut: Ist der Wortlaut eines Formularvertrags nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wo-

bei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss (BAG EzA-SD 2011, Nr. 24, 7; BAG AP BGB § 307 Nr. 50; BAG EzA BGB 2002 § 307 Nr. 49).

Für die Auslegung des Inhalts sonstiger vertraglicher Regelungen gelten die **§§ 133, 157 BGB**.

Ausgehend vom Wortlaut der Klausel ist deren **objektiver Bedeutungsgehalt** zu ermitteln. Maßgebend ist dabei der allgemeine Sprachgebrauch unter Berücksichtigung des vertraglichen Regelungszusammenhangs. Ein übereinstimmender Wille der Parteien geht dabei dem Wortlaut des Vertrags und jeder anderweitigen Interpretation vor und setzt sich auch gegenüber einem völlig eindeutigen Vertragswortlaut durch. Von Bedeutung für das Auslegungsergebnis sind auch der von den Vertragsparteien **verfolgte Regelungszweck** und die **Interessenlage der Beteiligten** sowie die **Begleitumstände der Erklärung**, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Die tatsächliche Handhabung des Vertragsverhältnisses kann ebenfalls Rückschlüsse auf dessen Inhalt ermöglichen (BAG ZTR 2011, 694; BAG BB 2011, 1725). Diese Grundsätze gelten auch für die Frage, ob überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung vorliegt (BAGE 124, 349).

- c) Unter Berücksichtigung dieser Auslegungsgrundsätze ist in dem hier Streitgegenständlichen Prozessvergleich ein konstitutives negatives Schuldanerkenntnis i. S. v. § 397 II BGB zu sehen.

- aa) Als rechtstechnische Mittel mit unterschiedlichen Rechtsfolgen kommen für den Willen der Parteien, ihre Rechtsbeziehung zu bereinigen, der Erlassvertrag, das konstitutive und das deklaratorische negative Schuldanerkenntnis in Betracht.

Ein **Erlassvertrag** (§ 397 I BGB) ist dann anzunehmen, wenn die Parteien vom Bestehen einer bestimmten Schuld ausgehen, diese aber übereinstimmend als nicht mehr zu erfüllen betrachten. Ein konstitutives negatives Schuldanerkenntnis i. S. v. § 397 II BGB liegt dann vor, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist, alle oder eine bestimmte Gruppe von bekannten oder unbekanntem Ansprüchen zum Erlöschen zu bringen.

Ein **deklaratorisches negatives Schuldanerkenntnis** ist anzunehmen, wenn die Parteien nur die von ihnen angenommene Rechtslage eindeutig dokumentieren und damit fixieren wollen (BAGE 124, 349; BAG NZA 2004, 554).

- bb) In dem die Parteien die Streitgegenständliche Vereinbarung in den Vergleich aufnehmen, brachten sie ihren **rechtsgeschäftlichen Willen** zum Ausdruck, **alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis**, ferner **alle Ansprüche, die anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehen**, und **alle Ansprüche, die Gegenstand des Rechtsstreits waren**, und die nicht in den anderen Regelungen des Vergleichs erwähnt wurden, **zum Erlöschen zu bringen**, und zwar unabhängig davon, ob sie an diese Ansprüche bei Abschluss des Vergleichs gedacht hatten bzw. ihnen diese bekannt oder unbekannt waren.

„[Die Vereinbarung] enthält nämlich nicht nur einen Hinweis, dass die Parteien sämtliche Ansprüche, die nicht in den [anderen] Ziffern des Vergleichs geregelt wurden, bereits als erfüllt betrachten. Die Verwendung des Wortes „ausgeglichen“ bringt vielmehr den Willen der Parteien zum Ausdruck, dass durch die unter Ziffer 1 bis 7 des Vergleichs positiv geregelten Rechte und Pflichten sämtliche anderen Ansprüche, die die eine Vertragspartei jeweils gegenüber der anderen hatte, kompensiert werden und damit untergehen sollen. Gegenseitige Ansprüche sind dabei alle Ansprüche, die jeweils zwischen den Parteien aus dem Arbeitsverhältnis und dessen Beendigung entstanden sind oder in dem Rechtsstreit geltend gemacht wurden. Es kommt nicht darauf an, ob es sich um unmittelbar im Synallagma stehende Ansprüche handelt, weil die Ausgleichsklausel sich nach ihrem Wortlaut nicht nur auf Hauptleistungspflichten aus einem gegenseitigen Vertrag bezieht.“ (LAG Berlin-Bbg aaO)

- d) **Von dem konstitutiven negativen Schuldanerkenntnis ist auch der Anspruch des Arbeitnehmers auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses erfasst.** Dies gilt sowohl bei objektiver Auslegung als auch dann, wenn die Verständnismöglichkeiten der konkreten Vertragsparteien maßgebend zu berücksichtigen sind.

„Nach der Rspr. des BAG, der sich die Kammer anschließt, sind Ausgleichs- und Abgeltungsklauseln in Aufhebungsvereinbarungen, gerichtlichen Auflösungsvergleichen und sog. Abwicklungsvereinbarungen grds. weit auszulegen sind. Die Parteien wollen in solchen Vereinbarungen in der Regel das Arbeitsverhältnis abschließend bereinigen und alle Ansprüche erledigen, gleichgültig ob sie daran dachten oder nicht (z. B. BAG NJW 2009, 1019).

Nach dem **objektiven Inhalt** und **typischen Sinn** der im Vergleich enthaltenen Regelung unterfällt auch der Anspruch des Arbeitnehmers auf ein qualifiziertes Arbeitszeugnis dem konstitutiven negativen Schuldanerkenntnis.

Nach dem **eindeutigen Wortlaut** werden von der im Vergleich geregelten Ausgleichsklausel sämtliche gegenseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, dessen Beendigung und dem damals anhängigen Rechtsstreit erfasst. Die Klausel bezieht sich damit nicht nur auf finanzielle Ansprüche. Ein verständiger und redlicher durchschnittlicher Arbeitnehmer, der in einem Kündigungsrechtsstreit einen Prozessvergleich mit einer solchen Ausgleichsklausel schließt, muss erkennen, dass unter einem Anspruch nicht nur ein auf Geld gerichteter Anspruch gemeint ist (a. A. wohl BAG NJW 1975, 407). Ferner ist für ihn auch erkennbar, dass er gegenüber dem Arbeitgeber überhaupt einen Anspruch auf ein qualifiziertes Zeugnis hat. Aufgrund dieser Umstände kann auch der verständige, redliche durchschnittliche Arbeitnehmer die Klausel nur dahin verstehen, dass sein Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses unter die Ausgleichsklausel fällt.

Auch unter **Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise** kann die Klausel nicht dahin verstanden werden, dass der Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses nicht von dem Vergleich erfasst wird (wird ausgeführt).

Der Kl. konnte daher nicht davon ausgehen, dass sein Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses trotz des eindeutigen Vertragstextes nicht von dem konstitutiven negativen Schuldanerkenntnis erfasst wird.“ (LAG Berlin-Bbg aaO)

3. Ein **Verzicht** auf den Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses bzw. ein einen solchen Anspruch umfassendes konstitutives negatives Schuldanerkenntnis **ist wirksam, wenn** der Verzicht bzw. das konstitutive negative Schuldanerkenntnis **nach Entstehung des Anspruchs** zwischen den Arbeitsvertragsparteien **vereinbart** wird (vgl. auch ErfK/Müller-Glöge § 109 GewO Rn 54; BeckOK/Tillmanns § 109 GewO Rn 15; offen gelassen BAG NJW 1974, 407).

- a) Der **Anspruch entsteht** nach § 109 I 1 BGB **bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses**: Ein Arbeitnehmer hat spätestens mit der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf ein endgültiges Zeugnis (vgl. BAG AP BGB § 630 Nr. 16 zu einem fristgerecht entlassenen Arbeitnehmer).

Spricht der Arbeitgeber eine fristlose Kündigung aus und beschäftigt er den Arbeitnehmer nicht mehr, ist der Anspruch auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses mit Zugang der fristlosen Kündigung entstanden und zugleich fällig (vgl. ErfK/Müller-Glöge § 109 GewO Rn 9; HWK/Gäntgen 4. Aufl. § 109 GewO Rn 16).

- b) Weder der **Gesetzeswortlaut** noch der **Schutzzweck der Norm** auch unter Berücksichtigung der sich aus Art. 12 I GG ergebenden Wertungen **stehen einem wirksamen Verzicht** bzw. Erlass auf den bereits entstandenen Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses **entgegen**.

*„Eine **ausdrückliche gesetzliche Regelung, wonach auf den Zeugnisanspruch nicht verzichtet werden darf, besteht nicht**. Der Gesetzgeber hat nicht angeordnet, dass von der Regelung in § 109 I 1 i. V. m. Satz 3 GewO nicht abgewichen werden darf. Vielmehr spricht der Umstand, dass ein qualifiziertes Zeugnis nur auf Verlangen des Arbeitnehmers zu erteilen ist, dafür, dass es zur Disposition des Arbeitnehmers steht, auf den entstandenen Anspruch zu verzichten.*

*Auch die durch Art. 12 I GG geschützten Interessen des Arbeitnehmers an seinem beruflichen Fortkommen schließen einen nach Entstehung des Anspruchs erklärten Verzicht auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses nicht aus. Der Arbeitnehmer kann nach der tatsächlichen oder rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses einschätzen, ob er voraussichtlich für sein weiteres berufliches Fortkommen überhaupt ein von dem bisherigen Arbeitgeber erteiltes qualifiziertes Zeugnis benötigt. Ein **qualifiziertes Zeugnis ist nicht zwingende Voraussetzung für die Begründung einer neuen Berufstätigkeit**. Ferner hängt es auch von den jeweiligen Umständen ab, ob der Arbeitnehmer überhaupt eine weitere Berufstätigkeit ausüben will. Je nach dem Inhalt des Zeugnisses kann dessen Vorlage bei einem potentiellen neuen Arbeitgeber u. U. auch einem beruflichen Fortkommen eher hinderlich sein.“ (LAG Berlin-Bbg aaO)*

4. Der **Erlidigungsvergleich** ist auch **nicht nach den §§ 305 ff BGB unwirksam**, wenn es sich hierbei um eine AGB handeln sollte.

- a) Die **Klausel ist weder überraschend noch ungewöhnlich** i. S. d. § 305c I BGB.

„Gerade in Prozessvergleichen zur Erledigung von arbeitsrechtlichen Bestandsschutzstreitigkeiten sind Ausgleichsklauseln der vorliegenden Art nicht ungewöhnlich, sondern durchaus üblich. Die Klausel ist nicht unklar i. S. v. § 305c II BGB. Vorliegend sind nicht zwei unterschiedliche Auslegungen rechtlich möglich (vgl. insgesamt zur Wirksamkeit von Abgeltungsklauseln in Aufhebungsverträgen gem. §§ 305 ff. BGB: BAG NJW 2009, 1019).“ (LAG Berlin-Bbg aaO)

- b) Die **Klausel ist auch nicht gem. § 307 I 1 BGB unwirksam**.

*„Der **Vergleich ist nicht intransparent i. S. v. § 307 I 2 BGB**. Vielmehr ergibt sich aus der Bestimmung klar und verständlich, dass alle Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung, soweit sie nicht in den Ziffern 1 bis 7 des Vergleichs geregelt werden, von der Ausgleichsklausel erfasst sind.*

Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei der in einem gerichtlichen Vergleich aufgenommenen Ausgleichsklausel um eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung handelt (dies wurde für eine in einem Aufhebungsvertrag vereinbarte Abgeltungsklausel bejaht in der Entscheidung BAG DB 2011, 2663). Denn jedenfalls benachteiligt diese Klausel den Kl. nicht unangemessen i. S. v. § 307 BGB.

*Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Die Feststellung einer **unangemessenen Benachteiligung** setzt eine wechselseitige Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner voraus. Bei diesem Vorgang sind auch grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu beachten. Zur Beurteilung der Angemessenheit ist ein genereller, typisierender, vom Einzelfall gelöster Maßstab anzulegen. Im Rahmen der Inhaltskontrolle sind dabei Art und Gegenstand, Zweck und besondere Eigenart des Geschäfts zu berücksichtigen. Zu prüfen ist, ob der Klauselinhalt bei der in Rede stehenden Art des Rechtsgeschäfts generell unter Beachtung der typischen Interessen der beteiligten Verkehrskreise eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners ergibt (BAG DB 2011, 2663; BAG NZA 2011, 509).*

*Eine unangemessene Benachteiligung liegt danach nicht vor. Es handelt sich hierbei nicht um eine Klausel, die einseitig nur die Ansprüche des Arbeitnehmers umfasst. Diese die **beiderseitigen Ansprüche umfassende Regelung** ist vielmehr im Zusammenhang mit einem jedenfalls ansonsten **individuell ausgehandelten Vertragsinhalt zur Beilegung einer gerichtlichen Bestandsschutzstreitigkeit** in den Prozessvergleich aufgenommen worden. Die Parteien haben durch den Prozessvergleich im Wege des **gegenseitigen Nachgebens** ihre Ansprüche umfassend zur Beilegung eines konkreten Rechtsstreits geregelt. Dies schließt die Annahme einer missbräuchlichen einseitigen Vertragsgestaltung durch den Arbeitgeber aus.“ (LAG Berlin-Bbg aaO)*

ZPO
§ 850k VII 2

Pfändungsschutzkonto
Erhebung von Zusatzgebühren ist unzulässig
(KG in NJW 2012, 395; Urteil vom 29.09.2011 – 23 W 35/11)

ZPO

Das **Führen eines Pfändungsschutzkontos** i. S. des § 850 k VII 2 ZPO auf entsprechenden Antrag des Kunden hin stellt eine **gesetzliche Pflicht** dar. Eine **Klausel in den AGB, wonach sich die Kosten für ein Girokonto, das auf Antrag als Pfändungsschutzkonto geführt wird, erhöhen, ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar** und führt jedenfalls dann zu einer **unangemessenen Benachteiligung des Kunden**, wenn die mit der Erfüllung der gesetzlichen Pflicht verbundenen (höheren) Kosten für Aufgaben anfallen, die die Verwenderin im eigenen Interesse erbringt

„Entscheidend ist, ob eine Leistung im Interesse des anderen Teils wahrgenommen wird bzw. ob versucht wird, die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht auf den Kunden abzuwälzen (vgl. hierzu auch Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 307 Rn 49).

*Dies ist hier der Fall: Die **Umstellung des Kontos** auf Antrag des jeweiligen Kunden ist **gesetzlich geboten** und ergibt sich schon aus dem Führen eines Girokontos für einen anderen. Es stellt eine gesetzliche Pflicht dar, ein Girokonto als P-Konto zu führen, wenn der Inhaber des Girokontos dies verlangt (wird ausgeführt).*

*Da für diese **Umsetzung einer gesetzlichen Pflicht** ein Entgelt verlangt wird, ist der **Anwendungsbereich der §§ 307–309 BGB eröffnet**.*

*Die Klausel stellt eine **unangemessene Benachteiligung der Kunden** der Verfügungsbekl. gem. § 307 I 1, II Nr. 1 BGB dar, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar ist.*

*Jede Entgeltregelung in AGB, die sich nicht auf eine für den Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbrachte Leistung stützt, sondern Aufwendungen für die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht des Verwenders offen auf dessen Kunden abzuwälzen versucht, stellt nach st. Rspr. des BGH eine **Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung** dar (BGHZ 141, 380 = NJW 1999, 2276). Eine solche Abweichung von einer gesetzlichen Regelung indiziert die **unangemessene Benachteiligung gegenüber dem Vertragspartner des Verwenders** i. S. des § 307 II Nr. 1 BGB (BGH NJW 2002, 2386 = MMR 2002, 542).*

*Gründe, die die Klausel gleichwohl als angemessen erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich: Sie ergeben sich auch nicht aus den mit der Führung eines Kontos als P-Konto verbundenen höheren Kosten. Die vorgetragene **zusätzliche Belastungen** bspw. durch die Überwachung von Pfändungsfreigrenzen, zu übertragendem Guthaben und der Prüfung von Bescheinigungen erscheinen als **eigene Pflichten der Verfügungsbekl.**, die sie im eigenen Interesse erbringt; so wie auch die Abgabe von Erklärungen im Rahmen von § 840 I ZPO im eigenen Interesse des Drittschuldners, also der Bank erfolgt, weil sie dem Zweck dient, die Haftung nach § 840 II ZPO zu vermeiden (vgl. insofern BGHZ 141, 380 = NJW 1999, 2276).*

*Ob und in welchem Umfang tatsächlich zusätzliche Belastungen der [kontoführenden Bank] vorliegen, die auf für den jeweiligen Kunden erbrachte Leistungen entfallen, ist nicht ersichtlich. Denn auch insoweit ist zu berücksichtigen, dass es zu den wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts gehört, dass **jeder Rechtsunterworfenen seine gesetzlichen Verpflichtungen zu erfüllen hat, ohne dafür ein gesondertes Entgelt verlangen zu können**. Ein Anspruch auf Ersatz anfallender Kosten besteht nur dann, wenn dies im Gesetz vorgesehen ist. Ist das nicht der Fall, können anfallende Kosten nicht auf Dritte abgewälzt werden, indem gesetzlich auferlegte Aufgaben in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu individuellen Dienstleistungen gegenüber Vertragspartnern erklärt werden, wobei auch nicht auf ein „Verursacherprinzip“ abgestellt werden darf (BGHZ 146, 377 = NJW 2001, 1419).*

*Der **erhöhte Aufwand** ist dann schlicht ein **Reflex der gesetzlichen Pflicht**, das jeweilige Girokonto als Pfändungsschutzkonto zu führen.“ (KG aaO)*

FamFG
§ 120 II 3

Vollstreckungsschutzantrag
Zulässigkeit in zweiter Instanz
(OLG Frankfurt a.M. in FamRZ 2012, 576; Beschluss vom 22.02.2011 – 3 UF 460/10)

FamFG

Wird **gegen einen Unterhaltstitel des AG Beschwerde erhoben**, so ist ein **dort gestellter Antrag auf Vollstreckungsschutz** nach § 120 II 3 FamFG regelmäßig **nur dann zulässig, wenn bereits in erster Instanz ein solcher Antrag gestellt wurde**.

- I. Eine Einstellung der Vollstreckung nach § 719 II ZPO kommt regelmäßig nicht in Betracht, wenn der Schuldner, der sich auf nicht zu ersetzende Nachteile als Folge einer Vollstreckung berufen will, im Berufungsrechtszug einen Schutzantrag gem. § 712 ZPO nicht gestellt hat.

„Denn da dort über einen solchen Antrag regelmäßig erst nach mündlicher Verhandlung und zumindest nach Gewährung des rechtlichen Gehörs für den Vollstreckungsgläubiger befunden wird, bietet der Antrag aus § 712 ZPO – der ähnlichen Voraussetzungen unterliegt wie der Antrag aus § 719 II ZPO – für den Gläubiger die größere Gewähr, dass auch seine Interessen angemessen berücksichtigt werden.“

*Die **Berücksichtigung der Gläubigerinteressen** ist in besonderem Maße **bei titulierten Unterhaltsansprüchen** von Bedeutung, da die Vollstreckungsmöglichkeiten aus Titeln, welche regelmäßig den Lebensunterhalt des Gläubigers sicherstellen, mit der Regelung des FamFG gestärkt werden sollen. Der Gesetzgeber hat insoweit nicht das im Zivilprozess herrschende System der vorläufigen Vollstreckbarkeit übernommen, sondern durch § 116 III 3 FamFG die sofortige Wirksamkeit von Unterhaltstiteln wegen deren besonderer Bedeutung zur Sicherung des Lebensbedarfs zum Regelfall erklärt (OLG Hamm FamRZ 2011, 589).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)*

- II. Auch wenn § 712 ZPO in familiengerichtlichen Verfahren nach dem FamFG nicht mehr zur Anwendung kommt, ist die **bisher zu § 712 ZPO ergangene Rspr. auch auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 120 II FamFG**, der der Regelung des § 62 I ArbGG nachempfunden ist, **übertragbar**.

*„Die **Interessenlage ist in allen Fällen vergleichbar**. Die § 712 ZPO, § 62 I 2 ArbGG und § 120 II 2 FamFG gewähren dem jeweiligen Schuldner die Möglichkeit, bei **drohenden nicht zu ersetzenden Nachteilen** die Vollstreckbarkeit schon im jeweiligen Titel zu begrenzen. Die Konsequenz der Rspr. des BGH besteht darin, dass das Vorhandensein eines nicht zu ersetzenden*

den Nachteils möglichst schon im erstinstanzlichen Erkenntnisverfahren und nicht erst im Rahmen der Zwangsvollstreckung geprüft wird (LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2008, 42).“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

- III. Soweit das LAG Berlin-Bbg. (BeckRS 2009, 74501) seine Rspr. geändert hat, ist dem nach **OLG Frankfurt a.M. aaO** nicht zu folgen.

Das LAG Berlin-Bbg. begründet seine geänderte Rechtsauffassung damit, dass die Entscheidungen des BGH darauf beruhen, dass ein Vollstreckungsschutzantrag bei einem RevGer. nur als letztes Hilfsmittel des Vollstreckungsschuldners in Betracht kommen darf, wodurch die Interessenlage nicht identisch sei mit Verfahren, die noch eine zweite Tatsacheninstanz vor sich haben. Des Weiteren führe das Erfordernis eines erstinstanzlichen Vollstreckungsantrags zu einer Überfrachtung des erstinstanzlichen Verfahrens, wodurch es zu zusätzlichen Verzögerungen kommen könne.

Diese Auffassung vertritt auch OLG Bremen (NJOZ 2011, 760): In vielen Fällen würde ein Antrag auf Vollstreckungsschutz in erster Instanz, wenn man ihn als Voraussetzung eines Antrags nach § 120 II 2 FamFG ansähe, bloß aus formellen Gründen zu stellen sein, was auf eine unbillige Überfrachtung der ersten Instanz mit vorsorglichen, sachlich oft nicht gebotenen Anträgen nach § 120 II 2 FamFG hinauslaufe.

1. Soweit ein Vollstreckungsschutzantrag bereits in erster Instanz begründet gestellt werden kann, ist **kein Raum mehr für eine Prüfung der inhaltlichen Voraussetzungen einer Einstellung der Zwangsvollstreckung im Rahmen des Verfahrens zweiter Instanz**. Die **Grundentscheidung** über das Zurücktreten der Vorrangigkeit des Vollstreckungsinteresses des Gläubigers hat vielmehr **grds. in derjenigen Instanz zu erfolgen, die allgemein über die Vollstreckbarkeit zu befinden hat** und sich insoweit auch bereits mit der Sach- und Rechtslage ausführlich befasst.

„Andernfalls würde entgegen den gesetzlichen Regelungen die abschließende Entscheidung über die Vollstreckbarkeit eines Titels in die nächste Instanz verlagert werden. Insofern kommt der Rspr. des BGH wegen der Gleichheit der Interessenlage der Parteien eine über das Revisionsverfahren hinausgehende allgemeine Bedeutung zu, die auch die zweite Instanz betrifft.

Sowohl in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, als auch in der Arbeitsgerichtsbarkeit und der Familiengerichtsbarkeit sieht der jeweilige Gesetzeswortlaut ausdrücklich die Möglichkeit, Vollstreckungsschutzanträge in erster Instanz zu stellen, vor.

Eine Überfrachtung der ersten Instanz durch unnütze Vollstreckungsschutzanträge, die in Anbetracht der bisherigen obergerichtl. Rspr. zumindest in der ordentlichen Gerichtsbarkeit bereits hätten aufgetreten sein müssen, hat der Gesetzgeber bei der Schaffung des FamFG jedoch offensichtlich nicht festgestellt. Ansonsten wäre in der Regelung des § 120 II FamFG gerade nicht die Möglichkeit des Vollstreckungsschutzantrags in der ersten Instanz vorgesehen worden.

Eine unbillige Überfrachtung der ersten Instanz dürfte sich zudem gerade in familiengerichtlichen Verfahren nicht ergeben, da bereits die Prüfung der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit nach § 116 III FamFG nach pflichtgemäßem Ermessen des FamG unter Abwägung aller Umstände zu erfolgen hat.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

2. Soweit OLG Bremen (NJOZ 2011, 760) weiter ausführt, dass der Unterhaltsschuldner in erster Instanz regelmäßig nicht gehört werden kann, weil das AG ihn ohnehin nur zur Leistung verpflichten kann, wenn es seine Leistungsfähigkeit als gegeben ansieht und das AG die Verpflichtung zur Zahlung des Unterhalts im Rahmen der Prüfung des Vollstreckungsschutzantrags nicht anders beurteilen wird, als bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen für den Unterhaltsanspruch, ist OLG Frankfurt a.M. aaO anderer Auffassung.

„Die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch, insbes. der Höhe des Einkommens des Unterhaltspflichtigen einschließlich der vorzunehmenden Abzüge sowie der Frage der Leistungsfähigkeit ist nicht gleichzusetzen mit der Prüfung nach § 120 II 2 FamFG.

Auch dann, wenn die Abwägung im Rahmen des § 116 III 2 und 3 FamFG zur Anordnung der sofortigen Wirksamkeit geführt hat, kann der Schuldner eine Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung verlangen, wenn ihm die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde (Keidel/Weber, FamFG, 16. Aufl., § 120 Rn 14).

So ist der nicht zu ersetzende Nachteil nicht zwingend mit der Frage der Leistungsfähigkeit gleichzusetzen. Auch einem Unterhaltsschuldner, der von dem FamG als leistungsfähig beurteilt wird, kann durch die Vollstreckung ein nicht zu ersetzender Nachteil drohen, wenn die Annahme der Leistungsfähigkeit davon abhängt, wie bestimmte Rechtsfragen in erster und in zweiter Instanz beurteilt werden.

Es ist auch nicht davon auszugehen, dass die erstinstanzlichen Gerichte rein schematisch die Anträge nach § 120 II 2 FamFG zurückweisen werden, wenn die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung angeordnet wird, so dass die Vorschrift des § 120 II 2 FamFG in erster Instanz von Bedeutung ist.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

VersAusglG

§§ 2 I, 10 I, 11 I 2 Nr. 1

Versorgungsausgleich

Umfasst auch zur Sicherung abgetretene Lebensversicherung

(OLG Nürnberg in NJW 2012, 1012; Beschluss vom 15.11.2011 – 7 UF 1463/11)

VersAusglG

Auch nach der Neuregelung des Versorgungsausgleichs unterliegen **Anrechte aus einer privaten Altersvorsorge, welche zur Sicherung eines Darlehens abgetreten** worden sind, **dem Ausgleich bei Scheidung**, wenn sie intern zu teilen sind.

„Der Senat verkennt hierbei nicht, dass die Entscheidung des BGH NJW 2011, 1671 = FamRZ 2011, 963, welche sich mit der vorliegenden Problematik auseinandersetzt, noch zum alten Recht des Versorgungsausgleichs ergangen ist, unter dessen Geltung Anwartschaften aus privaten Rentenversicherungsverträgen lediglich Rechnungsposten in der durchzuführenden Gesamtsaldierung darstellten, in welche bei der Durchführung des Ausgleichs nicht unmittelbar eingegriffen wurde, weil der Ausgleich über die gesetzlichen Rentenrechte oder durch Beitragszahlung erfolgte. Nach dem seit dem 01.09.2009 geltenden neuen Recht zum Versorgungsausgleich ergibt sich ein wesentlicher Unterschied, weil nunmehr der Versorgungsausgleich durch den Ausgleich eines jeden

einzelnen Anrechts durchgeführt wird. Für die Einschätzung, ob ein Anrecht wirtschaftlich dem Ehegatten, welchem es formal zusteht, zuzurechnen ist, ergeben sich allerdings zunächst keine grds. Abweichungen zu den Bewertungen nach altem Recht. Die Entscheidung des BGH kann daher für die **Frage der wirtschaftlichen Zuordnung** nach wie vor Geltung beanspruchen. Insoweit spielt es auch keine Rolle, ob neben der Sicherungsabtretung noch weitere Sicherungsgegenstände vorhanden sind.

Problematisch könnte die Einbeziehung von Anrechten, welche zur Sicherheit an Kreditgeber abgetreten worden sind, jedoch insoweit erscheinen, als durch die neue Form des Ausgleichs, vorliegend im Wege der internen Teilung, unmittelbar in das Anrecht eingegriffen wird, was dazu führen könnte, dass dem Sicherungsgeber ein Teil des Sicherungsgegenstands entzogen wird. Hätte die Durchführung des Versorgungsausgleichs diese Folge, könnte das Anrecht nicht einbezogen werden, weil mit der Durchführung des Versorgungsausgleichs unbeteiligten Dritten keine erheblichen Nachteile entstehen dürfen.

Die dargestellte Gefahr besteht jedoch für den Fall, dass das Anrecht im Rahmen der internen Teilung auszugleichen ist, nicht. Aus §§ 10 I, 11 VersAusglG ergibt sich, dass im Wege der internen Teilung dafür Sorge zu tragen ist, dass der ausgleichsberechtigte Ehegatte ein der ausgleichenden Versorgung gleichwertiges Anrecht erhält. Dies ergibt sich insbes. aus § 11 II VersAusglG, der ausdrücklich regelt, dass für das Anrecht der ausgleichsberechtigten Person die Regeln über das Anrecht der ausgleichspflichtigen Person entsprechend gelten. Der genannte Grundsatz führt in Fällen der vorliegenden Art dazu, dass das zu begründende Anrecht in gleicher Weise wie das bei dem ausgleichspflichtigen verbleibende Teilanrecht **durch die Sicherungsabrede anteilig belastet** bleibt. Dieser Bewertung steht der Grundsatz, dass dem Ausgleichsberechtigten ein eigenständiges Anrecht zu verschaffen ist, nicht entgegen. Nach § 11 I 2 Nr. 1 VersAusglG muss für die ausgleichsberechtigte Person ein selbstständiges Anrecht begründet werden. Dies bedeutet jedoch nur, dass das neue Anrecht nicht an die Person des ausgleichspflichtigen gebunden sein darf, insbes. also bei seinem Tod gemindert wird oder erlischt (vgl. MüKo-BGB/Gräper, 5. Aufl., § 11 VersAusglG Rn 7; Johannsen/Henrich/Hahne, § 11 VersAusglG Rn 5; BGH FamRZ 1985, 799 – für die Realteilung nach altem Recht). Aus der Sicherungsabrede ergibt sich eine solche Bindung nicht.“ (OLG Nürnberg aaO)

VwGO
§ 152a

Anwaltsprozess

VwGO

Unzulässige Bezugnahme auf Ausführungen nicht postulationsfähiger Prozessbeteiligter (VGH München in BayVBl 2012, 186; Beschluss vom 07.03.2011 – 6 E 426/11)

Für den auch im Anhörungsrügeverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof zu beachtenden **Anwaltszwang** ist die **bloße Bezugnahme des Prozessbevollmächtigten auf Ausführungen nicht postulationsfähiger Verfahrensbeteiligter** oder deren unveränderte Übernahme ohne erkennbare eigenständige Würdigung **nicht ausreichend**.

„Für die dem Prozessbevollmächtigten durch § 67 IV VwGO aufgebene eigene Prüfung, Sichtung und rechtliche Durchdringung des Streitstoffs ist die bloße Bezugnahme auf Ausführungen nicht postulationsfähiger Verfahrensbeteiligter oder deren unveränderte Übernahme ohne erkennbare eigenständige Würdigung grundsätzlich nicht ausreichend (BVerwGE 22, 38; OVG Saarland NJW 2010, 3050; Eyermann, VwGO, 13. Auflage 2010, § 67 Rn 12; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Auflage 2011, § 67 Rn 40; Posser/Wolff, VwGO, 1. Auflage 2008, § 67 Rn 53; Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 5. Auflage 2011, § 67 Rn 24). Eine nach § 152a II 5 und 6 i. V. m. § 67 IV VwGO beachtliche Begründung der Anhörungsrüge liegt daher insoweit nicht vor.“ (VG München aaO)

Steuerrecht

StBG
§ 57 IV

Syndikus-Steuerberater
Zulässigkeit

SteuerR

(BFH in NJW 2012, 479; Urteil vom 09.08.2011 – VII R 2/11)

Eine **Tätigkeit als sog. „Syndikus-Steuerberater“** ist mit dem Beruf des Steuerberaters vereinbar. Dies gilt auch dann, wenn durch die in Vollzeit ausgeübte Angestelltentätigkeit die selbstständige Steuerberater Tätigkeit nur als Nebenberuf ausgeübt werden kann.

- I. Die Ansicht, der Gesetzgeber habe einen Feierabend-Steuerberater nicht gewollt, findet weder im **Gesetzeswortlaut** noch in der **Gesetzesbegründung** (BT-Dr 16/7077, S. 33) einen Anhaltspunkt.

„Der Gesetzgeber hat vielmehr die Angestelltentätigkeit des Syndikus-Steuerberaters ohne irgendeine Vorgabe zu ihrem Umfang als mit dem Beruf des Steuerberaters vereinbar angesehen, weshalb sie sowohl haupt- als auch nebenberuflich ausgeübt werden kann (so auch Gehre/Koslowski, StBerG, 6. Aufl., § 58 Rn 20 m. w. Nachw.). Daher vermag der Senat nicht der Rechtsauffassung zu folgen, die Pflicht zur unabhängigen und eigenverantwortlichen Berufsausübung sei beeinträchtigt, weil der Kl. Pflichtenkollisionen zwischen seinem Hauptberuf und der Steuerberater Tätigkeit „nicht eigenverantwortlich regeln“ könne, nicht stets für seine Mandanten erreichbar sei und auch nicht zur Wahrnehmung von Terminen seinen Arbeitsplatz bei der X-AG jederzeit verlassen dürfe. I. Ü. gibt es vielfältige technische Möglichkeiten (z. B. E-Mail, Handy etc.), derer sich auch ein Syndikus-Steuerberater an seinem Arbeitsplatz bei seinem Arbeitgeber bedienen und mittels derer er seine Erreichbarkeit für Mandanten sicherstellen kann.“ (BFH aaO)

- II. Das **Berufsbild des Steuerberaters unterscheidet sich maßgeblich von dem des Rechtsanwalts** (vgl. BFH BFH/NV 2006, 1888 = BeckRS 2006, 25010254 m. w. Nachw.), welches nach dem Urteil des BGH (NJW 2010, 1381) von diesem allerdings verlangt, jederzeit und ohne Beschränkung durch ein Angestelltenverhältnis Gerichtstermine wahrnehmen, eilige Schriftsätze fertigen sowie Telefongespräche und alle sonstigen nicht aufschiebbarer Tätigkeiten erledigen zu können. Das Berufsbild des Steuerberaters ist hingegen nicht durch dessen Möglichkeit geprägt, seinen Mandanten jederzeit und einschränkungslos zur Verfügung stehen zu können.

*„Wie die Begründung zum Achten Gesetz zur Änderung des Steuerberatungsgesetzes (BT-Dr 16/7077, S. 33) zeigt, ist auch der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die Berufsbilder der Anwälte und Steuerberater in einer Weise voneinander abweichen, die eine **unterschiedliche berufsrechtliche Behandlung rechtfertigt**. Wenn dieser diese Unterschiede zum Anlass genommen hat, statt (wie bei Rechtsanwälten gem. § 14 II Nr. 8 BRAO) eine umfassende Unvereinbarkeitsklausel zu formulieren, die Tätigkeit als Syndikus-Steuerberater mit dem Beruf des Steuerberaters ausdrücklich für vereinbar zu erklären, dann folgt daraus, dass die vom BGH mit vorgenanntem Urteil für den Anwaltsberuf aufgestellten Vereinbarkeitskriterien auf das Berufsrecht der Steuerberater nicht ohne Weiteres übertragbar sind.*

Dass allein eine sich aus der Angestelltentätigkeit ergebende zeitliche Beschränkung der selbstständigen Steuerberater Tätigkeit geeignet ist, die Pflicht des Steuerberaters zur unabhängigen und eigenverantwortlichen Berufsausübung (§ 58 S. 2 Nr. 5 a S. 2 StBerG) zu beeinträchtigen, ist nicht anzunehmen.“ (BFH aaO)

ESTG
§§ 9 I 1, I 3 Nr. 4, II 1, 32 IV 5

Ausbildungsbedingter Mehrbedarf
Zulässiger Abzug von Semestergebühren

SteuerR

(VGH Kassel in DÖV 2012, 123; Beschluss vom 07.03.2011 – 6 E 426/11)

Studien- bzw. Semestergebühren sind keine Mischkosten, sondern grds. insgesamt als **abziehbarer ausbildungsbedingter Mehrbedarf** zu qualifizieren; dies gilt auch dann, wenn der Studierende durch deren Entrichtung privat nutzbare Vorteile (z. B. Semesterticket) erlangt.

- I. In entsprechender Anwendung der für den **Werbungskostenbegriff** geltenden Grundsätze (vgl. dazu BFHE 227, 1 = BStBl II 2010, 672 = NJW 2010, 891) liegt abziehbarer ausbildungsbedingter Mehrbedarf dann vor, wenn das die betreffende Aufwendung „auslösende Moment“ der Ausbildungssphäre des Kindes zuzuordnen ist.

Dabei bilden – jedenfalls bei willensgesteuerten Handlungen – die Gründe, die den Steuerpflichtigen bzw. das Kind zu den Aufwendungen bewogen haben, das auslösende Moment (vgl. Pezzer DStR 2010, 93). Diese Gründe sind anhand der gesamten Umstände des jeweiligen Einzelfalls festzustellen.

- II. Der **maßgebliche Grund** (= auslösendes Moment) für die **Entrichtung der Semestergebühr** liegt in der **Erlangung des Studentenstatus**, um die universitäre Ausbildung überhaupt aufnehmen bzw. fortsetzen zu können.

„Das FG hat diesen Grund allein der Ausbildungssphäre des M, nicht auch dessen Privatsphäre zugeordnet. Als maßgeblich hierfür hat das FG insbes. angesehen, dass der Studierende nicht frei über den Erwerb solcher in der Semestergebühr enthaltenen Positionen entscheiden kann, die ggf. auch privat nutzbare Vorteile – z. B. ein Semesterticket, das auch für andere Fahrten als solche zwischen Wohnung und Ausbildungsstätte (Universität) genutzt werden kann – umfassen. Vielmehr hat der Studierende, will er sein Studium aufnehmen oder fortsetzen, verpflichtend den gesamten Betrag zu entrichten. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, dass das FG eine private Mitveranlassung abgelehnt hat. Danach liegen keine Mischkosten vor. Die Semestergebühren sind insgesamt als ausbildungsbedingter Mehrbedarf zu qualifizieren.“ (VGH Kassel aaO)

- III. Der **Abzug der Kosten für ein in der Semestergebühr ggf. enthaltenes Semesterticket** ist auch nicht – selbst wenn es an Ausbildungstagen uneingeschränkt für Fahrten zur Universität genutzt werden kann – aus anderen Gründen ausgeschlossen.

1. Dem Abzug als ausbildungsbedingter Mehrbedarf steht nicht entgegen, dass die Fahrtkosten zwischen Wohnung und regelmäßiger Ausbildungsstätte (Universität) bereits mit den **Pauschbeträgen des § 9 I 3 Nr. 4 S. 2 EStG (Entfernungspauschale)** berücksichtigt werden.

„Der abziehbare ausbildungsbedingte Mehrbedarf orientiert sich sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach an den entsprechend anwendbaren Vorschriften über den Werbungskostenabzug. Für die Bestimmung der abziehbaren Fahrtkosten zwischen Wohnung und Universität sind daher nicht nur die Pauschbeträge des § 9 I 3 Nr. 4 EStG heranzuziehen (vgl. dazu BFHE 193, 444 = BStBl II 2001, 491 = NJW 2001, 1301), sondern es ist auch die Vorschrift in § 9 II 1 EStG anzuwenden. Danach sind mit der Entfernungspauschale sämtliche Aufwendungen abgegolten, die durch die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Ausbildungsstätte (Universität) veranlasst sind.

*Im Streitfall scheidet jedoch eine **Abgeltungswirkung** gem. § 9 II 1 EStG aus, weil die Entrichtung eines ggf. in der Semestergebühr mitenthaltenen Betrags für ein Semesterticket auf einem **anderen Veranlassungszusammenhang** beruht: Maßgeblicher Grund für die Entrichtung der Semestergebühr ist nicht die Erlangung eines Tickets, um die Wege zwischen Wohnung und Universität zurücklegen zu können, sondern die erforderliche Erlangung des Studentenstatus, um das Studium aufnehmen bzw. fortsetzen zu können.“ (VGH Kassel aaO)*

2. Ein Abzug scheidet auch nicht daran, dass ein nur einmal getragener **Aufwand nicht doppelt berücksichtigt** werden kann.

*„Vielmehr liegen mit den **Semestergebühren** und den **Fahrten zwischen Wohnung und Universität unterschiedliche Aufwandspositionen** vor. Die Semestergebühr stellt insgesamt Aufwand für das Betreiben des Studiums dar (§ 9 I 1 EStG analog), die Pauschbeträge des § 9 I 3 Nr. 4 EStG berücksichtigen hingegen pauschaliert und aufwandsunabhängig die Wege zwischen Wohnung und Ausbildungsstätte.“ (VGH Kassel aaO)*

3. Schließlich ist der für die Fahrten zwischen Wohnung und Universität nach den Pauschbeträgen des § 9 I 3 Nr. 4 S. 2 EStG gewährte **Abzug auch nicht in entsprechender Anwendung des § 9 I 3 Nr. 4 S. 5 i. V. mit § 8 III EStG zu mindern**, weil das Semesterticket schon kein nach § 8 III EStG steuerfreier Sachbezug für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte ist (vgl. z. B. Herrmann/Heuer/Raupach, § 9 EStG Rn 460).

*„Selbst wenn man die Universität in entsprechender Anwendung vorstehend genannter Vorschriften noch als „Arbeitgeber“ des Studierenden betrachtet würde, gehörte die **Beförderungsleistung nicht zu dem Leistungsumfang der Universität**.“ (VGH Kassel aaO)*

EStG
§§ 9 I, 33 I

Strafverteidigerkosten Steuerrechtliche Berücksichtigung

SteuerR

(FG Münster in ZAP 2012, 204; Urteil vom 19.08.2011 – 14 K 2610/10)

Strafverteidigerkosten können allenfalls **dann einkommensmindernd als Werbungskosten** i.S. des § 9 I EStG berücksichtigt werden, **wenn die Straftat in Ausübung der beruflichen Tätigkeit begangen** worden ist. Im Falle einer Falschaussage kann dieser erforderliche Zusammenhang zwischen Straftat und Berufstätigkeit selbst dann fehlen, wenn die Aussage Ereignisse aus der ehemaligen beruflichen Tätigkeit betrifft.

- I. In der **Rspr. des BFH** ist anerkannt, dass Strafverteidigungskosten nur dann als Werbungskosten abzugsfähig sind, wenn der **strafrechtliche Vorwurf**, gegen den sich der Steuerpflichtige zur Wehr setzt, **durch sein berufliches Verhalten veranlasst** gewesen ist (vgl. z. B. BFH BStBl II 2008, 223, BFH BFH/NV 2004, 1639). Dies ist der Fall, wenn die dem Steuerpflichtigen zur Last gelegte Tat in Ausübung der beruflichen Tätigkeit begangen worden ist (BFH BStBl II 2008, 223, BFH BStBl II 1995, 457 m. w. Nachw.). Die dem Steuerpflichtigen vorgeworfene Tat muss ausschließlich und unmittelbar aus seiner betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit heraus erklärbar sein (BFH BStBl II 2008, 223, BFH BFH/NV 2002, 1441, m. w. N.).

1. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze gelangt FG Münster aaO zu dem Ergebnis, dass der Kl. die ihm vorgeworfene Tat - die unedliche Falschaussage - nicht im Rahmen seiner Berufsausübung begangen hat.

*„Der Kl. [hat] die Tat aber auch deshalb nicht **in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit** begangen, weil er nicht als Schulleiter, sondern **als Zeuge falsch ausgesagt** hat. Dabei wurde er zwar zu Geschehnissen befragt, die sich während seiner Zeit als Schulleiter ereignet hatten und die ihm während dieser Zeit und in seiner Funktion als Schulleiter bekannt geworden sein sollten. Jedoch führt die Tatsache, dass es bei der Aussage des Kl. um die Frage ging, ob und inwieweit er als Schulleiter Kenntnis von den Vorwürfen gegen den wegen sexuellen Missbrauchs angeklagten Lehrerkollegen erhalten hat, nicht zu dem Schluss, dass die Straftat selbst - die Falschaussage - in Ausübung des Berufes begangen wurde. Maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob eine Straftat in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit erfolgt ist, ist das Bestehen eines unmittelbaren Zusammenhanges zwischen der beruflichen Tätigkeit einerseits und der Tat andererseits. Nicht entscheidend ist hingegen, dass der Kl. die Falschaussage nur deshalb begehen konnte, weil es um seine ehemalige Funktion als Schulleiter ging.*

*Im Streitfall bestand kein unmittelbarer, sondern lediglich ein **mittelbarer Zusammenhang zwischen der beruflichen Tätigkeit** des Kl. und der Tat. Dieser wird dadurch hergestellt, dass es um Geschehnisse aus der Zeit ging, zu der der Kl. noch Schulleiter war. Ein mittelbarer Zusammenhang ergibt sich darüber hinaus auch, weil die Aussage des Kl. der Verdeckung eines eigenen Fehlverhaltens als Schulleiter dienen sollte. Letzteres erfolgte allerdings allein im privaten Interesse des Kl., nicht aber im Interesse seines Dienstherrn, das auf eine schnelle und rückhaltlose Aufklärung von Vorwürfen gegen Lehrer der Schule gerichtet war. Dieses **private Interesse** des Kl. an der Tat **überlagert den beruflichen Bezug**. Das die streitigen Aufwendungen auslösende, maßgebliche Moment war im Streitfall mithin ein **privates und kein berufliches**.“ (VG Münster aaO)*

2. Die Tatsache, dass der Kl. eine **Aussagegenehmigung seines ehemaligen Dienstherrn** eingeholt hatte, steht diesem Ergebnis nicht entgegen.

„Die beantragte und erteilte Aussagegenehmigung ist nicht geeignet, einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen Straftat und beruflicher Tätigkeit des Kl. herzustellen.“ (VG Münster aaO)

3. Eine berufliche Veranlassung der Aufwendungen des Kl. ergibt sich auch nicht deshalb, weil diese der **Abwehr berufs- oder disziplinarrechtlicher Konsequenzen** gedient hätten.

„Zum einen ist nicht erkennbar, dass derartige Konsequenzen tatsächlich drohten. Dies hat der Kl. auch nicht substantiiert dargetan. Zum anderen führen Strafverteidigerkosten, die - wie im Streitfall - wegen einer persönlichen Straftat aufgewendet werden, nicht deshalb zu Werbungskosten, weil der Betreffende als Beamter zusätzlich mit disziplinarrechtlichen Folgen rechnen muss (z. B. BFH BFH/NV 2004, 42 m. w. Nachw.).“ (FG Münster aaO)

- II. Die **Kosten der Strafverteidigung** waren auch **nicht als außergewöhnliche Belastungen** i. S. des § 33 EStG zu berücksichtigen.

1. Erwachsen einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstandes (außergewöhnliche Belastung), so wird auf Antrag die Einkommensteuer in bestimmtem Umfang ermäßigt (§ 33 I EStG).

Anwaltskosten für die Strafverteidigung, für die einem Steuerpflichtigen nach Maßgabe der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen in der Strafprozessordnung kein Anspruch gegen die Staatskasse zu steht, sind **nur dann zwangsläufig erwachsen, wenn sich der Steuerpflichtige ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann** und soweit diese Aufwendungen den Umständen nach notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht übersteigen (§ 33 II 1 EStG). Die in § 33 II 1 EStG genannten Gründe der Zwangsläufigkeit müssen von außen, d. h. vom Willen des Steuerpflichtigen unabhängig, derart auf seine Entschließung einwirken, dass er ihnen nicht auszuweichen vermag. So beruht die Vereinbarung eines über den Gebührensätzen der jeweils geltenden Gebührenordnung liegenden Anwaltshonorars jedoch regelmäßig auf dem freien Willen des Steuerpflichtigen und ist nicht unabdingbare Voraussetzung für eine effiziente und qualifizierte Strafverteidigung (vgl. BFH in BStBl II 2008, 223).

2. Die **aktuelle, geänderte Rspr. des BFH zur Frage der Berücksichtigung von Zivilprozesskosten als außergewöhnliche Belastungen** (BFH DStR 2011, 1308 = PR 08/2012, S. 58) **führt** nach Auffassung des VG Münster aaO **zu keinem anderen Ergebnis**.

„Selbst wenn die Erwägungen der neueren Rspr. des BFH auf die Berücksichtigung von Strafverteidigerkosten zu übertragen wären und im Streitfall daher davon auszugehen wäre, dass der Kl. sich den streitigen Aufwendungen nicht entziehen konnte, so wären sie gleichwohl nur dann als außergewöhnliche Belastungen anzuerkennen, wenn sie auch notwendig waren und einen angemessenen Betrag nicht überschreiten würden. Leistungen aus der Rechtsschutzversicherung wären dabei zudem im Rahmen der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen (vgl. BFH DStR 2011, 1308).“ (VG Münster aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. Jaensch: Der Umfang der kaufrechtlichen Nacherfüllung (NJW 2012, 1025)

§ 439 II BGB ist keine Anspruchsgrundlage, sondern eine reine Kostenzuweisungsnorm. - Der Anspruch auf Nachlieferung gem. § 439 I BGB erfasst in seiner richtlinienkonformen Auslegung die **Verpflichtung des Verkäufers, die mangelhafte Sache aus- und die nachgelieferte Sache einzubauen.** - Der Verkäufer hat das Recht, die Nacherfüllung bei absoluter Unverhältnismäßigkeit zu verweigern, wenn die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen den Wert der Sache im mangelfreien Zustand übersteigen und der Bedeutung des Mangels unangemessen sind (**Kappungsgrenze**); der Käufer kann die Einrede des Verkäufers verhindern, indem er verbindlich zusagt, den die Kappungsgrenze überschreitenden Teil zu übernehmen; sofern der Käufer die Sache in Kenntnis des Mangels eingebaut hat, kann der Verkäufer die Übernahme der Ein- und Ausbaukosten nach § 439 III BGB verweigern. - Macht der Verkäufer von seinem Leistungsverweigerungsrecht nach § 439 III Halbs. 2 BGB Gebrauch, hat er die **verhältnismäßigen Aufwendungen**, die für die Nacherfüllung erforderlich sind, **im Wege des Schadensersatzes nach §§ BGB §§ 437 Nr.3, 280 I, III, 283 zu erstatten**; der Auffassung des BGH, wonach sich die Kostenerstattung aus einem beschränkten Nacherfüllungsanspruch ergibt, ist nach Ansicht des Autors nicht zu folgen. - Der **Leistungsort der Nacherfüllung** befindet sich am **Belegenheitsort der Kaufsache.**

2. Schäfer: „Schriftliche“ Einladung zur Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins auch per E-Mail? (NJW 2012, 891)

Problemstellung: Bei vielen eingetragenen Vereinen, deren Satzung für die Ladung „Schriftform“ vorschreibt (vgl. § 58 Nr. 4 BGB), ist eine Ladung zu Mitgliederversammlungen per E-Mail üblich, soweit die Mitglieder über einen entsprechenden Zugang zum Medium „E-Mail“ verfügen; dies dient nicht nur der Arbeitserleichterung und der **Ressourcenschonung**, sondern auch der **Einsparung von Kosten**; im vereinsrechtlichen Schrifttum wird teilweise – zumeist allerdings ohne nähere Begründung – die Auffassung vertreten, eine Einladung per E-Mail sei unwirksam, wenn die Satzung „Schriftform“ anordnet; der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass diese Auffassung unzutreffend ist. - Zur Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins kann nach Auffassung des Autors durch E-Mail auch dann rechtswirksam geladen werden, wenn die Satzung für die Ladung „Schriftform“ statuiert; dass die Satzung sich mit „Textform“ (§ 126b BGB) begnügt, ist nicht erforderlich; dies ergibt sich – in Übereinstimmung mit dem Formzweck – aus § 127 II 1 BGB. - Ob die per E-Mail versandte Ladung die **Unterschrift des Ladenden zumindest in eingescannter Form enthalten** muss, ist eine andere Frage: Sie betrifft nicht das „Ob“ der E-Mail, sondern deren „Wie“; zur Sicherheit ist eine gescannte Unterschrift zur Formwahrung jedenfalls zu empfehlen. - Zur E-Mail-Erreichbarkeit verpflichtet sind die Mitglieder bei alledem nicht; der Verein kann aber durch unterschiedlich hohe Beiträge Anreize schaffen, dass seine Mitglieder sich per E-Mail laden lassen.

3. Fritz: Die Entwicklung des Gewerberaummietrechts im Jahre 2011 (NJW 2012, 980)

4. Kollrus: Missbräuchliche Abhebung von Bargeld an Geldautomaten (MDR 2012, 380)

Bei missbräuchlicher Abhebung von Bargeld an Geldautomaten gelten für eine Bank die **erhöhten Nachweisanforderungen des § 675w S. 3 BGB**; die Bank darf sich dabei der **Beweiserleichterung durch den Anscheinsbeweis** bedienen. - Auch nach Umsetzung der ZdRL dürften die dafür bisher schon in Rspr. und Lit. entwickelten Erfahrungsgesetze uneingeschränkt fortgelten, so dass für den Karteninhaber regelmäßig das Problem entstehen wird, diesen Anschein nicht ausreichend substantiiert entkräften zu können; aus Gründen der Waffengleichheit dürfen deshalb an diesen Sachvortrag keine hohen Anforderungen gestellt werden; wurde der Anscheinsbeweis erschüttert, hat die Bank ihrerseits aufgrund ihrer sekundären Beweislast substantiiert Stellung zu nehmen.

5. Schuschke: Aktuelle Probleme zur Räumungsvollstreckung (NZM 2012, 209)

II. Strafrecht

1. Mitsch: Parken auf Behindertenparkplätzen als Straftat und Ordnungswidrigkeit (NZV 2012, 153)

Unbefugtes Parken auf einem für Körperbehinderte reservierten Parkplatz ist keine Straftat, sondern nur eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG i.V.m. § 49 StVO. - Die **unbefugte Verwendung eines Behindertenparkausweises** auf einem entgeltpflichtigen Parkplatz **kann als Betrug (§ 263 StGB) strafbar sein**, während Zutrittserschleichung (§ 265a StGB) niemals einschlägig ist. - Die **unbefugte Verwendung eines Behindertenparkausweises auf einem nicht-entgeltpflichtigen Parkplatz ist kein Betrug** (§ 263 StGB), weil die betrügerische Abwendung einer Sanktionierung mit Geldbuße oder Verwarnungsgeld **keinen Vermögensschaden verursacht.** - Das **Selbstbegünstigungsprinzip** steht einer Strafbarkeit aus § 281 StGB nicht entgegen, wenn der Täter einen fremden Behindertenparkausweis benutzt, um die Anordnung einer Geldbuße oder eines Verwarnungsgeldes abzuwenden.

2. **Huppertz:** Das „Partybike“ als Fahrrad und Objekt i.S.d. § 316 StGB (NZV 2012, 164)

Das sog. „**Bierbike**“ ist **verkehrsrechtlich ein Fahrrad**: Unter einem Fahrrad wird allgemein ein zweirädriges, einspuriges Fahrzeug, das mit Muskelkraft durch Tretkurbeln angetrieben wird, verstanden; angesichts der zu beobachtenden Formenvielfalt sind darunter aber auch zwei- oder dreirädrige, über Tretkurbeln angetriebene Fahrzeuge zu verstehen; mehrspurige Fahrräder werden sowohl als Einsitzer als auch als Zweisitzer hergestellt; das BVerwG kommt unter Hinweis auf § 2 IV StVO und in Abgrenzung zur Definition des Kfz in § 1 II StVG zu dem Ergebnis, dass es allein auf den ausschließlichen Antrieb durch Muskelkraft ankomme; bauartbedingte Besonderheiten ändern daran nichts. - Auch die **Gäste sind Fahrzeugführer**: Fahrzeugführer i.S. verkehrsstrafrechtlicher Vorschriften ist derjenige, der sich selbst aller oder **wenigstens eines Teiles der wesentlichen technischen Einrichtungen des Fahrzeuges bedient**, die für seine Fortbewegung bestimmt sind, also das Fahrzeug unter bestimmungsgemäßer Anwendung seiner Antriebskräfte unter eigener Allein- oder Mitverantwortung in Bewegung setzt oder das Fahrzeug unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen während der Fahrbewegung durch den öffentlichen Verkehrsraum ganz oder wenigstens zum Teil lenkt; danach ist Führer eines Fahrzeuges nicht nur derjenige, der alle für die Fortbewegung des Fahrzeuges erforderlichen technischen Funktionen ausübt, sondern auch, wer nur einzelne dieser Tätigkeiten vornimmt, jedenfalls solange es sich dabei um solche handelt, ohne die eine zielgerichtete Fortbewegung des Fahrzeuges im Verkehr unmöglich wäre (wie z.B. das Bremsen oder Lenken); bei der Diskussion um die Führereigenschaft beim sog. „Bier- oder Partybike“ scheint einzig die Position des Kutschers unstrittig, wesentlich gewichtiger jedoch ist die mögliche Strafbarkeit seiner Fahrgäste; hierbei kommt es darauf an, ob deren Tatbeitrag als eine essentielle Teilfunktion angesehen werden kann; entsprechend der zuvor beschriebenen Arbeitsverteilung kommt den Fahrgästen lediglich die Antriebsfunktion zu, auf Lenkung und Bremsen hingegen haben sie keinen Einfluss; andererseits ist der Kutscher jedoch auf gerade diesen Antrieb angewiesen; damit **haben die Fahrgäste die alleinige Verantwortung für die Fortbewegung des Partybikes**; versagen auch nur einige Fahrgäste ihren Dienst, so wird das Bierbike sich nicht mehr weiter fortbewegen und kann sich dann auch nicht aus schwierigen Verkehrssituationen retten; Kutscher und Fahrgäste sind somit **in fast schon symbiotischer Art und Weise verbunden**; die **Fahrgäste unterliegen der Anwendung des § 316 StGB einschließlich der 1,6 Promille-Grenze**. - Den **Gefahren für die Verkehrssicherheit kann und muss mit Mitteln der Gefahrenabwehr begegnet werden**.

3. **Cirener:** Die Zulässigkeit von Verfahrensrügen in der Rspr. des BGH – Teil 1 u. 2 (NSTZ-RR 2012, 65 u. 103)

III. Öffentliches Recht

1. **Franßen/Blatt:** Ersatzansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag beim Feuerwehreinsatz (NJW 2012, 1031)

Problemstellung: Ob die Ersatzregelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht anwendbar sind, wird seit Jahrzehnten kontrovers in Rspr. und Lehre diskutiert; die Annahme, dass jedenfalls im Feuerwehrecht kein Raum für die Geschäftsführung ohne Auftrag ist, war bislang zumindest in der Rspr. weitestgehend gefestigt; neuere ober- und bundesgerichtliche Entscheidungen zum Verhältnis des Feuerwehrechts zum Schadensersatzrecht stellen diesen Grundsatz nunmehr jedoch in Frage. - Der **öffentliche Aufgabenträger kann seine Feuerwehrkosten über die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag vom Störer ersetzt verlangen**, wenn und soweit die Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag in den Brandschutzgesetzen der Länder ausdrücklich vorgesehen ist. - Des Weiteren kann sich der öffentliche Aufgabenträger auf die Geschäftsführung ohne Auftrag berufen, wenn und soweit eine Auslegung der **Brandschutzgesetze der Länder** ergibt, dass diese **keine abschließende Kostenregelung treffen**. - Schließlich kann der Werkfeuerwehrträger seine Werkfeuerwehrkosten über die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag beim Störer geltend machen, wenn und soweit der Werkfeuerwehrträger seine Kosten vom öffentlichen Aufgabenträger und der öffentliche Aufgabenträger seinerseits diese Kosten als Einsatzkosten vom Störer ersetzt verlangen könnte.

2. **Korn:** Akteneinsicht und Informationsfreiheit im Steuerrecht (DÖV 2012, 232)

Informationszugangsfreiheit und Abgabenrecht bilden keine miteinander unvereinbaren Gegensätze, vielmehr ist das Abgabenrecht als **Teilgebiet des Verwaltungsrechts** den gleichen rechtsstaatlichen Bindungen unterworfen wie das übrige Verwaltungsrecht; insbes. das Abgabenrecht als reines Eingriffsrecht bedarf einer starken Bindung an das Gesetz sowie einer effektiven Kontrolle. - Das **Informationsrecht ist eng mit dem bereichsspezifischen Fachrecht zu betrachten** und stellt doch eine **eigenständige Materie** dar; es folgt primär einer **objektiv-rechtlichen Zielsetzung durch Schaffung subjektiv-rechtlicher Ansprüche**; im Vergleich mit den Datenschutzgesetzen von Bund und Ländern und den bestehenden teleologischen Parallelen wohnen ihm auch **subjektiv-rechtliche Komponenten** inne, so zum einen in Gestalt eines **grundrechtlichen Leistungsanspruchs auf Zugang zu Informationen zur Verfolgung eigener Rechte**, zum anderen als **durch Art. 5 I GG geschütztes informationsrechtliches Teilhaberecht**. - Als kleine Kodifikationen verpflichten die Informationsfreiheitsgesetze der Länder auch die Finanzbehörden, wenngleich aufgrund des strafbewehrten Steuergeheimnisses den datenschutzrechtlichen Ausschlussstatbeständen besondere Bedeutung zukommt. - Die in verschiedenen Abhandlungen erörterten Mängel der Umsetzung der Informationszugangsfreiheit, insbes. auf Ebene der Verwaltung, bestehen auch – wenn nicht sogar verstärkt – im Bereich des Abgabenrechts; gleiches gilt hinsichtlich der (finanzrechtlichen) Rspr.: Beide Gewalten gehen offensichtlich vom traditionellen Bild der Steuerverwaltung aus; doch bleiben dabei die **Öffnung der Verwaltung** sowie die **Verstärkung demokratischer Kontrolle und rechtsstaatlicher Bindung** unberücksichtigt; der voraussetzungslose Informationszugangsanspruch wird entgegen seiner Zielsetzung zu einem bloßen und subsidiären Akteneinsichtsrecht degradiert. - Dem Informationsfrei-

heitsrecht kommt eine weitere Bedeutung zu als die bloße subjektiv-rechtliche Gewährung von Zugang zu eigenen Daten.

3. **Austermann:** Die Streichung rechtlich entbehrlicher Grundgesetznormen (DÖV 2012, 227)

Aufgehoben werden könnten entbehrliche – mit anderen Worten: überflüssige – Verfassungsnormen: Eine **Vorschrift kann aus rechtlichen Gründen entbehrlich sein oder aus politischen Gründen** für entbehrlich gehalten werden. - Verfassungsvorschriften, deren materielle Geltung sich aufgrund normimmanenter Geltungsbegrenzungen oder Verfassungswandels erledigt hat, können ohne Weiteres als rechtlich entbehrlich aufgehoben werden; ein Verfassungswandel, der Vorschriften rechtlich entbehrlich gemacht hätte, ist bislang allerdings nicht ersichtlich; Verfassungsbestimmungen, die in der bisherigen Verfassungspraxis nur sehr selten oder noch gar nicht einschlägig waren, sind nicht rechtlich entbehrlich. - Aufgehoben werden können und sollten einige Vorschriften aus den Übergangs- und Schlussvorschriften. - Immer wieder wird das **Grundgesetz durch Textergänzungen an die Verfassungswirklichkeit angepasst**; im Rahmen einer derartigen Änderung könnte die Streichung der rechtlich entbehrlichen Normen unproblematisch mit erledigt werden; dies würde der Pflege der Verfassung dienen, die von gegenstandslosen Regelungen befreit würde.

4. **Bergwitz:** Prozessuale Verwertungsverbote bei unzulässiger Videoüberwachung (NZA 2012, 353)

Die **prozessuale Verwertung von Videoaufnahmen bedarf** gem. § 4 I BDSG einer **gesetzlichen Ermächtigung**, die sich für die Überwachung öffentlich zugänglicher Räume in § 6b III BDSG findet und i. Ü. aus Art. 20 III GG und Art. 103 I sowie § 286 ZPO ergibt. - Die **Beweisverwertung einer** unter Verletzung des BDSG erlangten **Videoaufnahme im Arbeitsgerichtsprozess setzt voraus, dass das Beweisführungsinteresse des Arbeitgebers schwerer wiegt als das Interesse des Arbeitnehmers an der Wahrung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts**; je schwerwiegender der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ausgefallen und je geringfügiger der Anlass für die Videoüberwachung gewesen ist, desto größer ist das Risiko eines Beweisverwertungsverbots; es sollte daher jeweils sorgfältig geprüft werden, ob eine Videoüberwachung tatsächlich das Mittel der Wahl ist. Insbesondere die Beweisverwertung einer heimlich angefertigten Videoaufnahme unterliegt erhöhten Anforderungen. - Ein **generelles Beweisverwertungsverbot scheidet jedoch auch in diesem Fall aus**. - Eine **Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten ist abzulehnen**; dagegen dürfte ein Sachvortragsverwertungsverbot i. W. unter denselben Voraussetzungen anzuerkennen sein, die für ein Beweisverwertungsverbot gelten.

5. **Schöneboom/Brenndörfer:** Veröffentlichung von Gemeinderatsvorlagen vor nichtöffentlicher (Vor-) Beratung im Ausschuss? (VBIBW 2012, 97)

Die **Verhandlungsgegenstände einer Gemeinderatssitzung und mit ihnen die Sitzungsunterlagen können** – entgegen der weit verbreiteten Praxis – frühzeitig und ohne Verstoß gegen § 39 V 2 GemO **auch vor einer nichtöffentlichen (vor-)beratenden Ausschusssitzung veröffentlicht und bekannt gegeben werden**; der Nichtöffentlichkeitsgrundsatz in (vor-)beratenden Ausschusssitzungen erstreckt sich „nur“ auf den Gang und das Ergebnis der Beratungen und Abstimmungen und nicht wie das für den Gemeinderat geltende Nichtöffentlichkeitsgebot auch auf die Verhandlungsgegenstände als solche und die Sitzungsunterlagen. - Die **rechtliche Ausgestaltung der Verschwiegenheitspflicht der Gemeinderäte**, gewissermaßen das notwendige Pendant einer nichtöffentlichen Behandlung, sowie die Stellung der Ortschaftsräte **bestätigen dieses Ergebnis**. - Durch eine deutlich frühere Veröffentlichung der Verhandlungsunterlagen werden zugleich sowohl die berechtigten Interessen der Bürgerschaft an mehr Information als auch die uneingeschränkte Ausübung der ehrenamtlichen Arbeit des Gemeinderats gestärkt; dieses „Instrument“ trägt dazu bei, ein ausreichendes Maß an Vertrauen in eine durchlässige Arbeit des Gemeinderats auf- und **Vorurteile gegenüber einer „Politik hinter verschlossenen Türen“ abzubauen**, denn alle Bürgerinnen und Bürger bekommen die Gelegenheit, sich weit im Vorfeld von zu treffenden Entscheidungen mit Sachverstand, Hinweisen oder Kritik an die gewählten Volksvertreter zu wenden und **auf deren Meinungsbildung Einfluss auszuüben**; auch der einzelne Gemeinderat kann profitieren und sich unabhängig der persönlichen Bewertung eines Sachverhalts und/oder der Haltung der Fraktion mit der Bürgerschaft konkret austauschen; zugleich ist damit **keine Abschaffung der nichtöffentlichen (Vor-) Beratung verbunden**; die **nichtöffentliche Vorberatungsfunktion bleibt erhalten und wird sogar gestärkt**, da wichtige Aspekte und Argumente aus der Bürgerschaft sowie aus den zeitlich vorausgehenden Sitzungen der Ortschaftsräte in die nichtöffentliche (Vor-) Beratung und nicht erst in die spätere öffentliche Gemeinderatssitzung einfließen können.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Stauder:** Praktische Folgen der neuen Geldwäschegesetzgebung für Unternehmen und Rechtsanwälte (GWR 2012, 330812)
2. **Hellstab:** Die Entwicklung des Prozess-, Verfahrenskostenhilfe- und Beratungshilferechts seit 2010 (Rpfler 2012, 186)

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

Was kostet das ?

Da die Abläufe der Staatsprüfungen in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich sind und daher auch der jeweilige Arbeitsaufwand voneinander abweicht, sind die anfallenden Kosten abhängig von dem Bundesland, für welches Sie Prüfungsprotokolle bestellen. Für Detailinformationen dürfen wir Sie bitten, jeweils unter der Rubrik des maßgeblichen Bundeslandes nachzuschauen.

Grundsätzlich setzen sich die Kosten zusammen aus:

- **Bearbeitungspauschale**
- **Einbehalt für Fertigung von Eigenprotokollen**
- **Versandkosten** (entfallen bei Abholung im Verlag oder Übermittlung per E-Mail)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!

