



PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

37. Jahrg.

Juni 2012

Heft 6

Aus dem Inhalt:

- OLG Hamm:** Verletzung eines Polizisten bei Gefahrenabwehr
- BGH:** Schusswaffeneinsatz bei Notwehr
- BVerfG:** Verbreitung volksverhetzender Schriften
- BVerfG:** Kein Ehrschutz des Staates gegen Verunglimpfung
- OVG Berlin-Bbg.:** Baurecht im gaststättenrechtlichen Genehmigungsverfahren
- BGH:** Richterwechsel nach mündlicher Verhandlung
- OVG Bremen:** Überprüfung einer polizeilichen Ingewahrsamnahme durch VG



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

Änderungen telekommunikationsrechtlicher Regelungen.....	1
--	---

Brandaktuell

BGH: Schenkungen vor Geburt eines Abkömmlings (Anerkennung eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs).....	3
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

OLG Dresden: Rücktritt von der Lkw-Miete (pauschalierter Schadensersatz).....	4
OLG Hamm: Verletzung eines Polizisten bei Gefahrenabwehr (Aufwendungsersatzanspruch des Dienstherrn).....	7

Strafrecht

BGH: Notwehr (Schusswaffeneinsatz).....	10
BVerfG: Volksverhetzung (Verbreitung volksverhetzender Schriften).....	12

öffentl. Recht

BVerfG: Verunglimpfung des Staates (kein Ehrschutz).....	15
OVG Berlin-Bbg.: Gaststättenrechtliches Genehmigungsverfahren (Berücksichtigung baurechtlicher Vorgaben).....	21

Kurzauslese I

OLG Düsseldorf: Nutzungsausfallentschädigung (Oldtimer).....	24
BGH: Fitnessstudio-Vertrag (Zulässigkeit einer Laufzeitvereinbarung).....	24
BGH: Widerrufsbelehrung (Postfach als zulässige Widerrufsadresse).....	25
OLG Koblenz: Dienstvertrag (Zahnarztbehandlung).....	26
OLG Frankfurt a.M.: Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (Vorliegen eines besonders schweren Falls).....	26
BGH: Räuberische Erpressung (Standposition einer Prostituierten als Vermögenswert).....	26
BGH: Begünstigung (Vorteilsbegriff).....	26
OVG Koblenz: Altersdiskriminierung (Versetzung eines Beamten in den Ruhestand).....	27
VGH München: Rundfunkempfangsgerät (Internetfähiger PC).....	28

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BGH: Vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts (Richterwechsel nach mündlicher Verhandlung).....	29
--	----

OLG Karlsruhe:	Kostenentscheidung im Eilverfahren (Wegfall des Anlasses vor Anhängigkeit).....	31
Strafrecht		
OLG Celle:	Verständigungsverfahren (Informationspflicht des Gerichts gegenüber dem Angeklagten).....	34
öffentl. Recht		
OVG Bremen:	Überprüfung einer polizeilichen Ingewahrsamnahme (Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts).....	37
VGH München:	Nichtigerklärung einer kirchlichen Taufe (Staatliche Gerichtsbarkeit).....	42
Kurzauslese II		
OLG Jena:	Justizgewährungsanspruch (Recht auf Beweis).....	44
BGH:	Fristbeginn (Dokumentation des Verkündungsnachweises in Akte).....	44
BGH:	Zulassung der Beschwerde (nachträgliche Zulassung ist unwirksam).....	44
OLG Koblenz:	Dinglicher Arrest (Veräußerung wesentlicher Vermögensgegenstände).....	44
OLG Karlsruhe:	Zeugnisverweigerungsrecht eines Minderjährigen (Entscheidungsbefugnis der sorgeberechtigten Eltern).....	45
LG Frankfurt (Oder):	Herausgabe beschlagnahmter Gegenstände (gerichtliche Zuständigkeit).....	46
BGH:	Anklageschrift (Erforderlichkeit der Tatkonkretisierung).....	46
BGH:	Reichweite des Verwertungsverbots (Widerruf einer Entbindung von der ärztl. Schweigepflicht).....	47
OLG Jena:	Rechtsmitteleinlegung (frühestmöglicher Zeitpunkt).....	47
OVG Berlin-Bbg.:	Auskunftsanspruch nach dem Informationsfreiheitsgesetz (Rechtsweg).....	48
OVG Lüneburg:	Aufschiebende Wirkung des Widerspruchs (Bindungswirkung eines Bescheids).....	48
VGH Mannheim:	Zurückverweisung (Anwendungsbereich).....	49
OVG Münster:	Wahlprüfungsverfahren (kein Organstreitverfahren).....	49
Speziell für Rechtsanwälte und Notare		
Gebühren und Kosten		
LG Darmstadt:	Beratungshilfe (dieselbe Angelegenheit bei Beratung über finanzielle Folgen einer Scheidung).....	50
KG:	Terminsgebühr (Verfahrensabsprache).....	50
OLG Celle:	Verfahrensgebühr (weitere Beschwerde im FGG-Verfahren).....	51
OLG Schleswig:	Verfahrenswert (Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft).....	51
OLG Nürnberg:	Verfahrenswert (Versorgungsausgleich).....	51

Inhaltsverzeichnis

BGH:	Verdienstausfallentschädigung (Wahrnehmung von Gerichts- und Ortsterminen).....	52
BGH:	Privatgutachten (Erstattungsfähigkeit der Kosten).....	53
LG Wuppertal:	Rückforderungsanspruch einer Rechtsschutzversicherung (vorbehaltlose Zuvielleistung von Anwaltshonorar).....	54
Aus der Praxis		
OLG Celle:	Unerlaubte Werbung (Alleinstellungsbehauptung).....	55
OVG Münster:	Berufsunfähigkeit eines Rechtsanwalts (Teilzeitbeschäftigung).....	56
AGH NRW:	Widerruf der Anwaltszulassung (gesundheitliche Gründe).....	56
BAG:	Weiterbildungskosten im Arbeitsverhältnis (Zulässigkeit einer Rückzahlungsklausel).....	57
BGH:	Heizkostenabrechnung (Nachvollziehbarkeit).....	58
BAG:	Urlaubsanspruch (Verfall nach Genesung eines langfristig erkrankten Arbeitnehmers).....	58
Steuern		
BFH:	Fahrtenbuch (Mindestanforderungen).....	60
BFH:	Entfernungspauschale („Offensichtlich verkehrsgünstigere“ Straßenverbindung).....	61
BFH:	Amtsermittlungsgrundsatz (Mitwirkungspflichten der Beteiligten).....	62
Weitere Schrifttumsnachweise		63

Aus der Gesetzgebung

Änderungen telekommunikationsrechtlicher Regelungen

Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 03.05.2012; In-Kraft-Treten am 10.05.20123 (vgl. BGBl. 2012, S. 958)

I. Allgemeines

Mit dem Gesetz werden **europäische Vorgaben zur weiteren Stärkung des Verbraucherschutzes**, die sich insbes. mit der Befugnis der Regulierungsbehörden zum Erlass von Transparenz- und Qualitätsvorgaben befassen, umgesetzt.

Zusätzlich **modernisiert und verbessert das Gesetz** auch die **Bestimmungen zum Daten- und Verbraucherschutz**. Zu den zahlreichen Verbesserungen für Verbraucher zählen u.a. ein reibungsloser Anbieterwechsel, eine bessere Kostenkontrolle, eine vertragsunabhängige Mitnahme von Mobilfunkrufnummern sowie die Möglichkeit, die Bezahlfunktion beim Handy zu sperren.

Die mit dem Gesetz eingeführte **Verpflichtung von alternativen Netzbetreibern** (Call by Call), den **Preis vor Gesprächsbeginn anzusagen**, wird - aufgrund der erforderlichen technischen Umstellungsmaßnahmen - nach einem aktuellen Beschluss des BVerfG erst am 01.08.2012 in Kraft treten.

II. Die wesentlichen Neuregelungen im Überblick

1. Die Warteschleife

- a) In **§ 66g TKG** wird bestimmt, in welchen Bereichen und Fällen Warteschleifen zukünftig noch eingesetzt werden dürfen. Anspruchsgegner des Teilnehmers wäre in einem zivil- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht der TK-Anbieter, in dessen Netz die Warteschleife generiert wird, sondern der jeweilige angerufene Diensteanbieter, welcher den Dienst unter einer Rufnummer realisiert. 2. Definition des Begriffs der „Warteschleife“, § 3 Nr. 30c

Eine **Warteschleife** ist **grds. dann gegeben, sofern und solange das Anliegen des Anrufers nicht bearbeitet** wird. Dies umfasst die Zeitspanne vom Rufaufbau bis zu dem Zeitpunkt, an dem mit der Bearbeitung des Anliegens des Anrufers begonnen wird, und zwar unabhängig davon, ob dies über einen automatisierten Dialog oder durch eine persönliche Bearbeitung erfolgt. Hierbei unterscheidet § 3 Nr. 30c TKG zwischen einem automatisierten Dialog und persönlicher Bearbeitung. Keine Warteschleifen sind automatische Bandansagen, wenn die Dienstleistung für den Anrufer vor Herstellung der Verbindung erkennbar ausschließlich in einer Bandansage besteht.

Für die weiteren Warteschleifen hat der Gesetzgeber eine **Bagatellklausel** vorgesehen: Als **nachgelagerte Warteschleife** ist nur die Zeitspanne anzusehen, die anlässlich einer nochmaligen Weitervermittlung zwischen Beendigung der vorhergehenden Bearbeitung des Anliegens und der weiteren Bearbeitung vergeht, ohne dass der Anruf technisch unterbrochen wird. Die Bagatellklausel soll dann greifen, wenn diese Zeitspanne insgesamt 30 Sekunden nicht überschreitet.

- b) **§ 66g II TKG** bestimmt, dass dem **Anrufer zu Beginn der Warteschleife** eine **Information über die voraussichtliche Dauer der Warteschleife** mitgeteilt werden muss und zusätzlich, dass es sich um ein **Festentgelt** handelt oder der Angerufene die **Kosten der Warteschleife** trägt.
- c) **§ 66h Nr. 8 TKG** sieht vor, dass der **Diensteanbieter** im Falle einer nicht oder **nicht richtig abgerechneten kostenfreien Warteschleife** seinen **Entgeltan-**

spruch verliert. Dies gilt grds. nach dem Wortlaut für das gesamte Gespräch. Ferner droht dem Diensteanbieter ein Bußgeld von bis zu € 100.000,-.

2. Die Sperre von Anschlüssen, § 45k TKG

Der **Anwendungsbereich des § 45k TKG** soll zukünftig auch **auf den Mobilfunk ausgeweitet** werden. Die Vorgaben zu den Sperrmöglichkeiten des § TKG § 45k ist eine lex specialis zu § 320 II BGB und gilt derzeit nur für den Festnetzbereich. Die Norm ist allerdings weiterhin auf „öffentlich zugängliche Telefondienste“ beschränkt. Nicht in den Anwendungsbereich der Norm fallen ferner der Bereich der Datenkommunikation, mithin insbesondere Internetverträge über ISDN- oder DSL-Zugangsvarianten, wohl aber IP-basierte Sprachtelefonie, da § 45k TKG nicht nach der angewandten Technologie unterscheidet.

3. Die Regelungen zum Anbieterwechsel und Umzug, § 46 TKG

In § 46 TKG des Gesetzentwurfs sind neue umfangreiche Vorgaben zur Verbesserung des Anbieterwechsels enthalten sowie Regelungen, wie mit Verträgen über TK-Dienstleistungen beim Wohnungswechsel umzugehen ist.

- a) In **§ 46 I 1 TKG** ist vorgesehen, dass die TK-Anbieter im Falle eines **Anbieterwechsels** sicherzustellen haben, dass die Leistung des abgebenden Unternehmens gegenüber dem Teilnehmer nicht unterbrochen wird, bevor die vertraglichen und technischen Voraussetzungen für einen Anbieterwechsel vorliegen. Der **Dienst des Teilnehmers** soll künftig **nicht länger als einen Kalendertag unterbrochen** werden dürfen. Damit soll ein möglichst **unterbrechungsfreier Anbieterwechsel gewährleistet** werden, um den Wettbewerb im Markt und die **Servicequalität für Verbraucher weiter zu verbessern**. Für den Fall, dass der Wechselprozess auf Grund von Versäumnissen der beteiligten Anbieter fehlschlägt, enthält § 46 II TKG (i.V.m. § 149 I Nr. 7d und 7e TKG) eine Sanktionsmöglichkeit.

Für den **Mobilfunk** enthält § 46 IV TKG eine **Sonderregelung**, die es dem Kunden ermöglichen soll, den Anbieter unabhängig von der bestehenden Vertragsbindung zu wechseln. Das zwischen dem Kunden und dem abgebenden Anbieter geschlossene zivilrechtliche Vertragsverhältnis und sich daraus ergebende Ansprüche bleiben unberührt.

- b) Bislang werden im Fall eines **Wohnsitzwechsels** regelmäßig nur eine Sonderkündigung des bisherigen Vertrags und der Abschluss eines neuen Vertrags mit Neubeginn der Vertragslaufzeit durchgeführt. Diese für den Verbraucher häufig nachteilige Situation soll durch den neuen § 46 VIII TKG unterbunden werden. Zukünftig muss die vertraglich geschuldete Leistung am neuen Wohnort des Verbrauchers „ohne Änderungen der vereinbarten Vertragslaufzeit“ fortgeführt werden, sofern ein entsprechender Anschluss vom Anbieter dort angeboten wird. Für den durch den Umzug entstehenden zusätzlichen Aufwand soll der Anbieter ein angemessenes Entgelt verlangen dürfen. Unangemessen wäre dabei z.B. ein Entgelt, das die Kosten für die Schaltung eines Neuanschlusses übersteigt. Für den Fall, dass der Anbieter am neuen Wohnort die jeweilige Dienstleistung nicht anbietet, soll der Kunde unter Einhaltung einer **dreimonatigen Kündigungsfrist** ein **Sonderkündigungsrecht** bekommen.

Brandaktuell

BGB
§ 2325 I

Schenkungen vor Geburt eines Abkömmlings **Anerkennung eines Pflichtteilergänzungsanspruchs**

BGB

(BGH in Pressemitteilung Nr. 72/2012; Urteil vom 23.05.2012 – IV ZR 250/11)

Fall: Die 1976 und 1978 geborenen Kläger machen gegen die Beklagte, ihre Großmutter, im Wege der Stufenklage Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche nach ihrem 2006 verstorbenen Großvater geltend. Sie begehren Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines notariell aufgenommenen Verzeichnisses, Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und Zahlung. Die Großeltern hatten vier Kinder, unter anderem die 1984 verstorbene Mutter der Kläger. Im Jahr 2002 errichteten die Beklagte und der Erblasser ein gemeinschaftliches privatschriftliches Testament, in dem sie sich u.a. gegenseitig zu Erben einsetzten. Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob den Klägern ein Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 I BGB zusteht, wenn sie zwar im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, nicht aber im Zeitpunkt der jeweiligen Schenkungen pflichtteilsberechtigt waren. Im Wesentlichen geht es darum, ob der Auskunftsanspruch auch Schenkungen erfasst, die der Erblasser vor der Geburt der Kläger zugunsten der Beklagten vorgenommen hatte.

Der Auskunftsanspruch hinsichtlich des geltend gemachten **Pflichtteilergänzungsanspruchs** nach § 2325 I BGB setzt voraus, dass ein solcher überhaupt bestehen kann.

Nach § 2325 I BGB besteht ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils, wenn der Erblasser **einem Dritten eine Schenkung** gemacht hat. In diesem Fall kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Fraglich ist allerdings, ob ein solcher Anspruch überhaupt besteht, wenn die **Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt der Schenkung** noch gar nicht bestanden hat.

Der BGH hat nunmehr entschieden, dass der Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 I BGB nicht voraussetzt, dass die Pflichtteilsberechtigung bereits im Zeitpunkt der Schenkung bestand. Auch nach der Schenkung geborene Abkömmlinge können einen solchen Anspruch daher geltend machen.

Hiermit hat der BGH die bislang vertretene **Theorie der Doppelberechtigung aufgegeben**.

*„Seine dem **entgegenstehende frühere Rechtsprechung**, die eine Pflichtteilsberechtigung sowohl im Zeitpunkt des Erbfalls als auch der Schenkung forderte (Urteile vom 21.06.1972 – IV ZR 69/71, BGHZ 59, 212, und vom 25.06.1997 – IV ZR 233/06, ZEV 1997, 373), sog. **Theorie der Doppelberechtigung**, hat der Senat insoweit **aufgegeben**.“* (BGH aaO)

Der BGH ist nunmehr der Auffassung, dass die Theorie der Doppelberechtigung mit der Teleologie des § 2325 I BGB nicht zu vereinbaren ist und gegen Art. 3 I GG verstößt.

*„Hierbei hat er neben dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift auf den **Sinn und Zweck des Pflichtteilsrechts** abgestellt, eine Mindestteilhabe naher Angehöriger am Vermögen des Erblassers sicherzustellen. Hierfür ist es unerheblich, ob der im Erbfall Pflichtteilsberechtigte schon im Zeitpunkt der Schenkung pflichtteilsberechtigt war oder nicht. Die bisherige Auffassung führte demgegenüber zu einer mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I Grundgesetz nicht zu vereinbarenden **Ungleichbehandlung von Abkömmlingen des Erblassers** und machte das Bestehen des Pflichtteilergänzungsanspruchs von dem zufälligen Umstand abhängig, ob die **Abkömmlinge vor oder erst nach der Schenkung geboren** waren.“* (BGH aaO)

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§§ 305 ff.

Rücktritt von der Lkw-Miete pauschlierter Schadensersatz

BGB

(OLG Dresden in NZM 2012, 238; Urteil vom 06.09.2011 – 5 U 1627/10)

Eine Klausel in einem Lkw-Mietvertrag, wonach der Vermieter vom Mieter im Fall des Rücktritts **Schadensersatz i. H. von 75% der Mietraten** für die restliche Mietzeit verlangen kann, ist auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr **unwirksam**.

Fall: Die Kl. begehrt nach Kündigung eines Mietvertrags über einen Lkw mit einer Laufzeit von 36 Monaten im Wege der Teilklage (über knapp 15 000 Euro) in erster Linie pauschalierten Schadensersatz. In den AGB der Kl. heißt es auszugsweise:

7. ... Ist eine längere Minimum-Mietzeit (Befristung) als ein Monat vereinbart worden und nimmt der Mieter das Transportgerät nicht ab bzw. gibt er es vorzeitig vor Befristungsende zurück, ohne dass der Mieter das Mietverhältnis vorzeitig außerordentlich kündigen konnte, kann der Vermieter auf Erfüllung bestehen oder nach dem Setzen einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Letzterer beträgt 75% der Mietrate für die (restliche) Minimum-Mietzeit. Dem Mieter bleibt die Möglichkeit nachzuweisen, dass der Schaden des Vermieters aus Nichterfüllung geringer oder ein Schaden nicht entstanden ist ...

Hat die Kl. einen Anspruch auf den geltend gemachten pauschalierten Schadensersatz?

Die Kl. könnte einen Anspruch auf pauschalierten Schadensersatz nach der getroffenen Vereinbarung haben. Dann müssen aber die Voraussetzungen von Ziffer 7 ihrer AGB vorliegen und die Klausel muss wirksam in den Lkw-Mietvertrag einbezogen worden sein.

I. Vorliegen der Voraussetzungen der Klausel

Die Kl. kann einen pauschalierten Schadensersatz von 75 % verlangen, wenn sie vom Vertrag zurückgetreten ist, weil der Mieter das Transportgerät nicht abnimmt oder es ohne ein außerordentliches Kündigungsrecht vor Befristungsende vorzeitig zurückgibt.

„Durch Erhebung der Klage auf Schadensersatz [ist] die Kl. – berechtigt - konkludent vom Vertrag zurückgetreten.“ (OLG Dresden aaO)

Ihr würde daher der geltend gemachte Schadensersatzanspruch zustehen, wenn die betreffende Klausel wirksam in den Vertrag einbezogen wurde.

II. Wirksame Einbeziehung der Klausel in den Vertrag

1. Vorliegen von AGB i.S.d. § 305 I BGB

Der der betreffenden Klausel handelt es sich ohne weiteres um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, welche von der Kl. als Verwenderin gegenüber dem Bekl. gestellt wurde.

2. Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB

Eine Ausnahme von sachlichen Anwendungsbereich nach § 310 IV BGB greift sichtlich nicht ein. Allerdings könnte der persönliche Anwendungsbereich nach § 310 I BGB insofern beschränkt sein, als dass der Bekl. als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB anzusehen wäre.

Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB überhaupt nicht anwendbar sind, sondern nur dazu, dass der Anwendungsbereich beschränkt ist. Gegenüber Unternehmern kommt es für die Wirksamkeit der Einbeziehung der Vertragsbedingungen in den Vertrag nicht auf die Voraussetzungen des § 305 II BGB an, so dass weder die vorherige zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme noch ein besonderer Hinweis auf die Klausel erforderlich sind. Zudem finden auf Unternehmer die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB keine Anwendung, so dass die Wirksamkeit der Klausel nur nach § 307 BGB zu bemessen ist.

3. Inhaltskontrolle

a) Abweichen vom dispositiven Recht oder Ergänzung dispositiver Normen, § 307 III BGB

Grundsätzlich muss die Höhe eines entstandenen Schadens (§ 249 BGB) konkret nachgewiesen werden. Alternativ kann die Schadensschätzung auch nach § 287 BGB in das Ermessen des Gerichts gestellt werden.

Die Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzes weicht von dem gesetzlich vorgesehenen Grundsatz der konkreten Schadensberechnung ab und unterliegt damit nach § 307 III BGB der Kontrolle der §§ 307-309 BGB.

Allerdings ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass wegen § 310 I 1 BGB die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB keine unmittelbare Anwendung finden.

b) Unwirksamkeit nach § 307 I, II BGB

Nach § 307 I, II BGB ist eine Klausel unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

aa) Unangemessene Benachteiligung wegen Uneindeutigkeit

Eine solche unangemessene Benachteiligung ist nach § 307 I 2 BGB zunächst dann anzunehmen, wenn die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Fraglich ist daher, ob die Formulierung, dass 75 % des Mietpreises als Schadensersatz geschuldet werden, hinreichend deutlich ist.

*„Der Senat hält **nicht mehr an seiner Einschätzung** aus dem Verfahren 5 U 369/09 fest, dass die einzig denkbare Auslegungsvariante der streitgegenständlichen Klausel beinhaltet, dass 75% des monatlichen Mietpreises als Schadensersatz **nur in monatlichen Scheiben** fällig werden. Diese Annahme war Voraussetzung für die vorangegangene Entscheidung des Senats zur Wirksamkeit der Klausel:*

*Eine Auslegung der Klausel dahingehend, dass **75% des Summe aller künftigen Mietzahlungen** bei vorzeitiger Kündigung **sofort fällig** werden, hätte den Effekt, dass jedenfalls bei langen Laufzeiten von mehreren Jahren die Pauschalierung des Schadensersatzes der Vermieter sogar mehr erhält, als er unter Berücksichtigung der Abzinsung bei vollständiger Vertragserfüllung erhalten hätte. **Nach der gesetzlichen Regelung** ist dagegen davon auszugehen, dass **Schadensersatzansprüche wegen Mietausfalls** erst zu den jeweiligen **Fälligkeitszeitpunkten der Mieten** fällig werden (BGHZ 82, 121 = NJW 1982, 870).*

Gerade das Verhalten der Kl. zeigt auf, dass die vom Senat bislang angenommene Eindeutigkeit der Klausel nicht gegeben ist. Die Kl. selbst macht gegenüber ihren Vertragspartnern unter Berufung auf die Klausel 75% der gesamten noch zu erwartenden Mietzahlungen als sofort fälligen Schadensersatz geltend, woraus mithin ersichtlich ist, dass sie selbst ihre Klausel anders auslegt, als es der Senat in früheren Entscheidungen für allein möglich gehalten hat.

*Da mithin dem **Wortlaut der Klausel auch eine Bedeutung dahingehend** beigemessen werden kann, dass stets – unabhängig von der noch bevorstehenden Dauer der Mietzeit – 75% der gesamten noch zu erwartenden Mieten fällig werden, führt bereits die **Unklarheitenregelung** des § 305 c II BGB dazu, dass die Klausel **unwirksam** ist.“ (OLG Dresden aaO)*

Eine unangemessene Benachteiligung des Bekl. ergibt daher bereits aus der mehrdeutigen Formulierung der Klausel.

bb) Unvereinbarkeit mit gesetzlichem Grundgedanken

Die Klausel könnte aber nach § 307 II BGB unwirksam sein. Nach § 307 II BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder die Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

(1) Heranziehung der Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB auch im Rahmen des § 307 BGB

Allerdings können die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB auch bei Verwendung allgemeiner Vertragsbedingungen gegenüber Unternehmern mit-

telbar für die Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung herangezogen werden. In Betracht kommt hier eine Berücksichtigung von § 309 Nr. 5a BGB.

„Nach § 309 Nr. 5 a BGB – der im Verkehr mit Unternehmen zwar wegen § 310 I BGB nicht unmittelbar, aber **nach der Rechtsprechung des BGH über § 307 II BGB mittelbar anwendbar** ist (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 309 Rn 32 m. w.N.) – ist eine **Klausel unwirksam**, die zur Folge hat, dass einem Vertragspartner des Verwenders, der seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, ein **unverhältnismäßig hoher Entschädigungsbetrag** auferlegt wird. Eine Pauschalabrede ist – auch im kaufmännischen Verkehr – dann unwirksam, wenn die **Pauschale höher ist als der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Schaden** (vgl. bspw. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 309 Nr. 5 Rn 20; Urteil des Senats, Urt. v. 25. 8. 2009 – 5 U 369/09). Dabei ist nach **überwiegender Meinung** auf den **branchentypischen Durchschnittsschaden** abzustellen; es kommt nicht auf Eigenheiten des einzelnen Verwenders wie bspw. bei diesen vorhandenen untypisch hohen Gewinnspannen an (vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 309 Nr. 5 Rn 21; BGH, NJW 1984, 2093 OLG Zweibrücken, WM 1996, 621 = VuR 1996, 304; BGH, NJW 1996, 2209; Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/ders., AGB-Recht, 5. Aufl., § 309 Nr. 5 Rn 62; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, § 309 Nr. 5 Rn 14; Palandt/Grüneberg, § 309 Rn. 26).“ (OLG Dresden aaO)

Es kommt daher darauf an, ob der hier vereinbarte Pauschalschadensersatz von 75 % des Mietpreises gerechnet auf die gesamte Mindestmietzeit noch dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht oder den branchenüblichen Durchschnittsschaden übersteigt.

(2) Wertung der Schadenshöhe

„[Es spricht viel dafür], dass ein **Schaden i. H. von 75%** des vereinbarten Mietzinses auch dann, wenn dieser monatsweise fällig würde, jedenfalls bei lang laufenden Mietverträgen **nicht den typischen Schadensverlauf widerspiegeln** dürfte, wenn der Vertrag in einem frühen Stadium der Laufzeit vorzeitig beendet wird. Bei **typisierender Betrachtungsweise** wird ein die Sorgfaltspflichten des kaufmännischen Verkehrs beachtender Vermieter dann, wenn er über ca. 1500 vermietbare Nutzfahrzeuge verfügt und eine Sattelzugmaschine mehrere Jahre vor Ende des Mietvertrags **unerwartet vorzeitig zurückgegeben** wird, dieses Ereignis bei seinem Geschäftsbetrieb dergestalt berücksichtigen (und wegen seiner Schadensminderungspflicht auch berücksichtigen müssen), dass er ein **anderes Fahrzeug**, dessen Leasing-/Mietkaufzeit demnächst regulär endet, **nicht durch die Anschaffung eines neuen Fahrzeugs ersetzt**, sondern statt der Neuanschaffung das vorzeitig zurückgegebene Fahrzeug einsetzt (und mithin Leasing-/Mietkaufkosten einspart). Bei der hohen Anzahl von 1500 Fahrzeugen muss zu Grunde gelegt werden, dass in regelmäßigen, mutmaßlich monatlichen, Abständen Leasingverträge und Mietkaufverträge zu einzelnen Fahrzeugen auslaufen und Neuanschaffungen geplant sind. Beim **nächst ablaufenden Leasing- oder Mietkaufvertrag** eines vergleichbaren Fahrzeugs hat aber der Vermieter im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht dann **regelmäßig die Möglichkeit, den Schaden zu begrenzen**, indem er ein frei werdendes Fahrzeug nicht durch ein Neufahrzeug ersetzt, sondern die frei gewordene Sattelzugmaschine entsprechend einsetzt. Dies führt dazu, dass bei **gewöhnlichem Verlauf** der Vermieter bei Betrieben der Größe der Kl. Jahre nach der vorzeitigen Beendigung des Vertrags **keine monatlichen Schäden durch die vorzeitige Rückgabe mehr** erleidet. Damit verliert aber die von der Kl. zu einer typisierenden Darstellung des Schadensverlaufs herangezogene Betrachtungsweise ihre Grundlage.“ (OLG Dresden aaO)

Die Kl. kann somit nicht als Schadensersatz pauschal 75% des monatlichen Gesamtmietpreises aus Nr. 7 der AGB verlangen, da die Klausel den Mieter i. S. der §§ 307, 310 I BGB unangemessen benachteiligt.

III. konkrete Schadensberechnung

Kann die Kl. keinen pauschalen Schadensersatzanspruch geltend machen, so könnte ihre Klage jedoch auf der Grundlage einer konkreten Schadensberechnung zumindest teilweise begründet sein.

„Da die Kl. mithin ihre Forderung nicht auf Nr. 7 ihrer AGB stützen kann, steht ihr – dem Grunde nach – lediglich der durch die Beendigung des Mietverhältnisses **konkret entstandene Mietausfallschaden abzüglich der Einkünfte oder Einsparungen** zu, die sie aus der anderweitigen Verwendung des Lkw erwirtschaftet hat. Der Kl. ist im Zeitraum zwischen der Kündigung am 22.01.2010 und dem Schluss der mündlichen Verhandlung ein Schaden i. H. von 2240 Euro entstanden. (Wird ausgeführt)“ (OLG Dresden aaO)

BGB
§§ 677, 683**Verletzung eines Polizisten bei Gefahrenabwehr
Aufwendungsersatzanspruch des Dienstherrn**

BGB/öR

(OLG Hamm in NJW 2012, 1088; Urteil vom 20.10.2011 – 6 U 116/11)

1. Werden bei einem **Brandereignis** Polizeibeamte zur Absicherung des Gefahrenortes eingesetzt und müssen sie sich danach wegen des **Verdachts einer gesundheitlichen Schädigung** einer ärztlichen Abklärung unterziehen, so kann der Dienstherr die hierfür entstehenden Behandlungskosten nach den Grundsätzen der **Geschäftsführung ohne Auftrag** vom Brandverursacher ersetzt verlangen (auch wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Beamten keinerlei Gesundheitsschädigung oder Körperverletzung davongetragen haben).
2. Eine **schadensersatzrechtlich relevante Gesundheitsbeschädigung** oder Körperverletzung i. S. von § 823 I BGB setzt eine **gewisse Erheblichkeit** voraus. Leichteste Zustandsveränderungen im Rahmen der Brandbreite üblicher, alltäglicher körperlicher **Befindlichkeiten**, die gemeinhin nicht als „krank“ oder Beeinträchtigung der Gesundheit oder des Körpers angesehen werden, **fallen nicht darunter**.

Fall: Das klagende Land fordert vom beklagten Kaufhauskonzern Schadensersatz für die Behandlungskosten und die fortgezahlten Dienstbezüge von zwei Polizeibeamten, die in einem Kaufhaus eingesetzt waren, in dem es auf Grund einer chemischen Reaktion eine starke Rauchentwicklung gegeben hatte vor dem Zivilgericht. Die Feuerwehr hatte ein giftiges Gas im Rauch festgestellt, so dass eine Intoxikation der Beamten stationär geklärt wurde. Tatsächlich kam es zu keiner Vergiftung.

Ein zivilrechtlicher Anspruch der Kl. gegen die Bekl. kommt unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677 ff. BGB wegen unerlaubter Handlung nach § 823 I BGB in Betracht.

I. Anspruch auf Aufwendungsersatz nach §§ 677, 683 BGB (vgl. hierzu auch ZA 05/12: BGH Aufwendungsersatz wegen Störungsbeseitigung / Abzug „neu für alt“)

Bei der Übernahme der Heilbehandlungskosten für die Beamten könnte es sich um eine echte berechnete GoA gehandelt haben, bei der ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 683 BGB besteht.

1. Vorliegen der Voraussetzungen für eine echte berechnete GoA

Dann müsste das Land ein Geschäft der Bekl. besorgt haben

*„Das klagende Land hat mit dem Einsatz der Polizeibeamten auch ein **Geschäft der Bekl. geführt**. Die Polizeibeamten waren zur **Absperrung und Aufnahme von Personalien** bei der Hauptverwaltung eines Kaufhauskonzerns in F. eingesetzt worden, in dessen Räumlichkeiten es zu einer Reaktion von **von Mitarbeitern der Bekl. zurückgelassenen Chemikalien** mit erheblicher Rauchentwicklung gekommen war.*

*Insbesondere die Absicherung des Gebäudes vor und während des Einsatzes der Feuerwehr war auch im **Interesse der Bekl.** und entsprach deren zumindest **mutmaßlichen Willen**, da so gewährleistet werden konnte, dass nicht etwa Dritte in den Gefahrenbereich gelangten oder Schaulustige den Feuerwehreinsatz behinderten. Das trug wiederum dazu bei, dass der **Umfang des Schadens** bzw. der Kreis etwaiger geschädigter Personen **klein gehalten** werden konnte.“ (OLG Hamm aaO)*

Allerdings könnte hier gegen die Annahme einer zivilrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag sprechen, dass die Polizei hier im Rahmen ihrer nach § 1 PolIG NW zugewiesenen Aufgabe zur Gefahrenabwehr hoheitlich tätig geworden sind.

*„Nach der **höchstrichterlichen Rechtsprechung**, der der Senat folgt, sind die §§ 677 ff. BGB grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen Verwaltungsträgern und Privatpersonen anwendbar. Die **Annahme einer zivilrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag** der Verwaltung für den Bürger **verbietet sich nicht einmal dann** ohne Weiteres, wenn die öffentliche Hand bei dem betreffenden **Vorgang hauptsächlich zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten tätig geworden** ist (BGH, NVwZ 2008, 349 = VersR 2007, 1707; BGHZ 156, 394 = NJW 2004, 513 = VersR 2004, 782; BGHZ 63, 96 = NJW 1975, 47 [49]; BGHZ 40, 28 = NJW 1963, 1825; str., vgl. Staudinger/Bergman, BGB, Neubearb. 2006, Vor §§ 677 ff. Rn 281, u. Seiler, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., vor § 677 Rn 31).“ (OLG Hamm aaO)*

2. Bestimmung der getätigten Aufwendungen

Der Geschäftsführer hat **Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen** nach §§ 683 S. 1, 670 BGB.

a) Kosten der medizinischen Behandlung

Im Zuge dieses Einsatzes hatte das klagende Land Aufwendungen auf Grund der medizinischen Behandlung der beiden Polizeibeamten.

*„Da die Polizeibeamten – zwar außerhalb des Gebäudes – aber in unmittelbarer Nähe zu dem sich entwickelnden Rauch – eingesetzt waren und sich im Rauchgas der **Gefahrenstoff „Trimethylhexamethyldiamin“** der Gefahrenklasse 3 befand, der Atemwegsreizungen und Lungenödeme hervorrufen kann, was die Feuerwehr im Laufe ihres Einsatzes festgestellt hatte, war der Eintritt der Intoxikation bzw. der Umfang einer etwaigen **Intoxikation** sowie die Gefahr der Entstehung eines Lungenödems **medizinisch abzuklären**. Die entsprechenden ärztlichen Aufwendungen hierfür, die nach erstinstanzlicher Beweiserhebung durch Sachverständige in der Berufungsinstanz nicht mehr im Streit sind, waren angemessen.“* (OLG Hamm aaO)

b) Dienstbezüge

Zudem wurden während des stationären Aufenthalts der Beamten vom klagenden Land Dienstbezüge. Weitergezahlt. Auch hierbei könnte es sich um Aufwendungen im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag handeln. Allerdings wurden die Dienstbezüge auf Grund beamtenrechtlicher Verpflichtungen des klagenden Landes – unabhängig vom stationären Aufenthalt der Beamten – gezahlt.

*„Sie wären **auch ohne** die auf Grund des genannten Einsatzes **notwendig gewordene stationäre medizinische Abklärung gezahlt worden**. Auch ein von §§ 677, 683 BGB erfasster Schaden (vgl. dazu Palandt/Sprau, BGB, 70. Aufl., § 683 Rn. 8) des klagenden Landes ist nicht ersichtlich. Das klagende Land konnte zwar auf die Dienste der Polizeibeamten während ihres stationären Aufenthalts nicht zurückgreifen. Ein **bezahlbarer Schaden** ist insoweit aber **nicht dargetan**.“* (OLG Hamm aaO)

3. Anspruchsausschluss wegen Sonderregelungen

Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach den allgemeinen Vorschriften über die GoA kann jedoch durch Sondervorschriften verdrängt werden. Hier kommt in Betracht, dass die Erstattungspflichten von Bürgern im Zusammenhang mit hoheitlichen Maßnahmen abschließend in öffentlich-rechtlichen Vorschriften geregelt sind und sich daher ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften des BGB verbietet.

*„Ein **Ausschluss** des Anspruchs nach den §§ 677, 683 BGB, weil besondere Bestimmungen das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer abweichend regeln (vgl. BGH, NVwZ 2008, 349 = VersR 2007, 1707; BGHZ 156, 394 = NJW 2004, 513 = VersR 2004, 782), ihn insbesondere zu unentgeltlichem Tätigwerden verpflichten (BGHZ 40, 28 = NJW 1963, 1825 [1826]), **liegt nicht vor**. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung dahingehend, dass **öffentlich-rechtliche Gebührevorschriften** die erstattungsfähigen Auslagen und Gebühren für polizeiliche Amtshandlungen abschließend regeln, besteht im nordrhein-westfälischen Landesrecht nicht. Es ist dort **keine Kostenfreiheit für polizeiliche Amtshandlungen** bestimmt, „soweit nichts anderes bestimmt ist“ (anders als in BGHZ 156, 394 = NJW 2004, 513 = VersR 2004, 782).“* (OLG Hamm aaO)

Allerdings sind an vereinzelter Stelle im nordrhein-westfälischen Polizei- und Ordnungsrecht geregelt oder es wird auf die Anwendbarkeit der Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag verwiesen (z. B. § 46 III NWPolG, § 42 II NWOBG i. V. mit § 67 NWPolG. Dies könnte den Umkehrschluss darauf zulassen, dass über diese geregelten Fälle hinaus keine Kostenpflicht des Bürgers anzunehmen ist.

*„Hieraus kann nicht geschlossen werden, dass das Land weitergehende Ansprüche nach den allgemeinen, oben genannten Grundsätzen ausschließen wollte. Die entsprechende **höchstrichterliche Rechtsprechung** war bei Schaffung der geltenden Regelungen des NWPolG und des NWOBG bereits **seit Langem existent und bekannt**. Wenn der Gesetzgeber hiervon hätte abweichen wollen, so hätte er dies durch eine klare Regelung (vergleichbar der oben erwähnten) tun können, was aber gerade nicht erfolgte. Auch aus dem **allgemeinen Grundsatz**, dass das **Einschreiten der Polizei** oder Ordnungsbehörde (vgl. § 45 NWOBG) **grundsätzlich steuerfinanziert** ist, so dass der Staat die Kosten der hoheitlichen Maßnahme selbst zu tragen hat, lässt sich keine die Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB ausschließende Regelung herleiten. Hier geht es **nicht** um die **Kosten des Polizeieinsatzes als hoheitlicher Maßnahme selbst**, sondern um **besondere Aufwendungen**, die lediglich als **Folge des Polizeieinsatzes** aufgetreten sind.“* (OLG Hamm aaO)

4. Anspruchsreduzierung wegen Mitverantwortlichkeit

Der Aufwendungsersatzanspruch könnte aber deshalb zu reduzieren sein, weil das klagende Land ebenfalls für die Behandlung seiner Beamten verantwortlich ist.

„Trifft **Eigen- mit Fremdgeschäftsführung** (wie hier) zusammen, so sind, wenn sich die Aufwendungen **gegenständlich abgrenzen** lassen, diese entsprechend zuzuschreiben, ansonsten sind sie nach dem Gewicht der Verantwortlichkeit, Interessen und Vorteilen zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer aufzuteilen (BGHZ 98, 235 = NJW 1987, 187). Eine **gegenständliche Aufteilung** ist hier **nicht möglich**. Das Übergewicht der Verantwortlichkeit liegt bei der Bekl., deren Mitarbeiter die Rauchentwicklung – wenn auch fahrlässig – verursacht haben.

Dem klagenden Land kann auch **nicht vorgeworfen** werden, dass die Polizeibeamten – anders als einige Feuerwehrleute – **keinen Atemschutz** trugen. Anders als die Feuerwehr befanden sie sich außerhalb des Gebäudes, in dem es zur Rauchentwicklung kam. Es war auch nicht von Anfang an klar, dass im Rauchgas der genannte Gefahrenstoff enthalten war. Die Polizeibeamten waren auch nicht mit Atemschutzgeräten ausgerüstet und es wäre **überzogen**, wenn man eine entsprechende **Ausrüstung auf den Streifenwagen generell verlangen** wollte. Auch das überwiegende Interesse an der Absicherung des Einsatzortes lag bei der Bekl., auf die – wenn z. B. unbeteiligte Personen in den Gefahrenbereich gelangt und hierbei verletzt oder getötet worden wären – weitere Schadensersatzansprüche zugekommen wären. Das klagende Land handelte hingegen allein im Rahmen seiner gefahrenabwehrrechtlichen Aufgaben und auf Grund seiner Pflicht zum **Schutz von Leben und Gesundheit seiner Bürger.**“ (OLG Hamm aaO)

5. Zwischenergebnis

Das klagende Land kann von der Bekl. den Ersatz der Kosten für die medizinische Behandlung der zwei Polizeibeamten nach §§ 677, 683 BGB in voller Höhe verlangen, nicht hingegen die Kosten für die Fortzahlung der Dienstbezüge.

II. Anspruch auf Schadensersatz nach § 831 BGB i.V.m. § 82 NWBG

Die Mitarbeiter der Bekl. haben die Gefahrstoffe rechtswidrig im Gebäude gelassen. Sie waren insofern Verrichtungsgehilfen der Bekl. nach § 831 BGB, so dass eine Geschäftsherrhaftung der Bekl. gegenüber den Polizisten nach § 831 BGB in Betracht. Dieser Anspruch wäre dann nach § 82 NWBG auf das klagende Land übergegangen.

Dies setzt allerdings voraus, dass überhaupt ein Anspruch der Polizeibeamten entstanden ist, was wiederum davon abhängt, dass diese eine von § 823 I BGB umfasste Rechtsgutverletzung erlitten haben. Dies ist jedoch nicht der Fall.

„Bei dem Polizeibeamten O war nach dem Einsatz lediglich eine **gerötete Rachen Schleimhaut** – bei ansonsten Beschwerdefreiheit –, bei I ein leicht geröteter Rachen und eine vorübergehend **„pelzige Zunge“** – bei ansonsten Beschwerdefreiheit – gegeben. Eine Gesundheitsbeschädigung oder Körperverletzung liegt in jedem Hervorrufen eines **von den normalen körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustands**. Unerheblich ist, ob Schmerzzustände auftreten oder eine tiefgreifende Veränderung der Befindlichkeit eingetreten ist (BGHZ 163, 209 = NJW 2005, 2614; BGHZ 114, 284 = NJW 1991, 1948). Allerdings muss man eine **gewisse Erheblichkeit** verlangen (vgl. MüKo-BGB/Wagner § 823 Rn 73; Spindler, in: BeckOK-BGB, § 823 Rn 30 unter Hinw. auf BGH, NJW 1953, 1440, und BVerwG, NJW 1972, 1726; AG Köln, NJW-RR 2001, 1675), **da leichteste Zustandsveränderungen** im Rahmen der Bandbreite üblicher, alltäglicher körperlicher Befindlichkeiten, die gemeinhin **nicht als „krank“** oder Beeinträchtigung der Gesundheit oder des Körpers angesehen werden, eben noch kein von den normalen körperlichen Funktionen abweichender Zustand ist. Eine **vorübergehend „pelzige“ Zunge** und eine **vorübergehende Rachenrötung** ohne Beschwerden erreicht die **erforderliche Erheblichkeit nicht**.

Anders als in dem Fall BGHZ 114, 284 = NJW 1991, 1948, auf den sich das klagende Land bezieht, wo bereits das Tragen des HIV-Virus auch ohne Ausbruch der Krankheit als Gesundheitsbeschädigung angesehen wurde, war hier ein **Verbleib von Giftstoffen** im Körper der Beamten, welche eventuell **zu einem späteren Zeitpunkt noch gravierendere Schäden** hätten hervorrufen können, **nicht feststellbar.**“ (OLG Hamm aaO)

Ohne Rechtsgutverletzung scheidet jedoch auch ein Anspruch der Polizeibeamten gegen die Bekl. aus, so dass auch kein Anspruch auf das klagende Land übergegangen sein kann.

Ein Anspruch nach § 831 BGB i.V.m. § 82 NWBG besteht daher nicht.

III. Ergebnis

Das klagende Land hat gegen die Bekl. einen Anspruch auf Erstattung der ärztlichen Behandlungskosten für die Polizeibeamten O und I aus §§ 683, 677 BGB. Ein weitergehender Erstattungsanspruch (bzgl. der während des stationären Aufenthalts der Beamten gezahlten Dienstbezüge) besteht hingegen nicht.

(BGH in NStZ 2012, 272; Urteil vom 02.11.2012 – 2 StR 375/11)

1. In einer (irrtümlich angenommenen) **Notwehrsituation** ist der Angegriffene bei einem Schusswaffeneinsatz gehalten, den **Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen** oder vor einem tödlichen Schuss einen **weniger gefährlichen Einsatz zu versuchen**.
2. Die Notwendigkeit der Abgabe eines **Warnschusses** als weniger gefährlichen Schusswaffeneinsatz kann aber nur dann angenommen werden, wenn er **zu keiner weiteren Eskalation führen würde**, sondern vielmehr dazu geeignet wäre, den **Angriff endgültig abzuwehren**.

Fall: Der Angekl., ein führendes Mitglied des Motorradclubs «Hell's Angels», hatte erfahren, dass er von Mitgliedern des konkurrierenden Clubs «Bandidos» ermordet werden solle. Zeitgleich erließ das Amtsgericht in einem gegen den Angekl. geführten Ermittlungsverfahren einen Durchsuchungsbefehl für seine Wohnung. Wegen der zu befürchtenden Gewaltbereitschaft des Angeklagten und seiner polizeibekanntenen Bewaffnung wurde zur Vollstreckung des Durchsuchungsbefehls ein Sondereinsatzkommando (SEK) der Polizei hinzugezogen.

Am Tagtag versuchte das SEK gegen sechs Uhr morgens, die Tür des Wohnhauses des Angeklagten aufzubrechen, um ihn und seine Verlobte im Schlaf zu überraschen. Der Angekl. erwachte durch die Geräusche an der Eingangstür, bewaffnete sich mit einer Pistole Kal. 45, die mit acht Patronen geladen war, und begab sich ins Treppenhaus, wo er das Licht einschaltete. Er erblickte von einem Treppenabsatz aus durch die Teilverglasung der Haustür eine Gestalt, konnte diese aber nicht als Polizisten erkennen. Vielmehr nahm er an, es handle sich um schwerbewaffnete Mitglieder der «Bandidos», die ihn und seine Verlobte töten wollten. Er rief: «Verpisst Euch!» Hierauf sowie auf das Einschalten des Lichts reagierten die vor der Tür befindlichen SEK-Beamten nicht. Sie gaben sich nicht zu erkennen und fuhren fort, die Türverriegelungen aufzubrechen.

Da bereits zwei von drei Verriegelungen der Tür aufgebrochen waren und der Angekl. in jedem Augenblick mit dem Eindringen der vermeintlichen Angreifer rechnete, schoss er ohne weitere Warnung, insbes. ohne einen Warnschuss abzugeben, nun gezielt auf die Tür, wobei er billigend in Kauf nahm, einen der Angreifer tödlich zu treffen. Das Geschoss durchschlug die Verglasung der Tür, drang durch den Armausschnitt der Panzerweste des an der Tür arbeitenden Polizeibeamten ein und tötete diesen.

Als der Angekl. seinen Irrtum bemerkte, gab er seinen Widerstand auf und ließ sich widerstandslos festnehmen.

Einer Verurteilung des Angekl. wegen **Totschlags** könnte ausgeschlossen sein, wenn er in Notwehr gehandelt hätte.

- I. Eine **Notwehrlage** hätte für ihn dann vorgelegen, wenn der **Polizeieinsatz** in seiner konkreten Gestalt **nicht rechtmäßig** war.

Gegen die Rechtmäßigkeit könnte hier sprechen, dass es sich bei einer **Durchsuchung** um eine **grds. offen durchzuführende Maßnahme** handelt. Ob sich für das konkrete Vorgehen der Polizei in den §§ 102ff. StPO eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ergibt (vgl. BGHSt 51, 211), kann zweifelhaft sein. § 164 StPO erlaubt ein Einschreiten nur gegen eine **tatsächlich vorliegende oder konkret bevorstehende Störung der Durchsuchung** (vgl. LG Frankfurt a.M. JuS 2008, 649; Eisenberg in FS Rolinski, 2002, S. 165, 175 f.; LR-Erb, 26. Aufl., § 164 Rn 8; C. Müller Rechtsgrundlagen und Grenzen zulässiger Maßnahmen bei der Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen, 2003, S. 86f.). Ob präventiv-polizeirechtliche Regeln das Verfahren der strafprozessualen Durchsuchung abändern können, ist fraglich (abl. C. Müller aaO, S. 58ff. mwN).

- II. Die Frage der Rechtswidrigkeit des Polizeieinsatzes und eines hieraus folgenden möglichen Notwehrrechts des Angekl. hiergegen kann aber im Ergebnis offen bleiben; wenn sich der Angekl. in einem **Erlaubnistatbestandsirrtum** befand, was entsprechend § 16 I 1 StGB zum **Ausschluss der Vorsatzschuld** führt.

1. Vorliegend **irrte der Angekl. über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes**.

„Der Angekl. ging nach den Feststellungen des LG auf Grund der Hinweise vom Vortag durch die Zeugen La und Le von einem Überfall durch ein Rollkommando der verfeindeten „Bandidos“ aus. Er schloss einen „normalen Einbruch“ angesichts des Vorgehens der Angreifer, die sich auch durch Einschalten der Beleuchtung im Haus und den Ruf „verpisst euch“ nicht aufhalten ließen, aus. Die Bedrohung war aus seiner Sicht

akut, da die Angreifer die Haustür bereits weitgehend aufgebrochen hatten und das Eindringen unmittelbar bevorstand, weil er mit einer nicht abschätzbaren Zahl von Angreifern mit unbekannter Bewaffnung und Ausrüstung und mit einem besonders aggressiven Vorgehen rechnete. Wenn diese irrtümliche Annahme des Angekl. zutreffend gewesen wäre, wäre der sogleich auf eine Person gerichtete Schusswaffeneinsatz als erforderliche Notwehrhandlung gerechtfertigt gewesen.“ (BGH aaO)

2. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, dann ist sie grds. dazu berechtigt, dasjenige **Abwehrmittel** zu wählen, welches eine **endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet**; der Angegriffene muss sich nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen, wenn deren **Abwehrwirkung zweifelhaft** ist. Das gilt auch für die Verwendung einer **Schusswaffe**.

- a) Nur wenn **mehrere wirksame Mittel zur Verfügung** stehen, hat der Verteidigende dasjenige Mittel zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist. Wann eine weniger gefährliche Abwehr geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig zu beseitigen, hängt von den **Umständen des Einzelfalls** ab (vgl. BGH NJW 1991, 503). Unter mehreren Abwehrmöglichkeiten ist der Verteidigende zudem nur dann auf die für den Angreifer weniger gravierende verwiesen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht (vgl. BGH BGHR StGB § 32 II Erforderlichkeit 17).
- b) I. d. R. ist der Angegriffene bei einem **Schusswaffeneinsatz** zwar gehalten, den **Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen** oder vor einem tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Einsatz zu versuchen. Die Notwendigkeit eines **Warnschusses** kann aber nur dann angenommen werden, wenn ein solcher Schuss auch dazu geeignet gewesen wäre, den **Angriff endgültig abzuwehren** (vgl. BGH StV 1993, 241).

*„Das war hier nicht der Fall, zumal der Angekl. damit rechnete, dass er seinerseits von den Angreifern durch die Tür hindurch beschossen werden könne. Ihm blieb angesichts seiner Annahme, dass ein endgültiges Aufbrechen der Tür und das Eindringen mehrerer bewaffneter Angreifer oder aber ein Beschuss durch die Tür unmittelbar bevorstand, keine Zeit zur ausreichenden Abschätzung des **schwer kalkulierbaren Risikos**. Bei dieser **zugespitzten Situation** ist nicht ersichtlich, warum die Abgabe eines Warnschusses die Beendigung des Angriffs hätte erwarten lassen (vgl. BGH BGHR StGB § 32 II Erforderlichkeit 13).*

*Ein Warnschuss ist i. Ü. auch nicht erforderlich, wenn dieser nur zu einer **weiteren Eskalation** führen würde (vgl. LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rn 177): Hier war aus Sicht des Angekl. zu erwarten, dass die hartnäckig vorgehenden Angreifer ihrerseits gerade dann durch die Tür schießen würden, wenn sie durch einen Warnschuss auf die Abwehrbereitschaft des Angekl. aufmerksam gemacht worden wären. Auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang muss sich ein Verteidiger nicht einlassen. Daher waren beide Schüsse, die der Angekl. durch die Tür abgegeben hat, aus seiner Sicht erforderliche Notwehrhandlungen (vgl. BGH BGHR StGB § 32 II Erforderlichkeit 10). Dieser Irrtum führt zum Wegfall der Vorsatzschuld.“ (BGH aaO)*

3. **Fahrlässigkeit** i. S. v. §§ 16 I 2, 222 StGB ist dem Angekl. ebenfalls nicht vorzuwerfen, denn dies wäre nur dann der Fall, wenn er seinen **Irrtum über die Identität und Absicht der Angreifer hätte vermeiden können**.

„Das ist ausgeschlossen, weil der Angekl. mit plausiblen Gründen von einem lebensbedrohenden Angriff durch „Bandidos“ ausging, ferner weil die tatsächlich angreifenden Polizeibeamten sich auch nach Einschalten der Beleuchtung im Haus nicht zu erkennen gaben und weil der Angekl. wegen ihres verdeckten Vorgehens keine Möglichkeit hatte, rechtzeitig zu erkennen, dass es sich um einen Polizeieinsatz handelte.“ (BGH aaO)

- III. **Ergebnis: Die Voraussetzungen eines Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes liegen vor.** Dies führt entsprechend § 16 I 1 StGB zum **Ausschluss der Vorsatzschuld**.

StGB

Volksverhetzung

StGB

§ 130 II Nr. 1a, III, V

Verbreitung volksverhetzender Schriften

(BVerfG in NJW 2012, 1498; Beschluss vom 09.11.2011 – 1 BvR 461/08)

Der bloße **Austausch von Schriften zwischen zwei Personen** erfüllt **nicht** das Tatbestandsmerkmal des „**Verbreitens**“ **volksverhetzender Schriften** in § 130 II Nr. 1a, III, V StGB.

Fall: Am 15.04. besuchte der Bf. die Gaststätte „B.“. Während des Besuchs wurde in der Gaststätte auf dem Nachrichtenkanal „n-tv“ eine Dokumentation über den Zweiten Weltkrieg gezeigt. Der Bf. ereiferte sich laut über den Krieg, dessen Folgen und die Umstände der Verursachung. Am 17.04. suchte der Bf. die Gaststätte erneut auf. Allein der Gastwirt war zu dem Zeitpunkt in der Gaststube anwesend. Der Bf. verwickelte ihn in ein Gespräch über die Geschehnisse in Deutschland während des „Dritten Reichs“. Dabei übergab der Bf. dem Gastwirt in einer Mappe Informationsmaterial in Form von zwei Redemanuskripten („Trauermarsch anlässlich des 60. Jahrestags der Bombardierung Magdeburgs“ und „Trauermarsch anlässlich des 60. Jahrestags der Zerstörung Würzburgs“), die der Bf. in der Vergangenheit öffentlich gehalten hatte, sowie jeweils eine Kopie mehrerer Aufsätze des „Kampfbundes gegen Unterdrückung der Wahrheit in Deutschland“, darunter „Die Geschichtslüge des angeblichen Überfalls auf Polen im Jahre 1939“ und „Über die verantwortlichen Staatsmänner, die den Zweiten Weltkrieg verursachten und die ihn zu verhindern suchten“. Im erstgenannten Aufsatz wird unter anderem im Zusammenhang mit dem Holocaust behauptet, es sei wissenschaftlich erwiesen, dass es keine Gaskammern für Menschen gegeben habe. Im zweitgenannten Aufsatz wird der Holocaust an den Juden als „Zwecklüge“ bezeichnet.

Zu prüfen ist, ob eine Verurteilung des Bf. wegen des „Verbreitens“ volksverhetzender Schriften nach § 130 II Nr. 1a, III, V StGB ihn in seiner durch Art. 5 I 1 GG gewährleisteten **Meinungsfreiheit** verletzt.

I. Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG

1. **Gegenstand des Schutzbereichs** des Art. 5 I 1 GG sind **Meinungen**, d. h. durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägte Äußerungen (vgl. BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257; BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415; BVerfGE 90, 241 = NJW 1994, 1779). Sie fallen stets in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG, ohne dass es dabei darauf ankäme, ob sie sich als wahr oder unwahr erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden (vgl. BVerfGE 90, 241 = NJW 1994, 1779; BVerfGE 124, 300 = NJW 2010, 47). Dementsprechend fällt selbst die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 I GG heraus (vgl. BVerfGE 124, 300 = NJW 2010, 47).
2. Neben Meinungen sind vom Schutz des Art. 5 I 1 GG aber auch **Tatsachenmitteilungen** umfasst, da und soweit sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind bzw. sein können (vgl. BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415; BVerfGE 90, 241 = NJW 1994, 1779).

Nicht mehr in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG fallen hingegen bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen, da sie zu der verfassungsrechtlich gewährleisteten Meinungsbildung nichts beitragen können (vgl. BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415; BVerfGE 90, 1 = NJW 1994, 1781; BVerfGE 90, 241 = NJW 1994, 1779). Allerdings dürfen die Anforderungen an die Wahrheitspflicht nicht so bemessen werden, dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet. Im Einzelfall ist eine Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile nur zulässig, wenn dadurch der Sinn der Äußerung nicht verfälscht wird. Wo dies nicht möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen werden, weil andernfalls eine wesentliche Verkürzung des Grundrechtsschutzes drohte (vgl. BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415; BVerfGE 90, 241 = NJW 1994, 1779).

II. Einschränkungen der Meinungsfreiheit

1. Das **Grundrecht der Meinungsfreiheit** ist allerdings **nicht vorbehaltlos gewährleistet**: Nach Art. 5 II GG unterliegt es insbes. den **Schranken**, die sich **aus den allgemeinen Gesetzen** ergeben. Darunter sind alle Gesetze zu verstehen, die nicht eine Mei-

nung als solche verbieten, sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen (vgl. BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257; BVerfGE 93, 266). Darüber hinaus hat das BVerfG eine Ausnahme vom Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze für Vorschriften (im konkreten Fall: § 130 IV StGB) anerkannt, die auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 zielen (vgl. BVerfGE 124, 300 = NJW 2010, 47).

2. Bei Auslegung und Anwendung der die Meinungsfreiheit einschränkenden Vorschriften haben die Gerichte jedoch im Einzelfall ihrerseits wiederum dem eingeschränkten Grundrecht Rechnung zu tragen, damit dessen **wertsetzende Bedeutung**, die in der freiheitlichen Demokratie zu einer grds. Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen führen muss, auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt.

*„Zwischen Grundrechtsschutz und Grundrechtsschranken findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der **grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat** ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzender Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen (vgl. BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257; BVerfGE 124, 300 = NJW 2010, 47). Allein die Wertlosigkeit oder auch **Gefährlichkeit von Meinungen** als solche ist **kein Grund, diese zu beschränken**. Demgegenüber ist es legitim, Rechtsgutsverletzungen zu unterbinden (vgl. BVerfGE 124, 300 = NJW 2010, 47). **Verbote werden darf mithin nicht der Inhalt einer Meinung** als solcher, **sondern nur die Art und Weise der Kommunikation**, die bereits den Übergang zur Rechtsgutsverletzung greifbar in sich trägt und damit die Schwelle zu einer sich abzeichnenden Rechtsgutsverletzung überschreitet (vgl. BVerfGE 124, 300 = NJW 2010, 47). In diesem Verständnis sind dementsprechend im Lichte des Art. 5 I GG sowohl die Tatbestandsmerkmale einer Strafnorm auszulegen als auch der Lebenssachverhalt unter die Strafnorm zu subsumieren (vgl. zu den Tatbestandsmerkmalen des § 130 IV StGB ausdrücklich BVerfGE 124, 300 = NJW 2010, 47).“* (BVerfG aaO)

III. Anwendung auf den vorliegenden Fall

1. Die hier in Frage stehenden Äußerungen unterfallen noch dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

*„Zwar leugnen sie das historische Gesamtgeschehen des Holocaust. Dieses insbes. gegen die jüdische Bevölkerung gerichtete Massenvernichtungsunrecht ist aber eine geschichtlich erwiesene Tatsache, deren Leugnen folglich als erwiesen unwahr allein für sich betrachtet nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfällt (vgl. BVerfGE 90, 241 = NJW 1994, 1779). Im Gesamtkontext der jeweiligen Aufsätze betrachtet sind die den Holocaust leugnenden Äußerungen vorliegend jedoch untrennbar mit Meinungsäußerungen verbunden. Der Aufsatz „Die Geschichtslüge des angeblichen Überfalls auf Polen im Jahre 1939“ bestreitet primär die Schuld Deutschlands am Ausbruch des Zweiten Weltkriegs und stellt insofern die Behauptung auf, dass dies eine Lüge der Nachkriegsgeneration, insbesondere der „BRD-Politiker“ sei. Die erste, den Holocaust leugnende Äußerung benutzt der Bf. aber lediglich als Teil eines einleitenden Begründungsversuchs, warum die Nachkriegsgeneration Deutschland die alleinige Kriegsschuld zusprach. Auch die zweite, den Holocaust leugnende Äußerung der Aufsätze, steht zu den Grundthesen der fehlenden Kriegsschuld Deutschlands und der diesbezüglichen „Lügen der Nachkriegsgeneration“ in unmittelbarem Kontext. Diese Thesen sind ihrerseits aber **als wertende Äußerungen vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst** (vgl. BVerfGE 90, 1 = NJW 1994, 1781; BVerfGE 90, 241 = NJW 1994, 1779).“* (BVerfG aaO)

2. **Bei Auslegung und Anwendung des § 130 II Nr. 1a, III, V StGB muss daher auch der wertsetzenden Bedeutung des Art. 5 I 1 GG ausreichend Rechnung getragen werden.**

*„Der Gesetzgeber hat – ungeachtet der Frage, inwieweit § 130 II Nr. 1a, III, V StGB aus anderen Gründen den verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbes. etwa im Hinblick auf einen verfassungsrechtlich tragfähigen Rechtsgüterschutz, genügt – dieser wertsetzenden Bedeutung jedenfalls insofern Rechnung getragen, als er in dieser Tatbestandsvariante **nicht jede Art der Äußerung unter Strafe gestellt hat, sondern nur das Verbreiten**. Hierin sieht er folglich die Grenze zur Rechtsgutsverletzung überschritten.“*

Entscheidendes Kriterium, ob ein Verbreiten vorliegt, ist nach hergebrachtem Verständnis stets, dass eine Schrift **einem größeren, nicht mehr kontrollierbaren Personenkreis zugänglich gemacht** wird (vgl. nur BGHSt 13, 257 = NJW 1959, 2125; BGHSt 19, 63 = NJW 1963, 2132 m. jew. Nachw. aus den Rspr. des RG). Dass bei Unterstrafestellung der Verbreitung von den Holocaust leugnenden Schriften durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 (BGBl I, 3186) ein neues, wesentlich anderes Verständnis des Begriffs zu Grunde gelegt werden sollte, ist nicht ersichtlich (vgl. BT-Dr 12/4825, S. 4 ff.; BT-Dr 12/6853, S. 23 f.; BT-Dr 12/8588, S. 8). Der Gesetzgeber hat folglich das **bloße Austauschen solcher Schriften zwischen zwei Personen** – und damit das bloße Äußern der konkreten Meinung als solcher – **grds. von der Strafbarkeit nach § 130 II Nr. 1a StGB ausgenommen**. Folgerichtig hat der II. Senat des

BGH in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal „Verbreiten“ bei § 130 II Nr. 1a, III, IV (jetzt: Abs. 5) StGB konkreter und restriktiver als der vom LG zitierte Beschluss des OLG Jena (NSTZ 2004, 628), dem derselbe Sachverhalt wie der Entscheidung des BGH zu Grunde lag, festgestellt, dass zwar schon die Weitergabe eines Exemplars der Schrift ausreiche, wenn dies mit dem Willen geschehe, der Empfänger werde die Schrift durch die körperliche Weitergabe einem größeren Personenkreis zugänglich machen oder wenn der Täter mit der Weitergabe an eine größere, nicht mehr zu kontrollierende Zahl von Personen rechne, dass aber die Weitergabe an einzelne bestimmte Dritte allein das Merkmal des Verbreitens hingegen nicht zu erfüllen vermöge, wenn nicht feststehe, dass der Dritte seinerseits die Schrift an weitere Personen überlassen werde (vgl. BGH NJW 2005, 689). Auch der III. Senat des BGH hat – wenngleich bezüglich § 184 b I Nr. 1 StGB – betont, dass für ein Verbreiten die regelmäßig ohnehin bestehende abstrakte Gefahr der Weitergabe durch einen Dritten nicht genüge (vgl. BGH BeckRS 2009, 25652).“ (BVerfG aaO)

3. Der bloße Austausch von Schriften zwischen zwei Personen erfüllt nicht den Straftatbestand des § 130 II Nr. 1a, III, StGB.

„Indem die angegriffenen Entscheidungen das **Tatbestandsmerkmal „Verbreiten“ überdehnt** und letztlich den bloßen Austausch von Schriften zwischen zwei Personen unter den Straftatbestand des § 130 II Nr. 1a, III, StGB subsumiert haben, **verkennen sie die Bedeutung der Meinungsfreiheit wesentlich**. Sie haben damit in mit Art. 5 I 1 GG nicht vereinbarer Weise nicht erst die Art und Weise der Kommunikation, die bereits den Übergang zur Rechtsgutsverletzung in sich trägt, sondern im Ergebnis schon das schlichte Äußern einer konkreten Meinung unter Strafe gestellt. Insbes. die **friedensstörende Wirkung**, wie sie für einen Eingriff in die Meinungsfreiheit erforderlich wäre (vgl. BVerfGE 124, 300 [335] = NJW 2010, 47), [ist] nicht erkennbar.

Denn nach den gerichtlichen Feststellungen haben der Bf. und der Gastwirt als Empfänger der Schriften übereinstimmend ausgesagt, dass der Bf. dem Gastwirt die fraglichen Aufsätze deshalb ausgehändigt habe, damit dieser sich über die sich angeblich tatsächlich ereigneten historischen Geschehnisse informiere. Überreicht worden ist auch jeweils nur ein Exemplar der gegenständlichen Schriften. Sonstige Personen waren beim Austausch der Schriften nicht anwesend. Der Bf. hat den Gastwirt auch nicht aufgefordert, die Schriften in der Gaststätte auszulegen, oder in sonstiger Art und Weise auf die Weiterverbreitung eingewirkt. Für ihn bestanden nach den gerichtlichen Feststellungen keinerlei konkrete Anhaltspunkte, dass der Gastwirt die Schriften den sonstigen Gaststättenbesuchern überlassen würde. Dementsprechend hat dieser die **Schriften nicht an Dritte weitergereicht** und nach den gerichtlichen Feststellungen dies zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt, sondern den Vorfall bei der Polizei zur Anzeige gebracht. Die Schlussfolgerung, dass der Bf. die Weiterverbreitung der Schriften durch den Zeugen zwingend billigend in Kauf genommen habe, da er sie mit dem Zeugen einem Gastwirt übergeben habe und in dessen Gaststätte zwei Tage vorher anlässlich einer TV-Dokumentation über den Zweiten Weltkrieg in der Gaststätte in nicht näher festgestellter Art und Weise die Kriegsschuld Deutschlands geleugnet habe, kann sich damit auf keine unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Meinungsfreiheit hinreichend tragfähigen tatsächlichen Anhaltspunkte stützen.“ (BVerfG aaO)

(BVerfG in DÖV 2012, 322; Beschluss vom 28.11.2011 - 1 BvR 917/09)

1. Zwischen Grundrechtsschutz und Grundrechtsschranken findet eine **Wechselwirkung** in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzender Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müsse.
2. Anders als dem einzelnen Staatsbürger kommt dem **Staat kein grundrechtlich geschützter Ehrenschutz zu**. Der Staat hat grundsätzlich auch scharfe und polemische Kritik.
3. Die **Zulässigkeit von Kritik** am System ist **Teil des Grundrechtstaats**.
4. Eine Rechtsgutverletzung des Staates ist daher bei der Meinungsäußerung nur anzunehmen, wenn auf Grund der **konkreten Art und Weise der Meinungsäußerung** der Staat dermaßen verunglimpft wird, dass dies zumindest mittelbar geeignet erscheint, den **Bestand der Bundesrepublik Deutschland**, die **Funktionsfähigkeit** seiner staatlichen Einrichtungen oder die Friedlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland **zu gefährden**

Fall: Die Verfassungsbeschwerde betrifft eine strafgerichtliche Verurteilung wegen Beihilfe zur Verunglimpfung des Staates (§§ 90 a I Nr. 1, 27 StGB). Am 28. 2. 2008 wurde im Theater „L.“ in B. das Theaterstück „Georg Elser – allein gegen Hitler“ uraufgeführt. Nach der Premiere des Theaterstücks wurden von mehreren unbekannt gebliebenen Männern Flugblätter an Besucher verteilt und an Kraftfahrzeugen angebracht. Unter der Überschrift „Georg Elser – Held oder Mörder?“ enthielt das Flugblatt in der linken Spalte folgenden Text:

„Der militante Kommunist Georg Elser (u. a. seit 1928 Mitglied im Rotfrontkämpferbund), dem die Nationalsozialisten trotzdem kein Haar gekrümmt hatten, plante bereits 1938, den demokratisch gewählten Reichskanzler, Adolf Hitler, zu ermorden. Am 8. 11. 1939 explodierte seine durch einen Zeitzünder ausgelöste Bombe im Münchener Bürgerbräukeller. Sie riss acht unschuldige Menschen in den Tod. Weitere 63 Menschen wurden verletzt, 16 davon schwer. Unter den Opfern befanden sich auch Mütter und Familienväter, wodurch ihre Kinder zu Waisen wurden. Wie sehr ist dieses BRD-System schon verkommen, dass es für seinen „K (r)ampf gegen Rechts“ (und damit alles Deutsche!) eines solchen Vorbildes bedarf? Ihn in Filmen und Theaterstücken bejubelt, Schüler zwingt, ihn zu verehren, und sogar Briefmarken für den Kommunisten Elser herausgibt? Werden bald die kommunistischen RAF-Terroristen ebenso geehrt und ihre Opfer verhöhnt?

Mörder unschuldiger Menschen können keine Vorbilder sein!“

In der rechten Spalte des Flugblatts waren auf Todesanzeigen ähnliche Art und Weise die Namen der acht im Bürgerbräukeller ums Leben gekommenen Personen nebst Geburtsdatum aufgeführt. Darunter befand sich noch folgender Text:

„Ermordet durch einen feigen Terroranschlag am 8. 11. 1939!“

Da die eigentlichen Verfasser des Flugblatts eine presserechtlich ordnungsgemäße Veröffentlichung des Flugblatts ermöglichen und selbst unerkannt bleiben wollten, trat die Bf. als Vorstandsmitglied des NPD-Kreisverbands Z. auf Anfrage und in Kenntnis des Inhalts des Flugblatts nach außen hin als presserechtlich Verantwortliche des Flugblatts auf.

Das AG verurteilte auf Grund dieses Sachverhalts die Bf. mit angegriffenem Urteil gem. §§ 90 a I Nr. 1, 27 StGB wegen Beihilfe zur Verunglimpfung des Staates zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 10 Euro. Mit Beschluss vom 19.03.2009 verwarf das OLG die Revision der Bf. als unbegründet. Beschimpfende Angriffe auf die Bundesrepublik Deutschland als Staat mit ihrer im Grundgesetz verkörperten Verfassung seien nicht mehr durch Art. 5 I 1 GG gedeckt, sondern nach § 90 a I Nr. 1 StGB strafbar. Wird die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

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

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.

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 nachteilige strafgerichtlichen Entscheidung. Urteile 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 Abs. 4, 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.

Hier könnte der Bf. in der Gewährleistung der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I 1 GG sowie in der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG verletzt sein. Eine solche Verletzung erscheint jedenfalls nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen.

b) Unmittelbare Betroffenheit

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Bf. **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen sind.

aa) Selbstbetroffenheit

Ist immer dann ohne nähere Darlegung anzunehmen, wenn die Norm, die gerichtliche Entscheidung oder der Einzelakt sich an ihn selbst richtet. Hierbei muss eine Berufung auf eigene Grundrechte erfolgen. Ansonsten ist eine ausdrückliche Prüfung der Selbstbetroffenheit notwendig.

Da der Bf. hier gegen eine gegen ihn gerichtete gerichtliche Entscheidung vorgeht, ist Selbstbetroffenheit ohne weiteres anzunehmen.

bb) Gegenwärtigkeit

Der Bf. muss **aktuell noch betroffen** sein, eine in der Zukunft liegende Betroffenheit reicht hingegen nicht aus. Auch dies ist angesichts der gegen ihn ergangenen Entscheidungen ohne weiteres gegeben.

cc) unmittelbare Betroffenheit

Diese besteht bei Gesetzen nur, wenn zur Herbeiführung der Betroffenheit ein Umsetzungsakt nicht mehr erforderlich ist; ansonsten muss der Umsetzungsakt abgewartet werden, wenn dies nicht zu nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen oder nicht nachholbaren Dispositionen führt. Bei anderen Hoheitsakten besteht sie immer, also auch hier.

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 Bf. hat den Rechtsweg vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde ausgeschöpft.

6. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Auch über die Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus ist die Verfassungsbeschwerde gegenüber einer Inzidentprüfung durch die Fachgerichte subsidiär, so dass dies auch bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, bei der kein Rechtsweg vorgesehen ist, gilt. (BVerfGE 78, 350 [355], BVerfGE 84, 90 [116]; BVerfG NJW 2003, 418; BVerfG, NVwZ 2004, 977). Dies gilt allerdings nicht für die mögliche Einlegung einer Dienstaufsichtsbeschwerde (vgl. BVerfG, MJW 2004, 2891). Dies spielt hier jedoch keine Rolle.

7. Annahme der Verfassungsbeschwerde

„Soweit die Bf. rügt, in ihren Rechten aus Art. 5 I 1 GG verletzt zu sein, nimmt die Kammer die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies insoweit zur Durchsetzung der in § 90 I BVerfGG genannten Rechte der Bf. angezeigt ist (§ 93 a II lit. b BVerfGG). Die Voraussetzungen für eine stattgebende Kammerentscheidung liegen vor (§ 93 c BVerfGG). Die für die Entscheidung maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen der Reichweite von Art. 5 I 1 GG bei der strafrechtlichen Beurteilung von Meinungsäußerungen im Allgemeinen sowie im Bereich von § 90 a StGB im Besonderen hat das BVerfG bereits entschieden (vgl. allg. zur Meinungsfreiheit: BVerfGE 90, 241 [247 ff.] = NJW 1994, 1779; BVerfGE 93, 266 [292 ff.] = NJW 1995, 3303; BVerfGE 124, 300 [320 ff.] = NJW 2010, 47; speziell zu § 90 a StGB: BVerfGE 47, 198 [232 f.] = NJW 1978, 1043; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 1999, 204; Beschl. v. 9. 7. 2008 – 1 BvR 519/08, BeckRS 2008, 42250; NJW 2009, 908).“ (BVerfG aaO)

II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die gerichtlichen Entscheidungen den Bf. In seinen Rechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt.

Der Bf. könnte in seinem durch Art. 5 I 1 GG geschützten Grundrecht auf Meinungsfreiheit verletzt sein.

1. Schutzbereich

Dann müsste zunächst der Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG eröffnet sein.

a) Bestimmung des Schutzbereichs

„Vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst sind zum einen Meinungen, d. h. durch das **Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens** geprägte Äußerungen. Sie fallen stets in den Schutzbereich von Art. 5 I 1 GG, **ohne** dass es dabei **darauf ankäme**, ob sie sich als **wahr oder unwahr** erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind, oder ob sie als **wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos** eingeschätzt werden (vgl. BVerfGE 90, 241 [247] = NJW 1994, 1779; BVerfGE 124, 300 [320] = NJW 2010, 47). Sie **verlieren** diesen **Schutz** auch dann **nicht**, wenn sie **scharf und überzogen** geäußert werden (vgl. BVerfGE 61, 1 [7 f.] = NJW 1983, 1415; BVerfGE 90, 241 [247] = NJW 1994, 1779; BVerfGE 93, 266 [289] = NJW 1995, 3303).

Der Meinungsäußernde ist insbesondere auch **nicht gehalten**, die **der Verfassung zu Grunde liegenden Wertsetzungen zu teilen**, da das Grundgesetz zwar auf die Werteloyalität baut, diese aber nicht erzwingt (vgl. BVerfGE 124, 300 [320] = NJW 2010, 47). Neben Meinungen sind vom Schutz des Art. 5 I 1 GG aber auch Tatsachenmitteilungen umfasst, soweit sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind bzw. sein können. Nicht mehr in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG fallen hingegen bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen, da sie zu der verfassungsrechtlich gewährleisteten Meinungsbildung nichts beitragen können (vgl. BVerfGE 61, 1 [8] = NJW 1983, 1415; BVerfGE 90, 241 [247] = NJW 1994, 1779). Allerdings dürfen die Anforderungen an die Wahrheitspflicht nicht so bemessen werden, dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet. Im Einzelfall ist eine **Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile** nur zulässig, wenn dadurch der Sinn der **Äußerung nicht verfälscht** wird. Wo dies nicht möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen werden, weil andernfalls eine wesentliche Verkürzung des Grundrechtsschutzes drohte (vgl. BVerfGE 90, 241 [248] = NJW 1994, 1779; st. Rspr.).“ (BVerfG aaO)

b) Eröffnung des Schutzbereichs im vorliegenden Fall

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben die hier in dem Flugblatt erfolgen Äußerungen dem Schutz der Meinungsfreiheit unterfallen.

„Der Inhalt des Flugblatts ist **überwiegend von wertenden Stellungnahmen**, insbesondere in den Absätzen drei bis fünf der linken Textspalte und der Schlusssatzung der rechten Spalte geprägt. Die **Sachschilderungen** im ersten und zweiten Absatz der linken Textspalte zum Anschlag im Münchener Bürgerbräukeller vom 08.11.1939 sind ersichtlich **Grundlage der anschließenden Wertungen**. Stellung genommen wird dabei im Kontext mit der Aufführung des Theaterstücks „Georg Elser – allein ge-

gen Hitler“ zum einen zum **Bürgerbräukelleranschlag** bzw. zur Person Georg Elser selbst und zum anderen zur für die Verfasser durch Aufführung dieses Theaterstücks und ähnlicher Veranstaltungen empfundenen **Verehrung der Person Georg Elzers** in der Bundesrepublik Deutschland. Dass dabei das „BRD-System“ als „verkommen“ bezeichnet wird, ist für die Eröffnung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit nicht entscheidend, da es hierfür **auf den Wert der Äußerungen** und eine **Werteloyalität** der Bf. **nicht ankommt**. Anders als nach Auffassung des AG enthalten die Absätze drei bis fünf auch keine erwiesenen unrichtigen Tatsachenbehauptungen. Der Einschub im dritten Absatz der linken Textspalte „und Schüler zwingt, ihn (Georg Elser) zu verehren“ ist, will man den Sinn der Äußerung nicht verfälschen, **untrennbar in die sonstigen Wertungen** des dritten Absatzes eingebunden und kann naheliegenderweise so verstanden werden, dass die Schüler durch entsprechende Theateraufführungen nach Ansicht der Bf. zu einer Verehrung Georg Elzers zu Unrecht gedrängt werden. Auch die Fragestellung des vierten Absatzes „Werden bald die kommunistischen RAF-Terroristen genauso geehrt und ihre Opfer verhöhnt?“ hat eine ausschließlich die **Grundaussage betonende Funktion** und beinhaltet auch nicht im Umkehrschluss eine dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptung.“ (BVerfG aaO)

2. Eingriff

Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt vor, bei jedem, dem Staat zurechenbaren Verhalten, durch welches die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich gemacht oder erschwert wird.

Die strafrechtliche Sanktionierung einer Meinungsäußerung durch Urteil stellt daher ohne weiteres einen Eingriff in die von Art. 5 I 1 GG geschützte Meinungsfreiheit dar.

3. Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein. Dies setzt voraus, dass es sich bei Art. 5 I 1 GG um ein beschränkbares Grundrecht handelt und die Beschränkung ihrerseits die verfassungsrechtlichen Vorgaben einhält.

a) Beschränkbarkeit von Art. 5 I 1 GG

Der Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG steht nach Art. 5 II GG unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre und ist daher grundsätzlich beschränkbar.

Es müsste sich aber bei § 90a StGB um ein allgemeines Gesetz handeln.

aa) Sonderrechtslehre

Nach der Sonderrechtslehre darf ein allgemeines Gesetz sich nicht spezifisch gegen die Meinungsäußerungsfreiheit richten, nach einer Variante nicht gegen bestimmte Meinungen.

bb) Abwägungslehre

Nach der Abwägungslehre ist ein allgemeines Gesetz ein solches, das einem (im Einzelfall) höherwertigen Allgemeininteresse als der geschützten Freiheit dient.

cc) BVerfG

Nach der Einheitsformel des Bundesverfassungsgerichts sind allgemeine Gesetze solche Gesetze, die sich weder gegen die Meinungsfreiheit an sich noch gegen bestimmte Meinungen richten, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen. Folge der Einheitsformel ist, dass die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und das Recht der persönlichen Ehre neben den allgemeinen Gesetzen keine eigenständige Bedeutung haben.

Es handelt sich bei § 90a StGB daher um ein allgemeines Gesetz, so dass es grundsätzlich tauglich ist, den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG einzuschränken.

b) Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung

Die grundsätzliche Beschränkungsmöglichkeit der Meinungsfreiheit hat jedoch auch ihrerseits Grenzen und muss weitere verfassungsrechtliche Vorgaben einhalten.

aa) Verfassungsmäßigkeit der Norm

Zunächst könnte schon die der Verurteilung zugrunde liegende Norm, § 90a StGB verfassungswidrig sein.

*„Ist der Schutzbereich der Meinungsfreiheit einmal eröffnet, findet dieses Grundrecht zwar seine Schranken in den allgemeinen Gesetzen, wozu auch die Strafnorm des § 90 a I Nr. 1 StGB zählt, gegen die **keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken** bestehen (vgl. BVerfGE 47, 198 [232 f.] = NJW 1978, 1043).“* (BVerfG aaO)

bb) Verfassungsmäßigkeit der Normanwendung

Allerdings könnte die Normanwendung verfassungswidrig sein.

(1) Wechselwirkungstheorie

Bei der Anwendung einer Norm, welche als allgemeines Gesetz die Meinungsfreiheit begrenzt, ist die sog. Wechselwirkungstheorie zu berücksichtigen.

*„[Die Gerichte haben] bei Auslegung und Anwendung der die Meinungsfreiheit einschränkenden Vorschrift im Einzelfall ihrerseits wiederum dem eingeschränkten Grundrecht Rechnung zu tragen, damit dessen wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 7, 198 [208 f.] = GRUR 1958, 254; BVerfGE 93, 266 [292] = NJW 1995, 3303; BVerfGE 124, 300 [342] = NJW 2010, 47; st. Rspr.). **Zwischen Grundrechtsschutz und Grundrechtsschranken findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzender Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen** (vgl. BVerfGE 7, 198 [208 f.] = GRUR 1958, 254; BVerfGE 124, 300 [332 u. 342] = NJW 2010, 47).*

*Allein die **Wertlosigkeit** oder auch **Gefährlichkeit** von Meinungen als solche ist **kein Grund**, diese zu beschränken. Demgegenüber ist es legitim, Rechtsgutsverletzungen zu unterbinden (vgl. BVerfGE 124, 300 [332 f.] = NJW 2010, 47). **Verboten werden darf** mithin nicht der Inhalt einer Meinung als solcher, sondern nur die **Art und Weise der Kommunikation**, die bereits den Übergang zur Rechtsgutsverletzung greifbar in sich trägt und damit die Schwelle zu einer sich abzeichnenden Rechtsgutverletzung überschreitet (vgl. BVerfGE 124, 300 [342] = NJW 2010, 47). Ist diese Schwelle überschritten, erfordert die Bedeutung der Meinungsfreiheit in einem **zweiten Schritt eine fallbezogene Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Rechtsgut, in dessen Interesse sie eingeschränkt ist** (vgl. BVerfGE 93, 266 [293 ff.] = NJW 1995, 3303). Bei Staatsschutznormen ist dabei besonders sorgfältig zwischen einer – wie verfehlt auch immer erscheinenden – Polemik auf der einen Seite und einer Beschimpfung oder böswilligen Verächtlichmachung auf der anderen Seite zu unterscheiden, weil **Art. 5 I GG gerade aus dem besonderen Schutzbedürfnis der Machtkritik** erwachsen ist und darin unverändert seine Bedeutung findet (vgl. BVerfGE 93, 266 [293] = NJW 1995, 3303; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 1999, 204 [205]).“* (BVerfG aaO)

(2) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Anwendung des § 90a StGB im vorliegenden Fall insofern einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhält. Hierfür kommt es insbesondere auf die Frage an, ob der Inhalt des Flugblattes bereits die Schwelle zu einer Rechtsgutverletzung überschritten hat, anderenfalls führt die Berücksichtigung der wertsetzenden Bedeutung der Meinungsfreiheit dazu, dass ihre Äußerung – unabhängig von der Wertigkeit ihres Inhalts – von der Verfassung geschützt wird.

Die Verurteilung wird hier auf § 90a StGB geschützt. Es gilt daher festzustellen, ob durch die Äußerungen auf dem Flugblatt die von § 90a StGB geschützten Rechte des Staates verletzt werden.

*„[Anders] als dem einzelnen Staatsbürger kommt dem **Staat kein grundrechtlich geschützter Ehrenschatz** zu. Der Staat hat grundsätzlich auch scharfe und polemische Kritik auszuhalten (vgl. BVerfGE 93, 266 [292 f.] = NJW 1995, 3303; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 2009, 908 [909]). Die **Zulässigkeit von Kritik am System ist Teil des Grundrechtstaats**. Zielrichtung des vorliegend angewandten § 90 a StGB wie sämtlicher Staatsschutznormen ist es, den **Bestand der Bundesrepublik Deutschland, ihrer Länder***

und ihrer verfassungsgemäßen Ordnung zu gewährleisten und zu erhalten (vgl. BGHSt 6, 324 [325] = NJW 1954, 1818; BGH, NStZ 1998, 408; Laufhütte/Kuschel, in: LK-StGB, 12. Aufl. [2007], § 90 a Rn 1; Württemberg, JZ 1979, 309; Schröder, JZ 1979, 89; Roggemann, JZ 1992, 934 [937]). Die **Schwelle zur Rechtsgutverletzung** ist im Falle des § 90 a I Nr. 1 StGB mithin erst dann **überschritten**, wenn auf Grund der konkreten Art und Weise der Meinungsäußerung der **Staat dermaßen verunglimpft** wird, dass dies zumindest mittelbar geeignet erscheint, den **Bestand der Bundesrepublik Deutschland, die Funktionsfähigkeit seiner staatlichen Einrichtungen oder die Friedlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden** (vgl. BVerfGE 93, 266 [293] = NJW 1995, 3303; BVerfGE 124, 300 [332 ff.] = NJW 2010, 47). Dies wäre bei entsprechender Form der Meinungsäußerung etwa denkbar, wenn der Bundesrepublik Deutschland jegliche Legitimation abgesprochen würde und dazu aufgerufen würde, sie zu ersetzen (vgl. BGH, NStZ 2003, 145).“ (BVerfG aaO)

Diese Schwelle müsste im vorliegenden Fall überschritten sein. Das streitige Flugblatt nimmt die Aufführung des Theaterstücks „Georg Elser – allein gegen Hitler“ zum Anlass, um sich – wie bereits erläutert – vorwiegend mit dem zu Grunde liegenden historischen Geschehen um Georg Elser auseinanderzusetzen und im Rahmen des öffentlichen Meinungskampfs der unterstellten anderen Wertung des „BRD-Systems“ eine eigene Wertung entgegenzusetzen.

„Kernaussage des Flugblatts ist bei einer kontextbezogenen objektivierenden Betrachtung der letzte Absatz der linken Textspalte: „Mörder unschuldiger Menschen können keine Vorbilder sein!“ Die Darstellung einer Verkommenheit des „BRD-Systems“ ist hingegen weder inhaltlich noch dem Umfang nach thematischer Schwerpunkt des Flugblatts. Bezugspunkt insofern ist auch nicht etwa die verfassungsmäßige Ordnung, sondern mit dem „K(r)ampf gegen Rechts“ lediglich ein politischer Einzelaspekt. Die Äußerungen verbleiben dabei weitgehend auf der geistigen Ebene (vgl. BVerfGE 124, 300 [342] = NJW 2010, 47), die Grenze von bloßer Polemik zur Rechtsgutverletzung ist noch nicht überschritten. Eine auch nur mittelbare Eignung des Flugblatts, den Bestand des Staates und seiner Einrichtungen oder die Friedlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, erscheint ausgeschlossen.“ (BVerfG aaO)

Eine Verletzung der Rechtsgüter der Bundesrepublik Deutschland ist folglich nicht festzustellen. Daher wird der Bereich der grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit noch nicht verlassen.

„Die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen beruhen auch auf der Verkennung der Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG.“ (BVerfG aaO)

III. Ergebnis

Der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG ist hier auf der Ebene der Normanwendung nicht gerechtfertigt, so dass der Schutzbereich verletzt ist. Die Verfassungsbeschwerde ist daher zulässig und begründet.

GastG
§ 4**Gaststättenrechtliches Genehmigungsverfahren**
Berücksichtigung baurechtlicher Vorgaben

GewR

(OVG Berlin-Brandenburg in NJOZ 2012, 629, Urteil vom 11.08.2011 – OVG 1 B 60/09)

1. Der Verwaltungsbehörde ist es nicht verwehrt, solange eine Baugenehmigung nicht erteilt ist, **im gaststättenrechtlichen Erlaubnisverfahren** die dem Betrieb entgegenstehenden **bauplanungsrechtlichen Belange zu prüfen**.
2. Im **verwaltungsgerichtlichen Verfahren** ist zu prüfen, ob die einer Entscheidung der Gaststättenbehörde zu Grunde gelegten **bauplanungsrechtlichen Versagungsgründe** vorliegen oder nicht.

Fall Der Kl. begehrt eine gaststättenrechtliche Erlaubnis zur Nutzung einer im Hofgarten des Hauses G. in B. liegenden Terrasse im Rahmen des Gaststättenbetriebs „W. Café-Bar D.“

Die genannte Gaststätte befindet sich von der G-Straße gesehen rechts vom Hausflur im Erdgeschoss einer fünfgeschossigen B.er Wohnhausanlage mit ausgebautem Dachgeschoss. Mit Antrag vom 04.12.1990 beantragte der Eigentümer des Grundstücks den Ausbau des Dachgeschosses. Die tatsächliche Geschossflächenzahl erhöhte sich dadurch von 3,32 auf 3,76. Unter dem 13.05.1991 wurde die Baugenehmigung für den Dachausbau erteilt. Sie wurde im Hinblick auf die Erhöhung der Geschossflächenzahl mit der Auflage verbunden, u. a. den Hof zu entsiegeln und gärtnerisch anzulegen. Bei der Besichtigung des Dachausbaus am 13.07.1994 durch die Aufsichtsbehörde wurde festgestellt, dass die Außenanlagen unverändert waren. Daraufhin sprach der Architekt S für den seinerzeitigen Bauherrn am 05.09.1994 beim Bezirksamt vor. Am 05.12.1994 reichte er zur Genehmigung einen neuen Plan der Außenanlagen ein. Neben zurückgenommener Bepflanzung, einem Fahrradständer und einer weitergehenden Pflasterung war auch die Terrasse mit 4 x 5 m nunmehr unter der Bezeichnung „Gaststättenterrasse“ eingezeichnet. Unter dem 07.03.1995 wurde dem Grundstückseigentümer gemäß der Bauvorlage vom 05.12.1994 eine dritte Nachtragsgenehmigung für die Änderung der Außenanlagen erteilt.

Der Kl. übernahm die Gaststätte von dem vormaligen Betreiber im August 2006 und beantragte unter dem 03.08.2006 die Erteilung einer vorläufigen Gaststättenerlaubnis für den Betrieb der Schankwirtschaft „W. Café-Bar D.“ mit einem Gastraum, einem Saal und einem Vorgarten. Das Bezirksamt T.-Sch. von B. erteilte ihm unter dem 07.08.2006 zunächst die vorläufige Erlaubnis auch für den Hofgarten mit einer Fläche von 20 m². Unter dem 10.08.2006 verbot das Bezirksamt dem Kl. den Betrieb im Hofgarten zur Nachtzeit (22–6 Uhr), weil der maßgebliche Immissionsrichtwert nachts für allgemeine Wohngebiete überschritten werde. Der zur Frage der planungsrechtlichen Zulässigkeit des Schankgartens hinzugezogene Fachbereich Planen nahm unter dem 17.12.2006 zu dem Gebietscharakter dahingehend Stellung, dass das fragliche Grundstück teils im gemischten Gebiet, teilweise im allgemeinen Wohngebiet liege. Die Schankterrasse befindet sich auf dem Grundstücksteil, der im allgemeinen Wohngebiet liege. Das Mischgebiet selbst sei wohngeprägt. In der Umgebung des Grundstücks sei bereits eine Vielzahl von gastronomischen Einrichtungen vorhanden. Dadurch komme es schon jetzt im Bereich der G-Straße, insbesondere in den Abendstunden, zu Beeinträchtigungen der Wohnnutzung, so dass ein Hineintragen der Beeinträchtigung in die Hofbereiche zu verhindern sei. Durch die Schankterrasse seien Störungen der Wohnfunktion im Hofinnenbereich nicht von vornherein auszuschließen und folglich mit der überwiegenden Wohnnutzung nicht vereinbar. Des Weiteren müsse bei einer Zulassung des Schankgartens auch mit einer negativen Vorbildwirkung und einer ganzen Reihe von Folgeanträgen gerechnet werden, die zu zunehmenden Nachteilen und Belästigungen der Wohnfunktion innerhalb der ruhigen Hof- resp. Blockinnenbereiche führen würde. Dem Vorhaben könne deswegen nicht zugestimmt werden.

Mit Bescheid vom 15.01.2007 erteilte das Bezirksamt die Erlaubnis bezogen auf die Gaststättenräume und den Vorgarten. Den Betrieb im Hofgarten lehnte das Bezirksamt nach Anhörung des Kl. mit Bescheid vom 23.01.2007 unter Hinweis auf die Stellungnahme des Fachbereichs Planen ab. Zu Recht?

Der Kl. hat Anspruch auf Erteilung einer Gaststättenerlaubnis auch für den Hofbereich, wenn keine Versagungsgründe nach § 4 GastG vorliegen. Hier könnte einer Gaststättenerlaubnis nach § 4 I 1 Nr. 3 GastG entgegenstehen.

„Nach dieser Bestimmung ist die gaststättenrechtliche Erlaubnis unter anderem zu versagen, wenn der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage dem öffentlichen Interesse widerspricht. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Gaststättenbetrieb mit Vorschriften des Bauplanungsrechts unvereinbar ist (BVerwGE 84, 11 [13] = NJW 1990, 1804).“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)

I. Prüfungsberechtigung für Bauplanungsrecht

Fraglich ist, ob damit die gaststättenrechtliche Genehmigungsbehörde im Rahmen des Genehmigungsverfahrens auch spezifisch baurechtliche Fragen prüfen darf.

1. Ausschluss einer Prüfungsbefugnis bei Vorliegen einer Baugenehmigung

„Eine Prüfung der Vereinbarkeit des Gaststättenbetriebs mit bauplanungsrechtlichen Vorgaben erfolgt allerdings dann nicht mehr, wenn für das in Rede stehende Vorhaben bereits eine Baugenehmigung erteilt wurde. Die feststellende Regelung einer Baugenehmigung über die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Bauordnungsrecht entfaltet im gaststättenrechtlichen Erlaubnisverfahren insoweit Bindungswirkung,

als es um Rechtsfragen geht, deren Beurteilung in die originäre Regelungskompetenz der Bauaufsichtsbehörde fällt oder zu ihr zumindest den stärkeren Bezug hat (vgl. BVerwGE 84, 11 [13 f.] = NJW 1990, 1804; BVerwG, Beschl. v. 14. 6. 2011 – 4 B 3/11, BeckRS 2011, 52172 Rn 5).“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)

Durch die dritte Nachtragsgenehmigung vom 07.03.1995 könnte Nutzung der Terrasse für Zwecke der Gaststätte genehmigt worden sein, da diese als „Gaststättenterrasse“ bezeichnet worden war. Hier ist aber weder eine Beantragung noch eine Erteilung einer Baugenehmigung für die Nutzung der Terrasse im Rahmen des Gaststättenbetriebs erfolgt.

„Dem VG ist dahingehend zu folgen, dass dies insbesondere nicht durch den 3. Nachtrag vom 07.03.1995 zur Baugenehmigung für den Dachgeschossausbau zur Baugenehmigung 520/91 geschehen ist. **Gegenstand der nachträglichen Änderung** der Baugenehmigung für den Dachausbau war allein die in der Genehmigung 520/91 unter Nr. 0.09 **aufgegebene Entsiegelung** und gärtnerische Gestaltung der Hoffläche als Ausgleichsmaßnahme, deren Umsetzung zunächst unterblieben war und die der Bekl. nach Abschluss der Bauarbeiten angemahnt hatte. Insofern hatte der Architekt für den Bauherrn die Gestaltung der Außenanlagen nachverhandelt und in Abstimmung mit dem Bauamt die zur Entsiegelung bestimmten und die zu bepflanzenden Flächen im Einzelnen festgelegt.

Eine Baugenehmigung zur **Nutzung der Freifläche als Gaststättenterrasse im Rahmen eines Gaststättenbetriebs** ist erkennbar auch **nicht beantragt** worden. Solches hatte der Grundstückseigentümer schon zuvor den Gaststättenbetreibern selbst überlassen. Demgemäß hatte auch sein Architekt die für einen solchen Bauantrag erforderlichen Baugenehmigungsunterlagen einschließlich der Beschreibung, in welcher baulichen Ausgestaltung, in welcher Art und in welcher Intensität die Terrasse zu gastronomischen Zwecken genutzt werden sollte, nicht bei dem Bekl. eingereicht.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)

Damit ist eine Prüfung spezifisch baurechtlicher Fragen jedenfalls nicht schon wegen des Vorliegens einer Baugenehmigung ausgeschlossen.

2. Prüfung baurechtlicher Belange im Rahmen der gaststättenrechtlichen Genehmigung

Fraglich ist jedoch, ob dies ohne weiteres dazu führt, dass die gaststättenrechtliche Genehmigungsbehörde damit auch spezifisch baurechtliche Fragen prüfen darf, deren Prüfung eigentlich der zuständigen Fachbehörde vorbehalten sind.

„Nach der **Rspr. des BVerwG**, der der Senat folgt, ist es der Gaststättenbehörde **nicht verwehrt, solange eine bindende Baugenehmigung nicht erteilt** ist, auch spezifisch baurechtliche Fragen, die sich im Rahmen des § 4 I 1 Nr. 3 GastG stellen, zu prüfen und ihrer gaststättenrechtlichen Entscheidung zu Grunde zu legen. Weder das Gaststättenrecht noch das Bauplanungsrecht gebieten anderes (vgl. BVerwGE 84, 11 [14 ff.] = NJW 1990, 1804; vgl. auch BVerwG, GewArch 1996, 240 = BeckRS 1996, 31223084). Eine **Vorschrift**, die das Verfahren im gaststättenrechtlichen oder baurechtlichen **Genehmigungsverfahren konzentriert**, gibt es im Berliner Landesrecht nicht. [wird ausgeführt]“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)

Fraglich ist jedoch gleichwohl, ob es insofern einer Ermessensentscheidung der gaststättenrechtlichen Genehmigungsbehörde dahingehend bedarf, ob sie die Prüfung der baurechtlichen Vorgaben selbst vornimmt oder der Fachbehörde überlässt.

„Das BVerwG (BVerwGE 84, 11 [16]) hat es zwar offengelassen, ob es der Gaststättenbehörde zusteht, **aus Gründen der Verfahrensökonomie** – wegen möglicherweise langwieriger Prüfung der bauplanungsrechtlichen Fragen – von deren Prüfung abzusehen und sie über eine **aufschiebende Bedingung dem Baugenehmigungsverfahren** zu überantworten. Da die diesbezüglichen Überlegungen des BVerwG von § 10 S. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausgehen, wird deutlich, dass Kern der Erwägungen des BVerwG die **Ökonomie des Verwaltungsverfahrens** ist. Dessen Herr ist freilich allein der Bekl., und er bleibt es auch im Gerichtsverfahren. Nur der Bekl. kann das Verwaltungsverfahren gestalten, dem Gericht ist es verwehrt. Das Gericht hat eigene Verfahrensregeln dafür, wie im Falle fehlender Entscheidungsreife prozessökonomisch verfahren werden (vgl. etwa § 113 II, III, V VwGO) oder auf ausstehende vorgreifliche Entscheidungen gegebenenfalls reagiert werden kann (vgl. etwa § 94 VwGO). Demgemäß geht auch das BVerwG am Ende der oben genannten Entscheidung davon aus, dass in dem Falle, dass die Gaststättenbehörde aus **eigener materiell-rechtlicher Überzeugung** gem. § 4 I 1 Nr. 3 GastG die gaststättenrechtliche Erlaubnis gestützt auf Bauplanungsrecht versagt hat, im anschließenden Verwaltungsrechtsstreit geprüft werden muss, ob der betreffende Versagungsgrund vorliegt.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)

Die Bekl. war daher befugt, bei der Prüfung der Voraussetzungen der Gaststättenerlaubnis auch die baurechtlichen Vorgaben zu prüfen und bei deren Fehlen – was noch festzustellen ist – die Gaststättenerlaubnis zu verweigern.

II. Fehlen der planungsrechtlichen Voraussetzungen

Für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung kommt es darauf an, ob die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen für die Nutzung der Terrasse zu Zwecken der Gaststätte fehlen und daher ein Versagungsgrund nach § 4 I 1 Nr. 3 GastG vorliegt.

Hierbei hat die Bekl. auch zu prüfen, ob – sofern erforderlich – eine Befreiung von den baurechtlichen Festsetzungen in Betracht kommt.

1. Vorliegen einer Entscheidung über die Befreiungsmöglichkeit

*„Ist eine Befreiung zu erteilen, steht insoweit Bauplanungsrecht der Gaststättenerlaubnis nicht entgegen. Angesichts der engen Abstimmung zwischen den Fachabteilungen im Bezirksamt gibt es auch keine anderweitigen Gründe, die Entscheidung über die Befreiung vorzubehalten. Diesen Weg ist der Bekl. auch hier nicht gegangen. In der Sache verweist der Bekl. bezüglich der Befreiung zwar darauf, dass seiner Ansicht nach diese Frage nur im baurechtlichen Verfahren geprüft werden dürfe, damit gibt er aber nicht seinem Willen Ausdruck, die **Frage der Befreiung dem baurechtlichen Verfahren auch dann vorzubehalten**, wenn im gaststättenrechtlichen Erlaubnisverfahren darüber entschieden werden darf. Demgemäß hat er geltend gemacht, dass eine **Befreiung von den Festsetzungen des Maßes der baulichen Nutzung** jedenfalls auch **nicht erteilt** werde.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)*

2. Rechtmäßigkeit der baurechtlichen Wertung

Das Grundstück befindet sich nach dem Baunutzungsplan 1958/60 (BO 58) überwiegend im gemischten Gebiet, das sich 40 m tief nördlich und südlich entlang der G-Straße erstreckt, und in geringem Umfang an der nördlichen Grundstücksgrenze im allgemeinen Wohngebiet. Es gilt für das ganze Grundstück die Baustufe V3. Das bedeutet nach § 7 Nr. 15 BO 58, dass zulässig eine fünfgeschossige Bebauung, eine Grundflächenzahl von 0,3 und eine **Geschossflächenzahl von 1,5** sind. Gemäß § 7 Nr. 5 BO 58 sind in den Baugebieten nur bauliche Anlagen, Betriebe und sonstige Einrichtungen zulässig, die der Bestimmung des betreffenden Baugebiets nach Art, Umfang und Zweck entsprechen und durch ihre Benutzung **keine Nachteile oder Belästigungen** verursachen können, die **für die nähere Umgebung nicht zumutbar** sind.

Der Gaststättenbetrieb auf der Hofterrasse könnte damit sowohl gegen § 7 Nr. 5 BO 58 als auch gegen § 7 Nr. 15 BO 58 verstoßen, soweit damit das Maß der baulichen Nutzung überschritten wird.

a) spezifische Gebietsverträglichkeit

*„Es ist von einem **gemischten Gebiet** auszugehen. Der eindeutige Schwerpunkt der Baugebietsfestsetzung für das inmitten stehende Grundstück und für die sich darauf befindliche streitgegenständliche Terrasse liegt im gemischten Gebiet. Sachliche Gründe dafür, das Grundstück ganz oder in einem untergeordneten Teil an den Festsetzungen des allgemeinen Wohngebiets zu messen, sind nicht ersichtlich. Sinnvolle Maßstäbe dafür gäbe es bei den konkreten Flächenverhältnissen nicht. Im gemischten Gebiet sind **Nutzungen im Rahmen eines Gaststättenbetriebs grundsätzlich zulässig** (vgl. § 7 Nr. 9 c BO 58). In einem gemischten Gebiet kann aber gerade auch eine **Veränderung des gebotenen quantitativen Mischungsverhältnisses** von Wohnen und nicht wesentlich störendem Gewerbe zu einer Beeinträchtigung des Gebietscharakters führen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21. 10. 2010 – 2 S 80.10, betreffend Wettbüros und Spielhallen; BVerwGE 79, 309 [316 ff.] = NJW 1988, 3168). **Das ist hier der Fall.** [wird ausgeführt] (OVG Berlin-Bbg. aaO)*

b) Überschreitung der zulässigen Geschossflächenzahl

Darüber hinaus wird die zulässige Geschossflächenzahl überschritten. Hier könnte jedoch eine Befreiung nach § 31 II BauGB in Betracht kommen.

*„Nach dieser Vorschrift kann von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden, wenn unter anderem die Grundzüge der Planung nicht berührt werden und zudem die Abweichung städtebaulich vertretbar ist oder die Durchführung des Bebauungsplans zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und wenn die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Hier stehen einer Befreiung schon die **Grundzüge der Planung** entgegen. Insoweit relevante Gesichtspunkte der Planung sind unter anderem das Wohnbedürfnis der Bevölkerung und der Erhalt sozial stabiler Bewohnerstrukturen (vgl. § 1 VI Nr. 2 BauGB). Gerade diesem Zweck dient aber die Planung des Bekl., im Baugebiet die Innenhofbereiche im Hinblick auf schon erhebliche Gebietsbelastungen von Gastgewerbe freizuhalten. Auch **Befreiungsgründe** sind hier **nicht erkennbar**. Aus der Sicht des Grundstückseigentümers ginge es ohnehin nur um eine möglichst effektive Ausnutzung des Grundstücks. Das begründet aber nicht einmal eine Härte. Durch die Weiterführung des Betriebs bis heute ist zudem nicht ersichtlich, dass das Café/Restaurant ohne die Terrasse nicht wirtschaftlich geführt werden könnte. Aber selbst wenn das der Fall wäre, käme jedenfalls eine andere sinnvolle Nutzung der Räume durch den Eigentümer in Betracht.“ (OVG Berlin-Bbg. aaO)*

III. Ergebnis

Die gaststättenrechtliche Nutzung der Terrasse verstößt gegen baurechtliche Vorschriften. Die Gaststättenerlaubnis wurde insofern also zu Recht wegen des Versagungsgrundes aus § 4 I 1 Nr. 3 GastG verweigert.

Kurzauslese I

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

BGB
§ 249

Nutzungsausfallentschädigung Oldtimer

BGB

(OLG Düsseldorf in NJW-RR 2012, 545; Urteil vom 15.11.2011 –1 U 50/11)

Nach **OLG Düsseldorf aaO** hat der Eigentümer eines unfallbeschädigten Oldtimer, dem als Zweifahrzeug ein weiterer Pkw für die alltägliche Lebensführung zur Verfügung steht, keinen Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung für den Zeitraum der Reparatur, weil es an einer „**fühlbaren**“ **Nutzungsentbehrung** fehlt.

- I. Nach st. Rspr. kann im Falle der Beschädigung eines privat genutzten Kfz der Geschädigte Nutzungsausfallentschädigung für den Verlust der Gebrauchsmöglichkeit verlangen, auch wenn er keine besonderen Aufwendungen zur Überbrückung der ausgefallenen Nutzungsmöglichkeiten, wie insbes. Mietwagenkosten, getätigt hat.

OLG Düsseldorf NJW 2008, 1964; BGH NJW 2008, 915; BGHZ 45, 345 = NJW 1966, 1311; BGHZ 45, 212 = NJW 1966, 1260; BGHZ 98, 212 = NJW 1987, 50 = NJW-RR 1987, 14

Eine derartige **Nutzungsausfallentschädigung** wird nicht nur für neuere Fahrzeuge, sondern **auch für Oldtimer grds. anerkannt**. Das Vermögen des Geschädigten beinhaltet nicht nur den reinen Sachwert des Kraftfahrzeugs, sondern auch die Möglichkeit zum ständigen Gebrauch und zur Nutzung desselben. Die Gebrauchsmöglichkeit eines Kraftfahrzeugs stellt deshalb gegenüber dem Substanzwert einen selbstständigen Vermögenswert dar, deren Verlust schadensersatzrechtlich vom Schädiger auszugleichen ist.

OLG Düsseldorf NJW-RR 2011, 898; LG Berlin NJOZ 2009, 218; OLG Schleswig BeckRS 2005, 02262; OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 06103

- II. Andererseits ist **Voraussetzung** für einen Anspruch auf Ersatz eines kraftfahrzeugbezogenen **Nutzungsausfallschadens** die Feststellung, dass die **Entbehrung der Nutzung für den Geschädigten „fühlbar“** gewesen sein muss, weil er das Fahrzeug mangels eines weiteren geeigneten Kfz für seine **alltägliche Lebensführung** wirklich gebraucht hätte (BGH NJW-RR 2008, 1198).

„Diese Einschränkung stellt sicher, dass der Geldersatz für Verluste im eigenwirtschaftlichen Einsatz der Sache ungeachtet der notwendigen Typisierung und Pauschalisierung einer konkreten, auf das jeweils betroffene Vermögen bezogenen Schadensbetrachtung verhaftet bleibt. Deshalb beschränkt sich der Nutzungsausfallersatz auf Sachen, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise angewiesen ist und bei denen die Nutzungseinbußen an objektiven Maßstäben gemessen werden können. Der Trichter soll den Schadensersatz nicht an unkontrollierbaren, subjektiven Wertschätzungen festmachen müssen, die ihm der Geschädigte angibt, sondern an Werten, die der Verkehr dem Interesse an der konkreten Nutzung beimisst (BGH NJW-RR 2008, 1198; BGHZ 98, 212 = NJW 1987, 50 = NJW-RR 1987, 14).“ (OLG Düsseldorf aaO)

- III. **An der „Fühlbarkeit“ der Nutzungsentbehrung fehlt es, wenn dem Geschädigten ein weiteres, auf seinen Namen zugelassenes Kfz zur Verfügung steht.**

„Der Kl. konnte auf diesen Wagen uneingeschränkt für den eigenwirtschaftlichen Einsatz im Rahmen seiner alltäglichen Lebensführung zurückgreifen. Zwar mag aus seiner Sicht der Gebrauch dieses Wagens im Vergleich zu dem Unfallfahrzeug mit einem deutlich geringeren Maß an Fahrvergnügen und an Auffälligkeitswert verbunden sein. Eine solche immaterielle Beeinträchtigung gründet jedoch in einer subjektiven Wertschätzung des Kl., welche sich gerade einer Bemessung der Nutzungseinbußen nach objektiven Maßstäben entzieht.“ (OLG Düsseldorf aaO)

BGB
§ 307 I

Fitnessstudio-Vertrag Zulässigkeit einer Laufzeit-Vereinbarung

BGB

(BGH in MDR 2012, 512 = NJW 2012, 1431; Versäumnisurteil vom 08.02.2012 – XII ZR 42/10)

In einem Fitnessstudio-Vertrag **hält eine vorformulierte Vertragsbestimmung**, die eine **Erstlaufzeit des Vertrags von 24 Monaten** vorsieht, **grds. der Inhaltskontrolle nach § 307 I BGB stand**.

- I. In der **Rspr.** und im **Schrifttum** werden **unterschiedliche Auffassungen** dazu vertreten, welche Erstlaufzeiten durch vorformulierte Vertragsbestimmungen in Sport- und Fitnessstudio-Verträgen der Inhaltskontrolle nach § 307 I 1 BGB standhalten.

1. Eine **Erstlaufzeit von bis zu sechs Monaten** wird **regelmäßig** für **zulässig** erachtet.

vgl. OLG Celle NJW-RR 1995, 370; OLG Hamm NJW-RR 1992, 243; LG Saarbrücken NJW-RR 1990, 890; AG Brandenburg NJ 2004, 38; AG Langen NJW-RR 1995, 823; Graf v. Westphalen, Fitness- u. Sportstudiovertrag Rn 17; Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln [Fitnessstudiovertrag] Rn F 25; MüKo-BGB/Kieninger, 5. Aufl., § 309 Nr. 9 Rn 16

2. Teilweise wird auch die Möglichkeit bejaht, **Erstlaufzeiten von bis zu zwölf Monaten und mehr** durch eine vorformulierte Vertragsklausel zu vereinbaren.

vgl. LG Mönchengladbach NJW-RR 2004, 416; AG Leipzig BeckRS 2003, 07764; AG Brandenburg NJOZ 2003, 3374; Ulmer/Brandner/Hensen, Teil 2 [Sportstudioverträge], Rn 4

3. **Erstlaufzeiten von 24 Monaten** wurden bislang in der Rspr. **nur vereinzelt für zulässig erachtet**.

LG Aachen BeckRS 2008, 06241; LG Kiel BeckRS 2006, 07477; a. A. Staudinger/Coester, BGB, Neubearb. 2006, § 307 Rn 602

4. Soweit in formularvertraglich vereinbarten Erstlaufzeiten von mehr als sechs Monaten in Fitnessstudio-Verträgen eine **unangemessene Benachteiligung des Kunden i. S. von § 307 I BGB** gesehen wird, wird zur Begründung im Wesentlichen darauf abgestellt, dass der Kunde durch die langfristige Vertragsbindung nicht nur in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, sondern auch in seiner persönlichen Entscheidung über die Art seiner Freizeitgestaltung erheblich eingeschränkt werde (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, § 309 Nr. 9 Rn 14; LG Aachen BeckRS 2008, 06241; LG Kiel BeckRS 2006, 07477).

Ein durchschnittlicher Kunde könne regelmäßig nicht voraussehen, ob er auf Dauer genügend Freizeit aufbringe und körperlich in der Lage sei, die Leistungen des Studiobetreibers über einen Zeitraum von sechs Monaten hinaus in Anspruch nehmen zu können (vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln [Fitnessstudiovertrag], Rn F 25). Dem stehe zwar das **Interesse des Studiobetreibers an einer verlässlichen Grundlage für seine Kalkulation** gegenüber. Daraus lasse sich jedoch kein anerkanntes Interesse ableiten, Kunden übermäßig langfristig an sich zu binden, insbes. da seine Investitionen nicht auf besondere Personen zugeschnitten seien (Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln [Fitnessstudiovertrag], Rn F 25; ähnl. auch Graf v. Westphalen, Fitness- u. Sportstudiovertrag Rn 16; Ulmer/Brandner/Hensen, § 309 Nr. 9 BGB Rn 14).

- II. Ob diese Gesichtspunkte einer in einem Fitnessstudio-Vertrag vorformulierten Erstlaufzeit von zwei Jahren oder mehr entgegenstehen, erscheint nach **BGH aaO** zweifelhaft.

„Der Gesetzgeber hat in § 309 Nr.9a BGB angeordnet, dass eine Klausel unwirksam ist, die bei einem Vertragsverhältnis über die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags vorsieht. Durch diese Regelung sollte die Entscheidungs- und wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Kunden geschützt werden, die bei einer langfristigen Bindung an einen Vertrag besonders beeinträchtigt sein kann, ohne dass die Notwendigkeit einer langen Vertragslaufzeit durch die Natur des Vertrags vorgegeben ist (BT-Dr 7/3919, S. 37; Ulmer/Brandner/Hensen, § 309 Nr. 9 BGB Rn 1). Obwohl die Dispositionsfreiheit eines Vertragspartners des Verwenders bei jeglicher Art von langfristiger Vertragsbindung eine erhebliche Einschränkung erfährt, hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 309 Nr. 9 BGB jedoch nicht auf alle Dauerschuldverhältnisse, sondern nur auf Vertragsverhältnisse über die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen erstreckt. Insbesondere Erlaubnisverträge wurden dabei bewusst vom Anwendungsbereich dieses Klauselverbots ausgenommen (vgl. BT-Dr 7/3919, S. 37).

*Diese in § 309 Nr. 9a BGB zum Ausdruck gekommene **Regelungsabsicht des Gesetzgebers** ist auch bei der nach § 307 I BGB vorzunehmenden **Abwägung** zu berücksichtigen, ob durch eine vorformulierte Laufzeitklausel eine unangemessene Benachteiligung des Kunden gegeben ist. Das schließt zwar nicht aus, dass eine Klausel, die nach ihrem Regelungsgehalt in den Anwendungsbereich der Klauselverbote fällt, mit den in Betracht kommenden Einzelverboten aber nicht kollidiert, nach der Generalklausel des § 307 I BGB unwirksam sein kann (vgl. BGH NJW 1997, 739). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass sich die **unangemessene Benachteiligung des Kunden nicht allein aus den Nachteilen einer langfristigen Vertragsbindung ergibt**, die der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 309 Nr. 9 BGB im Blick hatte. Da es unzulässig ist, auf Grund allgemeiner Überlegungen, die sich nicht aus den Besonderheiten gerade des zu beurteilenden Vertrags ergeben, über die Generalklausel die gesetzgeberische Regelungsabsicht geradezu „auf den Kopf zu stellen“ (BGH NJW 1997, 739), muss sich die Unangemessenheit einer Laufzeitklausel aus besonderen, von der Verbotsnorm nicht erfassten Gründen ergeben.“ (BGH aaO)*

BGB
§§ 312c II, 312d II

Widerrufsbelehrung
Postfach als zulässige Widerrufsadresse
(BGH in MMR 2012, 302; Urteil vom 25.01.2012 – VIII ZR 95/11)

BGB

Die **Angabe einer Postfachadresse als Widerrufsadresse genügt** beim Fernabsatzvertrag den gesetzlichen Anforderungen an eine Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht.

„Der Unternehmer muss im Fernabsatzgeschäft gem. § 312c II BGB a.F. i.V.m. Art. 240, 245 EGBGB und § 1 IV 1 Nr. 1, I Nr. 10 BGB-InfoV a.F. dem Verbraucher das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts sowie die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung, insb. Namen und Anschrift desjenigen, ggü. dem der Widerruf zu erklären ist, mitteilen. Diese Informationen sind dem Verbraucher in Textform mitzuteilen, wobei die Erfüllung der Informationspflicht eine Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist ist.

*Die Angabe einer Postfachadresse als Widerrufsadresse genügt diesen Anforderungen (BGH NJW 2002, 2391). Der **Verbraucher soll durch die Belehrung nicht nur von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangen, sondern auch in die Lage versetzt werden, dieses auszuüben**. Die Belehrung hat ihn darüber zu informieren, dass und wie er seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung widerrufen kann. Dazu gehört auch die Angabe der Anschrift des Widerrufsadressaten. Sie ist erforderlich, damit der Verbraucher, insb. wenn der am Verbrauchervertrag beteiligte Unternehmer einen Dritten als Empfangsvertreter oder Empfangsboten benannt hat, keinem Zweifel unterliegt, an wen er den Widerruf zu richten hat. Diesen Anforderungen genügt auch die Angabe der Postfachanschrift des Widerrufsadressaten. Der Verbraucher wird dadurch in gleicher Weise wie durch die Mitteilung der Hausanschrift des Widerrufsadressaten in die Lage versetzt, seine **Widerrufserklärung auf den Postweg zu bringen**. Die Angabe der Postfachanschrift ist **eindeutig, unmissverständlich und auch ansonsten nicht geeignet, den Verbraucher an der Ausübung seines Widerrufsrechts zu hindern**. Der Umstand, dass dieser damit seine Widerrufserklärung regelmäßig nicht selbst in den*

Hausbriefkasten des Widerrufsempfängers einwerfen kann, steht dem mit der Einräumung des Widerrufsrechts bezweckten Verbraucherschutz nicht entgegen (BGH NJW 2002, 2391), zumal für den Verbraucher (auch) bei Angabe einer Postfachanschrift als Widerrufsadresse die Möglichkeit besteht, seine Widerrufserklärung durch Einwurfschreiben an den Unternehmer zu übersenden.“ (BGH aaO)

BGB
§ 611 I

**Dienstvertrag
Zahnarztbehandlung**

BGB

(OLG Koblenz in NJOZ 2012, 853; Beschluss vom 01.09.2011 – 5 U 862/11)

Mit der Beratung des Patienten, der anschließenden Planung, Herstellung und Einpassung von Zahnprothesen nach dessen individuellen Erfordernissen **übernimmt der Zahnarzt eine nur bedingt objektivierbare Leistung**, die deshalb **dienstvertraglich einzuordnen** ist. Der **Vergütungsanspruch des Zahnarztes** kann daher allenfalls **entfallen**, wenn die **Leistung derart unbrauchbar ist, dass sie einer Nichtleistung gleichsteht**.

„Anders als das Werkvertragsrecht **kennt das Dienstvertragsrecht keine Mängelhaftung** (BGH NJW 1963, 1301; BGH NJW 1981, 1211; Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB, 2011, § 611 Rn 716). Der **Dienstleistende schuldet eine Tätigkeit, nicht aber einen bestimmten Arbeitserfolg**. Deshalb kann der Vergütungsanspruch bei einer unzureichenden oder pflichtwidrigen Leistung nicht gekürzt werden oder in Fortfall geraten (BGH NJW 2004, 2817; Richardi/Fischinger, § 611 Rn 718). Genauso wenig ist es möglich, den Dienstleistenden auf Nachbesserung in Anspruch zu nehmen oder im Wege der Ersatzvornahme mit den Kosten der Korrektur oder einer Neuankfertigung zu belasten (OLG München OLG-Report 1998, 247).

Insofern trifft die Auffassung, die Vergütungsforderungen wären entfallen, wenn dem Zahnarzt ein grober Behandlungsfehler unterlaufen wäre, nicht zu. Vielmehr würden die Forderungen auch in einem solchen Fall grds. unberührt bleiben. Anders wäre dies nur, wenn die Leistung des Zahnarztes völlig unbrauchbar gewesen wäre.“ (OLG Koblenz aaO)

StGB
§ 142

**Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort
Vorliegen eines besonders schweren Falls**

StGB

(OLG Frankfurt a.M. in SVR 2012, 146; Beschluss vom 22.11.2011 – 3 Ss 356/11)

Die **frühere Rspr.**, dass bei dem Unfall ein Mensch schwer oder gar tödlich verletzt worden war, regelmäßig ein besonders schwerer Fall i. S. des § 142 III StGB a.F. vorlag, ist **für die Strafzumessung auch nach der Neufassung des § 142 StGB** durch das 13. Strafrechtsänderungsgesetz vom 13.06.1975 (BGBl I, S. 1349) weiterhin **von Bedeutung**.

„Bis zur Neufassung des § 142 StGB aufgrund des 13. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 13. Juni 1975 (BGBl. I 1975 S. 1349) war zudem anerkannt, dass in Fällen wie hier, in denen der Täter erkannte, dass bei dem Unfall ein Mensch schwer oder gar tödlich verletzt worden war, regelmäßig ein besonders schwerer Fall i. S. des § 142 III StGB a.F. vorlag (vgl. BGHSt 12, 253; BGHSt 18, 9; BGH VRS 17, 185). Diese **Rspr. ist für die Strafzumessung weiterhin von Bedeutung** (vgl. Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 21. Aufl., § 142 StGB Rn 38; a.A. MüKo-StGB/Zopfs, § 142 Rn 134). Gerade wegen des Wegfalls des § 142 III StGB, der eine Strafdrohung von sechs Monaten bis zu fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe vorsah, hielt es der Gesetzgeber für Fälle **besonders verwerflicher Handlungsweise und deren sozialetischer Einordnung** - wobei nach dem Kontext der Gesetzesmaterialien diejenigen Fälle gemeint sind, in denen der Täter die Verkehrsunfallflucht gegenüber einem schwerverletzten Unfallbeteiligten begeht - für angezeigt, das Höchstmaß der Strafdrohung des § 142 I StGB von zwei auf drei Jahre anzuheben (vgl. BT-Drs. 7/2424 S. 9 unter 6. a.E.; dies übersieht Zopfs aaO, dort Fn 534, mit insoweit unzutreffendem Hinweis auf die **Gesetzesmaterialien**). Danach hat er für diese besonders schwerwiegenden Fälle des unerlaubten Entfernen vom Unfallort bewusst einen Bereich eröffnet, in dem eine etwa zu verhängende Freiheitsstrafe nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden kann.“ (OLG Frankfurt a.M. aaO)

StGB
§ 253

**Räuberische Erpressung
Standposition einer Prostituierten als Vermögenswert**

StGB

(BGH in NSTZ 2012, 272; Urteil vom 02.11.2011 – 2 StR 375/11)

Die **Standposition einer Prostituierten ist kein von § 253 StGB geschützter Vermögensbestandteil**.

„**Geschütztes Rechtsgut** der §§ 253, 255 StGB **ist das Vermögen**. Der **Verlust einer bloßen ungesicherten Aussicht eines Geschäftsabschlusses kann grds. noch nicht als Vermögensschaden angesehen werden**. Erwerbs- und Gewinnaussichten können nur ausnahmsweise Vermögensbestandteil sein, wenn sie **so verdichtet sind, dass ihnen der Rechtsverkehr bereits einen wirtschaftlichen Wert beimisst**, weil sie mit einiger Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lassen (vgl. BGH 17, 147; BGH 31, 232).

Die **Standposition der Zeugin V als Prostituierte war in diesem Sinne kein von § 253 StGB geschützter Vermögensbestandteil**. Aus ihr resultierte **keine gesicherte Erwerbsaussicht**, insbes. auch **weil die Ausübung der Prostitution im Sperbezirk jederzeit behördlich unterbunden werden konnte**. Auf die nach Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes geänderte Beurteilung der Wirksamkeit einer Geldforderung der Prostituierten nach der Erbringung ihrer vereinbarten Leistung (vgl. zur diesbezüglichen Erpressung BGH NSTZ 2011, 278) kommt es hier nicht an.“ (BGH aaO)

StGB
§ 257 I

**Begünstigung
Vorteilsbegriff**

StGB

(BGH in NJW 2012, 1463; Beschluss vom 03.11.2011 – 2 StR 302/11)

Als **Vorteil i. S. des § 257 I StGB** ist auch der **an einen Tatbeteiligten gezahlte**, nicht aber der ihm versprochene **Tatlohn** anzusehen.

„Die **Begünstigung** (§ 257 StGB) verlangt, dass der Täter einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, **in der Absicht Hilfe leistet**, diesem die **Vorteile der Tat zu sichern**. Nach dem **Wortlaut der Strafnorm** sind umfassend „Vorteile der Tat“ erfasst. Er unterscheidet nicht zwischen Vorteilen „für“ und „aus“ der Tat, sondern beinhaltet jeglichen Vorteil, der sich im Zusammenhang mit der Tatbegehung ergibt. Nicht erforderlich ist danach, dass dieser „aus“ der Tat resultiert. Gemessen hieran sind „Vorteile der Tat“ nicht nur die Früchte der Vortat.

Einen Vorteil i. S. des § 257 StGB stellt vielmehr auch der **(vorab) an einen Tatbeteiligten gezahlte Tatlohn** dar. Dem steht nicht entgegen, dass nach st. Rspr. des BGH einschränkend verlangt wird, dass der Vorteil unmittelbar durch die Vortat erlangt ist (BGHSt 24, 166 = NJW 1971, 1572; BGHSt 46, 107 = NJW 2000, 3010; BGH NStZ 1987, 22). Das **Unmittelbarkeitserfordernis** dient dazu, **Ersatzvorteile (Vorteilssurrogate) auszuklammern** (Walter, LK-StGB, 12. Aufl., § 257 Rn 31). Bei der Entlohnung für die Tatbeteiligung handelt es sich jedoch nicht um einen derartigen Ersatzvorteil; vielmehr ist auch der Tatlohn ein unmittelbarer „Vorteil der Tat“ (vgl. auch BGH NStZ 2000, 259).

Dieses Ergebnis steht auch mit der Bestimmung des **Rechtsguts der Begünstigung** durch den BGH in Einklang: Danach **liegt das Wesen der Begünstigung in der Hemmung der Rechtspflege**, die dadurch bewirkt wird, dass der Täter die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustands verhindert, der sonst durch ein Eingreifen des Verletzten oder von Organen des Staates gegen den Vortäter wiederhergestellt werden könnte. Der Täter der Begünstigung **beseitigt oder mindert die Möglichkeit, die Wiedergutmachung des dem Verletzten zugefügten Schadens durch ein Einschreiten gegen den Vortäter zu erreichen**, das diesem den durch die Vortat erlangtem Vorteil wieder entziehen würde (st. Rspr., vgl. u. a. BGH NStZ 1994, 187). Der Täter der Begünstigung, der dem Vortäter den Tatlohn sichert, mindert die Möglichkeiten des durch die Vortat Geschädigten, im Wege des zivilrechtlichen Schadensersatzes – etwa gem. §§ 823ff. BGB – oder der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung gem. § 73 StGB Schadenswiedergutmachung zu erlangen.“ (BGH aaO)

AGG
§§ 7 I, 10 S. 3 Nr. 5

Altersdiskriminierung Versetzung eines Beamten in den Ruhestand

BeamtenR

(OVG Koblenz in NJOZ 2012, 791; Urteil vom 25.02.2011 – 2 A 11201/10)

Die **Versetzung von Beamten in den Ruhestand mit Vollendung des 65. Lebensjahres verstößt nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung.**

I. Der Regelung des **§ 54 I RhPFBG** steht § 7 I AGG nicht entgegen.

Danach dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes – u. a. des Alters – benachteiligt werden. Dies gilt gem. § 24 Nr. 1 AGG unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend für die Beamtinnen und Beamten der Länder.

„Zwar beinhaltet § 54 I RhPFBG eine **Ungleichbehandlung wegen des Alters**, weil die **Betroffenen allein auf Grund des Erreichens der Altersgrenze vom aktiven Dienst ausgeschlossen** werden. Sie ist jedoch **durch § 10 AGG gerechtfertigt**, dem zufolge eine solche unterschiedliche Behandlung erfolgen darf, wenn sie **objektiv angemessen sowie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt** ist und wenn die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Gem. § 10 S. 3 Nr. 5 AGG ist insbes. eine Vereinbarung zulässig, welche die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann. In entsprechender Anwendung auf das Beamtenverhältnis gem. § 24 Nr. 1 AGG folgt hieraus die Zulässigkeit eines zwangsweisen Ausscheidens aus dem aktiven Dienst mit Erreichen der Altersgrenze, weil gem. § 4 II Beamtenversorgungsgesetz mit Beginn des Ruhestands der Anspruch des Beamten auf Ruhegehalt entsteht.“ (OVG Koblenz aaO)

II. Die **Festlegung einer allgemeinen Altersgrenze widerspricht** darüber hinaus **nicht den Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG** des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABIEG Nr. L 303 S. 16).

Zwar liegt gem. Art. 2 I, 2 i. V. mit Art. 1 Richtlinie 2000/78/EG grds. eine Diskriminierung vor, wenn – wie durch § 25 BeamStG i. V. mit § 54 I RhPFBG, § 52 III HochSchG – eine Person wegen des Alters eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person. Jedoch können die Mitgliedstaaten nach Art. 6 I Richtlinie 000/78/EG vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, wenn sie objektiv und angemessen, im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt und wenn die **Mittel zur Erreichen dieses Ziels angemessen und erforderlich** sind. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

1. Der Gesetzgeber verfolgt mit dem zwangsweisen Ausscheiden des Beamten aus dem aktiven Dienst bei Erreichen der Altersgrenze ein **legitimes Ziel i. S. des Art. 6 I Richtlinie 2000/78/EG**.

„Insoweit hat er die Fortgeltung der Altersgrenze in § 37 Landesbeamtengesetz vom 20.10.2010 (GVBl S. 319), der inhaltsgleich mit § 54 I RhPFBG ist und am 01.07.2012 in Kraft tritt, noch im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem hier umstrittenen Zeitpunkt des Ruhestandsbeginns bekräftigt und damit begründet, sie diene dem **Erhalt und der Förderung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung durch eine ausgewogene Altersstruktur, dem Schutz der Beamten vor einer übermäßigen Belastung im Alter sowie der Entlastung des Arbeitsmarktes durch Schaffung zusätzlicher bzw. früherer Einstellungsmöglichkeiten** (vgl. LT-Dr 15/4465, S. 103).

Diese Gründe für die Einführung und Aufrechterhaltung der allgemeinen Altersgrenze sind ungeachtet des Umstands zu berücksichtigen, dass sie ihren Niederschlag nicht im Wortlaut des § 25 BeamStG i. V. mit § 54 I RhPFBG, § 52 III HochSchG gefunden haben. Art. 6 I Richtlinie 2000/78/EG setzt nicht voraus, dass die nach dem Alter differenzierende Regelung einen ausdrücklichen Hinweis auf das mit ihr verfolgte Ziel enthält. Ausreichend ist vielmehr, wenn andere – aus dem allgemeinen Kontext der betreffenden Maßnahme abgeleitete – Anhaltspunkte wie insbes. die Gesetzgebungsmaterialien die Feststellung des hinter dieser Maßnahme stehenden Ziels ermöglichen (vgl. EuGH NJW 2007, 3339 = NZA 2007, 1219 – Palacios de la Villa; EuGH NZA 2009, 305 = EuZW 2009, 340 – Age Concern England). Der Gesetzgeber war daher insbes. nicht verpflichtet, die Voraussetzungen eines ausgeglichenen Altersaufbaus im Gesetz abschließend festzulegen.“ (OVG Koblenz aaO)

2. Die **Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur** und die **Entlastung des Arbeitsmarktes** sind **Ziele, die eine Ungleichbehandlung wegen des Alters rechtfertigen.**

„Bei der Entscheidung, welches konkrete Ziel von mehreren im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik sie verfolgen wollen, haben die Mitgliedstaaten einen **weiten Ermessensspielraum**. Hierbei sind sie nicht an die in Art. 6 I Richtlinie 2000/78/EG genannten Ziele gebunden. Diese haben vielmehr nur einen Hinweischarakter mit der Folge, dass der nationale Gesetzgeber auch andere Ziele verfolgen kann, sofern sie im Sinne der vorgenannten Vorschrift legitim und die Ungleichbehandlung zu ihrer Erreichung angemessen und erforderlich ist. Maßgeblich ist insoweit allein, dass es sich um **sozialpolitische Ziele** wie solche aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder berufliche Bildung handelt (vgl. EuGH NJW 2007, 3339 = NZA 2007, 1219 – Palacios de la Villa; EuGH NZA 2009, 305 = EuZW 2009, 340 – Age Concern England).

Das Ziel, freie Stellen für die Aufnahme Arbeitssuchender oder für den beruflichen Aufstieg jüngerer Beamter zu schaffen, unterfällt den Bereichen der **Beschäftigungspolitik** und des Arbeitsmarktes i. S. des Art. 6 I Richtlinie 2000/78/EG. Hierbei kommt es nicht darauf an, dass jede einzelne Stelle tatsächlich mit jüngeren Bewerbern besetzt wird, solange der Gesetzgeber – wie vorliegend – insgesamt beabsichtigt, den fortlaufenden Ein- und Aufstieg von Berufsanfängern zu gewährleisten. Andernfalls wäre es beispielsweise unmöglich, Pensionierungen zum Anlass für Stelleneinsparungen oder für eine Umstrukturierung zu nehmen.

Aber auch bei der **Sicherstellung eines gleichmäßigen Altersaufbaus in der Verwaltung** handelt es sich um ein **legitimes Ziel i. S. des Art. 6 I Richtlinie 2000/78/EG**: Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Eintrittsalters der staatlichen Altersversorgung in vielen EU-Mitgliedstaaten üblich ist. Derartige Regelungen beruhen auf einem **Ausgleich politischer, wirtschaftlicher, sozialer, demografischer und haushaltsbezogener Erwägungen** durch den nationalen Gesetzgeber und sind **Ausdruck eines langjährigen gesellschaftlichen Konsenses**. Daher rechtfertigt nicht nur die Einstellung jüngerer Arbeitnehmer, sondern auch die Ermöglichung eines in der Altersstruktur ausgewogenen Personalaufbaus grds. die mit der Einführung einer Altersgrenze einhergehende Ungleichbehandlung.“ (OVG Koblenz aaO).

RGebStV
§§ 1 I 1, II, 5 III

Rundfunkempfangsgerät Internetfähiger PC

StPO

(VGH München in NVwZ 2012, 646; Urteil vom 13.12.2011 – 7 BV 11.127)

- I. Die **Einstufung eines internetfähigen PCs als Rundfunkempfangsgerät** setzt nicht voraus, dass der PC oder der an ihn angeschlossene **Monitor über Lautsprecher** verfügt.

„Rundfunkempfangsgeräte sind technische Einrichtungen, die zur drahtlosen oder drahtgebundenen, nicht zeitversetzten Hör- oder Sichtbarmachung oder Aufzeichnung von Rundfunk (Hörfunk und Fernsehen) geeignet sind (§ 1 I 1 RGebStV). Hierzu zählen **auch Rechner, die Rundfunkprogramme ausschließlich über Angebote aus dem Internet wiedergeben können** (§ 5 III 1 RGebStV).

Allein der Umstand, dass der PC über keine Lautsprecher verfügt, hat nicht zur Folge, dass hierdurch die Eignung zur Hör- oder Sichtbarmachung von Rundfunk entfiel. Nach der **Rspr. des BVerwG kommt es nicht auf die subjektive Zweckbestimmung eines Geräts oder auf die Nutzungsgewohnheiten seines Besitzers an**, sondern allein auf die objektive Eignung des Geräts zum Empfang von Rundfunksendungen (BVerwG NJW 2011, 946; BVerwG ZUM 2011, 770). Diese ist bei einem internetfähigen PC auch dann zu bejahen, wenn der PC nicht mit Lautsprechern ausgerüstet ist. Externe Lautsprecher können ebenso wie Kopfhörer jederzeit an den PC angeschlossen und empfangene Rundfunksendungen damit hörbar gemacht werden. Gleiches gilt für einen Monitor mit Lautsprecher. Damit ist es jederzeit möglich, mit dem PC über Internet empfangene Rundfunkdarbietungen zu hören. Bereits aus dieser Nutzungsmöglichkeit ergibt sich die innere Rechtfertigung der Gebührenfinanzierung (vgl. BVerfG NVwZ-RR 2011, 465).“ (VGH München aaO)

- II. Ein als Arbeitsmittel genutzter internetfähiger PC wird auch dann zum Empfang von Rundfunk bereitgehalten, wenn den Mitarbeitern der **Empfang von Radio- und Fernsehsendungen untersagt** ist.

„**Dem Tatbestand des Bereithaltens zum Empfang steht auch nicht die Untersagung entgegen, den Dienstcomputer zum Empfang von Radio- und Fernsehsendungen zu nutzen**. Unabhängig von der Frage der Mitbestimmungsbedürftigkeit und Durchsetzbarkeit eines solchen Verbots würde hierdurch die **objektive Eignung des PCs zum Empfang von Rundfunkdarbietungen nicht entfallen**. Das BVerwG hat die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion des Begriffs des „Bereithaltens zum Empfang“ auch bei Anschaffung des PCs zu Arbeitszwecken ohne „Online-Nutzung“ ausdrücklich verneint (BVerwG NJW 2012, 949). **Maßgebend** seien - so das BVerwG - weder die subjektive Zweckbestimmung eines Geräts noch dessen tatsächliche Verwendung oder die Nutzungsgewohnheiten seines Besitzers, sondern lediglich die **objektive Eignung zum Rundfunkempfang**. Diese **bleibt auch bei einem arbeitsrechtlichen Verbot der Nutzung zu privaten Zwecken oder zum Empfang von Rundfunksendungen erhalten**. Der Rundfunkempfang über Internet ist trotz eines solchen Verbots, dessen Einhaltung im Gebühreneinzugsverfahren kaum überprüfbar ist und das i. Ü. jederzeit geändert werden kann, weiterhin möglich. Daher wird ein als Arbeitsmittel genutzter internetfähiger PC auch dann i. S. v. § 1 II 2 RGebStV zum Empfang von Rundfunk bereitgehalten, wenn Mitarbeitern der Empfang von Radio- und Fernsehsendungen untersagt ist.

Abgesehen davon [lässt eine solche Dienstanweisung] den Tatbestand des Bereithaltens des PCs zum Rundfunkempfang nicht entfallen. Auch die **Rspr. des BAG zur kündigungsrelevanten Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten bei privater Nutzung des Internets oder eines Dienst-PCs** (BAG NJW 2007, 2653) ändert nichts daran, dass [der klägerische] PC im rundfunkgebührenrechtlichen Sinne objektiv zum Empfang von Rundfunk geeignet und damit der weit zu verstehende Tatbestand des Bereithaltens zum Empfang (§ 1 II 2 RGebStV) erfüllt ist.“ (VGH München aaO)

Entscheidungen VerfahrensrechtZPO
§ 547 Nr. 1**Vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts
Richterwechsel nach mündlicher Verhandlung
(BGH in MDR 2012, 538; Urteil vom 01.03.2012 – III ZR 84/11)**

ZPO

Tritt nach Schluss der mündlichen Verhandlung und vor Fällung des Urteils (abschließende Beratung und Abstimmung) auf Grund einer Änderung des Geschäftsverteilungsplans ein Richterwechsel ein, so ist das erkennende Gericht nicht ordnungsgemäß besetzt, wenn entgegen § 156 II Nr. 3 ZPO nicht die **mündliche Verhandlung wiedereröffnet**, sondern ein Urteil verkündet wird, das (auch) von dem mittlerweile ausgeschiedenen Richter unterschrieben worden ist.

Fall: Die Kl., eine Wohnungseigentümergeinschaft, nimmt den bekl. Notar in Höhe von 23 303,88 Euro auf Schadensersatz in Anspruch, weil er im Zusammenhang mit der Beurkundung der Teilungserklärung seine Amtspflichten verletzt habe.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Hiergegen hat sich die Berufung der Kl. gerichtet. Am 02.03.2011 ist nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 23.03.2011 anberaumt worden. Mit Verfügung vom 17.03.2011 hat der Vorsitzende des BerGer. den Parteien mitgeteilt, dass die Sache nach Ausscheiden eines beteiligten Senatsmitglieds aus dem Senat noch nicht abschließend habe beraten werden können und deshalb der Verkündungstermin vom 23.03.2011 auf den 30.03.2011 verlegt werde. Am 30.03.2011 hat das BerGer. unter Mitwirkung der zwischenzeitlich aus dem Senat ausgeschiedenen Richterin am OLG K. die Berufung zurückgewiesen (OLG Frankfurt a. M., Ur. v. 30.03.2011 – 4 U 242/10, BeckRS 2012, 06541). Dagegen richtete sich die vom Senat zugelassene Revision der Kl. Wird die Revision Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Revision**1. Statthaftigkeit:**

Die Revision ist nach § 542 ZPO statthaft gegen Endurteile der Berufungsinstanz. Die Revision findet nach § 543 ZPO nur statt, wenn sie das Berufungsgericht in dem Urteil oder das Revisionsgericht auf Beschwerde gegen die Nichtzulassung zugelassen hat.

Hier hat das Revisionsgericht auf die Nichtzulassungsbeschwerde hin die Revision zugelassen, so dass diese auch statthaft ist.

2. Beschwer

Der Revisionsführer muss durch das Urteil beschwert sein. Durch das Urteil wurde die Berufung der Kl. zurückgewiesen, so dass diese ohne weiteres beschwert sind.

3. Form

Revisionschrift muss den Anforderungen des § 549 ZPO genügen. Davon ist hier auszugehen.

4. Revisionseinlegungsfrist

Die Revision ist innerhalb eines Monats ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten, angegriffenen Urteils; spätestens 5 Monate nach Verkündung (§ 548 ZPO) einzulegen. Die Frist wurde hier gewahrt

5. ordnungsgemäße Revisionsbegründung, § 551 III ZPO

Auch vom Vorliegen einer ordnungsgemäßen Revisionsbegründungsschrift ist auszugehen.

6. Einhaltung der Revisionsbegründungsfrist, § 551 II ZPO

Die Revisionsbegründung muss binnen 2 Monaten ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils vorliegen. Die Revisionsbegründungsfrist wurde eingehalten.

Die Revision ist zulässig.

II. Begründetheit der Revision

Die Revision müsste auch begründet sein.

Die Revision ist jedenfalls dann begründet, wenn revisibles Recht betroffen ist und ein absoluter Revisionsgrund des § 547 ZPO vorliegt. Hier kommt das Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes nach § 547 Nr. 1 ZPO in Betracht, wonach eine Entscheidung dann aufzuheben ist, wenn das erkennende Gericht nicht ordnungsgemäß besetzt war.

Nach § 309 ZPO kann das Urteil nur von denjenigen Richtern gefällt werden, die der dem Urteil zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben.

*„Dabei handelt es sich im hiesigen Verfahren zwar um **die drei Richter**, die das **Berufungsurteil unterschrieben** haben. Gefällt ist ein Urteil i. S. des § 309 ZPO aber erst, wenn über das Urteil **abschließend beraten und abgestimmt** worden ist (vgl. BGH, NJW 2002, 1426 [1427]). Wie sich aus der Verfügung des Senatsvorsitzenden vom 17. 3. 2011 ergibt, war zum Zeitpunkt des Ausscheidens der Richterin am OLGK. aus dem Senat anlässlich des Wechsels in einen anderen Senat des BerGer. die **Sache noch nicht abschließend beraten** und das Urteil i. S. des § 309 ZPO noch nicht gefällt. Deshalb hätte das BerGer. – was es verfahrensfehlerhaft unterlassen hat – vor Fällung eines Urteils gem. § 156 II Nr. 3 ZPO **zwingend die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung** anordnen müssen (vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl., § 309 Rn 4; Wieczorek/Schütze/Rensen, ZPO, 3. Aufl., § 309 Rn 14; Musielak, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl., § 309 Rn 12; Saenger, in: HandKomm-ZPO, 4. Aufl., § 309 Rn 5; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 70. Aufl., § 309 Rn 5; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 17. Aufl., § 60 Rn 1; s. zur Rechtslage vor Einfügung des Abs. 2 in § 156 ZPO durch das Zivilrechtsreformgesetz vom 27. 7. 2001: RGZ 16, 417 [419]; Wassermann, in: AK-ZPO, § 309 Rn 5; Vollkommer, NJW 1968, 1309 [1310]; s. im Übrigen auch BAGE 101, 145 [150 ff.] = AP H. 1/2003 Art. 101 GG Nr. 61).“* (BGH aaO)

III. Ergebnis

Die Revision wird daher wegen der fehlerhaften Besetzung des Gerichts und dem Vorliegen des absoluten Revisionsgrundes des § 547 Nr. ZPO Erfolg haben.

(OLG Karlsruhe in NJW 2012, 1373; Beschluss vom 23.01.2012 – 6 W 92/11)

1. § 269 III 3 ZPO findet auch im Verfahren der einstweiligen Verfügung Anwendung.
2. Erfasst sind auch Fälle, in denen der Grund für den Antrag im Zeitraum zwischen der Aufgabe des Antrags zur Post und seinem Eingang beim Gericht entfällt, der Verfügungskläger hiervon aber schuldlos erst nach Einreichung des Antrags Kenntnis erlangt.
3. Bei Werbung mit Testergebnissen muss der Verbraucher ohne Weiteres in der Lage sein, die Angabe über den **Test nachzuprüfen**. Das setzt voraus, dass eine Fundstelle für den Test angegeben ist, die **leicht auffindbar** und nicht so klein wiedergegeben ist, dass sie nicht zu lesen ist.

Fall: Die Parteien streiten um die Kostenfolge nach Rücknahme eines Verfügungsantrags wegen Wegfalls des Anlasses zur Antragstellung vor Anhängigkeit des Antrags. Der Ast., ein Verein, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder gehört, hatte gegen die Ag. mit Schriftsatz vom 15.07.2011, der am 19.07.2011 bei Gericht eingegangen ist, den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt, mit der dieser die Bewerbung eines Körperpflegeprodukts mit der Wiedergabe von Testurteilen untersagt werden sollte, soweit die Fundstelle der Veröffentlichung des Tests nicht leicht und eindeutig lesbar angegeben ist.

Dem Antrag war vorausgegangen, dass die Ag. in einer Zeitschrift ihr Produkt mit der Wiedergabe eines Testurteils beworben hatte und dabei die Fundstelle in einer Druckgröße wiedergegeben hatte, die der durchschnittliche Leser nicht leicht und eindeutig entziffern kann. Der Ast. hat die Ag. abgemahnt und unter Androhung gerichtlicher Schritte zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bis zum 13.07.2011 aufgefordert. Nach Verstreichen der Frist hat der Prozessbevollmächtigte des Ast. mit Schriftsatz vom 15.07.2011 den oben genannten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt. Vor Eingang des Antrags bei Gericht am 19.07.2011 hat die Ag. mit Telefax vom 18.07.2011 eine die Wiederholungsgefahr entfallende strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben. Daraufhin hat der Ast. den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgenommen. Die Parteien haben wechselseitige Kostenanträge gestellt. Wie wird das Gericht entscheiden?

Das Gericht hat eine Kostenentscheidung zu treffen. Dieser Kostenentscheidung könnte § 269 III 3 ZPO zugrundzulegen sein. Danach bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen, wenn der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen und die Klage daraufhin zurückgenommen wird, selbst wenn es nicht mehr zu einer Zustellung kommt.

I. Regelungsgehalt des § 269 III ZPO

„Bis zur Einführung dieser Regelung hatte ein Kl. in diesen Fällen **keine Möglichkeit**, in dem laufenden Verfahren eine für ihn **nachteilige Kostenentscheidung zu vermeiden**, selbst wenn der Bekl. Anlass zur Erhebung der Klage gegeben hatte. Ihm war auch der **Weg über eine Erledigungserklärung** mit dem Ziel einer Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO **verschlossen**, weil diese Möglichkeit eine Erledigung des Rechtsstreits nach **Rechtshängigkeit voraussetzt**. Deshalb hat das ZPO-Reformgesetz eine Abweichung von dem Grundsatz des § 269 III 2 eingeführt: Aus **Gründen der Prozessökonomie** ist ausnahmsweise ein **materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch** bereits für die Kostenentscheidung des laufenden Rechtsstreits **zu berücksichtigen**; ein neues Verfahren wird dafür nicht erforderlich (BGH, NJW-RR 2005, 1662).“ (OLG Karlsruhe aaO)

II. Anwendbarkeit auch vor Anhängigkeit

Allerdings sieht die Vorschrift dem Wortlaut nach nur eine Regelung für den Wegfall des Grundes zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit vor. Ob sie auch Anwendung findet, bei Wegfall des Klagegrundes vor Eingang der Klage bei Gericht, ist umstritten.

1. herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung

„[Sie] wird im Fall der Rücknahme einer Klage nicht nur für den Zeitraum des Wegfalls des Anlasses der Klage zwischen Anhängigkeit und Zustellung der Klage, sondern **auch auf den Wegfall des Klageanlasses in der Zeit vor Einreichung der Klage angewendet** (Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 269 Rn. 8 c; Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 269 Rn. 53; OLG München, NJOZ 2005, 61 = OLG-Report 2004, 218; OLG Jena, Beschl. v. 03.06.2011 – 4 W 248/11, BeckRS 2012, 05402; KG, NJW-RR 2009, 1411; LG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 213). Auch in denjenigen Fällen, in denen sich die Erbringung der geschuldeten Leistung mit der Klageeinreichung kreuzt (so Stein/Jonas, § 269 Rn. 53), spricht die Prozessökonomie, so die **ganz herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung**, für eine Anwendung des § 269 III 3 ZPO.“ (OLG Karlsruhe aaO)

2. Mindermeinung

„**Anderer Auffassung** sind OLG Brandenburg (Beschl. v. 13.09.2011 – 6 W 73/11, BeckRS 2011, 24847) und OLG Frankfurt a. M. (NJOZ 2004, 3454), offen gelassen hat dies das OLG Hamm (NJW-RR 2011, 1563). Das OLG Brandenburg meint, **vor Anhängigkeit** des Verfahrens falle es grundsätzlich in die **Risikosphäre eines Antragstellers**, ob, wann und unter welchen Umständen er seinen Anspruch geltend machen will. Als **Ausnahmeregelung** sei die Vorschrift einer solchen **erweiterten Geltendmachung nicht zugänglich**, es fehle zur Rechtfertigung der Analogie an einer Lücke.

Dieser Auffassung, die offenbar eine Anwendung des § 269 III 3 ZPO beim Wegfall des Klagegrundes vor Anhängigkeit nicht nur in Eilverfahren ablehnt, ist entgegenzuhalten, dass der **zeitliche Anwendungsbereich** (also vor Rechtshängigkeit) – anders als eine Anwendung der Vorschrift für den Wegfall des Klagegrundes nach Rechtshängigkeit – **vom Wortlaut der Vorschrift umfasst** ist. Die Norm grenzt den Anwendungsbereich nicht ausdrücklich auf den Zeitraum zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit ein. Das OLG Frankfurt a.M. hat seine Auffassung damit begründet, dass eine Anwendung der Regelung auf eine Erledigung vor Anhängigkeit voraussetze, dass der **Antragsgegner rechtliches Gehör erhalte**, also die Schriftsätze des Antragstellers erhalte. Dies spreche gegen eine Anwendung des § 269 III 3 ZPO auf den Wegfall des Anlasses vor Anhängigkeit. Dieses **Argument** hatte **bereits** zuvor der **BGH** (allerdings in einem Fall der Erledigung nach Einreichung) **nicht geteilt** (BGH, NJW 2004, 1530). Spätestens nach der Gesetzesänderung und der Anfügung des 2. Halbsatzes an § 269 III 3 ZPO ist dieser Begründung jedoch die Grundlage entzogen. Überzeugend ist daher die zuvor dargestellte herrschende Auffassung.“ (OLG Karlsruhe aaO)

III. Anwendbarkeit im einstweiligen Verfügungsverfahren

Unmittelbar anwendbar ist § 269 III 3 ZPO jedoch nur im Klageverfahren. Fraglich ist daher, ob die Regelung auch im einstweiligen Verfügungsverfahren Anwendung findet.

„**Zu Recht** wird die Regelung des § 269 III 3 ZPO auch im einstweiligen Verfügungsverfahren **für anwendbar** gehalten (KG, OLG-Report 2009, 514 = NJW-RR 2009, 1080 L = BeckRS 2009, 11738; OLG Stuttgart, NJW-RR 2007, 527; OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2005, 2556 = OLG-Report 2006, 266; Zöller/Vollkommer, § 920 Rn. 13). Soweit die Vorschrift des § 269 III 3 ZPO deshalb für nicht für anwendbar gehalten wird, da **beim Eilverfahren Anhängigkeit und Rechtshängigkeit zusammenfallen** (Teplitzky, Wettbewerbsrechtl. Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl., Kap. 55 Rn. 1 a Fußn. 9; Retzer, in: Harte/Henning, UWG, 2. Aufl., § 12 Rn. 451), kann diese Begründung nur insoweit zutreffen, als es einen **Zeitraum zwischen Anhängigkeit und Erledigung nicht gibt**; sie trifft aber nicht auf den Fall zu, in dem der Wegfall des Anlasses zur Antragstellung vor Anhängigkeit erfolgt und der Antragsteller hiervon schuldlos keine Kenntnis hat und deshalb einen Eilantrag einreicht. Die **Gründe**, die den **Gesetzgeber veranlasst** haben, in diesen Fällen eine Billigkeitsentscheidung nach § 269 III 3 ZPO zu ermöglichen und einen zweiten Prozess über die Kosten zu vermeiden, treffen nicht nur auf eine Entscheidung in der Hauptsache, sondern **gleichermaßen auch für das Eilverfahren** zu.“ (OLG Karlsruhe aaO)

IV. Vorliegen der Voraussetzungen

Es müssten aber die Voraussetzungen für eine Billigkeitsentscheidung zu Gunsten des Kl. vorliegen.

„Voraussetzung ... ist ... stets, dass der Kl. vom **Wegfall des Klagegrundes schuldlos erst nach Einreichung der Klage Kenntnis** erhält (Zöller/Greger, § 269 Rn. 8 c; Stein/Jonas, § 269 Rn. 53; OLG München, NJOZ 2005, 61 = OLG-Report 2004, 218; OLG Jena, Beschl. v. 03.06.2011 – 4 W 248/11, BeckRS 2012, 05402; KG, NJW-RR 2009, 1411; LG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 213).“ (OLG Karlsruhe aaO)

1. Wegfall des Antragsgrundes

Der Antrag ist am 19.07.2011 bei Gericht eingegangen, die strafbewehrte Unterlassungserklärung war dem Ast. (per Telefax) am Tag zuvor (18.07.2011) zugegangen.

2. schuldlose Unkenntnis

Der Ast. hatte der Ag. eine Frist zur Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung bis zum 13.07.2011 gesetzt.

„Die mit der Abmahnung vom 06.07.2011 gesetzte Frist war auch nicht unangemessen kurz.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Bei Absendung der Antragschrift am 15.07.2011 die Ast. daher nicht mehr damit rechnen, dass der Ag. die geforderte Erklärung noch abgeben werde.

„Nachdem der Ast. erst im Laufe des Montags (18.07.2011) die **geforderte Erklärung erhalten** hatte, ist davon auszugehen, dass der Anwaltsschriftsatz vom Freitag, den 15.07.2011, **zu diesem Zeitpunkt bereits zur Post gegeben** und damit der Einflussosphäre des Ast. bzw. seinem Bevollmächtig-

ten entzogen war. Soweit die Ag. dies bestreitet und behauptet, der Antrag sei erst nach Eingang der Unterlassungserklärung „auf den Weg gebracht worden“, hat sie keinen zeitlichen Ablauf dargelegt, der dies wahrscheinlich macht. Sie hat insbesondere **nicht vorgetragen**, zu welcher **Uhrzeit** das **Telefax am Montag, den 18.07.2011**, bei dem Ast. **eingegangen** ist. Angesichts des Eingangs der Antragsschrift eines in Berlin ansässigen Rechtsanwalts beim LG Heidelberg am Dienstag, den 19.07.2011, kann ohne näheren Vortrag der Ag. davon ausgegangen werden, dass zum **Zeitpunkt des Versands** des Antrags **keine Kenntnis von der Unterlassungserklärung** seitens des Ast. bestand.“ (OLG Karlsruhe aaO)

Der Ast. hat folglich ohne sein Verschulden erst nach Einreichung des Antrags Kenntnis vom Wegfall des Anlasses zur Antragstellung erhalten. Er hatte zu diesem Zeitpunkt keine Kenntnis, denn er hatte den Antrag bereits mit Schriftsatz vom 15.07.2011 (einem Freitag) an das LG abgesendet.

3. Billigkeitserwägungen

Die Kostenentscheidung richtet sich damit nach billigem Ermessen. Die Kosten des Verfügungsverfahrens sind somit demjenigen aufzuerlegen, der **ohne die Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung**, die zum Wegfall des Grundes für die Antragstellung geführt hatte, in dem Rechtsstreit **unterlegen** wäre.

„Der Ast. ist nach § 8 III Nr. 2 UWG **antragsbefugt**. Die Voraussetzungen sind mit Vorlage der Mitgliederliste und Aufzählung der Mitgliedschaften von Versandapotheken, Discontern und Herstellern von Kosmetika **glaubhaft gemacht**.

Die Ag. hat auch **wettbewerbswidrig geworben**. Denn bei einer Werbung mit Testergebnissen muss der Verbraucher ohne Weiteres in der Lage sein, die Angabe über den **Test nachzuprüfen**. Das setzt voraus, dass eine Fundstelle für den Test angegeben ist. Die Angabe muss für den Verbraucher auf Grund der Gestaltung der Werbung **leicht auffindbar** sein (BGH, NJW-RR 1991, 1135 = GRUR 1991, 679 – Fundstellenangabe; NJW-RR 2010, 915 = GRUR 2010, 248 Rn. 30 f. – Kamerakauf im Internet). Ausweislich der Werbung in Anlage A 1, die ein Deo-Produkt zeigt, auf dem das Testurteil der Zeitschrift „ÖKO-Test“ mit „gut“ abgebildet ist, ist die **Fundstelle so klein wiedergegeben**, dass sie – was mit der Vorlage der angegriffenen Werbeanzeige glaubhaft gemacht ist – **nicht zu lesen ist**. Die **Werbung** ist daher **wettbewerbswidrig** (§ 5 a II UWG), der Verstoß in der Vergangenheit hat die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr begründet (§ 8 I UWG). Es entspricht daher der Billigkeit, der Ag. die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.“ (OLG Karlsruhe aaO)

V. Ergebnis

Der Ag. sind nach Rücknahme des Antrags nach billigem Ermessen gem. § 269 III 3 ZPO die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens aufzuerlegen, da sie ohne Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung in dem Eilverfahren unterlegen wäre.

StPO

Verständigungsverfahren

StPO

§§ 243 IV 1, 257c Informationspflicht des Gerichts gegenüber Angeklagtem

(OLG Celle in NSTZ 2012, 285; Beschluss vom 30.08.2011 – 32 Ss 87/11)

1. Der **Zweck der Mitteilungspflicht** des § 243 IV 1 StPO besteht in der Sicherung der **Transparenz des Verständigungsverfahrens** und der Gewährleistung des **Öffentlichkeitsgrundsatzes**, nicht hingegen in der Unterrichtung des Angekl. über das Bestehen der gesetzlichen Möglichkeit der Verfahrensverständigung als solcher.
2. Die **Verletzung der Mitteilungspflicht** aus § 243 IV 1 StPO **begründet** keinen absoluten, sondern lediglich einen **relativen Revisionsgrund**.
3. Der **Angekl.** hat **kein subjektives Recht** auf Information über die gesetzliche Möglichkeit der Urteilsabsprache. Ein nicht auf eine Verständigung (§ 257c StPO) zurückgehendes Urteil kann nicht darauf beruhen, dass der Angekl. durch den Vorsitzenden über diese Möglichkeit nicht unterrichtet worden ist.

- I. Mit dem Inkrafttreten des **Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren** am 04.08.2009 (BGBl I, 2353) –Verständigungsgesetz – tritt die Konsensmaxime als weiterer Verfahrensgrundsatz des deutschen Strafprozesses neben die hergebrachte Inquisitionsmaxime (Amtsermittlungsgrundsatz).

Primäres Anliegen des Verständigungsgesetzes ist es, Absprachen im Strafprozess klare Vorgaben im Hinblick auf Verfahren, Inhalt und Folgen zu machen. Sie sollen im Einklang mit den hergebrachten Grundsätzen des deutschen Strafverfahrens stehen. Auf diese Weise sollen Transparenz, Überprüfbarkeit und eine gleichmäßige Rechtsanwendung durch die Praxis sichergestellt werden.

1. Die Verständigung über den Stand des Verfahrens

Mit den §§ 160b, 202a, 212 StPO strebt der Gesetzgeber die Förderung frühzeitiger Verständigungen im Ermittlungs-, Zwischen- und Hauptverfahren an. Danach können die Verfahrensbeteiligten jederzeit den Stand des Verfahrens im persönlichen Gespräch oder z.B. auch fernmündlich erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern. Das wesentliche Ergebnis der Erörterungen ist zweckmäßigerweise in Form eines zu den Akten gebrachten Vermerks zu dokumentieren

2. Die Verständigung über den Verfahrensstand in der Hauptverhandlung

Auch in der Hauptverhandlung kann das Gericht gem. § 257b StPO den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern.

So soll bereits während laufender Hauptverhandlung auch die Angabe einer Ober- und Untergrenze der nach dem gegenwärtigen Stand des Verfahrens zu erwartenden Strafe möglich sein. Dafür spricht auch der weitere Zweck der Regelung: Die Vorschrift soll klarstellen, dass das Gericht eine verfahrensbeendende Absprache initiieren kann, ohne allein deshalb die Besorgnis der Befangenheit zu rechtfertigen.

3. Die Urteilsabsprache über den Ausgang des Verfahrens

§ 257c StPO ist die zentrale Norm für eine Verständigung im Strafverfahren und kodifiziert die Voraussetzungen und Grenzen der Urteilsabsprache im Strafprozess.

- a) Regelmäßig wird die Erörterung des Verfahrensstands nach § 257c StPO nur das Präludium für die Frage nach seinem Fortgang sein. Deshalb können sich die Verfahrensbeteiligten nach § 257c I 1 StPO über diesen Punkt und auch das Ergebnis des Verfahrens verständigen. Hält das Gericht eine Einigung für möglich, kann es unter freier Würdigung aller Umstände und unter Beachtung der allgemeinen Strafzumessungsregeln eine Strafober- und Untergrenze angeben. Die Verständigung selbst kommt dann nach Gewährung rechtlichen Gehörs bindend zu Stande, wenn Angekl. und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag zustimmen, § 257c III 4 StPO. Die wesentlichen Verfahrensvorgänge sind somit – insoweit konsequent – auch bei der

Urteilsabsprache richterzentriert ausgestaltet. Freilich besiegelt erst die konsensuale Einigung zwischen den Verfahrensantagonisten das Ergebnis.

- b) § 257c II 1 StPO regelt abschließend die zulässigen Abspracheinhalte. Dies sind
- die Rechtsfolgen, die Inhalt eines Strafurteils oder eines dazugehörigen Beschlusses sein können,
 - das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten (z.B. der Verzicht auf die Stellung von Beweisanträgen durch den Angekl. oder den Nebenkläger, die Zusage der Schadenswiedergutmachung durch den Angekl. oder der Verzicht der Staatsanwaltschaft auf eine geständige Einlassung des Angekl.) sowie
 - sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im gegenständlichen Erkenntnisverfahren.
- c) Ausdrücklich unzulässig sind nach § 257c II 3 StPO Absprachen über
- den Schuldspruch, also die Anwendung des materiellen Strafrechts durch das Gericht (z.B. die „Hinwegdefinition“ eines nach dem Stand der Beweisaufnahme verwirklichten Qualifikationstatbestands)
 - Maßregeln der Besserung und Sicherung.
- d) „Soll“-Voraussetzung einer Verständigung ist zudem das Geständnis des Angekl.

Als Geständnis i.S. des § 254 I StPO wird bereits das Einräumen einzelner Tatsachen angesehen. Zwar wird man dies auf § 257c II 2 StPO nicht übertragen können. Dass für das Absprachegeständnis andererseits aber auch nicht eine detailreiche und in jeder Hinsicht schlüssige Schilderung des äußeren und inneren Deliktstatbestands verlangt werden kann, belegt der Umkehrschluss aus § 362 Nr. 4 StPO, wonach gerade das weitergehende „Geständnis der Straftat“ Voraussetzung ist.

Nicht ausreichend ist i. d. R. ein prozessuales Anerkenntnis („Stimmt, ich war's“), bloßes Nichtbestreiten („Ich trete der Anklage nicht länger entgegen“) oder eine formale Unterwerfungserklärung des Angekl. ohne inhaltliche Substanz („Ich räume die Anklage jetzt ein, gebe aber keine weiteren Erklärungen ab“). Anders ist dies nur dann, wenn sich Gericht und Staatsanwaltschaft in Ansehung der Aktenlage und der bisherigen Beweisaufnahme ohne Weiteres von der Richtigkeit einer geständigen Formalerklärung zu überzeugen vermögen. Diese Einschätzung muss für das Rechtsmittelgericht in den Grenzen der Willkürkontrolle nachvollziehbar sein.

4. Die Bindungswirkung getroffener Absprachen

Kommt eine Absprache nach diesen Maßgaben zu Stande, ist sie für das Gericht grds. bindend. In § 257c IV StPO ist geregelt, wann diese Bindung entfallen kann.

5. Transparenz- und Formvorschriften

Nach § 243 IV 1 StPO ist vorgesehen, dass der Vorsitzende bereits zu Beginn der Hauptverhandlung mitteilt, ob und ggf. mit welchem wesentlichen Inhalt – und nicht nur mit welchem Ergebnis – Erörterungen nach §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben. § 243 IV 2 StPO verschärft diese Pflicht, sobald und soweit sich Änderungen gegenüber bisherigen Mitteilungen ergeben haben. Zur Sicherstellung der Kontrolle durch die Rechtsmittelgerichte sind der wesentliche Ablauf und Inhalt von Erörterungen nach § 257b und Verständigungen nach § 257c StPO wiederzugeben. Bei diesen Vorgängen handelt es sich um wesentliche Förmlichkeiten der Hauptverhandlung.

- II. Die Verletzung der Mitteilungspflicht aus § 243 IV 1 StPO begründet **keinen absoluten Revisionsgrund** nach § 338 StPO (BGH StV 2011, 202; Jahn StV 2011, 497; SK-StPO-Frister, 4. Aufl., 2011, § 243 Rn 94; s. auch LR-Becker, 26. Aufl., § 243 Rn 96a).

Der **Gesetzgeber hat davon abgesehen**, einen Verstoß gegen § 243 IV StPO ausdrücklich als absoluten Revisionsgrund in § 338 StPO aufzunehmen. Eine solche Ergänzung von § 338 StPO hat der Gesetzgeber weder im Zuge der Reform durch das Gesetz zur Regelung

der Verständigung im Strafverfahren vom 29.07.2009 (BGBl I, 2353) noch durch ein anderes Änderungsgesetz vorgenommen.

III. Dementsprechend kann ein **Verstoß gegen die Mitteilungspflicht** nach § 243 IV 1 StPO die **Revision nur begründen, wenn das Urteil darauf beruht**.

1. Ein Urteil beruht auf einem **Rechtsfehler**, wenn nicht auszuschließen ist, dass es ohne diesen Rechtsfehler anders ausgefallen wäre (s. nur BGH NJW 2011, 2377; Radtke/Hohmann, StPO, 2011, § 337 Rn 35f. m. w. Nachw.). Daran fehlt es, wenn die Möglichkeit ausgeschlossen oder lediglich theoretischer Natur ist, dass der Rechtsverstoß das angefochtene Urteil beeinflusst hat (BGHSt 22, 278; BGH NJW 2011, 2377; Meyer-Goßner, § 337 Rn 38).

Dies bedeutet, dass das angefochtene Urteil allenfalls dann auf dem Unterbleiben der Mitteilung gem. § 243 IV 1 StPO beruhen könnte, wenn diese **Mitteilungspflicht** zumindest auch den **Zweck** hätte, den **Angekl. über die Möglichkeit zu informieren, das Strafverfahren durch eine Verständigung i.S.v. § 257c StPO zu beenden**. Ein solcher Zweck liegt der Mitteilungspflicht indes nicht zugrunde, wie sich insbes. an der **Entstehungsgeschichte des Gesetzes** zeigt.

*„Zweck der Mitteilungspflicht nach § 243 IV 1 StPO ist in erster Linie die **Sicherung der Transparenz des Verständigungsverfahrens** sowie daneben die **Gewährleistung des Grundsatzes der Öffentlichkeit** (i.S.v. § 169 GVG) auch und gerade im Rahmen einer Verfahrensverständigung (Schlothauer/Weider StV 2009, 600). Ausweislich der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum Gesetz über die Verständigung im Strafverfahren soll die Mitteilungspflicht des § 243 IV 1 StPO die Einhaltung des in der Rspr. des BGH aufgestellten und anerkannten Grundsatzes sicherstellen, dass sich eine **Verständigung „im Lichte der öffentlichen Hauptverhandlung offenbaren muss“** (BT-Dr 16/12310, S. 12). Der Gesetzgeber zieht mit der in der öffentlichen Hauptverhandlung zu erfüllenden Mitteilungspflicht die **Konsequenz aus der in §§ 202a, 212 StPO zugelassenen Möglichkeit von Vorgesprächen** über eine mittels Verständigung erfolgende Erledigung des Strafverfahrens bereits in den nicht öffentlich geführten Stadien des Ermittlungs- und des Zwischenverfahrens (s. BT-Dr 16/12310, S. 12). Wie sich insbes. aus der Begründung des Gesetzesentwurfes des Bundesrates zu einem Gesetz über die Verständigung im Strafverfahren vom 15.12.2006 (BT-Dr 16/4197) ergibt, soll das in § 243 IV 1 StPO enthaltene Transparenzgebot verhindern, dass „die Erörterungen von Urteilsabsprachen außerhalb der Hauptverhandlung ... ein eigenständiges, informelles und unkontrollierbares Verfahren neben der eigentlichen Hauptverhandlung hervorbringen“ (BT-Dr 16/4197, S. 8; s. auch Schlothauer/Weider StV 2009, 600). Mit der Verpflichtung, bereits vor und außerhalb der Hauptverhandlung geführte Gespräche über eine mögliche Verständigung in der Hauptverhandlung mitzuteilen, wird zugleich von vornherein **„jedem Anschein der Heimlichkeit und der hieraus resultierenden Besorgnis der Befangenheit vorgebeugt** und dem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren Rechnung getragen“ (BGH StV 2011, 72). Die durch die Mitteilungspflicht vom Gesetzgeber erwartete Sicherung des Öffentlichkeitsgrundsatzes und des Transparenzgebots dient den Interessen derjenigen Angekl., die persönlich an Erörterungen über Urteilsabsprachen im zeitlichen Vorfeld der Hauptverhandlung nicht beteiligt, sondern in solchen Gesprächen lediglich durch ihren Verteidiger vertreten waren (dazu Niemöller/Schlothauer/Weider, § 243 Rn 5). Entsprechendes gilt für sonstige Verfahrensbeteiligte, die nicht stets sämtlich an entsprechenden Erörterungen mit dem Gericht teilgenommen haben müssen. Im Ergebnis sichert die Mitteilungspflicht damit nur den **Informationsgleichstand sämtlicher Verfahrensbeteiligter**, auch derjenigen, die an den Erörterungen selbst nicht beteiligt waren. Der Angekl. wird durch die Mitteilung über eventuell geführte Verständigungsgespräche und über ihren Inhalt in die Lage versetzt, sein weiteres Prozessverhalten auf die bisherigen Inhalte von Verständigungsgesprächen einzustellen.“* (OLG Celle aaO).

2. Daraus ergibt sich indes **keinerlei subjektives Recht des Angekl. auf eine Information über die gesetzliche Möglichkeit, das Verfahren durch eine Urteilsabsprache i.S.v. § 257c StPO zu beenden**. Auch Wortlaut und Entstehungsgeschichte von § 243 IV 1 StPO lassen die Annahme eines derartigen Regelungszwecks nicht zu.

Damit kann ein Urteil nicht auf einer unterbliebenen Mitteilung des Vorsitzenden Richters über das Fehlen von Gesprächen i. S. v. § 243 IV 1 StPO beruhen.

Überprüfung einer polizeilichen Ingewahrsamnahme
Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts

(OVG Bremen in NVwZ-RR 2012, 272; Beschluss vom 10.01.2012 – 1 S 327/11)

1. Hat die Polizei beim Amtsgericht die **Bestätigung einer präventiv-polizeilichen Ingewahrsamnahme** beantragt, ist das Amtsgericht kraft der Sonderzuweisung in § 16 III BremPolG auch für den **nachträglichen Antrag des Betroffenen auf Feststellung der Rechtswidrigkeit** der Maßnahme zuständig.
2. Das Verwaltungsgericht ist für einen entsprechenden Feststellungsantrag nur zuständig, wenn die Polizei keinen Bestätigungsantrag gestellt hatte.
3. Unabhängig davon hat das Verwaltungsgericht die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme in jedem Fall dann zu prüfen, wenn ein **vor Ergehen einer amtsrichterlichen Entscheidung** aus dem Gewahrsam entlassener Betroffener sich allein gegen die Heranziehung zu den **Kosten der Ingewahrsamnahme** wehrt. Die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme ist in diesem Fall eine **entscheidungserhebliche Vorfrage** für die Rechtmäßigkeit des Heranziehungsbescheids.

Fall: Der Ast. wurde am 06.09.2009, einem Sonntag, um 12:30 Uhr in polizeiliches Gewahrsam genommen. Nach dem polizeilichen Einsatzbericht lag er völlig betrunken auf einem Gehweg; die Ingewahrsamnahme erfolgte gem. § 15 I 1 Nr. 1 BremPolG zu seinem Schutz. Das zuständige Polizeirevier beantragte um 13:30 Uhr beim AG Bremen die Bestätigung der Freiheitsentziehung. Der Kl. wurde gegen 18:55 Uhr aus dem Gewahrsam entlassen. Eine richterliche Entscheidung war bis dahin nicht ergangen.

Mit Leistungsbescheid vom 16.09.2009 setzte die Bekl. wegen der Ingewahrsamnahme Kosten in Höhe von 143, 86 Euro gegen den Kl. fest. Seinen Widerspruch wies der Senator für Inneres und Sport mit Widerspruchsbescheid vom 27.04.2010 als unbegründet zurück. Gegen die Kostenfestsetzung hat der Kl. am 10.05.2010 vor dem VG Klage erhoben. Zugleich hat er am 07.05.2010 vor dem AG Bremen beantragt festzustellen, dass die Freiheitsentziehung rechtswidrig gewesen sei. Das AG Bremen hat sich für nicht zuständig erklärt und das Verfahren an das VG Bremen verwiesen. Dort wurden die Verfahren verbunden.

Der Ast. rügt in formeller Hinsicht, dass eine richterliche Entscheidung am 06.09.2009 nicht unverzüglich ergangen sei. Offenkundig sei an diesem Tage kein ausreichender richterlicher Bereitschaftsdienst eingerichtet gewesen. Zudem sei Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen (FreihEntzG), auf das § 16 III 2 BremPolG Bezug nehme, sei am 01.09.2009 außer Kraft getreten und durch die Regelungen des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG - Buch 7 -) ersetzt worden. Da § 16 III 2 BremPolG nicht an die Neuregelung angepasst worden sei, gehe die Verweisung jetzt ins Leere. Die AG wendet dagegen ein, die erforderliche Anpassung von § 16 III 2 BremPolG sei vom Landesgesetzgeber offensichtlich übersehen worden. Durch das „Gesetz zur Anpassung des Bremischen Landesrechts an das Gesetz über das Verfahren in Freiheitsentziehungssachen und den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ vom 23.06.2009 (BremGBI, S. 233) seien mehrere Bremische Gesetze sprachlich auf die Neuregelung umgestellt worden, so etwa auch die §§ 22 I, 33 III, 35 III BremPolG. Bei § 16 III 2 BremPolG sei dies versäumt worden, was aber nichts daran ändere, dass die Neuregelung auch in Bezug auf diese Vorschrift gelte.

Der Ast. ist schließlich auch der Auffassung, dass seine Ingewahrsamnahme auch aus materiell-rechtlichen Gründen zu beanstanden sei. Die Ingewahrsamnahme habe nicht seinem Schutz gedient, sondern ihn im Gegenteil in gesundheitliche Gefahren gebracht. Er sei ohne ärztliche Überwachung zum Alkoholzug in eine Polizeizelle verbracht worden. Da er unter epileptischen Anfällen leide, hätte das Vorgehen der Polizeibeamten für ihn lebensbedrohlich werden können.

Der vom Ast. gestellte Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wurde mangels Erfolgsaussichten der Klage zurückgewiesen. Hiergegen hat der Ast. Beschwerde eingelegt. Wird diese Erfolg haben?

Die Beschwerde gegen die Ablehnung der Prozesskostenhilfe wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Beschwerde

Gegen die Versagung von PKH durch das VG kann der Ast. Beschwerde nach § 146 I VwGO einlegen (vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 8. Auflage 2011, § 42 Rn. 2-6).

1. Zuständigkeit

Zuständig für Beschwerden gegen Entscheidungen des VG ist stets das OVG (§ 146 I VwGO). Nur ausnahmsweise kommt eine Zuständigkeit des BVerwG für Beschwerden gegen bestimmte Entscheidungen des OVG in Betracht (§ 152 VwGO).

2. Statthaftigkeit der Beschwerde

Statthaft ist die Beschwerde gegen **Entscheidungen des Verwaltungsgerichts**, des Vorsitzenden oder des Berichterstatters, die **nicht Urteile oder Gerichtsbescheide** sind, also vor allem die Entscheidung im Normenkontrollverfahren und im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (§ 80 V, VII, § 123 VwGO). Einer **besonderen Zulassung** bedarf es **nicht**.

Nicht statthaft ist die Beschwerde nach § 146 II VwGO gegen **verfahrensleitende Verfügungen**, Aufklärungsanordnungen, Beschlüsse über eine Vertagung oder die Bestimmung einer Frist, Beweisbeschlüsse, Beschlüsse über Ablehnung von Beweisanträgen, über Verbindung und Trennung von Verfahren und Ansprüchen. Damit soll einer unangemessenen Verzögerung des gerichtlichen Verfahrens entgegengewirkt werden. Unstatthaft ist die Beschwerde ferner gegen alle sonstigen Entscheidungen, die durch Gesetz für unanfechtbar erklärt werden, so z. B. den Beschluss über eine Beiladung (§ 65 IV 3 VwGO), die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 60 V VwGO) sowie die Verweisung an ein anderes VG (§ 83 S. 2 VwGO).

Damit ist die Beschwerde gegen die Ablehnung der Prozesskostenhilfe als Entscheidung des Verwaltungsgerichts statthaft.

3. Beschwerdebefugnis

Beschwerdebefugt sind nur diejenigen Beteiligten und sonstigen Betroffenen, die geltend machen können, durch den angegriffenen Beschluss in einer eigenen Rechtsposition verletzt zu sein. Der Ast. als derjenige, welcher die Gewährung von Prozesskostenhilfe beantragt hatte, ist daher ohne weiteres beschwerdebefugt.

4. Form und Frist

Die Beschwerde ist nach § 147 I VwGO schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bei dem Gericht einzulegen, dessen Entscheidung angefochten wird. Die Frist wird auch durch Einlegung beim Beschwerdegericht gewahrt (§ 147 II VwGO). Nach § 146 i. V. m. § 67 I 2 VwGO besteht praktisch für alle wichtigen Fälle (**außer Beschwerden in Prozesskostenhilfesachen**) Anwaltszwang (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2003, 691). Die Beschwerde muss eine bestimmte Entscheidung nennen und einen Antrag enthalten (Einzelheiten dazu s. VGH Mannheim, NVwZ 2002, 883; NVwZ 2002, 1388). Im Vergleich zu Berufung und Revision ist die **Frist zur Einlegung** verkürzt; sie beträgt nur **zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung**. Eine Erleichterung ist allerdings insofern eingetreten, als bei Beschwerden gegen Beschlüsse im vorläufigen Rechtsschutzverfahren die Begründung erst innerhalb eines Monats ab Zustellung der Entscheidung erfolgen muss (§ 146 IV VwGO).

Die Beschwerde des Ast. gegen die Ablehnung der Prozesskostenhilfe ist daher zulässig.

II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn die Ablehnung der Prozesskostenhilfe durch das VG zu Unrecht erfolgt ist.

Nach § 166 VwGO gelten für die Gewährung von Prozesskostenhilfe im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Vorschriften der ZPO entsprechend. Eine Partei hat nach § 114 S. 1 ZPO einen Anspruch auf Prozesskostenhilfe, wenn sie nach ihren **persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen** die Prozesskosten nicht, nicht ganz oder nur in Raten aufbringen kann (Bedürftigkeit) und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder -verteidigung **hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet** und **nicht mutwillig** erscheint.

Im vorliegenden Fall kann davon ausgegangen werden, dass Bedürftigkeit des Ast. vorliegt, so dass es für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Prozesskostenhilfeablehnung darauf ankommt, ob die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Ist dies anzunehmen, so lägen keine Anhaltspunkte für Mutwilligkeit vor.

Die rechtliche Ausgangssituation muss bei **summarischer Prüfung** zumindest eine **gewisse Wahrscheinlichkeit** eines Erfolges der Partei ergeben. Die Anforderungen an die Erfolgsaussichten dürfen **nicht überspannt** werden, um der auf Prozesskostenhilfe angewiesenen Partei nicht den Weg zu den Gerichten in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise zu erschweren (vgl. Pohlmann, Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2010, § 16, Rn. 877). Die Erfolgsaussichten hängen sowohl von Fragen der formellen als auch der materiellen Rechtswidrigkeit ab.

1. materiell-rechtliche Prüfung

Die formell-rechtlichen Fragen können bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe dahinstehen, wenn die Klage schon aus materiell-rechtlichen Gründen Erfolg haben könnte. Fraglich ist daher, ob die Einwendungen des Ast. gegen die **Berechtigung zur Ingewahrsamnahme** durchdringen könnten.

Nach § 15 I 1 Nr. 1 BremPolG darf die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies unerlässlich ist zum Schutz der Person gegen eine ihr drohende Gefahr für Leib und Leben, weil die Person sich in einer hilflosen Lage befindet.

vgl. in den anderen Bundesländern vgl. Art. 17 BayPAG; § 28 I BWPoIG; § 30 BlnASOG; § 17 BbgPolG; § 18 NdsSOG; § 13 HbgSOG; § 32 HessSOG; § 55 MVSO; § 35 NwPolG; § 14 RhPfPOG; § 13 SaarPolG; § 22 I SachsPolG; § 37 SachsAnhSOG; § 204 I SchIHvWG; § 19 ThürPAG

Fraglich ist, ob dies bei dem Ast. anzunehmen war.

Nach derzeitigem Aktenstand ist die Polizei am 06.09.2009 zu Recht davon ausgegangen, dass es sich beim Ast. um eine im vorstehenden Sinn hilflose Person handelte.

*„Nach dem Polizeibericht vom 06.09.2009 sowie einer ergänzenden Stellungnahme der einschreitenden Polizeibeamten vom 20.10.2009 war der Ast. an diesem Tage so stark angetrunken, dass er **nicht in der Lage war, sich fortzubewegen** oder aufzustehen. Er roch stark nach Alkohol; Anzeichen für einen krankheitsbedingten Ausfall waren nicht erkennbar. **Anhaltspunkte** dafür, dass die Ausnüchterung im Polizeigewahrsam für ihn mit **Gesundheitsgefahren** verbunden sein könnte, waren danach **nicht gegeben**. Auch im Nachhinein hat der Ast. konkrete Umstände, auf Grund derer eine solche Gefahr hätte angenommen werden müssen, nicht genannt.“* (OVG Bremen aaO)

Der Ast. wird daher mit seinen materiell-rechtlichen Einwendungen im Klageverfahren voraussichtlich nicht durchdringen wird.

2. formelle Prüfung

Allerdings könnte der Klage auch allein aus formellen Gründen Erfolg beschieden sein.

a) Fehlen einer richterlichen Entscheidung

Wird eine Person gemäß § 16 I 1 BremPolG in Gewahrsam genommen, so ist **unverzüglich eine richterliche Entscheidung** über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen.

aa) Anforderungen an Unverzüglichkeit

*„Die **verfassungsrechtliche Grundlage** für diesen Richtervorbehalt, der der Sicherung des Grundrechts auf Freiheit der Person in Art. 2 II 2 GG dient, findet sich in Art. 104 II 2 GG. „**Unverzüglich**“ bedeutet, dass die richterliche Entscheidung **ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt**, getroffen wird. Der Staat ist verpflichtet, durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen zu gewährleisten, dass ein zuständiger Richter – jedenfalls zur Tageszeit – erreichbar ist (BVerfGE 105, 239 [249] = NJW 2002, 3161 = NVwZ 2002, 1370 L; BVerfG, NVwZ 2006, 579 f.).“* (OVG Bremen aaO)

Der Kl. ist um 12:30 Uhr in Gewahrsam genommen worden, um 13:30 Uhr ist der Antrag auf Bestätigung des Gewahrsams vom zuständigen Polizeirevier an das AG gefaxt worden. In diesem Antrag wurde der Sachverhalt, der zur Ingewahrsamnahme des Kl. führte, im Einzelnen dargelegt.

*„Bis zur Entlassung des Kl. aus dem Polizeigewahrsam gegen 18:55 Uhr sind **vom AG** dann aber **allem Anschein nach keine weiteren Maßnahmen ergriffen** worden. Dieser Verfahrensablauf weckt im Hinblick auf das Gebot der unverzüglichen Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung Bedenken. Der Umstand, dass es sich um einen Sonntagnachmittag handelte, ändert hieran nichts, da **auch an Sonn- und Feiertagen ein Bereitschaftsdienst bestehen muss** (vgl. Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 104 Rn 25). Über die nähere Ausgestaltung dieses Be-*

reitschaftsdienstes ergibt sich bislang aus den Akten nichts, so dass die Frage, ob er den Anforderungen des Art. 104 II 2 GG genügt, sich derzeit nicht beantworten lässt. Das VG wird ihr im Hauptsacheverfahren weiter nachzugehen haben.“ (OVG Bremen aaO)

Im vorliegenden Fall bestehen daher Anhaltspunkte dafür, dass den Anforderungen an eine unverzügliche richterliche Entscheidung nicht genügt worden ist.

bb) Prüfungsbefugnis des VG

Allerdings ist nach § 16 III 1 BremPolG ist für die Entscheidung über die **Zulässigkeit und Fortdauer** der polizeilichen Ingewahrsamnahme das **AG zuständig**.

Vgl. in anderen Bundesländern vgl. Art. 18 III BayPAG; § 28 IV BWPoIG; § 31 III BlnASOG; § 18 II BbgPolG; § 19 III NdsSOG; § 13a II HbgSOG; § 33 II HessSOG; § 56 V 3 MVSOg; § 36 II NwPolG; § 15 II RhPfPOG; § 14 II SaarlPolG; § 22 VIII SächsPolG; §§ 1, 38 II SachsAnhSOG; § 204 V i.V.m. 181 IV 3 SchlHVwG; § 20 II ThürPAG

Die polizeiliche Ingewahrsamnahme zum Zwecke der Gefahrenabwehr ist ergeht auf der Grundlage der Sicherheits- und Ordnungsgesetze der Länder und ist daher ohne weiteres als öffentlich-rechtlich anzusehen. Da es sich bei deren Überprüfung nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handelt, wäre grundsätzlich der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet und die Verwaltungsgerichte für die Überprüfung zuständig. Soweit allerdings in allen Ländern eine Zuständigkeit des Amtsgerichts vorgesehen ist, handelt es sich um eine von § 40 I 2 VwGO zugelassene **abdrängende Sonderzuweisung** durch Landesgesetz zur ordentlichen Gerichtsbarkeit.

*„Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit wird in diesem Fall durch den Eingang des Bestätigungsantrags beim AG begründet. Von diesem Zeitpunkt an ist das Verfahren beim AG anhängig. Die **Anhängigkeit entfällt nicht** etwa dadurch, dass der Betroffene vor der richterlichen Entscheidung aus dem **Polizeigewahrsam** entlassen wird. Dadurch erledigt sich zwar der Bestätigungsantrag der Polizei. Sofern der Betroffene **nachträglich** die **gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit** der Ingewahrsamnahme begehrt, bleibt hierfür das **AG zuständig**.“*

*Der **Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten** ist für die Überprüfung einer präventiv polizeilichen Ingewahrsamnahme nur dann eröffnet, wenn ein **Antrag auf Bestätigung** der Freiheitsentziehung von der Polizei **nicht gestellt** worden ist. Die Sonderzuweisung des § 16 I 1 BremPolG findet dann, weil ein Verfahren beim AG nicht anhängig geworden ist, keine Anwendung (in diesem Sinne auch: OVG Bremen, NVwZ-RR 1997, 474).“ (OVG Bremen aaO)*

Aus diesem Grund hat der Ast. **zu Recht zunächst beim AG die Feststellung der Rechtswidrigkeit** seiner Ingewahrsamnahme beantragt. Das AG hat den Rechtsstreit im Folgenden zu Unrecht an das VG verwiesen. Allerdings ist das VG nach § 17a I GVG **an diese Verweisung gebunden**.

*„Auf Grund dessen hat das VG nunmehr über die **Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme** zu befinden, einschließlich der Frage, ob am 06.09.2009 die Anforderungen des Art. 104 II 2 GG gewahrt worden sind.“*

*Hinzuweisen ist darauf, dass die **Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme** dann **vom VG zu prüfen** ist, und zwar unabhängig davon, ob von der Polizei eine Bestätigung beim AG beantragt war, wenn der Betroffene sich **allein gegen seine Heranziehung zu den Kosten** seiner Ingewahrsamnahme wehrt. Ein solches Vorgehen ist ihm unbenommen; eine vor Ergehen einer richterlichen Entscheidung aus dem Gewahrsam entlassene Person trifft **keine Pflicht, die Ingewahrsamnahme in einem Feststellungsverfahren überprüfen zu lassen**. In diesem Fall ist die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahme eine entscheidungserhebliche Vorfrage für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Heranziehungsbescheids. Aus **Gründen des effektiven Rechtsschutzes** ist es geboten, im Rahmen der Anfechtungsklage gegen den Leistungsbescheid diese **Vorfrage in die Prüfung einzubeziehen** (vgl. BVerfG, NVwZ 2010, 1482 [1484]).“ (OVG Bremen aaO)*

Die **Prüfung**, ob das **Verfahren vor dem AG** den Anforderungen des Art. 104 II 2 GG genügt hat, ist dem **VG nicht aus Zuständigkeitsgründen verwehrt**.

b) **fehlende verfahrensrechtliche Rechtsgrundlage wegen Nichtanpassung der Verweisungsnorm**

Der Ast. rügt außerdem in formeller Hinsicht, dass § 16 III 2 BremPolG weiterhin auf das Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen (FreihEntzG) verweist, obwohl dieses Gesetz vom Bundesgesetzgeber durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. 12. 2008 (BGBl I, S. 2586) mit Wirkung zum 1. 9. 2009 aufgehoben wurde. Das Verfahren in Freiheitsentziehungssachen ist seitdem in den §§ 415 ff. des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG – Buch 7) geregelt.

*„Einem Normgeber ist es nicht von vornherein verwehrt, auf andere Rechtsnormen, auch eines anderen Normgebers, zu verweisen. Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich dann aber das **Erfordernis**, dass der **Bürger ohne Zuhilfenahme spezieller Kenntnisse** die in Bezug genommenen Regelungen und deren Inhalte mit hinreichender Sicherheit feststellen können muss (Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 64). Das gilt erst recht bei einer so genannten **dynamischen Verweisung**. In diesem Fall hat der verweisende Gesetzgeber eine besondere Beobachtungspflicht gegenüber der Gesetzesentwicklung durch das Gesetz, auf das verwiesen ist (Robbers, in: Bonn.-Komm. GG, Art. 20 I, Rn. 2073).*

*Dieser Pflicht ist der Landesgesetzgeber in Bezug auf § 16 III 2 BremPolG bislang nicht nachgekommen. Die **derzeitige Regelung** lässt sich nur schwerlich mit dem **Prinzip der Normenklarheit vereinbaren**. Ob das jedoch bereits dazu führt, dass jede präventiv-polizeiliche Ingewahrsamnahme aus formellen Gründen rechtswidrig wäre, könnte fraglich sein. Auch dieser Frage wird das VG im Klageverfahren nachzugehen haben. Der Überlegung des VG, die als Bundesrecht aufgehobenen Vorschriften des Freiheitsentziehungsgesetzes könnten möglicherweise im Rahmen des § 16 III 2 BremPolG als inkorporiertes Landesrecht fortgelten, vermag das OVG jedenfalls nicht zu folgen. (Wird ausgeführt.)“ (OVG Bremen aaO)*

Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts besteht aber Anlass, den vom Kläger erhobenen formellen Einwänden im Klageverfahren weiter nachzugehen. Dies rechtfertigt die Bewilligung von Prozesskostenhilfe.

3. Ergebnis

Die Klage hätte daher jedenfalls aus formellen Gründen sowohl hinsichtlich des Fehlens der richterlichen Entscheidung als auch wegen der Nichtanpassung der Verweisungsnorm Aussicht auf Erfolg, so dass die Bewilligung von Prozesskostenhilfe zu Unrecht abgelehnt wurde und die Beschwerde damit nicht nur zulässig, sondern auch begründet ist.

GG

Nichtigklärung einer kirchlichen Taufe

GG

Art. 140 GG

staatliche Gerichtsbarkeit

(VGH München in NJW 2012, 1162; Beschluss vom 16.01.2012 – 7 ZB 11.1569)

1. Den Religionsgesellschaften ist das Recht der **Selbstverwaltung verfassungsrechtlich gewährleistet**, welches die **Bestimmung über ihre inneren Angelegenheiten, ihre Organisation, Normsetzung und Verwaltung** umfasst.
3. Das Selbstbestimmungsrecht ist neben der Religionsfreiheit und der Trennung von Kirche und Staat (Art. 140 GG i. V. mit Art. 137 I WRV) **Grundprinzip der staatskirchenrechtlichen Ordnung**. Im Rahmen dieses Selbstbestimmungsrechts unterliegen die Religionsgesellschaften nicht der staatlichen Gerichtsbarkeit.
4. Nur wo das **kirchliche Handeln** den **staatlichen Bereich unmittelbar berührt**, ist der **Rechtsschutz** dagegen vor den staatlichen Gerichten eröffnet
5. Die **Taufe** kann von einem staatlichen Gericht **nicht für nichtig erklärt** werden.

Fall: Der Kl. beehrte, die Taufe seiner damals drei Jahre alten Tochter für nichtig zu erklären. Der Kl. und seine von ihm geschiedene Ehefrau üben das Sorgerecht hinsichtlich ihrer Tochter gemeinsam aus. Die Tochter wurde gegen seinen Willen von ihrer Mutter zur Taufe angemeldet. Dabei gab die Mutter an, dass die Eltern getrennt leben würden, und machte hinsichtlich des Vaters keine weiteren Angaben.

Der Kl. richtete seine Klage gegen die katholische Pfarrgemeinde, in der die Tochter getauft worden ist, mit dem Antrag, die Taufe für nichtig zu erklären. Besteht hierfür überhaupt staatlicher Rechtsschutz?

Die Frage inwieweit gegen kirchliche bzw. religionsgemeinschaftliche Maßnahmen überhaupt staatlicher Rechtsschutz zu gewähren ist, ist umstritten. Auf Grund von Art. 140 GG ist Art. 137 III WRV Bestandteil des Grundgesetzes. Danach ordnet und verwaltet jede Religionsgesellschaft ihre Angelegenheit innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes selbstständig.

I. Prüfungsvorgaben

Der Umfang dieser Gewährleistung wird jedoch unterschiedlich gesehen.

1. BVerwG

„Damit wird den Religionsgesellschaften das Recht der **Selbstverwaltung verfassungsrechtlich gewährleistet**. Der Gewährleistung der Religionsfreiheit (Art. 4 I und II GG) wird dadurch die für deren freie Ausübung unerlässliche Freiheit der Kirchen zur **Bestimmung über ihre inneren Angelegenheiten, ihre Organisation, Normsetzung und Verwaltung** hinzugefügt. Dieses Selbstbestimmungsrecht ist neben der Religionsfreiheit und der Trennung von Kirche und Staat (Art. 140 GG i. V. mit Art. 137 I WRV) **Grundprinzip der staatskirchenrechtlichen Ordnung** des Grundgesetzes (BVerwGE 117, 145 = NJW 2003, 2112). Nach der Rechtsprechung des BVerwG (BVerwGE 117, 145 = NJW 2003, 2112) unterliegen die Kirchen dort, wo sie über das Recht zur Selbstbestimmung verfügen, nicht der staatlichen Gerichtsbarkeit. Nur wo das kirchliche Handeln den staatlichen Bereich unmittelbar berührt, ist der Rechtsschutz dagegen vor den staatlichen Gerichten eröffnet. Dazu zählen beispielsweise Fragen der Kirchensteuer, der Verwaltung von Friedhöfen oder auch Aktivitäten im Schulbereich.“ (VGH München aaO)

Nach diesem Ansatz ist schon die staatliche Gerichtsbarkeit über die Frage nach der Taufe nicht eröffnet.

2. BGH

Die Rechtsprechung des BGH hingegen versteht die verfassungsrechtliche Garantie des staatlichen Rechtsschutzes umfassender.

„[Der BGH] (BGHZ 154, 306 = NJW 2003, 2097) [ist] der Auffassung, dass der aus dem **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 20 III, 28 I 1 GG) sowie aus Art. 92 GG folgende allgemeine **Justizgewährungsanspruch** grundsätzlich auch in den Angelegenheiten, die die Religionsgemeinschaften selbstständig innerhalb der Schranken der für alle geltenden Gesetze ordnen und verwalten, eine **umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung** des Streitgegenstands sowie eine verbindliche Entscheidung durch ein staatliches Gericht fordert. Der BGH sieht insoweit jedoch das **Maß der Justiziabilität** der angegriffenen Maßnahme **eingeschränkt**. Sie könne nicht auf ihre Rechtmäßigkeit, sondern nur auf ihre Wirksamkeit dahin überprüft werden, ob sie gegen **Grundprinzipien der verfassungsmäßigen Ordnung** verstoße, wie das **allgemeine Willkürverbot**, den Begriff der guten Sitten oder den ordre public. Insoweit stehen das Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften einerseits und die allgemeinen Gesetze sowie ihre Durchsetzung durch die staatlichen Gerichte andererseits in einem **Wechselverhältnis**, dem durch eine entsprechende **Güterabwägung** Rechnung zu tragen ist, wobei dem Selbstverständnis der Kirchen besonderes Gewicht beizumessen ist.“ (VGH München aaO)

Nach diesem Ansatz ist zwar die Prüfung der Taufe im vorliegenden Fall grundsätzlich auch von den staatlichen Gerichten vorzunehmen, der Prüfungsumfang ist jedoch stark eingeschränkt.

3. Bundesverfassungsgericht

Das BVerfG hat die Frage offen gelassen, weil in den von ihm zu entscheidenden Fällen die unterschiedlichen Auffassungen zu gleichen Ergebnissen geführt hätten.

„Daran, dass die autonomen Entscheidungen der Kirchen nur eingeschränkt von staatlichen Gerichten überprüft werden können, hat es indes keinen Zweifel gelassen (BVerfG, NJW 1999, 349; BVerfGE 111, 1 = NJW 2004, 3099).“ (VGH München aaO)

II. Anwendung auf den Fall

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die verschiedenen Ansätze hier überhaupt zu einem unterschiedlichen Ergebnis kommen.

1. Ansatz des BVerwG

Fraglich ist zunächst, ob die hier erfolgte Taufe nach dem Ansatz des BVerwG der staatlichen Gerichtsbarkeit unterliegt.

„[Sie unterliegt] nach der beschriebenen Auffassung des BVerwG nicht der Überprüfung durch die staatliche Gerichtsbarkeit. Anderes mag für ihre mittelbaren Folgen, insbesondere soweit sie auf staatlichen Befugnissen wie z. B. Kirchensteuerfragen beruhen, gelten. Auch Fragen des elterlichen Sorgerechts werden vom Selbstbestimmungsrecht der Kirchen nicht berührt und unterliegen der Rechtsprechung der Familiengerichte insbesondere im Hinblick auf die religiöse Kindererziehung.“

Die Spende des Sakraments jedoch unterliegt nicht der Überprüfung durch die staatliche Gerichtsbarkeit. Insoweit haben staatliche Gerichte bei unterschiedlicher Auffassung der Eltern zwar zu entscheiden, in welchem Sinne das Kind zu erziehen ist, möglicherweise bis hin zu der Frage, ob für es, solange es nicht selbst religionsmündig ist, der Kirchenaustritt zu erklären ist. Die Wirksamkeit der Taufe bleibt nach katholischer Glaubenslehre davon jedoch unberührt. Danach ist eine gültig gespendete Taufe einmalig und kann weder wiederholt noch widerrufen werden (Homepage Katholische Kirche in Deutschland, der Beginn des Christseins, Sakrament der Taufe, www.katholisch.de/620.html).“ (VGH München aaO)

Nach dem Ansatz des BVerwG können die staatlichen Gerichte daher keine kirchlich erfolgte Taufe für nichtig erklären.

2. Ansatz des BGH

Die Entscheidung des Gerichts beschränkt sich nach diesem Ansatz auf eine **Wirksamkeitskontrolle**, die sich daran orientiert, ob die zu prüfende Maßnahme gegen Grundprinzipien unserer verfassungsmäßigen Ordnung verstößt.

„Die Taufe als solche verstößt nicht gegen Grundprinzipien unserer verfassungsmäßigen Ordnung. Sie wird vielmehr von ihr vorausgesetzt. Während des gesamten Zeitraums, in dem sich diese Grundordnung herausgebildet hat, war der weit überwiegende Teil der Bevölkerung getauft. Die Taufe beeinträchtigt nicht die Grundrechte Dritter, insbesondere das Recht auf Religionsfreiheit. Auch wenn die Taufe nach der kirchlichen Lehre als Sakrament nicht ungeschehen gemacht werden kann und als solches wirksam bleibt, erkennt die Kirche jedoch an, wenn sich der einzelne aus ihrem Verband löst und seinen Austritt aus der Kirche erklärt. Die vom Kl. geäußerte Befürchtung, seine Tochter könne infolge der Taufe der erhöhten Gefahr eines Missbrauchs ausgesetzt sein, entbehrt jeder Grundlage.“

Nachdem nur eine Wirksamkeits- und keine Rechtmäßigkeitskontrolle stattfindet, ist für die Entscheidung über die Wirksamkeit der Taufe unerheblich, ob angelegentlich ihrer Durchführung gegen staatliche Vorschriften des Sorgerechts verstoßen worden ist. Die Folgen solcher Verstöße ergeben sich aus dem Recht der elterlichen Sorge nach §§ 1626 ff. BGB. Die Wirksamkeit der Taufe als Sakrament bleibt indes unberührt.“ (VGH München aaO)

3. Ergebnis

Nach beiden Auffassungen kommt daher eine Nichtigklärung der Taufe nicht in Betracht. Die genannten Auffassungen des BVerwG einerseits und des BGH andererseits führen zu einem gleichen eindeutigen Ergebnis.

„Zu den innerkirchlichen Angelegenheiten, die je nach den eben beschriebenen Auffassungen entweder nicht der staatlichen Gerichtsbarkeit unterliegen oder aber hinsichtlich derer die Justiziabilität eingeschränkt ist, zählen die kirchliche Lehre und Verkündigung, die innerkirchliche Organisation ebenso wie das kirchliche Amtsrecht. Zu dem Kern innerkirchlicher Angelegenheiten wie Lehre und Verkündigung zählen insbesondere die Sakramente, wie z. B. die Taufe (Eyer mann/Rennert, VwGO, 13. Aufl. [2010], § 40 VwGO Rn 92).“ (VGH München aaO)

Kurzauslese II

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

ZPO ZPO
 §§ 286 , 448 **Justizgewährungsanspruch**
Recht auf Beweis
 (OLG Jena in MDR 2012, 542; Urteil vom 29.11.2011 – 4 U 588/11)

Ein **entscheidungserheblicher Beweisantritt** darf **nur in Ausnahmefällen unbeachtet** gelassen werden. Denn aus dem **Justizgewährungsanspruch** folgt auch ein „**Recht auf Beweis**“. Das unberechtigte Übergehen eines Beweisantrags stellt die **Versagung rechtlichen Gehörs** und einen **Verfahrensfehler** dar, der die Zurückweisung durch das Berufungsgericht rechtfertigt.

„Nach der st.Rspr. des BVerfG verpflichtet Art. 103 I GG das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dabei soll das Gebot des rechtlichen Gehörs als Grundrecht sicherstellen, dass die von den Fachgerichten zu treffende Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, die ihren Grund in **unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien** haben. In diesem Sinne gebietet Art. 103 I GG i. V. m. den Grundsätzen der ZPO die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge.“ (OLG Jena aaO)

ZPO ZPO
 § 517 **Fristbeginn**
Dokumentation des Verkündungsnachweises in Akte
 (BGH in AnwBl 2012, 558; Beschluss vom 13.03.2012 – VIII ZR 104/11)

Der **Zeitablauf von fünf Monaten seit Verkündung eines Urteils löst den Beginn der Rechtsmittelfrist nur dann aus, wenn die Urteilsverkündung innerhalb des Fünfmonatszeitraumes aus den Akten feststellbar ist.**

„Nach der Rspr. des BGH ist es unverzichtbar, dass innerhalb der Fünfmonatsfrist des § 517 ZPO ein beweiskräftiges Protokoll über die Verkündung eines Urteils auf der Grundlage einer schriftlich fixierten Urteilsformel erstellt wird. Allein durch das Protokoll kann bewiesen werden, dass und mit welchem Inhalt ein Urteil verkündet worden ist. Vom Zeitpunkt der Verkündung hängt wiederum der Lauf der Berufenfrist ab, wenn das Urteil erst nach dem Ablauf der Fünfmonatsfrist zugestellt worden ist. Hierüber muss vor Ablauf der Fünfmonatsfrist **aus den Akten Klarheit zu gewinnen sein. Ebenso muss feststellbar sein, ob das Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, wenn nicht innerhalb der spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung beginnenden Rechtsmittelfrist Berufung eingelegt worden ist** (BGH NJW 2011, 1741; vgl. auch BGHZ 172, 298).“ (BGH aaO)

ZPO ZPO
 §§ 511, 522 **Zulassung der Beschwerde**
Nachträgliche Zulassung ist unwirksam
 (BGH in MDR 2012, 665; Beschluss vom 28.03.2012 – XII ZB 323/11)

Über die Zulassung der Beschwerde ist im Ausgangsbeschluss zu entscheiden; enthält dieser keinen ausdrücklichen Ausspruch zur Zulassung, ist das Rechtsmittel nicht zugelassen. Die **nachträgliche Zulassung** der Beschwerde durch das Amtsgericht ist **grds. unwirksam.**

„Nach der Rspr. des BGH kann bei einem Urteil, das keinen ausdrücklichen Ausspruch über die Zulassung der Berufung enthält, die Zulassung nur dann im Wege eines **Berichtigungsbeschlusses** wirksam nachgeholt werden, wenn das Gericht die Berufung im Urteil zulassen wollte und dies **nur versehentlich unterblieben ist. Dieses Versehen muss nach außen hervorgetreten und selbst für Dritte ohne weiteres deutlich sein** (vgl. BGH FamRZ 2004, 1278; BGH NJW-RR 2011, 1430; BGHZ 78, 22 = NJW 1980, 2813).

Zwar kann die Berufungszulassung - auch vom Rechtsmittelgericht - noch nachgeholt werden, wenn das erstinstanzliche Gericht etwa aufgrund eines von ihm festgesetzten höheren Streitwerts ersichtlich davon ausgegangen ist, dass ein Rechtsmittel auch ohne Zulassung statthaft ist (BGH FamRZ 2011, 882; BGH FamRZ 2010, 964; BGH NJW 2008, 218; BGH WuM 2008, 614). Daran fehlt es aber, wenn aus dem angefochtenen Beschluss nicht zu erkennen ist, dass das erstinstanzliche Gericht ein Rechtsmittel für statthaft gehalten hat (BGH NJW 2011, 926; BGH NJW 2011, 2974).“ (BGH aaO)

ZPO ZPO
 § 917 **Dinglicher Arrest**
Veräußerung wesentlicher Vermögensgegenstände
 (OLG Koblenz in NJOZ 2012, 896; Beschluss vom 24.08.2011 – 8 W 468/11)

Die **drohende Veräußerung eines Vermögensgegenstandes** kann als **bloße Vermögensumschichtung** für sich allein **nicht als Arrestgrund** gelten. Ein solcher ist vielmehr **erst dann zu bejahen, wenn zu besorgen ist, dass der Vermögensgegenstand dem Zugriff des Gläubigers entzogen wird.**

„Zwar muss die **Arrestgefahr** nicht unbedingt auf einem rechtswidrigen Verhalten des Schuldners beruhen. Ein **rechtmäßiges Verhalten kann ausreichen, sofern es nur die künftige Vollstreckung gefährdet.** Hierzu zählt auch die Veräußerung vorhandener Vermögenswerte, wobei nicht erforderlich ist, dass mit der Realisierung eines solchen Vorhabens bereits begonnen ist. Es genügt

vielmehr, dass der Schuldner die Absicht zu derartigen Verhaltensweisen hat (OLG Karlsruhe NJW 2007, 1017; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 917 Rn 5).

Die drohende Veräußerung eines Vermögensgegenstands kann als bloße **Vermögensumschichtung** für sich allein nicht als Arrestgrund gelten. Ein solcher ist erst zu bejahen, wenn zu besorgen ist, dass der **Vermögensgegenstand dem Zugriff des Gläubigers entzogen** wird (BGHZ 131, 95 = NJW 1996, 321 = NJW-RR 1996, 462). Das ist im Fall der Veräußerung vorhandener Vermögenswerte nur dann der Fall, wenn **keine wesentlichen Gegenwerte in das Vermögen des Schuldners fließen** (vgl. MüKo-ZPO/Drescher, 3. Aufl., § 917 Rn 5), das übrige Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht (OLG Karlsruhe NJW 1997, 1017; Schwedtner NJW 1970, 220) oder eine Vollstreckung in den Erlös nicht möglich ist (OLG Celle OLGR 2005, 522).“ (OLG Koblenz aaO)

StPO
§ 52 II 3

Zeugnisverweigerungsrecht eines Minderjährigen Entscheidungsbefugnis der sorgeberechtigten Eltern

StPO

(OLG Karlsruhe in MDR 2012, 653; Beschluss vom 26.03.2012 – 2 WF 42/12)

Die **allein sorgeberechtigte Mutter** ist nicht nach § 52 II 3 StPO an der **Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts ihres minderjährigen Kindes gehindert**, wenn sie nicht Beschuldigte, sondern **Geschädigte** der fraglichen Straftat ist.

I. Gem. **§ 52 I Nr. 3 StPO** steht einem minderjährigen Zeugen in **Ermittlungsverfahren gegen Verwandte gerader Linie** ein **Zeugnisverweigerungsrecht** zu. Hat der Minderjährige wegen mangelnder Verstandesreife von der Bedeutung seines Zeugnisverweigerungsrechts keine genügende Vorstellung, so darf er nur vernommen werden, wenn er zur Aussage bereit ist und auch sein **gesetzlicher Vertreter der Vernehmung zustimmt** (§ 52 II 1 StPO).

II. Über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts **kann der gesetzliche Vertreter** eines minderjährigen Zeugen gem. § 52 II 2 StPO **nur dann nicht entscheiden, wenn er selbst** - oder im Falle der gemeinsamen Vertretung durch beide Eltern der andere Elternteil - **Beschuldigter des Ermittlungs- oder Strafverfahrens ist**.

„Diese Voraussetzungen liegen nicht vor: Die Mutter ist gem. § 1626a II BGB Inhaberin der alleinigen elterlichen Sorge und damit gem. § 1629 I 1 u. 3 BGB seine alleinige gesetzliche Vertreterin. Da sie nicht Beschuldigte des Ermittlungsverfahrens ist, ist sie an der Vertretung bei der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts gem. § 52 I StPO nicht nach § 52 II 2 StPO gehindert.“ (OLG Karlsruhe aaO)

III. Eine **analoge Anwendung des § 52 II 2 StPO** in Fällen, in denen der gesetzliche Vertreter nicht Beschuldigter in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, sondern Geschädigter der fraglichen Straftat ist, scheidet aus.

1. Eine **Ausweitung des Regelungsbereichs des § 52 II 2 StPO** im Wege richterlicher Rechtsfortbildung **verbietet sich mit Blick auf die Grundrechtsrelevanz** des damit verbundenen Eingriffs in das elterliche Vertretungs- und Sorgerecht (Art. 6 II 1 GG) schon deshalb, weil § 52 II 2 StPO hierfür keine Grundlage bietet.

„Der klare und **unzweideutige Wortlaut** des § 52 II 2 StPO erlaubt eine erweiternde oder analoge Auslegung, für die ein entsprechender Wille des Gesetzgebers auch nicht erkennbar ist, nicht. § 52 II 2 StPO enthält gerade **keine zu verallgemeinernde Regelung** in dem Sinne, dass die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts durch den gesetzlichen Vertreter ausscheidet, wenn bei diesem ein Interessenkonflikt besteht oder zu befürchten ist. Die Vorschrift regelt ausschließlich den speziellen Fall, dass der gesetzliche Vertreter oder (mindestens) einer der beiden gemeinsam zur gesetzlichen Vertretung berechtigten und verpflichteten Elternteile des Zeugen Beschuldigter eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens ist und damit nicht nur einem, sondern dem denkbar größten Interessenkonflikt unterliegt.“ (OLG Karlsruhe aaO)

2. Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der engen Fassung des Wortlauts des § 52 II 2 StPO um ein **Redaktionsversehen** handeln und damit eine **unbeabsichtigte Regelungslücke** vorliegen könnte, sind **nicht erkennbar**.

„Zu berücksichtigen ist insoweit, dass die **Vielzahl möglicher Interessenkonflikte des gesetzlichen Vertreters** eines minderjährigen Zeugen in einem Ermittlungs- oder Strafverfahren auf der Hand liegt und gerade der Fall, dass der gesetzliche Vertreter Opfer der dem Beschuldigten vorgeworfenen Straftat ist, in der Rechtswirklichkeit nicht selten auftritt; eine diesbezügliche Regelung hätte sich mithin aufgedrängt, wenn dies dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hätte. Der engen Fassung des § 52 II 2 StPO ist daher im Gegenteil zu entnehmen, dass im Regelfall - auch bei bestehendem **Interessenkonflikt** - dem gesetzlichen Vertreter die Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts des Minderjährigen anvertraut ist und überlassen bleiben soll. Dies ergibt sich letztlich auch daraus, dass eine Entziehung der Vertretungsmacht des sorgeberechtigten Elternteils gem. §§ 1629 II 3, 1796 I u. II BGB nur dann in Betracht kommt, wenn ein erheblicher Interessengegensatz vorliegt und Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der sorge- und vertretungsberechtigte Elternteil deshalb nicht mehr im Interesse des Kindes entscheiden kann (vgl. MüKo-BGB/Huber, 6. Aufl., § 1629 Rn 56).“ (OLG Karlsruhe aaO)

IV. Schließlich ist das geschädigte Elternteil an der Vertretung des Kindes im Hinblick auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 52 I StPO auch nicht deshalb gehindert, weil ihm insoweit die gesetzliche Vertretung gem. **§§ 1629 II 3, 1796 I u. II BGB** zu entziehen ist.

„Die **materiell-rechtlichen Voraussetzungen für eine Entziehung der Vertretungsmacht** für den Bereich der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 52 I StPO **liegen nicht vor**: Gem. §§ 1629 II 3, 1796 I u. II BGB kann das Familiengericht den sorge- und vertretungsberechtigten Eltern die Vertretung des Kindes für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten nur dann entziehen, wenn das **Interesse des Kindes zu dem Interesse der Eltern** oder einer der in § 1795 Nr. 1 BGB bezeichneten Personen in **erheblichem Gegensatz** steht. Zweck des § 1796 I u. II BGB ist es, **Loyalitätskonflikte**, wie sie typischerweise bei Interessengegensätzen entstehen können, zu **vermeiden**. Ein erheblicher Interessengegensatz ist dabei gegeben, wenn das eine Interesse nur auf Kosten des anderen Interesses durchgesetzt werden kann und die Gefahr besteht, dass die sorgeberechtigten Eltern das Kindesinteresse nicht genügend berücksichtigen können (MüKo-

BGB/Huber, 6. Aufl., § 1629 Rn 56). Erforderlich ist hierbei, dass im konkreten Einzelfall besondere Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die sorgeberechtigten Eltern aufgrund eines erheblichen Interessengegensatzes nicht in der Lage sind, das Kindesinteresse in der gebotenen Weise zu berücksichtigen.

Ob ein erheblicher Interessenkonflikt im Sinne des § 1796 Abs. 2 BGB vorliegt, kann jedoch vorliegend dahin gestellt bleiben. Von einer Entziehung der Vertretungsmacht ist nämlich schon dann mit Blick auf den immer strikt zu wahrenden **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** abzusehen, wenn trotz eines konkret festgestellten oder erkennbaren Interessenwiderstreits zu erwarten ist, dass der Sorgerechtsinhaber dennoch im Interesse seines Kindes handeln wird (OLG Stuttgart FamRZ 1983, 831; OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 51; Staudinger/Peschel-Gutzeit, BGB, Neubearb. 2007, § 1629 Rn 284).“ (OLG Karlsruhe aaO)

StPO
§§ 111f V, 111k

Herausgabe beschlagnahmter Gegenstände Gerichtliche Zuständigkeit

StPO

(LG Frankfurt (Oder) in NSTZ-RR 2012, 176; Beschluss vom 14.06.2011 – 6a T 38/11)

- I. Die §§ 111k, 111f V StPO normieren ein **eigenständiges strafprozessuales Verfahren über die Herausgabe beschlagnahmter oder sichergestellter beweglicher Sachen** mit eigenen Verfahrens- und Anfechtungsrechten der Beteiligten. **Für eine einstweilige Verfügung eines Zivilgerichts, die in dieses Verfahren eingreift, ist daher kein Raum.**

„Der Bestimmung des § 111k S. 1 StPO, wonach die Herausgabe an den Verletzten erfolgen soll, liegt der Gedanke des **Opferschutzes** zu Grunde, weil sich der Staat nicht an der Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes beteiligen und dem Rechtsbrecher so die Früchte seiner Tat sichern darf (OLG Schleswig NSTZ 1994, 99; OLG Hamm NSTZ 1985, 376). Für die Frage, ob die Sache durch eine Straftat entzogen wurde, haben die Feststellungen eines bereits ergangenen Strafurteils ausreichenden Beweiswert (Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 111k Rn 10 m. w. Nachw.; vgl. BGHSt 43, 106). Sowohl die StA, § 111k S. 3 StPO, als auch die Beteiligten, § 111k S. 2 StPO i.V. mit § 111f V StPO, können die Entscheidung des (Straf) Gerichts darüber einholen, an wen die Herausgabe zu erfolgen hat. Gegen die Entscheidung des StrafGer. ist die einfache Beschwerde gem. § 304 I, II StPO zulässig. Dabei dient die Entscheidung des StrafGer. gem. §§ 111k, 111f V StPO der vorläufigen Regelung des Besitzstandes an der beschlagnahmten Sache (Schäfer § 111k Rn 23 m. w. Nachw.; BayObLGSt 23, 20)

Gegenüber den dargestellten Verfahrensbestimmungen **tritt das in §§ 935, 940 ZPO normierte zivilgerichtliche einstweilige Verfügungsverfahren in mehreren Punkten zurück**: In dem zivilrechtlichen Verfahren ist nicht sichergestellt, dass alle Beteiligten i.S. des § 111f V StPO überhaupt an dem Verfahren beteiligt sind; eine **Beteiligung der StA ist schon aus Rechtsgründen nicht möglich**. Darüber hinaus kann das ZivilGer. nicht die inhaltliche Richtigkeit eines Strafurteils unterstellen, sondern muss dies ggf. eigenständig prüfen, da das im Zivilverfahren eingeführte Strafurteil als öffentliche Urkunde i.S. des § 415 ZPO nur die Tatsache der Verurteilung beweist, nicht jedoch die sachliche Richtigkeit der Urteilsgründe. Der in § 111k S. 1 StPO normierte Opferschutzgedanke findet in den relevanten Fragen des materiellen Zivilrechts allenfalls mittelbar Beachtung. Demgegenüber reicht die Wirkung einer einstweiligen Verfügung nicht über diejenige einer Entscheidung nach §§ 111k, 111f V StPO hinaus, weil wegen des **Verbots der Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung** auch nur eine vorläufige Regelung des Besitzstandes getroffen werden kann. Die Regelungen der §§ 111k, 111f V, 304 I, II StPO würden umgangen, wenn die Entscheidung der StA bzw. der StrafGer. über die Herausgabe durch einstweilige Verfügung eines ZivilGer. vorweggenommen würde. Es ist unklar, in welcher Weise die StA bzw. die Strafgerichte durch eine – nur inter partes wirkende – einstweilige Verfügung gebunden wären. Schließlich bestünde die Möglichkeit divergierender Entscheidungen der nach §§ 111k, 111f V, 304 I, II StPO berufenen StrafGer. und den für den Erlass der einstweiligen Verfügung berufenen ZivilGer.

Daraus folgt, dass die einstweilige Verfügung eines ZivilGer. nicht dergestalt in ein laufendes Verfahren nach §§ 111k, 111f V StPO eingreifen darf, z.B. in Form der Verurteilung zur Abgabe einer Verzichtserklärung gegenüber der StA, dass damit die Verfahrensrechte eines Verfahrensbeteiligten beeinträchtigt würden. Die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung würde in unzulässiger Weise in das laufende strafrechtliche Herausgabeverfahren eingreifen. Für eine Entscheidung des ZivilGer. besteht insoweit schon kein Bedarf. Die **zivilrechtlichen Besitzansprüche der Beteiligten hat die StA bzw. das StrafGer. in gleicher Weise zu prüfen wie das ZivilGer.** Eine endgültige Regelung im Hinblick auf die rechtskräftige Feststellung des Eigentums bzw. eines Besitzrechtes kann in jedem Fall nur im Rahmen eines zivilgerichtlichen Hauptsacheverfahrens erfolgen.“ (LG Frankfurt (Oder) aaO)

- II. Sofern vertreten wird, dass einem Dritten im Rahmen des Verfahrens nach §§ 111k, 111f V StPO eine (einmonatige) Frist zur gerichtlichen Geltendmachung, „z.B. durch einstweilige Verfügung“ zu setzen sei (Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 111k Rn 8, unter Hinw. auf Malitz NSTZ 2003, 64; OLG Schleswig NSTZ 1994, 99), ist schon nicht ersichtlich, ob es nur auf die gerichtliche Geltendmachung oder auf die Erlangung eines entsprechenden Titels ankommen soll (für letzteres: Nack, KK-StPO, 6. Aufl., § 111k Rn 6). Zudem bleibt offen, welchen Tenor ein solcher Titel haben könnte, ohne dass dieser in das laufende Verfahren nach §§ 111k, 111f V StPO in unzulässiger Weise eingreifen würde.

„Auf Nr. 75 III 2 RiStBV lässt sich die Ansicht nicht stützen; die Möglichkeit der „Bestimmung einer Frist zum Nachweis“ durch den Dritten bedeutet nicht, dass nunmehr die Besitzfrage im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens zu klären wäre. Die Ansicht verkennt zudem, dass die einstweilige Verfügung eines ZivilGer. – auf i. Ü. schlechterer Tatsachen- und Verfahrensgrundlage – auch nur eine vorläufige Regelung über den Besitzstand treffen und damit inhaltlich nicht über das hinausgehen kann, was bereits im Rahmen der §§ 111k, 111f V StPO entschieden werden muss.“ (LG Frankfurt (Oder) aaO)

StPO
§§ 200, 264

Anklageschrift Erforderlichkeit der Tatkonkretisierung

StPO

(BGH in NSTZ 2012, 279; Urteil vom 24.01.2012 – 1 StR 412/11)

Die **Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift erfordert auch bei Bandentaten** oder „uneigentlichen Organisationsdelikten“ **nicht, dass** für die Bestimmtheit des Anklagevorwurfs i.S.d. § 200 I 1 StPO **mehr an Substanz verlangt wird als materiell-rechtlich für einen Schuldspruch erforderlich ist.**

„Richtig ist, dass, wenn sich mehrere Täter zu einer Bande zusammenschließen, dies nicht zur Folge hat, dass jedes von einem der Mitglieder auf Grund der Bandenabrede begangene Betrugsdelikt den anderen Bandenmitgliedern ohne weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat i.S.d. § 25 II StGB zugerechnet werden kann. Allein die Bandenmitgliedschaft und ein Handeln im Interesse der Bande ohne konkreten Bezug zu einer von anderen Bandenmitgliedern begangenen Straftat genügt nicht, um eine Strafbarkeit des Bandenmitglieds wegen einer Bandentat zu begründen. Wegen einer Tat, die „aus der Bande heraus“ begangen wird, kann als Täter oder Teilnehmer nur bestraft werden, wenn er an dieser konkreten Tat mitgewirkt hat.“

Diese **materiell-rechtliche Frage der Strafbarkeit eines Angekl.** ist von der **Problematik der Umgrenzungsfunktion einer Anklageschrift zu trennen**: Kann einem Angekl. nach Ausschöpfung der Beweismöglichkeiten die Begehung einer konkreten Tat nicht nachgewiesen werden, ist er freizusprechen, wenn diese Tat i.S.d. § 264 StPO angeklagt war. Die Verneinung einer Bandenabrede durch den Tatrichter und auch die Nichtannahme eines – hier dann allerdings nahe liegenden – „uneigentlichen Organisationsdeliktes“ mögen dazu führen, dass noch strengere Anforderungen an die Feststellung der konkreten Tatbeiträge eines jeden Angekl. an den jeweiligen Taten zu stellen sind, sie führen aber nicht dazu, dass die vorher zu Recht (im Eröffnungsbeschluss) angenommene Einhaltung der Umgrenzungsfunktion entfällt.

Entscheidend ist, dass die einzelnen Taten unverwechselbar dargestellt sind und sowohl die generelle Tätigkeit der einzelnen Angekl. als auch – soweit als möglich – die konkreten Tatbeiträge näher geschildert werden. Durch die Ausführungen im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen, inwieweit die einzelnen Taten den Angekl. zuzurechnen sind, wird nicht nur der hinreichende Tatverdacht belegt, sondern auch die Anbindung der Angekl. an die konkreten Taten.“ (BGH aaO)

StPO
§ 252

Reichweite des Verwertungsverbots
Widerruf einer Entbindung von der ärztl. Schweigepflicht
(BGH in NSTZ 2012, 281; Beschluss vom 20.12.2011 – 1 StR 547/11)

StPO

Die **Angaben eines polizeilichen Vernehmungsbeamten über Schilderungen eines seinerseits von der Schweigepflicht entbundenen Arztes** sind **strafprozessual selbst dann verwertbar**, wenn der mit dem Angekl. verwandte Zeuge in der Hauptverhandlung die Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht widerruft. Die Vorschrift des § 252 StPO steht der Verwertbarkeit der Angaben des Berufsgeheimnisträgers aus dem Ermittlungsverfahren nicht entgegen, weil sich dieser infolge der **Entbindung im Zeitpunkt seiner Bekundungen** über die Ergebnisse der Untersuchung der angehörigen Zeugen nicht in dem normtypischen Widerstreit zwischen Wahrheits- und Schweigepflicht befand.

I. 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 darf aber der Ermittlungsrichter über den Inhalt der Aussage eines gem. § 53 I Nr. 3 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Arztes vernommen werden, die dieser vor dem Ermittlungsrichter gemacht hat, wenn der Arzt bei dieser Aussage gemäß § 53 II StPO von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden war; § 252 StPO ist dann nicht anwendbar.

BGHSt 18, 146; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 53 Rn 49 und § 252 Rn 3; KK-Diemer, 6. Aufl., § 252 Rn 6; LR-Ignor/Bertheau, 26. Aufl., § 53 Rn 83; KMR-Neubeck, § 53 Rn 41; LR-Sander/Cirener 26. Aufl., § 252 Rn 4; a.A. OLG Hamburg NJW 1962, 689; Geppert Jura 1988, 305, 311; Eb. 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. KK-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.“ (BGH aaO)

II. Die 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 aaO, § 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)

StPO
§§ 296 ff, 304 I

Rechtsmitteleinlegung
Frühestmöglicher Zeitpunkt
(OLG Jena in NSTZ-RR 2012, 180; Beschluss vom 01.09.2011 – 1 Ws 393/11)

StPO

Ein **Rechtsmittel ist dann wirksam eingelegt, wenn die Rechtsmittelschrift nach Erlass der angefochtenen Entscheidung bei Gericht eingeht.** Unerheblich ist, ob diese bereits vor Erlass verfasst und abgesandt wurde.

„Zwar trifft es zu und entspricht auch st. Rspr. des Senats, dass ein Rechtsmittel erst nach Erlass der angefochtenen Entscheidungen eingelegt werden kann (s. nur BGHSt 25, 187 [= NJW 1971, 1948; Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., vor § 296 Rn 4 m. w. Nachw.]). Diesem Erfordernis ist hier aber Genüge getan. Denn die Beschwerdeschrift ging nach Erlass des angefochtenen Beschlusses [ein]. Darauf, dass sie bereits vor dem Erlass verfasst und möglicherweise auch abgesandt wurde, kommt es nicht an. Wenn es nach zutreffender h. A. nicht entscheidend ist, ob der Bf. vom Erlass der Entscheidung weiß (BGHSt 25, 187 = NJW 1971, 1948; Meyer-

Goßner, vor § 296 Rn 4), kann es ebenso wenig darauf ankommen, wann er die Rechtsmittelschrift verfasst und abgesandt hat. **Ausschlaggebend ist allein, dass der Zeitpunkt des Eingangs bei Gericht dem Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung nachfolgt.**“ (OLG Jena aaO)

VwGO
§ 40 I 1

Auskunftsanspruch nach dem Informationsfreiheitsgesetz Rechtsweg

VwGO

(OVG Berlin-Bbg in NVwZ-RR 2012, 416; Beschluss vom 09.03.2012 – OVG 12 L 67/11)

Der Berliner Landesgesetzgeber hat mit dem Informationsfreiheitsgesetz einen **eigenständigen Auskunftsanspruch** geschaffen, für den der **Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben** ist.

„Die **Eigenständigkeit des Auskunftsanspruchs** nach dem Berliner Informationsfreiheitsgesetz gegenüber bereichsspezifischen Vorschriften, denen die Behörden bei der Erledigung ihrer Aufgaben unterliegen, hat der Landesgesetzgeber in der Ausgestaltung der Regelungen über das Verwaltungsverfahren, das die Behörde zur Sachentscheidung verpflichtet, zum Ausdruck gebracht (vgl. §§ 13 ff. IFG Bln). Soweit das Berliner Informationsfreiheitsgesetz - wie das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (vgl. § 9 IV IFG) - in § 14 III auf das Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO als gesetzliches Vorverfahren verweist, spricht dies für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs. Das Verwaltungsgericht weist schließlich zu Recht darauf hin, dass die nach dem Berliner Informationsfreiheitsgesetz beanspruchte Akteneinsicht gebührenpflichtig ist (§ 16 IFG Berlin).“ (OVG Berlin-Bbg aaO)

VwGO
§ 80 II 1 Nr. 4, VII 2

Aufschiebende Wirkung des Widerspruchs Bindungswirkung eines Beschlusses

VwGO

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2012, 385; Beschluss vom 26.01.2012 – 12 ME 291/11)

Stellt das **Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruches gegen einen Verwaltungsakt** (hier Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens) **wieder her**, so ist die **Behörde** durch einen solchen stattgebenden Beschluss nach § 80 V VwGO **nicht daran gehindert**, den **betreffenden Verwaltungsakt durch einen neuen im Wesentlichen inhaltsgleichen Bescheid zu ersetzen**. Sie **darf diesen aber** – ohne Befassung des Gerichts – **nicht mit einer Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO versehen**, sondern ist gehalten, insoweit einen Abänderungsantrag nach § 80 VII 2 VwGO zu stellen.

- I. OVG Lüneburg aaO schließt sich insoweit der wohl **herrschenden Meinung** an, wonach der durch § 80 VII VwGO zum Ausdruck gebrachte **Vorrang der gerichtlichen Entscheidungszuständigkeit** nicht nur der nochmaligen Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit hinsichtlich des „Ursprungsverwaltungsakts“ entgegensteht.

Vielmehr ist es danach auch nicht zulässig, dass die Behörde eine mit der früheren Regelung inhaltlich identische „Neuregelung“ vornimmt und deren sofortige Vollziehbarkeit anordnet.

so auch: OVG Lüneburg NVwZ-RR 2004, 170; OVG Lüneburg NVwZ-RR 1995, 376; VGH München DVBl 1999, 624; OVG Bremen NVwZ 1991, 1194; Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6. Aufl., Rn 1016; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Bd. 1; § 80 Rn 358 ff.; Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., § 80 Rn 173; a. A. VGH Mannheim NVwZ 1991, 1000

- II. Für diese Auffassung spricht insbesondere der – ansonsten leicht zu umgehende – **Zweck der Regelung** des § 80 VII VwGO.

1. Wie sich aus **Satz 2** dieser Norm ergibt, ist es der Behörde nach Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch ein Gericht **bei einer Änderung der Sach- oder Rechtslage verwehrt**, den **Sofortvollzug in dieser Sache (erneut) anzuordnen**.

„Auch im Falle einer **Änderung der Lage** soll die **Behörde gezwungen sein, den Weg über § 80 VII VwGO zu gehen**, damit vor dem erneuten Versuch eines behördlichen Sofortvollzugs eine **unabhängige Instanz**, nämlich das Gericht darüber befindet, ob das Abänderungsverfahren eröffnende veränderte Umstände eingetreten sind und ob diese von solchem Gewicht sind, dass die rechtliche Würdigung zu einem anderen Ergebnis als bei der Aussetzungsentscheidung führt. Das **Gericht** – und nicht die Verwaltung in eigener Zuständigkeit – **soll demnach prüfen, ob sich die Umstände wesentlich geändert haben und ob – im Falle der Bejahung dieser Frage – die von dem Gericht zuvor im Rahmen des § 80 V VwGO getroffene Entscheidung ganz oder teilweise rückgängig gemacht oder aufgehoben werden soll**. Würde man diese Befugnis der Behörde zuerkennen, hätte dies zudem die (unerwünschte) Folge, dass der ursprüngliche Ast erneut in die Defensive geriete, da er sich wiederum an das Gericht wenden und gem. § 80 V 1 VwGO (nochmalige) Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragen müsste (Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im VerwaltungsR, S. 1707 f.).“ (OVG Lüneburg aaO)

2. Da die Erheblichkeit veränderter Umstände und die Begründetheit eines Abänderungsantrags oftmals streitbefangen sein wird, soll die **Exklusivität des gerichtlichen Abänderungsverfahrens** aber gerade sicherstellen, dass die durch die gerichtlich angeordnete Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung geschaffene „Ruhelage“ die von ihr geforderte Befriedungswirkung entfalten kann (Schoch, S. 1709).

„Vor dem Hintergrund dieses **Gesetzeszwecks** macht es aber keinen Unterschied, ob die Behörde nach einer Änderung der Sach- oder Rechtslage (erneut) den Sofortvollzug des ursprünglichen Verwaltungsakts anordnet oder – ggf. gar ohne Änderung der Lage – den ursprünglichen Verwaltungsakt zwar aufhebt, aber durch einen neuen Verwaltungsakt mit (im Wesentlichen) gleichen Inhalt ersetzt und dann diesen „neuen“ Verwaltungsakt mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung versieht. Durch diese Auffassung [wird] auch nicht etwa die Entscheidungszuständigkeit bzw. -kompetenz der Behörde infrage gestellt. Es ist ihr unstreitig unbenommen, den ursprünglichen Verwaltungsakt aufzuheben und durch einen neuen, ggf. auch inhaltlich identischen Verwaltungsakt zu ersetzen (vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2001, 362 m. w. Nachw.) und diesen nach Eintritt der Bestandskraft auch zu vollziehen. Es fehlt ihr im Falle einer stattgebenden Eilentscheidung nach § 80 V VwGO aus den dargelegten Gründen lediglich die Befugnis, hinsichtlich eines mit dem Ur-

sprungsverwaltungsakt (im Wesentlichen) inhaltsgleichen „neuen“ Verwaltungsakts den Sofortvollzug nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO anzuordnen. Will sie die sofortige Vollziehbarkeit dieses „neuen“ Verwaltungsakts erreichen, muss sie sich stattdessen an das Gericht wenden und einen Abänderungsantrag nach § 80 VII 2 VwGO stellen.“ (OVG Lüneburg aaO)

VwGO
§ 130 II Nr.2

Zurückverweisung Anwendungsbereich

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2012, 229; Urteil vom 24.11.2011 – 2 S 2240/11)

§ 130 II Nr. 2 VwGO findet außer in Fällen, in denen das Verwaltungsgericht durch Prozessurteil entschieden hat, auch dann Anwendung, wenn das **Verwaltungsgericht** zwar über die Begründetheit der Klage, nicht aber über den eigentlichen Gegenstand des Streits entschieden hat, z. B. weil es **bei einer entscheidungserheblichen rechtlichen Vorfrage "die Weichen falsch gestellt hat"**.

„Gem. § 130 I Nr. 2 VwGO kann das OVG die Sache, soweit ihre weitere Verhandlung erforderlich ist, unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils an das Verwaltungsgericht zurückverweisen, wenn dieses noch nicht in der Sache selbst entschieden hat und ein Beteiligter die Zurückverweisung beantragt. Diese Vorschrift ist außer in Fällen, in denen das Verwaltungsgericht durch Prozessurteil entschieden hat, auch dann anwendbar, wenn das Verwaltungsgericht zwar über die Begründetheit der Klage, nicht aber über den eigentlichen Gegenstand des Streits entschieden hat, z. B. weil es bei einer entscheidungserheblichen rechtlichen Vorfrage „die Weichen falsch gestellt hat“ (BVerwG DVBl. 1982, 546; BVerwGE 38, 139; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Komm. zur VwGO, § 130 Rn 8). So verhält es sich hier, da aufgrund der vom Verwaltungsgericht zu Unrecht angenommenen Unwirksamkeit der Abtretung die eigentliche **Sachprüfung der geltend gemachten Ansprüche bisher unterblieben** ist.“ (VGH Mannheim aaO)

NWKWahlG
§ 40 I b

Wahlprüfungsverfahren kein Organstreitverfahren

öffR

(OVG Münster in NWWBI 2012, 228; Urteil vom 15.12.2011 – 15 A 876/11)

Bei einem **Wahlprüfungsverfahren** nach dem KWahlG NRW handelt es sich **nicht** um ein **Organstreitverfahren**.

„**Gegenstand der Wahlprüfung** im Rahmen von § 40 I b KWahlG ist die **Gültigkeit der Wahl**. Es soll entschieden werden, ob die Wahlen rechtsbeständig oder vernichtbar sind. Es bedarf der Prüfung, ob das Wahlverfahren demokratischen Grundsätzen entsprechend ausgestaltet war oder ob ein der Form nach demokratisches Wahlverfahren wahlrechtswidrig gehandhabt worden ist. Dem zu begegnen dient die Wahlprüfung, der somit ihrerseits für die rechtliche Legitimation und politische Akzeptanz ausgeübter Staatsgewalt hohe Bedeutung zukommt. Wahlprüfung bezweckt, die **Übereinstimmung der Wahl mit den wahlrechtlichen Vorschriften im Nachhinein festzustellen** und im Fall der Nichtübereinstimmung daraus Konsequenzen zu ziehen (Kallerhoff u. a., Handbuch zum Kommunalwahlrecht in Nordrhein-Westfalen, Köln 2008, 279).

Funktion der Kommunalwahlprüfung ist es also, die ordnungsgemäße, d. h. richtige, mit dem **Wählerwillen im Einklang stehende Zusammensetzung der kommunalen Vertretungen zu gewährleisten**. Die Wahlprüfung soll der **Wahrung der Wahlrechtsgrundsätze** dienen, namentlich der Freiheit und Gleichheit als konstituierenden Elementen einer demokratischen Wahl (vgl. für das Wahlprüfungsverfahren des Bundestags Maunz/Dürig, Grundgesetz Band IV, 62. Egl. (Mai 2011), Art. 41 Rn 43 m. w. Nachw.).

Vor diesem Hintergrund ist das Wahlprüfungsverfahren ausschließlich dazu bestimmt, im öffentlichen Interesse die gesetzmäßige Zusammensetzung der Volksvertretung zu gewährleisten (vgl. OVG NRW NWWBI. 2011, 269).

Demgemäß wirkt die (**gerichtliche**) **Wahlprüfungsentscheidung** auch nicht nur zwischen den am (gerichtlichen) Wahlprüfungsverfahren Beteiligten. Sie **wirkt vielmehr gegenüber jedermann**, sie **entfaltet also allgemeine Wirkung**. Damit unterscheidet sich das (gerichtliche) Wahlprüfungsverfahren entscheidend von einem **Organstreitverfahren**, dessen **Entscheidung durch das Gericht „nur“ inner- bzw. intraorganschaftlich wirkt**.

Ein Weiteres kommt hinzu: Das (gerichtliche) Wahlprüfungsverfahren ist auch deshalb kein Organstreitverfahren, weil sich die Beteiligten hier **nicht um Rechte und Pflichten von Kommunalverfassungsorganen im Verhältnis zu anderen Kommunalverfassungsorganen bzw. zu Organteilen streiten**, sondern darum, ob die Kläger überhaupt Mitglied eines Kommunalverfassungsorgans geworden sind. Denn erst ab diesem Zeitpunkt kommt für sie die Möglichkeit in Betracht, Beteiligte eines Organstreitverfahrens zu sein.“ (OVG Münster aaO)

Speziell für Rechtsanwälte und Notare

Gebühren und Kosten

BerHG
§ 2 II

Beratungshilfe
Dieselbe Angelegenheit bei Beratung über finanzielle Folgen einer Scheidung
(LG Darmstadt in FamRZ 2012, 812; Beschluss vom 10.11.2011 – 25 T 66/11)

BerHG

Bei der **Beratung über die finanziellen Folgen der Scheidung** (Zugewinnausgleich und Unterhalt) handelt es sich **gebührenrechtlich um ein und dieselbe Angelegenheit**.

- I. In der **Rspr.** besteht **große Uneinigkeit** darüber, wie der Begriff „dieselbe Angelegenheit“ zu definieren ist, wenn Beratungshilfe für familienrechtliche Fragen gewährt wird.
- Nach **einer Auffassung** handelt es sich bei einer solchen Beratung lediglich um eine einzige gebührenrechtliche Angelegenheit, weil es sich um einen einheitlichen Lebensvorgang handele, welcher die hieraus resultierenden Gegenstände zu einer Angelegenheit verbinde.
so bspw.: OLG München MDR 1988, 330; OLG Nürnberg FamRZ 2005, 740; OLG Stuttgart FamRZ 2007, 574, wo nur differenziert wird zwischen der Angelegenheit Trennung einerseits und der Scheidung und den Scheidungsfolgesachen andererseits; OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 713; OLG Brandenburg FamRZ 2010, 1187; OLG Brandenburg FamRZ 2010, 833: Scheidung und dazugehörige Folgesachen sind eine Angelegenheit, Trennungsunterhalt und vermögensrechtliche Ansprüche während des Getrenntlebens eine davon zu unterscheidende weitere Angelegenheit
 - **Anderer Auffassung** nach stellt jeder einzelne Beratungsgegenstand eine eigenständige gebührenrechtliche Angelegenheit mit der Folge dar, dass auch gesondert Gebühren in Ansatz gebracht werden können.
OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 1244; OLG Frankfurt FamRZ 2010, 230; LG Mönchengladbach FamRZ 2009, 1086; OLG Köln FamRZ 2009, 516; KG AGS 2010, 612
 - Nach einer **dritten Meinung** ist zwischen der Scheidung und den zugehörigen Folgesachen sowie die Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Trennung zu differenzieren und für die Beurteilung des Vorliegens einer Angelegenheit im gebührenrechtlichen Sinne auf den konkreten Lebenssachverhalt abzustellen.
OLG Rostock FamRZ 2011, 834; OLG Dresden FamRZ 2011, 1684 = NJW-RR 2011, 713
- II. Nach **LG Darmstadt aaO** ist es – nicht zuletzt im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit – geboten, unter **Berücksichtigung des inneren Zusammenhangs der unterschiedlichen Lebenssachverhalte** in Familiensachen in der Regel gebührenrechtlich nach 4 Komplexen (Angelegenheiten) zu **differenzieren**:
- die **Scheidung** als solche,
 - **Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem persönlichen Verhältnis zu den Kindern** (Personensorge, Umgangsrecht),
 - **Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Ehewohnung und dem Hausrat** und
 - **finanzielle Auswirkungen von Trennung und Scheidung** (Unterhaltsansprüche, Güterrecht und Vermögensauseinandersetzung).

LG Darmstadt aaO schließt sich damit ausdrücklich der **neueren Rspr. des OLG Celle** (FamRZ 2011, 1894 = NJW 2011, 3109) und des **OLG Nürnberg** (FamRZ 2011, 1687 = NJW 2011, 3108) an, die diese Differenzierung zur Grundlage ihrer Entscheidungen gemacht haben.

*„Mit dieser Differenzierung werden einerseits **all jene Gegenstände zu jeweils einer Angelegenheit zusammengefasst, die in einem engen rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang miteinander stehen**. Dies gilt insbes. auch für den vierten Komplex, bei dem die Einheitlichkeit des Lebenssachverhalts begründet wird durch das **im Vordergrund des Handelns stehende finanzielle Interesse**. Dagegen ist es nicht gerechtfertigt, alle vier Komplexe nur deswegen zu einer einzigen gebührenrechtlichen Angelegenheit zusammenzufassen, weil sie letztlich alle auf Trennung und Scheidung zurückgehen oder weil sie im gerichtlichen Verfahren im Verbund zu verhandeln wären. Trotz dieses gemeinsamen Ausgangspunkts sind diese Angelegenheiten rechtlich voneinander unabhängig und können jeweils ein völlig eigenes Schicksal nehmen.“* (LG Darmstadt aaO)

VV RVG
Vorbem. 3 III

Terminsgebühr
Verfahrensabsprache
(KG in Rpfleger 2012, 355; Beschluss vom 03.01.2012 – 5 W 267/11)

RVG

Eine **bloße (telefonische) Verfahrensabsprache** (hier zu einem Ruhen des Verfahrens) **lässt die Termingebühr nach Vorb. 3 III VV RVG nicht anfallen**, wenn nur die bloße Möglichkeit einer Erledigung offen gehalten werden soll und weitergehende Erledigungsgespräche nicht geführt werden.

„Ziel des Telefongesprächs war nicht, eine Erledigung des Rechtsstreits unmittelbar herbeizuführen. Es wurde **nur eine Verfahrensgestaltung besprochen**, um die bloße Möglichkeit einer Erledigung des Rechtsstreits offen zuhalten. Bloße Verfahrensabsprachen allein lassen die hier in Rede stehende Termingebühr nicht entstehen (OLG Stuttgart OLGR 2009, 490; OLG Koblenz NJW 2005, 2162; Gerold/Schmidt, RVG, 19. Auflage, VV Vorb. 3 Rn 114). Weitergehende Vergleichsgespräche (vgl. KG KGR 2007, 608) hat es nicht gegeben.“ (KG aaO)

VV RVG
Nr. 3502

Verfahrensgebühr
Weitere Beschwerde im FGG-Verfahren

VV RVG

(OLG Celle in MDR 2012, 680; Beschluss vom 19.12.2011 – 2 W 256/11)

Im **Verfahren der weiteren Beschwerde** nach § 27 FGG a. F. erhält der Rechtsanwalt keine 1,0 Verfahrensgebühr nach Nr. 3502 VV RVG, sondern lediglich eine **0,5 Verfahrensgebühr nach Nr. 3500 VV RVG**.

„Nach Nr. 3502 VVRVG entsteht eine 1,0 Verfahrensgebühr für die Tätigkeit des Anwalts im Verfahren über die Rechtsbeschwerde. Die Ansicht, dass diese Vorschrift im Streitfall anwendbar sei, [verkennt,] dass eine Rechtsbeschwerde nicht eingelegt worden war und der 6. Zivilsenat des OLG Celle im Verfahren über die eingelegte weitere Beschwerde entschieden hat und nicht im Rechtsbeschwerdeverfahren.

Der BGH hat in st. Rspr. klargestellt, dass das **statthafte Rechtsmittel gegen Entscheidungen über sofortige Beschwerden in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit** - soweit nicht gesetzlich etwas anderes angeordnet worden ist - auch in Kostenfestsetzungsangelegenheiten die **sofortige weitere Beschwerde nach §§ 27 ff FGG** und nicht die Rechtsbeschwerde nach §§ 574 ff ZPO ist (vgl. BGH NJW 2007, 158). Findet **Nr. 3502 VVRVG** nur in Verfahren über die Rechtsbeschwerde Anwendung, **greift** dieser Gebührentatbestand **nicht bei Verfahren über die weitere Beschwerde ein**.

Nicht anderes ergibt sich aus dem Kommentar von Gerold/Schmidt (Gerold/Schmidt/Madert/Müller-Rabe, RVG, 18. Aufl., § 15 Rn 24). Denn dort heißt es lediglich, dass in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Rechtsanwalt die Gebühr nach „Nr. 3502 vor dem Gericht der Rechtsbeschwerde“ erhält, wobei dies Gericht auch ein OLG sein kann. Da im Streitfall über keine Rechtsbeschwerde entschieden worden ist, betrifft die dortige Ansicht einen anderen Fall. Überdies vertritt Müller-Rabe im selben Kommentar die Ansicht, dass Nr. 3502 VVRVG in Verfahren über die weitere Beschwerde nach § 27 FGG keine Anwendung findet (VV 3502 Rn 6).

Da in Ermangelung einer Regelungslücke eine **analoge Anwendung nicht in Betracht kommt**, erhält im Erbscheinerteilungsverfahren der Rechtsanwalt, der einen Beteiligten im Verfahren der weiteren Beschwerde vertritt, nach **allgemeiner Ansicht in der Rspr. und dem überwiegenden Schrifttum**, der sich der Senat anschließt, nur eine 0,5 Verfahrensgebühr nach VV RVG Nr. 3500 zu § 2 II RVG (vgl. OLG München NJWR 2006, 1727; vgl. auch die Nachweise bei Meyer JurBüro 2011, 74).“ (OLG Celle aaO)

FamGKG
§ 42 III

Verfahrenswert
Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft

FamGKG

(OLG Schleswig in FamRZ 2012, 897; Beschluss vom 04.11.2011 – 12 WF 160/11)

Der **Wert eines Verfahrens zur Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft** ist bei Ungewissheit über die Höhe der Zugewinnausgleichsforderung und über die Zeitspanne zwischen der vorzeitigen Beendigung und einer Beendigung mit Rechtskraft der Scheidung nach § 42 III FamGKG auf **3.000 €** festzusetzen.

„Die Frage, wie der Verfahrenswert für einen Antrag auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft zu bemessen ist, wird - soweit ersichtlich - entweder dahin beantwortet, dass ein Bruchteil des zu erwartenden Zugewinnausgleichs maßgebend sei (BGH NJW 1973, 50) oder dass auf die Höhe der (Verzugs- oder Anlage-) Zinsen abzustellen sei, die der antragstellende Ehegatte in der Zeitspanne zwischen vorzeitiger Beendigung der Zugewinnngemeinschaft und einer Beendigung mit Scheidung werde ziehen können (OLG Stuttgart FamRZ 2009, 1621; zum Meinungsstand Schneider/Herget, Streitwert-Kommentar, 13. Aufl., Rn 9117 ff.).

Die Erwägungen des Familiengerichts zeigen, dass beide Lösungsansätze wegen einer Berechnung mit (gänzlich) ungeklärten Einsatzbeträgen bzw. Zeiträumen nicht zu befriedigen vermögen. Weder wird sich in den meisten Fällen eine jedenfalls einigermaßen plausible Aussage zur Höhe einer Zugewinnausgleichsforderung treffen lassen noch wird mit einiger Sicherheit abgeschätzt werden können, um welche Zeitspanne der Einsatzzeitpunkt für die Verzinsungspflicht vorgezogen werden kann. Es kommt hinzu, dass bei dem vom BGH gewählten Ansatz die Höhe des anzunehmenden Bruchteils mit einem Viertel wenig Überzeugungskraft besitzt und das Dezisionistisch-Aleatorische nicht ohne einen Rest von Fragwürdigkeit zu streifen scheint. Bei einer Festsetzung, wie sie das OLG Stuttgart aaO vornimmt, werden sich sowohl die Zinshöhe als auch die Zinsdauer nur mit großen Unsicherheiten mehr erahnen als verlässlich prognostizieren lassen. Zu berücksichtigen ist schließlich auch, dass im vorliegenden Fall die Möglichkeit bestanden hätte, die Abtrennung der Folgesache Zugewinnausgleich aus dem Scheidungsverband zu beantragen und auf diese Weise die Scheidung deutlich vor Ablauf des Zeitraums von vier bis fünf Jahren, den die Antragstellerin zugrunde legt, herbeizuführen.

Genügende **Anhaltspunkte für eine Wertfestsetzung anhand objektiver Kriterien fehlt** danach, so dass es der Senat hier für angemessen erachtet, gem. der **Auffangbestimmung des § 42 III FamGKG** den Wert auf 3.000,00 € festzusetzen.“ (OLG Schleswig aaO)

FamGKG
§ 50 I 1

Verfahrenswert
Versorgungsausgleich

FamGKG

(OLG Nürnberg in MDR 2012, 588; Beschluss vom 13.03.2012 – 7 WF 290/12)

Der **Verfahrenswert für Versorgungsausgleichssachen** bestimmt sich nach dem **dreimonatigen Nettoeinkommen** der Eheleute **ohne Abzug eines Freibetrages für unterhaltsberechtignte Kinder**.

I. Bei der Bestimmung des Nettoeinkommens der Ehegatten zur Festsetzung des Verfahrenswertes in Versorgungsausgleichssache sind Freibeträge für unterhaltsberechtignte Kinder nicht abzuziehen.

„Dies ergibt sich bereits aus dem **Wortlaut der einschlägigen Vorschrift**. In § 50 I 1 FamGKG wird als Grundlage für die Bestimmung des Verfahrenswertes in Versorgungsausgleichssachen das Nettoeinkommen der Ehegatten genannt. Dass von dem Nettoeinkommen **weitere Abzüge** vorzunehmen sind, wird **nicht angeordnet**. Es wird auch nicht auf § 43 I FamGKG verwiesen, der die Berücksichtigung eines Kinderfreibetrages ermöglichen würde, da darin vorgesehen ist, dass der Verfahrenswert für eine Ehesache unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach Ermessen festzusetzen ist.“ (OLG Nürnberg aaO)

II. Auch die **Gesetzesbegründung** rechtfertigt kein anderes Ergebnis.

„Die **Anknüpfung an das Erwerbseinkommen der Ehegatten** wird damit begründet, dass die **Versorgungsanrechte von den Beiträgen der Eheleute zu den Versorgungssystemen abhängig sind** und diese grds. von deren **Erwerbseinkommen bestimmt** werden (BR-Drucksache 343/08, S. 261 f; BT-Drucksache 16/10144, S. 111). In der Gesetzesbegründung wird auch nicht ausgeführt, dass die Bestimmung des Verfahrenswertes für Versorgungsausgleichssachen in der gleichen Weise wie für Ehesachen zu bestimmen ist, sondern lediglich, dass die Regelung in § 50 FamGKG dazu führt, dass sich der **Verfahrenswert in Versorgungsausgleichssachen künftig ähnlich wie in Ehesachen an den Einkünften der Ehegatten orientiert**. Zweck dieser Regelung ist nach der Begründung zwar auch, dass der **Aufwand für die Wertfestsetzung im Versorgungsausgleich begrenzt** werden soll. Diese Aufwandsbegrenzung wird jedoch im Zusammenhang mit der Alternative gesehen, den Verfahrenswert für den Versorgungsausgleich anstatt an das Einkommen an die Kapitalwerte der Anrechte zu knüpfen, und nicht im Zusammenhang mit der Festsetzung des Verfahrenswertes für die Ehesache. Darüber hinaus **erfordert die Wertfestsetzung für den Versorgungsausgleich ohne Abzug der Kinderfreibeträge keinen besonderen Aufwand**, da das Nettoeinkommen auch für die Wertfestsetzung für die Ehesache zu ermitteln ist. Erst wenn das Nettoeinkommen ermittelt ist, können die Freibeträge für die Kinder abgezogen werden.

Eine **Berücksichtigung von Freibeträgen für unterhaltsberechtignte Kinder** kann auch **nicht auf § 50 III FamGKG gestützt** werden; denn diese **Vorschrift bezieht sich auf Umfang, Bedeutung und Schwierigkeit der Sache an sich und nicht auf die Einkommens- und Vermögenssituation der Beteiligten** (BR-Drucksache 343/08, S. 263; BT-Drucksache 16/10144, S. 111).“ (OLG Nürnberg aaO)

JVEG
§§ 20, 22

Verdienstausfallentschädigung
Wahrnehmung von Gerichts- und Ortsterminen
(BGH in Rpfleger 2012, 350; Beschluss vom 26.01.2012 – VII ZB 60/09)

JVEG

Einer Partei, die zur notwendigen Wahrnehmung von Terminen (hier: Gerichts- und Ortstermine) bezahlten Urlaub genommen hat, steht kein Anspruch auf Zahlung einer Verdienstausfallentschädigung nach § 91 I 2 ZPO i.V.m. § 22 JVEG, sondern nur ein **Anspruch auf Zeitversäumnisentschädigung gem. § 20 JVEG** zu.

I. Die **Frage**, ob eine erstattungsberechtigte Partei, die zur Wahrnehmung von gerichtlichen Terminen bezahlten Urlaub genommen hat, Entschädigung für Verdienstausfall oder nur für Zeitversäumnis erhält, ist **in Rspr. und Lit. umstritten**.

- Während die **überwiegend vertretene Ansicht** nur eine **Zeitversäumnisentschädigung** anerkennt

vgl. OLG Düsseldorf MDR 1997, 1070; OLG Stuttgart JurBüro 1992, 123 [Zeugenentschädigung]; LAG Düsseldorf JurBüro 1992, 686 und 813; OLG Schleswig JurBüro 1991, 545; OLG Hamm Rpfleger 1991, 266; OLG Koblenz MDR 1986, 328; KG JurBüro 1983, 738; OVG Lüneburg JurBüro 1983, 1180; OLG München MDR 1981, 163; OLG München JurBüro 1973, 349; Binz/Dorndörfer/ Petzold/Zimmermann, GKG etc., 2. Aufl., § 22 JVEG Rn 3; Hartmann, Kostengesetze, 38. Aufl., § 22 JVEG Rn 19 f.; Meyer/Höver/Bach, JVEG, 25. Aufl., § 22 Rn 22.20; Schneider, JVEG, 1. Aufl., § 22 Rn 26; Zimmermann, JVEG, 1. Aufl., § 22 Rn 6 ff.; Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 91 Rn 13 "Zeitversäumnis"

- hält die **Gegenansicht** die Gewährung einer **Verdienstausfallentschädigung** für gerechtfertigt.

vgl. OLG Karlsruhe, Die Justiz 1987, 156; OLG Celle JurBüro 1982, 107 f.; OLG Frankfurt JurBüro 1981, 1700 ff.; LG Freiburg MDR 1993, 89; AG Lübeck Rpfleger 1995, 127

II. **BGH aaO** schließt sich nunmehr der **erstgenannten Meinung** an.

1. Ausgangspunkt ist der **Wortlaut von § 22 JVEG**. Diese Vorschrift ist auf den Anspruch einer erstattungsberechtigten Partei entsprechend anwendbar, weil die Verweisung in § 91 I 2 ZPO entgegen ihrem Wortlaut nicht nur die "Zeitversäumnis" nach § 20 JVEG, sondern auch den "Verdienstausfall" nach § 22 JVEG umfasst (dazu BGH MDR 2009, 230; Lappe NJW 2006, 270).

„Entsprechend § 22 JVEG erhalten Parteien, "denen ein Verdienstausfall entsteht", eine Entschädigung, die sich nach dem regelmäßigen Bruttoverdienst richtet und die für jede Stunde höchstens 17 € beträgt. Der Gesetzeswortlaut **setzt** damit einen **tatsächlich entstandenen Verdienstausfall voraus, woran es im Fall des bezahlten Urlaubs fehlt**, weil die Partei während dieses Zeitraums ihren Lohn bzw. ihr Gehalt ungeschmälert weiter erhält (Zimmermann, JVEG, 1. Aufl., § 22 Rn 8). Tritt ein Verdienstausfall nicht ein, kommt folglich nur eine Zeitversäumnisentschädigung nach § 20 JVEG in Betracht.“ (BGH aaO)

2. Dies entspricht auch der **Gesetzesbegründung** zu §§ 20, 22 JVEG, die auf die früher für die Zeugenentschädigung geltenden Regelungen in § 2 des Gesetzes über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen (ZSEG) verweist (BT-Drucks. 15/1971, S. 185 f.).

„Den **Gesetzesmaterialien zu dieser Vorschrift** wiederum ist zu entnehmen, dass ein **Zeuge für seinen Verdienstausfall nur dann entschädigt wird, wenn er einen solchen tatsächlich erlitten hat** (vgl. BT-Drucks. 2/2545, S. 213; BT-Drucks. 10/5113, S. 58). Auch vor der Einführung des ZSEG hat nichts anderes gegolten. Bereits in der Begründung für die bis dahin geltende Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige (nachgewiesen in Wegner, Deutsche Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige, 8. Aufl. [1934], § 2 Rn 8, 11) wurde ausgeführt, dass die Erwerbsversäumnis bei der Bemessung der Zeugenentschädigung nur dann berücksichtigt wird, wenn sie tatsächlich angefallen ist.“ (BGH aaO)

3. Es besteht **kein Anlass, § 22 JVEG über dessen Wortlaut hinaus** dahingehend **erweiternd auszulegen**, dass dieser auch dann eine Verdienstausfallentschädigung ermöglicht, wenn ein Verdienstausfall - wie im Fall des bezahlten Urlaubs - tatsächlich nicht eintritt.

„Eine solche Auslegung [ist] nicht schon deshalb geboten, weil die nutzlos aufgewendete Urlaubszeit unter Schadensersatzrechtlichen Gesichtspunkten als ausgleichspflichtiger Vermögensschaden - vgl. z.B. § 651f II BGB - anerkannt ist.

Das **Entschädigungssystem des JVEG** kann nach seinem Sinn und Zweck nicht mit einer Schadensersatzregelung gleichgestellt werden (vgl. OLG Schleswig JurBüro 1991, 545; OLG Koblenz MDR 1986, 328; OLG München JurBüro 1973, 349 - jeweils noch zum ZSEG). Der Gesetzgeber erstrebt keinen vollen Ausgleich des an einem Verfahren teilnehmenden Zeugen; dieser erfüllt mit seiner Teilnahme am Termin vielmehr eine allgemeine staatsbürgerliche Pflicht und erhält dafür aus **Billigkeitsgründen** eine Entschädigung für die ihm erwachsenen Nachteile (BT-Drucks. 2/2545, S. 213). Daher **begrenzt das JVEG den Verdienstausfall auf einen Höchstbetrag**, der jedenfalls für die weniger verdienenden Arbeitnehmer einen vollen Ausgleich ermöglichen soll (BT-Drucks. 15/1971, S. 186), und mutet damit zugleich einem großen Teil der Zeugen aus **staatsbürgerlicher Verpflichtung** einen Verdienstausfall zu (vgl. OLG München MDR 1981, 163, noch zum ZSEG). Diese Beschränkungen des Entschädigungsanspruchs sind im Rahmen der entsprechenden Anwendung auf notwendige Terminswahrnehmungen einer Prozesspartei nach § 91 I 2 ZPO ebenfalls zu beachten.

Soweit darauf hingewiesen wird, Parteien und Zeugen, die sich zur Terminswahrnehmung bezahlten Urlaub genommen hätten, müssten im Rahmen von § 22 JVEG so entschädigt werden, dass sie sich davon in gleichem Umfang Freizeit in Form von unbezahltem Urlaub "erkaufen" könnten (vgl. OLG Celle JurBüro 1982, 107; OLG Frankfurt JurBüro 1981, 1700; AG Lübeck Rpfleger 1995, 127 - jeweils noch zum ZSEG), rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Bei dieser allein auf Billigkeitserwägungen gestützten Auslegung geht es letztlich nicht mehr um einen Ausgleich für tatsächlich eingetretenen Verdienstausfall, sondern um den Ersatz für verbrauchte Urlaubszeit (Zimmermann, JVEG, 1. Aufl., § 22 Rn 10). Der **Ausgleich eines solchen "fiktiven" Verdienstausfalls ist weder mit dem Gesetzeswortlaut** (vgl. KG JurBüro 1983, 738; OLG München MDR 1981, 163; Zimmermann, JVEG, 1. Aufl., § 22 Rn 10) **noch mit dem bereits dargestellten Gesetzgeberwillen zu vereinbaren.**" (BGH aaO)

ZPO
§§ 91 I 1, 574 I 1 Nr. 2

Privatgutachten Erstattungsfähigkeit der Kosten

ZPO

(BGH in Rpfleger 2012, 351 = NJW 2012, 1370; Beschluss vom 20.12.2011 – VI ZB 17/11)

Die **Beurteilung der Erstattungsfähigkeit der Kosten** für die Einholung eines Privatgutachtens hat sich **daran auszurichten, ob** eine verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende **Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte. Nicht erforderlich** ist, dass das **Privatgutachten** im Rahmen einer **ex-post-Betrachtung** tatsächlich die **Entscheidung des Gerichts beeinflusst hat.**

- I. Ob für die Erstattungsfähigkeit der Kosten für die Einholung eines im Verlaufe eines Prozesses eingeholten Privatsachverständigengutachtens zu verlangen ist, dass das im Rechtsstreit vorgelegte Gutachten den Verlauf des Rechtsstreits zu Gunsten der das Privatgutachten vorlegenden Partei beeinflusst hat, ist **in der obergerichtlichen Rspr. umstritten.**
 - Nach **einer Auffassung** (vgl. etwa OLG Bamberg JurBüro 1990, 732; OLG Frankfurt a. M. JurBüro 1984, 1083) reicht es für die Erstattungsfähigkeit nicht aus, dass das Privatgutachten eingeholt worden ist, um ein gerichtliches Sachverständigengutachten zu widerlegen; erstattungsfähig sollen diese Kosten des Privatgutachtens nur dann sein, wenn der **Rechtsstreit durch die Vorlage des Gutachtens nachweislich gefördert** worden sei, insbes. der Verlauf des Rechtsstreits zu Gunsten der vorlegenden Partei beeinflusst worden ist.
 - Nach **anderer – wohl überwiegender – Auffassung** ist eine Beeinflussung des Prozesses nicht Voraussetzung dafür, dass Privatsachverständigenkosten erstattungsfähig sind (vgl. etwa OLG Hamm Rpfleger 2001, 616; OLG Saarbrücken JurBüro 1988, 1360; OLG Stuttgart ZEV 2007, 536 = DS 2008, 190).
- II. Nach **BGH aaO** ist die **letztgenannte Auffassung richtig.**
 1. Der **Gesetzeswortlaut** des § 91 I 1 ZPO gibt keine Anhaltspunkte für die von der Gegenmeinung geforderte zusätzliche Voraussetzung für die Erstattungsfähigkeit der Kosten für die Einholung eines Privatgutachtens. Vielmehr sind auch diese Kosten der obsiegenden Partei zu erstatten, wenn sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.

*„Die Beurteilung dieser Frage hat sich daran auszurichten, ob eine **verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte**; dabei darf die Partei die zur vollen Wahrnehmung ihrer Belange erforderlichen Schritte ergreifen (vgl. BGH NJW 2006, 2415; BGH NJW 2009, 2220). Für die Beurteilung der Notwendigkeit ist **auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Kosten auslösende Maßnahme veranlasst wurde** (vgl. BGHZ 153, 235 = NJW 2003, 1398; BGH NJW 2006, 2415; BGH NJW 2009, 2220; BPatGE 51, 114). Bereits aus diesem Grund verbietet es sich, die Erstattungsfähigkeit von Kosten eines Privatgutachtens zusätzlich im Rahmen einer ex-post-Betrachtung davon abhängig zu machen, ob das Privatgutachten tatsächlich die Entscheidungsfindung des Gerichts beeinflusst hat.“* (BGH aaO)
 2. Die Frage, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende Partei die Kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte, wurde vom BGH insbes. in Fällen bejaht, in denen die Partei infolge **fehlender Sachkenntnisse** ohne die Einholung des Privatgutachtens nicht zu einem sachgerechten Vortrag in der Lage war (vgl. BGHZ 153, 235 = NJW 2003, 1398 m. w. Nachw.; BGH NJW 2006, 2415). Hierzu gehören auch Fälle, in denen die Partei **ohne Einholung eines Privatgutachtens ein ihr nachteiliges Gerichtssachverständigengutachten nicht zu erschüttern vermag** (vgl. OLG Köln DS

2009, 316 = OLGR 2009, 527; KG KGR 2008, 487; OLG Koblenz Rpfleger 1991, 388 = NZV 1991, 315; OLG Schleswig VersR 1991, 117; OLG Saarbrücken JurBüro 1988, 1360).

Daneben können bei der Beurteilung der Erstattungsfähigkeit der Kosten des Privatgutachtens weitere Gesichtspunkte eine Rolle spielen, wie etwa dessen voraussichtliche Eignung zur Rechtsverfolgung oder -verteidigung und deren Erfolgsaussichten, insbes. unter Berücksichtigung vorhandener Anknüpfungstatsachen, sowie die Möglichkeit, den **Prozesserfolg mit anderen Darlegungs- und Beweismitteln zu fördern**. Letztlich dürfen im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung aus der ex ante-Sicht einer verständigen und wirtschaftlich vernünftig denkenden Partei auch die Kosten des Privatgutachtens nicht völlig außer Betracht bleiben, wenn auch die Partei grds. die zur vollen Wahrnehmung ihrer Belange erforderlichen Schritte ergreifen darf (vgl. BGH NJW 2006, 2415; BGH NJW 2009, 2220).

3. Nach diesen Grundsätzen kann die **Erstattungsfähigkeit der Kosten** für die Einholung eines Privatgutachtens **nicht mit der Begründung verneint werden, das** in einem Rechtsstreit vorgelegte **Gutachten habe den Verlauf des Rechtsstreits** zu Gunsten der das Privatgutachten vorlegenden Partei **nicht beeinflusst**.

„Die Bekl. [mussten] mit einer für sie nachteiligen Entscheidung des AG rechnen, wenn es ihnen nicht gelang, die Richtigkeit des Gerichtssachverständigengutachtens zu erschüttern oder zu widerlegen. Infolge fehlender Sachkenntnisse waren sie ohne die Einholung des Privatgutachtens hierzu nicht in der Lage. Das Gutachten des Privatsachverständigen gelangte dann auch zu dem Ergebnis, dass die Schäden an den Unfallfahrzeugen nicht kompatibel seien. Der Umstand, dass das AG gleichwohl der Klage auf der Grundlage des Gutachtens des Gerichtssachverständigen stattgegeben hat, kann nicht nachträglich die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines aus ex-ante-Sicht notwendigen Privatsachverständigengutachtens beseitigen.

Auch hinsichtlich der Einholung des Ergänzungsgutachtens des Privatsachverständigen im Berufungsverfahren hat die Beschwerdekammer bei der Beurteilung der Sachdienlichkeit rechtsfehlerhaft eine ex-post-Betrachtung vorgenommen. Die Rechtsbeschwerde macht insoweit mit Recht geltend, dass der Gerichtssachverständige im Termin eine Simulation präsentiert hat, die ihn zu der Aussage veranlasste, dass die vom Privatsachverständigen in seinem Gutachten mittels Ablaufanalyse nachgewiesene Variante, wonach die zweite Anstoßstelle ebenfalls aus der Kollision mit einer Laterne resultieren könne, physikalisch unmöglich sei. Auf dieser Grundlage bestand für eine Partei, welche in erster Instanz den Prozess bereits auf der Grundlage des Gerichtssachverständigengutachtens verloren hatte, hinreichende Veranlassung, für einen qualifizierten Parteivortrag eine ergänzende Stellungnahme ihres Privatsachverständigen einzuholen (wird ausgeführt). Unter diesen Umständen ist es nicht gerechtfertigt, den Bekl. aus der maßgebenden ex-ante-Sicht die Notwendigkeit zur Einholung einer ergänzenden Stellungnahme des Privatgutachters abzusprechen mit der Begründung, diese habe später bei der Entscheidungsfindung des Gerichts keine Verwertung gefunden.“ (BGH aaO)

BGB
§ 812 I 1

Rückforderungsanspruch einer Rechtsschutzversicherung Vorbehaltlose Zuvielleistung von Anwalts Honorar

BGB

(LG Wuppertal in NJW-RR 2012, 557; Urteil vom 26.07.2011 – 16 S 10/11)

Unmittelbares Kerngeschäft einer Rechtsschutzversicherung ist es, eingereichte **anwaltliche Honorarforderungen** in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht **auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen** und danach die **tatsächlich verdienten Gebühren und Auslagen zu erstatten**. Mit der Zahlung schafft die **Rechtsschutzversicherung** sodann einen **Vertrauenstatbestand**, dem ein möglicher Rückforderungsanspruch wegen unberechtigter Zahlung der **Einwand widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium)** entgegensteht.

*„Missbräuchlich ist ein widersprüchliches Verhalten jedenfalls dann, wenn für den anderen Teil ein **Vertrauenstatbestand entstanden** ist. Dies hat die Rspr. u. a. in den Fällen bejaht, in denen eine Partei einen Anspruch in Kenntnis aller anspruchsbegründenden Umstände der anderen Partei gegenüber selbst abgerechnet hat (vgl. OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2009, 452).*

*Hier liegt der Fall ähnlich: Zwar hat hier der Bekl. gegenüber der Kl. abgerechnet und diese hat dessen Abrechnung akzeptiert. Es stellt jedoch das unmittelbare Kerngeschäft einer Rechtsschutzversicherung dar, die eingereichten anwaltlichen Honorarrechnungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf deren Richtigkeit zu überprüfen und die danach tatsächlich verdienten Gebühren und Auslagen zu erstatten. Vorliegend waren der Kl. die tatsächlichen Umstände, anhand derer sie die rechtlich verdienten Gebühren bemessen hat, bekannt. Sie hat zunächst für das Strafverfahren eine Gebühr für die Erledigung des Verfahrens gezahlt, die nach ihrer eigenen Überprüfung verdient war. Auch nach Kenntniserlangung davon, dass das Verfahren als Bußgeldverfahren fortgeführt wurde, hat sie ihre diesbezügliche Ansicht nicht revidiert, sondern auch für das Bußgeldverfahren eine Gebühr für die Erledigung des Verfahrens gezahlt. Dabei ist sie **nicht einem Irrtum unterlegen**, sondern hat sich an der bis dahin fast einhellig vertretenen Meinung in Lit. und Rspr. orientiert. Beide **Zahlungen** erfolgten **ohne Äußerung eines Vorbehalts**.*

*Mit der Zahlung hat die Kl. damit einen **Vertrauenstatbestand geschaffen**, wonach die von ihr geprüfte Honorarrechnung rechtlich und tatsächlich zutreffend ist. Dass der BGH sodann – mehrere Monate später und offenbar auch zur Überraschung der Kl. – eine andere Ansicht zur Grundlage der Abrechnung nach dem RVG gemacht hat, konnte diesen Vertrauenstatbestand nicht mehr beseitigen.*

*Für dieses Ergebnis spricht auch die Überlegung, dass eine Rückforderung seitens der Kl. dann, wenn die abgerechneten Gebühren von einer – bindenden – Kostenfestsetzung des Gerichts erfasst worden wären, auf Grund dieser **Bindungswirkung** nicht mehr möglich gewesen wäre. Die Frage, ob eine Rechtsschutzversicherung also bei Änderung der höchstrichterlichen Rspr. Rückerstattungsforderungen durchsetzen kann oder nicht, wäre nach Ansicht der Kl. damit von der – zufällig zu entscheidenden – Frage abhängig, ob ein Kostenfestsetzungsverfahren stattgefunden hat oder nicht.“ (LG Wuppertal aaO)*

Aus der Praxis

BORA
§ 6

Unerlaubte Werbung Alleinstellungsbehauptung

RA/Nt

(OLG Celle in AnwBl 2012, 554; Urteil vom 17.11.2011 – 13 U 168/11)

Die **Verwendung der Bezeichnung „Kanzlei-Niedersachsen“** stellt **keinen Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot** und auch **keine Alleinstellungsbehauptung** oder Behauptung einer hoheitlichen Tätigkeit dar, insofern handelt es sich vielmehr um eine **zulässige geografische Angabe**.

I. Nach **§ 6 BORA** hat die dem Rechtsanwalt erlaubte Werbung sachlich und berufsbezogen zu sein.

Die zusatzfreie Bezeichnung „Kanzlei-Niedersachsen“ verstößt nicht gegen dieses Sachlichkeitsgebot, denn der **angesprochene Verbraucher versteht die Bezeichnung als rein geografische**.

„Referenzverbraucher ist insofern nach st. Rspr. der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Adressat der Werbung, der ihr die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt. Dies ist vorliegend jedermann, mithin auch die Mitglieder des Senats.

*Davon ausgehend teilt der Senat nicht die Ansicht, dass der Begriff „Kanzlei-Niedersachsen“ eine Assoziation zu der „hoheitlich agierenden Staatskanzlei Niedersachsen“ hervorruft. Abgesehen davon, dass die Staatskanzlei nicht „Staatskanzlei Niedersachsen“, sondern „Niedersächsische Staatskanzlei“ heißt, verbindet der angesprochene Verbraucher gerade und nur das im vorliegenden Fall nicht vorhandene „Staats-“ mit hoheitlicher Tätigkeit, während er unter „Kanzlei“ üblicherweise lediglich den Sitz von Rechtsanwälten oder Steuerberatern versteht. Auch in der Kombination mit der Landesbezeichnung „Niedersachsen“ ändert sich dieses **Verbraucherverständnis** nicht. „Niedersachsen“ ist vorrangig eine **Regionalbezeichnung, die vom Verbraucher in unterschiedlichsten, nichthoheitlichen Zusammenhängen wahrgenommen wird** (z.B. Tourismusland Niedersachsen, Flächenland Niedersachsen, Agrarland Niedersachsen usw.).*

*Die Angaben „Kanzlei“ und „Niedersachsen“ sind auch **nicht etwa wegen Unwahrheit unsachlich**, da der Bekl. eine Rechtsanwaltskanzlei betreibt und diese in Niedersachsen liegt. Die Angaben sind mithin wahr.“ (OLG Celle aaO)*

II. Es besteht auch **kein Unterlassungsanspruch nach § 5 I Nr. 3 UWG**.

1. Die Verwendung der Bezeichnung „Kanzlei-Niedersachsen“ stellt sich aus Sicht des Verbrauchers **nicht als Alleinstellungs- bzw. Spitzenstellungswerbung** dar.

*„Dies wäre der Fall, wenn die Bezeichnung in **irreführender Weise** suggerierte, dass dem Bekl. in seiner beruflichen Tätigkeit eine besonders herausgehobene Stellung zukomme. Dies indes ist im Hinblick auf das oben ausgeführte Verbraucherverständnis nicht der Fall.“ (OLG Celle aaO)*

2. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Rspr.

- Zwar hat das **OLG Stuttgart** für den Begriff „**Bodenseekanzlei**“ eine unlautere Spitzenstellungswerbung bejaht (vgl. OLG Stuttgart NJW 2006, 2273), weil es meinte, die Einvernahme des gesamten Wirtschaftsraums Bodensee eröffne die Deutung, dass das Unternehmen mit diesem in ganz besonderer Beziehung stehe und qualitativ und/oder quantitativ im Vergleich zu anderen Kanzleien in hervorgehobener Weise Dienstleistungen anbiete.
- **OLG Hamm** hat hingegen – in Abwendung von seinem früheren Urteil „**Tauchschiule Dortmund**“ – ausgeführt, dass eine Spitzenstellungswerbung regelmäßig zumindest voraussetze, dass einer Bezeichnung der bestimmte Artikel vorangestellt werde, weil bei dessen Betonung der jeweilige Geschäftsbetrieb gemäß den allgemeinen Sprachgewohnheiten als hervorgehoben erscheine. Eine solche Herausstellung leiste auch nicht ein Ortsname. Dem Verkehr sei nämlich bekannt, dass es in großen Städten eine Fülle von Rechtsanwaltskanzleien gebe. Von daher messe der Verkehr der Anführung des Ortsnamens nur die Bedeutung der Angabe des Sitzes der Kanzlei zu (vgl. OLG Hamm = MMR 2009, 50). Das OLG Hamm hat damit die Domain „**anwaltskanzlei-(xxx = Ortsname).de**“ für zulässig erklärt.
- Auch **OLG München** hat in einem – wenn auch zum Irreführungsverbot i.S.d. § 18 HGB ergangenen – Beschluss (OLG München MDR 2010, 758) ausgeführt, dass mittlerweile in der Rspr. nicht mehr davon ausgegangen werde, dass die Verwendung eines Ortsnamens mehr als einen Hinweis auf den Sitz (Ort oder Region) oder das Haupttätigkeitsgebiet einer Firma beinhalte; weder bestehe eine Vermutung noch ein Erfahrungssatz für eine führende oder besondere Stellung des Unternehmens in dem in der Firma genannten Ort oder Gebiet.

*„Dieser – neueren – Rspr. ist bereits deswegen der Vorzug zu geben, weil sie im Einklang mit einer ebenfalls neueren Entscheidung des BGH steht (vgl. BGH = MMR 2010, 820). Der **BGH** hat darin die Verwendung der Internet-Domain „**steuerberater-suedniedersachsen.de**“ auf Verstöße gegen Werbeverbote aus dem Steuerberatergesetz untersucht und solche i. E. verneint. Insb. sah er den **Verbraucher weder irreführt noch eine Sonder- oder Spitzenstellungswerbung** als gegeben an. Die Entscheidung ist auf den vorliegenden Fall übertragbar. Auch wenn dort die Verwendung einer Internetdomain zu bewerten war, stellten sich dieselben Fragen nach der **wettbewerbs- und berufsrechtlichen Zulässigkeit einer Verwendung von Orts- oder Regionsbezeichnungen**.*

*Danach ist davon auszugehen, dass der angesprochene Verbraucher ohne weiteres in der Lage ist zu ermessen, dass es sich bei der Bezeichnung „Kanzlei-Niedersachsen“ **lediglich um eine anpreisende Darstellung zur Kennzeichnung des Sitzlandes** handelt. Er weiß zugleich, dass es in Niedersachsen eine große Anzahl von Rechtsanwaltskanzleien gibt und misst der Angabe des Bundeslandes in der Bezeichnung daher nur im Hinblick auf den Sitz und den wesentlichen*

Tätigkeitsbereich der Kanzlei Bedeutung bei. Die (Fehl-)Vorstellung einer herausragenden Stellung hat er schon deswegen nicht, weil die Bezeichnung keinen bestimmten Artikel enthält (wie: „Die Kanzlei-Niedersachsen“). Der verständige Verbraucher verbindet damit auch nicht gleichsam automatisch die unzutreffende Vorstellung, dass dieser Kanzlei niedersachsenweit mehrere Rechtsanwälte angehören müssen.“ (OLG Celle aaO)

BRAO
§§ 1, 2, 3

Berufsunfähigkeit eines Rechtsanwalts Teilzeitbeschäftigung

BRAO

(OVG Münster in NJW 2012, 1751; Urteil vom 14.12.2011 – 17 A 395/10)

Ein **Anspruch auf Zahlung einer Berufsunfähigkeitsrente besteht nicht, wenn ein Rechtsanwalt krankheitsbedingt** zwar nur noch zu einer Teilzeitbeschäftigung fähig ist, hierdurch aber mehr als nur unwesentliche Einkünfte zu erzielen vermag.

- I. Der Begriff der „**unwesentlichen Einkünfte**“ ist in der Satzung des Versorgungswerks nicht definiert. Der Wortlaut der Satzungsbestimmung, in der ausdrücklich von „Einkünften“ die Rede ist, verbietet es, – wie etwa hinsichtlich der Rente wegen Erwerbsminderung gem. § 43 SGB VI, in dem an die Stundenzahl der täglich möglichen Erwerbstätigkeit angeknüpft wird – allein auf die noch zu leistende Arbeitszeit abzustellen. Vielmehr ist **das erzielbare Arbeitseinkommen zu Grunde zu legen**.

Die Frage, welche erzielbaren Einkünfte im jeweiligen Einzelfall als „unwesentlich“ im Sinne der Satzungsbestimmung anzusehen sind, ist mit Blick auf den **Sinn und Zweck der Berufsunfähigkeitsrente** zu beantworten.

„Die Berufsunfähigkeitsrente dient als solidarische Absicherung dem Zweck der Existenzsicherung des Mitglieds der Versorgungseinrichtung, das wegen Berufsunfähigkeit an einer auskömmlichen Tätigkeit in seinem Beruf gehindert ist (vgl. OVG Münster BeckRS 2010, 55298; VGH München BeckRS 2009, 37341; VGH München NJW 1996, 1613; OVG Lüneburg GesR 2007, 359; zur Existenzsicherung auch BVerwG NJW 2006, 711).

*Einkünfte sind aus diesem Grund immer dann **unwesentlich**, wenn sie unterhalb des Existenzminimums liegen. Allerdings erschöpft sich der Zweck der Berufsunfähigkeitsrente nicht in der Sicherung des Existenzminimums.“ (OVG Münster aaO)*

- II. Davon ausgehend, dass die Satzung des Versorgungswerks zwar **keine umfassende Lebensstandardsicherung** (vgl. zur Lebensstandardsicherung VGH München BeckRS 2009, 37341; VGH München NJW 1996, 1613; OVG Lüneburg GesR 2007, 359), aber eine **angemessene, vor sozialem Abstieg bewahrende Vollversorgung** bezweckt (vgl. OVG Münster DStR 2011, 1539), sind Einkünfte immer dann als wesentlich anzusehen, wenn sie der Höhe der für das jeweilige Mitglied errechneten Berufsunfähigkeitsrente entsprechen oder diese übersteigen.

Wann Einkünfte, deren Höhe zwischen der der Berufsunfähigkeitsrente und der Gewährleistung des Existenzminimums liegt, als unwesentlich anzusehen sind, ist eine Frage des Einzelfalls. Generell lässt sich aber sagen: Je näher die Höhe der Einkünfte an die der Berufsunfähigkeitsrente reicht, desto eher sind sie als nicht unwesentlich im Sinne der Satzung des beklagten Versorgungswerks einzustufen. Umgekehrt gilt, dass Einkünfte eher unwesentlich sind, je näher sie der Höhe des Existenzminimums kommen.

„Ausgehend von diesen Maßgaben ist es dem Kl. möglich, mehr als nur unwesentliche Einkünfte aus anwaltlicher Tätigkeit zu erzielen, da die erzielbaren Einkünfte jedenfalls nicht deutlich unter dem Betrag der Berufsunfähigkeitsrente und über dem Existenzminimum liegen (wird ausgeführt).

Da die erzielbaren Einkünfte des Kl. aus anwaltlicher Tätigkeit nicht als unwesentlich i. S. von § 18 II SVR angesehen werden können, scheidet die Gewährung einer Berufsunfähigkeitsrente auf Zeit aus.“ (OVG Münster aaO)

BRAO
§ 15 III 1

Widerruf der Anwaltszulassung Gesundheitliche Gründe

RA/Nt

(AGH NRW in DStR 2012, 819; Urteil vom 17.06.2011 – 1 AGH 7/11)

Legt ein Berufsträger trotz Aufforderung kein amtsärztliches Gutachten vor, ist er nach der gesetzlichen Vermutung des § 15 III 1 BRAO aus gesundheitlichen Gründen nicht nur vorübergehend an der ordnungsgemäßen Berufsausübung gehindert und ein **Widerruf der Zulassung nach § 14 II Nr. 3 BRAO gerechtfertigt**.

*„Der BGH und ihm folgend die Lit. ist zutreffend der Ansicht, dass die **Vorlage eines Gutachtens über den Gesundheitszustand von einem Berufsangehörigen dann verlangt werden kann, wenn die Umstände des konkreten Einzelfalls Veranlassung geben, daran zu zweifeln, dass der Berufsträger aufgrund seiner geistigen Verfassung in der Lage ist, den Beruf ordnungsgemäß auszuüben**. Hiervon ist der BGH z. B. ausgegangen, wenn ein Rechtsanwalt in den von ihm betreuten Verfahren die beteiligten Richter und Staatsanwälte, die seinen Anträgen nicht entsprachen, der unedlichen Falschaussage, der Strafvereitelung, der Rechtsbeugung und des Verfassungshochverrats im Amt bezichtigt und mit dieser Grundeinstellung die von ihm betreuten Verfahren zum Nachteil seiner Mandanten von der Sache abgleiten lässt, also die Verfahren so durch sachfremden und ggf. polemischen Vortrag belastet, dass eine unbefangene, nur am entscheidungserheblichen Sachverhalt ausgerichtete gerichtliche Entscheidung in Frage gestellt sein könnte.*

In dem vom AGH entschiedenen Sachverhalt hat der Kl. ebenfalls nicht belegbare Verschwörungstheorien aufgestellt und – nur aufgrund einer Vielzahl gegen ihn ergangener, ablehnender gerichtlicher Entscheidungen – die Strafverfolgung der obersten Bundesrichter wegen Bildung einer kriminellen, die innere Sicherheit gefährdenden Vereinigung beantragt. Er hatte damit die Zweifel an seiner Fähigkeit zur ordnungsgemäßen Berufsausübung auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rspr. (vgl. BGH BeckRs 2008, 07419) selbst zu verantworten. Es kann unterstellt werden, dass der AGH anders entschieden hätte, wenn der Kl. ein amtsärztliches Gutachten vorgelegt hätte, das ihm einen altersangemessenen Gesundheitszustand und den Vollbesitz seiner geistigen Kräfte bescheinigt hätte. Für diesen Fall wären berufs-, straf- und zivilrechtliche Maßnahmen gegen den Kl. indiziert gewesen. Nachdem der

Kl. aber unentschuldig kein amtsärztliches Gutachten über seinen Gesundheitszustand vorgelegt hat, konnte der AGH richtigerweise nur den Widerruf der Zulassung gesetzeskonform als rechtmäßig bestätigen. (AGH NRW aaO)

BGB
§ 307 I 1

Weiterbildungskosten im Arbeitsverhältnis
Zulässigkeit einer Rückzahlungsklausel
(BAG in DB 2012, 1155; Urteil vom 13.12.2011 – 3 AZR 791/09)

BGB

Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Rückzahlung von Ausbildungskosten in jedem Fall einer vom Arbeitnehmer ausgesprochenen Kündigung vorsieht, ohne solche Kündigungen des Arbeitnehmers auszunehmen, die aus Gründen erfolgen, die der Sphäre des Arbeitgebers zuzurechnen sind, **benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen** und ist nach § 307 I 1 BGB unwirksam.

I. Nach § 307 I 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders **entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen**. Unangemessen ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die **nicht durch begründete und billigenwerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen** wird (vgl. BAGE 123, 327).

- Die **Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung** setzt eine **wechselseitige Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner** voraus (vgl. BAGE 132, 59). Dabei ist ein **genereller, typisierender, vom Einzelfall losgelöster Maßstab** anzulegen. Es kommt nicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalls, sondern auf die typische Sachlage an (vgl. BGH NJW 1991, 2763). Abzuwägen sind die Interessen des Verwenders gegenüber den Interessen der typischerweise beteiligten Vertragspartner unter Berücksichtigung der Art, des Gegenstandes, des Zwecks und der besonderen Eigenart des jeweiligen Geschäfts.
- Obwohl **einzelvertragliche Vereinbarungen**, nach denen sich ein Arbeitnehmer an den Kosten einer vom Arbeitgeber finanzierten Ausbildung zu beteiligen hat, nach st. Rspr. des BAG grds. zulässig sind (vgl. BAGE 118, 36) und den Arbeitnehmer nicht generell unangemessen benachteiligen, können Zahlungsverpflichtungen, die an eine vom Arbeitnehmer ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses anknüpfen, **im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstoßen**.
- Da sie geeignet sind, das **Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes nach Art. 12 GG einzuschränken**, muss die **Rückzahlungspflicht** einem **begründeten und billigenwerten Interesse des Arbeitgebers** entsprechen. Den möglichen Nachteilen für den Arbeitnehmer muss ein **angemessener Ausgleich** gegenüberstehen; der Arbeitnehmer muss mit der Ausbildungsmaßnahme eine angemessene Gegenleistung für die Rückzahlungsverpflichtung erhalten. Insgesamt muss die **Erstattungspflicht - auch dem Umfang nach - dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben zumutbar** sein (vgl. BAGE 129, 121).
- Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber Ausbildungskosten nur für solche Arbeitnehmer aufwenden will, die auch bereit sind, ihm die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten einige Zeit zur Verfügung zu stellen. Er hat ein berechtigtes Interesse daran, die vom Arbeitnehmer erworbene Qualifikation möglichst langfristig zu nutzen. Demgegenüber geht das Interesse des Arbeitnehmers dahin, durch die Ausbildung die eigenen Arbeitsmarktchancen zu verbessern und dem Arbeitgeber deshalb nicht Kosten für eine Aus- oder Weiterbildung erstatten zu müssen, die sich als Investition im ausschließlichen Arbeitgeberinteresse darstellen: Zudem hat der Arbeitnehmer ein billigenwertes Interesse daran, seinen Arbeitsplatz ohne Belastung mit der Erstattungspflicht wählen zu können.

II. Die Unangemessenheit einer Klausel, die die Rückzahlung von Ausbildungskosten in jedem Fall einer vom Arbeitnehmer ausgesprochenen Kündigung vorsieht, ohne solche Kündigungen des Arbeitnehmers auszunehmen, die aus Gründen erfolgen, die der Sphäre des Arbeitgebers zuzurechnen sind, ergibt sich bereits daraus, dass diese hinsichtlich des die Rückzahlungspflicht auslösenden Tatbestandes „Kündigt der Mitarbeiter“ zu weit gefasst ist, da dieser auch Kündigungen des Arbeitnehmers erfasst, deren Gründe der **Sphäre des Arbeitgebers** entstammen.

*„Nach der im Rahmen von § 307 BGB anzustellenden **Interessenabwägung** ist auch der die Rückzahlungspflicht auslösende Tatbestand zu berücksichtigen. Es ist nicht zulässig, die Rückzahlungspflicht schlechthin an das Ausscheiden des Arbeitnehmers zu knüpfen, das innerhalb der mit der Klausel vorgesehenen Bindungsfrist stattfindet. Vielmehr muss nach dem Grund des vorzeitigen Ausscheidens unterschieden werden (BAGE 118, 36). Eine Rückzahlungsklausel stellt nur dann eine **ausgewogene Gesamregelung** dar, wenn es der Arbeitnehmer selbst in der Hand hat, durch eigene Betriebstreue der Rückzahlungsverpflichtung zu entgehen. Verluste aufgrund von Investitionen, die nachträglich wertlos werden, hat grds. der Arbeitgeber zu tragen. Hätte der betriebstreue Arbeitnehmer die in seine Aus- oder Weiterbildung investierten Betriebsausgaben aber dann zu erstatten, wenn die Gründe für die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausschließlich dem Verantwortungs- und Risikobereich des Arbeitgebers zuzurechnen sind, würde er mit den Kosten einer fehlgeschlagenen Investition des Arbeitgebers belastet. Sieht eine Vertragsklausel auch für einen solchen Fall eine Rückzahlungspflicht vor, berücksichtigt sie nicht die wechselseitig anzuerkennenden Interessen beider Vertragspartner, sondern einseitig nur diejenigen des Arbeitgebers. Damit benachteiligt eine solche Klausel den Arbeitnehmer unangemessen (vgl. BAGE 111, 157).*

Die Rückzahlungsklausel differenziert bei der Kündigung des Arbeitnehmers nicht danach, wessen Verantwortungs- und Risikobereich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuzurechnen ist: Der Arbeitnehmer soll im Falle einer selbst ausgesprochenen Kündigung auch dann mit den Ausbildungskosten belastet werden, wenn er sich wegen eines Fehlverhaltens des Arbeitgebers als zur Eigenkündigung berechtigt ansehen darf oder seine Kündigung dadurch verursacht ist, dass der Arbeitgeber nicht in der Lage ist, dem Arbeitnehmer einen seinen verbesserten beruflichen Qualifikationen und Fähigkeiten entsprechenden Arbeitsplatz zuzuweisen. In solchen Fallkonstellationen ist die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht dem Ar-

beitnehmer zuzurechnen. Dieser kann die Rückführung der Aufwendungen durch weitere Betriebstreue nicht mehr erreichen. Eine sachliche Grundlage für seine Kostenbeteiligung, die diese als **angemessenen Interessenausgleich** erscheinen lässt, gibt es nicht.“ (BAG aaO)

- III. Eine solche unwirksame Rückzahlungsklausel ist auch nicht mit dem Inhalt aufrechtzuerhalten, dass der Arbeitnehmer nur bei einer seinem Verantwortungsbereich zuzurechnenden Eigenkündigung zur Rückzahlung der Ausbildungskosten verpflichtet ist, denn dies würde eine **geltungserhaltende Reduktion** darstellen, die im Rahmen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht möglich ist. Auch eine **ergänzende Vertragsauslegung** kommt nicht in Betracht.

*„Unwirksame Klauseln sind grds. nicht auf einen mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vereinbarenden Regelungsgehalt zurückzuführen. § 306 BGB sieht eine solche Rechtsfolge nicht vor. Eine Aufrechterhaltung mit eingeschränktem Inhalt wäre auch nicht mit dem Zweck der §§ 305 ff. BGB vereinbar. Es ist Ziel des Gesetzes, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis anzuwendenden Geschäftsbedingungen hinzuwirken. Dem Vertragspartner des Verwenders soll die Möglichkeit sachgerechter Information über die ihm aus dem formulierten Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten verschafft werden. Dieses Ziel lässt sich jedoch nicht erreichen, wenn jeder Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zunächst die Grenze dessen unterschreiten könnte, was er zu seinen Gunsten in gerade noch vertretbarer Weise vereinbaren durfte und das gerade noch Zulässige trotzdem gölte. Würde dies als zulässig angesehen, hätte das zur Folge, dass der Vertragspartner des Verwenders in der Vertragsabwicklungspraxis mit überzogenen Klauseln konfrontiert würde. Erst in einem Prozess könnte er ggf. alle Rechte und Pflichten zuverlässig erfahren. Wer die Möglichkeit nutzen kann, die ihm der Grundsatz der Vertragsfreiheit für die Aufstellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen eröffnet, muss auch das **vollständige Risiko seiner Klauselunwirksamkeit tragen** (BAGE 115, 19; BGHZ 84, 109). Anderenfalls liefe das **Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB weitgehend leer** (BAGE 116, 66).“ (BAG AAO)*

BGB
§ 556a

Heizkostenabrechnung Nachvollziehbarkeit

BGB

(BGH in ZMR 2012, 345; Urteil vom 26.10.2011 – VIII ZR 270/10)

Im Bereich der Heizkostenverordnung **genügt es für eine formelle Abrechnung, wenn ein mit den einschlägigen Rechtsvorschriften vertrauter Mieter anhand der mitgeteilten Faktoren die vorgenommene Abrechnung nachvollziehen kann.**

*„Die Abrechnungen der Kl. enthalten sämtliche Einzeldaten, die erforderlich sind, um anhand der Vorschriften der Heizkostenverordnung die Wärmekosten korrekt in Heizkosten und Warmwasserkosten aufzuteilen. Dass die **Ermittlung der Wärmekosten ohne Kenntnis dieser Vorschriften kaum verständlich ist und die Vorschriften der Heizkostenverordnung dem durchschnittlichen, juristisch nicht vorgebildeten Mieter regelmäßig nicht bekannt sind, kann nicht dem Vermieter angelastet werden.** Der Vermieter hat eine Heizkostenabrechnung zu erstellen, die den Anforderungen der Heizkostenverordnung entspricht. Eine **Pflicht, diese Vorschriften mitzuteilen oder zu erläutern, trifft ihn hingegen nicht.** Nach der Rspr. des Senats genügt es für eine formell wirksame Abrechnung im Bereich der Heizkostenverordnung, wenn ein mit den einschlägigen Rechtsvorschriften vertrauter Mieter anhand der mitgeteilten Faktoren die vorgenommene Abrechnung nachprüfen kann (BGH NJW 2005, 3135; BGH NJW 2010, 2053).*

*Dies gilt nicht nur für den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 9 II HeizkostenV, sondern **generell für die Heizkostenverordnung.** Deshalb ist es unschädlich, dass die Kl. in ihrer Abrechnung nicht erläutert hat, dass sie die nur auf die Warmwasserkosten entfallenden Kosten der Warmwasserzähler zunächst von den Gesamtkosten abgesetzt, den verbleibenden Gesamtbetrag nach dem ermittelten Prozentsatz auf Kosten für Heizung und für Warmwasser aufgeteilt und anschließend die Kosten für die Warmwasserzähler den so ermittelten Kosten für Warmwasser wieder hinzugesetzt hat.“ (BGH aaO)*

BURIG
§ 7 III 1

Urlaubsanspruch Verfall nach Genesung eines langfristig erkrankten Arbeitnehmers (BAG in BB 2012, 1420; Urteil vom 09.08.2011 – 9 AZR 425/10)

ArbR

Der **übertragene Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers**, der krankheitsbedingt arbeitsunfähig war, **erlischt, wenn der Arbeitnehmer nach Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht gehindert war, im laufenden Urlaubsjahr seinen Urlaub zu nehmen**, § 7 III 1 BURIG.

- I. Mangels abweichender arbeits- oder tarifvertraglicher Regelungen ist der **Anspruch des Arbeitnehmers auf Erholungsurlaub befristet**. Sofern kein **Übertragungsgrund nach § 7 III BURIG** gegeben ist, **verfällt der am Ende des Urlaubsjahres nicht genommene Urlaub** (vgl. BAG NZA 2006, 232 = NJOZ 2006, 681; BAG NZA 2006, 112 = NJOZ 2006, 299; BAGE 95, 104 = NZA 2001, 100 = NJW 2001, 460). Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer nicht aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen, etwa auf Grund von Arbeitsunfähigkeit (s. hierzu: BAGE 130, 119 = NZA 2009, 538 = NJW 2009, 2238), an der Urlaubsnahme gehindert ist.
- II. Das **Fristenregime des BURIG beruht auf einem perpetuierenden System**: Das BAG hat für einen Urlaubsanspruch aus dem Vorjahr, der nach § 7 III BURIG auf das Folgejahr übertragen wurde, angenommen, er unterscheide sich im gesetzlich befristeten Übertragungszeitraum des § 7 III BURIG nicht von dem Urlaubsanspruch des laufenden Urlaubsjahres (BAGE 109, 285 = NZA 2004, 986). Er tritt zu dem am 01.01. des Urlaubsjahres neu erworbenen Urlaubsanspruch hinzu und ist einem „Übertrag“ in einer laufenden Rechnung vergleichbar (BAGE 56, 53 = NZA 1988, 245).
1. Dauert das **krankheitsbedingte Hindernis** für die Inanspruchnahme an oder tritt ein neues **in § 7 III 2 BURIG geregeltes Hindernis** – dringende betriebliche oder personenbedingte Gründe – an dessen Stelle, so **bleibt der Urlaubsanspruch durch weitere Übertragungen erhalten**, es sei denn, eine aus Art. 9 des Übereinkommens Nr. 132 der Internationalen Arbeitsorganisation über den bezahlten Jahresurlaub vom

24.06.1970 (im Folgenden: Übereinkommen Nr. 132 der IAO) abzuleitende Begrenzung der Höchstübertragungsdauer greift ein. Zum Urlaubsanspruch gehört folglich nicht nur der jeweils neueste, am 1. 1. eines jeden Kalenderjahres entstehende Anspruch, sondern auch der in Folge der Übertragung hinzutretende, noch zu erfüllende Anspruch aus dem Vorjahr. Auf diese kumulierende Weise wächst der Urlaubsanspruch an.

2. Nach **§ 7 III 3 BUrlG** besteht nur die **Besonderheit, dass der Arbeitgeber** im Interesse einer zeitnahen Erholung den **Anteil des Urlaubsanspruchs**, der vor dem laufenden Urlaubsjahr entstanden ist, **innerhalb des ersten Quartals gewähren muss**. Geht der aus dem Vorjahr übertragene Urlaubsanspruch trotz Ablaufs des Übertragungszeitraums – etwa wegen andauernder krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers (s. hierzu: BAGE 130, 119 = NZA 2009, 538 = NJW 2009, 2238) – nicht unter, ist dieser Teil des **Urlaubsanspruchs gegenüber dem Teil, den der Arbeitnehmer zu Beginn des aktuellen Urlaubsjahres erworben hat, nicht privilegiert**. Er unterliegt dem Fristenregime des **§ 7 III BUrlG**.
- III. **Konsequenz** der Befristungsregelungen ist, dass der **Urlaubsanspruch trotz langwieriger krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit erlischt, wenn der Arbeitnehmer** im Kalenderjahr oder im Übertragungszeitraum so rechtzeitig gesund und arbeitsfähig wird, dass er **in der verbleibenden Zeit seinen Urlaub nehmen kann** (vgl. ErfK/Dörner/Gallner, 11. Aufl., § 7 BUrlG Rn 39 m).

„Anderenfalls käme es zu einer nicht gerechtfertigten Privilegierung des ehemals arbeitsunfähig erkrankten, nun aber genesenen Arbeitnehmers gegenüber den übrigen Arbeitnehmern. Während jener Urlaubsansprüche jenseits der Befristungsregelungen des § 7 III BUrlG erworben hätte, obläge es diesen, den Urlaub binnen der in § 7 III BUrlG bestimmten Fristen zu nehmen. Eine solche Ungleichbehandlung ist sachlich nicht gerechtfertigt.“ (BAG aaO)

Steuerrecht

ESTG
§§ 8 II, 6 I Nr.4 S.2

Fahrtenbuch
Mindestanforderungen

SteuerR

(BFH in DB 2012, 1185 = DStR 2012, 1011; Urteil vom 01.03.2012 – VI R 33/10)

Ein **ordnungsgemäß geführtes Fahrtenbuch** muss insbes. **Datum und Ziel der jeweiligen Fahrten** ausweisen. Dem ist **nicht entsprochen**, wenn als Fahrtziele jeweils nur Straßennamen angegeben sind und diese Angaben erst **mit nachträglich erstellten Auflistungen präzisiert** werden.

I. Der **gesetzlich nicht weiter bestimmte Begriff des ordnungsgemäßen Fahrtenbuchs** i. S. des § 8 II 4 EStG ist durch die Rspr. des BFH dahingehend präzisiert, dass nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Regelung die dem Nachweis des zu versteuernden Privatanteils an der Gesamtfahrleistung dienenden Aufzeichnungen eine **hinreichende Gewähr für ihre Vollständigkeit und Richtigkeit** bieten und mit vertretbarem Aufwand **auf ihre materielle Richtigkeit hin überprüfbar** sein müssen.

- Ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch muss **zeitnah und in geschlossener Form** geführt werden, um so nachträgliche Einfügungen oder Änderungen auszuschließen oder als solche erkennbar zu machen. Hierfür hat es neben dem Datum und den Fahrtzielen grds. auch den jeweils aufgesuchten Kunden oder Geschäftspartner oder – wenn ein solcher nicht vorhanden ist – den konkreten Gegenstand der dienstlichen Verrichtung aufzuführen.
- **Bloße Ortsangaben** im Fahrtenbuch **genügen allenfalls dann, wenn sich der aufgesuchte Kunde oder Geschäftspartner aus der Ortsangabe zweifelsfrei ergibt** oder wenn sich dessen Name auf einfache Weise unter Zuhilfenahme von Unterlagen ermitteln lässt, die ihrerseits nicht mehr ergänzungsbedürftig sind. Dementsprechend müssen die zu erfassenden Fahrten einschließlich des an ihrem Ende erreichten **Gesamtkilometerstandes** im Fahrtenbuch vollständig und in ihrem **fortlaufenden Zusammenhang** wiedergegeben werden.
- Grds. ist dabei **jede einzelne berufliche Verwendung** für sich und mit dem bei Abschluss der Fahrt erreichten Gesamtkilometerstand des Fahrzeugs **aufzuzeichnen**. Besteht allerdings eine einheitliche berufliche Reise aus mehreren Teilabschnitten, so können diese Abschnitte miteinander zu einer zusammenfassenden Eintragung verbunden werden. Dann genügt die Aufzeichnung des am Ende der gesamten Reise erreichten Gesamtkilometerstands, wenn zugleich die einzelnen Kunden oder Geschäftspartner im Fahrtenbuch in der zeitlichen Reihenfolge aufgeführt werden, in der sie aufgesucht worden sind.
- Wenn jedoch der berufliche Einsatz des Fahrzeugs zugunsten einer privaten Verwendung unterbrochen wird, stellt diese **Nutzungsänderung** wegen der damit verbundenen unterschiedlichen steuerlichen Rechtsfolgen einen Einschnitt dar, der **im Fahrtenbuch durch Angabe des bei Abschluss der beruflichen Fahrt erreichten Kilometerstands zu dokumentieren** ist.

vgl. BFHE 211, 508 = DStR 2006, 409; BFHE 211, 513 = DStR 2006, 411; BFHE 212, 546 = DStR 2006, 749; BFH BFH/NV 2007, 691; BFHE 221, 39 = DStR 2008, 1373

II. Ein **Fahrtenbuch** ist daher dann **nicht ordnungsgemäß**, wenn die **Fahrten** darin **nicht vollständig wiedergegeben** sind.

*„Nach den vorgenannten Rechtsgrundsätzen verlangt die vollständige Wiedergabe einer Fahrt grds. die **Angabe des Ausgangspunktes und des Endpunktes der Fahrt**. Soweit im Fahrtenbuch jeweils als Ausgangspunkt „F“ als Kürzel für Firma, nämlich der Betriebssitz, angegeben ist, genügt dies zur Konkretisierung. Soweit allerdings als Endpunkt der Fahrt jeweils nur eine Straße bezeichnet ist, aber weder Hausnummer noch Name des dort besuchten Kunden oder Unternehmens angegeben ist, ist **allein dadurch das Fahrtziel nicht hinreichend präzise bestimmt**. Denn im Hinblick auf die Funktion des Fahrtenbuchs, nämlich eine hinreichende Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dort aufgezeichneten Fahrten zu bieten, bleibt eine solche **ungenauere Angabe** hinter dem Erforderlichen zurück. Diese sehr allgemein gehaltenen Angaben durch die **Nennung allein der Straße gestatten es insbes. nicht, die Aufzeichnungen mit vertretbarem Aufwand auf die materielle Richtigkeit hin zu überprüfen**.*

*So **genügen** nach der Rspr. des Senats schon **bloße Ortsangaben ohne weitere Benennung des aufgesuchten Kunden oder Geschäftspartners nicht den Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch**. Dies gilt erst recht, wenn in den allermeisten Fällen nicht nur die Angaben zum aufgesuchten Kunden oder Geschäftspartner fehlen, sondern auch die Ortsangaben sich in der bloßen Nennung eines Straßennamens erschöpfen. Entsprechendes gilt, soweit im Fahrtenbuch keine Straßen, sondern lediglich Namen von Unternehmen, die in einer Vielzahl von Filialen im Stadtgebiet vertreten sind, genannt werden. Denn auch in diesem Fall lässt sich unter Hinzuziehung der angegebenen Gesamtkilometer für solche Fahrten das Fahrtziel nicht konkretisieren, sondern lediglich der Umkreis bestimmen, in dem der mögliche Kunde oder Geschäftspartner anässig ist und hätte besucht werden können.*

*Zutreffend versteht das FG daher zwar die Rspr. des Senats dahin, dass **trotz kleinerer Mängel ein Fahrtenbuch ordnungsgemäß sein kann, wenn das Fahrtenbuch noch eine hinreichende Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dort getroffenen Angaben bietet und der Nachweis des zu versteuernden privaten Anteils an der Gesamtfahrleistung des Dienstwagens möglich ist**. Dem FG ist allerdings nicht darin zu folgen, dass diesen Voraussetzungen schon dann genügt ist, wenn eine **nachträgliche Manipulation** hinsichtlich der gefahrenen Kilometer deshalb **ausgeschlossen** ist, weil die Grundaufzeichnungen im handschriftlich geführten Fahrtenbuch insoweit **zeitnah vorgenommen sind und keine Lücken aufweisen**. Denn ein Fahrtenbuch gibt erst dann im gebotenen Umfang ohne die Möglichkeit nachträglicher Manipulation hinreichend Aufschluss über die Fahrten, wenn nicht nur die Anzahl der gefahrenen Kilometer in Form der zurückgelegten Strecke selbst, son-*

dem auch die Anfangs- und Endpunkte der Fahrten hinreichend konkret benannt sind. Denn ohne diese Angaben ließe sich allenfalls die an den jeweiligen Tagen gefahrene Strecke ersehen und der Umkreis bestimmen, in dem sich das Fahrzeug aufhalten haben könnte, ohne aber beurteilen zu können, welchem Zweck die jeweiligen Fahrten gedient haben. Daraus ergibt sich zugleich, dass es **nicht ausreicht**, diese **fehlenden Angaben nachträglich in einer eigenständigen Auflistung zusammenzustellen**. Denn die für ein Fahrtenbuch essenziellen Angaben sind dort selbst zu machen und nicht in einer weiteren und nachträglich erstellten Auflistung. Daher ist es für den Streitfall insoweit auch unerheblich, dass diese nachträglich erstellte Auflistung auf dem vom Geschäftsführer geführten eigenen Tageskalender gründet.“ (BFH aaO)

ESTG

§ 9 I 3 Nr. 4 S. 4

Entfernungspauschale

„Offensichtlich verkehrsgünstigere“ Straßenverbindung

SteuerR

(BFH in NJW 2012, 1390; Urteil vom 16.11.2011 – VI R 19/11)

Ob eine **Straßenverbindung auf Grund** einer zu **erwartenden Zeitersparnis als „offensichtlich verkehrsgünstiger“** anzusehen ist, richtet sich nach den **Umständen des Einzelfalls**; insbes. ist **nicht in jedem Fall eine Zeitersparnis von mindestens 20 Minuten erforderlich**.

I. Nach **§ 9 I 3 Nr. 4 EStG** können Aufwendungen des Arbeitnehmers für Fahrten zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit abgezogen werden.

1. Zur Abgeltung dieser Aufwendungen ist nach § 9 I 3 Nr. 4 S. 2 EStG für jeden Arbeitstag, an dem der Arbeitnehmer die Arbeitsstätte aufsucht, eine **Entfernungspauschale** für jeden vollen Kilometer zwischen Wohnung und Arbeitsstätte von 0,30 Euro anzusetzen. Für die Bestimmung der Entfernung ist die **kürzeste Straßenverbindung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte maßgebend**; eine andere als die kürzeste Straßenverbindung kann zu Grunde gelegt werden, wenn diese offensichtlich verkehrsgünstiger ist und vom Arbeitnehmer regelmäßig für Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte benutzt wird (§ 9 I 3 Nr. 4 S. 4 EStG).
2. Nach der **Rspr. des BFH** ist eine **Straßenverbindung dann als verkehrsgünstiger als die kürzeste Verbindung** zwischen Wohnung und Arbeitsstätte anzusehen, **wenn** der Arbeitnehmer eine andere – längere – Straßenverbindung nutzt und auf diese Weise die **Arbeitsstätte** trotz gelegentlicher Verkehrsstörungen **in der Regel schneller und pünktlicher erreicht**. „Offensichtlich“ verkehrsgünstiger ist die vom Arbeitnehmer gewählte Straßenverbindung dann, wenn ihre **Vorteilhaftigkeit so auf der Hand liegt**, dass sich auch ein unvoreingenommener, verständiger Verkehrsteilnehmer unter den gegebenen Verkehrsverhältnissen für die Benutzung der Strecke entschieden hätte.

BFHE 117, 70; BFH, BFH/NV 2007, 1309; BMF-Schr. v. 11.12.2001 – IV C 5-S 2351-300/01, BStBl I 2001, 994

II. Der zweite Halbsatz des § 9 I 3 Nr. 4 S. 4 EStG wurde durch Art. 1 Nr. 8 lit. b des Steueränderungsgesetzes 2001 vom 20.12.2001 (BGBl I 2001, 3794 = BStBl I 2002, 4) nachträglich angefügt. Nach den **Gesetzesmaterialien** sollte für die Bestimmung der maßgeblichen Entfernung die kürzeste (benutzbare) Straßenverbindung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zu Grunde zu legen sein (GE v. 10.10.2000, BT-Dr 14/4242, S. 6).

Da der **Gesetzeswortlaut** von der „kürzesten Straßenverbindung“ und nicht mehr wie zuvor von der „kürzesten benutzbaren Straßenverbindung“ sprach, kamen Zweifel auf, ob diese Formulierung eine längere Strecke noch zum Abzug zugelassen hätte. Da der Gesetzgeber eine solche Verschlechterung für Kraftfahrzeugbenutzer nicht beabsichtigte, stellte er mit der Ergänzung des § 9 I 3 Nr. 4 S. 4 EStG um dessen zweiten Halbsatz klar, dass die bis 2000 geltende Rechtslage weiter fortbestehen sollte (Bericht des Finanzausschusses v. 08.11.2001, BT-Dr 14/7341, S. 10). Diese Rechtslage wiederum gründete sich wesentlich auf die **Rspr. des BFH** (BFHE 117, 70 = BStBl II 1975, 852), die in Fällen, in denen zur Ableitung der Verkehrsströme längere, aber zeitlich günstigere Verkehrsverbindungen durch Schnell- oder Ringstraßen geschaffen worden waren, denjenigen Arbeitnehmern, die solche Verkehrsadern auch tatsächlich regelmäßig nutzten, den Abzug der hierdurch entstehenden höheren Aufwendungen ermöglichen wollte. Diese Auslegung des § 9 I 3 Nr. 4 S. 4 zweiter Halbs. EStG ist mithin auch für die neu gefasste Regelung maßgeblich (BFH BFH/NV 2007, 1309).

III. **Konkrete zeitliche Vorgaben, die erfüllt sein müssen**, um eine Straßenverbindung als „offensichtlich verkehrsgünstiger“ als die kürzeste Fahrtroute anzusehen, **gibt die höchstrichterliche Rspr. nicht vor**.

Soweit in der Rspr. der FG (vgl. FG Düsseldorf EFG 2005, 1852; FG Hessen BeckRS 2006, 26022658) eine **Zeitersparnis von mindestens 20 Minuten** für erforderlich gehalten wird, ist dem **nach Ansicht des BFH aaO in dieser Allgemeinheit nicht** zu folgen.

„Insbes. kann nicht in jedem Fall eine Zeitersparnis von 20 Minuten gefordert werden, weil § 9 I 3 Nr. 4 S. 4 EStG für jeglichen Arbeitsweg anzuwenden ist und bei einer solchen Auslegung für kürzere Strecken, beispielsweise wenn die Fahrt zwischen Wohnung und Arbeitsstätte auf der kürzesten Strecke regelmäßig nur etwa 20 Minuten dauert, praktisch keinen Anwendungsbereich mehr hätte, weil in diesem Fall eine zeitliche Verkürzung auf der schnellsten Strecke nicht mehr als 20 Minuten ergeben könnte. Hieraus ist ersichtlich, dass **zeitliche Erfordernisse ins Verhältnis zur Gesamtdauer der Fahrten gesetzt werden müssen**. Entsprechend ist die Frage, ob eine Straßenverbindung als „offensichtlich verkehrsgünstiger“ als die kürzeste Route angesehen werden kann, nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Ist allenfalls eine **geringfügige Verkürzung von unter 10%** der für die kürzeste Verbindung benötigten Fahrzeit zu erwarten, so spricht viel dafür, dass **diese minimale Zeitersparnis allein für einen verständigen Verkehrsteilnehmer keinen ausschlaggebenden Anreiz darstellen dürfte**, eine von der kürzesten Verbindung abweichende Route zu wählen. Umgekehrt ist eine relativ große zu erwartende Zeitersparnis ein Indiz dafür, eine Verbindung als „offensichtlich verkehrsgünstiger“ i. S. des § 9 I 3 Nr. 4 S. 4 zweiter Halbs. EStG anzusehen. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass das **Merkmal der Verkehrsgünstigkeit auch andere Umstände als eine Zeitersparnis beinhaltet**. So kann eine Straßenverbindung auch dann „offensichtlich verkehrsgünstiger“ sein als die kürzeste Verbindung, wenn sich dies aus Umständen wie **Streckenführung, Schaltung von Ampeln** oder Ähnlichem ergibt. Deshalb

kann eine „offensichtlich verkehrsgünstigere“ Straßenverbindung auch vorliegen, wenn nur eine relativ geringe oder gar keine Zeitersparnis zu erwarten ist, sich die Strecke jedoch auf Grund anderer Umstände als verkehrsgünstiger erweist als die kürzeste Verbindung.“ (BFH aaO)

FGO
§§ 76I, 79 I

Amtsermittlungsgrundsatz
Mitwirkungspflichten der Beteiligten
(BFH in NJW 2012, 1168; Urteil vom 19.10.2011 – X R 65/09)

SteuerR

Eine **Verletzung von Mitwirkungspflichten** kann erst dann angenommen werden, wenn das FG den Beteiligten zuvor ausdrücklich und konkret zur Mitwirkung aufgefordert hat.

„Eine Verletzung von Mitwirkungspflichten wird im Allgemeinen erst dann angenommen werden können, wenn ein Beteiligter auf ausdrückliche Aufforderung des FG (§ 79 I 2 Nr. 2 FGO) eine ihm mögliche Äußerung zu Tatsachen oder die Herausgabe solcher Unterlagen verweigert, die sich in seinem Besitz befinden, sich bei ordnungsmäßiger Erfüllung der gesetzlichen Aufbewahrungspflichten oder bei ordnungsmäßiger Führung des Verfahrens in seinem Besitz hätten befinden müssen oder die er sich in zumutbarer Weise beschaffen könnte.

Schon der **Wortlaut der gesetzlichen Regelungen** spricht dafür, dass zunächst das FG tätig geworden sein muss, bevor es das Verhalten eines Beteiligten dahin gehend werten kann, dass diesem eine Verletzung von Mitwirkungspflichten zur Last fällt. Denn in § 76 I 2 FGO heißt es, die Beteiligten seien bei der gerichtlichen Sachaufklärung „heranzuziehen“. Das **Gesetz weist die Pflicht zur Sachaufklärung damit dem Gericht zu**, das den Beteiligten in diesem Rahmen konkrete Aufträge zuteilen darf. Damit übereinstimmend ordnet § 76 I 3 FGO an, dass die Beteiligten sich „auf Anforderung des Gerichts“ zu den von den anderen Beteiligten vorgebrachten Tatsachen zu erklären haben. Für die Annahme des FG, es gereiche dem Kl. sowohl prozessual als auch im Rahmen der Beweiswürdigung in erheblichem Umfang zum Nachteil, dass er auch ohne entsprechende gerichtliche Aufforderung seine Bankkontoauszüge nicht vorgelegt habe, spricht daher nichts.“ (BFH aaO)

Weitere Schriftumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Lützen:** „Schriftlich“ und „Schriftform“ – der unbekannte Unterschied (NJW 2012, 1627)

Fordert das Gesetz die Einhaltung der „**Schriftform**“ oder die „**schriftliche Form**“, so hat die **eigenhändige Unterschrift des Ausstellers auf der Urkunde** den räumlichen Abschluss des Textes zu bilden; die Urkunde muss dem Empfänger ebenfalls in der Originalform zugehen. - Fordert das Gesetz, dass etwas „schriftlich“ mitzuteilen ist, ist die Schriftform jedenfalls dann einzuhalten, wenn es sich bei der Erklärung um ein Rechtsgeschäft, insbes. um eine Willenserklärung, handelt. - Bei rechtsgeschäftsähnlichen Erklärungen, die nach dem Gesetz „schriftlich“ zu erfolgen haben, kommt es für die Beantwortung der Frage, ob sie der Schriftform unterworfen sind, entscheidend darauf an, ob die **Funktionen der Schriftform** nur durch die Wahrung derselben erreicht werden können; dazu ist der **Sinn und Zweck der Vorschrift** zu untersuchen und zu prüfen, ob mindestens eine Funktion der Schriftform notwendigerweise zur **Wahrung der Rechtssicherheit** nur durch die Einhaltung der Schriftform erfüllt werden kann.

2. **Springer:** Wirksame Kündigung: Achtung bei Erklärung, Termin und Zustellung der Kündigung! (BB 2012, 1477)
3. **Müggenborg/Frenz:** Versteckte Servicegebühren bei Flugbuchungen im Internet (NJW 2012, 1537)

Stellt der Kunde bei einer **Flugbuchung über das Internet** fest, dass der schlussendlich zu zahlende Preis höher ist als der auf der ersten Trefferseite angezeigte, weil das Unternehmen eine sog. **Servicegebühr auf den Preis aufschlägt**, kann er den **Vertrag wegen arglistiger Täuschung** anfechten; jedenfalls dann – ggf. auch schon ohne Anfechtung, wenn man den **Vertrag wegen Verstoßes gegen die Verordnung (EG) Nr. 1008/2008** nichtig sein lässt – hat der so Getäuschte einen **Kondiktionsanspruch** wegen des von dem Unternehmen vereinnahmten Flugpreises. - Überdies steht dem Kunden ein inhaltsgleicher **Schadensersatzanspruch nach § 823 II BGB** zu, denn zum einen ist die Verordnung selbst Schutzgesetz und zum anderen hat sich jedenfalls die Geschäftsleitung des Unternehmens strafbaren Betrug vorwerfen zu lassen, der über § 31 BGB dem Unternehmen zugerechnet wird. - Auch § 263 StGB ist Schutzgesetz i. S. von § 823 II BGB; ggf. muss der Rechtsstreit dem EuGH vorgelegt werden, sollte das bei den hier regelmäßig gegebenen Streitwerten unter 600 Euro letztinstanzlich zuständige AG die Bedeutung der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 nicht richtig erfassen.

4. **Vallender:** Die Entwicklung des Regelinsolvenzverfahrens im Jahre 2011 (NJW 2012, 1633)

II. Strafrecht

1. **Gounalakis:** Verdachtsberichterstattung durch den Staatsanwalt (NJW 2012, 1473)

Die **Unterrichtung der Öffentlichkeit** über den Stand der staatsanwaltlichen Ermittlungstätigkeit **greift in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen** ein und ist **rechtfertigungsbedürftig**; die Rechtfertigung muss deshalb innerhalb einer Güterabwägung im Einzelfall von der Staatsanwaltschaft zuvor sorgfältig ermittelt werden; dabei gilt, dass im Normalfall bei der Namensnennung und identifizierenden Berichterstattung eine besondere Zurückhaltung zu wahren ist; **nur ausnahmsweise** kann die **Veröffentlichung des Namens und des Tatvorwurfs im Detail** durch die Staatsanwaltschaft als Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht **durch Belange des Allgemeinwohls gerechtfertigt** sein, wenn das öffentliche Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen überwiegt; dies ist etwa dann der Fall, wenn eine **Straftat von erheblicher Bedeutung** und ein **Mindestbestand an Beweistatsachen** vorliegt. - Im Sonderfall der Verwendung kommunikativer Eingriffsverstärker, wie Vorverurteilung oder Indiskretion, ist der Eingriff allerdings nicht mehr gerechtfertigt, wenn er zu schweren, irreversiblen Schäden des Betroffenen führen kann; die Vorläufigkeit des staatsanwaltlichen Verdachts verlangt ein Verbot endgültiger Schäden.

2. **Füllsack/Bach/Bürger:** BB-Rechtsprechungsreport Steuerstrafrecht 2011 (BB 2012, 1442)

III. Öffentliches Recht

1. **Wendt:** Recht zur Versammlung auf fremdem Eigentum? (NVwZ 2012, 606)

Die **Versammlungsfreiheit beeinflusst das privatrechtliche Hausrecht** im Wege der **mittelbaren Drittwirkung**, was dazu führen kann, dass ein privater Eigentümer Versammlungen auf seinem Grundstück dulden muss. - Die **Versammlungsfreiheit reicht auf privatem Eigentum nicht weiter als auf staatlichem Eigentum**; eine wesentliche Voraussetzung für die Inanspruchnahme fremden Privateigentums für Versammlungen ist deshalb, dass es sich um ein **öffentliches Forum i. S. der „Fraport“-Entscheidung** oder um eine **öffentliche Straße in Privateigentum** handelt. - Ein Recht zur Versammlung auf privatem Eigentum besteht nur, wenn das

Versammlungsziel auf öffentlichem Grund und Boden nicht in ähnlicher Weise erreicht werden kann; deshalb dürfen nach den heutigen Lebensverhältnissen in Deutschland private Einkaufszentren grds. nur für Versammlungen in Anspruch genommen werden, die einen Bezug zu dem jeweiligen Zentrum aufweisen, nicht aber für allgemeinpolitische Demonstrationen. - Der **private Eigentümer** eines öffentlichen Forums **kann Versammlungen strengeren Durchführungsbeschränkungen unterwerfen als ein staatlicher Eigentümer**, denn er muss eine Einschränkung der Funktionsfähigkeit seines Forums in geringerem Maße hinnehmen. - Die mittelbare **Drittwirkung der Meinungsfreiheit** begründet ein vergleichbares Recht zur Inanspruchnahme fremden Eigentums für Meinungsäußerungen, die auf Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung abzielen.

2. **Schneider:** Die Ladung zur mündlichen Verhandlung im Verwaltungsprozess (BayVBI 2012, 330)

Da die **mündliche Verhandlung** das **Kernstück des Verwaltungsprozesses** ist, kommt auch der Ladung zur Verhandlung eine wesentliche Bedeutung zu; Regelungen hierzu enthält § 102 VwGO, dies jedoch nur unvollständig, so dass über § 173 VwGO ergänzend auf die Vorschriften in der ZPO zurückzugreifen ist, insbes. die §§ 214 ff. ZPO. – Gem. § 102 I VwGO erfolgt die Ladung, sobald der Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt ist; zuständig hierfür ist der Vorsitzende bzw. der Einzelrichter. - **Erfolgt keine Terminbestimmung, so hat der Betroffene einen Entschädigungsanspruch für den erlittenen Nachteil;** Voraussetzung für die Entschädigung ist eine vorherige Verzögerungsrüge bei dem mit der Sache befassten Gericht (§ 173 S. 2 VwGO i. V. m. § 198 III 1 GVG). - Für eine **Terminsänderung** (Aufhebung, Verlegung oder Vertagung eines Termins) gilt, da § 102 VwGO hierzu keine Regelungen enthält, **§ 227 ZPO** mit Ausnahme von dessen Abs. 3: Einem Antrag auf Terminsänderung kann nur stattgegeben werden, wenn „erhebliche Gründe“ vorliegen; ist dies der Fall, wird das Gericht dem Antrag regelmäßig stattgeben müssen, obwohl „§ 227 ZPO als Ermessensvorschrift ausgestaltet ist; wird ein **Antrag auf Terminsänderung zu Unrecht abgelehnt**, liegt ein **absoluter Revisionsgrund nach § 138 Nr. 3 VwGO** vor, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Anhörung zu einer anderen Entscheidung geführt hätte (erhebliche Gründe sind insbes. kurzfristige, die Erkrankung eines Prozessbeteiligten bzw. seines Prozessbevollmächtigten oder Terminkollisionen). - Die **Ladungsfrist beträgt grds. mindestens zwei Wochen**, vor dem BVerwG vier Wochen (§ 102 I 1 VwGO); in dringenden Fällen kann der Vorsitzende die Frist abkürzen (§ 102 I 2 VwGO); ein solcher Fall kann vorliegen bei einer kurzfristig bekannt gewordenen längeren Abwesenheit eines Beteiligten oder seines Vertreters, von Zeugen oder Sachverständigen; die Dringlichkeit muss immer in der Natur des Rechtsstreits selbst oder in besonderen schutzwürdigen Interessen eines Beteiligten begründet sein, so dass bloße gerichtsorganisatorische Gründe nicht reichen.

3. **Itzel:** Neuere Entwicklungen im Amts- und Staatshaftungsrecht (MDR 2012, 564)

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Woitkewitsch:** Ersatzpflicht für außergerichtliche Rechtsanwalts- und Inkassokosten (MDR 2012, 503)

Kläger müssen **zu den behaupteten Nebenforderungen dezidiert vortragen**; sofern sich der Schuldner nach dem Fälligkeitstermin auf Verhandlungsgespräche oder Ratenzahlungsvereinbarungen nicht einlässt und keine vorgerichtlichen Teilzahlungen leistet, wird der darlegungspflichtige Anspruchsteller oftmals beweisfällig bleiben, dass die außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten (ausnahmsweise) zweckmäßig und erforderlich waren. - **Mandanten sollte daher – auch unter Haftungsgesichtspunkten –regelmäßig die sofortige Klageerhebung angeraten werden.** - Zu beachten bleibt, dass die Amtsgerichte im Hinblick auf die in der Rspr. kontrovers diskutierten Rechtsfragen zur Erstattungsfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten bei einer Beschwer von unter 600 € u. U. die Berufung zulassen müssen.

3. **Römermann:** Praxisverkauf und Praxisbewertung bei Freiberuflern – ein (scheinbar) unlösbares Problem (NJW 2012, 1694)

4. **Kogel:** Schwiegerelternzuwendung und Steuern – ein vernachlässigtes Problem im Zugewinn (FamRZ 2012, 832)

5. **Scholl/Riedel:** Die ESt-Schuld des Erblassers als Nachlassverbindlichkeit (DB 2012, 1239)

Nach dem **Bereicherungsprinzip** unterliegt nur der Nettovermögenszuwachs des Erben der Besteuerung. - Für die Abzugsfähigkeit von **Nachlassverbindlichkeiten** fordert die Rspr., dass diese **am Stichtag bereits rechtlich entstanden** sein müssen; die **ESt entsteht nach § 38 AO i. V. mit § 36 I EStG regelmäßig mit Ablauf des Kalenderjahres**, während der **erbschaftsteuerliche Stichtag in den überwiegenden Fällen unterjährig** ist; wird der einkommenssteuerrechtlichen Entstehungszeitpunkt auch für erbschaftsteuerliche Zwecke zugrunde gelegt, so **kollidieren Stichtags- und Bereicherungsprinzip**; da der Gesetzgeber für derartige Fälle keinen abweichenden Entstehungszeitpunkt der ESt normiert hat, ist es **Sache der Rspr., einen Einklang zwischen Stichtags- und Bereicherungsprinzip herbeizuführen.** – Es entspricht dem Bereicherungsprinzip und der **Systemkonformität zwischen ESt und ErbStG** die Erbschaftssteuerschuld als mit der letzten Erwerbshandlung des Erblassers entstanden anzusehen; dies wäre unter dem Gesichtspunkt der Bereicherung auch für Steuererstattungen sachgerecht.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

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

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

Was können Sie sonst noch tun?

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

1/3
Protokollwissen

Protokolle anfordern!

Prüfungsstoff im Mündlichen
1/3
Zeitschriftenwissen der letzten Monate

ZA lesen!

1/3
unbekannter Stoff

Phantasie zeigen! ■

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:

Bearbeitungskosten

Einbehalt für Fertigung von Eigenprotokollen (Erstattung nach Einreichung der Eigenprotokolle)

Versandkosten (entfallen bei Abholung im Verlag oder Übermittlung per E-Mail)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung!

Weitere Informationen unter: www.juridicus.de

